

PAPER DETAILS

TITLE: Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda midir?

AUTHORS: Kadir Berk KAPANCI

PAGES: 131-170

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/417942>

Türk Ticaret Kanunu’nun 7. Maddesinde Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?

DOI: 10.21492/inuhfd.291293

Kadir Berk KAPANCI*

ÖZET

Yakın zamanda yürürlüğe giren 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda (“TTK”) (m. 7), tıpkı 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu’nda (“eTTK”) olduğu gibi, ticari işler nedeniyle birlikte borç altına girmede ve ticari işlerden doğan borçları temin etmek için sağlanan kefaletlerde (gerek asıl borçluyla kefil, gerekse de birden fazla kefil varsa, kefillerin kendi aralarında) teselsül esasının uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir. Diğer taraftan yine yakın zamanda yürürlüğe giren 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) da, bu kez 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu’ndan (“eBK”) biraz daha farklı olarak kefalet sözleşmeleri ve teminat amacıyla -sadece gerçek kişilerin teminat veren konumunda oldukları- müteselsil borçluluk (ve borca katılma) halleri bakımından özel bazı geçerlilik şekli düzenlemeleri sevk etmiştir. Buna göre TBK m. 583 bizzat kefalet sözleşmeleri özelinde, TBK m. 603 ise genel olarak gerçek kişilerin teminat veren konumunda oldukları diğer kişisel teminat sözleşmelerinde (dolayısıyla teminat amaçlı müteselsil borçluluk ve borca katılmada) bazı geçerlilik şekli düzenlemeleri öngörmektedir. Durum böyle olunca, TTK m. 7’nin öngördüğü teselsül karinesinin bu düzenlemeler karşısındaki durumu açıklığa kavuşturulması ve her zaman uygulanabilir durumda olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. İşbu çalışmanın amacı, öğretide ve yargı kararlarında konu ile ilgili olarak ileri sürülen farklı düşüncelerin ayrıntılarıyla ele alınması ve söz konusu maddeler (TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603) arasındaki ilişki ve etkileşimin ne yönde olması gerektiğinin tespit edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: *Ticari işlerde teselsül karinesi, müteselsil kefalet, müteselsil birlikte kefalet, teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılma, geçerlilik şekli.*

“Presumption of Solidarity in Commercial Affairs” (Article 7 of the Turkish Commercial Code) Can Be Applied By All Means?

ABSTRACT

Art. 7 of the New Turkish Commercial Code N. 6102 (“New TCC”), provides a presumption of solidarity in commercial affairs, as the Old Turkish Commercial Code N. 6762 (“Old TCC”). According to this presumption, unless it is otherwise stipulated by the parties, where there is plurality of debtors in commercial affairs or a suretyship (if there are more than one surety, also with regard their relation among themselves) is provided for any debt that is arisen thereof, joint and several indebtedness or joint and several

* **Yrd. Doç. Dr. MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, berk.kapanici@mef.edu.tr.**

suretyship rules apply. On the other hand, New Turkish Code of Obligation N. 6098 (“New TCO”), regulated the suretyship agreement differently from the Old Turkish Code of Obligations N. 818 (“Old TCO”), which amounted to a thorough reform of the related provisions. Accordingly, with regard to our subject matter, Art. 583 and 603 of the New TCO stipulate compulsory form requirements with regard to both surety contracts and all other types of personal securities (among other types, joint and several indebtedness and adhesion to an existing debt included thereto as well) provided by real persons. In this context, the interrelation of the Art. 7 of the New TCC and Art. 583 and 603 of the New TCO must be enlightened and the question whether Art. 7 of the New TCC can be applied by all means must be answered. This work aims to go in detail with regard the different views put forward both in the legal doctrine and court decisions; and accordingly to analyze the outcomes of the interactive relation of these mentioned provisions.

Keywords: Presumption of solidarity in commercial affairs, joint and several suretyship, collective joint and several suretyship, joint and several indebtedness and adhesion to an existing debt for security purposes, validity form requirements.

I. Genel Bakış

6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun¹ (“TTK”) 7. maddesi, tıpkı 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu² (“eTTK”) m. 7) kapsamında olduğu gibi ticari işler bakımından genel bir teselsül karinesi öngörmektedir. Buna göre, ticari işlerden doğan bir borcun birden fazla borçlusu olduğunda bunlar arasındaki birlikte borçluluk türü, aksi öngörülmedikçe müteselsil borçluluk; benzer şekilde ticari işlerden doğan borçlar için verilen kefaletler de aksi öngörülmedikçe müteselsil kefalet, birlikte kefaletler de birlikte müteselsil kefalet olarak kabul edilecektir.

Diğer taraftan, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun³ (“TBK”) kefalet sözleşmesine ilişkin bölümü ise, 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu’ndakine⁴ (“eBK”) göre, ciddi bir reforma tabi tutulmuştur. İnceleme konumuzu doğrudan ilgilendiren bağlamda bakıldığında, gerek müteselsil kefalette gerekse de gerçek kişilerin teminat veren konumunda olduğu kişisel teminat ilişkilerinde (özellikle teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılmada), teminat vereni koruyucu “yeni ve özel” bazı geçerlilik şekli düzenlemelerinin (TBK m. 583 ve 603) getirilmiş olduğu görülür: İlgili düzenlemelere riayet edilmemesi, yapılmak istenen kişisel teminat sözleşmesini geçersiz hale getirmektedir.

¹ Bkz. *Resmi Gazete* N. 27846, 14 Şubat 2011.

² Bkz. *Resmi Gazete* N. 9353, 9 Temmuz 1956.

³ Bkz. *Resmi Gazete* N. 27836, 4 Şubat 2011.

⁴ Bkz. *Resmi Gazete* N. 366, 8 Mayıs 1926.

Söz konusu kanunların herhangi birinde, bu iki “set” düzenlemeden hangisinin diğerine göre öncelikli uygulama alanına sahip olacağına dair açık bir belirtmede bulunulmamıştır. İşbu çalışmamızın amacı, söz konusu hükümler arasındaki ilişkinin ve etkileşimin tam olarak açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu bağlamda, öncelikle ticari işler bakımından öngörülen teselsül karinesine genel olarak değinilecek, karinenin TTK m. 7 uyarınca gündeme gelecek temel uygulama şartları, kapsamı ve getiriliş gerekçesi ele alınacak (II), ardından müteselsil kefalet ve -gerçek kişilerin teminat veren konumunda oldukları- teminat amacıyla müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından söz konusu olan geçerlilik şekli düzenlemelerinin (TBK m. 583 ve 603) getirisi gözden geçirilecek (III), hemen akabinde de bu hükümler arasındaki ilişki ve etkileşime yönelik öğretilerde ileri sürülen farklı görüşlere (IV) ve son olarak konuyla ilgili öznel değerlendirmelerimize (V) yer verilecektir.

II. TTK m. 7’de Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi”nin Temel Uygulama Şartları, Kapsamı ve Getiriliş Gerekçesi

TTK m. 7’ye göre “İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. (...) / Ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur,”.

Hükmün inceleme konumuz bağlamında bizi özellikle ilgilendiren iki bölümünün olduğu söylenebilir. İlki (f.1 c.1) ticari iş dolayısıyla bir kişiye karşı birden fazla kişinin birlikte borç altına girmesi hali, ikincisi (f.2) ise ticari borçlar için kefalet teminatı sağlanması halidir. Her iki halde de teselsül esasları uygulama alanı bulur.

Peki, söz konusu maddenin uygulama alanı bulması hangi şartlarda söz konusu olacaktır? Bunun tespiti öncelikle “ticari iş” kavramının açıklığa kavuşturulması lazım gelir. Ticari işten önce de daha geniş bir içeriğe sahip “iş” kavramından hareket edilecek olursa, bunun içine fiillerin, işlemlerin ve dar anlamda iş kavramlarının dahil olacağı da

gözden kaçırılmamalıdır⁵. Ticari bir işten söz açılabilmesi için ise, ya Türk Ticaret Kanunu'nda doğrudan düzenlemesi olan bir iş söz konusu olmalı, ya da ortada herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendiren bir iş bulunmalıdır⁶ (bkz. TTK m. 3).

- **İlk olasılıkta** belirlenen kıstas kapsamındaki işlerde (işlem, fiil ve dar anlamda işler), özel olarak işin niteliğine veya herhangi bir ticari işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmasına gerek bulunmamaktadır, söz konusu işin Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olması gerekli ve yeterlidir⁷. Hatta iş, özünde “*ticari*” olarak değerlendirilebilecek herhangi bir özellik göstermese bile ticari olarak kabul edilir. Bu yönleriyle, “*mutlak anlamda ticari işler*” olarak da adlandırılabilir söz konusu ticari işlere örnek olarak taşımacılık işleri, sigorta işleri, hisse senetlerine ilişkin işlemler, haksız rekabet halleri, kambiyo senetleri vb. sayılabilir. Buna karşılık diğer kanunlarda yer alan ticari hükümler kapsamındaki işler için doğrudan aynı şeyler söylenemeyecektir. Bu sonuncuların ticari iş olup olmadıklarının tespitinde ister istemez yine hemen aşağıda anılacak diğer (ikinci) kıstastan (ticari işletmeyle ilgili olma) hareket edilmek gerekir.
- **İkinci olasılıkta** belirlenen kıstas kapsamında ise, ticari işletme kavramı merkeze alınmıştır. Söz konusu kıstas kapsamında ticari işletmeyle ilgili olabilecek, onunla öyle ya da böyle, yani doğrudan doğruya veya dolaylı olarak uygun bir nedensellik

⁵ Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, BATİHAE, Ankara, 2014, s. 64; Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 76;

⁶ Arkan, s. 64; Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 64; İnal, Tamer, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ve Yenilenen Diğer Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 63-64; Aslan, Yılmaz, Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s. 23.

⁷ Arkan, s. 64; Poroy/Yasaman, s. 74; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 64; İnal, s. 68; Aslan, s. 24; İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıklar – Kıymetli Evrak), 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 17; Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 748.

ilişkisi içindeki işler (işlem, fiil ve dar anlamda işler) ticari kabul edilecektir⁸. Bu şekilde geniş yorumlanan “*ticari işletme ile ilgili olma*” kıstası, kapsamına sadece bizzat görülen işleri değil, işletmenin iştiğal sahasına giren bir işin hazırlıklarının yapılması veya bu işin görülmesinin kolaylaştırılmasına yol veren faaliyetleri ve bizzat işletmenin kendisinin konusunu oluşturduğu işleri de alır⁹.

Yine bunlardan başka bir tacirin¹⁰ borçlarının¹¹ ticari olduğuna ilişkin karine de bir işin ticari olup olmadığı konusundaki tespitte ayrıca dikkate alınabilir. Buna göre gerçek kişi tacirlerin borçlarının ticari olması asıldır (bkz. TTK m. 19 f.1), ancak tacir işlem yapılırken karşı tarafa işlemin ticari işletmesiyle ilgili bulunmadığı bildirir veya halin gereğinden böyle bir ilginin olmadığı tespit edilebilir durumda ise, borç adi bir borç olarak dikkate alınır¹², ¹³. Tüzel kişilerde ise durum daha farklıdır. Tüzel

⁸ Poroy/Yasaman, s. 75; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 64; İnal, s. 70; Aslan, s. 24; İmregün, s. 18.

⁹ Arkan, s. 64; İmregün, s. 18.

¹⁰ Hükümde ticari işletmenin (*objenin*) değil de tacirin (*süjenin*) esas alınması, objektif sistemi benimseyen kanun yapısına uymaması bakımından eleştiri konusu edilmiştir (Bkz. Arkan, s. 65).

Bu konuda eleştiride bulunmaksızın sadece aynı yöndeki tespiti için bkz. Poroy/Yasaman, s. 75.

Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan’a (s. 65) göre ise, kanun ticari işletme kavramı üzerinden değil, ticari iş/faaliyetler üzerinden kurgulanmıştır, bu anlamda bir grup ticari işin tanımlanmasında tacir kavramından hareket edilmesi çok da isabetsiz görülemez.

¹¹ Sözü edilen karine sadece tacirin borçları bakımındandır, tacirin alacakları karinenin kapsamında değerlendirilmez (Bkz. Ağca Toplandı, Pınar, “Teselsül Karinesi”, TBB Dergisi, Yıl: 2010, S. 90, s. 379-394, s. 386). Bunların ticari olup olmadıklarının değerlendirilmesinde 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”, bkz. Resmi Gazete N. 27836, 4 Şubat 2011) m. 190’da (ayrıca bkz. ve karşı. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (“TMK”, bkz. Resmi Gazete N. 24607, 8 Aralık 2001) m. 6) belirlenen ispat yükü dağılımı asıldır; yani iddia edilen bir vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi yararına hak çıkaran kişi ispatla yükümlü tutulur.

¹² Arkan, s. 65; Poroy/Yasaman, s. 76; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 65; Aslan, s. 25; İmregün, s. 18-19.

¹³ Yalnız burada TTK m. 19 f.1 ve f.2 arasındaki ilişki de gözetilerek şu sınırlandırmanın yapılması kaçınılmazdır: İşlemin bir tarafını oluşturan gerçek kişi tacir, işin kendisi açısından ticari nitelikte olmadığını karşı tarafa bildirir (veya halin icabı böylesini gerektirse) bile, eğer söz konusu iş bu sonuncu açısından ticari ise, TTK m. 19 f.2 nedeniyle, bu iş bizzat bildirimde bulunmuş olan (veya halin icabının aksini gerektirdiği)

kişi tacirin herhangi bir suretle adi alanının olmadığı kabul edilir, böyle olunca da onun bütün borçlarının ticari olması kaçınılmazdır^{14, 15}. Görüldüğü gibi, ticari iş karinesi gerçek kişiler bakımından aksi ispat edilebilir bir “*adi karine*”¹⁶ özelliği gösterirken, tüzel kişiler söz konusu olduğunda aksi ispat edilemez bir “*kesin karine*”¹⁷ düzeyine yükselmektedir¹⁸. Bilindiği üzere, karine kurallarında her durumda bilinen bir olgudan (*karine temeli*) bilinmeyen bir olguya (*karine sonucu*) ilişkin (bu sonuncunun varlığı veya yokluğu hakkında) sonuç çıkarılmaktadır¹⁹. Ayrıca karinelerde, ister adi özellikte olsun isterse de kesin, karine temeli ve karine sonucu arasındaki ilişki çoğunlukla somut yaşam gerçeğine uygunluk arz eder²⁰. Burada karine temeli, tacir olan kişinin içinde olduğu iş, karine sonucu ise bu işin ticari olmasıdır. Somut durumda da söz konusu ilişkinin gerçeği yansıttığı aşikârdır. İlginç olan, duruma göre karinenin özelliğinin değişkenlik göstermesidir. Oysa normal şartlarda bir karine ya adi ya kesin olma özelliği sergiler.

Son olarak ticari işin tespitinde yarar sağlayacak bir başka düzenleme, bir taraf için ticari olan bir işin diğer taraf için de ticari sayılmasıdır²¹ (bkz. TTK m. 19 f.2). Bu şekilde işin ticari özelliği sanki

gerçek kişi tacir bakımından da ticari olarak kabul edilecektir. Sözün özü, TTK m. 19 f.2, anılan türden durumlarda TTK m. 19 f.1’i deyim yerindeyse “*bloke*” eder ve devre dışı bırakır (Bu konuda bkz. **Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 66; **Aslan**, s. 26).

¹⁴ **Arkan**, s. 66; **Poroy/Yasaman**, s. 76; **Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 65; **Aslan**, s. 25; **İmregün**, s. 19.

¹⁵ Bu noktada, aşağıda çalışmanın izleyen kısmında ele alınacak diğer hususlar saklı kalmak kaydıyla, konumuzu ilgilendirecek şu ön tespit rahatlıkla yapılabilir: Tacir sıfatını haiz tüzel kişilerin (birlikte) borçları için her durumda TTK m. 7 devreye girecektir.

¹⁶ **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm – Kişiler Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 22; **Oğuzman Kemal / Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 326.

¹⁷ **Serozan**, s. 21; **Oğuzman/Barlas**, s. 325.

¹⁸ Dolaylı olarak bu yönde bkz. **Domaniç, Hayri**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 38; **Aslan**, s. 25.

¹⁹ **Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkes, Muhammet**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre, Medeni Usûl Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 426; **Serozan**, s. 21.

²⁰ **Serozan**, s. 21.

²¹ **Poroy/Yasaman**, s. 77; **İnal**, s. 72; **Aslan**, s. 25.

diğer tarafa²² da “yayılmış” gibi olmaktadır²³. Buna göre bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili olarak taraf olduğu sözleşmenin karşı tarafı bakımından da, bu sözleşmeyle ilgili konularda ticari işe dair hükümler ve dolayısıyla TTK m. 7 de devreye girer²⁴. Yalnız anılan TTK m. 19 f.2 hükmünün uygulamasında iki ayrı önkoşulun bulunduğu dikkat çekilmelidir. İlk önkoşul, taraflar arasındaki ilişkinin münhasıran sözleşmesel nitelikte olmasıdır, yani yukarıda anılan diğer durumlardan farklı olarak burada ilişki haksız fiile veya sebepsiz zenginleşme temeline dayandığında TTK m. 19 f.2 devreye girmez²⁵. İkinci önkoşul ise, kanunda aksi yönde bir yönde hükmün bulunmamasıdır²⁶. Buna şöyle bir örnek verilebilir: Eğer diğer taraf bir tüketici ise, onun açısından işlem bir tüketici işlemi teşkil edecek ve bu söylenenler uygulama alanı dışında kalacaktır²⁷. Yani tacir sıfatını haiz alacaklı karşısında, birden fazla tüketici sıfatını haiz borçlu olduğunda kısmi borçluluk hükümleri uygulanır, yoksa -TTK m. 19 f.2 uyarınca uygulama alanı bulacak- TTK m. 7 f.1 bağlamında müteselsil borçluluk hükümleri değil. Bundan başka tüketicinin bir tacir olan bir alacaklı karşısında yer aldığı hukuki işlemde doğan borcu için kefalet veya herhangi türden bir teminat (teminat amacıyla müteselsil borçluluk yahut borca katılma) sağlayan üçüncü kişinin sağladığı teminat, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁸ (“TKHK”) m. 4 f.6 c.1 karşısında (“Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır,”) ister istemez bir “adi kefalet” olarak kabul edilebilecektir; aksi de zaten hükmün açık ifadesi de gözetildiğinde mümkün olmayacaktır²⁹.

²² Taraf tacir olmayan bir kişi ise, hüküm bu kişinin aleyhine olarak görülebilir, zira özellikle faiz bakımından ticari işlerde işleyecek oran daha yüksek şekilde belirlenmiştir (Bkz. Arkan, s. 66; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 66).

²³ Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 65.

²⁴ Arkan, s. 66.

²⁵ Arkan, s. 67; Poroy/Yasaman, s. 77; İmregün, s. 19.

²⁶ İnal, s. 72.

²⁷ “Tüketici işlemi” kavramıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Gümüş, Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-46, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 9-10.

²⁸ Bkz. Resmi Gazete N. 28835, 28 Kasım 2013.

²⁹ Arkan, s. 70; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 71-72; Gümüş, Tüketici Hukuku, s. 43 vd.; Önder, Fahrettin / Özkul, Burcu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adi Kefalet Sözleşmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi

Bir işin buraya kadar açıklanan dört ayrı kıstastan herhangi birinin kapsamına girip girmediğine göre belirlenecek ticari iş bir kez tespit edildikten, bu işlerden doğan borçlar bakımından -aşağıda anılacak diğer şartların da gerçekleşmesiyle- söz konusu olacak birlikte borçluluğun müteselsil borçluluk, bu borçlar için verilecek kefaletin müteselsil kefalet ve yine birlikte kefaletin de müteselsil birlikte kefalet olacağı belirtilmelidir.

Öyleyse şimdi, ticari işlerdeki teselsül karinesinin devreye girebilmesi için diğer şartların ne olduğuna kısaca bakalım ve ardından da hükmün somut getirisine geçelim. Borçlarda teselsül karinesinin söz konusu olabilmesi için, bir defa ticari işten doğan bir borç ilişkisinde alacaklının karşısında birden fazla borçlu bulunmalıdır³⁰. Ticari iş özelliğinin ise, sadece bu borçlulardan biri için söz konusu olması kafidir; yoksa borçluların hepsi açısından bu özelliğin gerçekleşmesi bir zorunluluk değildir³¹. Aslında, genel olarak bilindiği üzere, borçlar hukukunda iki veya daha fazla kişinin bir alacaklıya karşı birlikte borçlu oldukları kurguda, asıl olan kısmi borçluluktur³². Kısmi borçlulukta alacaklı, borçlulara yalnızca onların kendi üzerlerine düşen borç kısımları bakımından başvurabilir³³. Alacaklının borçlulardan her birine borcu tamamı için başvurabildiği müteselsil borçluluk ise istisnaidir, yani ancak taraf iradesi ya da buna ilişkin özel bir kanun hükmü varsa söz konusu olabilir³⁴. İşte TTK m. 7 f.1, tam da sözü edilen tarzda istisnai bir kanun

ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2013, C.18, S.3, s. 25-46, s. 32; **Yener, Mehmet Deniz**, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketicici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 7, Sayı 13, Temmuz 2015, s. 409-436, s. 432-433.

³⁰ **Ağca Toplandı**, s. 387; **Kılıçoğlu**, s. 748; **Kapancı, Kadir Berk**, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 52.

³¹ **Arkan**, s. 69; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 69.

³² **Oser, Hugo / Schönerberger, Wilhelm (çev. Ferid Ayiter)**, İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Art. 110-183 OR, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1950, Art. 143-150 OR Giriş, N. 2; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 456; **Arkan**, s. 68; **Aslan**, s. 26; **Kılıçoğlu**, s. 744; **Canyürek, Murat**, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 10; **Akıntürk, Turgut**, Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971, s. 14; **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 19.

³³ **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 450; **Arkan**, s. 68.

³⁴ **Poroy/Yasaman**, s. 79; **İmregün**, s. 20.

hükmüdür³⁵. Bu durumun teselsülün borçlular bakımından öngördüğü ağır sonuçlardan kaynaklandığı rahatlıkla söylenebilir. Öte yandan, öğretide ağırlıklı kabul edilen görüşe göre, TTK m. 7 f.1'in uygulanabilmesi için, işlemin bir tarafını oluşturacak birden fazla sayıdaki kişiler aynı anda (aynı işlemle) borç altına girmiş olmalıdır³⁶. Yani eğer farklı zamanlarda yapılan işlemler neticesinde bir birlikte borçluluk ilintisi içine giren kişiler söz konusu ise, bunlar açısından teselsül karinesi uygulama alanı bulmaz. Böyle bir durumda, ortada ticari bir iş söz konusu olsa da, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, asıl olan yine kısmi borçluluk olacaktır³⁷. Pek tabii, kanunda özel olarak düzenlemesi olan olasılıklardaki durum saklı kalır. Buna yaygın olarak verilen örnek kambyo ilişkilerine ilişkin TTK m. 724 f.1'dir ("*Bir poliçeyi düzenleyen, kabul eden, ciro eden veya o poliçeye aval veren kişiler hamile karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludurlar,*"). Hüküm kapsamında, farklı tarihlerde farklı işlemlerle borç altına giren asıl borçlu ve müracaat borçluları hamil karşısında müteselsilen sorumlu tutulmuştur³⁸. Yine sonradan borca katılma durumunda müteselsil borçluluğun oluşacağını belirten TBK m. 201 hükmünün ("*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. / Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.*") böyle bir istisnayı oluşturacağı kabul edilmektedir³⁹. Diğer yandan borçlarda teselsül karinesinin işlerlik kazanabilmesi için aranan bir diğer şart, bir işlem yapıldığı kurguda tarafların aksi yönde bir anlaşma yapmamış olmalarıdır⁴⁰. Sonuçta, teselsül karinesinin aksinin öngörülmesine herhangi bir engel yoktur. Eğer böyle bir öngörü varsa, karine temeline dayalı karine sonucu hiçbir suretle devreye girmez.

Yine borçlar hukuku anlamında bir kişinin bir başkasının borcu için kefalet teminatı verdiği kurguda, bu kişinin özel olarak müteselsil kefil olacağı (hatta TBK m. 583 f.1 c.2 uyarınca nitelikli yazılı şekilde)

³⁵ Tekinay, Selahattin Sulhi, "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi", Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları N. 197, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. 509-518, s. 510; Kapancı, Birlikte Borçluluk, s. 52.

³⁶ Tekinay, s. 516; Ağca Toplandı, s. 387-388; Arkan, s. 68 dn. 1.

³⁷ Tekinay, s. 516.

³⁸ Ağca Toplandı, s. 388; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 69.

³⁹ Arkan, s. 68 dn. 1; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 69.

⁴⁰ Kılıçoğlu, s. 749; Kapancı, Birlikte Borçluluk, s. 52.

belirtilmediyse, asıl olan adi kefalettir⁴¹ (bkz. TBK m. 586 f.1). Müteselsil kefilin, adi kefilin faydalanabileceği iki temel defiden (önce asıl borçluya başvurulmasına ilişkin “*tartışma defî*” ve şayet varsa önce rehin teminatına başvurulmasına ilişkin “*önce rehnin paraya çevrilmesi defî*”) faydalanamıyor olması bu kefalet türünün şartlarını kefil bakımından ciddi şekilde ağırlaştırmaktadır. Bu nedenle de kanun sistematüğinde varlığı asıl olarak kabul edilen kefalet türü, adi kefalet olmuştur. Aynı şekilde, aynı borç için birlikte kefalet verenlerin varlığı durumunda⁴² da adi birlikte kefaletin⁴³ asıl olduğu kabul edilir; yoksa müteselsil birlikte kefaletin değil⁴⁴ (Bkz. TBK m. 587 f.1). TTK m. 7 f.2 ise, bu kuralları farklılaştırmış ticari işlerden doğan borçlar bakımından sağlanacak kefaletin müteselsil kefalet ve ortada birden fazla -birlikte hareket eden- kefil bulunuyorsa bunlar tarafından sağlanacak teminat da müteselsil birlikte kefalet⁴⁵ (bu kefalet türünde yukarıda bireysel kefalet bakımından

⁴¹ **Özen, Burak**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 277; **Gümüş, Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 372; **Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 483; **Aslan**, s. 27; **İmregün**, s. 20.

⁴² Birlikte kefalet, bağımsız toplu kefaletten ayırt edilmelidir. TBK m. 587 f.4 kapsamında öngörülen bu kefalet türünde birden fazla kefil, birbirlerinden habersiz şekilde asıl borçluya kefil olmaktadır. Bu kefillerden bazıları adi bazıları müteselsil kefil olabilir, buna herhangi bir engel yoktur (Bu konuda bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 330 vd.; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 407 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 485; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 789; **Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak**, Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1435-1436; **Uygur, Turgut**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, m. 237-649, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 2550). Pek tabii, TTK m. 7’nin öngördüğü karine kuralına göre (*bu haliyle uygulanabilir olduğu, aşağıda (IV) altında ele alacağımız tartışmalardan ari olarak bir an için kabul edilirse*), ticari işlerden doğan borçlara bağımsız toplu kefalet verilmesi durumunda, bağımsız toplu kefillerin her biri müteselsil kefil sayılacaktır.

⁴³ Bu birlikte kefalet türünün özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım, Efekan**, Birlikte Kefalet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 17 vd.; **Özen**, Kefalet (2014), s. 338 vd.; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 400 vd.

⁴⁴ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 71.

⁴⁵ Burada kastedilen tam anlamıyla müteselsil birlikte kefalettir; söz konusu birlikte kefalet türünde hem asıl borçluya birlikte kefiller, hem de birlikte kefillerin kendi aralarında teselsül ilintisi söz konusu olur (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım**, s. 46 vd.; **Özen**, Kefalet (2014), 342 vd.; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 403 vd.).

anılan diğer iki definin yanında, adi birlikte kefillere özel olarak tanınan “bölme defininden” de fayda sağlanamaz) olacağını öngörmüştür⁴⁶. TTK m. 7 f.1'in uygulamasında olduğuna benzer şekilde, karinenin uygulama alanı bulabilmesi için işin sadece asıl borçlu bakımından ticari nitelikte olması yeterlidir. Yoksa kefil (veya kefiller) için de işin mutlaka bu niteliği taşıması aranmaz⁴⁷. Bu arada, TTK m. 7 f.1'e koşut şekilde, kefalet teminatının ancak ve ancak asıl borç ile birlikte (aynı işlem dolayısıyla) sağlandığı olasılıklarda, TTK m. 7 f.2'nin devreye gireceği kabul edilmektedir⁴⁸. Bir başka deyişle, kefalet teminatı sonradan verilmişse, karine hükmü uygulama alanı bulmaz⁴⁹.

Sözün özü, TTK m. 7 kapsamında karine kuralı olarak öngörülmek istenen müteselsil borçluluğun ve müteselsil kefaletin (ve müteselsil birlikte kefaletin) hukuk uygulamasında dışa yansıyan yararı, alacaklının alacağını elde edemediğinde, onun borçlular, kefil veya kefiller arasında bir öncelik-sonralık sırası gözetmeksizin arzu ettiğine doğrudan⁵⁰ başvurabilmesidir.

Peki, borçlar hukuku birden fazla kişinin -bölünebilir bir edim yükümlülüğü bakımından- birlikte borç altına girdiği hallerde kısmi borçluluğu, alelade bir borcun teminat altına alındığı hallerde adi kefaleti ve kefalet veren kefillerin birden fazla olmaları halinde adi birlikte kefaleti esas olarak kabul ederken, neden ticari işlerden doğan borçlarda bütünüyle teselsül esası öngörülmüştür? Bunun sebebi şöylece açıklanabilir: Ticaret hayatında “kredi ilişkileri” çok önemlidir. Öyle ki ticari hayat, büyük oranda krediler üzerinden yürütülür. Kredi düzeninin sağlıklı ve süratli şekilde işleyebilmesi için ise kredi verenlere (yani alacaklılara), adi işlerdeki göre daha fazla teminat sağlanmalı, bu kişilerin durumu borçlulara göre daha fazla ve öncelikli olarak

⁴⁶ Tekinay, s. 516; Poroy/Yasaman, s. 80; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 70.

⁴⁷ Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 70.

⁴⁸ Tekinay, s. 517.

⁴⁹ Tekinay, s. 517.

⁵⁰ Gerçi burada yapılan genelleme bakımından küçük bir parantez açmak gerekebilir: Söz konusu olan müteselsil kefalet olduğunda, TBK m. 586 f.1 c.2'ye göre kefile başvuruda bulunulabilmesi için “ (...) borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.”

gözetilmelidir⁵¹. Zira bunlar kendilerini güvende hissetmedikçe, istenen işlem hayatı sürati sağlanamayacak, durağanlaşan bir yapıya mahkum olunacaktır⁵². Bu arada alacaklının içinde bulunduğu borç ilişkisindeki “*pasif teselsül*” düşüncesi⁵³ sayesinde kendisini güvende hissetmesi ve hareket kabiliyetinin artması, bu düşüncenin öngördüğü yapıda borcun ifa edil(e)memesi rizikosunu bütünüyle onun omuzlarında olmamasından ileri gelir, öyle ki söz konusu rizikonun borçlulara da teşmil etmesi (yayılması) sağlanmıştır⁵⁴. Böylece alacaklı birinci derecede menfaati gözetilen kişi olacak, nihai olarak katlanması gerekenden fazlasını ifa eden (birlikte) borçlu ise diğeriyle ancak “*ikinci perdede*” yani diğeriyle aralarında oluşacak rücu ilişkisi⁵⁵ kapsamına hesaplaşılabilecektir. Diğer taraftan ticari hayatta birlikte borç altına girilmesinde veya bir başkasının borcuna kefalet teminatı sağlanmasında, birlikte borçluların⁵⁶ kendi aralarında, yüksek bir olasılıkla adi işlere oranla daha kuvvetli ve sıkı bir menfaat birliğinin bulunduğu söylenebilir⁵⁷. Bu da ticari işlerden doğan borçlarda ve ticari borçlara verilen kefaletlerde teselsülü (ve birden fazla kefil bulunması halinde kefillerin kendi aralarındaki ilişkilerde) gerekli kılmış;

⁵¹ Bu konuda bkz. **Tekinay**, s. 510, 514; **Arkan**, s. 68; **Poroy/Yasaman**, s. 79; **Ağca Toplandı**, s. 382; **İnal**, s. 142.

⁵² **Ağca Toplandı**, s. 382.

⁵³ Bu ifadeyle borç ilişkisinin pasif (edilgen) yanını oluşturan borçlular arasındaki teselsül kastedilmektedir (Bu kullanım (*pasif teselsül=solidarité passive*) için ayrıca bkz. **Romy, Isabelle**, Art. 143-150 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003, Art. 143 CO, N. 1).

⁵⁴ **Dalcı Özdoğan, Nurcihan**, Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK m. 61 ve m. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 62-63; **İnal**, s. 142; **Oser / Schönenberger** (çev. Ayiter), ZürKom., Art. 143 OR, N. 1.

⁵⁵ Rücu ilişkileriyle ilgili olarak bkz. **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 355 vd.; **Canyürek**, s. 115 vd.; **Dağdelen, Ahmet Hakan**, 818 Sayılı ve 6098 Sayılı borçlar Kanunu’nda Borçlular Arası Teselsül, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 155 vd.; **Romy, Isabelle**, Art. 143-150 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003, Art. 148 CO, N. 6 vd.; **Oser / Schönenberger** (çev. Ayiter), ZürKom., Art. 148 OR, N. 2.

⁵⁶ Burada birlikte borçluluk kavramını hem müteselsil borçluluğu hem de kefalet sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluk (asıl borçlu ile kefil arasında) için kullandığımızı belirtmek isteriz. İlk durumda *gerçek anlamda birlikte borçluluktan* (aynı hukuki sebebe dayalı) söz açılırken, ikinci durumda *gerçek olmayan anlamda bir birlikte borçluluk* ilişkisi (farklı hukuki sebeplere dayalı) söz konusudur. Birlikte borçluluk kavramı ve bahsi geçen ayrım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 3 vd.

⁵⁷ **Tekinay**, s. 510.

kanun koyucuyu ticari hayatın olağan akışına daha uygun özellik gösteren "teselsül" düşüncesini bir karine kuralında somutlaştırmaya itmiştir^{58, 59}. Vurgulanmalıdır ki, bu karine, niteliği itibariyle aksi ispatlanabilir/öngörülebilir bir adi karinedir⁶⁰.

Böylece teselsül karinesinin TTK m. 7'de öngörülen uygulama şartlarını ve getirisini etraflıca ele almış olduk, bu noktada karşılaştırma yapacağımız ve etkileşimlerini özel olarak ele alacağımız TBK m. 583 ve m. 603 kurallarını incelemeye geçelim.

III. Müteselsil Kefalet ve Teminat Amacıyla Müteselsil Borçluluğa (ve Borca Katılmaya) İlişkin "Özel" Geçerlilik Şekli Düzenlemeleri (TBK m. 583 ve 603)

1. TBK m. 583'ün Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şekli Bakımından Getirisi

TBK m. 583, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletin şekli bakımından getirdiği önemli ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'ndaki benzerine (bkz. eBK m. 484⁶¹) göre yenilikler içeren bir düzenlemedir⁶².

⁵⁸ Tekinay, s. 510; Arkan, s. 68; Poroy/Yasaman, s. 80.

⁵⁹ Kanunen teselsülün öngörüldüğü haller sadece ticari işler alanıyla sınırlı kalmaz; benzer şekilde alacaklının korunması düşüncesinin ağır bastığı ve borçluların arasında da sıkı menfaat birliğinin olduğu kabul edilebilecek diğer bazı durumlarda da ayrı teselsül karinelerinin kabul edildiği görülmektedir. Örnek olarak birlikte vekil olanların (TBK m. 511), birlikte vedia alanların (TBK m. 567), birlikte ödünç alanların (TBK m. 382), adi ortakların (TBK m. 638 f.3) da aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil borçlu konumunda olacakları öngörülmüştür. Bu konuda ayrıca bkz. Tekinay, s. 510; Kapancı, Birlikte Borçluluk, s. 50 dn. 217; Canyürek, s. 21-22; Akıntürk, s. 124 vd.; Dağdelen, s. 23 vd.; Romy, CoRo., Art. 143 CO, N. 9; Oser / Schönenberger (çev. Ayiter), ZürKom., Art. 143 OR, N. 6.

⁶⁰ Adi karine kavramı için bkz. Serozan, s. 22; Oğuzman/Barlas, s. 326.

⁶¹ eBK m. 484'e göre kefaletin geçerli olabilmesi için, kefilin azami sorumluluk miktarının da içinde yer alacağı adi yazılı şekle riayet edilmesinin gerektiğini belirtmekteydi. Bu yönüyle de ilgili düzenlemenin gerçek olmayan anlamda nitelikli yazılı şekli öngördüğü kabul edilmekteydi. Öyle ki gerçek anlamda nitelikli yazılı şekilde, yazılı şeklin özel bir suretle gerçekleştirilmesi (örneğin el yazısı ile) aranırken; burada ise farklı olarak, kanunun öngördüğü şeklin özel bir suretle meydana getirilmesi aranmamakta ve fakat yazılı şeklin içeriğinde belli bir noktanın (azami sorumluluk tutarı) mutlaka yer alması gerekmekteydi (Bu konuda ayrıca bkz. Özen, Kefalet (2014), s. 214 vd.; Gümüş, Borçlar Hukuku, s. 352; Barlas, Nami, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Ed. M. Murat Inceoğlu, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 349-361, s. 354; Bilgen, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 25).

TBK m. 583 f.1'e göre “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*”

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, kefalet sözleşmesi bakımından getirilen bu geçerlilik şekli düzenlemesi, herhangi bir geçerlilik şekli düzenlemesinden farklı bir yöne sahiptir. Şöyle ki normal şartlarda geçerlilik şekli düzenlemeleri, yapılan işlemin taraflarını oluşturan bütün kişileri korur ve gözetir⁶³. Kefaletin şekli ise, sadece ve tek taraflı olarak

⁶² Bu düzenlemenin yapılmasında esas itibariyle esin alınan İsviçre Borçlar Kanunu (“İsv. BK”) m. 493’tür. Ancak TBK m. 583, İsv. BK m. 493’le tam olarak örtüşmemekte hatta bu sonuncudan ciddi şekilde ayrılmaktadır. Öyle ki, İsv. BK m. 493’te, üç farklı olasılık için birbirinden farklı şekil kuralları öngörmüştür. Buna göre gerçek kişilerin kefil olduğu ve azamî sorumluluk tutarının 2000 frangı aştığı kefalet sözleşmeleri resmi şekilde yapılmalı (1); yine gerçek kişilerin kefil olduğu ve sorumluluk tutarının 2000 frangın altında olduğu kefalet sözleşmeleri ise bazı unsurların (sorumluluğun azamî tutarı ve varsa müteselsil kefil olma iradesi) kefilin el yazısıyla belirtildiği yazılı şekilde (nitelikli yazılı şekil) gerçekleştirilmeli (2); son olarak tüzel kişilerin (ve tüzel kişiliği bulunmayan kolektif ve komandit şirketlerin) kefil olduğu veya gerçek kişilerin kamu hukuku kökenli borçlar için kefil olduğu olasılıklarda ise kefalet sözleşmesi adi yazılı şekilde (ama bu adi yazılı şekil içerisinde mutlaka azamî sorumluluk sınırını ve varsa müteselsil kefalet iradesini de gösterir biçimde) yapılmalıdır (3). Bu bağlamda TBK m. 583’ün esas itibariyle sözü geçen ikinci olasılığı esas aldığı ve herhangi bir ayırım gözetmeksizin genele yaydığı tespiti yapılabilir (Bu konuda ayrıca bkz. **Meier, Philippe**, Art. 492-512 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003 Art. 493 CO, N. 11 vd.; **Özen**, Kefalet (2014), s. 218 vd.; **Barlas**, s. 354-355; **Bilgen**, s. 26-27; **Haznedar, İbrahim Murat / Gürses**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Yıl 2012, s. 135-167, s. 138; **Acar, Özlem**, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 158-159).

Hükümün İsv. BK m. 493’ten bu şekilde ayrılmasının eleştirisi için ayrıca bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 221.

⁶³ Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 271; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 143; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 264.

kefili korumayı amaçlamaktadır⁶⁴. Yani, salt kefilin irade beyanının TBK m. 583 hükmünün öngördüğü şekilde yapılması gerekli ve yeterlidir⁶⁵. Aslında kefalet sözleşmesinin kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ve kefilin de tek başına borç altına girdiği düşünülecek olursa bu husus, "yalnızca borç altına girenlerin" geçerlilik şekline riayet etmesini yeterli bulan TBK m. 14 f.1 kapsamında olağan olarak algılanabilir⁶⁶. Ancak söz konusu durum, TBK m. 583'ün anılan ayrık özelliği nedeniyle, kefalet alacaklısı kefalet ediminin karşılığında başka bir edim (karşı edim) yüklendiğinde bile değişmez, alacaklının bu karşı edimi yüklendiğine ilişkin irade beyanının kefalet sözleşmesinin şekli içinde yer almasına gerek olmaz⁶⁷.

Söz konusu geçerlilik şekli düzenlemesi, türü itibariyle de gerçek anlamda nitelikli yazılı şekil olarak anılabilir⁶⁸, ⁶⁹. Öyle ki, genel itibariyle

⁶⁴ **Özen**, Kefalet (2014), s. 213 ve özellikle dn. 147; **Reisoğlu, Seza**, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 72-73; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352; **Ayan, Serkan**, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 149; **Acar**, s. 156.

⁶⁵ **Özen**, Kefalet (2014), s. 213; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352 **Acar**, s. 156.

⁶⁶ **Özen**, Kefalet (2014), s. 213; **Eren**, Borçlar Özel, s. 785.

⁶⁷ Bu anlamda söz konusu düzenlemenin anılan özel amacı çerçevesinde, TBK m. 14 f.1'in istisnasını oluşturduğu söylenebilir. Ayrıca bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 213; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352.

Farklı görüşte bkz. **Acar**, s. 157. Yazara göre, TBK m. 14 f.1'e bu şekilde bir istisna tanıma lüzumu yoktur, bu bağlamda eğer kefalet alacaklısı karşı edim yükümlülüğü altına girecek olursa, onun da şekil zorunluluğuna uyması gerekecek, pek tabii bu şekil sadece adi yazılı bir şekil olacaktır.

⁶⁸ **Özen**, Kefalet (2014), s. 218; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352; **Barlas**, s. 355; **Aydoğdu, Murat / Kahveci Nalan**, Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, İleri Kitabevi, İzmir, 2013, s. 708; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1418-1419; **Gündüz, Deren Ş.**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 20; **Acar**, s. 161; **Eren**, Borçlar Genel, s. 283; **Oğuzman/Barlas**, s. 200.

⁶⁹ Kefalet sözleşmesinin resmi şekilde noterde yapıldığı olasılıkta bile nitelikli yazılı şekilden ödün verilemez, el yazısıyla belirtilmesi gereken hususların noterin hazırladığı senede kefil tarafından el yazılı olarak işlenmesi gerekir. Bu yönde bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 218.

İleri sürdüğümüz bu düşüncenin temelinde nitelikli yazılı şeklin resmi şekle göre daha ağır bir düzenlemeyi içermesi yatar (Bu konuda ayrıca bkz. **Kapancı, Kadir Berk**, "Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 403-430, s. 406-407).

(yani asıl borcun belirlenmesi, kefil olma iradesi başta olmak üzere objektif ve sübjektif bütün esaslı noktaları içerir biçimde) adi yazılı şekilde yapılması ve kefil tarafından imzalanması gereken kefalet sözleşmesi; aynı zamanda her durumda kefalet tarihini ve kefilin sorumluluğunun azami tutarını (kefalet limiti) kefilin el yazısıyla içermelidir⁷⁰. Bu unsurları belirtildiği şekilde içermeyen kefalet sözleşmesi geçersiz, Türk Hukuku'nda ağırlıklı kabul edilen görüşe göre kesin hükümsüz, olacaktır^{71, 72}.

Müteselsil kefalette ise, bu anılanlardan başka müteselsil kefil olma iradesinin de ayrıca kefilin el yazısıyla belirtilmiş olması gereklidir⁷³. Bu nokta, aşağıda⁷⁴ ele alacağımız TBK m. 583'ün TTK m. 7 ile etkileşimi bakımından özellikle önem taşıyacaktır. Bu unsurun anılan geçerlilik şekli gerekliliği içinde belirtilen suretle yer almaması durumunda ise, yukarıdaki paragrafta anılan farklı olarak kefalet sözleşmesi

Aksi görüşte bkz. **Barlas**, s. 356; **Baş, Ece**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", İÜHFM, C. LXX, S. 2, Yıl: 2012, s.115-144, s. 130; **Haznedar/Gürses**, s. 138. Yazarların görüşüne göre ise, resmi şekil başlı başına kefilin korumak için yeterlidir, ayrıca nitelikli yazılı şekil gerekliliklerinin noter senedine yansıtılmasına yer ve lüzum bulunmamaktadır.

⁷⁰ **Bilgen**, s. 27; **Reisoğlu**, s. 73; **Eren**, Borçlar Özel, s. 785; **Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 688; **Aral/Ayrancı**, s. 477; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 709; **Uygur**, s. 2530-2531; **Günay, Cevdet İlhan**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1539; **Haznedar/Gürses**, s. 137; **Gündüz**, s. 90 vd.; **Acar**, s. 162.

⁷¹ **Özen**, Kefalet (2014), s. 243; **Reisoğlu**, s. 93; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 365; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1421; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 687; **Yavuz, Nihat**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2, m. 339-649, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 2992; **Çelik, Ahmet**, Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 40; **Demir, Şamil**, "Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı", TBB Dergisi, 2013, S: 108, s. 88-122, s. 91.

Ayrıca bu konuda yapılan geçersizlik türü tartışması ve ileri sürülen diğer görüşler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 307 vd.; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 157; **Eren**, Borçlar Genel, s. 289 vd.

⁷² Bu geçersizliğe kefil bilerek ve isteyerek sebep olmuşsa duruma göre, alacaklı ondan TBK m. 49 f.2 veya *culpa in contrahendo* (kıyas yoluyla uygulanacak TBK m. 112) esasına dayalı olarak tazminat talebinde bulunabilecektir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 245-246; **Reisoğlu**, s. 96; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 365.

⁷³ **Özen**, Kefalet (2014), s. 216; **Reisoğlu**, s. 77; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 708; **Günay**, s. 1539; **Acar**, s. 171; **Çelik**, s. 42; **Baş**, s. 134; **Gündüz**, s. 86.

⁷⁴ Bu konuda bkz. aşağıda (IV) altındaki açıklamalarımız.

kesin hükümsüz olmaz; ve fakat müteselsil özellik de gösteremez, yani adi bir kefalet olmaktan öteye geçemez⁷⁵.

Bu arada TBK m. 583, yukarıda anılan getirisiyle, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin kefil konumunda olacağı kefalet sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacaktır⁷⁶. Yalnız özellikle tüzel kişilerin nitelikli yazılı şekilde, yani el yazısıyla ifade edilmesi gereken unsurları içeren kefalet sözleşmesi kısmını nasıl oluşturacakları şüphe uyandırmaktadır. Bu noktada, tüzel kişinin yetkili organını oluşturan (onu temsil etme yetkisini haiz olan) gerçek kişinin el yazısının esas alınacağı kabul edilmektedir⁷⁷. Eğer organı oluşturan kişilerin ancak yetkili birden fazla kişinin aynı anda hareket etmesi (*elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil*⁷⁸) yoluyla işlem yapılabilmesi mümkün ise, bu durumda nitelikli yazılı şeklin nasıl gerçekleştirileceği tartışmaya açılabilir⁷⁹. Bir yaklaşım tarzı, birlikte hareket etmesi gereken kişilerin her birinin ilgili unsurları teker teker el yazısıyla belirtmelerini aramak yönünde olabilir. Bir diğer yaklaşım tarzında ise, birlikte hareket etmesi gerekli olan kişilerden her birinin kefalet sözleşmesini imzalaması kaydıyla bunlardan sadece birinin söz konusu unsurları el yazısıyla belirtmesi yeterli görülebilir. Bu yaklaşımlardan ikincisinin daha yerinde olduğu düşüncesindeyiz⁸⁰.

TBK m. 583 kuralının getirisi, müteselsil birlikte kefaleti⁸¹ de aynı şekilde etkiler, bu teminat türüne yönelik iradenin de birlikte kefillerin el yazısıyla kefalet sözleşmesi metnine dercedilmesi gerekecektir⁸². Bundan başka, yine ilgili şekil zorunluluğu bağlamında müteselsil birlikte kefalet

⁷⁵ **Özen**, Kefalet (2014), s. 231; **Reisoğlu**, s. 88; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 360; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 709.

⁷⁶ **Özen**, Kefalet (2014), s. 216; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1419; **Haznedar/Gürses**, s. 139; **Acar**, s. 159; **Çelik**, s. 38.

⁷⁷ **Özen**, Kefalet (2014), s. 221.

⁷⁸ Bu kavramla ilgili olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 662 vd.

⁷⁹ Bu konuda özellikle bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 220.

⁸⁰ Aynı yönde bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 220; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 353; **Barlas**, s. 357; **Haznedar/Gürses**, s. 139; **Acar**, s. 161.

⁸¹ Burada kastedilen TTK m. 7 f.2 kapsamında söz konusu olması öngörülen *tam anlamıyla müteselsil birlikte kefalettir*, eksik anlamda müteselsil birlikte kefalet (sadece kefiller arasında teselsül ilintisinin bulunması durumu) inceleme konusu kapsamına doğrudan girmediği için göz ardı edilmiştir. *Eksik anlamda müteselsil birlikte kefaletin* özellikleri için bkz. **Yıldırım**, s. 58 vd.

⁸² **Özen**, Kefalet (2014), s. 343.

açısından özel bir noktaya daha ayrıca dikkat gösterilmek icap eder: Her müteselsil birlikte kefil, birlikte sorumlu olduğu kefalet tutarının tamamını da yine TBK m. 583'e uygun olacak şekilde el yazısı ile kefalet sözleşmesi metninde belirtmelidir⁸³. Yoksa sadece iç ilişkide (ve şartları oluştuğunda dış ilişkide) müteselsil birlikte kefilin sorumlu olacağı tutarın belirtilmesi anılan şekil zorunluluğunun gerçekleştirilebilmesi için kafi gelmez⁸⁴.

Diğer taraftan TBK m. 583'ün, hemen aşağıda ele alacağımız TBK m. 603 kuralıyla ciddi bir "organik" bağ içinde olduğunu belirtmek gerekir. Öyle ki, temel itibariyle bir yollama (atıf) kuralı⁸⁵ oluşturan TBK m. 603'ün getirisi ve bu getirinin içeriğinin tespit edilmesi, öncelikle TBK m. 583'ün ifadesinin "ete kemiğe büründürülmesine" muhtaçtır. Bu noktada söz konusu faaliyet tamamlandıkta, TBK m. 603'ün incelemesine geçilebilir.

2. TBK m. 603'ün Gerçek Kişilerin Teminat Veren Konumunda Oldukları Teminat Amacıyla Müteselsil Borçluluğun (ve Borca Katılmanın) Geçerlilik Şekli Bakımından Getirisi

Kefalet sözleşmesinin düzenlendiği bölümün son maddesini oluşturan, "Uygulama Alanı" kenar başlıklı TBK m. 603'e göre "Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır,"⁸⁶.

⁸³ Bu konuda bkz. Yıldırım, s. 54.

⁸⁴ Yıldırım, s. 54.

⁸⁵ Bu kural türü ile ilgili olarak bkz. Serozan, s. 16-17.

⁸⁶ 6098 sayılı kanunun tasarı olarak yayımlandığı ilk halinde söz konusu hüküm (TBK Tasarı m. 608) yine aynı başlık altında, "Kefili koruyan hükümlerden kurtulmak amacıyla, gerçek kişilerle başka ad altında yapılan sözleşmeler de kefalet hükümlerine tabidir," olarak kaleme alınmıştı. Düzenleme bu haliyle kişisel teminat hukuku alanı üzerinde ciddi bir baskı yaratacak bir görünüme sahipti. Zira madde temel prensibin sözleşme özgürlüğü olduğu borçlar hukuku alanında teminat borçlusunu korumak adına, buna ciddi bir müdahaleyi amaçlıyordu. Nitekim bu durum, Galatasaray Üniversitesi tarafından hazırlanan Değerlendirme Raporu'nda (TBK Tasarı m. 608'e ilişkin açıklamalarda), şöyle eleştiriye tabi tutulmuştur: "Bu hüküm, Tasarının kefaletle ilişkin düzenlemeleri içinde en hatalı ve anlamsız olanıdır. Zira taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde her türlü kişisel teminat sözleşmesini akdedebilirler. Bu hüküm kanunlaşırca, uygulamada hakimler özellikle garanti sözleşmesi olarak kaleme alınan ve gerçekten bu nitelikte olan sözleşmeleri de kefalet hükümlerine tabi tutma eğilimine

Bir defa hemen belirtilmelidir ki, söz konusu olan tüzel kişiler olduğunda, düzenleme uygulama alanı bulmaz; getiri sadece gerçek kişiler bakımındandır⁸⁷. Bu anlamda hükmün kaleme alınmasında, tüzel kişilerin gerçek kişilerden farklı olarak, hatta medeni hukuk ve ticaret hukuku tüzel kişisi olmalarına göre bir ayırım da yapılmaksızın, belirli bir organizasyon bütünlüğüne sahip bir yapı oluşturacakları, bu nedenle bu denli bir korumaya ihtiyaç duymayacakları düşüncesinin ağır bastığı tespiti yapılabilir. Halbuki konu kefalet sözleşmesi olduğunda TBK m. 583 tüzel kişiler bakımından herhangi bir ayırım gözetmemiş, gerçek kişilere sağlanan genel korumadan tüzel kişileri de aynen faydalandırmıştır⁸⁸.

Diğer taraftan TBK m. 603'ün doğru şekilde yorumlanması ve anlamlandırılmasında, “*kişisel güvence*”den ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi elzemdir⁸⁹, ⁹⁰. Bu yorum, dar kapsamda tutularak sadece hukuki sebep bakımından bir inceleme yapılabilir, böylece sadece hukuki sebebini (işlemi tipikleştiren kazandırma amacı) “*teminat sebebi*” oluşturan hukuki işlemler kapsama sokulabilir. Bilindiği üzere, teminat sebebini taşıyan hukuki işlemler, kendisine teminat sağlanan kişinin belirli bir riskin gerçekleşmesine karşı korunmasını sağlarlar. Teminat sözleşmesinin adeta kalbini oluşturan risk kavramı da gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tam olarak belli olmayan zarar verici bir olay olarak tanımlanabilir⁹¹. Ancak böyle bir yaklaşım, kavramcı olarak

girebilirler ki bu son derece tehlikeli bir yaklaşım olur.” Bu konuda bkz. **Kuntalp, Erden / Barlas, Nami / Ayanoglu Morali, Ahu / Çavuşoğlu Işintan, Pelin / Yaşar, Mert / Koç, Sedef**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 273. Tasarının kanunlaşmadan önceki halinde ise, eleştiriler dikkate alınarak madde bugünkü haline getirilmiş, dolayısıyla eskiye göre daha kabul edilebilir bir “*kimliğe*” büründürülmüştür.

⁸⁷ **Özen**, Kefalet (2014), s. 48; **Reisoğlu**, s. 323; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 370; **Bilgen**, s. 101; **Yavuz, Nihat**, Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 334; **Yavuz**, Şerh, s. 3109; **Günay**, s. 1591; **Uygur**, s. 2594; **Aral/Ayrancı**, s. 472; **Baş**, s. 139; **Demir**, s. 89, 97.

⁸⁸ Bu konuda özellikle bkz. yukarıda (III,1) altındaki açıklamalarımız.

⁸⁹ Hükmün içeriğinin doldurulmasına ilişkin önerileri için ayrıca bkz. **Demir**, s. 101.

⁹⁰ Hiç şüphesiz en başta “aynı teminatların” kapsam dışında kalacağı açıktır (Bkz. **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 369).

⁹¹ Tabii burada hedef alınan ve teminat sebebi taşıyan sözleşmeler, kefalet ile bir başkasının borcunun yerine getirilmemesi riskini konu almaları bakımından mutlaka benzerlik göstermelidir, aksi takdirde her türlü riski konu alabilecek başkaca işlemlerin (*sigorta sözleşmeleri, saf garanti sözleşmeleri vb.*) maddenin uygulama alanına sokulması çok da isabetli olmaz. Aksi takdirde maddeye amacı dışında bir getiri

görülüp eleştirilebilir, zira böyle bir durumda teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılma maddenin getirisinin dışında kalacaktır. Oysa, her ne kadar bu sonuncularda, yapılan hukuki işlemin sebebi tek ve bizzat teminat verilen “asıl” borcun sebebi olsa da⁹², “olağan” bir müteselsil borçluluk yapısından ciddi şekilde uzaklaşmaktadır⁹³. Hiç şüphesiz olağan müteselsil borçluluğun da bir oranda teminat işlevini bünyesinde taşıdığı söylenebilir; sonuçta bu yapıda alacaklı, karşısında birlikte borç altına giren birden fazla borçluların her birinden alacağının tamamını talep edebilmek gibi ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Teminat amacıyla girilen müteselsil borçlulukta (ve borca katılmada) ise bunun daha da ötesine geçen bir teminat sağlama işlevi bulunmaktadır. Öyle ki salt teminat sağlama amacıyla yapılan bu işlemlerde, teminat amacıyla müteselsil borç altına girenin (veya borca katılanın) asıl işlemde, alacaklıya bu işlemin borçlusunun borcunu yerine getirememesi riskine ilişkin teminat

atfedilmiş olur ki bu da kabul edilemez. Sonuçta hüküm kefaletin şekline ilişkin emredici düzenlemelerden sıyrılmak isteyen olası teminat alacaklılarının bu hedeflerine ulaşmalarını bertaraf etmek için getirilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Kapancı, Kadir Berk**, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 118 dn. 118; **Baş**, s. 139.

⁹² Bu konuda bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 7-8; **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 23, 67; **Romy**, CoRo., Art. 143 CO, N. 3.

⁹³ Burada bir noktaya önemle dikkat çekilmelidir: Hiç şüphesiz, müteselsil borçlulukta (ve borca katılmada) borcun hukuki sebebinin (*causa*) tek ve aynı olmasında kastedilen ilişki, müteselsil borçluluğu bütünüyle taşıyıcı mahiyetteki geniş anlamdaki borç ilişkisidir. Ayrıca bu husus, müteselsil borçlulukta alacaklıyla olan dış ilişkide, tartışmalı olsa da günümüzde ağırlıklı kabul edilen ve kanunda da ciddi yansımaları bulunan “çokluk teorisi”ne göre, borçlu sayısı kadar dar anlamda borç ilişkisi olduğu düşüncesiyle herhangi bir çelişki de arz etmez. Yine de bu iki noktanın birbiriyle karıştırılmamasına da özen gösterilmelidir: Zira ilk durumda -tek bir hukuki sebebi olan- organizma şeklindeki geniş anlamda borç ilişkisinden, ikinci durumda ise bu ilkinden -çokluk teorisine göre- doğacak (ki geniş anlamda borç ilişkisinden sadece dar anlamda borçların değil, bunların yanında yenilik doğuran haklar, defiler, yetkilerin vb. başkaca münferit unsurların da doğduğu gözden kaçırılmamalıdır) kısmen bağımsız dar anlamda borç ilişkilerinden söz edilmektedir. (Müteselsil borçluluktaki dış ilişkide kaç tane dar anlamda borç ilişkisi bulunduğuyla ilişkin tartışma ve bu konuda ileri sürülen farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 26 vd. **Canyürek**, s. 11-12; **Akıntürk**, s. 48 vd.; **Dağdelen**, s. 10 vd.; **Romy**, CoRo., Art. 143 CO, N. 3.

Müteselsil borçlulukta tek bir hukuki sebebi bulunan “taşıyıcı” geniş anlamda borç ilişkisi ve dar anlamda borç ilişkileri ayırımına ilişkin olarak burada yaptığımız vurgunun daha farklı şekilde ifadesi için özellikle bkz. **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 26 dn. 106.

sağlamaktan başka herhangi bir beklentisi bulunmamaktadır. Öğretide de, maddede geçen “*kişisel güvence verilmesi*” lafzının içine teminat amaçlı müteselsil borçluluğun ve borca katılmanın da gireceği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁹⁴.

Pek tabii, burada iş sadece hükmün uygulama alanına girecek işlem yapılarını bulmakla bitmez. Bir diğer taraftan da, hükmün getirisinin “maddi içeriğinin” tam olarak nelerden ibaret olacağının açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira TBK m. 603’de, renksiz bir ifadeyle sadece kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve evli kişilerin kefil olmasında eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerin sağlayacakları kişisel güvenceler bakımından da tatbik edileceği belirtilmiş, ama bunun tam olarak nasıl gerçekleştirileceği konusunda herhangi bir açıklığa yer verilmemiştir. Bizi burada asıl ilgilendiren “*şekil*” kısmı olduğundan özellikle bu noktaya yoğunlaşılacaktır. Zaten konumuzu ilgilendiren teminat amaçlı müteselsil borçluluk ve borca katılma bakımından diğer noktaların uyarlanması noktasında bir belirsizliğin veya tereddüdün olacağı da söylenemez. Tek cümleyle yalnız tam ehliyetliler -teminat veren sıfatıyla- bu tarzda işlemleri yapabilirler ve yine evli olan kişilerin de bu işlemlere eşlerinin rızalarının sağlanması şarttır⁹⁵.

“*Şekil*” konusuna geri dönülecek olursa, bir defa burada sözü edilen her iki işlemin de geneli bakımından adi yazılı şeklin uygulanması bir gerekliliktir. Ama bunun bile ötesinde nitelikli yazılı şeklin aranacağı noktalar da olacaktır⁹⁶. İlgili noktalar, her şeyden önce azami teminat

⁹⁴ Bu konuda özellikle bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 49 vd.; **Reisoğlu**, s. 323; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 369; **Eren**, Borçlar Özel, s. 785; **Bilgen**, s. 102; **Yavuz**, Kefalet, s. 335; **Yavuz**, Şerh, s. 3107, 3109; **Uygur**, s. 2594; **Aral/Ayrancı**, s. 473, 506; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 702; **Gündüz**, s. 170; **Baş**, s. 140; **Demir**, s. 107.

Farklı görüşte bkz. **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. I, Yıl: 3, S. 1, 2004/1, s. 293-322, s. 320.

⁹⁵ **Özen**, Kefalet (2014), s. 49 vd.; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 370; **Yavuz**, Kefalet, s. 335; **Demir**, s. 92 vd.

⁹⁶ Farklı görüşte bkz. **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 371. Yazarın görüşüne göre, teminat amaçlı müteselsil borçluluk ve borca katılmanın durumu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Teminat amaçlı müteselsil borçlulukta sözleşmenin salt adi yazılı şekilde yapılması yeterli olur. TBK m. 603 hükmü çerçevesinde, bu adi yazılı şeklin içine yansıtılacak “*müteselsil borç altına girme iradesi*” dışında, ne “*azami sorumluluk tutarının*” ne de “*teminat verilen tarihin*” özel olarak gösterilmesi bir zorunluluk olarak görülemez.

sorumluluğu miktarı ve teminatın sağlandığı tarihin el yazısı ile belirtilmesidir⁹⁷. Bunlardan başka, özellikle aşağıda⁹⁸ ele alacağımız TTK m. 7 ile olan etkileşim bakımından asıl önemi arz edecek şu hususlara da sözü edilen nitelikli yazılı şekil gerekliliği bağlamında dikkat edilmelidir:

- **Teminat amaçlı müteselsil borçluluk**, müteselsil kefalete göre bağımsız ve daha kuvvetli bir teminat güvencesi sağlayacağından (sonuçta müteselsil borçlu, müteselsil kefilden farklı olarak “asıl” borç altına girenin kişisel savunmalarına dayanamayacak, bunlardan fayda sağlayamayacaktır⁹⁹), buna ilişkin şekil düzenlemelerinin evleviyetle diğerine de uyarlanmak suretiyle tatbik edilmesi gerekecektir¹⁰⁰. Sözün özü, yapılan işlemde teminat amacıyla müteselsil borç altına giren, bu iradesini kendi el yazısıyla ifade etmelidir. Ama mutlaka müteselsil olarak borç altına girildiğinin, adlı adınca yazılmasına gerek yoktur; bu durumun başka şekilde de -yine el yazısıyla olmak suretiyle- belirtilmesi kâfidir.

Borca katılmada ise, durum biraz daha farklıdır; bu yapı dahilinde, “teminat verilen tarihin” mutlaka belirtilmesi ve “teselsül iradesinin” de adi yazılı şekle herhangi bir suretle yansıtılması dışında, geri kalan noktalar bakımından -tıpkı teminat amaçlı müteselsil borçlulukta olduğu gibi- salt adi yazılı şekille yetinilmesi TBK m. 603 çerçevesinde کافی gelecektir.

⁹⁷ Söz konusu teminat yapıları özelinde, “teminat tarihi” bakımından aynı düşüncüyü paylaşan **Özen** (Kefalet (2014), s. 51, 52), “teminat miktarının belirtilmesinin” ise, önemli olmadığı ve hatta teminat verenler bakımından da herhangi bir anlam ifade etmeyeceği kanaatindedir. Bu sebeple de, ilgili hususta nitelikli yazılı şekle gerek duyulmayacaktır. Yazarın bu görüşünü şu nedenle tam olarak paylaşamıyoruz: Teminat amacıyla müteselsil borçluluk (ve borca katılma), kendisine teminat sağlanan borcun sadece bir kısmını ilgilendirebilir. Yani müteselsil borçlulukta, borç tutarları arasında farklılık meydana getirilebilir. Böyle durumlarda teselsülün en düşük borç tutarı kadar olacak, bu tutarı aşan kısım bakımından tek kişi borçluluğu hükümleri uygulama alanı bulacaktır (Bu konuda özellikle ve ayrıca bkz. **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 54, 140). Bu anlamda, teminat verenin bu husustaki iradesini de el yazısıyla göstermesi gereği, onun layıkıyla korunabilmesi açısından elzemdir.

⁹⁸ Bu konuda bkz. aşağıda (IV) altındaki açıklamalarımız.

⁹⁹ **Tandoğan, Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 702-703.

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 52; **Gündüz**, s. 172.

- **Borca katılma** ise, teminat amaçlı müteselsil borç altına girmeden ufak bir fark arz eder: O da yapılan işlemin başlangıçta katılma gerçekleşene kadar ferî özellik göstermesi, akabinde ise bağımsızlaşmasıdır¹⁰¹. Dolayısıyla ilgili aşamadan sonra, tıpkı baştan teminat amacıyla müteselsil borç altına giren bir kişi gibi, borca katılan da “asıl” borçlunun kişisel savunmalarından borca katılan fayda sağlayamaz¹⁰². Bu anlamda burada sağlanan teminat güvencesinin de tıpkı diğeri gibi, buna göre bir miktar daha hafif kalsa da, müteselsil kefaletten daha kuvvetli olduğu açıktır; dolayısıyla müteselsil kefalete ilişkin nitelikli yazılı şekil düzenlemelerinin borca katılma bakımından da yine uyarlanarak tatbik edilmesi şarttır. Borca katılma iradesi, genel olarak buna işaret edecek şekilde yani özel bir terim gerekliliği aranmadan, borca katılanın el yazısı ile gösterilmelidir¹⁰³.

Buraya kadar gelinen noktada, içinde bulunduğumuz başlık altında varılan ara-sonuçlar kısaca özetlenecek ve netleştirilecek olursa, bir defa TBK m. 603 sadece gerçek kişiler (kişisel) teminat veren konumunda olduğunda uygulanır. Bunun yanında TBK m. 603, yine sadece teminat amaçlı müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından bir getiri öngörür; yoksa olağan (yalın) bir müteselsil borçluluk bakımından değil.

¹⁰¹ **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 66; **Özen**, Kefalet (2014), s. 10; **Tandoğan**, s. 702, 841; **Reisoğlu**, s. 109; **Aral/Ayrancı**, s. 471; **Gündüz**, s. 172.

Farklı görüşte bkz. **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 331 ve özellikle dn. 1757. Yazarın görüşüne göre, borca katılmada aynı (tek) hukuki sebepten doğan borçlar söz konusu olduğu için, bunlar arasında hiçbir suretle/aşamada aslilik-ferilik ilintisi kurulamaz. Burada özellik arz eden ve katılanın borcunun sanki “ferî bir borç” gibi değerlendirilmesine yol açan husus, bizzat katılınacak ilk borcun geçerli olarak varlığının, buna sonradan katılan kişinin borcunun geçerliliği bakımından da bir zorunluluk teşkil etmesinden ileri gelir.

¹⁰² **Özen**, Kefalet (2014), s. 10; **Tandoğan**, s. 702; **Reisoğlu**, s. 109.

¹⁰³ **Özen**, Kefalet (2014), s. 51; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 609. Farklı görüşte bkz. **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 371; **Demir**, s. 108.

IV. Mevcut Durumda TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603 Hükümleri Arasındaki İlişki ve Etkileşim Nasıl Değerlendirilmelidir?

1. Genel Olarak

TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603 hükümlerinden her birinin genel plandaki, kendi öznel getirilerini yukarıda belirttik. Peki, bu hükümlerin birbirleriyle olan ilişkisi ve etkileşimini nasıl değerlendirilmek en uygunu olacaktır? Bilindiği üzere birbiriyle ilişki içinde olabilecek aynı normlar hiyerarşisi sırasındaki iki hukuk kuralı (örneğin somut durumdaki gibi aynı seviyede bulunan iki ayrı kanunda yer alan kurallar) bazen hiçbiri birbirinden etkilenmeden yani çatışmadan yan yana var olabilir; böyle bir durumda bu kurallar birbirlerini tamamlayıcı özellik gösterirler. Bazı diğer durumlarda ise, bu tarzda iki kuralın getirileri birbirleriyle kesişebilir ve içerdikleri farklılıklar bir zıtlasma ve çatışma oluşabilir. Bu noktada hangi kuralın veya diğer bir ifadeyle hangi kanun hükmünün önceliğe sahip olduğunun tespit edilmesi gerekir¹⁰⁴.

Maalesef TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603 hükümleri birbirlerinin etki çeperlerine değmeksizin tam olarak yan yana var olabilen hükümler değildir; dolayısıyla bunların özellikle çatışma halinde oldukları kısım

¹⁰⁴ Bu konuda bazı temel ilkeler yapılacak tespitte yardımcı olabilir. Söz konusu temel ilkelerden ilki önceki hüküm – sonraki hüküm’e ilişkindir. Buna göre aynı zaman dilimi içinde yürürlükte bulunan iki ayrı hüküm, aynı olay için uygulama alanı bulurken, farklı ve birbirleriyle çatışma gösteren hükümler içerirlerse en son yürürlüğe giren hüküm öncelikli uygulama alanına sahiptir, bir diğer ifadeyle diğerini (yani öncekini) dışlar ve engeller (*Lex posterioris derogat legi priori*). Bir diğer temel ilke, özel hüküm – genel hüküm’e ilişkindir. Buna göre, mahiyeti itibarıyla herkese veya her olaya uygulanması gereken hükümler, genel hükümler olarak anılmakta, buna karşılık sadece kapsamı belirlenmiş özel olaylara uygulanacak hükümlere özel hükümler denilmektedir. Kural olarak özel hüküm genel hükme göre öncelikli uygulama alanına sahiptir, yani genel hükmü dışlar ve engeller (*Lex specialis derogat legi generali*). Bununla birlikte, kimi zaman da bu iki ilkenin birlikte ele alınması (kombine edilmesi) ve daha farklı sonuçlara ulaşılması gerekebilir (Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Çağa, Tahir**, “Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?”, TBB Dergisi, Yıl: 1991, S.3, s. 366-375, s. 366 vd.; **Serozan**, s. 180 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 82-83).

Konuya TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603 özelinde değinilecek olursa, hemen belirtilmelidir ki, gerek TTK gerekse de TBK aynı gün yürürlüğe girdiklerinden (bu konuda bkz. TTK m. 1534, TBK m. 648) ilgili hükümler arasında bu şekilde (önceki hüküm – sonraki hüküm) bir ilinti kurulabilmesi söz konusu olmaz. Yine söz konusu hükümler arasında, genel hüküm – özel hüküm ilintisinin kurulabilip kurulamayacağı ise, aşağıda (IV) ve akabinde (V) bölümleri altında ayrıntılarıyla değerlendirilecektir.

tespit edilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Esas itibarıyla söz konusu hükümler arasındaki çatışma, TBK m. 583 ve 603'ün -genel olarak- müteselsil kefalet (ve müteselsil birlikte kefalet) ve -gerçek kişilerin teminat veren konumunda oldukları- teminat amacıyla müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından getirdikleri nitelikli yazılı şekil kuralından ileri gelmektedir. Eğer bu anılan geçerlilik şekli kurallarına öncelik verilirse, bir karine kuralı getiren TTK m. 7'nin uygulanabilmesi zorlaşmakta ve kapsamı daraltmakta, dolayısıyla bu son hüküm bir bakıma işlevsizleşmektedir.

Yalnız asıl tartışma¹⁰⁵ yaratan bu noktaya geçilmeden belirtilmelidir ki, TBK m. 583 ve 603'ün kefalet ve teminat amaçlı müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından getirdikleri genel nitelikteki geçerlilik şekli zorunlulukları, TTK m. 7'den ayrı olarak, ticari işlerden doğan borçlar özelinde söz konusu olan (teminat amaçlı) birlikte borçlanma ve kefaletlerde de aynen geçerli olacaktır¹⁰⁶. Yani somutlaştırılıp detaylandırılacak olursa;

¹⁰⁵ Öğretide tartışmanın asıl odaklandığı nokta, TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisidir; dolayısıyla yapılan araştırma kapsamında TBK m. 603 ve TTK m. 7 f.1 ilişkisine dair herhangi bir tartışmanın yapıldığına rastlanmamıştır. Bununla birlikte bahsi geçen ikinci konu, ilkiyle gösterdiği benzerlik, koşutluk ve yakın ilgi nedeniyle, onunla birlikte ele alınmaya ve çözümlenmeye muhtaçtır. Ayrıca TBK m. 583'le ilgili değerlendirme, ister istemez TBK m. 603 bakımından alınacak tavrı da ortaya koyacaktır. Bu bağlamda burada ve daha sonra aşağıda verilecek açıklamalarda TTK m. 7 karşısında bu iki hüküm hep birlikte ele alınacaktır.

¹⁰⁶ Aynı şeyler, kefaletin geçerliliği bakımından aranan genel nitelikli kefilin ehliyet koşulu (bkz. TMK m. 449) ve -kısmen- evli kişilerin kefil olabilmesi için aranan eşin rızası koşulu (TBK m. 584 f.1) için de geçerlidir. Buna göre bir defa, söz konusu olan ticari işler olduğunda dahi, her durumda ancak tam ehliyetli olanlar kefil olabilir. Kefil olacak evli kişilerin eşlerinin izninin alınması bakımından ise TBK m. 584 f.3 ayrık kuralı da gözetilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Öyle ki bu son fıkra çerçevesinde, evli kişilerin kefil olabilmesi bakımından getirilen eşin rızası (izni) gerekliliği "ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için" aranmayacaktır. Dolayısıyla evli bir kişinin eşinin rızası (izni), yalnızca bu son anılan istisna hükmünün

- **TBK m. 583'e göre**, her durumda kefalet sözleşmesinin genel olarak adi yazılı şekilde yapılması, nitelikli yazılı şeklin öngörüldüğü kefalet sorumluluğunun azami miktarının ve kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile yazılmış olması gerekir. Aksi takdirde, yapılan işlem bütünüyle geçersiz (ağırlıklı görüşe göre kesin hükümsüz¹⁰⁷) olur. Diğer bir ifadeyle, aşağıda yer verilecek görüşler bağlamında, TTK m. 7'nin TBK m. 583'e göre üstünlük arz ettiği görüşünün kabul edildiği olasılıkta dahi, TBK m. 583'ün burada sözünü ettiğimiz genel getirisi her durumda, bu ilişkinin/etkileşimin dışında ve ondan bağımsız olarak uygulama alanı bulacaktır. Sonuçta, TTK m. 7 f.2 sadece -bir karine kuralıyla, aksi de kararlaştırılabilir veya ispat edilebilir şekilde- kefaletin (ve birlikte kefaletin) “*müteselsil*” olarak kabul edilmesi konusu özelinde hüküm sevk etmektedir. Yoksa madde, ticari işlerden doğan borçlara kefalette (ve birlikte kefalette) genel bir “*şekil muafiyeti*” düzenlemesi içermemektedir.
- **TBK m. 603 bakımından** da benzer şeyler söylenebilir, bir defa teminat amacıyla müteselsil borçluluğa (ve borca katılmaya) ilişkin birlikte borçlu irade beyanının genel olarak adi yazılı şekilde düzenlenmesi, yukarıda¹⁰⁸ kabul ettiğimiz görüş kapsamında müteselsil olarak borç altına girilen tarihin

kapsam dışında kalan ticari işlerden doğan borçlara verdiği kefalet teminatı bakımından zorunludur.

İbre, TBK m. 603'ün teminat amaçlı müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından getirisine doğru çevrildiğinde de, -büyük oranda- kefalet açısından söylenene benzer şeyler söylenebilecektir. Sonuçta, TBK m. 603, şekil dışında ehliyet ve eşin rızası konularında da genel bir yollamada bulunmuştur. Buna göre yine yalnızca tam ehliyetli olanlar bu türden işlemleri yapabilirler. Eşin rızası bakımından ise, eğer TBK m. 584 f.3'ün getirdiği istisnanın buraya da “*uyarlanarak*” uygulanması gereği kabul edilirse, yapılacak açıklamalar yukarıdaki paragraftakiyle birebir aynı olacak; yok eğer söz konusu istisnanın sadece kefaletleri ilgilendirdiği ve TBK m. 603'ün eşin rızası yaptığı yollamanın esas itibarıyla genel kuralı koyan TBK m. 584 f.1 ve f.2 ile sınırlı olduğu kabul edilecek olursa, ticari işlerden doğan borçlar için sağlanan teminat amacıyla müteselsil borçluluk (ve borca katılma) teminatları bakımından her durumda eşin rızasının aranacağı sonucuna ulaşılacaktır.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 307 vd.; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 157; **Eren**, Borçlar Genel, s. 289 vd.

¹⁰⁸ Bu konuda bkz. yukarıda (III,2) altındaki açıklamalarımız.

ve müteselsil borçluluk tutarının -teminat veren konumundaki- birlikte borçlunun el yazısı ile yazılması şarttır. Aksi takdirde, yapılan işlem, tıpkı kefalet bakımından olduğu gibi, bütünüyle geçersiz (ağırlıklı görüşe göre kesin hükümsüz¹⁰⁹) olur.

Diğer taraftan TTK m. 7'nin TBK m. 603 ile olan ilişkisi bağlamında şu hususa da özellikle değinilmelidir: TTK m. 7 f.1, “*teminat amacıyla*” olanların yanında “*olağan*” müteselsil borçluluk hallerini de kapsamına alan bir düzenleme getirmiştir; bu anlamda TBK m. 603 kapsamında var olduğunu iddia ettiğimiz şekilde bir ayrımı ihtiva etmemektedir. Oysa yukarıda¹¹⁰ da değinilmiş olduğu üzere, kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, “*olağan*” olan müteselsil borçluluk halleri zaten bütünüyle TBK m. 603'ün kapsamı dışında kalmaktadır. Söz konusu hallerde TTK m. 7 f.1 ise, doğrudan ve hiçbir şüphe gözetilmeksizin, tek başına uygulama alanı bulur.

Bir diğer nokta da şudur: Hatırlanacağı üzere, TTK m. 7 f.1'in uygulanması için genel kabul¹¹¹, ticari bir işten doğan borcun altına birden fazla kişinin “*aynı anda ve aynı işlemle*” girmesidir. Yani madde, bu kabul çerçevesinde, sonradan borca katılma olasılığında bir karine avantajı sunmamaktadır. Hiç şüphesiz borca katılma, zaten TBK m. 201 kapsamında müteselsil borçluluk meydana getirmektedir, ancak bu müteselsil borçluluğun geçerli olabilmesi -yine yukarıda kabul ettiğimiz görüş kapsamında¹¹²- TBK m. 603'teki geçerlilik şartlarının yerine getirilmesiyle mümkün olabilecektir.

Son olarak TBK m. 603'ün sadece gerçek kişileri ilgilendiren bir düzenleme olduğu da dikkatten kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla söz konusu olan tüzel kişiler olduğunda, ticari işler alanında gerek “*teminat amaçlı*” gerekse de “*olağan*” müteselsil borçluluk halleri bakımından amir olacak hüküm TTK m. 7 f.1 olacaktır.

¹⁰⁹ Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 307 vd.; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 157; **Eren**, **Borçlar Genel**, s. 289 vd.

¹¹⁰ Bu konuda bkz. yukarıda (III,2) altındaki açıklamalarımız.

¹¹¹ Bu konuda bkz. yukarıda (II) altındaki açıklamalarımız.

¹¹² Bu konuda bkz. yukarıda (III,2) altındaki açıklamalarımız.

TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603'ün asıl etkileşime girdikleri ve çatıştıkları nokta, “*müteselsil kefil (veya birlikte kefil) olma*” ve “*teminat amacıyla müteselsil borç altına girme (veya borca katılma)*”ya dair irade beyanının teminat verenin el yazısı ile ifade edilmesine ilişkin kısımdır. Bu noktada TTK m. 7'ye öncelik verilirse, böyle bir lüzum aranmayacak, bu anlamda söz konusu hüküm TBK m. 583, 603'ün bir istisnası olarak kabul edilecek; buna karşılık TBK m. 583, 603'e öncelik verilirse şekil düzenlemesi olduğu gibi uygulanacak ve TTK m. 7'nin uygulama sahası daralacaktır. Sözü geçen yaklaşımlar ve bu bağlamda ileri sürülen görüşler, aşağıda gerekçeleriyle birlikte ele alınmıştır¹¹³.

Yine bu görüşlere geçmeden hemen belirtmek gerekir ki, bu maddeler arasında kanun koyucu tarafından nasıl bir etkileşim meydana getirilmek istenildiği noktasında da, herhangi bir bilinçli tercih oluşturulmamıştır. Bu husus özellikle TTK m. 7'nin gerekçesinden de anlaşılabilir, nitekim gerekçede hiçbir suretle kefalet ve/veya kişisel teminat sözleşmeleri bakımından öngörülen geçerlilik şartlarına bir istisna yaratılmak istenilip istenilmediği hususuna yer verilmemiştir:

“Madde 7- Maddenin birinci fıkrasında kullanılan “müştereke” sözcüğü yanlış anlaşılmalara yol açtığı, özellikle kefaleti çağrıştırdığı için “birlikte” sözcüğü ile değiştirilmiştir. Ayrıca, metne “kanunda” sözcüğü eklenerek öğretilen bir eksiklik giderilmiştir.”¹¹⁴

Aynı şekilde TBK m. 583'ün gerekçesine bakıldığında da, ticari işler alanında öngörülen şekil kuralı bakımından bir farklılaşmaya gidilmesi gerektiğinin sinyalini veren herhangi bir bulguya rastlanılmamaktadır:

¹¹³ Diğer taraftan öğretide kimi yazarlar, bu konuyu bir sorun başlığı dahi olarak ele almamış, konuyu bu yönde gözetmemişlerdir (Bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 79-80; **İnal**, s. 138-139). Esasen bu tavır, belki bir ihtimal, dolaylı olarak (örtülü bir anlamda) TTK m. 7'nin tek başına ve öncelikli uygulanabilirliğini destekleyici olarak da görülebilir.

Yine bazı diğer yazarlar ise, soruna işaret etmiş ancak herhangi bir çözüm önerisinde bulunmamışlardır (TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında olmak üzere bu şekilde bkz. **Arkan**, s. 70).

¹¹⁴ **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri**, Başlangıç, Madde 7, s. 3. Gerekçe metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016].

“Madde 583- Tasarının üç fıkradan oluşan 583 üncü maddesinde, kefalet sözleşmesinin şekli düzenlenmektedir. / 818 sayılı Borçlar Kanununun 484 üncü maddesinde kullanılan “muayyen bir miktar” şeklindeki ibare, Tasarıda “azamî miktar” şeklinde değiştirilmiştir. / Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına, kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın ve kefalet tarihinin sözleşmede belirtilmiş olmasına bağlanmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 484 üncü maddesinde yapılan düzenlemeden farklı olarak kefalet tarihinin de sözleşmede belirtilmesi, geçerlilik koşulu hâline getirilmiştir. Çünkü, Tasarının 589 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen hüküm uyarınca, kefil, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Belirtilen hükmün uygulanabilmesi ve Tasarının 600 üncü maddesinde öngörülen süreli kefaletin sonunun belirlenebilmesi bakımından, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihin sözleşmeden açıkça anlaşılması şarttır. / Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu cümlede, kefilin, kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu hususlar açıklanmıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olduğu azamî miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise, müteselsil kefil sıfatının veya bu anlama gelen herhangi bir ifadenin yer alması gerekmektedir. / Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Buna göre, kefil, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verecekse ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunacaksa, aynı şekil koşullarına uymak zorundadır. Aynı fıkranın son cümlesinde tarafların, yazılı şekle uyarak, kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilecekleri öngörülmüştür. / Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 484 üncü maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin, kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılması da geçerlilik koşulu olarak kabul edilmiştir. / Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 493 üncü

maddesinin birinci, ikinci ve altıncı fıkraları göz önünde tutulmuştur,”¹¹⁵.

2. “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi (TTK m. 7), Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumdur,” Görüşü

Bu görüşe göre, TTK m. 7, ticari işler bakımından TBK m. 583 ve 603’ün getirisinden bütünüyle sıyrılarak uygulanmalıdır. Bu anlamda TTK m. 7, ticari işler alanında TBK m. 583 ve 603’e göre görüş taraftarlarından bazılarına göre bir özel hüküm¹¹⁶ veya diğer bazılarına göre ise bir istisna¹¹⁷ hükmü ihtiva etmektedir. Görüş taraftarları, eğer belirttikleri türde bir kabulde bulunulmazsa, TTK m. 7 hükmünün büyük

¹¹⁵ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Onbeşinci Bölüm, Kefalet Sözleşmesi, Madde 583, s. 236. Gerekçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016].

¹¹⁶ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu yönde bkz. **Baş**, s. 134; **Ayan**, s. 52; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1421. Aynı bağlamda, dolaylı olarak bu yönde değerlendirilebilecek açıklamaları için ayrıca bkz. **Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 71.

Yine TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu görüşü savunan **Gündüz’e** (s. 89) göre ise, genel olarak Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu’na göre özel bir kanun özelliği gösterir; bu nedenle de öncelikle uygulanması gerekir.

Ayrıca bkz. ve karşı. **Aral/Ayrancı**, s. 485; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 714; **Eren**, Borçlar Özel, 788; **Zevkililer/Gökayla**, s. 700; **Uygur**, s. 2545. Yazarlar, müteselsil kefalet sözleşmesine ilişkin olarak verdikleri açıklamalarında anılan hükümler arasında açık olarak bir ilişki kurmamış, buna karşılık TTK m. 7 f.2’nin ticari işlerde müteselsil kefalet hükümlerinin uygulanmasını sağlayacağını kesin ifadelerle belirtmişlerdir.

Aşağıda (IV,3) altında yer vereceğimiz diğer görüşe katılan **Reisoğlu** (s. 35) da, TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında, TTK m. 7’nin ticari işler alanında varlık gösteren bir özel hüküm olduğunu kabul etmekte, ancak maddenin kendi içinde geçen “*kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe*” ifadesinden hareketle TBK m. 583’ün öncelikli uygulama kabiliyeti bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz. aşağıda (IV,3) altındaki açıklamalarımız.

¹¹⁷ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu yönde bkz. **Haznedar/Gürses**, s. 141.

Ayrıca bkz. ve karşı. **Özen**, Kefalet (2014), s. 279 dn. 6, s. 317. Yazar, aynı eserinin bir önceki versiyonunda hemen aşağıda (IV,3) altında yer vereceğimiz ikinci görüşten yani TBK m. 583’ün üstün tutulması gerektiği görüşünden tavır almış (bu hususla ilgili olarak bkz. **Özen, Burak**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 260 dn. 578, s. 295), sonradan bu şekilde bir görüş değişikliğinde bulunmuştur. Aslında yazar, aşağıda (IV,3) altında yer vereceğimiz diğer görüşün gerekçelerini haklı bulduğunu belirtmekte, buna karşılık uygulamanın aksi yönde gelişeceği kanaatinde olduğunu iletmektedir.

oranda işlevsiz/anlamsız hale geleceğine işaret etmektedirler¹¹⁸. Yine görüş taraftarlarından bazıları, Alman Hukukundaki ticari işlerden doğan borçlar için verilen kefaletin herhangi bir şekle uyulmadan yapılmasına olanak veren -kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin Alman Medeni Kanunu ("BGB") § 766'ya istisna oluşturan- Alman Ticaret Kanunu ("HGB") § 350 düzenlemesini örnek göstererek, ticari işler alanında böyle bir gerekliliğin bulunduğu da işaret etmektedirler¹¹⁹. Aynı yazarlara göre, ticaret hukukunun özel bir alanı düzenlemesi, süratli hareket etme ihtiyacı, kredi ilişkilerinin ve düzeninin korunması ihtiyaçları burada TBK m. 583'ün uygulanmasına engel olmalıdır¹²⁰.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, TBK m. 583'e (veya 603'e) hiç değinilmeksizin TTK m. 7'nin -müteselsil kefalet sözleşmesi bağlamındaki 2. fıkrasının¹²¹- tek başına uygulandığı görülmektedir, ilgili bağlamda mahkemenin bu hükümleri dikkate almayan tavrından -açık olarak belirtilmese de- TTK m. 7'ye öncelik verdiği yorumu yapılabilir. Yüksek Mahkeme'nin aldığı bu tavra, aşağıda bu kararların ilgili kısımlarından örnekler verilmiştir:

*"Dava, davacı banka ile dava dışı şirket arasında akdedilen ve davalıların müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla imzaları bulunan genel kredi sözleşmeleri uyarınca kullandırılan kredilere dair alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vâki itirazın iptali istemine ilişkindir. / Takibe dayanak yapılan ve davalıların kefil olarak imzaladıkları genel kredi sözleşmesinin tarafı olan davacı banka ile dava dışı asıl borçlu *X* Ltd. Şti. tacirdir. / Müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla davaya konu genel kredi sözleşmesini imzalayan davalılar tacir olmasalar bile, tacirler arasındaki yetki sözleşmesi 6102 Sayılı TTK'nun 7. maddesinde öngörülen teselsül karinesi uyarınca davalıları bağlar. Bu durumda, mahkemece sözleşme uyarınca Ankara icra dairelerinin*

¹¹⁸ Baş, s. 134; Ayan, s. 52.

¹¹⁹ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu yönde bkz. Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/ Nomer/Ertan, s. 71.

¹²⁰ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu yönde bkz. Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/ Nomer/Ertan, s. 71.

¹²¹ TTK m. 7 f.1'in benzer uygulamasını içerir bir karara araştırmamız kapsamında rastlanmamıştır.

yetkili olduğu gözetilmeden, yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde davanın usulden reddi doğru değildir,”¹²².

“İhtiyati haciz talebi, genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağa dayanmaktadır. *X* Ltd. Şti. olup, *Y* ile *Z* ise bu şirketin aldığı krediye müteselsil kefil olmuşlardır. / Talep eden banka ile karşı taraf asıl borçlu şirket arasındaki kredi sözleşmesi ticari nitelikteki genel kredi sözleşmesidir. Bir şirketin tüketici olarak kabulü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan “tüketici” tanımına uygun düşmez. Öte yandan, 6102 sayılı TTK’nın 7/2. maddesi uyarınca ticari borçlara kefalet halinde ticari teselsül karinesi gereğince bu kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. O halde somut olay bakımından işin ticari niteliği gözetilerek işin esası hakkında inceleme yapıp bir karar verilmesi gerekirken yanlışlı gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir,”¹²³.

Davalı, davacının alacağı temlik aldığı banka ile dava dışı *X* arasında düzenlenen banka genel kredi sözleşmesini kefil olarak imzalamıştır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 Sayılı TTK’nın 7. maddesinde öngörülen ticari teselsül karinesi karşısında davalının kefaletinin müteselsil kefalet kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Bu durumda mahkemece somut olay bakımından davaya Tüketici Mahkemesi Sıfatıyla bakılamayacağı ve bu sebeple görev yönü gözetilmeden işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir,”¹²⁴.

Görüşün kabulü halinde, TTK m. 7 öncelikle uygulama alanı bulacağından, TBK m. 583 ve 603’ün getirisi, gerek teminat amacıyla müteselsil borçlulukta (ve borca katılmada) gerekse de kefalet (ve birlikte kefalet) sözleşmelerinde salt iradi olarak teselsülün öngörüldüğü hallere hasredilmiş olacaktır. Dolayısıyla ticari işlerde teselsül karinesi 6762 eTTK ve 818 sayılı eBK zamanında olduğu gibi tam anlamıyla uygulanabilir.

¹²² Yarg., 19. HD., E. 2015/17736, K. 2016/6115, T. 7.4.2016. (www.kazanci.com) [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016].

¹²³ Yarg., 19. HD., E. 2015/478, K. 2015/11100, T. 16.9.2015. (www.kazanci.com) [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016].

¹²⁴ Yarg., 19. HD., E. 2014/16022, K. 2015/3695, T. 17.3.2015. (www.kazanci.com) [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016].

3. “Türk Borçlar Kanunu’yla Getirilen Geçerlilik Şekli Düzenlemeleri (TBK m. 583 ve 603), Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7) Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda Olmasına Engel Teşkil Eder,” Görüşü

Bu görüş uyarınca ise, her şeyden önce TBK m. 583 ve 603’ün geçerlilik şekli düzenlemeleri, buna karşılık TTK m. 7’nin ispat hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğu dikkate alınmalı ve buna göre bir belirleme yapılmalıdır¹²⁵. Öyle ki, bu hükümlerin emredici mahiyette olma noktasındaki ağırlıkları ve özel koruma amaçları dikkate alındığında, TBK m. 583 ve 603’ün öncelikli uygulama alanına sahip olması gerektiği hususu izahtan varestedir¹²⁶. Yani bir diğer deyişle, salt olarak bir karine öngören ispat hukuku kuralı, koruyucu ve emredici nitelikteki bir geçerlilik şekli kuralını bertaraf edemez¹²⁷. Sonuçta TBK, en kapsamlı değişikliklerden bir kısmını kefalet alanında yapmış, kefaletin geçerlilik şeklini de kefilini korumak amacıyla ciddi şekilde değişikliğe tabi tutmuştur¹²⁸. Hatta bununla da yetinmemiş bir de gerçek kişilerin teminat veren oldukları kurguda TBK m. 603’ü sevk ederek, koruma çeperinin kapsamını daha da genişletmiştir. Burada TTK m. 7’nin üstün tutulması, kanun koyucunun sözü edilen amacıyla da doğrudan doğruya çelişki gösterecektir¹²⁹. Dolayısıyla her ne kadar TTK m. 7 bakımından teselsül kanundan kaynaklanıyor olsa da, TBK m. 583 ve 603 ticari işlerden - bizzat teminat sağlanması kapsamında- doğan birlikte borçluluk ilişkileri (teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılma) ve ticari borçlara verilen kefalet (ve birlikte kefalet) teminatları bakımından da uygulanmalıdır. Pek tabii, eğer bahsi geçen şekil zorunluluğuna ilişkin doğrudan bir istisna öngörülmüş olsaydı durum farklı olurdu, ve fakat böyle bir şey söz konusu değildir¹³⁰.

Görüş taraftarlarından bazıları, TTK m. 7’deki “*kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse*” ifadesinden hareketle, TBK m. 583’ün

¹²⁵ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Acar**, s. 172.

¹²⁶ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Acar**, s. 172; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 388 ve özellikle dn. 2030; **Yıldırım**, s. 53.

¹²⁷ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Yıldırım**, s. 52-53.

¹²⁸ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Yıldırım**, s. 53.

¹²⁹ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Yıldırım**, s. 53.

¹³⁰ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Bilgen**, s. 134.

(ve 603'ün) hükmün uygulanmasına kanuni bir istisna oluşturduğunu belirtmektedir¹³¹.

Görüşün kabulü halinde, TTK m. 7, bir ölçüde ilk fıkrası, ama özellikle de ikinci fıkrası bakımından işlevsizleşen bir karine hükmü olarak kalacak; ancak sınırlı bir alanda uygulama alanı bulabilecektir.

V. Konuyla İlgili Olarak İleri Sürülen Farklı Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Ticari işlerde teselsül karinesinin tam anlamıyla uygulanabilir olup olmadığıyla alakalı farklı görüşler yukarıda ayrıntılarıyla ve gerekçeleriyle aktarıldı. Biz, bu konuda, ileri sürülen ikinci görüşe katılıyoruz ve dolayısıyla maddeler arasındaki etkileşimin de ilgili görüş kapsamında sözü edilen şekilde, yani TBK m. 583 ve 603'ün TTK m. 7'ye göre öncelikli olarak uygulanması yönünde değerlendirilmesi gerektiği kanaatini paylaşıyoruz. Diğer bir deyişle TTK m. 7'nin tam anlamıyla uygulanabilir durumda olmadığına dikkat çekmek istiyoruz.

Bu görüşü kabul etmemize temel teşkil eden gerekçeleri şöyle sıralayabiliriz:

- Öncelikle belirtilmelidir ki, TBK m. 583 ve 603 teminat verenleri koruma amacını güden geçerlilik şekli düzenlemeleri iken, TTK m. 7 sadece ispat hukukuna ilişkin bir karine düzenlemesidir. Şekle ilişkin düzenlemeler, emredici mahiyet ve kamu düzenine ilişkin özellik arz edip, doğrudan kişileri koruma amacı taşıırken¹³², karine düzenlemeleri sadece pratik açıdan yarar sağlamaya yöneliktir. Bu bakımdan bu düzenlemeler arasında ne genel hüküm – özel hüküm, ne de kural – istisna ilişkisi kurulabilir. Eğer TTK m. 7'nin herhangi

¹³¹ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Reisoğlu**, s. 34-35; **Bilgen**, s. 134.

Ayrıca bkz. ve karşı. **Özen** (Kefalet (2014), s. 279 dn. 6, s. 316), her ne kadar uygulamanın yukarıda **(IV,2)** altında yer verdiğimiz diğer görüş çerçevesinde gelişeceği kanaatinde olsa da, aslında bağlı metinde geçen bu gerekçeyi de yerinde bulduğunu ayrıca belirtmektedir.

¹³² Gerçi kefalet bakımından durum daha farklıdır. Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin TBK m. 583 özel ve salt olarak kefil korumaya yöneliktir (*keza bu kuralı -deyim yerindeyse- kişisel teminat sözleşmelerine genişleten TBK m. 603 de aynı şekilde sadece kişisel teminat veren gerçek kişileri korumayı hedef tutar*) ama buradaki kefil koruma amacının da özünde bir şekilde, geniş anlamda kamu düzenini ilgilendirdiği söylenebilir. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda **(III,1)** ve **(III,2)** altındaki açıklamalarımız.

bir düzenleme (veya düzenlemelere) göre özel hüküm sayılacağı veya istisna hükmü teşkil edeceği kabul edilecekse, bu düzenlemeler birlikte borçlulukta -aksi anlamından- kısmi borçluluğun asıl olacağını kabul eden TBK m. 161 ile kefalet teminatı verilmesinde adi kefaletin asıl olacağını kabul eden TBK m. 586 (ve birlikte kefalet halinde adi birlikte kefaletin asıl olacağını kabul eden TBK m. 587) düzenlemeleridir. Zira söz konusu düzenlemeler arasında ispat hukuku anlamında bir mantık koşutluğu bulunur, bu da anılan ilişkinin kurulabilmesine imkân verir.

- Bir an için bu durum göz ardı edilerek, TTK m. 7'nin lafzının ötesinde işlemin şekli konusunda da muafiyet sağlayıcı bir istisna düzenlemesi olarak kabul edilebilmesi ise yine mümkün olamaz. Zira bilindiği üzere, temel bir prensip olarak var olan istisnalar bile -kural olarak¹³³- dar yorumlanır (*singularia non sunt extendenda*), ki burada geçerlilik şekli konusunda kanunda yer almayan ciddi bir istisna “sıfırdan” yaratılmak, adeta “yoktan var edilmek” istenmektedir. Böyle bir çabanın sözü edilen ilke ile evleviyetle çeliştiği de ortadadır. Pek tabii, hiç şüphesiz, çok istisnai bazı durumlarda, çeşitli menfaatlerin korunabilmesi veya dengelenmesi için bu ilkedan de ödün verilebilir¹³⁴, benzer şekilde istisnası mevcut olmayan kurala “sıfırdan” bir istisna da öngörülebilir. Ancak somut inceleme konumuz bağlamında böyle bir farklılık meydana getirilmesini gerektirir haklı bir neden bulunmamaktadır. Sonuçta, sözü geçen şekil düzenlemelerinin (gerçek kişi tüzel kişi demeden) tüm kefilleri ve diğer (gerçek kişi) -kişisel- teminat verenleri koruyucu özelliği ve eski düzenlemeye oranla bilhassa farklılaştırılan yapısı gözetildiğinde, sadece pratik maksatlarla böyle bir çabaya girişilmesi pek de kabul edilebilir bir gerekçelendirme olarak görülemez. Zaten kanun koyucu, diğer teminat verenler bakımından olmasa da, kefalet verenler arasında gerçek kişi – tüzel kişi bile ayrımı bile yapmaksızın yeknesak bir şekil koruması (nitelikli yazılı şekil) sağlamak istemiş, bunu yaparken de, tüzel kişilerin belirli bir

¹³³ Bu konuda bkz. **Serozan**, s. 152.

¹³⁴ **Serozan**, s. 152.

organizasyon bütünlüğüne sahip bir yapı oluşturacakları, bu nedenle bu denli bir korumaya ihtiyaç duymayacakları düşüncesine bile itibar etmemiştir¹³⁵.

- Kaldı ki doğrudan TTK m. 7’de geçen, kanunda aksi yönde bir düzenleme bulunmadığı takdirde hükmün uygulanabilir olduğuna ilişkin kısım, düşüncemize ayrıca destek olur mahiyettedir; öyle ki bu tümce parçası TTK m. 7’nin TBK m. 583 ve 603’ün şekil düzenlemeleri karşısında -biz zaten kabul edemesek de- bir istisna olarak değerlendirilmesine doğrudan engel teşkil eder.
- Diğer taraftan aksi görüş taraftarlarından bazılarının TTK m. 7 hükmünün -kısmen- işlevsiz kalacağı için katıldıkları yönde bir yorum tarzını kabul ettikleri beyan etmeleri de, bizce kolaylıkla kabul edilebilir bir gerekçe değildir. Zira sadece belirli bir kanun hükmüne uygulama sahası yaratmak amacıyla, diğer hususlar da dikkate alınmaksızın hareket edilmesi uygun olmaz. Sonuçta herhangi bir yorum faaliyeti, yürürlükteki farklı hükümlere kıyasıyla bir “uygulama sahası yaratmak” için değil, hakça, adaleli bir uygulama için yürütülmektedir.
- Son olarak aksi görüş taraftarlarından bazılarının göndermede bulunduğu Alman Hukukundaki HGB § 350’nin, ticari işler bakımından kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin BGB § 766’ye teşkil ettiği istisna hükmüne göz gezdirelim ve bu hükümler bağlamında hukukumuzla ne ölçüde paralellik kurulabileceğini denetleyelim. Belirtilmelidir ki söz konusu HGB § 350 hükmü, TTK m. 7’den farklı olarak ispat hukukuna ilişkin adi bir karine düzenlemesi oluşturmaz. Hüküm, bunun çok ötesinde ticari işlerden doğan borçlar için

¹³⁵ TBK m. 603 bakımından durum farklıdır, bu konuda bkz. yukarıda (III,2) altındaki açıklamalarımız. Böyle bir farklılığın yaratılması belki şöyle izah edilebilir: Kefalet dışındaki diğer kişisel teminat daha ağır bir yapıyı davet edeceklerinden tüzel kişiler bunlara karşı daha büyük bir özen ve dikkatle hareket ederler; kefalet ise daha yaygın ve bu ilk anılanlara göre olağan yapıda kişisel teminat oluşturur; dolayısıyla hafife alınıp göz ardı edilmesi daha büyük olasılıkla söz konusu olabilir. İşbu yaptığımız değerlendirme, “*Küçük şeylere ilişkin konular, her zaman daha ciddi bir değerlendirmenin konusu edilmelidir,*” yönündeki felsefi düşünceyle de koşutluk arz eder.

verilecek kefaletlerde, doğrudan doğruya kefaletin şekline ilişkin düzenlemeye (BGB § 766) bir istisna sevk etmekte, dolayısıyla işlemin şekli bakımından genel bir serbesti sağlamaktadır¹³⁶. Bu anlamda Alman kanun koyucusu, bu noktada şüpheyi mahal vermeksizin davranarak, açık ve bilinçli bir istisna sevki düzenlemesinde bulunmuştur. Söz konusu düzenlemenin yapılaş mantığı, bizdeki durumla özdeşleştirilemez, yukarıda da belirtildiği üzere bizdeki durumda kanun koyucu bu durumu bilinçli olarak meydana getirmemiş veya şayet getirdiyse de ardında buna dair açık bir bulgu bırakmamıştır¹³⁷.

Sözün özü, durum böyleyken, yapılacak olan TBK m. 583 ve 603 düzenlemelerini öne çıkartmak ve bu suretle -her ne kadar karine kuralı kısmen işlevsizleşecek olsa da- TTK m. 7'ye göre öncelikli olarak uygulamaktır. Eğer bu noktada ticari işler alanında farklı bir ihtiyacın mutlak ve açık şekilde duyulması söz konusu ise, kanun koyucu harekete geçmeli ve anılan düzenlemelere doğrudan bir istisna düzenlemesi sevk etmelidir. Ancak böyle bir istisna düzenlemesi, TTK m. 7'deki teselsül karinesinin 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu dönemindeki (= eTTK m. 7) işlevselliğini geri kazandırabilir. Yoksa uygulamanın böyle açık bir hükmün eksikliğinde, aksi yöndeki (yukarıda değinilen ilk görüş çerçevesinde) yorum tarzı bağlamında gelişerek “kemikleşmesi”, düşüncemize göre andığımız gerekçeler bağlamında pek de uygun olarak kabul edilemez.

KAYNAKÇA

- Acar, Özlem**, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Ağca Toplandı, Pınar**, “*Teselsül Karinesi*”, TBB Dergisi, Yıl: 2010, S. 90, s. 379-394.
- Akıntürk, Turgut**, Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

¹³⁶ Bu konuda bkz. **Schmidt, Karsten**, §§343–354a HGB, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 3. Aufl., §§ 343–406 HGB, Handelsgeschäfte, Verlag CH Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2013, § 350 HGB, N. 18.

¹³⁷ Bkz. yukarıda (IV,1) altındaki açıklamalarımız.

- Arkan, Sabih,** Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, BATİHAE, Ankara, 2014.
- Aslan, Yılmaz,** Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.
- Ayan, Serkan,** Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Aydoğdu, Murat / Kahveci Nalan,** Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, İleri Kitabevi, İzmir, 2013.
- Barlas, Nami,** “*Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Ed. M. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 349-361.
- Baş, Ece,** “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*”, İÜHFM, C. LXX, S. 2, Yıl: 2012, s.115-144.
- Bilgen, Mahmut,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Canyürek, Murat,** Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.
- Çağa, Tahir,** “*Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?*”, TBB Dergisi, Yıl: 1991, S.3, s. 366-375.
- Çelik, Ahmet,** Müteselsil Kefalet Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Dağdelen, Ahmet Hakan,** 818 Sayılı ve 6098 Sayılı borçlar Kanunu’nda Borçlular Arası Teselsül, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Dalci Özdoğan, Nurcihan,** Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK m. 61 ve m. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Demir, Şamil,** “*Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı*”, TBB Dergisi, 2013, S: 108, s. 88-122.
- 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. I, Yıl: 3, S. 1, 2004/1, s. 293-322.
- Domanıç, Hayri,** Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Eren, Fikret,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. (“*Borçlar Genel*”)
- Eren, Fikret,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014. (“*Borçlar Özel*”)
- Gümüş, Alper,** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-46, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (“*Tüketici Hukuku*”)
- Gümüş, Alper,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (“*Borçlar Hukuku*”)
- Günay, Cevdet İlhan,** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Gündüz, Deren Ş.,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Haznedar, İbrahim Murat / Gürses,** “*Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler*”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Yıl 2012, s. 135-167.

- İmregün, Oğuz,** Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıklar – Kıymetli Evrak), 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- İnal, Tamer,** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ve Yenilenen Diğer Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Kapancı, Kadir Berk,** "Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 403-430. ("Şekil")
- Kapancı, Kadir Berk,** Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. ("Birlikte Borçluluk")
- Kapancı, Kadir Berk,** Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012. ("Ayıp ve Garanti")
- Kılıçoğlu, Ahmet,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Kuntalp, Erden / Barlas, Nami / Ayanoglu Morali, Ahu / Çavuşoğlu Işintan, Pelin / Yaşar, Mert / Koç, Sedef,** Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- Meier, Philippe,** Art. 492-512 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003. ("CoRo.")
- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami,** Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. ("C. I")
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. ("C. II")
- Oser, Hugo / Schöenenberger, Wilhelm (çev. Ferid Ayiter),** İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Art. 110-183 OR, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1950. ("ZürKom.")
- Önder, Fahrettin / Özkul, Burcu,** "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adi Kefalet Sözleşmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2013, C.18, S.3, s. 25-46.
- Özen, Burak,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. ("Kefalet (2012)")
- Özen, Burak,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. ("Kefalet (2014)")

- Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre, Medeni Usûl Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi,** Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Reisoğlu, Seza,** Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.
- Romy, Isabelle, Art.** 143-150 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003. ("CoRo.")
- Schmidt, Karsten,** §§343-354a HGB, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 3. Aufl., §§ 343-406 HGB, Handelsgeschäfte, Verlag CH Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2013. ("MünKom.")
- Serozan, Rona,** Medeni Hukuk, Genel Bölüm – Kişiler Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Tandoğan, Halûk,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi,** "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi", Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları N. 197, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. 509-518.
- Uygur, Turgut,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, m. 237-649, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün,** Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak,** Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Nihat,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2, m. 339-649, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. ("Şerh")
- Yavuz, Nihat,** Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009. ("Kefalet")
- Yener, Mehmet Deniz,** "6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler", Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 7, Sayı 13, Temmuz 2015, s. 409-436.
- Yıldırım, Efecan, Birlikte** Kefalet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre,** Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com. [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016]