

**TÜRK BORÇLAR
KANUNU TASARISI –
KEFALETTE EŞİN İZNİ**

Doç. Dr. İsmail KIRCA

TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI – KEFALETTE EŞİN İZNİ

Doç. Dr. İsmail KIRCA*

1. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın¹ (=Tasarı) (“Özel Borç İlişkileri” ile ilgili İkinci Kısımın) “Kefalet Sözleşmesi”ne ayrılan 15. Bölüm’ünde, “Kefaletin Koşulları” üst başlığı altında yer alan “Eşin rızası” başlıklı 584. maddesinde, hukukumuz bakımından yeni olan bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm aynen şöyledir:

“III. Eşin rızası”

Madde 584- Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlulu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyele ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
¹ 16.1.2005 tarihi itibarıyla Başbakanlık'ta bulunan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>

² Maddenin başlığında ve metninde “rıza” terimine yer verilmiştir. Rıza kavramı, daha çok hem izni hem icazeti kapsamaktadır. Oysa –aşağıda değinileceği üzere- bir eşin kefalet senedini imzalamasından sonra, diğer eşin bu kefalete icazet vermesi mümkün değildir. Bu yüzden, rıza yerine *izin* teriminin kullanılması, daha isabetli olurdu. Çalışmamızda da, rıza yerine izin teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

Rıza kavramı hakkında bkz. *Kılıçoğlu, A.: Medenî Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003, s. 34 vd.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefaletle dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez.”³.

Maddenin gerekçesinde, esas itibariyle hüküm tekrar edilmiş ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda (=BK) yer verilmeyen bu yeni maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun (=İsvBK) 494. maddesinin⁴ göz önünde tutulduğu belirtilmiştir. Türk öğretisinde, Tasarı’nın 584. maddesinde yer alan hükmün, Medenî Kanun ile getirilen eşler arası yeni hukukî işlem rejiminin ruhuna ve temel felsefesine uygun bulunduğu, uygulamadaki bir ihtiyaca cevap verdiği ve isabetli olduğu ifade edilmektedir⁵.

Tasarı’nın 584. maddesinin mehzatı olan İsvBK 494, 1941 yılında gerçekleşen revizyon ile, İsvBK’ya girmiştir. Belirtmek gerekir ki, 1881 tarihli İsvBK’da kefaletle ilişkin hükümlerde büyük çaplı değişikliklerin yapılması sonucunu doğuran 1941 Revizyonu’na ilişkin çabalar, 1932 yılında başlamıştır⁶. Bu çabalarda, (kefalet hayatını sekteye uğratmamak ve *pacta sunt servanda* ilkesini de korumak kaydıyla) düşüncesizce girilen kefaletlerin önüne geçmek, kefilin durumunu iyileştirmek ve kefile daha fazla hukukî koruma sağlamak mülâhazaları egemen olmuştur⁷.

³ Bu hüküm ile Komisyon tarafından hazırlanan ilk Tasarı’da yer alan hüküm arasında esasa ilişkin herhangi bir fark bulunmamaktadır. Şekle ilişkin olarak ise, ilk Tasarı’da madde numarasının 589 olduğunu ve ilk Tasarı’nın son fıkrasında “neden olmayan” ibaresinin yerine mevcut Tasarı’da “sebep olmayan” ibaresinin tercih edilmiş bulunduğunu görmekteyiz.

⁴ Kurumun, borçlar hukukundan çok aile hukukunu ilgilendirdiği gerekçesiyle, İsvBK 494’ün sistematik açıdan Medenî Kanun’da (=Zivilgesetzbuch) yer almasının daha isabetli olacağı yönünde bkz. Giovanoli, S.: (Berner Kommentar, Bd. VI: Art. 492-512, Bern 1942), Art. 494 Nr. 1.

⁵ Barlas, N. (Kuntalp/...): Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 267.

⁶ Bu arada geçmişte, 1911 yılında da, kefalet hukukunda birtakım değişiklikler yapılmıştır. 1911’de yapılan bu değişiklikler hakkında bkz. Oser, H./Schönenberger, W.: (Zürcher Kommentar, Bd. V/3: Art. 419-529, 2. Aufl., Zürich 1945), Vorbem. zu Art. 492-512, Nr. 5.

⁷ Oser/Schönenberger: Vorbem. zu Art. 492-512, Nr. 6, 8.

Kefil olmada eşin izninin aranması, konuyla ilgili önlemlerden biri olarak düşünülmüştür. Eşin iznini aramakla, eşlerin bilhassa düşüncesizce giriştikleri kefaletler ile hatır kefaletlerinin sebebiyet verdiği ekonomik yıkımlara karşı evlilik birliğinin ve ailenin korunması amaçlanmıştır⁸. Hemen belirtelim ki, Revizyon'a ilişkin hazırlık sürecinde, kefil olmada eşin izninin aranmasının uygun olup olmayacağı hususunda önemli tartışmalar yaşanmıştır. Bu hususta ileri sürülen bir görüş, kefil olmada eşin izninin her durumda aranmasının uygun olacağını savunurken; diğer görüş, kefalet hayatına büyük yük getireceği, kefalet hayatını sekteye uğratacağı gerekçesiyle buna şiddetle karşı çıkmıştır. Nihayet, eşin izninin aranmasına birtakım istisnalar getirilmek suretiyle, bugünkü uzlaşma metni ortaya çıkmıştır⁹.

Önemle vurgulayalım ki, kefil olmada eşin izni konusunun önemi, İsvBK'da bulunmamakla birlikte Tasarı'da yer alan bir hüküm nedeniyle Türk hukuku bakımından bir kat daha artmaktadır. Tasarı'nın kefaleti düzenleyen hükümleri arasında son hüküm olarak yer alan ve kefaletin uygulama alanını gösteren 603. madde uyarınca, "[k]efaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır." O halde, bu hükmün gereği olarak garanti, borca katılma (Schuldbeitritt), himaye beyanı (Patronatserklärung)¹⁰, itibar emri/kredi emri (BK 400 vd.; Tasarı 516 vd.) ve avalde [Türk Ticaret

⁸ Giovanoli: Art. 494 Nr. 1; Beck, E.: (Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942), Art. 494 Nr. 1, 2; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 1; Pestalozzi, C. M.: [in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., (Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand), Basel-Genf-München 2003], Art. 494 Nr. 1.

⁹ İsvBK 494'ün hazırlık süreci hakkında bkz. Oser/Schönenberger: Vorbem. zu Art. 492-512, Nr. 7, Art. 494 Nr. 1; Beck: Art. 494 Nr. 2; Giovanoli: Art. 494 Nr. 1; Giovanoli: Art. 494 Nr. 1; Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Bundesblatt (BB1), 2004, s. 4957 (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/4955.pdf>).

¹⁰ Himaye beyanıyla ilgili olarak bkz. Kırca, İ.: Kredi Teminatı Aracı Olarak Himaye Beyanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1-4 (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 70. Yıl Armağanı), s. 451 vd.

Kanunu (=TTK) 612 vd.] eşin izni aranacak, Tasarı'nın 584. maddesi bu hâllerde de uygulanacaktır¹¹.

Nihayet eşlerin fiil ehliyetine sınırlama getirdiği ifade olunan¹² Tasarı'nın 584. maddesi (İsvBK 494), emredici niteliktedir¹³. Hükmün aksi kararlaştırılamayacağı gibi eşlerin kendilerine tanınan bu haktan feragat etmeleri de mümkün değildir¹⁴.

2. Maddede, eşin izninin alınması hususunda eşler arasında bir ayırım yapılmamış, karının kefil olmasında kocanın izni arandığı gibi kocanın kefil olmasında da karının izni gerekmektedir¹⁵.

¹¹ Buna karşılık Tasarı'nın 603. maddesine benzer bir hükmü içermeyen İsviçre hukukunda, İsvBK 494'ün sadece bir aracı/yolu yasakladığı, bu yüzden teminat amacına, eşin izninin gerekmediği (örneğin aval gibi) başka bir araç ile ulaşmanın mümkün olduğu ve bunun kanuna karşı hile teşkil etmeyeceği; ayrıca hükmün ne genişletici biçimde ne kıyasen uygulanabileceği, kabul edilmektedir (*Pestalozzi*: Art. 494 Nr. 1 ve orada zikredilen İsviçre Federal Mahkemesi kararı). Ayrıca, İsviçre'de bankaların, İsvBK 494'den kaçınmak amacıyla, eşin kefil olması yerine müteselsil borçlu olmasını tercih ettikleri ifade edilmektedir (*Wiegand*, W.: Die Bürgschaft im Bankgeschäft, Berner Bankrechtstag 1997, Personalsicherheiten, hrsg. von W. Wiegand, Bern 1997, s. 186 dn. 32).

¹² *Giovanoli*: Art. 494 Nr. 3; *Beck*: Art. 494 Nr. 3; *OserlSchönenberger*: Art. 494 Nr. 3, 4; *Pestalozzi*: Art. 494 Nr. 1; BGE 110 II 486, 487. Bkz. ve karşı. *Kılıçoğlu*: s. 35 vd.

¹³ *OserlSchönenberger*: Art. 494 Nr. 4; *Pestalozzi*: Art. 494 Nr. 1. Ancak, söz konusu hüküm, İsviçre öğretisinde kamu düzeninden sayılmamaktadır (bkz. *Pestalozzi*: Art. 494 Nr. 1).

¹⁴ *Beck*: Art. 494 Nr. 4; *OserlSchönenberger*: Art. 494 Nr. 4; *Pestalozzi*: Art. 494 Nr. 1.

¹⁵ İzin hususunda karı-koca arasında bir ayırım yapılmamakla birlikte, söz konusu hükümle, daha çok kocanın (düşüncesizce) kefil olmasının önüne geçildiği ifade edilmektedir (*OserlSchönenberger*: Art. 494 Nr. 1; aynı yönde bkz. *Beck*: Art. 494, Nr. 2). İsviçre için yapılan bu tespitin, sosyo-kültürel yapısı göz önünde bulundurulduğunda, ülkemiz açısından da geçerli olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Önemle ekleyelim ki, anılan tespit, yapıldığı sırada bir hukukî dayanağı da bulunmaktaydı. Şöyle ki, o tarihlerde yürürlükte olmakla birlikte sonradan yürürlükten kaldırılan İsviçre Medenî Kanunu'nun (=İsvMK) 177. maddesinde, evli kadın tarafından kocası yararına üçüncü kişilere karşı üstlenilen taahhütlerin geçerliliği vesayet makamının izni/onayına bağlanmıştı. Bu nedenle, evli bir kadın kocasının bir borcu için kefil olurken vesayet makamından izin/onay almak durumundaydı. Yeni Türk Medenî Kanunu'nda (=TMK), yürürlükten kaldırılan İsviçre Medenî Kanunu'nun 177. maddesine karşılık gelen Eski Medenî Kanun'un 169. maddesine benzer bir hükme yer verilmemiştir. Kanun'un Genel Gerekçesi'nde, anılan hükmün kadın-erkek eşitliğine aykırı görüldüğü ve günümüz şartlarında hiç de gerekli bulunmadığı ifade edilmiştir. Buna uygun biçimde 193. maddede, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her birinin diğeri ve ü-

Hükmün uygulanmasında, eşler arasında mevcut mal rejimi de herhangi bir rol oynamaz¹⁶. Çünkü, her şeyden önce, maddede bu konuda bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca, İsvBK 494'ün hazırlık çalışmaları sırasında mal ayrılığı rejiminin varlığı hâlinde kurala bir istisna getirilmesinin uygun olup olmayacağı tartışılmış, ancak bu düşünce kabul görmemiştir¹⁷.

Tasarı'da, "mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı"nın varlığı (bkz. TMK 170 vd.) ve "yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğması" (TMK 197)¹⁸ hâllerinde, eşin izninin aranmayacağı belirtilmiştir (md. 584/I)¹⁹. Buna karşılık, hâkim kararı olmaksızın eşlerin fiilen ayrı yaşamaları durumunda, eşin izni aranacaktır²⁰.

3. İzin, eşin kendi adına akdettiği kefalet sözleşmelerinde aranır²¹. Doğal olarak, temsilci veya bir tüzel kişinin organı/organ üyesi sıfatıyla üçüncü kişiler adına akdedilen kefalet sözleşmeleri için eşin izninin alınması gerekmez²². Zira bu hâlde eş, bizzat kefil sıfatını üstlenmemektedir; temsil veya organ mekanizmasıyla işlemin sonuçları (kefil sıfatı), temsil olunan kişi/tüzel kişi üzerinde doğmaktadır.

Eşin izninin aranması hususunda kefalet türleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu yüzden kefaletin her türünde eşin izni aranır²³.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafta veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması hâllerinde, eşin izninin gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre,

çüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabileceği hüküm altına alınmıştır. İşte, Tasarı'nın 584. maddesi, kanunlaştığı takdirde, TMK 193'e bir istisna getirmiş olacaktır.

¹⁶ Giovanoli: Art. 494 Nr. 1; Beck: Art. 494 Nr. 6; Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 7.

¹⁷ Beck: Art. 494 Nr. 6.

¹⁸ Tasarı 584/I'de sözü edilen "yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğması" ile kastedilen, her hâlde TMK 197'de düzenlenen "birlikte ayrı yaşamaya ara verilmesi" olmalıdır. İsviçre hukukundaki durumla ilgili olarak bkz. Beck: Art. 494 Nr. 9; Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 8; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 4.

¹⁹ "Boşanma" kararı ile birlikte, artık Tasarı 584'ün uygulanamayacağı açıktır.

²⁰ Beck: Art. 494 Nr. 9; Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 8.

²¹ Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 15; Beck: Art. 494 Nr. 14.

²² Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 15.

²³ Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 15.

İsvBK 494/I (Tasarı 584/I)'in sözünden anılan durumlarda eşin izninin aranmayacağı sonucu çıkmakla birlikte, "kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır." hükmünü içeren İsvBK 493/VI²⁴ (Tasarı 583/II)'nin sözü edilen hâllere kıyasen uygulanması, anılan hükümlerin kolaylıkla dolanılması mümkün bulunduğu, isabetli olacaktır²⁵. Bu görüş uyarınca, özel yetki verilmesi veya kefil olma vaadinde bulunulması hususunda eşin izni alınmışsa, bu iznin, kefalet sözleşmesinin yapılması için de yeterli ve geçerli olduğunu kabul etmek gerekir²⁶. Diğer görüşe göre ise, özel yetki verilmesinin veya kefil olma vaadinde bulunulmasının, yetkiyi veren veya vaatte bulunan eşin borç altına sokup sokmadığına bakmak gerekir²⁷. Özel yetki verilmesinde böyle bir durum söz konusu olmadığından, bu yetkinin verilmesi için eşin izni aranmaz; sonradan, yani (bu yetkiye istinaden akdolanacak) kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında iznin varlığı yeterlidir²⁸. Buna karşılık, eşin alacaklıyla kefalet sözleşmesi yapacağına ilişkin ön sözleşme akdetmesi, eşin bu konuda alacaklıya bir taahhütte bulunması ile asıl borçluya onun borcu için kefil olacağını taahhüt etmesinde, durum farklıdır. Bu gibi hâllerde, kefil olmaya benzer, kefalet türü bir risk bulunduğu, eşin izni aranmalıdır²⁹.

Açıklanan görüşlerden ilki eşin/ailenin korunmasına daha fazla imkân sağlıyor gibi gözüktüğü de, ikinci görüş hukuk tekniğine daha uygun düşmektedir. Şöyle ki; öncelikle kefil olma konusunda özel yetki verilmesi, tek başına yetkiyi veren borç altına sokmadığından, bu yetkinin verilmesinde eşin izni aranmamalıdır. Kefalet sözleşmesi yapılmasına ilişkin ön sözleşmede ise, eşin izni gereklidir. Çünkü, ön sözleşme sebe-

²⁴ İsvBK 493/VI hakkında bkz. *Oser/Schönenberger*: Art. 493 Nr. 74 vd.

²⁵ *Beck*: Art. 494 Nr. 14; *Pestalozzi*: Art. 494 Nr. 3.

²⁶ *Beck*: Art. 494 Nr. 14; *Pestalozzi*: Art. 494 Nr. 3.

²⁷ *Oser/Schönenberger*: Art. 494 Nr. 20.

²⁸ *Oser/Schönenberger*: Art. 494 Nr. 21.

²⁹ *Oser/Schönenberger*: Art. 494 Nr. 22. Buna karşılık, yazar, alacaklıya veya asıl borçluya bir kefil temin edileceğine yönelik taahhütte bulunulması için eşin izninin gerekmeyeceğini belirtmektedir (Art. 494 Nr. 22).

biyle, asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınana karşı buna icbar (aynen ifa) için dava açılabilmesi kabul edilmektedir³⁰.

Eşin izni, kefalet sözleşmesinin akdedilmesiyle sınırlı değildir. Tasarı 584/III (İsvBK 694/III)'e göre, "[k]efalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez"³¹. Bu hükmün zıt anlamından çıkan sonuç, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler için de eşin izninin gerekeceğidir³².

Sınırlayıcı biçimde sayılan bu hâller, kefil olmaya benzer etkilere sahiptir³³, kefil olmaya benzer riskleri taşımaktadır. Bu yüzden anılan hükümle, eşin iznini arayan birinci fıkra hükmünün dolanılmasının önüne geçilmiştir³⁴.

Hüküm uyarınca, kefil eşin sorumlu olacağı miktardaki her artış, diğer eşin iznine bağlıdır. Hükümün uygulanması bakımından, bu artışın az ya da çok olmasının herhangi bir önemi yoktur³⁵.

Âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesi yanında, sonradan asıl borçluyla veya kefiller arasında teselsülün kararlaştırılması da, hükmün kapsamına dâhil edilmektedir³⁶.

³⁰ Bu hususta bkz. Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: 1, B. 6, İstanbul 1998, s. 291, 292; Oğuzman, M. K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 3, İstanbul 2000, s. 142.

³¹ Hazırlık sürecinde hükmün kapsamı hakkında yapılan tartışmalar için bkz. Beck: Art. 494 Nr. 15; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 16.

³² Benzer biçimde, kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen Tasarı'nın 583. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, "[k]efalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz."

³³ Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 16.

³⁴ Beck: Art. 494 Nr. 15.

³⁵ Beck: Art. 494 Nr. 16.

³⁶ Beck: Art. 494 Nr. 17; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 18.

Konuyla ilgili olarak tartışmalara yol açabilecek husus, “kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler”den nelerin anlaşılması gerektiğidir. Öncelikle, hükümde geçen güvence/teminat kavramı geniş yorumlanmakta ve aynı teminatlar yanında şahsî teminatların da hükmün kapsamına dâhil olduğu kabul edilmektedir³⁷. Azalma/eksilme kavramı da geniş yorumlanmaktadır³⁸. Nihayet, sözü edilen türde değişiklikler, çoğu kez kefil eşin durumunu ağırlaştıran değişikliklerdir³⁹.

Buna göre, kefalet senedi imzalanırken varlığına güvenilen diğer kefilin sonradan alacaklı tarafından ibra edilmesi, bir rehinden vazgeçilmesi⁴⁰, kefalet süresinin uzatılması⁴¹ (İsvBK 509/V; Tasarı 598/IV ve V), iki müteselsil borçlusu bulunan bir borç için verilen kefaletle müteselsil borçlulardan birinin ibrası⁴², kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişikliklerdir. Asıl borçlunun değişmesinde, kefil eşin bu değişikliğe izin vermesi hâlinde de (BK 176/II), bu hususta (ayrıca) diğer eşin izninin alınması uygun olur⁴³.

Buna karşılık, taksitle ödenen bir borca kefil olunması hâlinde, ödeme tarihlerinin ertelenmesi, kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklik olarak görülmeyebilir⁴⁴. Keza, piyasadaki gelişmeler sonucunda rehne konu şeyin değerinin düşmesi, değişim anında yenisinin eskisiyle en az aynı değere sahip olması kaydıyla rehin konusunun değiştirilmesi, birlikte kefilin ödeme gücünü kaybetmesi, güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişikliklerden sayılmazlar⁴⁵.

³⁷ Beck: Art. 494 Nr. 18; Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 19; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 5.

³⁸ Beck: Art. 494 Nr. 18.

³⁹ Giovanoli: Art. 494 Nr. 19; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 5.

⁴⁰ Beck: Art. 494 Nr. 18, 19; Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 19; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 5.

⁴¹ Karş. Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 19.

⁴² BGE 106 II 161.

⁴³ Bu yönde, Pestalozzi: Art. 494 Nr. 5 ve orada anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararı. Aksi görüşte, Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 19, 23. Karş. Beck: Art. 494 Nr. 21.

⁴⁴ Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 19.

⁴⁵ Beck: Art. 494 Nr. 19; Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 19; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 5.

Kefil yararına olan güvencelerde meydana gelen azalmanın önemli ölçüde olup olmadığı hususunda, somut olayın bütün şartlarını dikkate almak suretiyle bir sonuca varmak gerekir. Teminatlardaki azalma oranı, azalmanın geriye kalan teminatlarla karşılaştırılması, teminatların değeri ile asıl borcun miktarı arasındaki ilişki, asıl borçlu ve birlikte kefillerin ödeme kabiliyetleri, konunun değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardır⁴⁶. Esas itibarıyla, bu konuda cevabı aranacak soru, izni aranan eşin, teminatların (azalma sonucundaki) bu hâliyle dahi, diğer eşin kefalet sözleşmesini imzalamasına izin verip vermeyeceğidir⁴⁷. Belirtelim ki, eşin izninin yokluğu, kefaletin hükümsüz olması sonucunu doğuracağından, bu hususta dikkatli davranması gereken kişi, eşin izninin alınmamasının riskini taşıyacak olan alacaklıdır.

4. Tasarı 584/I (İsvBK 494/I), iznin yazılı olarak verilmesini aramaktadır⁴⁸. Hükümde belirtilen şekil, âdi yazılı şekildir (BK 12 vd.). Dolayısıyla, izin beyanının eş tarafından imzalanması yeterli ve gereklidir⁴⁹; imzanın noterce tasdiki aranmaz.

⁴⁶ Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 19; Beck: Art. 494 Nr. 20.

⁴⁷ Beck: Art. 494 Nr. 20; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 19; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 5; Wiegand: s. 195.

⁴⁸ İzin verilmesinde iradî ve kanunî temsilin mümkün olduğu hususunda bkz. Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 32, 33; Giovanoli: Art. 494 Nr. 14, 15; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 3.

⁴⁹ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun (RG, 23.1.2004, S. 25355) 5/I. maddesine göre, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Yine bu Kanun'un 22. maddesi ile, BK 14/I'e eklenen cümle uyarınca, güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir. Ancak 5070 sayılı Kanun'un 5/II. maddesinde, kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiştir. Hükümün kapsamına teminat sözleşmelerinin de sokulması karşısında, eşin güvenli elektronik imza ile izin vermesinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bir sözleşme değil tek taraflı bir hukukî işlem olması ve bizatihi kendisinin teminat niteliği taşınamaması sebepleriyle eşin izninin, 5070 sayılı Kanun'un 5/II. maddesinin kapsamına girmediği, dolayısıyla güvenli elektronik imza ile verilmesinin mümkün bulunduğu kanaatindeyiz.

İznin, her bir kefalet sözleşmesi için ayrı ayrı verilmesi gerekmektedir⁵⁰. Bu suretle, izin vermeden önce riskin büyüklüğü ve kapsamı hakkında bilgi sahibi olan, bu hususların farkında olan eşin, izin vermeye yönelik iradesi de sağlıklı bir biçimde oluşacaktır⁵¹. Hükümle takip edilen amaca da, ancak bu şekilde ulaşmak mümkündür⁵². Bunun sonucu olarak, izin beyanından/yazısından, iznin hangi kefaletle ilişkin olduğu anlaşılabilmelidir⁵³. Bu yüzden, gelecekte akdolunacak bütün kefalet sözleşmelerini veya belirli bir zaman dilimindeki kefaletleri yahut belirli bir (üst) miktara kadar olan kefaletleri kapsayacak biçimde, kefalet(ler)i somutlaştırmadan, ferdileştirmeden verilen soyut ve genel nitelikteki izinler, geçersizdir⁵⁴. Ancak bu durum, ayrı ayrı belirtilmek, her birini somutlaştırmak kaydıyla, birden fazla kefaletle aynı anda ve tek bir beyanla/belgeyle izin verilmesine engel değildir⁵⁵.

Kefilin sorumlu olacağı azamî miktara, kefalet tarihine, asıl borca, alacaklıya, kefaletin türüne vs. ilişkin bilgilere izin beyanında yer verilmesi, iznin münferit bir kefalet sözleşmesine ilişkin olması, dolayısıyla geçerli bir iznin varlığı konusunda ortaya çıkabilecek ispat sorunlarının aşılması açısından faydalı olmakla birlikte, zorunlu değildir⁵⁶. Bu konuda unutulmaması gereken, kefalet için öngörülen şekil şartının (bkz. Tasarı

⁵⁰ Beck: Art. 494 Nr. 26; Giovanoli: Art. 494 Nr. 5, 7; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 24.

İznin, her bir kefalet sözleşmesi için ayrı ayrı verilmesi gerektiği hususunda İsvBK, Tasarı'ya nazaran daha açıktır. Bu husus, Tasarı 584/I'de yer alan "rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır." ifadesinde, (münferit) "sözleşme"den söz edilmek suretiyle belirtilmiştir. Buna karşılık İsvBK 494/I'de yer alan "...im einzelnen Fall... abgegebene[...] Zustimmung..." ifadesiyle, münferit olaya/sözleşmeye bilhassa vurgu yapılmıştır.

⁵¹ Beck: Art. 494 Nr. 26; Giovanoli: Art. 494 Nr. 7; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 24.

⁵² Ekleyelim ki, iznin veriliş biçimi, içeriği, zamanı vs. ile ilgili hususlar, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefaletle dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişikliklere eşin izin vermesi (Tasarı 584/III, İsvBK 494/III) için de geçerlidir.

⁵³ Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 30; Giovanoli: Art. 494 Nr. 5.

⁵⁴ Beck: Art. 494 Nr. 27; Giovanoli: Art. 494 Nr. 7; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 24; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 1.

⁵⁵ Beck: Art. 494 Nr. 27.

⁵⁶ Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 30; Giovanoli: Art. 494 Nr. 5.

583, İsv BK 493), izinde aranmayacağıdır⁵⁷. Önemle ekleyelim ki, konunun izin beyanının verilmesinde kullanılan araçla da yakın ilgisi vardır. Buna göre, izne ilişkin beyan bizzat kefalet senedinde yer alabileceği gibi ayrı bir belgeyle de izin verilmesi mümkündür⁵⁸. İşte, izin beyanının kefalet senedinde yer aldığı durumlarda, iznin verildiğine yönelik mücerret bir beyanın imzalanması, geçerli bir izin için yeterli sayılmalıdır. Hattâ, bir eşin kefil sıfatıyla imzaladığı kefalet sözleşmesinde diğer eşin (herhangi bir ibareye yer verilmeksizin) sırf imzasının bulunması hâlinde bu imzayı, izin olarak yorumlamak uygun düşer. Buna karşılık, iznin ayrı bir yazı ile verildiği durumlarda, yazının kaleme alınış biçiminden, iznin hangi kefalet için verildiği anlaşılabilmelidir.

İznin münferit bir kefalet sözleşmesine ilişkin olması mecburiyetinin bir sonucu da, izne ilişkin beyanın içeriği ile kefalet sözleşmesi arasında bir uyumsuzluğun/çelişkinin bulunmaması gereğidir. Bu anlamda, izin yazısında belirtilenlerden daha ağır şartları taşıyan kefalet sözleşmesi geçersizdir. Örneğin, sadece âdi kefalet için izin verilmesine rağmen diğer eş kefalet sözleşmesini müteselsil kefil sıfatıyla imzalamışsa, kefalet sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır⁵⁹. Çünkü bu halde müteselsil kefalet için izin 'yok' demektir. Aynı durum, izin beyanında belirtilenden daha yüksek bir miktar için kefil olunması için de geçerlidir.

İzin beyanında kefaletin türü konusunda bir açıklık bulunmadığı durumlarda, diğer eşin müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığı bir kefalet sözleşmesinin geçerli sayılıp sayılamayacağı sorunu önem arz eder. Bu hâlde ilk akla gelen, eşin izninin sadece âdi kefaleti kapsadığıdır. Çünkü, müteselsil kefaletin kabulü, kefilin kefalet sözleşmesinde müteselsil kefil olma iradesini açıklamasına bağlı bulunduğuna göre (bkz. BK 487), bu husus eşin izin beyanı için de geçerli olmalıdır. Ancak, uygulamada ve özellikle izin veren eşin bulunduğu yerde müteselsil kefalet yaygın ve olağansa, eşin anılan biçimdeki izninin müteselsil kefaleti de kapsadığını

⁵⁷ Giovanoli: Art. 494 Nr. 4, 5.

⁵⁸ Beck: Art. 494 Nr. 29; OserlSchönenberger: Art. 494 Nr. 29; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 2.

⁵⁹ Giovanoli: Art. 494 Nr. 6.

kabul etmek uygun olur⁶⁰. Ticarî bir borca kefaletle verilen ve kefaletin türü konusunda bir açıklık bulunmayan izin ise, TTK 7/II delâletiyle müteselsil kefaleti de kapsar.

İznin varlığı, bunun varlığını iddia eden tarafından ispatlanır (TMK 6). Bu kişi ise, esas itibariyle alacaktır.

Geçerli bir iznin bulunması şartıyla, izin veren eşin, kefalet senedini okumadığı, kefaletle ilişkin esaslı hususları bilmediği yönündeki iddiaları dinlenmemelidir⁶¹. Bu husus, eşin, kefalet senedinin diğer eş tarafından imzalanması sırasında hazır bulunmadığı iddiası için de geçerlidir⁶². Ekleyelim ki, irade beyanlarının yorumunda geçerli (genel) ilkeler, izin iradesinin yorumunda da uygulanır; ayrıca, irade sakatlığına ilişkin sebepler (BK 23 vd.) izin işlemi için de geçerlidir⁶³.

Tasarı 584/I'e göre, iznin, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Buna karşılık İsvBK 494/I'de, iznin verilmesi gereken zamanı tayin hususunda, kefalet sözleşmesinin kurulması anının değil kefil olma iradesinin açıklandığı anın⁶⁴ esas alınacağı yönünde bir ifade kullanılmıştır. Bu yüzden, İsviçre öğretisinde, kefil olan eşin kefil olma iradesinin alacaklı tarafından kabulü anı değil, kefalet senedinin kefil eş tarafından imzalanması anı esas alınmaktadır⁶⁵. O hâlde, eşin izninin, (diğer eş tarafından) kefil olma iradesinin açıklanmasından önce ya da en geç bu iradenin açıklanması sırasında/bu

⁶⁰ Bu yönde, *Giovanoli*: Art. 494 Nr. 6.

⁶¹ *OserlSchönenberger*: Art. 494 Nr. 31; *Beck*: Art. 494 Nr. 26.

⁶² *Beck*: Art. 494 Nr. 30.

⁶³ *OserlSchönenberger*: Art. 494 Nr. 31; *Pestalozzi*: Art. 494 Nr. 3. İzin vermeden önce eşin muhtemel riskler konusunda aydınlatılmasının gerekip gerekmediği hususunda bkz. *Wiegand*: s. 195, 196.

⁶⁴ Kefalet sözleşmesinin kurulduğu an ile kefil olma iradesinin açıklandığı an birbirinden farklı olabilir. Çünkü, kefalet için öngörülen yazılı şeklin gerçekleşmesi bakımından kefalet senedinin sadece kefil tarafından imzalanması yeterlidir. Kefalet sözleşmesinde alacaklının imzası kural olarak gerekli değildir; çünkü kefalette yalnız kefil borç altına girmektedir (*Barlas*, N.: Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (9-10 Aralık 2005), Ankara 2006, s. 45).

⁶⁵ *Beck*: Art. 494 Nr. 23; *Giovanoli*: Art. 494 Nr. 8; *OserlSchönenberger*: Art. 494 Nr. 25 vd.; *Pestalozzi*: Art. 494 Nr. 2.

açıklamayla eş zamanlı olarak verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, “en geç bu iradenin açıklanması sırasında/bu açıklamayla eş zamanlı olma” ibaresi, izne ilişkin beyanın kefalet senedinde yer aldığı durumlarda izin veren eşin izin beyanıyla birlikte kefalet senedini imzalamasından, iznin ayrı bir belgeyle verilmesinde ise izin belgesinin ibraz edilmesinden veya bu belgenin kefalet senedine ilâştirilmesinden sonra, kefil eşin kefalet senedini imzalaması gerektiği sonucunu çıkaracak biçimde dar yoruma tâbi tutulmamalıdır. Kefil eşin kefalet senedini imzalamasından hemen sonra diğer eşin izin beyanıyla birlikte kefalet senedini imzalaması veya izin belgesini ibraz etmesi şeklinde işlem sürecinde herhangi bir kesintinin yaşanmadığı, işlemin bir bütünlük arz ettiği (*unitas actus*) durumlar da da, hükmün gereğinin yerine getirildiği kabul edilmelidir⁶⁶.

İznin verilmesi anı konusunda bir sınırlama getirilmesinin, dolayısıyla icazet yolunu kapatmanın sebebi olarak, kefil eşin kefalet senedini imzalamasından sonra diğer eşe, bu kefalet rıza göstermesi/icazet vermesi hususunda yapılması muhtemel baskıların önüne geçilmesi, gösterilmektedir⁶⁷. Hemen belirtelim ki, kefalet senedinde yer alıp da tarih içermeyen bir izin beyanının, gerçekte kefalet tarihinden sonra imzalanması ya da izne ilişkin ayrı belgenin kefalet tarihinden sonra düzenlenmekle birlikte bu tarihten önceki bir tarihi taşıması suretiyle, hükmün dolanılması mümkündür. Çünkü, bu gibi durumlarda, ortada bir iznin değil bir icazetin bulunduğu, dolayısıyla kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu yönündeki bir iddianın ispatında yaşanacak güçlükler ortadadır.

⁶⁶ Beck: Art. 494 Nr. 23; Giovanoli: Art. 494 Nr. 10; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 26; bu yönde, Pestalozzi: Art. 494 Nr. 2; karşı. Wiegand: s. 195, 196.

⁶⁷ Beck: Art. 494 Nr. 24; Giovanoli: Art. 494 Nr. 10; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 27. Bu arada önemle vurgulayalım ki, izin vermesi için eşin dava ya da cebri icra yoluyla (hukuken) zorlanması mümkün değildir [Beck: Art. 494 Nr. 31; Giovanoli: Art. 494 Nr. 12; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 34; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 3]. Dolayısıyla, izin vermeyen eş, bunun için bir gerekçe göstermek mecburiyetinde de değildir (bkz. Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 32, 34). Esasen burada haklı sebep olmaksızın eşin izin vermekten kaçınması hâlinde diğer eşin mahkemeye başvurarak hâkimden izin kararı istemesi imkânı, kanunda tanınmış değildir. Oysa TMK ve Tasarı'da eşin izni gereken çeşitli yerlerde kanun koyucu böyle bir imkân tanımaktadır [bkz. TMK 194 ve 265 (İsvMK 169 ve 230); Tasarı 348 (İsvBK 266m)]. Tasarı 584 (İsvBK 494)'de tanımadığına ve istisna getiren düzenlemelerin kapsamı da kıyas veya yorum yoluyla genişletilemeyeceğine göre eşin izni yerine geçecek bir yargısal izin söz konusu olamaz.

Kefalet için geçerlilik şartı oluşturan eşin izninin yokluğu, kefaletin hükümsüz olması sonucunu doğurur⁶⁸. Ayrıca, (sonradan) icazet verilmesi yolu kapalı tutulduğundan, bu iznin alınmaması kefaletin “noksan (askıda hükümsüz)” değil, “kesin hükümsüz” sayılmasına yol açar⁶⁹. Çünkü izin, kefalet açısından bir geçerlilik şartıdır; işlemin hüküm ifade etmesi için aranan bir tamamlayıcı unsur değildir.

5. Tasarı 584/II (İsvBK 494/II)’de kefaletle eşin iznini gerektirmeyen istisnalar, sınırlayıcı biçimde⁷⁰ sayılmıştır. Bu hüküm uyarınca, “[k]efalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz.”⁷¹

Hemen belirtelim ki, 584/II. madde hükmü ile bu hükmün mehzarı olan ve -aşağıda değineceğimiz üzere- 1.12.2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış bulunan İsvBK 494/II arasında çok önemli iki temel farklılık göze çarpmaktadır. Buna göre, Tasarı 584/II’de yer alan “işletmeyle ilgili olarak” ibaresi, İsvBK 494/II’de bulunmamaktadır. Bu ibareyi de hesaba katarak lâfzî yorumu tâbi tutulan hükümden, belirtilen sıfatlara sahip kişilerin, sahibi oldukları işletmenin veya ortağı ya da yöneticisi oldukları şirketin borçları için kefalet vermeleri şartıyla istisnadan yararlanabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Oysa anılan türden bir ibareyi içermeyen İsvBK 494/II’nin kapsamını tayinde, hükümde zikredilen kişilerin verecekleri kefaletlerde, konu bakımından herhangi bir sınır-

⁶⁸ Beck: Art. 494 Nr. 3, 32; Giovanoli: Art. 494 Nr. 3, 8; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 3, 35. Eşin, kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişikliklere izin vermemesine bağlanan hüküm ve sonuçlar için bkz. Beck: Art. 494 Nr. 17, 32 vd.; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 35; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 5 ve orada anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

⁶⁹ Barlas: s. 55.

⁷⁰ Giovanoli: Art. 494 Nr. 17; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 10; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 4.

⁷¹ Sayılan bu kişilerin kefalet vermesinde eşlerinin izni aranmamakla birlikte, bu kişilerin eşlerinin verecekleri kefaletlerde, eğer bunlar istisnalara dâhil kişilerden değilse, istisnanın kapsamına giren eşlerinin izni gerekmektedir (Beck: Art. 494 Nr. 12; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 14).

landırma getirilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, hükümde zikredilen kişiler, hangi borç için kefalet verirlerse versinler, istisnadan yararlanırlar⁷².

Tasarı 584/II'nin lâfzî yorumundan çıkardığımız bu sonuç, ilk olarak, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibinin kendi işletmesiyle ilgili bir borç için kefil olması gibi bir çelişkiyi de beraberinde getirmektedir. Çünkü, bir kişinin kendi borcu için kefil olması, mümkün değildir. İkinci olarak, hükümde belirtilen ortak ya da yöneticilerin istisnadan yararlanabilmelerinin, ortağı ya da yöneticisi oldukları şirketin borçları için kefalet vermeleri şartına bağlanması, diğer bir ifadeyle, bu hususta kefaletin konusu bakımından bir sınırlandırma getirilmesi mümkündür ve bu esas itibarıyla bir tercih sorunudur. Nasıl ki İsvBK 494, bu hâliyle bir uzlaşma metni olarak ortaya çıkmıştır; Tasarı'yı hazırlayanların da, istisnalar konusunda İsvBK 494'den ayrılmaları ve tercihlerini anılan yönde kullanmaları normal bir durumdur. Ancak bu yönde bir tercihte bulunmuş olsaydı, 584. maddenin gerekçesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen bu yeni maddenin düzenlenmesinde kaynak İsvBK'nın 494. maddesinin göz önünde tutulduğu ifade edildikten sonra, istisnalar konusunda kaynak metinden ayrıldığı hususunun da belirtilmesi gerekirdi. Bu yapılmadığına göre, ortada bir tercüme hatasının bulunduğu, Tasarı'yı hazırlayanların İsvBK 494/II'den bilinçli biçimde ayrılmadıklarını, dolayısıyla bu hususta farklı bir tercihlerinin bulunmadığını kabul etmek, daha mantıklı gözükmektedir. Hükümün, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibinin kendi işletmesiyle ilgili bir borç için kefil olması gibi bir çelişkiyi içermesi de, bu sonucu teyit etmektedir. O hâlde lâfızlarındaki farklılığa rağmen, Tasarı 584/II ile İsvBK 494/II'deki düzenlemenin aynı olduğunu kabul etmek gerekir. Sonuç olarak, Tasarı 584/II'de "işletmeyle ilgili olarak" ibaresine yer verilmesi isabetli olmuştur; bu yüzden, ibarenin Tasarı'dan çıkarılmasında yarar vardır.

Tasarı 584/II ile İsvBK 494/II arasında mevcut ikinci temel fark, Tasarı 584/II'nin lâfzının yarattığı, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibinin kendi işletmesiyle ilgili bir borç için kefil olması çelişkisiyle yakın ilgisi vardır. Şöyle ki; İsvBK 494/II'nin metninde, ticaret siciline

⁷² Beck: Art. 494 Nr. 12; Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 14..

kayıt/tescil hususu, sadece işletme sahibini değil, hükümde sayılan diğer kişileri de kapsar biçimde kaleme alınmıştır. Başka bir ifadeyle, İsviçre hukukunda, ticaret siciline kayıt/tescil hususu, sadece işletme sahibine değil, hükümde sayılan diğer kişilere de izafe edilmekte ve bu konuda bir tereddüt de bulunmamaktadır⁷³. Dolayısıyla, örneğin bir kişi anonim şirket iç ilişkisinde yönetim kurulu üyesi sıfatını kazansa da, bu husus ticaret siciline tescil edilmedikçe, istisnadan yararlanamaz⁷⁴. O hâlde, ticaret siciline tescil konusunda Tasarı'nın 584/II. maddesini, İsviçre hukukundaki gibi anlamak gerekmektedir⁷⁵.

Tasarı 584/II (İsvBK 494/II) ile istisna getirilmesinde, hükümde sayılan kişilerin, ticaret hayatı konusunda gerekli tecrübeye ve idrake sahip oldukları ve bu yüzden kefalet dolayısıyla düşüncesizce borç altına girmeyecekleri kabulünden hareket edilmiştir⁷⁶. Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken, ticaret hayatı konusunda tecrübeye sahip kişilerin istisnadan yararlanacakları şeklinde genel ve bir anlamda kuralın sulanması ve belki de istisnanın kurala dönüşmesine yol açabilecek nitelikte bir hüküm koymak yerine, istisnadan yararlanacak kişilerin kimlerden ibaret olduğunun sınırlayıcı biçimde sayıldığıdır. Dolayısıyla, bir kişi, sıra dışı bir ticarî tecrübeye sahip olsa bile, hükümde sayılan kişilerin kapsamına girmedeği sürece, istisnadan yararlanamaz⁷⁷. Bu husus, 584. maddenin (İsvBK 494'ün) bir uzlaşma metni olmasının bir sonucudur. Hükümde bunun dışında bir mantık aramak, anlamsızdır. Bu söylenen, ticaret siciline tescilin, istisnadan yararlanmanın bir şartı olarak getirilmesi için de geçerlidir. Nihayet, Tasarı 584/II (İsvBK 494/II)'nin bir istisna getirdiği ve bu sebeple dar yorumlanması gerektiği de unutulmamalıdır.

Tasarı 584/II (İsvBK 494/II)'nin kapsamına giren kişilerden ilki, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibidir. Ticaret siciline sadece ticarî

⁷³ Bkz. Beck: Art. 494 Nr. 10 vd.; Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 10 vd.; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 4.

⁷⁴ Pestalozzi: Art. 494 Nr. 4 ve orada anılan mahkeme kararı.

⁷⁵ Bu hususta ayrıca bkz. BGE 110 II 487.

⁷⁶ Beck: Art. 494 Nr. 10; Giovanoli: Art. 494 Nr. 16, 18; Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 11; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 4.

⁷⁷ Bkz. Oserl/Schönenberger: Art. 494 Nr. 11.

işletmelerin tescil edilebilmesi (TTK 42/I) karşısında, sicile tescil edilen işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişinin, yani tacirin (TTK 14/I) verdiği kefaletlerde, eşinin izni aranmayacaktır⁷⁸. Hemen belirtelim ki, ticarî işletmenin sicile tescilinin tacir sıfatının kazanılması için kurucu nitelik taşımaması, TTK 14/I'deki şartları haiz bir kişinin işletmesini sicile tescil ettirmeden önce de tacir sıfatını kazanabilmesi karşısında⁷⁹, bu durumda olan kişilerin istisnadan yararlanıp yararlanamayacağı sorusu akla gelebilir. Gerek hükümde tescil şartından açıkça söz edilmesi gerek istisna hükmünün yukarıda değindiğimiz özellikleri taşıması sebebiyle, bu soru olumsuz cevaplandırılmalıdır. Aksine yorum, kanuna aykırı (*contra legem*) bir yorum olur. O hâlde istisnanın kapsamına, sadece ticarî işletmesini sicile tescil ettirmiş bulunan tacirler girer⁸⁰. Bu arada Tasarı 584/II'nin kapsamına girmenin, ticarî işletmesini sicile kaydettiren tacirler bakımından bir hak/nimet olduğunu da belirtmek gerekir.

Ticarî işletmesini ticaret siciline kaydettirmek suretiyle TTK 14/II'nin kapsamına giren, dolayısıyla (bu sebeple) tacir sayılan kişi de⁸¹, istisnanın kapsamına dâhildir. Tasarı 584/II'de işletmenin sicile tescili zorunluluğunun öngörülmesi karşısında, ticarî işletmesini sicile kaydettirmesi sonucunda değil de, "ticarî işletmeyi kurup açtığını sirküler, gazete, radyo ve sair ilân vasıtalarıyla halka bildirmiş olma"sı sonucunda tacir sayılan kişi, istisnanın kapsamı dışındadır.

⁷⁸ Bir ticarî işletmeyi işletmek üzere adı şirket sözleşmesi çerçevesinde biraraya gelen ve ticarî işletmenin her biri adına ayrı ayrı tescil edildiği gerçek kişiler de, istisnaya dâhildir. Bu hususta ayrıca bkz. Arkan, S.: Ticarî İşletme Hukuku, B. 8, Ankara 2005, s. 111, 112.

⁷⁹ Bkz. Arkan: s. 109, 110, 113.

⁸⁰ Tescil tarihi konusunda bkz. Ticaret Sicili Tüzüğü (=TST) md. 26.

⁸¹ Hemen belirtelim ki, konunun, TTK 14/II'de geçen "...işletmesini ticaret siciline kaydettirerek keyfiyeti ilân etmiş ol[ma]..." ibaresinin yorumuyla yakın ilgisi vardır. Diğer bir ifadeyle, tacir sayılmak için, işletmenin sicile kaydının yeterli mi olduğu yoksa ayrıca (Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde) ilânın da gerekip gerekmediği hususu, konu açısından önem taşır. Tescile ek olarak ilânın yapılmış olması da aranursa, ilân yapılmadığı sürece kişi tacir sayılmayacak, dolayısıyla TTK 14/II hükmü uygulanmayacaktır. Bunun sonucu olarak, bu durumda olan kişi de, Tasarı 584/II'nin kapsamına girmeyecek demektir. TTK 14/II'de yer alan söz konusu ifadeyle ilgili olarak bkz. Domanıç, H.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988, s. 105, 106; Bahtiyar, M.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, Yıl: 18, S. 61, s. 59, 60.

Kişinin tacir gibi sorumlu olduğu hâli düzenleyen TTK 14/III'nin uygulanmasında, ticarî işletmenin sicile tescili mümkün bulunmadığından⁸², tacir gibi sorumlu olan kişinin vereceği kefalette eşinin izni aranacaktır. Kaldı ki, Tasarı 584/II'nin kapsamına girmek, tacir bakımından bir hak/nimet teşkil etmektedir. Oysa tacir gibi sorumlu olan kişiler, tacirlere tanınan haklardan/nimetlerden yararlanamazlar⁸³.

Tasarı 584/II'de, ticaret siciline tescil şartının getirilmesi ve ticaret siciline sadece ticarî işletmelerin tescil edilebilmesi (TTK 42/I) karşısında, esnaf işletmesi işletenler (esnaflar), istisnadan yararlanamazlar. Buna karşılık, İsviçre hukukunda, Türk hukukundan farklı biçimde, ticarî işletmeler yanında isteğe bağlı olarak esnaf işletmelerinin de ticaret siciline tescili mümkündür (İsvBK 934/II)⁸⁴. Dolayısıyla, bu hukuk düzeninde, işletmesini ticaret siciline tescil ettiren esnaf da, eşinin izni olmaksızın kefalet verebilmektedir. Bu durum, -aşağıda değinileceği üzere- istisnanın kapsamını gereğinden fazla genişletmesi ve beraberinde sert eleştirileri getirmesinden ötürü, İsvBK 494/II'nin yürürlükten kaldırılmasının temel sebebi olmuştur.

İkinci grup istisnayı, kollektif şirket ortakları oluşturmaktadır. İstisnaya dâhil olmak bakımından, hükümde idare ve/veya temsil yetkisine sahip olup olmama konusunda bir ayırım yapılmadığından, böyle bir yetkisi bulunmayan ortaklar da, istisnaya girerler. Kısaca, bir kollektif şirkette ortakların tamamı, istisnadan yararlanırlar.

Tasarı 584/II (İsvBK 494/II)'de komandit şirketin ortakları arasında ayırıma gidilerek, sadece sınırsız sorumlu ortakların, yani *komanditelerin* istisnadan yararlanacakları belirtilmiştir. TTK 44/II'deki yasağa rağmen ismi ticaret unvanına konulan komanditer ortak, istisnaya dâhil edilemez. Çünkü, bu durum, komanditeri -iyiniyetli- üçüncü kişilere karşı komandite bir ortak gibi sorumlu kılar (TTK 259), yoksa onun komandite ortak olması sonucunu doğurmaz.

⁸² Bkz. *Domanıç*, s. 107; *Arkan*: s. 113.

⁸³ Bkz. *Arkan*: s. 110.

⁸⁴ İsvBK 934/II hakkında bkz. *His*, E.: (Bernar Kommentar, Obligationenrecht, Bd. VII/4, Art. 927-964, Bern 1940), Art. 934 Nr. 88 vd.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ise, her ne kadar 584/II'de "ortaklığın müdürü"nden söz edilmişse de, bununla kastedilenin, gerek müdür kavramının (paylı) komandit şirkete yabancı olmasından gerek bu kişiyi belirtmek üzere İsvBK 494'de kullanılan terimden (Alm., *Mitglied der Verwaltung*; Fr., *administrateur*; İt., *amministratore*) hareketle, idareci (ortak) olduğunu söyleyebiliriz⁸⁵. Paylı komandit şirketlerde idare ve temsil yetkisi ise, komandite ortaklara aittir (TTK 476, 257)⁸⁶. Ayrıca, TTK'nın 482. maddesi dolayısıyla komandite ortağın idareci olmaması mümkün bulunmadığından⁸⁷, bütün komanditeler, Tasarı 584/II'nin kapsamına girer. Durum böyle olunca, Tasarı 584/II'de adî ve paylı komandit şirketler arasında ayırım yapılması, gereksizdir. Bu ayırımı yapmak yerine, madde metnine "adî ve paylı komandit şirkette komandite ortaklar" ibaresinin konulması, daha isabetli olurdu.

Tasarı 484/II (İsvBK 494/II)'de şirketler hukukuyla ilgili istisnalardan en tartışmalı ve yoruma muhtaç bulunanı anonim şirketlerle ilgili olanıdır. Hükümde, bu kişileri ifade etmek üzere "anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü" ibaresi kullanılmıştır. Bu hususta İsvBK 494/II'nin, farklı dillerdeki metinleri arasında da yeknesaklığın sağlandığı söylenemez. Almanca metinde "*Mitglied der Verwaltung oder Geschäftsführung*", Fransızca metinde "*administrateur ou directeur*" ve İtalyanca metinde ise "*amministratore o direttore*" terimlerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, Fransızca ve İtalyanca metinler aynı olup, Almanca metin bunlara nazaran farklıdır. Ayrıca Fransızca ve İtalyanca metinlerde, Almanca metne göre daha açık bir ifade tercih edilmiştir. Buna paralel olarak konuyla ilgili sorun da, Türkçe'ye "yürütme" veya "icra" olarak tercüme edilebilecek,⁸⁸ Almanca metinde yer alan ve kapsamı belirsiz "*Geschäftsführung*" ibaresinden kaynaklanmaktadır. Ancak İsvBK 494/II'nin her üç dildeki metni ve İsvBK'nın yönetim ve temsil

⁸⁵ Bu yönde, Beck: Art. 494 Nr. 11; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 12.

⁸⁶ Bu hususta bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu): Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, B. 9, İstanbul 2003, Nr. 1623, 1625.

⁸⁷ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu): Nr. 1626.

⁸⁸ Bkz. Karayalçın, Y.: İsviçre Borçlar Kanunu'nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler, Batider 1993, C. XVII, S. 1, s. 26, 27, 33.

yetkisinin bırakılmasıyla ilgili 716b ve 718. maddeleri (TTK 319) birlikte göz önünde bulundurulduğunda, yönetim kurulu üyeleri, murahhas/delege üyeler (*Delegierte*) ve (pay sahibi olup olmamaları fark etmeksizin) (murahhas) müdürlerin (*Direktoren*) istisnanın kapsamına dâhil oldukları; buna karşılık ticarî mümessillerin, istisnaya girmedikleri kabul edilmektedir⁸⁹. Bu hususta Tasarı 584/II (İsvBK 494/II)'nin, bir istisna hükmü olması sebebiyle dar yorumlanması gerektiği ve ticarî tecrübeye sahip kişilerin istisnadan yararlanacakları şeklinde genel nitelikte bir hükmü içermediği unutulmamalıdır.

Son olarak, bir limited ortaklığın yönetici ortağı da, yani ortak müdürü de (bkz. TTK 540) istisnaya dâhildir. Dolayısıyla ortak olmayan müdürler (TTK 541), istisnanın dışındadır⁹⁰.

Tasarı 584/II (İsvBK 494/II)'de kooperatiflerden ve kooperatif yönetim kurulu üyelerinden söz edilmemektedir. Belirtelim ki, İsviçre kanun koyucusunun, çok sayıda küçük ziraî kooperatiflerin varlığını göz önünde bulundurarak, bilinçli biçimde bunları kapsam dışında tuttuğu ifade edilmektedir⁹¹.

İstisnanın kapsamına giren kişilerle ilgili olarak iki hususu yeniden vurgulamakta fayda görmekteyiz. Birincisi, Tasarı 584/II'de zikredilen kişilerin istisnadan yararlanabilmeleri için, mutlaka tacirin işletmesinin, diğer kişilerin de belirtilen sıfatlara sahip oldukları hususunun ticaret siciline tescili şarttır. İkinci olarak, hükümde zikredilen ortak ya da idarecilerin ortağı veya idarecisi oldukları şirket adına (temsilci sıfatıyla) verecekleri kefaletlerde, eşin izni aranmaz.

⁸⁹ Beck: Art. 494 Nr. 11; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 11; bu yönde, Pestalozzi: Art. 494 Nr. 4.

O hâlde, sırf anonim şirketin ortağı olmak, istisnadan yararlanmak için yeterli değildir.

⁹⁰ Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 12. Buna karşılık Beck, hükmün ortak olmayan müdürleri de kapsadığı görüşündedir (Art. 494 Nr. 11). Ancak İsvBK 494/II'nin bu kişiyi ifade etmek üzere Almanca, Fransızca ve İtalyanca metinlerinde kullandığı terimler (Alm., *geschäftsführendes Mitglied*; Fr., *associé-gérant*; İt., *socio gerente*) nedeniyle, bu görüşe katılmak güçtür.

⁹¹ Beck: Art. 494 Nr. 13; Oser/Schönenberger: Art. 494 Nr. 13; Pestalozzi: Art. 494 Nr. 4.

Nihayet, Tasarı 584/II'ye ilişkin olarak yukarıda değinilen aksaklıklar sebebiyle, -Tasarı'nın kanunlaşması sürecinde istisna hükmünü kaldırmak veya kapsamını ve şartlarını değiştirmek yönünde (başka) bir tercihte bulunulmayacaksa- hükmün şu şekilde kaleme alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz:

“Ticaret siciline kayıtlı olmak kaydıyla, bir işletmenin sahibi⁹², bir kollektif ortaklığın ortağı, bir adî ve paylı komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı, bir anonim ortaklığın yönetim kurulu üyesi veya Murahhas üye ve müdürü, bir limited ortaklığın ortak olan müdürü tarafından verilen kefaletlerde, eşin izni aranmaz.”

6. Konuyla ilgili olarak üzerinde durmak istediğimiz son bir husus, yukarıda da belirtildiği üzere, İsvBK 494'ün istisnaları düzenleyen ikinci fıkrasının yürürlükten kaldırılmış bulunduğuudur. Gerçekten de, *Nationalrat* üyesi *Maurice Chevrier* tarafından 13.12.2001 tarihinde başlatılan bir inisiyatif sonucunda İsvBK 494/II, 1.12.2005'de yürürlüğe girmiş bulunan 17.6.2005 tarihli bir kanun ile, ilga edilmiştir⁹³. Söz konusu inisiyatifi inceleyen ve bu inceleme sonucunda İsvBK 494/II'nin kaldırılması yönünde kanun tasarısı hazırlayan Komisyon⁹⁴, konuyla ilgili olarak 1.6.2004 tarihli bir rapor hazırlamıştır⁹⁵.

Anılan Rapor'da, öncelikle İsviçre Medenî Kanunu'nda ve İsvBK'da eşin rızasını gerektiren işlemlere ilişkin düzenlemeler sıralanmış ve bunların hiçbirinde İsvBK 494'den farklı olarak eşin rızasının alınması kuralına istisna getirilmediği vurgulanmıştır. Komisyon'a göre, günümüz ekonomi hayatı, ailenin daha iyi korunmasını gerektirmektedir. Zira, son yıllarda bir kısmı büyük ekonomik zorluklar yaşayan çok sayıda

⁹² Bu ibareden, sicile tescil edilecek hususun, işletme değil de onun sahibi (gerçek kişinin) olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Çünkü, sicile, (ticarî) işletme tescil edilir ve sahibi de bu tescil dolayısıyla kaydedilir (bkz. TTK 42/I; TST 16/I).

⁹³ Söz konusu Kanun için bkz. *Amtliche Sammlung (AS)*, 2005, s. 5097, 5098 (<http://www.admin.ch/ch/d/as/2005/5097.pdf>).

⁹⁴ Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates.

⁹⁵ Bu rapor için bkz. *Bundesblatt (BBl)*, 2004, s. 4955 vd. (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/4955.pdf>). İsviçre Hükûmeti'nin, Komisyonca hazırlanan raporu aynen benimsediğini görmekteyiz. İsviçre Hükûmeti'nin konuyla ilgili raporu hakkında bkz. *BBl*, 2004, s. 4965 vd. (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/4965.pdf>).

küçük işletme kurulmuştur. Bu işletmelerin çoğunluğu, tek kişi tarafından işletilen, hiçbir kişinin dahi istihdam edilmediği ve sahiplerinin çoğu kez "sıfırı tüketme" noktasına sürüklendiği işletmelerden oluşmaktadır. Bu durum, ailevî sorunları da beraberinde getirmektedir. Küçük veya orta ölçekli bir işletmenin⁹⁶ faaliyetinin, onu işletenin ailesini de önemli biçimde etkilemesi karşısında, bir ailenin ve onun bireylerinin bilgileri dışında birtakım risklere maruz bırakılmalarının önüne geçilmelidir. Ayrıca son yıllarda ekonomide ortaya çıkan değişiklikler sebebiyle, ticaret siciline kayıtlı kişilerin, böyle olmayanlara nazaran her durumda daha tedbirli ve özenli oldukları da söylenemez.

Görüldüğü üzere Komisyon Raporu'nda, özellikle küçük işletmelerden kaynaklanan sorunlara vurgu yapılmaktadır. Esas itibarıyla bu durum, -yukarıda da değinildiği üzere- İsviçre'de, Türk hukukundan farklı biçimde, esnaf işletmelerinin de -isteğe bağlı olarak- ticaret siciline tescil edilebilmelerinden (İsvBK 934/II) doğmaktadır. Dolayısıyla, İsviçre hukuku açısından yapılan bu eleştiri, Türk hukuku açısından geçerli değildir.

Komisyon'un çoğunluğu İsvBK 494/II (Tasarı 584/II)'nin tamamen kaldırılması görüşünde olmakla birlikte azınlık, istisnanın değiştirilerek korunması gerektiği görüşünü savunmuştur. Azınlık görüşüne göre, bir anonim şirketin, paylı komandit şirketin veya limited şirketin hâkim ortağının, ortağı olduğu şirketin borcuna vereceği kefaletlerde eşinin izni aranmamalıdır. Çünkü, küçük ve orta ölçekli işletmeler, bu istisna hükmü sayesinde daha iyi şartlarda kredi temin etmek suretiyle finansman sorununu çözebilirler. Aksinin kabulü, işletmelerin faaliyetlerinin önemli ölçüde güçleştirilmesi, hattâ engellenmesi sonucunu doğurur. İstisnanın kapsamına kollektif ve adî komandit şirketlerin hâkim ortaklarının dâhil edilmemesinin sebebi olarak, İsviçre hukukunda bu şirketlerin tüzel kişiliklerinin bulunmamasından dolayı bunlar vasıtasıyla işletilen işletmelerin sahiplerinin bu şirketler değil de bunların ortakları olması, dolayısıyla

⁹⁶ Hukukumuzda küçük ve orta büyüklükteki işletmenin (=KOBİ) tanımı ve sınıflandırılması için bkz. Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik (RG, 18.11.2005, S. 25997) md. 4/b ve md. 5.

anılan işletmelerin ortakların malvarlığına dâhil olması gösterilmiştir". Komisyon'un çoğunluğu, İsvBK 494/II (Tasarı 584/II)'nin yol açtığı sorunları ortadan kaldırmadığı, sorunun asıl kaynağının muhafaza edilmek istendiği gerekçesiyle, azınlık görüşünü benimsememiştir.

Komisyon, çalışmaları sırasında, eşin izninin alınması kuralına, kefil olunan borca miktar itibarıyla bir sınırlama getirmek suretiyle, bir istisna tanınıp tanınamayacağı hususunu da tartışmıştır. Ancak, bu öneri, miktar sınırlamasına yönelik bir kanun hükmünün, miktarın tespiti hususunda bir ölçüde de olsa keyfilik taşıyacağı gerekçesiyle, kabul görmemiştir.

Konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken son bir husus, İsvBK 494/II'nin yürürlükten kaldırılması karşısında, 584/II. maddenin Tasarı'dan çıkarılmasının isabetli olup olmayacağıdır. Bir kere, konuyla ilgili hükmün İsviçre'de yürürlükten kaldırılmış bulunması, Tasarı'dan da çıkarılmasının tek sebebi olmamalıdır. Bu hususta, öncelikle hükmün İsviçre'de yarattığı sorunların ülkemiz açısından geçerliliği tartışılmalıdır. Bu anlamda özellikle her iki ülkenin sosyo-kültürel yapısı ve ekonomik şartları arasındaki farklılıklar, göz ardı edilmemelidir. Ayrıca hükmü tamamıyla kaldırmak yerine kapsamında değişiklik yaparak muhafaza etme seçeneği üzerinde de durulmalıdır. Bütün bunları yaparken, gerek ekonomik yıkımlara karşı ailenin korunmasına gerek ticarî hayat ve kredi düzenine ilişkin ülkemizin gerçekleri gözden uzak tutulmamalı, bunlar arasında denge kurmaya çalışılmalıdır. Bu hususta konuyla ilgili verilerden/istatistiklerden yararlanılmalı, ilgili kurum ve kuruluşlar peşin hükümden uzak dinlenmelidir. Kısacası, hükmün âkibeti hakkında verilecek karar, ne yönde olursa olsun, aklî gerekçelere dayandırılmalıdır.

⁹⁷ Hemen belirtelim ki, İsviçre hukuku bakımından geçerli olan bu tespit, Türk hukuku açısından geçerli değildir. Çünkü, hukukumuzda anonim, paylı komandit ve limited şirketler yanında kolektif ve âdi komandit şirketler de tüzel kişiliğe sahiptir (TTK 136, 137). Bu yüzden, Türk hukukunda azınlık görüşü istikametinde bir istisna hükmü benimsenseydi, hükmün kapsamına kolektif ve âdi komandit şirketlerin hâkim ortaklarının da dâhil edilmesi gerekecekti.

Türk hukukunda küçük ve orta büyüklükte işletmelerde hâkim ortağın belirlenmesiyle ilgili olarak bkz. Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik md. 7-10.

Prof.Dr.
TUĞRUL ANSAY'a
ARMAĞAN

Ankara 2006



İSMAİL KIRCA - KEFALETTE ESİN İZMİ