

İCRA KEFALETİNİN ŞEKLİNE İLİŞKİN BİR YARGITAY KARAR İNCELEMESİ

*Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ**

I. İNCELEME KONUSU KARAR

Yargıtay 8. HD, 04.06.2013, E. 2013/15098, K. 2013/20781¹

“Şikâyetçi icra kefilî İcra Mahkemesine başvurusunda; 18.03.2013 tarihli haciz sırasında yapılan icra kefaleti işleminin; kendi el yazısı ile kefil olunan miktarın ve tarihinin yazılı olmaması, eşin rızasının alınmaması nedenleriyle geçerli olmadığını, kefalet işleminin ve buna bağlı olarak düzenlenen icra emrinin iptalini talep etmiştir. Mahkemece, icra kefaletinin İİK’nun 38. maddesinde düzenlendiği, Borçlar Kanunu’nun 581 ve devamı maddelerinde düzenlenen kefalet sözleşmesi şekil şartlarının burada uygulanmayacağı ve icra kefaletinde eşin rızasının aranmayacağı gerekçesiyle, şikâyetin reddine karar verilmiş, hüküm şikâyetçi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK’nun 38. maddesinde, icra dairesindeki kefaletlerin ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi olduğu belirtilmiş, kefaletin şekli hakkında ise, özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle genel yasa olan ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki kefaletle ilişkin, 581 ve takip eden madde hükümlerinin icra kefaletlerinde de uygulanması gerekmektedir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

¹ Karar Kazancı İçtihat Bankasından alınmıştır. E.T: 14.08.2014 (<http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/12hd-2013-15098.htm&query=20781#fm>).

Anılan Yasa'nın kefalet aktinin şekil şartlarını düzenleyen 583. maddesinde; Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmayacağı, 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 belirtmesinin şart olduğunu, yine 584. maddesinde; eşlerden birinin diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabileceğini; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olmasının mecburi olduğu belirtilmiştir.

Somut olayda, borçlu şirket hakkındaki takip kesinleştikten sonra 18.03.2013 tarihli haciz sırasında, üçüncü kişi E.Y'nin "dosya borcu olan 93.454,71 TL'ye icra kefil olduğu" hususunu içeren haciz zabtı İcra Müdürünün el yazısı ile düzenlenmiş olup, Yasa'nın aradığı koşullara uygun değildir.

Bu durumda Mahkemece, yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler çerçevesinde şikayetin değerlendirilerek sonuçlandırılması gerekirken, eksik inceleme yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, taraflarca HUMK'nun 388/4. (HMK m. 297/ç) ve İİK'nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 23.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

II. OLAYIN ÖZETİ

Şikâyetle bulunan, Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefaletin şekline ilişkin hükümlerin, icra kefaletlerinde de uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Bu nedenle, şikayette bulunan, icra kefil, icra mahkemesine başvurusunda, haciz sırasında yapılan icra kefaleti işleminde kanun gereği el yazısıyla yazılması gereken kefalet tarihi ve kefilin sorumlu olduğu azami miktarın yazılmadığı, "müteselsil" ibaresinin bulunmadığı ayrıca eşinin yazılı rızasının alınmadığı gerekçesiyle, kefalet işleminin ve buna bağlı olarak düzenlenen icra emrinin iptalini talep etmiştir.

III. MERCİ KARARLARI

A. Yerel Mahkeme Kararı

Şikâyetle bulunan, haciz sırasında yapılan icra kefaleti işleminin; kefilin kendi el yazısı ile kefil olunan miktarın ve tarihin yazılı olmaması, eşin rızasının alınmaması nedenleriyle geçerli olmadığını ileri sürmüş, bunun sonucunda kefalet işleminin ve buna bağlı olarak düzenlenen icra emrinin iptalini talep etmiştir.

İcra mahkemesi, icra kefaletinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinde düzenlendiği, Borçlar Kanunu'nun 581 ve devamı maddelerinde hükme bağlanan kefalet sözleşmesine ilişkin şekil şartlarının burada uygulanmayacağı ve icra kefaletinde eşin rızasının aranmayacağı gerekçeleriyle, şikâyetin reddine karar vermiştir. Bunun sonucu olarak şikayette bulunan, kararı süresinde ve usulüne uygun olarak temyiz etmiştir.

B. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Kararı

Yargıtay, İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinin, sadece icra daireesindeki kefaletlerin ilamların icrasına göre icra edileceğini belirten bir madde olduğunu, fakat icra kefaletinin şekli hakkında ise özel bir düzenleme getirmediğini kararında belirtmiştir. Bu nedenle genel yasa olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin, 581 ve devamı hükümlerinin icra kefaletine de uygulanması gerekir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 583. Maddesinin birinci fıkrasına 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”*. Ayrıca kanunun 584. maddesinin birinci fıkrasına göre, *“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır”*. Somut olayda şikayette bulunanın, icra kefil olduğu hususunu içeren haciz zaptı, icra müdürünün el yazısıyla düzenlendiği için yasanın aradığı koşullara uygun değildir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, yukarıda saydığımız gerekçelerle, şikayette bulunanın, temyiz itirazlarını dikkate alıp eksik inceleme sebebiyle kararı bozmuştur.

IV. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKÎ PROBLEM

Yukarıda verilen olay ve yargı mercilerinin kararları incelendiğinde tartışılması gereken temel sorun, icra kefaletinin şekline ilişkin hangi hususlarda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağıdır. Nitekim icra kefaleti İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen bir kurumdur ve kendine özgü özellikleri vardır. Burada varılacak sonuç icra kefaletinin geçerliliği sorunu çözmeye de yardımcı olacaktır.

V. DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak İcra Kefaleti

İcra kefaletnameleri İcra ve İflâs Kanunu madde 38'e göre, ilam mahiyetini haiz belgelerdendir. Bu ilam mahiyetindeki belge sayesinde, üçüncü kişi kefil sıfatıyla, icra dairesi önünde borcun tamamını ya da bir kısmını üstlenir ve borcun alacaklıya ödenmesi sağlanır². İlam mahiyetini haiz belgelerden sayılması sebebiyle, icra edilme açısından, icra kefaletlerinin icrası diğer mahkemelerden alınan ilamların icrasıyla, aynı özelliklere sahiptir³. Alacaklı, icra kefaleti veren üçüncü kişiye karşı icra emri göndererek icra kefaletinin icrasını gerçekleştirebilir⁴. Ayrıca ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılan icra kefaletinde şikâyet süreye bağlı değildir⁵.

² Tanrıver, s. 972; Benzer yönde tanımlamalar için bkz. Berkin, s. 67; Postacıoğlu/Altay, s. 797; Uyar, s. 91; Uyar, (İlam), s. 75; Kuru, s. 2148 vd.; Kuru, (El Kitabı), s. 767; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 385; Kuru, (Ders Kitabı), s. 238; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 461; Muşul, s. 913.

³ Tanrıver, s. 976; Berkin, s. 65 ; Postacıoğlu/Altay, s. 797 ; Uyar, s. 88; Uyar, (İlam), s. 69; Kuru, s. 2148; Kuru, (El Kitabı), s. 767; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 384; Kuru, (Ders Kitabı), s. 237; Muşul, s. 912; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 459.

⁴ "3. kişi muteriz 29.4.1985 tarihli borca icra kefilisi olmuştur. Alacaklının İİK'nun 38. maddesi gereğince borçluya icra emri tebliğ ettirilmesi icap eder. Bu husus yerine getirilmeden icra kefilisi hakkında takip kesinleşmiş olmaz ve hakkındaki haciz de uygulan-

İcra İflâs Kanunu'nun 38. maddesinin birinci fıkrasına göre, "...*icra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir*". İcra kefaletnameleri kanun gereği müteselsil kefalet hükmünde olduğundan artık bu noktada kefilin iradesinin herhangi bir önemi yoktur. Kefil icra dairesi önünde icra kefaletinin adi kefalet olmasını talep ederse, icra memuru bu talebi yerine getiremez. Çünkü icra memuru sadece alacaklının onayı alarak icra kefaletinin adi kefalet olmasına izin verebilir. Aksi takdirde, alacaklı şikâyet yoluyla işlemin iptalini isteyebilir. Ayrıca dava yoluyla, bu iptal yüzünden uğramış olduğu zararların tazminini devletten isteyebilir⁶. Devlet, alacaklının zararını tazmin eder. Eğer zararın oluşmasında, ilgili icra memurunun kusuru varsa devlet, icra memuruna karşı rücu hakkını kullanabilir.

İcra kefaleti takip hukukuna ilişkin bir müessese olmakla birlikte, aslında kefalet sözleşmelerinin, icra hukukunda kazanmış olduğu görünümüdür⁷. Bu yüzden İcra ve İflâs Kanunu'nda icra kefaletine ilişkin düzenleme bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri esas alınması gerekir.

maz." 12. HD. 21.05.1986, E. 1985/12166, K. 1986/6089 (E.T: 15.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 12. HD. 22.12.2003, E. 2003/22124, K. 2003/26064 (YKD, Ağustos 2004, s. 1232).

⁵ "*İcra kefaletinin İİK.nun 38. maddesine göre ilam hükmünde olduğu, ilama aykırı yapılan işlemlere karşı itiraz ve şikâyetin süreye bağlı bulunmamasına binaen itiraz nedenleri hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmek gerekirken itirazın süre yönünden reddi isabetsiz olduğu gibi kabul şekline göre de icra emri tebliğ edilip takip kesinleşmiş, icra kefilisi İİK. nun71. maddesine dayalı olarak itfa itirazında bulunmuş, bu da süreye bağlı bulunmamış olduğu halde süre yönünden red kararı verilmesi isabetsiz, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden...*" 12. HD. 25.10.1990, E. 1990/3396, K. 1990/10486 (YKD, Haziran 1991, s. 886); Benzer yönde karar için bkz. 12. HD. 26.11.2013, E. 2013/31202, K. 2013/37362 (E.T: 16.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası).

⁶ **Tanrıver**, s. 974; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 112; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 64.

⁷ **Tanrıver**, s. 972.

B. İcra Kefaletinin Kefalet Sözleşmesinden Farkları ve Benzerlikleri

1. Farkları

• İcra kefaletnameleri ile kefalet sözleşmeleri zamanaşımı açısından birbirinden farklıdır. İcra kefaletinde zamanaşımı, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine tâbidir. Bu kanunun 39. maddesine göre, “*ilama müstenit takip, son muamele üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar*”. Kefalet sözleşmelerinde zamanaşımı ise Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbidir. Bu kanunun 146. maddesine göre, genel zamanaşımı olan on yıllık zamanaşımı vardır. İcra kefaletinin, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde, kendine özgü bir zamanaşımının olduğu ile ilgili Yargıtay kararları mevcuttur⁸.

• Kefalet sözleşmesinde, kefaletin müteselsil veya adi kefalet olmasını kefilin iradesi belirler (TBK m. 586/1)⁹. Ancak, icra kefaleti İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinin birinci fıkrasındaki hüküm nedeniyle müteselsil kefalet hükmündedir. İcra kefaletinde kefil olan üçüncü kişi, müteselsil kefalet yerine adi kefalet vermek isterse, icra müdürü bunu reddetmek zorundadır. Bu durum icra müdürünün tek başına verebileceği bir karar değildir. İcra müdürü bu durumda alacaklıya sorarak, kefilin adi kefalet isteğine ilişkin alacaklının onayını alması gerekir. Diğer bir deyişle sadece alacaklının onayı alınmak suretiyle, icra müdürü adi kefaleti kabul edebilir. Aksi takdirde icra memurunun yapmış olduğu bu işlem şikâyet konusu

⁸ “İİK'nin 38. maddesinde, “İcra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir” denilmektedir. Yasa'nın bu özel hükmü karşısında, Borçlar Yasası'nın kefaletle ilgili genel hükümleri uygulanamaz. Kaldı ki, olayda icra dairesinde kefalette bulunan borçlu, “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” sıfatı ile ödeme borcu altına girmiştir. Bu bakımdan icra dairelerindeki kefalet, takibin dayandığı bonodan ayrı bir borçlanmayı içermektedir. İİK/m. 39 hükmü göz önünde tutularak, icra dairesindeki kefile ilgili on yıllık zamanaşımının geçmiş olup olmadığı konusunda bir sonuca varılması gerekir.” Yargıtay HGK, 8.1.1969, E. 1968/821, K. 1969/17 (Uyar, Şerh, s. 531, dn: 46).

⁹ TBK madde 586/2'a göre “Alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz.”, bu hüküm kefilin müteselsil kefalet yapma iradesini sınırlı oranda kısıtlar.

yapılabilir¹⁰. Müteselsil kefalet alacaklının lehinedir, çünkü bu kefalet türü, alacaklının, asıl borçluya başvurmasına ve rehnin paraya çevrilmesine gerek kalmaksızın, doğrudan kefile başvurabilmesini sağlar¹¹.

- Kefalet sözleşmesi ile icra kefaletinin farklarından birisi de zamanlama noktasındadır. Yani, her kefalet sözleşmesi icra kefaleti değildir. İcra kefaleti olabilmesi için belli zamanlarda yapılması gerekir. İcra kefaleti, icra dairesi önünde haciz veya ihtiyati haciz¹² aşamasında yapılır.

- Kefalet sözleşmelerinin hukukî niteliği bir sözleşmedir. Bu sözleşme, alacaklı ile kefil arasında kurulmaktadır. Aslında icra kefaleti de alacaklı ile kefil arasında yapılmaktadır, fakat icra kefaletini, kefalet sözleşmelerinden ayıran nokta, icra kefaletinin icra müdürü veya icra dairesinin önünde yapılma zorunluluğudur. İcra memuru haciz tutanağını (düzenleme şeklinde senedi¹³) hazırlayarak, kefilin önüne getirir. Kefilin ise bu sözleşmeyi 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre, sadece imzalaması yeterlidir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasına göre, kefilin kefalet tarihini, azami sorumlu olduğu miktarı ve müteselsil kefil olması durumunda “*müteselsil*” ibaresini kefilin kendi el yazısıyla yazması gerekmektedir. Kanaatimizce, kanunda meydana gelen bu değişiklikler icra kefaletnamelerinin düzenleme şeklinde senet olma vasfını değiştirmez.

¹⁰ Tanrıver, s. 974; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 112; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 64.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, s. 568; Aydoğdu/Kahveci, s. 714; Gümüş, s. 341 vd.; Özen, s. 281; Zevkliler/Gökyayla, s. 673; Yavuz/Acar/Özen, s. 682.

¹² “İİK'nun 38. maddesinde icra dairesindeki kefaletlerin ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi olacağı öngörülmüştür. Dayanak belge ihtiyati haciz sırasında verilen icra kefaleti bulunduğuna göre anılan maddedeki ilam niteliğindedir” 12. HD. 15.05.1996, E. 1996/6480, K. 1996/6505 (E.T: 17.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası).

¹³ Yargıtay da bir kararında, icra memuru tarafından düzenlenen haciz tutanağının düzenleme şeklinde senet olduğunu belirtmektedir. “Takibin dayanağı (düzenleme şeklinde müşterek ve müteselsil borç senedi ve kefaletname) başlığını taşıyan 5.10.1979 tarih 25242 sayılı senet münderecat itibarıyla İİK'nun 38. maddesine uygun ve para borcu ikrarını havi nitelikte olup ilamların icrasına dair hükümlere tabidir. Nitekim borçluya icra emri tebliğ edilmiştir.” 12 HD. 12.02.1985, E. 1984/11667, K. 1985/1164 (E.T: 17.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası).

2. Benzerlikleri

• İcra kefaleti ile kefalet sözleşmesinin amacı aynıdır. Bu amaç kısa bir şekilde ifade edilmek istenirse, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, alacaklının alacağına kavuşması için kefilin alacaklıya kişisel güvence sağlamasıdır (TBK m. 581).

• Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu, en fazla asıl borçlunun sorumluluğu kadar olabilir. Kefil, sorumlu olacağı miktarı kendi belirleyebilir. Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında yapılmasına ve borçlunun bu sözleşmede taraf olmamasına rağmen, borçlu ile kefilin arasındaki hukukî veya hukukî olmayan ilişki kefilin sorumluluğunu belirler. Bu sayede kısmi kefalet sözleşmeleri de yapılabilmektedir¹⁴. İcra kefaletinde de kefil, kısmi icra kefaleti yapabilmektedir¹⁵.

• Hem icra kefaletnameleri hem de kefalet sözleşmelerinde kefilin borcu fer'î nitelik taşır. Yani kefalet borcu, geçerli olan başka bir borcun varlığını gerektirir. Bu durumda asıl borç sona erince kefalet borcu da sona erer¹⁶.

C. İcra Kefaletinin Geçerlilik Şartları

1. Genel Olarak

İcra kefaleti takip hukukuna ilişkin bir müessese olmakla birlikte, aslında kefalet sözleşmelerinin, icra hukukundaki görünümüdür¹⁷. Bu yüzden İcra ve İflâs Kanunu'nda icra kefaletine ilişkin düzenleme bulunmayan

¹⁴ Ayan, s. 430; Tandoğan, s. 503; Aydoğdu/Kahveci, s. 706; Zevkliler/Gökyayla, s. 655; Yavuz/Acar/Özen, s. 677; Özen, s. 120; Gümüş, s. 290.

¹⁵ "İcra kefaletleri, üçüncü şahısların kefil sıfatıyla, icra dairesi önünde, borçlunun, borcunu ödemesini kısmen ya da tamamen üstlenmelerini öngören kefaletlerdir" (Tanrıver, s. 972); "Bundan maksat, bir icra takibi konusu borcun ödenmesini sağlamak için, özellikle borcun taksit bağlanması halinde, üçüncü bir kişinin (kefilin) icra müdürü huzurunda borca (borçluya) kefil olmasıdır" (Kuru, (Ders Kitabı), s. 238; Kuru, s. 2148).

¹⁶ Tandoğan, s. 520; Yavuz/Acar/Özen, s. 671; Ayan, s. 59 vd.; Özen, s. 139; Aral, s. 438; Gümüş, s. 298 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 654, 655; Aydoğdu/Kahveci, s. 706.

¹⁷ Tanrıver, s. 972.

hususlarda Türk Borçlar Kanunu esas alınmalıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinde icra kefaletinin geçerlilik koşuluna ilişkin bir husus bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını sistematik açıdan esasa ilişkin şartlar ve şekle ilişkin şartlar olmak üzere ikiye ayırarak düzenlemektedir. Esasa ilişkin şartlar geçerli bir asıl borcun bulunması, kefilin ehliyeti ve kefilin evli olması durumunda kefil olabilme ehliyetinin özel koşulu olan evli kişilerin iznidir. Karar incelememizin esasını şekle ilişkin şartlar ve evli kişilerin kefil olabilme ehliyetinin özel koşulu olan, kefilin eşinin izni oluşturacaktır. Diğer esasa ilişkin geçerlilik koşulu olan ehliyet ve geçerli bir asıl borcun bulunması şartları incelenmeyecektir¹⁸.

2. İcra Kefaletinin Şekline İlişkin Hususlar

a. Metin Kısmı

Kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir (TBK m. 583). Bu yazılı metnin, matbu veya alacaklı tarafından kendi el yazısıyla ya da bilgisayarda yazılması mümkündür¹⁹. Fakat Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesi, kefalet sözleşmesinde bazı hususların kefilin kendi el yazısıyla yazılmasını şekle ilişkin geçerlilik koşulu olarak düzenlemiştir. İşte bu düzenleme karşısında kefalet sözleşmesinde aranan yazılılık koşulunun adı yazılı şekil olmayıp nitelikli yazılı şekil olduğunu söyleyebiliriz²⁰.

Kefalet sözleşmesine ilişkin yazılı metinde alacaklının kabul beyanının yazılı metne dâhil olması şart değildir. Alacaklı bu beyanı sözlü şekilde de verebilir, çünkü kefalet sözleşmesinde geçerlilik koşulları borçlunun korunmasına yöneliktir.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, s. 520 vd.; **Ayan**, s. 78 vd.; **Gümüş**, s. 298 vd.; **Özen**, s. 162; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 707 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 663 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 671 vd.

¹⁹ **Tandoğan**, s. 540; **Ayan**, s. 157; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 674; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 664; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 708; **Özen**, s. 200 vd.; **Gümüş**, s. 314.

²⁰ **Ayan**, s. 158; **Özen**, s. 203; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 708; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 675.

Kefalet sözleşmesinin tek bir belge içinde düzenlenmesi de kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin geçerlilik koşuludur. Diğer bir deyişle kefalet sözleşmesinin iki ayrı metin üzerinde düzenlenmesi, yani bir metinde sadece irade varken diğerinde kefilin sorumlu olduğu limitin gösterilmesi bu kefalet sözleşmesini geçersiz kılar²¹.

b. İmza

Kefalet sözleşmesinin yazılı olması ve bu belgenin kefil veya kefilin temsilcisi tarafından imzalanması gerekir. Ayrıca kefilin imzasının, metnin tamamını kapsamaması gerekir, yani ayrı bir kâğıda imza atılması mümkün değildir. Fakat kefalet sözleşmesinin diğer tarafı olan alacaklının bu sözleşmeyi imzalama zorunluluğu yoktur²².

c. Kefilin Kendi El Yazısıyla Yazması Gereken Hususlar

aa. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenleme, eski kanundaki düzenlemenin aksine, kefilin dahi iyi bir şekilde korunabilmesi için, kefalet sözleşmesinde bazı hususların kefilin kendi el yazısıyla doldurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle yürürlükteki düzenleme kefalet sözleşmesinin şeklini eski kanunda yer alan adi yazılı şekilden nitelikli yazılı şekil haline dönüştürmüştür. Kefilin bu hususları, kendi el yazısı ile yazmamasının sonucu kefalet sözleşmesinin geçersizliği olarak belirtilmiştir. Kefilin kendi el yazısıyla yazması gereken bu hususlar aşağıda incelenecektir.

bb. Sorumluluk Limiti

Sorumluluk limitine ilişkin hüküm eski kanunda da yer almaktaydı. Nitekim eski Borçlar Kanunu'nun 484. maddesine göre, “*kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iradesine mütevakıftır*”, şeklindeki hükümde bu husus belirtilmiştir. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nda bu hususun, sorumluluğun bir üst sınır niteliği taşıdığı ve bu miktarın kefilin el yazısıyla yazıl-

²¹ Ayan, s. 158; Özen, s. 219.

²² Ayan, s. 160; Özen, s. 201.

ması gerektiği açıkça ifade edilmiştir²³. Kanun koyucunun bu hususu açıkça vurgulaması daha yerinde olmuştur. Çünkü bazı Yargıtay kararlarında bu hususun aksine dayanılmaktadır²⁴.

Asıl borç, paradan başka bir borç niteliği taşısa bile kefilin sorumluluğunun limitinin para miktarı olarak gösterilmesi gerekir. Bu limitin tereddüte yol açmayacak ölçüde açık olması şarttır. Kefilin limiti ile asıl borcun miktarı birbirinden farklıdır. Limit bu sebeple asıl borcun miktarından yüksek veya düşük olacak şekilde kararlaştırılabilir²⁵. Ayrıca takip hukuku müessesesi olan icra kefaletinde, icra kefaletinin hangi takipten kaynaklandığının da belirtilmiş olması gerekir²⁶.

cc. Kefalet Tarihi

Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesine göre, kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarihin kefilin el yazısıyla yazılması zorunludur, çünkü bu hüküm kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak belirtilmiştir. Kefalet sözleşmesi, herhangi bir resmi kurumun katılımı olmaksızın alacaklı ve kefil arasında yapılmaktadır. Ancak taraflar isterlerse kefalet sözleşmesini noter huzurunda da yapabilirler. Noter huzurunda gerçekleştirilen kefalet sözleşmesinde, kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarihin de kefil tarafından el

²³ **Ayan**, s. 163; **Özen**, s. 208; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 677; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 667; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 709; **Gümüş**, s. 315.

²⁴ “İhtiyati haciz sırasındaki icra kefaleti geçerlidir. Asıl borçlu hakkında takip iptal edilmedikçe kefilin sorumluluğu devam eder. İcra kefaletinin düzenlendiği haciz tutanağında borç miktarının yazılı olmaması, bu haczin taallük ettiği icra dosyasında ya da ihtiyati haciz kararında alacak miktarı belli olduğu için kefaletin geçersizliğine neden sayılamaz.” 12. HD. 14.11.2000 T, E. 15856, K. 17337 (**Uyar**, Şerh, s. 531, dn:41); Aksi yönde Yargıtay kararı için bkz. 19. HD. 03.05.2002, E. 2001/3399, K. 2002/3344 (E.T: 20.08.2014, Kazancı İçtihat Bankası).

²⁵ **Ayan**, s. 161 vd; **Özen**, s. 210; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 677; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 667; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 706; **Gümüş**, s. 316.

²⁶ “Birden fazla borçluya karşı yürütülen icra takibi sırasında, icra kefilisi olan kişinin dosyanın tamamına mı, yoksa borçlulardan birine mi icra kefilisi olduğuna dikkate etmek gerekir. Bu durum özellikle, takip borçlularından birinin borçlu olmadığı diğerinin ise borçlu olduğunun tespiti halinde önem taşıyacaktır.” 19. HD, 25.01.2008, 7124/404 (**Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 461, dn 465).

yazısıyla yazılması gerekli midir? Bu soruya noterlerin senet düzenlemelerine ilişkin ikili bir ayırım yaparak cevap vermek daha yerinde olacaktır. Noterler iki çeşit senet düzenlemektedirler. Bunlardan ilki düzenleme biçiminde noter senedi iken diğeri onaylama biçiminde noter senedir.

Onaylama biçiminde noter senedi olarak düzenlenen kefalet sözleşmelerinde, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin var olan kurallara uyulması gerekir. Bu nedenle kefilin, sorumluluk limitini ve varsa müteselsil kefil olma iradesini kefilin el yazısıyla yazılması şarttır. Ancak, kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarih için bu derece sert bir tutuma girmemek gerekir. Çünkü noter imza onayı yaptığında buna ilişkin tarih de atmaktadır. Kefilin sonradan “*ben bunu el yazısıyla yazmadım, ancak kanun gereği bunun el yazısıyla yazılması gerekir*”, diyerek, kefalet sözleşmesinin geçersizliğini iddia etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir²⁷. Çünkü noter resmi bir memurdur ve noter senetleri resmi senet hükmündedir.

Düzenleme biçiminde noter senedi olarak düzenlenen kefalet sözleşmelerinde ise noter tarafların sözlü ifadelerine dayanarak metnin tamamını yazar, taraflar ise sadece imza atarlar. Kanunda kefil tarafından el yazısıyla yazılması gereken hususların noterlerin düzenleme biçimindeki noter senetlerinde de uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin iki görüş mevcuttur.

Birinci görüşe göre²⁸, düzenleme biçimindeki senetlerde kanun koyucunun aramış olduğu şekil şartı olan nitelikli yazılı şeklin daha üst bir şekli olan resmi şekil söz konusudur. Kanun koyucunun nitelikli yazılı şekil sayesinde öngörmüş olduğu kefilin koruma görevi, düzenleme biçimindeki senetlerde noterler tarafından yapılmaktadır. Bu görüşün ilk gerekçesine göre, kefalet sözleşmesinin şekline bağlı olarak verilmesi gereken özel temsil yetkisinin, noterden düzenleme senet biçiminde verilmesi halinde, temsil yetkisi verenin, bu ifadeleri kendi el yazısıyla belirmesi aranmamaktadır. İkinci gerekçesi, eğer kefilin kendi eliyle yazması gereken hususlar düzenleme şeklindeki noter senetlerinde de aranırsa bu halde okuma yazma bilmeyen veya özrü nedeniyle yazamayacak olan kişilerin kefalet sözleşmesi akdetmeleri olanaksız hale gelecektir.

²⁷ Ayan, s. 169-170.

²⁸ Ayan, s. 170 vd.

İkinci görüşe göre²⁹, kefalet sözleşmesi noterde resmi senet şeklinde düzenlenmiş olsa bile kanun tarafından kefilin kendi el yazısıyla yazması gereken hususlar, yani kefalet tarihinin, limitin ve müteselsil kefalet anlamına gelen ibarenin kefil tarafından el yazısıyla yazılması zorunludur.

Biz de birinci görüşe katılmaktayız. Düzenleme biçiminde senet olarak kefalet sözleşmesi akdedilirse kefilin kendi el yazısıyla yazılması gereken hususlar aranmaksızın, kefalet sözleşmesi geçerli olarak kabul edilmesi gerekir. Çünkü kanun koyucunun kefilin koruma görevi, nitelikli yazılı şekilden daha üst bir koruma şekli olan resmi yazılı şekille sağlanmaktadır.

Yukarıda açıkladıklarımızın bir benzerini de icra kefaletleri açısından söyleyebiliriz. İcra kefaleti de resmi memur tarafından düzenlenen tutanakla oluşturulacağı için, haricen Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasının aradığı şekil koşuluna uyulmasına gerek olmamalıdır. Çünkü icra memurlarınca düzenlenen tutanak da düzenleme şeklindedir. Nitekim bazı Yargıtay kararlarında da bu tutanağın düzenleme şeklinde senet olduğu ifade edilmektedir³⁰. Bu nedenle, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin geçerlilik koşulu olan sorumluluk limitinin, kefalet tarihinin ve “*müteselsil*” ibaresinin yazılması zorunlu olmakla birlikte, bunların icra memuru tarafından yazılması da icra kefaletinin geçerliliği için bir sorun teşkil etmemelidir³¹.

Kanaatimizce, icra kefaletlerinde kefilin sadece imza ve sorumluluk limitinin kendi el yazısıyla yazması, icra kefaletinin geçerliliği için yeterli görülmelidir. Diğer hususlar olan kefalet tarihi ve “*müteselsil*” ibaresinin icra kefaletinde mutlaka kefil tarafından el yazısıyla yazılması gerekmemelidir.

²⁹ **Reisoğlu**, s. 89 vd.

³⁰ “*Takibin dayanağı (düzenleme şeklinde müşterek ve müteselsil borç senedi ve kefaletname) başlığını taşıyan 5.10.1979 tarih 25242 sayılı senet münderecaat itibarıyla İİK.nun 38. maddesine uygun ve para borcu ikrarını havi nitelikte olup ilamların icrasına dair hükümlere tabidir. Nitekim borçluya icra emri tebliğ edilmiştir.*” 12 HD. 12.02.1985, E. 1984/11667, K. 1985/1164 (YKD, Haziran 1985, s. 844).

³¹ **Ayan**, s. 173.

dd. Müteselsil veya Bu Anlama Gelen İbare

Kanun koyucu kefalet sözleşmelerinin bazılarını kanun gereği müteselsil kefalet olarak öngörmüşken, bazılarında ise müteselsilliğin belirlenmesini tarafların iradelerine bırakmıştır. Örnek vermek gerekirse, ticari borçlara ilişkin kefalet ve icra kefaletleri kanun gereği müteselsil kefalet sayılmıştır. Kanun gereği müteselsil kefalet sayılan durumlarda, müteselsil veya bu anlama gelen ibarenin kefalet sözleşmesinde, yani icra kefaletinde ayrıca gösterilmesine ve bu ifadenin kefil tarafından el yazısıyla yazılmasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle, icra kefaletine ilişkin haciz tutanağında, müteselsil kefil ibaresi yer almamış olsa veya bu ibare yer almakla birlikte kefilin kendi el yazısı olmasa bile, bu kefalet kanun gereği müteselsil kefalet sayıldığından icra kefaletinin geçerliliğine yol açmamalıdır³². İcra kefaleti sadece alacaklının onayı alınarak adi kefalete dönüşebilir³³.

ee. Evli Kişiler İçin Eşin İzni

Evli kişiler için eşin izni kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin bir husus olmayıp, kefalet ehliyetinin özel koşuludur. Kanunda bu özel koşula ilişkin istisnai bir durum bulunmadığından, evli kişinin icra kefaletinin geçerli olarak doğabilmesi için kefilin eşinin izni en geç icra tutanağının imzalandığı tarihte var olması gerekir³⁴ (TBK m. 584).

SONUÇ

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın ve kararda gösterilen gerekçelerin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Yargıtay, İcra ve İflâs Kanunu'nun icra kefaletine ilişkin düzenleme bulunmayan hususlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun tam anlamıyla uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, kanaatimizce, icra kefaletinin kendine özgü olan özellikleri gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, kanunda belirtilen kefilin el yazısıyla yazması gereken hususların, icra kefaletinin kendine özgü özellikleri dikkate alınarak ve her bir hususun ayrı ayrı incelenerek yorum yapılması gerekir.

³² Ayan, s. 172; Reisoğlu, s. 142.

³³ Postacıoğlu/Altay, s. 797; Tanrıver, s. 974.

³⁴ Ayan, s. 173.

1. Sorumluluk limiti, kefilin icra kefaletinde ne kadar miktarla sorumlu olduğunu bilmesi açısından önemli bir unsurdur. Sorumluluk limitinin kefil tarafından el yazısıyla yazılması, bu unsurun önemini daha da artırmaktadır. Bu nedenle, kefilin icra kefaletinde sorumluluk limitini kendi el yazısıyla yazması zorunludur.
2. Kefalet tarihi, icra kefaletinin hangi tarihte kurulduğunun öğrenilmesi açısından önem taşır. İcra kefaleti, resmi memur olan icra memuru tarafından düzenlenen tutanakla oluşturulur. Bu tutanakta icra kefaletinin hangi tarihte yapıldığına dair tarih atılır. Ancak, bu tarihin kefilin el yazısıyla yazılması gerekli görülmemelidir. Bu tarih icra memuru tarafından atıldığı zaman da icra kefaleti geçerli sayılmalıdır. Nitekim icra kefaletleri için tutulan tutanaklar, aksi ispat edilinceye kadar geçerlidir (İİK m. 8/II).
3. İcra kefaleti kanun gereğince müteselsil kefalet sayılmıştır. İcra kefaletine ilişkin haciz tutanağında, müteselsil kefil ibaresi yer almamış olsa veya bu ibare yer almakla birlikte kefilin kendi el yazısı ile yazılmamış olsa bile, bu kefalet kanun gereği müteselsil kefalet sayıldığından icra kefaletinin geçersizliğine yol açmamalıdır.
4. Evli kişiler için eşin izni kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin bir husus olmayıp, kefil olabilme ehliyetinin özel koşuludur. Kanunda bu özel koşula ilişkin istisnai bir durum bulunmadığından, evli kişinin icra kefaletinin geçerli olarak doğabilmesi için kefilin eşinin izni en geç icra tutanağının imzalandığı tarihte var olması gerekir.

Kaynakça

- Aral**, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2003.
- Ayan**, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2013.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- Berkin**, M. Necmeddin: İcra Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1969.
- Gümüş**, Mustafa Alper: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 1974, (Ders Kitabı).
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2006, (El Kitabı).
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 25. Bası, Ankara 2011.
- Muşul**, Timuçin: Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2002.
- Özen**, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 2012.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.
- Postacıoğlu**, İlhan/**Altay**, Sümer: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010.
- Reisoğlu**, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 2. Bası, Ankara 1987.
- Tanrıver**, Süha: İcra ve Temyiz Kefaletleri (Kefaletnameleri), Ankara Barosu Dergisi, 1989/6, s. 972-979.
- Uyar**, Talih: İcra Hukukunda İlâmlı Takipler, 2. Bası, Manisa 1991.

Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı, Cilt I (İİK 1-134), 2. Baskı, Ankara 2012, (Şerh).

Uyar, Talih: İlam Niteliğindeki Belgeler (İİK. Mad. 38), Ankara Barosu Dergisi, 2004/3, s. 69- 82, (İlam).

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013.