

KEFİLİN MESULİYETİNİN ŞÜMULÜ

Yazan : Profesör Dr. Necip BİLGE

PLÂN

- § 1 — YAZININ KONUSU VE ÇERÇEVESİ.
I. Kefilin mesuliyeti şümulüne giren muhtelif kalemler.
II. BK. nun 484. maddesi ile 490. maddesi arasındaki münasebet.

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ

- § 2 — KEFALET KAVRAMI VE KEFALETİN HUSUSİYETLERİ.
I. Kefalet kavramı.
II. Kefaletin hususiyetleri.

İKİNCİ BÖLÜM

KEFİLİN MESULİYETİ ŞÜMULÜNE GİREN ALACAKLAR

- § 3 — KEFİLİN MESULİYETİ HAKKINDAKİ KAİDE.
I. Kaidenin şümulüne giren muhtelif borçların hukuki mesnetleri.
II. Kefilin mesuliyeti hakkındaki kaidenin karakteri.
- § 4 — ASIL BORÇTAN KEFİLİN MESULİYETİ.
I. Asıl borç mefhumu.
II. Asıl borcun şümulünün sonradan değişmesi.
- § 5 — BORÇLUNUN KUSURUNU KANUNİ NETİCELERİNDEN KEFİLİN MESULİYETİ.
I. Umumiyet itibariyle.
II. Çeşitli borç nevilerinde kusurun kanuni neticeleri.
A. Mukaveleden doğan borçlar.
1. Umumiyet itibariyle.
2. Çeşitli mukavelelerde kusurun kanuni neticeleri.
3. Mukavelelerin kusursuz ihlâlinin kanuni neticeleri.

4. Mukaveleden önce veya mukavelelenin akdi sırasındaki kusurun kanunî neticeleri.

5. Mukavelelenin ortadan kalkmasının neticeleri.

B. Haksız fiillerden ve sebepsiz iktisaptan doğan borçlar.

§ 6 — BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN KANUNİ NETİCELERİNDEN KEFİLİN MESULİYETİ.

I. Umumiyet itibariyle.

II. Borçlunun temerrüdünden kefilin mesul olduğu neticeler.

III. Alacaklının temerrüdü.

§ 7 — DAVA VE TAKİP MASRAFLARINDAN VE AKDİ FAİZLERDEN KEFİLİN MESULİYETİ.

I. Dâva ve takip masraflarından kefilin mesuliyeti.

II. Akdi faizlerden kefilin mesuliyeti.

1. Sadece faizin muaccel olması hali.

2. Sermaye ve faizin muaccel olması hali.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLAR KANUNUNUN 484. MADDESİ İLE 490. MADDESİ ARASINDAKİ MÜNASEBET

§ 8 — MESELENİN VAZİ.

I. İki madde hükmünün karşılaştırılması.

II. Muhtelif ihtimaller.

§ 9 — MEVZU HUKUKA GÖRE MESELENİN HALLİ.

I. Muayyen miktar tabirine verilen muhtelif mânalar.

II. İki madde arasındaki münasebetin ifadesi.

YAZIDA GEÇEN KISALTMALAR :

Ad. der.	: Adalet dergisi, (adliye ceridesi).
Ank. Hk. Fak. der.	: Ankara Hukuk Fakültesi dergisi
ATF (BGE).	: Arrêt du Tribunal fédéral (Bundesgerichtsentscheidung)
BGB (AMK).	: Alman medeni kanunu (das bürgerliche Gesetzbuch)
BK.	: Türk Borçlar kanunu
CCF (FMK).	: Fransız medeni kanunu (Code civil français).
CCS (İs. MK).	: İsviçre medeni kanunu (code civil suisse)
CO, OR (İs. BK).	: İsviçre borçlar kanunu (code fédéral des obligations)
F, f.	: Fıkra
Hk. D.	: Hukuk dairesi
HMUK.	: Hukuk muhakemeleri usulü kanunu
İİK.	: İcra ve iflâs kanunu
İst. Hk. Fak. der.	: İstanbul hukuk fakültesi dergisi
İs. BK.	: İsviçre borçlar kanunu
İs. MK.	: İsviçre medeni kanunu
JDT.	: Journal des tribunaux
Mad.	: Madde
MK.	: Medeni kanun
ÖBGB.	: Avusturya medeni kanunu
TK.	: Ticaret kanunu
Tür. içt. kül.	: Türk içtihatlar külliyatı
Yarg (Tem).	: Yargıtay (Temyiz mahkemesi)

KEFİLİN MESULİYETİNİN ŞÜMULÜ

§ 1 — YAZININ KONUSU VE ÇERÇEVESİ

I. Borçlar kanunumuzun 490. maddesi kefilin mesuliyetinin şümülünü düzenlemektedir. Maddenin ifade tarzında kesin bir şekilde ayırt edilmiş gözükmemesine rağmen, bu hükmü iki kısımda mütalâa etmek mümkündür :

Maddenin ilk fıkrasının baş tarafında kefilin ilk önce borcun aslından mesul olduğu zikredilmektedir ki, bunu esas kaide olarak tesbit etmek lâzımdır. Bu kaide kefaletin tarifi hakkındaki 483. maddeye uygundur.

Sonra, maddenin diğer kısımlarında bazı kalemler asıl borca eklenerek kefilin mesuliyeti genişletilmektedir. Bunları da hukuk edebiyatında müteamele olduğu üzere “tâli neticeler” yahut kefilin “tâli borçları” diye adlandırabiliriz.

Tââli neticelere aşağıdaki hususlar girmektedir:

1 — Borçlunun kusurunun veya temerrüdünün kanunî neticeleri (BK. mad. 490 I),

2 — Alacaklıyı tatmin ederek davayı bertaraf etmesi için kefile vakt ve zamanında ihtar edilmiş olmak şartıyla borçlu aleyhindeki davanın masrafları (BK. 490 II),

3 — Asıl borç mukavelesinde faiz şart edilmiş olmak kaydıyla işlemekte olan faizle birlikte işlemiş faizlerden bir seneliği (BK. 490 III).

Kefilin mesuliyetinin esas itibarıyla asıl borca teveccüh edeceği hususundaki kanunî kaide kefaletin gayesi ve bünyesi icabıdır¹. Çünkü, kefil 483. maddede tarif edildiği üzere borçlunun borcundan mesuliyeti

(1) Becker, Kom. zum schweiz. ZGB. Obligationenrecht, art. 492 No. 22; Schöenberger, Kom. zum schweiz. ZGB. Obligationenrecht, art. 492 No. 21; Beck, Das neue Bürgschaftsrecht, art. 492 No. 88; ATF. 60 II 304.

taahhüt eylemektedir. Asıl borç tabiri ile, borçlunun kapital olarak borçlandığı şey ifade olunmak istenmiştir.

Kefilin asıl borç miktarına göre mesul olması yolundaki kaideden zaruri olarak şu neticeler de doğar:

Borçlunun yüklenmiş bulunduğu taahhütlere aykırı hareket etmesinden, yani borcu ifa etmemesinden, eksik veya geç ifa eylemesinden (diğer bir deyimle borçlunun kusurlu veya mütemerrit olmasından) ötürü borçta gerek muhteva gerek şümul bakımından veya her iki yönden alacaklı zaranna bir değişiklik doğacak olursa, borçlunun yanında fer'i bir surette mükellefiyet altına girmiş bulunan kefilin de prensip itibariyle bu durumdan mesul olması gayet mantıktır. Çünkü, kefil borçlu tarafından borcun ifasından beklenen menfaati tekeffül eylemektedir. O halde borçlu borcunu ifa etmez veya kötü ifa ederse borçlu gibi kefilin de ifadan beklenen ve kaideten tazminat şeklinde tecelli eyleyen menfaati telâfi etmesi mantık icabıdır².

İşte kanun, kefilin mesuliyetinin, borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerine de şamil olacağını ifade eylemek suretiyle bu düşünceyi hukuki bir surette teyit eylemiş bulunmaktadır.

Geride kalan diğer iki tali neticeden, yani dava masraflarından ve akdi faizlerden de kefilin mesuliyeti meselesi, hukuki mesnet bakımından görüş farkları istisna edilirse, fazla bir münakaşayı mucip olmamaktadır.

İşte bu yazıda ilk önce kefilin mesul olacağı asıl borçtan ne kastedildiği, borçlunun kusur veya temerrüdünden ve bunların kanuni neticelerinden ne anlaşılmalı gerektiği mevzuları ile bunlara müteferri bazı meseleler üzerinde durulacaktır.

II — Bu konuların izahından sonra ortaya çok önemli diğer bir mesele daha çıkmaktadır: O da, asıl borç miktarını çok defa önemli bir surette genişleten bu tâli neticelerden mesuliyetin, şekil şartına müteallik olan 484. maddedeki "kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iraesî" şartı ile nasıl uzlaştırılacağı keyfiyeti yani 484. madde ile 490. madde arasındaki münasebetin tayini meselesidir.

(2) v. Tuhr, CO II 502; SJZ. 19 227 (S. Şakir Ansay terc. Ad. der 1937 152); Becker, art 493 No. 3; Schönemberger art. 492 No. 6, 19; Oftinger, Die Haftung des Bürger für gesetzlichen Folgen, in Festgabe für F. Fleiner I no. 6.

Evvelce bir yazımıza konu teşkil etmiş olan bu noktayı³ kısaca tekrar ele almayı, etüdümüzün tamamlığını sağlamak bakımından lüzumlu saymaktayız.

Yukarıda verilen izahlar yazının esasını teşkil edecek olan çerçeveyi meydana koymaktadır. Ancak bu çerçevenin oturtulacağı temel mefhumlar üzerinde yani kefalet kavramı ve kefalet borcunun hukuki karakteri hakkında, kısa da olsa, bir giriş yapmanın sadece faydalı değil, fakat aynı zamanda zaruri de olduğu kanaatindeyiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ

§ 2 — KEFALET KAVRAMI VE KEFALETİN HUSUSİYETLERİ

1 — Kefalet Kavramı

Kefalet kavramı hakkında bir fikir edinmek üzere, kanunda mevcut olan tariften hareket edelim :

Borçlar kanunumuzun 483. maddesinde yapılan tarife göre “kefalet bir akitdir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder”. Bu tariften kefaletin, üçüncü bir şahsın borcunu temin etmek maksadiyle yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak kanunda verilen bu tarifin tahliline girişirken metinde lüzumsuz bazı noktaların mevcut olduğuna hemen işaret etmek isteriz: Filhakika 483. maddenin yukarıya aynen aktardığımız metninde borçlunun “akdettiği” borçtan ve borcun” edasını temin etmek” den bahs olunmaktadır. Halbuki biz, kanun metnine girmiş bulunan bu tabirlerin lüzumsuz olduğuna kanaiz.

İlk önce, kefil borçlunun sadece “akdettiği” borca yani mukaveleden doğan bir borcuna değil, onun her türlü borcuna, kaynak farkı gözetmeksizin, kefalet edebilir. Başka bir ifade ile kefaletin muteber bir şekilde meydana gelmesi için, borçlunun borcunun akitten doğmuş bulunmasına lüzum yoktur. Bir kimsenin haksız fiilden veya sebepsiz iktisaptan yahutta doğrudan doğruya kanundan doğan borcuna da sahih bir şekilde kefalet edilebilir⁴. Bu itibarla kanunun 483. maddesinin metnin-

(3) Necip Bilge, borçlar kanununun 484 ve 490. maddeleri arasındaki münasebet, Ank. Hk. Fak. der. 1955 c. XII 1-2 s. 201-215.

(4) Guhl, Das schweiz. OR. § 57; Rossel, Manuel du droit fed. des obligations I No. 870; Schönenberger, Vorbem. z. art. 492-512 No. 28, 29; Yarg. 4. Hk. 22.12.19 29 tar. kar. (Tepeci, Notlu ve izahlı Borçlar kanunu, 2. bas. sh. 617); ATF. 48 II 267

deki borç kelimesinden sonra kullanılmış bulunan akdettiği tabiri yersizdir. Aynı tabir İsviçre borçlar kanununun Fransızca metninde de yer almış bulunmakla beraber (Mad. 492, dette contractée), Almanca metninde mevcut değildir. Kanaatımızca doğru olan da budur. Nitekim Alman ve Fransız medeni kanunlarında da kefaletle teminat altına alınacak borcun akdedilmiş olması lüzumuna dair her hangi bir kayda rastlanmamaktadır⁵⁾.

Lüzumsuzluğu muhakkak olan bu tabirin İsviçre borçlar kanununun Fransızca metninden, 1942 yılında yapılan tâdil sırasında çıkarılmamış bulunması hayrete lâyıktır.

Diğer taraftan aynı madde metnindeki "temin etmeyi" tabirlerine de lüzum olmadığı düşüncesindeyiz. Kanaatımızca kefil borçlunun borcunu ödemediği takdirde borçtan mesul olmayı, daha doğrusu borcun edasındaki menfaati kefil olarak kendisinin yerine getireceğini vaad ve taahhüt eder.^{5a)}

İlk bakışta bu iki ifade tarzı arasında fark yok gibi görünürse de, yakından bir inceleme aradaki hukuki farkı meydana çıkarır: Gerçekten kefalet mukavelesinde kefil, borçlunun borcu ödememesi halinde o borçtan şahsen kendisinin mesul olduğunu kabul eder; yoksa kanunun ifade eder gözüktüğü gibi, kefil borçlunun borcu eda etmesini temin eylemeyi taahhüt etmez. Çünkü bu son şekilde bir mükellefiyet kabulü kanunumuzun 110. maddesinde hükme bağlanmış olan başkasının fiilini taahhüt mahiyetinde olur ki kefalet bundan tamamen ayrı bir muameledir.

İltibasa yer verebilecek olan işbu "Temin etmeyi taahhüt" tabirinin Türk borçlar kanununa girmesinin sebebi yine, kanunun tercümesi sırasında İsviçre borçlar kanununun Fransızca metninin esas alınmış olmasındandır. Gerçekten Fransızca metinde "garantir le payement" tabiri mevcut olduğu halde, Almanca metinde buna tekabül eden bir ifade yoktur. Orada kefil borcun edasından mesul olmayı taahhüt eder denilmektedir.

Gerçi kefilin kefalet akdi ile bir borç yüklenmesinin gayesi borcun edasını teminat altına almak, diğer tabirle bu edayı garanti etmektir. Fakat kefil işbu teminatı borçlunun edasını temin edeceğini taahhüt etmek suretilerine değil, borçtan bizzat mesul olduğunu kabul ederek sağlar. Bu

(5) Alman Medeni kanunu (BGB) § 765; Fransız Medeni kanunu (CCF) Mad. 2011.

(5a) Martin, Le code des obligations II 332.

suretle de alacaklının karşısında borcun edasından mesul durumda iki şahıs bulunur: asıl borçlu ve kefil.

İşte alacaklının bir tek borç için iki mesul şahıs elde etmiş bulunması, aranan teminat gayesini tahakkuk ettirir.

Şu halde kanunun 483. maddesindeki tarifde mevcut olup düşüncemize göre lüzumsuz bulunan bu iki nokta istisna edilirse, kefalet akdinin esaslı unsurlarını şu suretle hülâsa ve tesbît eylemek mümkün olur:

a) Kefalet bir âkitür. O halde bu âkit de, diğer mukavelelerde olduğu gibi, iki tarafın karşılıklı rızalarının izhar ve telâhukunu tazammun eder. Kefalet akdinin âkitleri olan iki taraf, alacaklı ve kefilidir; akdin inşasında borçlu, taraf olarak bulunmaz.

b) Kefalet akdi ile kefil üçüncü bir şahsın (borçlunun) borcunun edasını alacaklıya karşı taahhüt, tekeffül eder. Bu suretle kefalet akdi, başkasının borcu için yapılan bir teminat akdi mahiyetini iktisab eder.

c) Kefalet mukavelesinde âkit taraf olarak iki kişi (alacaklı ve kefil) bulunduğu halde, menfaatları dolayısı ile bu akitte ilgisi olan şahıslar alacaklı, kefil ve borçlu olmak üzere üç kişidir.

Kefalet akdini vücuda getiren âkit tarafların kefil ve alacaklı olduğunu ve akdin inşasında borçlunun dahil bulunmadığını söyledik. Hukukî bakımdan durum tamamen böyledir. Gerçi tatbikatta kefil ile borçlu arasında da, çok zaman değişik karakterli bir münasebet mevcut olur. Fakat bu münasebetin mevcudiyeti veya ademi mevcudiyeti yahut da mevcut hukukî münasebetin mahiyeti kefaletin sıhhati üzerinde kaideten hiç bir etki yaratmaz.

ç) Karşılıklı her hukukî münasebette vücudu zarurî olan tarafların ehliyetine ve iradelerinin uygunluğuna dair olan şarttan başka, kefaletin esaslı unsuru ve muteberlik şartı olarak diğer bir kayıt daha vardır ki, o da üçüncü şahsa ait bir borcun halen mevcut olması veya ileride vücut bulmasıdır. Bu unsur veya şart gayesi teminat olan her münasebetin bünye ve tarifi icabıdır. Kefalet de gayesi teminat (garanti) olan bir âkit olduğuna göre onun da temelinde veya arkasında başka bir borcun bulunması zaruridir. Bir borç münasebetinin ise alacaklı ve borçlu bulunmadan tasavvuruna imkân yoktur. Bu itibarla ki, kefalet akdinde akdin taraflarını teşkil eden alacaklı ve kefilen başka, teminat altına alınmak istenen asıl borç münasebetinin mükellefi olan borçlunun da mevcut olması lâzımdır, zaruridir. Şu halde kefalette iki hukukî münasebetin ve fakat üç şahsın birbirleri ile alâkalı bulunması kaçınılmaz bir

zarurettir. Kefalet münasebetinde kefil ile alacaklı karşı karşıya olduğu halde, asıl borç münasebetinde alacaklı ve borçlu birbirleri ile karşılaşmaktadırlar. Görülüyor ki, alacaklı olan şahıs, gerek kefalet mukavelesinde gerekse asıl borç münasebetinde ilgili bulunması dolayısı ile borçlu ve kefil arasında âdeta irtibat vazifesi gören müşterek bir unsur haline gelmektedir.

Yukandanberi verilen izahların ışığı altında kefalet tarif edilmek istenirse, şöyle denebilir: Kefalet öyle bir akiddir ki, onunla bir kimse (kefil), üçüncü bir şahsın (borçlunun) borcunun edasından mesul olmayı alacaklıya karşı taahhüt eder.

II. Kefaletin hususiyetleri.

Bazı mülâhazalar ilâve etmek suretiyle ikmal eylediğimiz kanunumuzun 483. maddesindeki kefalet tarifinden ve diğer hükümlerden kefalet münasebetine ve kefilin borçlarına taalluk eden şu hususiyetleri çıkarmak mümkündür:

1. Kefalet iltizami mahiyette olan yani borç doğuran bir mukaveledir. Menfi yönden bir tahdit yapılmak gerekirse, kefaletin bir tasarruf muamelesi olmadığı söylenebilir⁶. Yani kefil yapmış olduğu muamele neticesinde mamelekinden henüz bir şey, aktif bir unsur çıkarmamış, sadece borç yüklenmek suretiyle mamelekinin pasif unsurunu fazlalaştırmış bulunmaktadır.

Kefaletin iltizami bir muamele mahiyeti arz etmesi medeni kanun hükümleri icabı kefilin ehliyeti bakımından bir hususiyet arz eder. Evli kadın kocası lehine sulh hakiminin tasvibi olmadan kefalet akdedemez⁷. Yine medeni kanunun 392. maddesine göre mahcur adına vasi-kıyasen küçük adına da veli-kefalet mukavelesi akit edemeyeceği gibi, 379. maddesine göre de mahdut ehliyetlinin kefaletinin muteber olması müşavirinin reyine tâbidir.

2. Kefaletin gayesi ve hukuki bakımdan kabili ihata olan tek hukuki sebebi alacaklının asıl borçludaki alacağının teminat altına alınmasıdır. Bu gaye ve sebep kefalet akdinin esaslı ve asli bir unsuru olup, birlikte

(6) Tasarruf muamelesi hakkında fazlâ tafsilât için bak. v. Tuhr, CO, II 171; Kudret Ayiter, Medeni hukukta tasarruf muameleleri, Ankara 1953.

(7) MK. 169. Bu hususta fazla tafsilât için bak. N. Bilge, eşler arasında veya koca lehine karı ile üçüncü kişiler arasında yapılan hukuki muamelelerin hâkim tarafından tasvibi, Ank. Hk. Fak. Dergisi 1951 sayı 1-4 sah. 575.

borçlanma veya borca iştirakte olduğu gibi arzî ve tesadüfî değildir. Kefaletin aynı zamanda hukukî sebebinin de teşkil eden teminat altına alma gayesi, asıl borçlu tarafından alacaklının tatmin edilmemesi yani borcun ödenmemesi halinde kefilin mesul olması suretiyle gerçekleşir. Fakat unutmamak gerekirkî işbu teminat gayesi veya sebebi ancak kefil ile alacaklı arasındaki münasebette bahis mevzuu olabilir. Halbuki kefil ile borçlu arasındaki münasebetin hukukî mahiyeti başkadır ve çeşitli karakter arzedebilir. Ezcümle bu münasebet bir vekâlet alâkası mahiyetinde olabileceği gibi, vekâletsiz tasarruf şeklini dahi iktisap edebilir. Kefil ile borçlu arasındaki münasebetin çeşitli karakter arzemesi kefaletin sıhhati üzerinde kaideten müsbet veya menfi bir rol oynamaz.

Nihayet bu mülâhazalara şunu da ilâve etmek gerekir ki, kefalet aynı mahiyetteki teminatta olduğu gibi sadece muayyen mallara münhasır, mahdud bir mesuliyet doğurmaz, fakat aynı zamanda kefil için şahsî bir borç da meydana getirir^{7a}

3. Kefilin mükellefiyetinin muhtevası yabancı bir borçtur. Gerçi nazarı olarak asıl borçlunun mükellefiyeti ile kefilin mükellefiyeti hukukî bakımdan biri birinden ayrı ve müstakildir; yani kefil alacaklı ile akdetmiş bulunduğu kefalet mukavelesi ile kendi şahsına ait müstakil bir borç yüklenmiş durumdadır. Fakat kanunun 483. maddedeki tarifinden de anlaşılacağı üzere, kefilin mükellefiyeti borçlunun borcunun edasından mesuliyet şeklinde tecelli etmektedir. Kefilin bu mesuliyeti, tatbikatta çok zaman asıl borcun aynen edasından ziyade, bu edanın alacaklı bakımından temsil ettiği menfaata taalluk eder. Bu vaziyet paraya taalluk etmeyen ve ezcümle bir hizmetin ifasını tazammun eden borçlarda kendisini açık olarak gösterir. Faraza bir öğretim müessesesinde belli bir kurum hesabına tahsil eden bir öğrenciye kefil olan şahıs tahsilin tamamlanmaması veya yüklenilmiş olan mecburi hizmetin yerine getirilmemesi halinde, o öğrenci yerine tahsile devam eylemeyi veya hizmeti bizzat ifa etmeyi deruhde etmiş sayılmaz⁸; fakat tahsilin yarım kalmasının veya hizmetin ifa edilmemesinin alacaklı için temsil ettiği menfaatin (Ezcümle tahsil masraflarının) ödenmesini taahhüt eylemiş olur. Şu halde kefilin edası netice itibarıyla asıl borçlunun borcunun yerini tutan ikame bir edadır. Bu itibarla ki kefilin mükellefiyetinin muhtevası yabancı bir borçtur de-

(7a) Schönerberger, art. 492 NO. 4; Beck, art. 492 No. 76

(8) Bu bakımdan okul masraflarını tekeffül eden şahsın kefil olmadığı hakkındaki yargıtay 4. hukuk dairesinin 28/3/1952 tarihli kararında isabet görülmüştür (karar hakkında bak. Türk içtihatlar külliyyatı, 1952 cilt 1, sah. 939).

nılmektedir. Kefilin üzerine almış bulunduğu taahhüdün muhtevasının yabancı bir borç olması ve edanın ikame bir eda mahiyetini haiz bulunması kefilin borcunun müstakil bir karakter taşımasına mani teşkil etmez. Bundan şu netice doğar. Kefil alacaklıyı tatmin ettiği zaman borçlunun borcunu değil, kendi borcunu ödemiş olur⁹. Halefiyet hakkındaki kanuni hüküm de bu görüşü teyid eder. Gerçekten kefilin edası halinde alacaklının hakları kefile intikal eder. Bu hükmün ifade ettiği mana şudur: Kefilin edası borçlunun borcunu sukut ettirmez, fakat ancak kefilin borcunu söndürür ve kefil de eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarına halef olur. Yani borçlu alacaklısını değiştirerek artık eski alacaklının değil, kefilin borçlusu durumuna girmiş olur¹⁰.

Kefalet borcunun muhteva itibariyle başka birisinin borcundan mesuliyet şeklinde tecelli etmesi keyfiyetinden şu netice de doğar: Borçlu kendi borcu için bizzat kefil olamaz^{10a}. O halde meselâ adi şirkette şirketlerden birisi şirket borcuna kefalet edemez. Buna mukabil hükmi şahsiyeti olan topluluklarda ise bir ortağın hükmi şahsı alâkadâr eden bir borca kefil olması mümkündür.

4. Kefalet akdinde kefilin edasının mevzuu kaideten bir miktar paradır. Fakat bu durum, 67. madde mucibince kefilin üçüncü bir şahıs sıfatıyla asıl borçlunun edasının mevzuunu aynen ifa etmesine bir mani teşkil eylemez. Hatta daha ileri giderek denebilir ki kefalet mukavelesinde, asıl borçlunun edasını kefilin aynen ifa edebileceği hususunda bir şart dahi derpiş olunabilir. Bu takdirde kefil isterse borçlunun edasını aynen ifa etmek veya onun kıymetini temsil edecek olan bir miktar parayı ödemek imkânına malik olur. Böylece kefilin yerine getirmek zorunda kalacağı borç seçimlik (alternatif) bir borç mahiyetini iktisab etmiş bulunur. Fakat kefalet akdine kefil tarafından ancak borçlunun borcunun aynen edası şartı konarak para ile ödeme imkânı tamamen bertaraf edilemez. Böyle bir şart kanunun tarifinden çıkan kefaletin mahiyetine ve bünyesine aykırı düşer¹¹.

5. Kefalet borcu asıl borca nisbetle tâli ve ferî bir mahiyeti haizdir. Burada tâlilik ve ferilik meselesini biri birinden ayırarak incelemek lâzımdır:

(9) v. Tuhr, CO. II 430; Schönberger, art. 492 NO. 6.

(10) Schönberger, art. 492 No. 8.

(10a) ATF 57 II 359.

(11) Reichel, Schuldmittelübernahme, s. 74; Schönberger, art. 492 NO. 17

a) Kefilin borcunun tâli mahiyette olduğunu söylemek, onun mesuliyetinin ikinci derecede olduğunu ifade etmek demektir. Bu ifadenin geniş anlamda manası şudur: Kefalet, asıl borcu teminat altına almak gayesi ile girilmiş bir taahhüttür. Binaenaleyh, kefilin bir eda mükellefiyeti ancak asıl borçlunun borcunu zamanında ve gereği gibi eda etmemesi halinde ortaya çıkar. Kefilin borcunun bu manada tâli oluşu her nevi kefalet için doğrudur¹². Âdi kefalette olduğu gibi müteselsil kefalette de kefil, ancak asıl borçlu tarafından borcun zamanında ve gereği gibi ödenmemesi halinde mesul durumdadır.

Kefilin borcunun tâli mahiyette oluşunun daha dar bir manası dahi vardır ki o da şudur: Alacaklının evvelâ borçluyu takip etmesi ve ancak böyle bir takibin netice vermemesi halindedir ki, kefilin mesul edilmesi icabeder. Borçlunun kendisinden daha önce takip edilmesini istemek hususunda kefile tanınmış olan bu salâhiyete "borçlunun daha önce takibi def'i" yahut kısaca "tartışma def'i = beneficium discussionis., adı verilir.

Kısaca işaret ettiğimiz bu dar manadaki tâlilik prensibinin her nevi kefalette her zaman tatbik edilebilip edilemeyeceği keyfiyeti münakaşalıdır. Gerçi âdi kefalette kefilin borçludan sonra ve ancak ikinci derecede mesul olduğunda şüphe yoktur. Kanunun 486. maddesi bunu kesin bir şekilde ifade ve isbat eylemektedir. Fakat müteselsil kefalette alacaklı borçludan önce de kefilin dava veya takip edebileceğine göre burada kefilin mesuliyetinin tâli yani ikinci derecede olduğundan şüphe olunabilir. Nitekim bu hususta tereddüt edenler de yok değildir. Lâkin mesele dikkatle tetkik edilecek olursa, burada da zaman bakımında bir tâliliğin mevcut olduğu sezilir. Çünkü kefalet müteselsil olsa dahi, kefil ancak borçlunun borcunu ödememesi halinde mesuldür. Kefaletin tarihi ve bünyesi bunu icabettirmektedir. Bu sebeptir ki kefilin borcu asıl borçtan önce muaccel hale gelemez. Borçlunun iflâsı veya borç ödemekten aczi gibi bazı sebeplerle, asıl borç vadeden önce muacceliyet kazansa bile, kefil asıl borcun ifası için tayin olunan vadeden önce borcu ödemeye icbar olunamaz (Bk. 491, icra ve iflâs k. 195, 202).

Diğer taraftan kefilin mesuliyeti asıl borçtan değil onun ifasındaki menfaattan sorumluluk şeklinde tecelli eder. O halde ifanın alacaklı için temsil ettiği menfaatin meydana çıkması ve takdir edilebilmesi için asıl borcun, birinci derecede mesul olan borçlu tarafından zamanında

(12) Beck, art. 492 NO. 96; Reichel adı geçen eser 80; Schönerberger, art. 492 NO. 19.

ve gereği gibi yerine getirilmemiş olması lâzımdır. Bu durum para borçlarından gayri borçlara kefalette kendisini daha açık olarak gösterir.

Nihayet sarıh hukuki bir mecburiyet halinde gözükmese ve gerek kazai ve gerek icrai takip sahasında tatbik kabiliyeti olmasa bile, alacaklının ifa hususunda kefiliden önce borçluya müracaat etmesi objektif hüsnüniyet kaidesinin bir icabı sayılabilir.

Bütün bu izahlar müteselsil kefalet halinde dahi kefilin, mesuliyetinin olmasa bile, borcunun tali mahiyette olduğunu göstermeye kâfi gelir sanırız¹³.

b) Kefilin borcu asıl borcun fer'i mahiyetindedir, yani ona tâbidir. Kefaletin nev'i ne olursa olsun kefilin borcunun fer'i bir borç olduğu hakkında hiç bir tereddüt mevcut değildir. Bütün müelliflerce kabul edilmekte olan fer'ilik prensibinden şu neticeler doğar:

Kefaletin sıhhati bakımından, muteber bir asıl borcun mevcudiyeti şarttır. Asıl borç mevcut olmadığı takdirde kefaletin meydana gelmesi veya devam etmesi mümkün değildir. (BK. 485). Gerçi kefalet akdinin inşası sırasında asıl borcun tam ve mutlak bir şekilde vücut bulmuş olmasına lüzum yoktur. Fakat hiç olmazsa kefaletle teminat altına alınmak istenen asıl borcun nüve halinde mevcudiyeti zaruridir. Nitekim borçlar kanunumuzun 485. maddesinde, müstakbel zamana muzaf veya şarta muallak bir borcun, hüküm ifade edeceği zamanın hululü veya şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefaletle bağlanabileceği ifade olunmaktadır. Bu hükme göre ileride borç kesin bir şekilde doğmaz ise kefalet akdi de sahih bir şekilde vücut bulmuş olmaz.

Asıl borcun sukutu ile birlikte kefilin borcunun da sakıt olması kefaletten doğan borcun fer'i karakterinin bir neticesidir. Kanunumuz bu hususu kefalet bahsinin 492. maddesinde hükme bağladığı gibi, umumî hükümler kısmındaki 113. maddede dahi umumî bir esas olarak zikreylemiş bulunmaktadır.

Kefilin borcunun gerek şümül gerek muacceliyet bakımından asıl borca bağlılığı keyfiyeti de fer'ilik prensibinin bir sonucudur. Gerçekten

(13) Oser, Obligationenrecht, 1. bas. Art. 496 NO. 3a; Schönerberger, art 492 No. 19; İsviçre BK. nun son tadilinde kabul olunan, kefile müracaattan önce menkul ve alacak üzerindeki rehlinin paraya çevrilmesi gerektiği hakkındaki hükümle, müteselsil kefalette dahi tâlilik prensibi genişletilmiştir (İsviçre BK. 496 II).

kefilin borcunun şümulü, asıl borcun tetkikat sonunda meydana çıkacak şümulüne göre taayyün edeceği gibi, kefalet borcu hiçbir zaman asıl borçtan önce muaccel olamaz (BK. 490, 491). Kefalet borcunun şümulünün asıl borcu aşmayacağı keyfiyeti, İsviçre Borçlar kanununun almanca metninde daha açık bir şekilde ifade olunmuştur. Gerçekten kanunun almanca metninin muhtelif maddelerinde "Jeweiligen Betrag= hâlen mevcut miktar" tabirleri mevcuttur. Aşağıda izah edileceği gibi, bu tabir, mukaveleden hilâf anlaşılmadıkça veya işin mahiyeti icabet-tirmedikçe (krediye kefalet böyledir), kefil lehine tefsir ve imâl olunmaktadır. Gerçi bu tabirler ne Fransızca, ne de Türkçe metne geçmiştir. Fakat bu deyimlerin metinde mevcut olmaması kefilin borcunun asıl borçtan daha geniş ve daha şiddetli olabileceği manasında yorumlanamaz¹⁴.

Yine ferilik prensibinin bir sonucu olarak kefil, asıl borçlunun alacaklıya karşı haiz olduğu defileri dermeyan etmek hakkına da maliktir. Hatta bu defileri ileri sürmek kendisi için sadece bir hak değil, fakat aynı zamanda bir mükellefiyet de teşkil eder. Bu mükellefiyete aykırı hareket, kefilin borçluya karşı mevcut olan rücu hakkını tehlikeye sokabilir (BK. 497).

Kefalet borcunun ferilik vasfı, nihayet alacağın temlik ve borcun nakli müesseselerinde de kendisini göstermektedir: Gerçekten, Borçlar kanununun 168. maddesine göre, alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına hâs olanlardan başka, rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil olur. Temlikte dahil olduğu belirtilen ferî haklar arasında kefaletin de bulunduğu şüphesizdir¹⁵. Kefalet borcunun müstakil olarak nakil edilememesi de kefaletin ferilik vasfının bir sonucudur. Gerçi kefalet borcunun asıl borçtan ayrı olarak nakil edilemeyeceği hususunda kanunumuzda bir sarahat mevcut değildir. Fakat doktrin ve içtihat, kefilin borcunun asıl borçtan müstakil olarak nakil edilemeyeceğini kabul eylemektedir¹⁶.

Borcun nakline razı olmadıkça kefilin mesuliyetinin devam etmeyeceği hakkındaki 176. madde hükmü, kefaletin ferî olması vasfını değiştirmez. Sözü edilen hüküm borcun nakli halinde yeni borçlunun du-

(14) Bak. aşağıda § 4 II 4.

(15) Schönerberger, art. 492 No. 44; v. Tuhr CO II 738.

(16) Schönerberger, art. 492 No. 44; ATF 78 II 57 (Jdt 1953 I 318)

rumunun kefil aleyhine tesir etmemesi maksadına müstenit bir himaye tedbiridir.

Kefaletin feriliğinden doğan neticeler münasebeti ile derhal şunu ifade etmek gerekir ki, hukukumuz kefalet borcunun, yukarıda mühim bazı neticelerini zikrelediğimiz, feriliği prensibini tam istisnasız bir şekilde kabul eylemiş değildir. Filhakika gerek borçlar kanununda, gerekse icra ve iflâs kanunu gibi diğer mevzuatda bu prensibin bazı istisnalarına tesadüf eylemek mümkündür. Bu istisnalar arasında ezcümle şunları sayabiliriz:

Borcun nakli halinde, kefil razı olmadıkça, kefalet devam edemez (BK. 176 II). Borçlunun iflâsı neticesinde asıl borç muaccel duruma geldiği halde, kefalet borcu asıl borcun vadesinden önce muaccel olmaz (BK. 491). Asıl borçlu alacaklı ile bir konkordato akdederek borcun bir kısmından kurtulmuş olsa bile, kefil yine bütün borçtan mesul kalır (icra ve İf. K. 295). Kefil akdettiği kefalet mukavelesinde mesuliyetini, asıl borç miktarından daha aşağı bir meblağ için veya zaman bakımından tahdid edebilir (BK. 484, 493). Borcun ifa mahalli ve kazai salâhiyet bakımından da kefalet borcu asıl borçtan ayrı muamelelere tabi tutulur^{16a)}.

Kefaletin feriliği prensibine konmuş olan bu istisnalar, hususi durumun icabı olarak kefil veya alacaklıyı himaye maksadiyle konmuş olup, kefalet borcunun fer'i olmak vasfına halel getirmezler.

Kefil, kefalet borcunun tâli mahiyette, diğer deyimle, ikinci derecede bir borç olması hususundaki kaidenin bazı neticelerinden feragat edebilirse de, yani asıl borçlu ile birlikte müteselsil mesuliyeti kabul edebilir ise de; bu borcun fer'i mahiyette olmasından doğan neticelerden feragat edemez. Çünkü böyle bir feragat kefaletin vasıf ve tarifi ile kabilî telif değildir. Kefilin borcunun fer'ilik vasfı gaip olduğu takdirde, artık ortada kefalet mukavelesi değil, belki bir garanti akdi veya müteselsil bir borçluluk münasebeti mevcut olur¹⁷⁾.

Kefalet kavramı ve kefilin borcunun hususiyetleri hakkında bu mücmel ve fakat ilerideki izahların aydınlanması bakımından lüzumlu olan açıklamaları yaptıktan sonra, asıl mevzua, kefilin mesuliyetinin şümülüne giren muhtelif kalemlerin tetkikine başlayabiliriz.

16a) Beck, art. 492 No. 95; Schönberger, art. 492 NO. 46, 47; ATF 50 III 171.

17) Schönberger, art. 492 NO. 21

İKİNCİ BÖLÜM

KEFİLİN MESULİYETİ ŞÜMULÜNE GİREN ALACAKAR

§ 3 — KEFİLİN MESULİYETİ HAKKINDAKİ KAİDE.

1. Kaidenin şümulüne giren muhtelif borçların hukukî mesnetleri.

Borçlar kanunumuzun üç fıkradan ibaret olan 490. maddesi, yukarıda da belirttiğimiz gibi kefilin mesuliyetine giren borçları dört kalemde toplamaktadır. Kanunun bu hükmüne göre kefil :

1. Borcun aslından,
 2. Borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinden,
 2. Alacaklı tarafından asıl borçlu aleyhine açılan dâva masraflarından,
 4. Nihayet akdi faizlerden,
- sorumlu bulunmaktadır.

Bu kalemlerden 1 ve 2 numaralı bendlerde işaret olunanlar, yani asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinden doğan mesuliyet, kefalet borcunun ferî mahiyette olmasının tabii bir neticesidir. Asıl borçlu, borcunun aslından, kendi kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinden bizzat mesul olduğuna göre (BK. 96 ve dev. 101 ve dev.), ferî olarak borçtan mesuliyet yüklenmiş bulunan kefilin de bunlardan yani borcun aslı ile borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinden mesul edilmesini tabii saymak lâzımdır.

Üçüncü bendde işaret olunan dâva (ve kanunda belirtilmemiş bulunmakla beraber kanun hükmü çerçevesine girmesi gereken takip) masraflarını da, doğrudan doğruya değilse bile, dolayısı ile feriyet prensibinin şümulüne sokmak mümkün olduğu gibi, bu mesuliyeti nasafet kaideleri ile de izah eylemek kabil olur. Filhakika borçlunun dâva ve takip edilmesine ilişkin olan masraflar borçlunun kusur veya temerrüdünün usulî neticeleri olarak meydana çıkarlar¹⁸. Kaideten böyle kusura veya temerrüde dayanan bir durum olmadığı takdirde, alacaklının dâva ve takibe geçmeyeceği, geçmiş olsa bile haksız çıkacağı için borçlunun ve binneticede kefilin bundan mesul olmayacağı kabul olunabilir. Dâva ve takip masrafları borçlunun kusur veya temerrüdünün maddî hukuk

18) Giovanoli, das neue Bürgschaftsrecht, art 499 NO. 13; Martin, code des obligations II s. 353.

sahasındaki doğrudan doğruya bir neticesi olmayıp, usul hukuku sahalarına taşmış dolaylı bir sonucu olması dolayısıyla, kefilin bunlardan mesuliyetini sarahaten tesbit etmeyi kanun lüzumlu görmüştür.

Bu husustaki mesuliyetin hakkaniyet ve nasafet kaideleri ile izah edilmesi daha kolay gözükmektedir: Gerçekten alacaklının borçluyu dâva veya takip etmeden önce kefilî durumdan haberdar eylemesi nasıl hüsnüniye ve doğruluk kaidelerinin zarurî bir icabı sayılmakta ise, ihbara rağmen alacaklıyı tatmin etmeyen kefilin borçlu aleyhine açılan dâva ve girişilen takip masraflarından sorumlu tutulması da aynı kaidenin çekilmez bir neticesi sayılmak gerekir.

Bazı mükelliflerin kanaatî hilâfına¹⁹, kefilin akdi faizlerden mesul olması keyfiyetini de fer'îlik prensibi ile izah etmenin mümkün olduğu düşüncesindeyiz. Filhakika bir kerre bu hüküm faiz getiren borçlara kefalet edilmesi halinde, kefilin sorumlunun sermayeden, yani borcun aşımından başka faize de şamil olduğu hakkındaki hayat tecrübelerine dayanmaktadır. Diğer taraftan akdi faiz hakkındaki mesuliyet asıl borçlu için fer'î bir mesuliyet şeklinde tecelli etmekle beraber, kefilin mükellefiyeti bakımından da asıl bir borç karakterini haiz bulunmaktadır. Asıl borçlu akit ile faiz kabul etmiş olunca, ona nazaran fer'î bir borç yüklenmiş bulunan kefilin de faizden mesul olmasını kefalet mukavelesinin fer'î karakterinin bir sonucu saymak gerekir²⁰. Ancak mukavelede aksine sarahat olmadıkça, kanunun kefilî faizlerden gayrimahdut surette değil de mahdu surette sorumlu tutulmasını kefilin himaye edilmesi ve alacaklının faiz haddini keyfî bir surette şişirmesinin önüne geçilmesi maksadına atıf eylemek lâzımdır.

II. Kefilî mesuliyeti hakkındaki kaidenin karakteri.

Kefilî mesuliyetinin şümulünü tayin eden 490. maddenin mümeyiz vasıflarını şu suretle hülâsa etmek mümkündür:

1. Bu madde hükmü bütün kefalet nevilerine tabîki kabil olan umumî bir kaide karakterini taşımaktadır²¹. Şu halde madde yalnız âdi kefalette değil, fakat gerek dermeyan olunmaları, gerekse kefilin rücu hakları bakımından hususî bir surette düzenlenmiş bulunan diğer kefalet

19) Oftinger, Festgabe I NO. 7.

20) v. Tuhr, SJZ. (S. Şakir Ansay terc.) kefalet hukuku hakkında mülahazalar. Ad. der. 1937 3, 153.

21) Schöenberger, Art. 499 NO. 1; Giovanoli, art. 499 NO. 1.

nevileri hakkında da yani hem müteselsil kefalet ve âdi kefalette, hem de kefile veya rücuâ kefalet hallerinde cari olur. Bundan başka âdi ve ticari işlere kefalet muamelelerinde de aynı hükmün uygulanacağı kaîdenin umumi karakterinin bir neticesidir.

2. Kanunun bu maddede koymuş olduğu kaide âmir mahiyette olmayıp tamamlayıcı veya tefsir edici bir karakter taşımaktadır, yani bu hüküm ancak tarafların hilâfını kararlaştırmadıkları hallerde uygulanır. Binaenaleyh taraflar, 484. maddedeki "kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iraesî" hakkındaki hüküm mahfuz kalmak şartı ile, mesuliyetin hududunun istedikleri gibi genişletip daraltabilirler.

İsviçre kefalet hukukunun 1942 tarihindeki tadili sırasında bu husus, 499. maddenin ikinci fıkrasında "hilâfına mukavele olmadıkça" deyişi ile ifâde olunmuştur. Türk borçlar kanununda böyle bir kayıt mevcut olmamakla beraber, borçlar hukuku sahasında irade serbestliği prensibinin hâkim olması ve binnetice mukavelelere müteallik kanun hükümlerinin esas itibarıyla tamamlayıcı veya tefsir edici mahiyette bulunmaları^{21a} dolayısıyla aynı neticeye varmak mümkün ve mantığa da uygundur.

Bu mevzuda tarafların yapabilecekleri uzlaşmanın zamanı ile, tâbi olacağı şekil üzerinde ayrı ayrı durmak gerekmektedir :

a) Kefilin mesuliyetinin kanunda tayin edilen şümulünün taraflarca daha fazla genişletilmesi veya daraltılması kefalet mukavelesinin akdi zamanında olabileceği gibi sonradan da kararlaştırılabilir. Meselâ kefil ve alacaklı ya başlangıçta kefalet akdinin inikadı sırasında veya sonradan yapacakları bir anlaşma ile, kanunen tâyin edilmiş olan bir yıllık işlemiş faiz hakkındaki mesuliyeti bir kaç yıllık faize teşmil etmek veya sadece bir kaç aylık faize inhisar ettirmek şıklarından birisini tercih edebilirler.

Dâva masrafları hakkında da bir genişletme veya daraltma yapılmasının caiz olduğu şüphesizdir: Meselâ dâva ve takibin bertaraf edilmesi için maddenin 2. fıkrasının alacaklıya tahmil ettiği kefile vakit ve zamanında ihbarda bulunmak mükellefiyetinin yerine getirilmesinden, kefil ferağat edebileceği yani böyle bir ihbar yapılmadan da dâva ve takip masraflarından mesuliyeti kabul etmiş olabileceği gibi, buna karşılık alacaklı da işbu masraflardan kefilin hiç bir suretle mesul olmaması-

21a) Velîdedeoğlu, Medeni hukuk I, umumi esaslar 5. bas. s. 184.

na veya mahdut bir şekilde mesul edilmesine muvafakat etmiş bulunabilir.

b) Kefalet yazılı şekle tâbi bir mukavele olduğuna göre, kefilin mesuliyetinin taraflarca genişletilmesinin veya daraltılmasının da aynı şekle tabi olup olmadığı meselesi ortaya çıkar. Bu meseleyi umumi ve hususi hükümler kısmındaki şekle müteallik kaidelerin ışığı altında incelemek lâzımdır.

Malûm olduğu üzere kefalet akdinin sıhhati yazılı şekle riayet edilmesine ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktarın gösterilmesine bağlıdır. (Bk. 484). Bu şekil şartları sırf kefilin himaye maksadı ile konmuştur. Çünkü kefalette borç yüklenen taraf, kanuna göre, sadece kefilidir. Tetkik mevzuumuz olan 490. madde ise kefilin borçlarının kanuni şümülünü göstermektedir. Kanunun bu maddesinde gösterilen şümul dışında mukavele ile kefile daha ağır bir borç yükletilmesi halinde bunun kefalet senedinden açık olarak anlaşılması lâzımdır. Binaenaleyh kefilin mesuliyetini kanun hükmüne nazaran genişleten bir anlaşmanın asıl kefalet gibi yazılı şekilde olması zaruridir.

Kefilin mesuliyetinin şümülü kefalet akdinin inikadından sonra genişletilecek olursa durum yine aynıdır. Çünkü borçlar kanunumuzun 12. maddesi kanunen yazılı olması lâzım gelen bir akdin tadilinin dahi yazılı yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu hükmün bir neticesi olarak kefilin sorumlunun genişletilmesi hakkındaki muahhar bir anlaşmanın da yazılı olması icabettiği, aksi takdirde 490. maddeki kanuni kaidenin tatbiki gerektiği şüpheden azâdedir.

Fakat mesuliyetin daraltılmasının veya tamamen kaldırılmasının yazılı şekle muhtaç olup olmadığı münakaşa edilebilir. İsviçre hukukçuları, mesuliyetin daraltılmasında İsviçre BK. un 115. maddesine dayanarak böyle yazılı bir şekle lüzum olmadığı kanaatini ileri sürmektedirler²². Borcun kısmen veya tamamen sukutu neticesini doğuran akdi bir ibranın her hangi bir şekle bağlı olmadığını bildiren işbu 115. madde Türk borçlar kanununa alınmamıştır. Buna rağmen kısmi veya tam ibranın muteberlik bakımından şekle tabi olmadığı görüşü Türk hukukunda da savunulabilir mi? Böyle bir savunmanın mümkün olduğu kanaatında olanlar vardır²³. Bu görüşe katılanların noktai nazarları kabul edilecek olur-

22) Oser - Schönerberger, art. 115 No. 7; Art 499 NO. 11; Gut, wirkungen der solidarbürgschaft, 19; v. Tuhr, II 568; ATF 50 II 249.

23) Göktürk, borçlar hukuku I 310; Arsebük, borçlar hukuku, 2. bas. 857.

sa, kefilin mesuliyetinin kanuna nazaran daraltılması keyfiyeti şekle bağlı olmamak gerekir. Hatta Prof. Arsebük kefilin ibrasının şekle tâbi tutulmasını, federal mahkemenin bir kararına atfen, kefil aleyhine netice verecek mahiyette bulmakta ve şöyle demektedir: "484. madde kefilin tedbirli davranmasını istihdaf eden ve bu itibarla onu koruyan bir hükümdür. Bundan kefil aleyhine bir netice çıkarılması doğru olmaz. Eğer kefilin kefaletten kurtulmasını yazılı şekle tabi tutarsak 484. maddede kefil aleyhine tefsir etmiş oluruz. Deappen - Reymond, CO. P. 215"²⁴.

Buna mukabil aksi düşüncede olanlar yani kefilin mesuliyetinin daraltılmasına müteallik anlaşmaların da kefalet gibi yazılı şekle tâbi olduğu neticesine varan müellifler de mevcuttur²⁵. Bu hukukçuların fikrine göre ibra mevcut mukavele hükümlerinin tadili mahiyetindedir. Yazılı şekle tâbi bir mukavelele tadili ise 12. madde mucibince yine yazılı olmak lâzımdır. İşbu maddede derpiş olunan kaide dışına çıkabilmek için kanunun özel bir şekilde koyacağı açık bir hükme lüzum vardır. İsviçre BK. undaki 115. maddeye benzer bir hüküm Türk BK. unda mevcut olmadığına göre, Türk hukukunda 12. maddedeki esas kaideyi tatbik etmek zaruri gözükmektedir. Bu kaideyi kefalet akdine tatbik ettiğimiz zaman, kefilin kanunen muayyen olan mesuliyetinin daraltılması hususundaki anlaşmaların dahi yazılı olmadıkça muteber olmamaları gerektiği neticesine varılır. Kanuni hükümlere nazaran vaki olan bu daraltma veya hafifletmenin, kefalet akdinin inşası sırasında veya sonradan olması arasında şekle bağlılık bakımından bir fark yoktur. Mevcut kanuni hükümleri ve isbat külfeti bakımından hukuk muhakemeleri usulü kanununun 289. maddesi gereğince yazılı bir belgeye olan lüzumu göz önüne alarak biz de bu görüşe temayül etmekteyiz.

O halde İsviçre borçlar kanunundakinin aksine olarak, Türk borçlar hukukunda kefilin mesuliyetinin kanundaki şümule nazaran gerek genişletilmesi gerekse daraltılması yazılı şekilde yapılmalıdır ve bu şekil mecburiyeti sadece beyyine külfeti bakımından değil, muamelelerin sıhhati yönünden de zaruri bulunmaktadır.

Kefilin mesuliyetinin şümulüne giren muhtelif kalemlere ait borçların hukuki mesnetlerini ve 490. maddedeki kaidenin karakterini bu suretle ve umumî hatlariyle gözden geçirdikten sonra, şimdi bu kalemlerin teferruatını daha yakından tetkike başlayabiliriz.

24) Arsebük, borçlar hukuku 857 NO. 30.

25) Saymen, borçlar hukuku 526; Birsen, Borçlar hukuku 622; Seçkin (Oser tercümesi) borçlar kanunu şerhi s. 106, 117.

§ 4 — ASIL BORÇTAN KEFİLİN MESULİYETİ.

I. Asıl borç mefhumu.

Kanunumuzun 490. maddesine göre kefil her şeyden evvel borcun aslından mesuldür. Fakat kanunda prensip olarak ifâde edilmiş olan borcun aslı veya asıl borç tabirinden ne anlaşılacaktır? Kanunumuz asıl borcu tarif etmemiş bulunduğu için, bu mefhum üzerinde biraz durmak yersiz değildir. Derhal işaret ve ifâde etmemiz gerekir ki, bir mukavele münasebetinde nenin veya nelerin asıl borç mefhumuna girdiği ve bunlardan ne miktarının kefaletle raptolunduğu hakkında mücerret şekilde umumî bir kaide konamaz. Bu cihetin her münferit hâdisede kefalet mukavelesindeki müşahhas hükümlerden ve bunların tefsirinden çıkarılması gerekecektir. O halde denebilir ki, kefalet mukavelesinde taraflarca asıl borç olduğu kâfi surette belirtilmiş bulunan mükellefiyet veya mükellefiyetler asıl borç mefhumuna dahil olur. Asıl borcun ne veya neler olduğunun tesbiti meselesi bilhassa, muayyen bir akitten taraflar hakkında doğan sadece bir borca değil de, bir hukukî münasebetin tamamına kefalette veya kesin bir şekilde vücut bulmuş olan bir borca değil de, müstakbel veya şarta bağlı borçlara kefalet hallerinde büyük bir önem kazanır. Malûm olduğu üzere kefalet yalnız para borçlarına münhasır değildir; mevzuu bir şeyin yapılması olup da para ile değerlendirilmesi mümkün bulunan her borç kefaletle bağlanabilir²⁶. O halde, hizmet, istisna veya vekâlet gibi mevzuu bir şeyin yapılması veya bir hizmetin ifası olan mukaveleler veya bunlardan doğan münferit borçlar için dahi kefaletle baş vurmamak mümkündür. Bu gibi mukavelevî münasebetlerin tamamına veya bir kısmına kefalette kefalet mevzuunun kâfi derecede ferdeleştirilmiş bulunması lâzımdır. Fakat taraflar çok zaman bu hususta sarîh ifadeler kullanmadıkları için ihtilâfların halinde bir çok zorluklarla karşılaşılabilir.

Diğer taraftan müstakbel borçlara kefalette de asıl borcun tayini meselesi zorluklar arzedebilir; zira böyle hallerde kefalet senedinde yazılı olan borç ile sonradan tahakkuk eden borcun gerek miktar, gerekse muhteva bakımlarından birbirini tutmaması mümkündür. Bu takdirde kefilin sorumlunun sadece şümulü meselesi değil, kefaletin bizatihi muteber olup olmadığı keyfiyeti de münakaşa konusu olabilir. Nitekim yargıtay bir içtihadında asıl borçlunun İngiltere'deki tahsil masraflarına kefalet edilmiş olması halinde, bu kefaletin, tahsil yerinde mecburi bir değiştir-

26) ATF 48 II 267, 56 II 382; Tepeci, borçlar kanunu 2. Bas 658; Schönberger, Vorbem. zu art. 492-512 No. 28.

me vukuunda (hâdisede borçlu İngiltere yerine Amerika'ya gönderilmiştir). Amerika'daki tahsil masraflarına teşmil edilemeyeceğini ve bînetice Amerika'daki tahsil masraflarından kefilin mesul olmayacağını kararlaştırmıştır²⁷.

Kanaatımızca bu meselede asıl borcun muhtevası veya şümulü değil de, ona taallük eden bir şart, yani borcun ifa mahallâ değişmiş bulunmaktadır. İfa mahallinin değişmesinde kefil için bir güçlük ve ağırlık mevcut olmadığı takdirde, kefaletin hükümsüz sayılması hakkaniyete aykırı düşer. Bizim burada işaret etmek istediğimiz nokta, kefilin mesuliyet kabul ettiği borçla, borçlunun asıl borcu aynı olmadığı takdirde kefilin sorumlu olmayacağıdır.

Asıl borcun tayini bakımından bütün mukavele tiplerini birer birer gözden geçirmeye lüzum yoktur. Her nevi mukavelede akdin tarifinden çıkan ve tarafların borçları olarak gösterilen asli vazife veya mükellefiyetler kefilin kaideten mesul olacağı asıl borcu teşkil ederler. Meselâ mülkiyeti nakil eden veya bir şeyden istifade hakkı veren mukavelelerde şeyin teslimi, fiat veya kiranın ödenmesi; mevzuu bir hizmetin ifası veya bir işin yapılması olan akitlerde o hizmet veya işin yapılması, ücretin edası asıl borç mahiyetindedir ve esas itibariyle kefaletin mevzuu da bu mükellefiyetlerin teminat altına alınmasıdır. Fakat mukavelenin tarifinden ve bünyesinden çıkan asli mükellefiyetlere müteferri olan bir takım tâli mükellefiyetlerin de taraflarca asıl borç haline getirilmesi mümkündür. Şu halde bu gibi ikinci derecedeki mükellefiyet ve vazifelerin asıl borcun şümulüne girip girmediği meselesi tarafların iradelerinin tefsiri ile ilgilidir. Kefil sarîh bir açıklama veya tahdit yapmadan düpe düz asıl borç münasebetine veya borçlunun her türlü mükellefiyetine kefalet etmiş bulunduğu takdirde, tâli mükellefiyetlerin de asıl borç şümulüne girdiği kabul olunmalıdır. Fakat bilâkis kefil mukavelenin tarifinden çıkan asli mükellefiyetleri tekeffül etmiş bulunduğu takdirde meselâ ihbarda bulunmak veya eşyaya zarar vermemek gibi ikinci derecedeki mükellefiyetlerden kefilin mesul olmaması gerekir. Bununla beraber yukarıda belirttiğimiz gibi taraflar açık iradeleriyle tâli mükellefiyetleri dahi asıl borcun şümulü içine sokabilecekleri gibi, aksine sadece bunları kefalet akdinin mevzuu yapabilirler.

Kefilin 490. maddeye göre ilk önce mesul olduğu, asli borcun tayini bakımından şüpheli görülen bir kaç noktaya temas etmekte fayda vardır:

27) Yarg. 4 HK. 30.1.1953 Tarihli Kar. Ad. d. 1953 928.

1. Bir iş mukavelesinde işçinin mükellefiyetlerini garanti etmek üzere bir kefalet akdedilmiş olsa, rekabet memnuiyetinin işçi tarafından ihlâlinden doğan tazminat alacağı, hilâfına anlaşma olmadıkça, kendiliğinden asıl borç mefhumuna dahil olmaz. Zira rekabet memnuiyeti hizmet mukavelesinin sona ermesini icabettirir. Asıl mukavele sona erince de onunla birlikte kefalet mukavelesi ve kefilin mesuliyeti, fer'iyet prensibinin neticesi olarak, sakıt olur (BK. 492). Rekabet memnuiyeti mukavelesi hususî mahiyette bir akdi mükellefiyet doğurur; bu mükellefiyet için ayrıca bir kefalet mukavelesi yapılmak gerekir. Ancak bu takdirde rekabet memnuiyeti, kefaletle teminat altına alınan asıl bir borç vasfını iktisap eder.

Buna mukabil âdi şirkette şeriklerin birbirlerine karşı mükellefiyetlerini teminat altına almak maksadı ile akdedilmiş olan bir kefalet mukavelesi rekabet memnuiyetinin (BK. 526) ortak tarafından ihlâlinden doğan tazminatı da asıl borç olarak ihtiva eder. Çünkü ortakların birbirine rekabet etmemeleri, kanunun kendilerine tahmil ettiği esaslı vazifeler arasındadır.

2. Cezai şartta da durum işçinin mükellefiyetlerine kefalettekinin aynıdır, yani borçlunun ödemeye mecbur olduğu cezai şart miktarı, kendiliğinden asıl borç mefhumuna girmez. Zira cezai şart borçlunun asıl borcuna yüklenen veya onu genişleten yeni bir borç mahiyetindedir²⁸.

3. Borçlunun şahsı ve borcun miktarı aynı kalmış olsa bile, borcun hukuki sebebinin değişmesi halinde eski asıl borca kefalet yeni borca da sari olmaz. Meselâ satım bedeline kefil olan şahsın mesuliyeti, aynı borcun karza inkilâp etmesi halinde de devam edemez. Çünkü eski borcun meselâ tecdit sebebiyle sukutu halinde kefalet de onunla birlikte kaideten sukut eder (BK. 113). Kefilin yeni borçtan bu mesuliyeti, ancak buna razı olduğu takdirde devam eder.

4. Mukavelenin feshinden mütevellit tazminat kusurun kanuni neticesi telâkki edilmediği gibi, ayrıca sarahat olmadıkça asıl borç mefhumuna da girmez. Bu itibarla meselâ, satımda zabıt veya ayıptan dolayı (BK. 192, 202,.) bağışta rücu veya iptal sebeplerinin mevcudiyetinden dolayı (BK. 244, 245), kirada akde muhalif hal hudusundan veya mühim sebeplerden dolayı (BK. 250, 264) akdin feshedilmesi veya iptali; yahut istisna akdinde müteahhidin zarar tamamen ödenmek suretiyle

28) V. Tuhr, CO. II 666.

akdin iş sahibi tarafından feshedilmesi (BK. 360) hallerinde ödenecek tazminat, mukavelede hilâfı kararlaştırılmış olmadıkça, asıl borç mefhumuna sokularak kefilin mesuliyeti cihetine gidilemez.

Misâlleri daha fazla uzatmaya lüzum yoktur. Taraflar yukanda sayılan veya buna benzeyen halleri, mukavelelerindeki açık hükümlerle, asıl borç mefhumuna sokarak kefilin mesuliyeti cihetine gidilmesini kabul edebilirler. O halde düşüncemizi özetilyerek diyebiliriz ki, nelerin asıl borç mefhumuna girdiğini tayin için hususi hallerin münferit şartlarını tetkik etmek gerekir.

II. Asıl borcun şümulünün sonradan değişmesi.

Asıl borç mefhumu böylece tesbit edildikten sonra, sıra; kefilin mesuliyetinin şümulünü tayin hususunda asıl borcun hangi zamandaki miktar veya kıymetinin nazara alınacağını tesbit meselesine gelmektedir ki, bu cihet pratik bakımdan büyük bir ehemmiyeti haizdir. Çünkü, asıl borcun miktarı, kefalet akdinin inşası zamanı ile borcun muacceliyeti veya kefile müracaat zamanı arasında şu veya bu istikamette değişebilir. O halde kefil hangi miktardan mesul olacaktır: Kefalet akdinin inşası zamanındaki miktardan mı, yoksa kefile müracaat zamanındaki miktardan mı?

Bu sorunun halli için asıl borçta vukua gelecek değişikliklerin sebepleri ve istikametleri üzerinde biraz durmak lâzım gelmektedir.

1. Asıl borçta vukua gelen değişmeler hakkında umumî düşünceler.

Kefaletin devamı sırasında asıl borç bazı değişikliklere uğrayabilir. Bu değişiklikler her zaman aynı istikamette olmayıp bazan asıl borcun şümulünü genişletirler, bazan da bu şümulü daraltma istikametinde müessir olurlar. Ezcümle muacceliyet zamanının değişmesi, borç vadelerinin tecili, taksitlerin ödenmesi, borcun bir kısmının ibra edilmesi, bir şey yapma veya teslim etme borcunun tazminata inkılâp etmesi hallerinde asıl borç muhtava, şiddet veya şümul bakımından değişmiş olur.

Asıl borçta genişleme veya daralma istikametinde vukua gelen değişikliklerin sebepleride çeşitlidir. Borcun şümulünde hasıl olacak değişmeler; iflâs veya borç ödemediği için âciz olma dolayısı ile borcun muacceliyeti kesilmesi gibi borçlunun iradesinden tamamen müstakil olan hâdiselerden doğabileceği gibi, asıl borçlunun veya alacaklının bir hareket tarzından da doğabilir. Bu hareket tarzının da değişmeye matuf bir irade ve arzuya dayanması mümkün olabileceği gibi, böyle bir iradeden mahrum bulunması da kabildir. Meselâ borçlunun veya alacaklının kusur veya

temerrüdü (BK. 96, 101), alacaklının değişmesi (BK. 92, 170) asıl borcun değişmesine müessir olmakta ise de, onların irade ve arzularının hassatan bu değişmeye matuf bulunmadığı söylenebilir. Diğer bir ifade ile alacaklı veya borçlu sözü edilen hareketlerde bulunurken bu hareketin hukuki neticesini düşünmüş ve arzu etmiş olmasalar dahi işbu neticeler kanun icabı vukua gelirler²⁹.

Fakat bazan taraflar asıl borcun şumulünde bir değişiklik vukua getirmeyi arzu etmiş de olabilirler; bu takdirde alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki bir muameleden bahis olunur. Faraza ifa yerinin değiştirilmesi, feshi ihbar müddetinin uzatılması veya kısaltılması, faiz miktarının artırılması veya eksiltilmesi, mehil hususunda anlaşmalar yapılması, konkordato, taksitlerin ödenmesi, borcun kısmi ibrası, krediye kefaletlerde bilfiil istifade edilen kredi miktarının değişmesi, cari hesap bakiyesinin artması veya eksilmesi gibi muameleler bu cümledendir. Bahsettiğimiz bu hallerde asıl borç baki kalmakla beraber onun şumulü bir hukuki muamele ile değişmektedir.

Burada işaret edilmesi gereken mühim bir nokta da şudur: Asıl borcun tamamen sönmesi ve bu suretle de kefaletin sukut etmesi neticesini doğuran hal ve şartlarla, yukanda izah ettiğimiz manadaki borcun değişikliği hallerini birbirinden ayırt etmek lâzımdır. Alacaklı tatmin edilmiş olsun veya olmasın, borcun sukut etmesi neticesini doğuran ödeme, tam ibra, imkânsızlık, müruru zaman veya takas gibi kanunda tanzim edilmiş olan borcun sukutu sebepleri, burada incelediğimiz manada asıl borcu değiştiren sebepler arasına girmezler. Çünkü bu son misallerde borcun şumulünde bir değişiklik bahis mevzuu olmayıp, borcun tamamen ortadan kalkması hâdisesi meydana gelmektedir. Borç ortadan kalkınca da onunla birlikte kefalet de hükümsüz kahr ve binnetice kefilin mesuliyetinden bahis edilemez. Borcun tamamen sukutu neticesini doğuran haller arasına borcun hukuki sebebinin değişmesi halini de eklemek lâzımdır. Zira bu takdirde eski borç ortadan kalkmakta ve yeni bir borç vücu bulmaktadır. Eski borç için mevcut olan kefalet-kefilin rızası olmadıkça, yeni borç hakkında da devam edemez. O halde meselâ satımdan doğan fiat borcunun karz borcuna inkılâp etmesi neticesini doğuran tecdit (BK. 114, 492) burada inceleme konumuzu teşkil eden borcun şumulünün değişmesi mefhumuna girmiyecektir.

2. Asıl borçdaki değişmenin kefile tesiri derecesi.

Şimdi üzerinde ehemmiyetle durulması gereken nokta asıl borç,

29) v. Tuhr. Co. II 474, 533; Schönerberger, art. 499 No. 13.

taraf lar arasındaki muahhar bir anlaşmanın neticesi olarak veya dışardan gelen tesirlerle gerek şümul gerek şiddet bakımından veya aynı zamanda her iki yönden değişikliklere uğradığı takdirde bunların kefile terettüp eden borçlara da tesir edip etmiyeceği cihetidir. Böyle bir durumda tarafların menfaatlerinin aksi istikametlerde tecelli edeceği ve neticede bu menfaatler arasında bir çatışma husule geleceği şüphesizdir. Gerçekten asıl borcun şümulünün şu veya bu sebeple daraldığını farz edecek olursak; bu durumda kefil, kefalet akdinin inşası zamanındaki miktarın değil kendisine müracaat zamanındaki miktarın esas olarak alınması, çünkü fer'ilik prensibine dayanarak asıl borçta vukua gelen azalma veya kolaylıklardan kendisinin istifade etmesini istiyecektir. Halbuki alacaklı, buna mukabil, kefaletin akdi zamanındaki miktarın esas tutulmasını kendi menfaatine daha uygun görecektir.

Bunun aksine, asıl borcun genişlemesi halinde, alacaklı kefaletle sağlanmış olan teminattan istifade için kefilim mesuliyetinin de genişlemesini arzu ederken kefil tersine kendi mesuliyetinin sonradan ağırlaştırılmasının doğru olmayacağını düşünecektir.

Böylece taraflar arasındaki menfaat çarpışması muhtelif istikametlerde işliyeceği için tek veçheli bir karar vermek doğru olmayacaktır. Çünkü böyle bir karar menfaatler müvazenesini bozabilecek bir durum arz edebilir. O halde burada da münferit hâdiseleri ve değişikliğin istikamet ve çeşidini nazara alarak bir karara varmanın menfaat durumuna daha uygun olacağı akla gelmektedir.

Esasen kanunun da bazı hâdiseler için müsbet veya menfi hal tarzını kabul eylediği söylenebilir. Meselâ kanun kefil, borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticesi olan genişlemelerden mesul tuttuğu halde, akdin feshinden doğabilecek genişlemeden mesul tutmamaktadır. Gerçi Türk borçlar kanunu, bu hususta 1942 tarihli tadilden sonra İsviçre borçlar kanununa girmiş olanlar kadar sarîh hükümler ihtiva eylememekte ise de, Türk borçlar hukuku bakımından dahi bu hususta İsviçre'dekilere benzeyen neticelere varmak mümkündür. Çünkü kefalet hukukunun temel kaideleri her iki memlekette aynıdır. Kefili himaye hususunda daha fazla ileri giden 1942 tarihli tadile rağmen İsviçre'de kefalet hukukunun esaslı vasıflarının değiştiği ileri sürülemez³⁰.

Kanunun sarîh veya zımnî delâleti ile halledilemeyecek olan hususlara gelince bu mevzuda gerek İsviçre borçlar kanununun müsbet hü-

30) Beck, das neue bürgschaftsrecht, Einleitung No. 4 - 6; Schöninger, Vorbem, zu art. 492 - 512 No. 8 - 15.

kümleri ile bunlara dayanan mahkeme içtihatlarından istifade edilerek gerekse umumî mülâhazalardan ve meselâ kefalet borcunun fer'î bir borç olması vasfından hareket olunarak asıl borçta vukua gelecek değişmelerin kefile tesiri derecesinin tesbitine çalışılabilir. Fakat bu hususta çok dikkatli davranılmak gerektiği hususuna da işaret etmek isteriz. Zira iki memleket arasındaki muhit şartları farklı olabileceği gibi, mevzuatımızın muhtelif maddeleri tetkik edildiğinde kefaletin fer'iliği prensibinden doğan bütün neticelerin istisnasız bir şekilde kabul edilmemiş olduğu da meydana çıkar. Diğer taraftan fer'ilik prensibi, sadece, kefilin borcunun asıl borç ile mahdut olduğu ve kefile karşı ileri sürülecek bir iddia ile onun durumunun borçludan daha fazla ağırlaştınlamayacağı manâsını ifade eder. Fakat bu prensip borçta vukua gelecek değişmelerin kefile de tesir edip etmiyeceği hususunu izah eylemez. Bu itibarla gerek İsviçre hukukundan, gerek fer'ilik prensibinden her zorluğu hal etmiye yarayan şaşmaz bir yardımcı ve kriter olarak değil, ancak umumî istikameti tesbite yarayan bir yol gösterici olarak istifade etmek mümkün olabilir.

Kefilin mesuliyetinin azamî haddini göstermek mecburiyeti hakkındaki 484. maddedeki kaide de bu mevzuda mühim bir rol oynayacak durumda değildir. Gerçi İsviçre'de kefilin mesuliyet miktarını gösteren meblâğın aşılamayacağı kanunda ifâde edilmiş olduğu halde Türk borçlar kanununda böyle açık bir kaide bulunmamaktadır. Fakat Türk hukuku bakımından da aynı görüşü savunmanın 484. maddeye uygun düşeceği kanaatındayız. Lâkin bu görüş ve kanaat kefilin mesuliyetinin, gösterilen azamî haddi aşmamak şartı ile asıl borçtaki değişmelerden müteessir olup olmayacağını izah etmez.

Asıl borçta vukua gelecek değişmelerin kefile tesiri derecesini tayine yarayacak umumî ve kesin bir kıstas bulunamayınca, bu hususta bir karara varmak üzere, vukua gelen değişmelerin cinsine ve sebebine göre bir araştırma yapmak daha uygun olacaktır. Filhakika asıl borçtaki azalmanın, yükselmeden veya şiddetlenmenin hafifletmeden başka türlü muameleye tabi tutulması ve diğer taraftan da değişikliğin meselâ kanundan veya hukuki muameleden doğması arasında bir ayırma yapılması daha mantıkî gözükmektedir.

3. Asıl borçtaki azalmanın kefile tesiri.

Asıl borçta şümul veya şiddet bakımından veya aynı zamanda her iki yönden vukua gelen her hangi bir azalma veya hafiflemenin kefile tesir etmesi ve onun mesuliyetini hafifletmesi lâzımdır. Bu tesir fer'ilik vasfının yani kefalet borcunun şümul ve şiddet bakımından asıl borca bağlılığının kaçınılmaz bir sonucudur. Filhakika kanunumuzun 496. mad-

desine göre kefil eda ettiği şey nisbetinde borçluya rücu edebileceğine ve fakat 497. maddesine nazaran da borçluya ait defileri dermeyeran etmesinden ötürü rücu hakkından mahrum olacağına göre kefil, borçlunun eda ile mükellef olduğu miktardan fazlası için, diğer deyimle borçlunun ödemekten kurtulduğu kısım için dahi mesul tutmanın manâsı yoktur. Çünkü aksi takdirde asıl borçlu alacaklıya ödemekten kurtulmuş olduğu miktar kefile ödemek zorunda kalmış olur. Böyle bir netice ise kefaletle ulaşılmak istenen gayeye ve kefaletin fer'ilik vasfına uygun düzmez.

İsviçre borçlar kanununun Almanca metni, kefilin borcunun kefalet zamanındaki miktar ile değil; azalma veya hafifleme yönünde vukua gelen değişmeden sonra arta kalan miktar ile mahdud olduğunu daha açık bir surette ifade eylemektedir. Filhakika gerek kefaletin tarifinde (İs. BK. 492) gerekse kefilin mesuliyetinin şümulü meselesinde (İs. BK. 499) kanun hâlen mevcut miktardan (Jeweiligen Betrag) bahsetmektedir. Bu tabir borçta eksilme istikametinde vukua gelen değişikliğin nazara alınacağını ifade eder. İsviçre borçlar kanununun Fransızca metninde ve Türk borçlar kanununda bu tabirlerin bulunmaması kefilin borçtaki azalmadan istifade edemeyeceği manâsını taşımaz. Şu halde kefilin mesuliyeti kefaletin inşası zamanındaki miktara değil ancak kefilin mesul edildiği andaki miktara racidir. Meselâ alacaklı ile borçlu arasındaki bir uzlaşma veya sulh ile meydana gelen borcun tenzili keyfiyeti kefil lehine tesir edeceği gibi, taksitlerin ödenmesi, borçlunun alacaklı tarafından kısmen ibrası hâdiseleri de kefilin borcunu vukua gelen azalma nisbetinde eksiltir³¹.

Asıl borcun bir kısmı kefalet dışında kalmış olduğu takdirde, borçlunun yaptığı bir ödemenin kefile tesirine gelince, bu ödemenin mahsur bu BK. 84 - 86. maddeler hükmüne göre cereyan eder. Burada biz şu kadını hatırlatalım ki, mahdud kefalette kefalet edilmemiş olan kısmın ödenmesine kadar kefil borçlu tarafından yapılan edanın kefalet edilen kısma mahsup edilmesini iddia etmek hususunda hiç bir hakka sahip değildir (BK. 84 II)³².

Asıl borcun azalması veya hafiflemesi yönünde vukua gelen bir değişikliğin kefile tesir etmesi bu değişikliğin kanundan veya taraflar arasındaki bir hukuki muameleden doğmasına bağlı değildir³³. İster alacak-

31) Schöenberger, art. 499 No. 11; Gut, 11; Beck, art. 499 No. 11, 13.

32) ATF. 42 II 142; Schöenberger, art. 499 No. 15.

33) Schöenberger, art. 499 No. 15.

hın temerrüdü gibi kanundan doğsun, ister bir hukuki muameleden doğsun asıl borçtaki azalma veya hafiflemeden prensip itibarıyla kefil de istifade eder. Prensip itibarı ile diyoruz, çünkü bazı hususi hükümler kefilin asıl borçludan daha fazla mesul olacağını derpiş etmiş bulunmaktadır. Meselâ medenî kanunun kefalet sebebiyle mesuliyet hakkındaki 570. ve icra iflâs kanununun konkordato hakkındaki 295. maddeleri bu cümledendir.

Borçlu lehine kazai bir merciden verilmiş bir hüküm dahi kefil lehine tesir eder ve asıl borçluyu kurtardığı nisbette kefil de kefalet borcundan beri kılar. Bu itibarla Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, borçlu lehine verilen kararın kefile tesir etmeyeceği şeklindeki 30. 3. 1945 tarihli kararını kefaletin mahiyetine ve fer'ilik vasfına uygun bulmuyoruz. Alman müellifleri ile İsviçre doktrin ve içtihadı da görüşümüzün doğruluğunu teyit etmektedir^{33a}.

4. Asıl borçtaki genişlemenin kefile tesiri.

Asıl borçtaki genişlemenin kefile tesir edip etmeyeceği meselesinin tayini daha mühimdir. Burada kanundan doğan veya işin mahiyeti icabı vukua gelen genişlemelerle hukuki muameleden doğan artma ve genişlemeleri birbirinden ayırt etmek lâzımdır.

a. Kanunumuzun 490. maddesi borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden de kefil sorumlu tutmaktadır. Bu hüküm asıl borçta, borçlunun kusur veya temerrüdü neticesi olarak vukua gelen genişlemelerin kefil aleyhin tesir edeceği manasını taşır. Asıl borçta borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticesi olarak vukua gelen genişlemenin kefile böylece tesir etmesini yine kefaletin fer'ilik vasfının bir sonucu olarak kabul eylemek icabeder. Derhal işaret etmek isteriz ki, doktrinde "talî neticeler veya kanuni neticeler" diye adlandırılan bu sonuçlar, aslında kefilin ifasından fer'i olarak mesul olmayı kabul eylediği asıl borcun değişik şekliinden ibarettir ve vukua gelen zararı tazmini şeklinde tecelli ederler.

Kefile tesiri kanunen kabul edilmiş olan bu genişlemelere, yuka-

33a) Enneccerus . Lehmann, Lehrbuch des BGB. § 189 II 4; Das BGB. kommentiert von Reichsgerichtsraeten § 788 No. 1; Schönerberger, art. 502 No. 17; Giovanoli, art. 502 No. 9. ATF. 57 II 521. Yargıtay kararının tenkidi hakkında bak. Ad. der. 1954 5 592 deki makale, N. Bilge, Kesin hükmün kefile tesiri.

nda belirttiğimiz gibi işin mahiyeti icabı vukua gelen değişimleri de eklemek lâzımdır. Ezcümle memur veya müstahdemlere kefalette asıl borcun sonradan meydana çıkması veya genişlemesi, devamlı bir krediye veya muayyen zamanlarda teslim şartı ile yapılan bir satımda alıcının fiat borcuna kefalette krediden istifadenin zamanla genişlemesi veya eşya teslimatının teakup etmesi neticesinde asıl borcun yükselmesi gibi hallerde durum böyledir; yani asıl borçtaki genişlemenin kefile tesir etmesi ve binnetice onun mesuliyetini artırması işin mahiyetinden doğmaktadır.

Yargıtay ticaret dairesi 12.1.1952 tarihli kararında, krediye kefalet halinde, asıl borçluya kredi haddi dahilinde ikinci ve üçüncü defa verilen paralar için kefilin muvafakatını almaya lüzum olmadığını belirtmek suretiyle bu görüşü teyit eylemektedir.^{33b}

b. Akdi muamelelerden doğan genişlemelere gelince, burada durum, başka sebeplerden ötürü ayrı olmak gerekir. Hukuk umumi esaslarına göre kaideten hiç bir kimse kendi yaptığı hukuki muamelelerle üçüncü bir şahsın çevresine, o şahsın muvafakatı olmadıkça müdahale ve tesir edemez. Borçlu ile alacaklı arasında borcun genişlemesi neticesini doğuran anlaşmalar kefil için üçüncü şahıslar arasında yapılan bir işlemdir (Res inter alios acta). Bu itibarla işbu muamelelerin, ayrıca muvafakatı olmadığı takdirde kefilî bağlamaması, yani onun mesuliyetini artırmaması icabeder. Cezaî şart mukavelesi bu duruma bir misal teşkil eder.

Alman medenî kanunu umumi bir ifade kullanarak alacaklı ile borçlu arasında yapılan hukuki bir muamele ile kefilin mesuliyetinin genişletilemeyeceğini ifade eylediği gibi (BGB § 767), İsviçre borçlar kanununun muaddel şekli de (Is. BK. 499) cezaî şart bakımından böyle bir sarahatı kapsamaktadır.

Türk borçlar kanununda bu hususta bir sarahat bulunmamasına rağmen durumun başka türlü olacağı düşünülemez. Çünkü kanununuzun 490. maddesi kefilî, borçlunun sadece kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden mesul saymaktadır. Halbuki meselâ cezaî şart kusur veya temerrüdün kanuni neticesi telâkki olunamaz. Mukavele cezası denilen ve kusura dayanan bu tazminat asıl borcun akdi bir genişlemesini ifade eder³⁴. Hukukun herkes tarafından münakaşasız kabul edilen, yukarıda hatırlattığımız umumi esasa göre, iki şahıs kendi aralarında yaptıkları hukuki bir muamele ile üçüncü bir kişinin hukuki çev-

33b) tür. içt. kal. 1951 I 320.

34) v. Tuhr, CO. II 666; Schönerberger, art. 499 NO. 27, 28.

resine müdahale edip rızası hilâfına onun durumunu kötüleştiremezler³⁵. Alacaklı ve borçlu arasında yapılan bir cezai şart sözleşmesinde de kefil üçüncü kişi durumundadır. Kefili bundan sorumlu tutabilmek için kefilin muvafakatının mevcut olması lâzımdır. Asıl borcun şümulünü genişletmek neticesini doğuran ve alacaklı ile borçlu arasında yapılan diğer herhangi bir anlaşma için de bu kaide aynen caridir. O halde bu mevzuda kefilin durumu bakımından kaideyi şöyle ifade edebiliriz. Asıl borcun, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir akit ile vaki genişlemelerinden kefil ancak buna muvafakat eylediği yani daha geniş mesuliyeti kabul ettiği takdirde sorumludur. Bu muvafakat kefalet akdinin inikadı sırasında verilmiş olabileceği gibi, daha sonra da verilmiş olabilir. Fakat her iki halde de kefilin bu muvafakatının 484. Maddedeki yazılı şekil şartına uygun bulunması lâzımdır. Faraza kefil şümul ve şiddeti eskisine nazaran daha geniş yeni bir kefalet senedi verebilir. Hatırlatmaya lüzum bile yoktur ki yeni bir kefalet senedi verilmesi, hilâfına sarahat bulunmadıkca, tecdidi tazammun etmez (BK. 114 II).

Asıl borcun şümulünü genişletilmesine kefilin rızasının sonradan temin edilmesi daha güç olacağı için alacaklı, ameli sebeplerden ötürü, kefilin bu muvafakatını tazammun eden beyanları ekseriya kefaletin inşası sırasında temin eder. Meselâ bir Bankanın açacağı krediye kefalette, bankanın her zamanki (ileriki) kredi şartlarına riayeti kabul şeklinde kullanılan umumî ifadeler bu mahiyette olduğu gibi, faiz, komisyon ve sair masraf miktarının ilerideki değişikliklerine muvafakat edilmesi de böyledir. Fakat bütün bu hallerde kefilin mesuliyetinin azami haddini bilmesi hususundaki kaideye yani 484. maddedeki muayyen bir miktar gösterilmesi şartına riayet edilmiş bulunması da lâzımdır. Çünkü ileride sebeplerini izah edeceğimiz üzere kefilin mesuliyeti hiç bir zaman gösterilen mesuliyet miktarını aşmamak gerekir.

Sermaye, faiz veya taksit vedelerinin temdidi keyfiyeti de kefilin durumunu ağırlaştırabilecek bir muamele olması dolayısıyla kefilin bunlara muvafakat eylemesi lâzımdır. Acaba kefil vadenin temdidi hususuna önceden muvafakat edebilir mi?

İsviçre doktrin ve içtihadî yeni kefalet hukuku müvacehesinde bu hususta önceden vaki bir muvafakatın muteber olmayacağı merkezindedir³⁶.

35) v. Tuhr. Bemerkungen (kefalet hukuku hakkında mülâhazalar, Ad. der. 1937 s. 1952) SJZ. 19 227.

36) Gut, s. 35-37; Schöenberger, art. 499 NO. 19; Guhl, Bürgschaft 69; A F 67 II 131 (JDT 1942 I 86).

Kefalet hukukunun eski şekli zamanında İsviçrede caiz sayılan böyle bir muvafakatın yeni kefalet hukuku muvacehesinde tecviz edilmemesinin sebebi şudur: İsviçre borçlar kanununun 492. maddesinin son fıkrası kanunda hilâfına hüküm bulunmadıkça kanunun kefile tanıdığı haklardan kefilin "önceden" feragat edemeyeceğini hükme bağlamış bulunmaktadır. Bu suretle yeni kefalet hukukunun kefile bazı haklar tanıyan hükümleri emredici hukuk vasfını iktisap etmiş olmaktadırlar.

Halbuki İsviçrenin eski kefalet hukukunda olduğu gibi Türk borçlar kanununda da böyle bir hüküm bulunmadığı için kefile haklar tanıyan hükümlerin mutlaka emredici mahiyette oldukları iddia olunamaz. Kanunun müsbet hükümleri tetkik ettiğimiz bu meseleyi çözecek mahiyette olmadıkları gibi yargıtay içtihatları da işbu müşkili hal etmemektedirler. Gerçekten yüksek yargıtay eski bir içtihadında³⁷ alacaklı ile borçlu arasında vadenin temdidini suretiyle sulh yapılmasını veya borçludan fazla teminat alınmasını ve borcun tecil edilmesini kefaleti nsukutunu mucip tecdit mahiyetinde telâkki etmemekle, mukavelenin tadili mahiyetinde sayarak, bu tadil neticesinde kefilin vaziyetinin ne dereceye kadar ağırlaşmış olduğunun tetkiki lüzumuna karar vermiş ise de, yüksek mahkeme bu kararında vadenin temdidine önceden muvafakatın caiz olup olmadığını halletmiş değildir. Fakat biz evvelki İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da sermaye, faiz veya taksit vadelerinin temdidine önceden muvafakatın caiz olduğu ve bu görüşün de, gerek umumî olarak Borçlar kanunu, gerekse hususî olarak kefalet hukuku hükümlerinin tamamlayıcı olmak vasıflarına uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Asıl borçlu aleyhine verilen kesin bir hükmün kefile tesir etmemesi keyfiyeti de kesin hüküm mefhumunun tabii bir neticesidir. Malûm olduğu üzere kesin hüküm ancak tarafları hakkında hüküm ifade edip, üçüncü şahıslar aleyhine tesir icra edemez. Alacaklı ve borçlu arasındaki bir davada da kefil üçüncü şahıs durumundadır³⁸.

Yukarıdanberi yaptığımız izahları hülâsa etmek gerekirse, diyebiliriz ki, önceden veya sonradan usulüne uygun olarak verilmiş bir muvafakatı bulunmadıkça, kefil borcun akdi muamelelerden veya kesin hükümden doğacak genişlemelerinden sorumlu değildir. Asıl borcun genişlemesi neticesini hasıl edecek ve bu suretle kefilin aleyhine onun rızası

(37) 4. Hk. 30.4.1934 Ta. Kr. Tepeci, borçlar kanunu 2. Bas. 285.

(38) Bu hususta daha fazla tafsilât için bak. Ansay, hukuk yargılama usulü s. 353; Bilge, kesin hükmün kefile tesiri, ad. der. 1954 5 592.

hılâfına, tesir edemeyecek olan hâdiselere misal olarak şunları zikredebiliriz: Cezai şart mukavelesi, başlangıçta tesbit edilmiş olan miktardan aşan faiz anlaşmaları, asıl borçlunun şahsi defilerinden feragat etmesi, borç ikran, feshi ihbar müddetinin kısaltılması, muacceliyetin öne alınması, taksitlerin kaldırılması veya bir taksit miktarının yükseltilmesi, hal ve şartlara göre, vadenin temdit edilmesi v.s.

5. Tetkikatımızın bu noktasında diğer bir mesele daha ortaya çıkmaktadır: alacaklı ve borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile kefilin vaziyeti bir bakıma ağırlaşmış ve fakat diğer yönden de hafiflemiş ise durum ne olacaktır? Ezcümle bir taraftan borç tecil edilir veya faiz miktarı artırılırken, diğer taraftan da borcun bir kısmının ibra ile sakıt olması halinde bu karşık muamelenin kefile tesiri derecesi nasıl tayin olunacaktır?

Muamelenin bir bütünlük arzedeceği nazara alınarak, kendisine faydalı taraflardan istifade etmek isteyen kefilin külfetli kısımlara da tahammül etmesinin hakkaniyete uygun düşeceği ileri sürülebilir. Nitekim İsviçre'de hâkim doktrin ve içtihat bu görüştedir^{38a}. Böyle lehte ve aleyhte neticeler hasil eden karşık vasıflı bir hukukî muamelenin kefil aleyhine tesir edebilmesi için kefilin yazılı muvafakatinin mevcut olması gerektiği şüphesizdir.

Hangi muamelelerde kefilin durumunun aynı zamanda ağırlaşmak ve hafiflemekte olduğu meselesi münferit hâdiselere göre hal olunacak bir keyfiyettir.

6. Nihayet bu münasebetle şu noktaya da işaret etmek lâzımdır; İnşai hakların *kullanılması sonunda kefil lehine* olmayan bir değişiklik meydana gelmesi, incelemekte olduğumuz manâda ve yazılı muvafakatı gerektiren bir değişme ve genişleme olmayıp, borç münasebetinde başlangıçtan beri mevcut olan tabii bir unsurdur. Meselâ alacaklı veya borçluya ait seçme hakkının kullanılmasından doğan genişleme bu mahiyettedir ve kefilin hususi bir muvafakatına lüzüm olmadan onu mesul eder³⁹.

§ 5 — BORÇLUNUN KUSURUNUN KANUNİ NETİCELERİNDEN KEFİLİN MES'ULİYETİ.

I. Umumiyet itibarıyla.

Kanunumuz kefaletle teminat altına alınan borcun doğum sebebini

38a) v. Tuhr, SJZ 19 227 (Ansay terc. Ad. der. 1935 153); Schönerberger, art. 499 No. 20; Gut, 32-34; Beck, art. 499 No. 15.

39) Becker, art. 499 No. 2; Schönerberger, art. 499 No. 21.

ve mahiyetini nazara almaksızın borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinden kefilî mes'ul tutmaktadır.

Kusurun kanunî neticeleri, umumî hükümler bahsindè 96. ve müteakip maddelerde zikredilmekte olan ifa tazminatıdır ki, bunu müsbet zarar olarak adlandırmak da mümkündür. Bu demektir ki, borçlu borcunu hiç ifa etmez yahutta ayıplı olarak ifa ederse ve bunda da borçlunun kusuru bulunursa, meydana gelen zararları borçlu tazmin etmekle mükelleftir. Kanunumuz bu durumu "alacaklının alacağını kısmen veya tamamen istifa edememesinden mütevellit zararlar" şeklinde ifade eylemektedir. İşte kefil de alacaklıya karşı borçlu gibi, alacağın kısmen veya tamamen istifa edilmemesinden doğan zararları tazmin ile mükellef durumdadır. Kanunumuzun 96. maddesi borcun ifade edilmemesinden doğan tazminatın kusura müstenit olduğunu açıkça ifade etmemiş olmakla beraber bu mesuliyetin kusura dayandığı şüpheden azadedir. Ancak kanun burada beyyine külfetini ters çevirmiştir. Alacaklı borçlunun kusurunu isbat etmekle mükellef tutulmayıp, borçlu ademi ifanın veya kötü ifanın kendi kusurundan doğmadığını isbat etmek zorunda bırakılmıştır. Borçlu bu hususu isbat etmedikçe mesuliyeten kurtulamaz. Kefilin mesuliyetinde de durum aynıdır. Yani borçlu gibi kefil de borçluya hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini isbat edemezse mesuliyetten kedisini kurtaramaz.

490. maddenin, kusurun kanunî neticesi olarak kefile yüklemiş bulunduğu ve nazaryatta, müsbet zarar karşılığı olarak ifa tazminatı diye tavsif edilen bu mesuliyet, hilâfına mukavele olmadığı takdirde akdin ortadan kalkmasından doğan ve doktrinde menfi zarar adını taşıyan hükümsüzlük tazminatını şamil olmaz. Çünkü menfi zarar borcun mevcudiyetinin ve ademi ifanın tabii bir neticesi değildir. Bilâkis bu zarar borcun ve hatta borç münasebetinin ortadan kalkmasının bir sonucudur. Borç ortadan kalkınca da onun fer'i olarak kefalet borcunun devamına kanunen imkân yoktur. Bu itibarla mukavelemin feshinden doğan menfi zarar kefile, borçlunun kusurunun kanunî bir neticesi olarak tahmile 490. maddenin metni ve kefaletin mahiyeti müsait değildir.

Cezai şart için de aynı düşünce başka bir mucip sebeple yine doğrudur. Cezai şart tazminatı yukarıda belirtildiği üzere asıl borcun hukukî muamele ile meydana getirilen bir genişlemesidir. Bu genişlemenin bilfiil tahakkukunda kusurun gerçi bir rolü vardır; fakat cezai şart kusurun kanunî değil akdî bir neticesidir. Binâenaleyh kefilin muvafakatı olmadıkça, borçlunun mesul bulunduğu cezai şart tazminatından (mukavele cezasından) kefilî sorumlu tutmak caiz değildir.

1942 tadili sırasında İsviçre borçlar kanunu^{39a} bu ciheti 499. maddesinde açıkça hükme bağlamıştır. Eski kanunun bu hususta sâkit bulunmasına rağmen, tadilden önce dahi, İsviçrede müelliflerin görüşü başka değildi. İsviçre doktrin ve içtihadı kanunun tadilden önceki sükûtuna rağmen fesh tazminatı ve cezaî şartı borçlunun kusurunun kanuni neticesi telâkki eylememekte idi⁴⁰ ve yeni kanun doktrin ve içtihadın bu müstakar görüşünü teyit etmiş oldu. Türk borçlar kanunu bakımından da aynı görüşü müdafaa ederek mukavelenin feshinden doğan menfi zarar ile cezaî şart tazminatından, hilâfına anlaşma olmadıkça kefil mesul tutmak doğru olmaz. Gerçi prof. Hüseyin Avni Göktürk Borçlar hukuku adlı eserinde aksi görüşü benimser gözükmektedir. Filhakika bu eserin, akdın muhtelif nevilerine ayrılmış olan ikinci kısmında profesör, İsviçre hukukunun izahı sırasında, Guhl'un kanaatına iştirak ederek: "hilâh akitle kararlaştırılmış olmadıkça kefil... alacaklının maruz kaldığı menfi zarar ve ziyarı veya... mukavele cezasını tazmin eylemek mecburiyetinde değildir" dedikten sonra; "Türk hukukunu izah sadedinde" halbuki bizim kanunumuz böyle bir ayırma yapmamakta ve kefil alalittlak borçlunun kusur veya temerrüdünün her türlü neticelerinden mesul saymaktadır"⁴¹ demektedir.

Evet Türk borçlar kanununun 490. maddesi borçlunun kusurunu neticelerinden kefilin mesul olduğunu derpiş eylemiştir, fakat bu neticeler, Göktürk'ün ifade ettiği gibi kusurun her türlü neticeleri değil, sadece kanuni neticeleridir. İsviçre borçlar kanununun 499. maddesinin bu hususa ait olan eski ve yeni metni başka türlü değildir. Orada da kefil borçlunun kusurunun kanuni neticelerinden mesul tutulmuştur. Mukavelenin hükümsüzlüğünden doğan zarar ile cezaî şart tazminatının kusurun kanuni

39a) Mad. 499 bend 1. "... bununla beraber kefil, akdın hükümsüzlüğünden doğan zarardan ve cezaî şarttan ancak açıkça kararlaştırılmış olduğu takdirde mesuldür.."

40) Oser, I. bas. art 499 No. 2a; Schönerberger, art 499 No. 26; Becker, art 499 No. 2,3; ATF 26 II 54, 49 II 378.

41) Borçlar hukuku II S. 625. Burada kitabın, menfi zarar kavramının anlayışında iltibasa yer verebilecek bir ifadesine de işaret etmek yerinde olur: Kitapta "borçlunun borcunu ademi ifası veya eksik ifası yüzünden alacaklının maruz kaldığı menfi mukavele zarar ve ziyarı" denilmektedir. Menfi mukavele zarar ve ziyarı, aynı kitabın baş taraflarında geçen izahlara da (89 90) aykırı olarak tavsif edildiği gibi, borcun ademi ifası veya eksik ifası yüzünden alacaklının maruz kaldığı zarar (625) olmayıp, akdın hükümsüzlüğünden mütevellit zarar ve ziyandır. Borcun ademi ifasından veya eksik ifasından doğan zarar müsbet zarar teşkil eder. Diğer bir deyimle müsbet zarar mukavelenin ifasından beklenen menfaati, menfi zarar ise sıhhatına itimat edilmiş olan bir mukavelenin hükümsüzlüğünden dolayı kaybolan menfaati ifade eder.

neticelerine dahil olmadığını İsviçre kanun koyucusu ayrıca ve her türlü tereddüdü bertaraf etmek maksadı ile zikretmiş bulunmaktadır. Türk borçlar kanununda bu hususun sarıh bir şekilde zikredilmemiş bulunması keyfiyeti ifa ile ilgili olan kusurun kanunî neticeleri içerisine menfi zarar karşılığı olan Fesih Tazminatının ve mukavele cezasının sokulması için bir sebep teşkil etmez.

Türk hukukunda da gerek cezai şart tazminatı gerekse akdin hükümsüzlüğü sebebiyle ödenmesi gereken tazminat 490. maddenin 1. fıkrasında sözü edilen kusurun kanunî neticesi çerçevesine sokulamaz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi⁴² cezai şart tazminatı veya mukavele cezası asıl borcun hukuki muameleye müstenit bir genişlemesini ifade eder ve kefil razı olmadıkça bu genişleme onu ilzam etmez. Akdin feshinden, daha umumî bir tâbirle hükümsüzlüğünden doğan zarar ise bir ifa tazminatı mahiyetinde değildir. Çünkü akit hükümsüz olunca asıl borcun mevcudiyetinden bahsedilemez. Muteber bir borç mevcut olmadığı takdirde ise kefaletin sıhhati ve kefilin mesuliyeti iddia edilemez (Bk. 485, 492).

Borçlunun kusurunun kanunî neticelerinden kefilin mesuliyeti meselesini böylece umumî bir şekilde izah ettikten sonra, şimdi borcun kaynağına göre, durumu muhtelif borç nevelerinde birer birer incelemek ve borçlunun bir kusurundan 490. madde uyarınca kefilin mesuliyetini gerektiren kanunî neticelerin doğup doğmayacağını ayrı ayrı araştırmak faydalı olacaktır. Bu araştırma ile kusurun kanunî neticelerinin ölçüsünü çeşitli borç münasebetlerinde değerlendirmiş olacağız.

II. Çeşitli borç nevelerinde kusurun kanunî neticeleri.

Malûm olduğu üzere kusur, müşterek yaşamın insanlara tahmil etmiş olduğu kaidelere, müahazeyi mucip şekilde aykırı hareketi ifade eder⁴³. İşte borçlu gerek alacaklı ile akdeylemiş bulunduğu mukavele neticesinde gerekse bir kanun hükmünün kendisine yüklemiş bulunduğu muayyen bir hareket tarzına yani muayyen mukellefiyetlere, hukukan takbih edilecek bir tarzda aykırı hareket ettiği takdirde kusurlu duruma girer. Borçlu bu türlü hareketlerinin neticelerine tahammül etmek zorundadır. Borçlar kanunumuza göre borçlu her türlü kusurdan (kasıt, ihmal ve dikkatsizlik) sorumludur. İşte 490. maddenin ifade etmek istediği şey budur, yani kefil borçlunun her türlü kusurunun, kasıt, ihmal ve dikkatsizliğinin doğurduğu zararları tazmin etmek mecburiyetindedir. Şimdi umumî olarak ifade etti-

42) Yukarıda No. 28 ve 34.

43) Schwarz, Borçlar Hukuku, s. 108; v. Tuhr, CO. I 339.

ğimiz ve 490. maddenin 1. fıkrası mucibince kefile de şamil olan bu prensibi borçların muhtelif kaynaklarına tatbik etmiye çalışalım.

A. Mukaveleden doğan borçlar.

1. Umumiyet itibarıyla.

Tatbikatta kefalet suretiyle bir borcun temini çoğu zaman akitten doğan borçlar sahasında yapıldığı için biz de incelememize bu sahadan başlayacağız.

Asıl borçlunun borcu bir şeyin verilmesine, bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına taallük edebilir. Bu hallerin her birinde 490. maddede zikredilen kusurun kanunî neticelerini meydana çıkaran kötü veya eksik ifa her zaman kabili tasavvurdur. Bunlar borçlar kanunumuzun 96. ve sonraki maddelerinde hükme bağlanmış olan "alacağın kısmen veya tamamen istifa edilememesi", başka bir deyimle ve borçlu tarafından bakılınca "borcun kısmen veya tamamen ifa edilmemesi" dir. Sözü edilen bu hükümlerde belirtildiğine göre, borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklı bu yüzden uğradığı zararları borçluya tazmin ettirebilir. Kanunun borçluya tahmil ettiği bu tazmin mükellefiyeti kusura istinat etmektedir. Ancak yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi kanun burada beyyine külfetini ters çevirerek kusursuzluğu isbat yükünü borçluya tahmil eylemiştir. Kefalet halinde de aynı kaide caridir, yani borçlunun kusursuzluğu isbat edilmedikçe kefil mesuldür ve işbu tazmin mükellefiyeti 490. maddedeki manâda kefilin sorumlu tutulacağı kusurun kanunî bir neticesi olarak tezahür eder.

Borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazmini gerektiği kaidesi sadece teslim borçları hakkında değil, fakat mukaveleden doğan diğer her nevi borç hakkında da caridir. O halde bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına taallük eden borçların yerine getirilmemesi halinde de zararın tazmini icabeder. Ancak kanun bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan borçlar hakkında hususî bazı hükümler de sevk eylemiştir. Ezcümle 97. maddeye göre bir şeyin yapılmasına taallük eden bir borçta, alacaklı her türlü zarar ve ziyanı istemek hakkından başka, masrafları borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini de isteyebilir. Diğer zararlardan başka işte bu masraflar dahi 490. madde şümulüne girer ve kefilin mesuliyetini mucip olur. Bittabi bu halde kusursuzluğu isbat etmek suretiyle borçlu ve kefil mesuliyetten kurtulabilirler.

Mevzuu bir şeyin yapılmaması şeklide tezahür eden borçlarda da hareket tarzı başka olmayacaktır. Burada borçlu tarafından yapılmaması gereken bir şey yapılmış olduğuna göre alacaklı, tazminat talebine hâlel gelme-

mek üzere masrafı borçluya ait olmak şartıyla hukuka aykırı durumun bertaraf edilmesini yani borçlunun taahhüdüne aykırı olarak vücuda getirilmiş olan şeyin kendisi (alacklı) tarafından refine izin verilmesini istemek hakkınna maliktir (BK. 97 III). Tazminatın başka refi masrafları da 490. madde uyarınca kefilin tazmin edeceği kanuni neticelerdendir.

490. maddeye göre kefilin mesuliyetine dahil olan hususlar, borçlunun kusurunun sadece kanuni neticeleridir. Bu itibarla kusurun kanunda belirtilmiş olanlardan başka olup borçlu tarafından hususi surette deruhde edilmiş olan neticeler buraya girmezler. Kusura kanun tarafından bağlanmış olan neticeler dışında, akit ile borçlu tarafından deruhde edilmiş olan neticelerden kefilin mesul olması için kefilin bunlara muvafakat etmiş olması lâzımdır.

Şu izahlardan anlaşılacağı üzere kefilin mesuliyetinin temel unsuru borçlunun kusurudur. Kusurun mevcudiyeti için de isnat kabiliyeti şarttır. O halde borçluda isnat kabiliyeti mevcut değilse, kusurdan bahis olunmaz ve netice itibarıyla de kefil sorumlu tutulamaz. Kusursuzluğun isbatı borçluya veya kefile ait olduğu gibi isnat kabiliyetinin bulunmadığını isbat külfeti de yine onlara düşer.

Borçluya karşı açılan dâvalarda tazminatın suretini yani nevini tayin hususunda kanun hâkime bir takdir hakkı vermiş olmakla beraber (BK. 98. maddenin son fıkrası delâleti ile madde 43) bu tazminat ekseriya para ödeme mecburiyeti şeklinde tecelli eder. Kefalette ise kusurun kanuni neticelerinden mesuliyet bakımından para ödemedi başka bir tazminat nevi düşünülemez⁴⁴. Tazminatın şümulünü tayin meselesinde de yine 98. madde delâleti ile haksiz fiillerden doğan borçlar hakkındaki 42-44. maddeler tatbik olunur.

Borçlunun kusurunun kanuni neticeleri şeklinde tezahür eden tazminat ödeme ve bazı hallerde ayrıca masrafa tahammül etme mükellefiyetleri borçlar kanununun umumî hükümleri arasında bulunan 96. ve sonraki maddelerde derpiş edildiğine nazaran bunlar mukavele çeşitlerinin her birisi hakkında da aynen caridirler.

Bununla beraber kanun, diğer mevzularda olduğu gibi, kusurun kanuni neticeleri konusunda da, münferit mukavele tipleri için bazan ayrı hükümler derpiş eylemiş bulunmaktadır. O halde hususi mahiyette olsalar dahi, kusurun kanuni neticeleri olmaları bakımından işbu özel hükümlerden mütevellit tazmin mükellefiyetlerinin de 490. madde şümulüne girmeleri ve kefilin sorumlunu intaç etmeleri tâbiidir.

44) Schönnenberger, art. 492 No. 15; Oftinger, Festgabe I No. 2; v. Tuhr, CO. II 95, 96.

Eksik veya kötü bir ifanın münferit mukavelelerde hususî surette derpiş edilmiş olan neticelerinden hangilerininin 490. madde şümulüne girmeleri gerektiği meselesi bazan şüphe ve tereddüdü mucip olacağı için etüdümüzün bu kısmında her mukavele üzerinde ayrı ayrı durmak, tereddütleri izale bakımından faydalı olacaktır.

2. Çeşitli mukavelelerde kusurun kanunî neticeleri.

a. Satım mukavelesi.

Kanunumuz satım mukavelesinde temerrüdü kısmen hususî surette düzenlemiş ise de, kusurun kanunî neticeleri hakkında ayrı hükümler sevk etmemiştir. Binaenaleyh satımda alıcı veya satıcının ifadaki kusurlarının neticeleri hakkında 96. ve sonraki maddeler hükümleri tatbik olunur; binnetice kefil de borçlunun kusurundan mesul olur.

b. Bağışlama mukavelesi.

Bağışlamada da esas itibarıyla kusurlu ifa bakımından özel bir tanzim tarzı mevcut değildir. O halde burada da umumi hükümler cari olacaktır. Ancak 243. madde bağışlayanın mesuliyeti başlığı altında bağışlayanın hile ve ağır dikkatsizlikten maada hallerde, bağışlamadan neşet eden zarardan bağışlanana karşı mesul olmadığını ifade eylemektedir. Bu hükmün muhalif mefhumundan ancak hile ve ağır dikkatsizliğin yani ağır kusurun neticelerinden bağışlayan tarafın mesul olacağı buna mukabil hafif kusurdan mesul olmayacağı manâsı çıkar. Ancak dikkat etmek gerekir ki, bu durum ancak bağışlama taahhütlerinde meydana gelebilir. Çünkü elden bağışlamada taahhüt ve ifa aynı âna rasladığı için eşyanın bağışlanan tarafa zarar verecek bir şekilde teslimi, mukavelenin akdi esnasındaki kusurlu bir hareket manâsını ifade eder ve böyle bir kusur ise, aşağıda izah edileceği üzere 490. madde şümulüne girmez ve binnetice kefil de bundan mesul olmaz.

c. Kira mukavelesi.

Gerek âdi kiraya gerek hasılât kirasına müteallik olan bir kısım hükümler 490. maddeye geniş tatbik sahası verecek mahiyettedirler.

aa. Borçlar kanunumuzun 251. maddesine göre kiracı "istifade başladığı zaman mevcut yahut istifade esnasında hadis olup da külfeti kendisine ait olmayan ve kiralayana yapılan ihbar üzerine münasip bir mehil zarfında bertaraf edilmeyen ufak tefek ayıpların (258 BK) kiralayan hesabına izale edebilir" veya ettirebilir. Burada 98. maddenin 1. fıkrasının bir tatbikatı mahiyetinde olan masraflar bahis mevzuudur. Zira hükümdeki kiralayan hesabına tâbiri masrafın kiralayan tarafından ödeneceğini ifa-

de eder. Kiracı bu masrafları avans olarak veya iş yapıldıktan sonra kiralayandan isteyebilir; hatta kira bedelinden olan borcu ile takas etmek suretiyle dahi işbu masrafın kendisine ödenmesini sağlayabilir. Fakat kiracı yapılan bu masrafları istifa edemediği takdirde, kiralayanın kefili 490. madde uyarınca bunlardan mesul olur.

bb. Diğer taraftan 256. madde ile kiracıya yüklenen tazminat mükellefiyetleri dahi onun kefilini mesul edecek durumdadır. Filhakika kiracı kiralananı akde uygun şekilde kullanmayarak ona zarar iras eylediği yahut kiralananın tamirine veya üçüncü şahsın kiralanan şey üzerindeki hak iddiasına taalluk eden ihbar mükellefiyetini yerine getirmediği takdirde ödemek mecburiyetinde olduğu tazminat da kusura dayanmaktadır. Binâ-enaleyh borçlunun kusurunun kanunî neticesi olarak işbu tazmin mükellefiyeti 490. madde mucibince kefile de sâridir.

İkinci kiracının akde bu nevi aykırı hareketlerinden doğan mesuliyette de durumun aynı olduğu ve binnetice kefilin mesul olacağı kanaatindeyiz^{44a}.

cc. Kiralanan şeyin temlikî neticesinde kira akdinin bozulması halinde, ifa yerini tutmak üzere kiracının kiralayandan isteyeceği tazminat dahi kusurun kanunî neticesi olarak kefile sâri olmak gerekir. Burada kusur kiralayanın kiralanan şeyi başkasına temlik etmek suretiyle kiracının hakkına hâlel vermesidir.

çç. Borçlar kanununun 264. maddesine göre, muayyen bir müddetle akdedilmiş olan kira mukavelesinde "mucebi akdinin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebeplerin hudusunda taraflardan her birisi diğerine tam bir tazminat vermek şartı ile akdinin feshini ihbar edebilir". Buradaki tazminat ifa yerini tutacak mahiyette olması dolayısı ile müsbet zarar mahiyetindedir. Diğer taraftan bu hâdisede maddenin kenar notunun ifade ettiğinin aksine, teknik mânâda bir fesih değil, vadelere riayet mecburiyeti olmayan vaktinden önce bir feshi ihbar mevcuttur⁴⁵. Şu halde buradaki tazmin mükellefiyetinde de kefilin mesul eden kusurun kanunî neticelerinin mevcut olduğu hatıra gelebilir, nitekim bu düşüncede olan müellifler vardır⁴⁶. Kanaatımızca burada kusurun kanunî bir neticesi bahis mev-

44a) v. Tuhr, CO. II 525 No. 38.

45) Schöenberger, art. 269 No. 12; ATF 61 II 261. burada bir feshin mevcut olmadığı şu düşünceden de anlaşılabilir. Fesih halinde mukaveleden kurtulmak isteyen taraf değil, feshe sebebiyet vermiş olan karşı taraf tazminatla sorumlu olur. Halbuki 264. maddedeki hadisede bizzat akitten kurtulmak isteyen taraf zararını tazmin etmek mevkindedir.

46) Oftinger, Festgabe II 1 No. 20.

zuu değildir. Çünkü bu maddenin tatbiki için kusurun mevcudiyetine lüzum yoktur, hatta aksine kusurun mevcut olmaması zaruridir. Münferit ve müşahhas hâdisede kusurun mevcudiyeti bu maddenin tatbikine mani olabileceği gibi, kiracı hakkında 252. madde hükümlerinin uygulanmasını icabettirebilir. Yani kiracı kiranın tamamını ödemekle mükellef tutulur. Bu takdirde ise kefil için kusurun kanuni neticelerinden değil, asıl borçtan mesuliyet bahis mevzuu oluyor demektir.

Şu halde 264. maddedeki tazminatta kusur aranmayacağına göre kefilin de bundan sorumlu tutulması doğru olamaz.

dd. Kiracı kiralananı aldığı şekilde iade etmekle mükelleftir ve akit mucibince etmiş olduğu istifade sebebiyle husule gelen zarardan mesul değildir (BK. 266) Bu hükmün muhalif mefhumundan istidlâl suretiyle denebilir ki kiracı mukaveleye aykırı istifade sebebiyle vukua gelen zararlardan sorumludur. Mukaveleye aykırı hareket kusurlu telâkki edileceğine göre bu mesuliyet kusurun kanuni neticesi olarak kefil de sorumlu mevkie düşürür.

ee. Buna mukabil 250. maddenin 1. fıkrası kiralananın akitten maksut olan kullanma mümkün olmayacak veya ehemmiyetli surette azalacak bir hale düşmüş olması ve aybın münasip müddet zarfında bertaraf edilmemesi halinde kiracının akdi fesih edebileceğini bildirmekte ve aynı maddenin 2. fıkrası da kusursuz olduğunu isbat edemeyen kiralayanın zarar tazminle mükellef olacağına işaret eylemektedir. Buradaki tazminat, esas itibariyle kusurun neticesi olmakla beraber akdin feshinden doğduğu için kefilin sorumlu tutulması cihetine gidilemez.

Keza 256. maddenin 2. fıkrasında da bazı şartlar altında kiracının veya kiralayanın mukaveleyi fesih edebileceği ve bundan da fesih eden taraf lehine bir tazminat alacağına doğacağı açıklanmaktadır. Buradaki tazminat da 490. madde şümulüne girmez ve binnetice kefil mesul etmez.

ff. Yukarıda âdi kira hakkında söylediklerimiz hasılât kirası hakkında da caidir. Şu halde hasılât kirasına verilen şeyin ufak tefek ayrılarında (BK. 272), Kira mevzuu olan şeyin temlikinde (BK. 276), kiralanan şeyin kıymetinin eksilmesinde veya işletme tarzının değiştirilmesinde (BK. 278, 292), bahis mevzuu olan tazminattan kefil de 490. madde uyarınca sorumludur. Buna mukabil, kira akdinin 286. madde mucibince vaktinden önce feshinin ihbarında, kiralanan şeyin akitten maksut olan şekilde kullanmaya ve işletmeye salih olmamasından dolayı akdin feshinden mü-

tevelit tazminatta 490. madde hükmü tatbik olunamaz ve binnetice kefil mesul edilemez.

ç. *Ariyet mukavelesi.*

Ariyete müteallik fasılda mevcut 300. maddeye göre, ariyet alan şahıs ariyet şeyi ancak mukavelede tâyin edilen şekilde veya o şeyin mahiyetinden yahut tahsis olduğu maksattan anlaşılacak şekilde kullanmak ve ariyeti başkasına kullanılmamakla mükelleftir. Bu kaideye muhalif hareket ettiği takdirde ariyet alan şahıs, zuhura gelen kazadan dahi mesul olur.

Kefilin mesuliyeti hakkındaki 490. madde asıl borçlunun sadece kusurunun kanuni neticelerinin kefile yükleneceğini açıklamış bulunmasına ve ariyet faslındaki 300. maddede kusurdan bahsedilmemiş olmasına rağmen, ariyet alan şahsın kefilinin mesuliyeti burada ariyet şeyin kaza sebebiyle bile olsa uğradığı zararlara da şamil olur. Zira burada kazadan doğan zarar maddenin 1. fıkrasında belirtilen kaideye muhalif hareketin neticesidir. Böyle bir hareket ise kusurlu telâkki edilmek gerekir⁴⁷, çünkü kanun ariyet şeyin başkasına kullanılmamasını emrederek ariyet alana kanuni bir mükellefiyet yüklemektedir.

Bu kaidenin kira akdine de (BK. 256 II) kıyasen uygulanması düşünülebilir.

d. *Hizmet mukavelesi.*

Bu bahiste de 490. madde uyarınca kefil mesul edebilecek kusurun kanuni neticelerine raslamak mümkündür.

aa. Kanunumuzun 321. maddesi ile hükme bağlanmış olan işçinin ihtimam mecburiyetine aykırı olarak iş sahibine iras eylediği zarardan mesuliyeti kusura dayanır ve kefil bu kusurun neticelerinden sorumlu olur. Fakat bu münasebetle işaret etmek gerekir ki, işçinin borçlarına kefalet eden kefilin işçi tarafından ika edilen zararlardan dolayı 490. madde uyarınca mesul tutulmasına tatbikatta hemen hiç tesadüf edilmez. Zira işçinin ika edeceği zararların tazminini garanti etmek üzere özel bir kefalet müessesesi mevcuttur ki o da memur ve müstahdemlere kefalettir. (BK. 495, 500). Böyle bir kefalet halinde ise zararın tazmini mükellefiyeti 490. maddedeki manada kusurun kanuni neticesi olarak değil, asıl borç olarak meydana gelir.

bb. Götürü olarak veya parça üzerine çalışan işçinin kendisine iş verilmesini istemek hakkı (BK. 324) ihlâl edildiği takdirde iş sahibi

47) Otfinger, Festgabe II A 4.

kendisine bir kusur isnat edilemeyeceğini isbat etmedikçe tazminatla sorumlu olur. (BK. 324 II). İşbu tazminatın 490. madde şümulüne gireceği ve kefilî mesul edeceği şüphesizdir.

cc. Kanunun 332. maddesinin iş sahibine yüklediği himaye tedbirlerini almamaktan ve talimat vermek borcunu ihlâl etmekten doğan tazmin borcu da kusura dayanır. Zira kusurun mevcut olmaması halinde bahis mevzuu olan tedbirler ve talimat iş sahibi için bir mükellefiyet mahiyetini iktisap edemez veya hiç olmazsa bu tedbirlerin alınmamış veya talimatın verilememiş bulunması halinde bir tazmin borcu doğmaz.

Gerçi kanun bu maddenin 1. fıkrasında tazmin borcundan açıkca bahis etmiş değildir. Lâkin kanunun koyduğu mükellefiyete aykırı hareketin zarar doğurması halinde bu zararın tazmini icabedeceği gayet tabii sayılmak gerekir. Nitekim doktrin ve içtihat bu görüşü teyit etmektedir⁴⁸. Esasen yeni ticaret kanununun meriyet ve tatbik şekli hakkındaki 6763 sayılı kanunun 41. maddesi ile borçlar kanununun 332. maddesine eklenen ikinci fıkra, işçinin ölümü halinde onun yardımından mahrum kalanlara dahi zararın tazminini isteme hakkını açıkca tanıdığına göre bizzat işçinin böyle bir tazminat hakkının mevcudiyetinden hiçbir suretle şüphe edilemez. İşte gerek işçinin gerek yardımından mahrum kalanların isteyebilecekleri bu tazminatı ödemek mükellefiyeti, 490. madde uyarınca kefile de terettüp eder.

çç. Yine iş mukavelesi bahsindeki 344. madde taraflardan her birisine muhik sebeplerden dolayı akde son vermek imkânını tanımaktadır. Maddenin kenar notundaki "fesih" tabirinin yanlış olarak zannettirebileceği gibi burada teknik manada bir fesih değil, fevkalâde mahiyette ve müddete tâbi olmayan bir feshi ihbar mevcuttur⁴⁹. Bu maddeye göre mukaveleye aykırı hareketi ile mühik sebebin doğmasına âmil olan tarafın tazmin mükellefiyeti kusura dayanmaktadır. Müsbet zarar karşılığı olan işbu tazmin mükellefiyetinden 490. madde uyarınca kusurun kanuni neticesi olarak kefilin mesul olması gerekir.

Buna mukabil iş sahibinin ölümü ile iş akdinin vaktinden önce sona ermesinden ötürü işçinin isteyebileceği tazminat mükellefiyeti (BK. 347) Kefilin mesuliyetinin şümulünü tayin eden 490. maddeye girmez.

(48) Schönerberger, art. 339 No. 17; Becker, art. 339 No. 9; v. Tuhr, CO II/31 No. 13; ATF 62 II 156.

(49) Guhl, OR. 286; Göktürk, Borçlar hukuku II 486; Becker, art. 352 No. 2; Schönerberger, art. 352 No. 2.

(Çünkü bahis konusu tazmin mükellefiyeti kusura değil, hakkaniyete dayanmaktadır.

c. İstisna mukavelesi.

Mevzuu emek ve iş olması dolayısıyla hizmet mukavelesine benzerlik arzeden istisna mukavelesinde de 490. madde şümulüne girerek kefilin mesuliyetini mucip olan hususi tazmin halleri mevcuttur:

aa. Bu mukavelede müteahhidin mesuliyeti umumi olarak işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir (BK. 321, 356) ve müteahhit her nevi kusurdan mesuldür⁵⁰. İş sahibi tarafından teslim edilen malzemeyi ihtimamlı bir şekilde kullanmayan (BK. 357) veya imalâtın icrasını tehlikeye koyacak hal ve hadiseleri zamanında haber vermeyen (BK. 357 III) müteahhit hakkında tazmin borcu doğar⁵¹. Bu kaide götürü olarak veya parça üzerine çalışıp da iş sahibinin nezareti altında olmayan işçiler hakkında da caridir (BK. 322).

Bütün bu hallerde kusurdan doğma bir tazmin mükellefiyeti söz konusu olduğundan, kefil de 490. madde uyarınca sorumludur.

bb. İş sahibi, 358. maddenin 2. fıkrasındaki şartlar dairesinde ve masrafları müteahhide ait olmak üzere tamirâtı veya imalâta devamı üçüncü şahsa devir edebilir. Umumi hükümler kısmında 97. maddede tesbit edilen prensibin bir tatbiki mahiyetinde olan işbu masraflardan, kusurun neticesi olmaları dolayısıyla, kefil sorumludur⁵².

cc. Yapılan şey 360. maddenin 2. fıkrasındaki manada ayıplı olduğu takdirde islâh ve tamir masraflarından ayrı olarak, kusurlu olan müteahhidin ödemeye mecbur olduğu tazminattan kefilin de sorumlu tutulacağı muhakkaktır.

çç. İş sahibinin verdiği malzeme veya gösterdiği arsanın ayıplı olmasından yahut imal ve inşa tarzı hakkında verdiği tâlimattan ötürü yapılan şeyin telef olması halinde, 368. maddeye göre, kusurlu olan işsahibi tazminat ödemekle mükelleftir. Müsbet zarar karşılığı olan bu tazminat da 490. madde şümulüne girer ve kefilin mesuliyetini mucip olur.

dd. Buna mukabil müteahhidin zamanında işe başlamaması veya mukavele şartlarına aykırı olarak işi tehir etmesi gibi sebeplerle işin mu-

(50) Guhl, OR. 292; Becker, art. 364 No. 2; Schönerberger, art. 364 No. 1.

(51) Schönerberger art. 365 No. 5.

(52) Oftinger, Festgabe II 5.

ayyen zamanda bitmesine imkân vermiyecek hallerde, işsahibi teslim zamanını beklemeden mukaveleyi fesih ettiği takdirde, müteahhidin ödiyeceği tazminat bir ifa tazminatından ziyade, mukavelenin hükümsüzlüğünden doğan menfi zarar karşılığı bir tazminat mahiyetinde olması dolayısı ile, kefilin bu tazmin mükellefiyetine muhatap olmaması gerekir (BK. 358 I).

Diğer taraftan iş sahibinin işi kabul edermiyeyeceği derecede işin ehemmiyetli bir ayıpla mâlûl olması halinde, iş sahibinin iş kabul etmiyerek tazminat istemesi de yine bir fesih demek olacağından, kefil bu tazminattan sorumlu tutulamaz.

f. Vekâlet mukavelesi.

aa. Vekilin ihtimam derecesini kanun umumî olarak ve istisna akdinde olduğu gibi, işçinin mesuliyetine atf yaparak düzenlemektedir (BK. 390 I). Binaenaleyh vekilin ihtimam borcuna aykırı hareket etmesi, iş akdinde olduğu gibi, kusurdan doğan bir tazminata yol açabilir.

Diğer taraftan kanunun 391. maddesi vekilin kendi yerine başka birisini ikame etmesini hükme bağlamaktadır. Vekilin kendi yerine başka birisini meşru olarak yani akdi veya kanuni bir salâhiyete dayanarak ikame etmesi halinde, ancak ikame salâhiyetini kullanırken, başka deyimle üçüncü kişiyi seçerken ve talimat verirken işlemiş olduğu kusurdan doğan zararlardan dolayı vekilin mesul olması kanunun icabıdır (BK. 391 II). Selâhiyetsiz ikame halindeki mesuliyet de tamamen kusura dayanmaktadır; bu halde kusur vekilin salâhiyeti olmadan üçüncü şahsı ikame etmesidir⁵³. Bütün bu hallerde doğan zararın tazmini 490. madde şümulü dahilinde kefilin dahi sorumluluğunu mucip olur.

bb. Kanunumuzun 394. maddesine göre vekil, vekâleti ifa dolayısı ile uğramış olduğu zararların tazminini isteyebilir. İşbu tazmin borcu da kusurdan doğan bir netice olarak kefilin mesul edeceği mahiyettedir. Bununla beraber İsviçre federal mahkemesi 2. fıkradaki kusursuzluğu isbat şeklindeki kurtuluş beyyinesine, ifadesi aynı olan 96. maddeden ayrı bir mana vermekte ve buradaki mesuliyeti illete müstenit mesuliyete yaklaştırmaktadır⁵⁴. Kusursuz mesuliyet prensibini kabul edince de kefilin sorumlu tutulması cihetine gidilemez.

(53) Schönerberger, art. 399 No. 8; v. Tuhr CO II 521.

(54) ATF 51 II 188; 61 II 95; Schönerberger, art. 402 No. 10; Oftinger, Festgabe No. 36; Göktürk, Borçlar hukuku II 520.

g. Vekâletsiz tasarruf.

Vekâletsiz tasarrufta bulunan kimse, 411. maddeye göre, her türlü ihmâl ve ihtiyatsızlıktan mesuldür. Bu mesuliyetin, vukubulan zararın tazmini şeklinde tecellî edeceği şüphesizdir. Esasında bu maddedeki mesuliyet kusura müstenit bulunmakta ise de, iş sahibi ile vekâletsiz tasarrufta bulunan kimse arasında akdî bir münasebet mevcut olmadığı için, böyle bir tazmin mükellefiyetinin kefaletle garanti edilmesi nadir bir ihtimal olarak düşünülebilir. Sözü geçen zarar daha ziyade meselâ vekilin salâhiyetini aşmasından doğacağı için, bu hususta memur ve müstahdemlere kefalet hakkındaki hükümlerin cereyan etmesi daha galip bir ihtimaldir; bu takdirde ise kefilin mesuliyeti kusurun kanunî neticelerine değil, asıl borca raci olarak meydana çıkar.

İş sahibinin 413. maddeden doğan tazmin mükellefiyeti ise kusura müstenit olmadığı için⁵⁵, kefilî bağlamaz.

h. Komisyon.

Kanun komisyoncuya tahmil edilmiş olan bazı mükellefiyetlerin ihlâlini, tazmin mecburiyeti ile teyit eylemiştir. Meselâ 418. madde mucibince komisyoncu nakliyeciyeye karşı rücu hakkını muhafazaya, hasan tesbit ettirmeye, eşyayı hıfza ve müvekkiline malûmat vermiye mecburdur. Aksi takdirde ihmâlin doğurduğu zararlardan mesuldür.

Diğer taraftan 419. madde uyarınca komisyoncu müvekkilin tayin ettiği fiatla bağlıdır; daha ucuza satarsa fiat farkını tazmine mecbur olduğu gibi, şarta muhalefetten dolayı da ayrıca tazminatla mükellef tutulabilir.

Sözü geçen her iki maddede bahis konusu edilen tazmin mükellefiyetleri kusurun bir neticesi olarak 490. madde şümulüne girer ve kefilî mesul eder.

i. Taşınma mukavelesi.

6762 sayılı yeni ticaret kanununun meriyete vazı hakkındaki 6763 sayılı kanunun 41. maddesine göre Borçlar kanununun nakliye mukavelesine müteallik olan 431-448. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Çünkü, yeni ticaret kanunu taşınma işlerini 762-815. maddelerinde daha geniş bir şekilde hükme bağlamıştır.

BK. nun nakliye mukavelesine dair olan mülga hükümleri arasında nakliyecinin, kusura müstenit mesuliyet halleri bulunduğu gibi⁵⁶,

(55) Yukarıki numarada belirtilen mehazlara bak.

(56) BK. 435, 436, 437; Oftinger, Festgabe, II 8.

yeni ticaret kanununda da buna benzer hallere ilişkin hükümler mevcuttur.

Ticaret kanununda derpiş edilmiş olan yeni hükümlere göre taşıyıcının gönderilene ve gönderene karşı bazı haber verme mükellefiyetleri (TK. 789, 790) ve eşyanın muhafazası hususunda gönderilen tarafından verilen talimatı icra mecburiyeti (TK. 791) mevcuttur. Bu mecburiyetlere aykırı hareket kusura müstenit tazmin mükellefiyeti doğurur ki, bu da 490. madde uyanınca kefilin mesuliyeti şümulüne girer.

Taşıma işleri komisyonculuğu bahsindeki 809. madde dahi kefil mesul eden kusura müstenit bir tazminat mükellefiyeti derpiş eylemektedir.

Taşıyıcıya bunlar dışında tahmil edilen mükellefiyetlerin umumiyetle kusura değil, daha ziyade illete müstenit olduğu kabul edilmekte bulunduğu için⁵⁷, kefilin bunlardan sorumlu tutulmaması gerekir.

j. Ticarî mümessiller ve diğer ticarî vekiller.

Borçlar kanununun 450. maddesine göre ticarî mümessil, sarıh bir salâhiyet almadıkça, gayrimenkulleri temlik veya bir hak ile takyit etmemekle mükelleftir. Bu mükellefiyete aykırı hareket vaki zararın tazminini muciptir ve bu tazminat kusura dayanmaktadır. Diğer taraftan ticarî mümessil ve diğer ticarî vekiller için kanunun 455. maddesi kanunî bir rekabet memnuiyeti vazeylemektedir. Bu memnuiyete muhalif hareketten doğan tazmin borcu da kusura dayanır. Bu itibarla her iki tazmin mükellefiyeti 490. madde uyanınca kefil de sorumlu kılar.

İşbu tazmin mükellefiyetlerinin memur ve müstahdemlere kefalet hakkındaki 495 ve 500. maddeler uyanınca asıl borç mahiyetini iktisab etmeleri de mümkündür.

k. Havale.

Havale bahsinde 458 ve 460. maddeler muhalünlehin (havale alıcısının) muhile (havaleciye) karşı bir haber verme borcundan bahis ederek bu borcun yerine getirilmemesinden dolayı havale alıcısının tazmin borcuna işaret eylemektedirler. Buradaki mesuliyetin kusuramı yoksa sadece illetemi müstenit olduğu meselesi münakaşa edilebilir. Kanaatımızca, meselenin halli için havaleci ve havale alıcısı arasındaki münasebete bakmak lâzımdır. İkisi arasında havaleden başka akdi bir münasebet mev-

(57) v. Tuhr, CO. II 215 NO. 27; Oser, 1 bas. art. 447 NO. II 1; Schö-
nenberger, art 447 No. 11; Becker, art 447 No. 2.

cut ise haber verme mecburiyetinin yerine getirilmemesi muhakkak surette kusura müstenit bir mesuliyet olarak kefile de sari olmak lâzımdır.

l. Vedia mukavelesi.

Müstevda kendisine tevdi edilmiş olan eşyayı izin almadan kullanırsa, ariyette olduğu gibi, kazadan dahi sorumlu olur. Bu takdirde, izin almadan kullanmak kusur telâkki edileceğinden, kefil 490. madde mucibince zarardan mesul olur.

Vedia dolayısı ile mestevdan uğradığı zararın tazmini meselesi kaideten mukavelenin akdinden önce veya akdi sırasındaki hareketten mütevellit mesuliyete girer ve binnetice kefile sari olmaz⁵⁸. Mamafih bu zararın akdin inşasından sonra, borcun ifasındaki bir kusur şeklinde tezahür etmesi de mümkündür. Bu takdirde kefil zarardan sorumlu olur.

m. Kanunumuzun 526. maddesine göre şeriklerden hiç birisi kendi hesabına ve şirketin gayesine muhalif veya muzır işleri yapamaz. Aksi halde tazminatla sorumlu tutulması gerekir. Kusura istinat eden bu tazmin mükellefiyetini pratik sebeplerden ötürü, kusurun kanuni neticesi olarak tetkikden ziyade, müstakil bir kefalet mevzuu olarak muameleye tabi tutmak daha makul gözüktür.

n. Yeni ticaret kanununda ayrı bir akit olarak yer almış bulunan *acentelik mukavelesi* de kusura dayanan bazı tazmin mükellefiyetleri derpiş eylemektedir.

Bir kerre ticaret kanununun 116. maddesinin 2. fıkrası bu fasılda hüküm bulunmayan hallerde dellalık, komisyon ve vekâlet hükümlerinin tatbiki lâzımgeldiğini bildirmektedir. Bu itibarla yukarıda 8 ve 10 numaralı bendlerde verilen izahlar acente mukavelesi sahasında da tatbik yeri bulabilirler.

Diğer taraftan yeni ticaret kanununun acentelik faslındaki 123. maddesinin son fıkrası emtia ve eşyaya arz olan hasarlardan, kusursuz olduğunu isbat etmedikçe, acentenin mesul olacağını bildirmekte; 124. maddesi acenteye bazı hususları haber verme mecburiyetini tahmil eylemekte; 125. maddesi de önleyici bazı tedbirleri almaktaki ihmalden doğacak zararın acente tarafından tazmin edileceğini derpiş etmektedir.

İşaret ettiğimiz bütün bu haller kefilin 490. madde uyarınca mesuliyetini gerektirecek kanuni neticeler arasında sayılabilirler.

(58) Aşağıda 4. f. ye bak.

Mukavelenin kusura dayanan ihlâlinin kanunî neticelerinden mühim olanlarını gözden geçirmiş bulunuyoruz. Derhal işaret etmek isteriz ki bu tâdât tahdidî mahiyette olmayıp sadece misal kabilindedir. Şu halde burada sayılan hallere diğerlerini eklemek pek alâ mümkündür.

Mukavele bahsindeki araştırmaların tamamlığını temin bakımından, akitten doğan borcun kusursuz ihlâli, akdin bozulması gibi hallerin kanunî neticeleri üzerinde de durmakta fayda olduğuna kaniiz. Bu mevzu-daki incelemeler bizi 490. maddedeki kusurun menfi yönden tahdidine götürecektir.

3. Mukavelenin kusursuz ihlâlinin kanunî neticeleri.

Şimdiye kadar kanunun sarîh ifadesine uyarak borçlunun kusurunun muhtelif tip mukavelelerdeki kanunî neticelerini inceledik. 490. maddenin 1. fıkrası bu mevzuda sadece kusurun kanunî neticesinden bahis eylediğine göre, akdin kusura dayanmayan ihlâlinin kanunî neticeleri maddenin tesir sahası dışında kalacak demektir. Çünkü borçlu dahi kaideten ancak kusurunun neticelerinden sorumludur. Borcun ifa edilmemesinde borçlunun hiç bir kusuru bulunmazsa, diğer bir deyimle borçlunun kusuru olmadığı halde borcun ifası sonradan imkânsız hâle gelirse, 117. maddede mucibince borç sukut eder. Borçlu hakkında borcun sukutu ise kefilin kefalet borcunu da söndürür. Bu suretle borcun ademi ifasında borçlunun kusuru bulunmayan hallerde borçlu gibi kefilin de mesuliyetinden bahsedilmemek gerekir. Kusura dayanmayan kısmi ademi ifada da durum aynıdır.

Fakat borçlu kusura dayanmayan bir zarardan mesuliyeti mukavele ile kabul etmiş olabileceği gibi, kanun da bazan hiç bir kusuru olmayıyan borçluyu ademi ifadan sorumlu tutmaktadır. Ezcümle zapta ve ayıba karşı tekeffülde, otelci ve ahır sahiplerinin mesuliyetlerinde durum böyledir. O halde bu gibi vaziyetlerde kefilin mesuliyeti meselesi nasıl hal edilecektir?

Bu sorunun halli için ilk önce kefalet mukavelesine bakmak lâzımdır. Eğer mukavelede bu hususa ait bir hüküm mevcut ise, yani kefil mukavelenin kusursuz ihlâlinden doğan mesuliyeti de tekabbül etmiş ise, kendisi akitteki taahhüdü mucibince mesul olur. Lâkin kefalet sözleşmesi sâkit ise yani borçluya kanunen veya akden tahmil edilmiş olan kusursuz mesuliyetlerin kefile de şamil olacağı hususunda kefalet akdinde bir hüküm yoksa ne olacaktır?

Sadece kusurun kanunî neticelerinden bahseden 490. madde hükmünün açık ifadesinden aksini istidlâl sureti ile diyebiliriz ki, asıl borç-

lunun kusura dayanmayan bir mesuliyeti mukavele ile kabul etmiş olması veya kanunda borçluya kusursuz bir mesuliyet tertip edilmiş bulunması halinde, kefil borçlunun bu husustaki tazmin mükellefiyetini de kendiliğinden deruhte etmiş sayılmaz. Hususi hâdisede borçlunun kusuru bulunup bulunmamasının veya bir kurtuluş beyyinesinin mevcut olup olmasının ehemmiyeti yoktur. Kesin olan tek nokta kötü ifanın neticesinin kanunen kusura bağlı olup olmadığıdır. Borçlunun kusurunun kanuni neticelerinden kefil sorumludur, buna mukabil akdin kusursuz ihlâlinin neticelerinden kefil sorumlu değildir.

Aşağıdaki tazmin mükellefiyetleri, kaideten kusura dayanmamalarından ötürü 490. madde şümulüne girmezler ve binnetice kefil de sorumlu mevkie düşürmezler:

a. Satım ve ıstisna akitlerinde zapta ve ayıba karşı tekeffül dolayısıyla bahis mevzuu olan tazmin mükellefiyetleri (BK. 192, 193, 202, 205, 357), bir taraftan borçlunun mukaveleden önceki bir hareketine taalluk etmelerinden dolayı ve diğer taraftan kusur şartına dayanmadıkları için kefile sâri olmazlar.

Satım fiyatının veya müteahhidin ücretinin 205. veya 360. maddelere göre tenzilinde de aynı hüküm caridir.

b. Adi kirada ve hasılat kirasında da, satımda olduğu gibi, zabıttan dolayı kiracının haiz olduğu tazminat hakkı (BK. 253, 275) kiralayanın kusuruna müstenit olmadığı gibi, hasılat kirasında defter mucibince kabul olunan eşyanın kıymet noksanı ile (BK. 293) iade zamanındaki ot, gübre vesaire noksanının tazmini (BK. 295) hakkındaki mesuliyet de kusura dayanmamaktadır⁶⁰. Binnetice bu durumlarda kefil borçlu yerine sorumlu tutulamaz.

c. Yapılmış olan masrafların tazmini mükellefiyetinin kefile de şamil olmadığı umumiyetle kabul olunmaktadır. Zira bu masraflar en sonunda sebepsiz iktisaba dayanırlar. Bu gibi masraf tazminlerine bilhassa hasılat kirasında (BK. 294, 297), ariyetde (BK. 301), vekâlette (BK. 394), vekâletsiz tasarrufta (BK. 413), vediada (BK. 464) vesairede raslamak mümkündür.

c. Borçlar kanunundaki nakliye mukavelesinde olduğu gibi (BK. 438, 439), Yeni Ticaret Kanununda da (TK. 781, 804) taşıyıcının hasar

(59) Oettinger, Festgabe NO. 72.

(60) v. Tuhr., CO II 518; Becker, art 258 NO. 3, Schönerberger, art 258 NO. 3.

ve ziyadan mesuliyeti kusura müstenit değildir. Binaenaleyh kefil eşyanın hasar veya ziyandan doğan zararın tazmininden mesul olmaz.

d. Vedia mukavelesi fashındaki hükümlere göre, otelcilerin veya umumi ahır ve garaj idare edenlerin mesuliyetleri de (BK. 478 481) kursuz bir mesuliyet olmaları hasebiyle kefile sâri değildirler.

e. Borçlar kanununun umumi hükümleri arasında yer almış bulunan 110. madde hükmüne göre başkasının fiilini taahhüt etmiş bulunan kimsenin tazminle mükellef olabileceği zarar ve ziyan da esas itibariyle kusurun bir neticesi olarak telâkki olunamaz. Kaldığı bu mükellefiyet fer'î mahiyette olan kefalet mukavelesinden kesin bir surette ayrılması gereken garanti yahut teminat mukavelesinin mevzuunu teşkil eder. Bu mukavelelerin bir tatbik hali alacağın temlikinde devir eden tarafın 169. ve sonraki maddelerde mevcut zaman mükellefiyetinde kendisini gösterir. Bununla beraber İsviçre doktrini alacağın devrinde temlik eden tarafın işbu zaman mükellefiyetinin kefalet şeklinde tesisini de mümkün görmektedir⁶¹.

f. Neşir mukavelesinde 382. madde eserin naşire tevdiinden sonra ziyaa uğraması halinde, müellifin tazminat istemeye hakkı olduğunu belirtmekte isede, işbu tazminat, kanuna göre kusura bağlı olmadığından, 490. maddeye göre kefil bundan sorumlu tutmak mümkün değildir.

g. Yardımcı şahısların fiil ve muamelelerinden dolayı borçlunun mesuliyeti meselesinde kefilin durumunun tetkiki büyük bir ehemmiyeti haizdir. Zira doktrindeki ihtilâflı durumu dolayısı ile, bu meselenin halli bazı zorluklar arz etmektedir.

Bilindiği üzere borçlu borcunu bizzat ifa edebileceği gibi, kanunun veya hal icabının müsaade ettiği yerlerde, bu taahhüdünü bir yardımcı şahıs vasıtası ile de yerine getirebilir. Üçüncü şahıs kendi yerine başkasını ikameye akden, kanunen veya hal icabı mezun olmadığı takdirde borçlu, yardımcısının (ikame edilen şahsın) ika ettiği zarardan mesuldür ve bu mesuliyet 97 ve sonraki maddelere göre kusura dayanır. Burada kusur, borçlunun mükellefiyetine aykırı olarak ikame yapması veya yar-

(61) Schönerberger, art. 171 No. 14; Becker art 171 No. 6, 11; art. 492 No. 17; Oftinger, Festgabe No. 85.

dımcı şahıs kullanmasıdır. Kusura dayanan bu mesuliyetin 490. madde şümulüne girerek kefil de sorumlu mevkie düşüreceğinde şüphe yoktur⁶².

Fakat borçlu yardımcı şahıs kullanmak salâhiyetini haiz ise, onun ika ettiği zarardan borçlu olarak yine mesul ise de bu mesuliyetin mesnedi ihtilâfıdır.

Bazılarına göre işbu mesuliyet kusura dayanmamakta ve kusur prensibi dışına çıkan özel bir mesuliyet hali söz konusu olmaktadır⁶³. Kanunun metni bu tefsir tarzına daha müsait olduğu gibi, yargıtay da bir içtihat birleştirme kararında, 100. maddede kanun koyucunun 55. maddedekinin aksine olarak bir kurtuluş beyyinesi kabul etmediğini beyan etmek suretiyle bu görüşü tamamen benimsemektedir. Türk hukukcularından bir çoğu da bu noktai nazara katılmaktadırlar^{63a}. Bu görüş kabul edildiği takdirde borçlunun yardımcısının ika ettiği zarar 490. maddenin bahsettiği kusurun kanuni bir neticesi sayılamaz ve binnetice kefil de bu zarardan mesul edilemez.

Buna mukabil diğer bazı müellifler salâhiyet dahilinde kullanılan yardımcının fiilinden doğan mesuliyetin de, salâhiyetsiz ikamede olduğu gibi, yine kusura müstenit olduğu görüşünü müdafaa etmektedirler⁶⁴. Bu hukukculara göre borçluyu, yardımcı şahıs kullandığı zaman, kusur aramamak suretiyle, daha şiddetli surette mesul etmenin manası yoktur. Borçlu yardımcısının fiilinden kendisi yapmış gibi ancak kusur halinde mesul olmalıdır. Aksi bir noktai nazar adalet hissini rencide eder.

Zürih şerhi şarihlerinden Oser eserinin birinci basımında bu mevzuda illete müstenit sorumluluğu savunduğu halde, ikinci basımda kurtuluş beyyinesini kabul etmek suretiyle esas bakımından kusura dayanan mesuliyete temayül eylemektedir. Bir çok kararlarında İsviçre federal

(62) Oftiger, Festgabe No. 73; v. Tuhr, CO, II 520; Oser, 1. bas. art. 101 No. 5; Fick, art. 101 No. 17; Saymen, Borçlar Hk. 320; Birsen Borçlar Hk. 583.

(63) Oser, 1. bas. art. 101 No. II 5; Becker, art. 101 No. 7; Oftiger, Festgabe No. 74; Guhl, OR. 139; Göktürk, Borçlar Hk. II 211.

(63a) Saymen, Borçlar Hk. 583, Göktürk, Borçlar Hk. II 211.

(64) v. Tuhr, CO, II 526; Fick, art. 101 No. 17; Rossel, CO No. 212; Funk, art. 101 No. 1. Arsebük, Borçlar Hk. 2. bas. 790, 798; Büyük hukukçu v. Tuhr, kanunun 100. (İs. BK. 101) maddesi ile 55. maddesi arasındaki farkın bir ifade hatasından doğduğunu ve bunun da şu sebepten ileri geldiğini beyan etmektedir: 1881 tarihli İsviçre BK.nun 115. maddesinde sadece gayri-meşru ikame bahis mevzuu olduğu için kurtuluş beyyinesine bittabi lüzum yoktu. Halbuki, 1911 tadili sırasında meşru ikame hali de maddeye eklendi; fakat kurtuluş beyyinesine ait kayıt unutuldu, CO, II 526 No. 44.

mahkemesi de bu son kanaata uyduğu gibi yargıtay ticaret dairesi de içtihat birleştirmeden sonraki bir kararında keza kusur nazariyesine uygun bir karar vermiş bulunmaktadır^{64a}.

Kanunun lâfzındaki kesinliğe rağmen biz de, hakkaniyete daha uygun düşeceği mülâhazası ile bu son görüşe temayül ediyoruz.

Hükmi şahıs uzuvlarının akde aykırı hareketlerini, Oftinger'in yaptığı gibi, yardımcı şahısların fiilleri ile mukayese etmenin doğru olmadığına kanaiz⁶⁵. Çünkü, uzuvların fiilleri hakkında 101. madde değil, doğrudan doğruya 96. madde tatbik edilmek gerekir. Gerçekten, Medeni kanununun 48. maddesine göre, hükmi şahısların iradeleri uzuvları vasıtasıyla ifade olunur. Uzuvlar, hukuki tasarrufları veya diğer herhangi bir fiille riyle hükmi şahsı ilzam ederler.

Şu halde hükmi şahıslar hakkında 101. maddenin tatbiki ancak uzuvların kendi yerlerine yardımcı ikame etmeleri halinde mümkün olur⁶⁶.

100. maddenin bir tatbik hali, âdi kirada ve hasılat kirasında ikinci kiracının ika ettiği zarardan birinci kiracının mesul olması keyfiyetinde kendini gösterir. Bundan başka hizmet ve istisna mukavelelerinde (BK. 320, 356), vekâlette (391) de yardımcı şahısların fiilinden mesuliyet hallerine raslanır.

4. Borçlunun mukaveleden önce veya mukavelenin akdi sırasındaki hareketinden doğan tazmin mükellefiyeti.

Borçlunun ödeyeceği tazminatın sebebi mukavelenin akdinden önce veya akdi sırasında borçlu tarafından işlenmiş olan kusurlu bir fiil veya hareket olduğu takdirde, burada kefilî mesul eden kusurun kanunî bir neticesi mevcuttur denemez. Zira kefil, malûm olduğu üzere borcun borçlu tarafından ödenmemesinden ve buna bağlı tâli neticelerden sorumludur. Halbuki, akitten önceki bir fiil veya hareketin neticesi olarak doğan zararın tazmini borcun ifası ile hiç bir surette ilgili değildir. Çünkü kusurlu hareketin vukuu zamanında henüz borç doğmuş bulunmamaktadır. Bu mevzuda aşağıdaki hususlar tebarüz ettirilebilir:

(64a) Yarg. Tic. Dairesi, 6.11.1950 tarh. Kr. Tür. içt. kül. 1951 I 230: Federal mahkeme içtihatları hak. bak. ATF 16 II 556, 34 II 522, 53 II 240.

(65) Oftinger, Festgabe No. 75.

(66) v. Tuhr, CO. II 524.

a. Esas kaide.

Genel olarak, mukavelelerin hazırlanması ve akdi bakımından taraflara objektif hüsnüniyet kaidelerinin (MK. 2) tahmil ettiği mükellefiyetlerin ihlâli şeklinde tezahür eden kusur bu meyanda sayılabilir. Şu hâdiseleri işbu mükellefiyetlerin ihlâline misal olarak göstermek mümkündür; âriyet akdinde âriyet veren şahsın verilen eşyanın tehlikeli vasıfları hakkında bilerek susması, istisna akdinde iş sahibinin müteahhide zararlı ve tehlikeli malzeme teslim etmesi, bir beyanın iki türlü anlaşılmasına sebebiyet verilmesi vesaire.

Bu gibi hareketleri akdi kusur olarak (culpa in contrahendo) telâki etmek mümkün olduğu gibi^{66a}, haksız fiil kusuru saymak da mümkündür. Fakat bizim mevzuumuzun aydınlatılması bakımından bu görüş farkının ehemmiyeti yoktur. Zira her iki halde tatbik edilecek hükümler hemen hemen birbirinin aynıdır (BK. 98). Mevzuumuz bakımından önemli olan nokta zararın borçlu tarafından borcun ifa edilmemesinin veya kötü ifasının bir neticesi olup olmadığıdır.

Kanunumuzun mukaveleden önceki veya mukavelelerin akdi sırasındaki davranışa tazmin mükellefiyeti tahmil ettiği hususî haller vardır ve bu hallerde ekseriya menfi zararın tazmini bahis konusudur. Mukavelelerin hükümsüzlüğü neticesini doğurabilen bu gibi durumlarda kefilin mesuliyeti bahis konusu olamaz.

Umumi olarak işaret ettiğimiz esasın tatbikatından olarak kanunda derpiş edilmiş olan hususî haller arasında şu noktalar zikredilebilir.

b. Rıza fesadı halleri.

Hata dolayısı ile mukavelelerin kendisi hakkında hüküm ifade etmediğini iddia eden taraf, hata kendi kusurundan ileri gelmiş olduğu takdirde, mukavelelerin feshinden mütevellit zararın tazmine mecburdur (BK. 26). Buradaki tazmin mükellefiyeti, bir taraftan akdin hükümsüzlüğü ile ilgili bulunduğu gibi, diğer taraftan da bu hükümsüzlüğün sebebi mukavelelerin akdinden önceki veya akdi sırasındaki bir davranış olmasından ötürü hâdisede borcun kusura müstenit ihlâlden bahs olunamaz. Hata halinde olduğu gibi, hile veya ikraha maruz olan tarafın iddia edebileceği tazminat da, borcun ifası ile ilgili olmayıp, mukavelelerin inşası sırasındaki kusura müstenit olmak dolayısı ile kefile sâri olmaz (BK. 31).

(66a) v. Tuhr, CO, I 169.

(67) Schönerberger, art. 39 NO. 7.

Üçüncü şahsın ikrahı halinde, bu ikraha duçar olan tarafın diğer tarafa, hakkaniyet iktiza ettiği takdirde, ödeyeceği tazminatın sebebi akde muhalif bir hareket değil, tamamiyle hususidir ve nasafete dayanmaktadır⁶⁸.

Bütün bu haller kefilin 490. maddede belirtilen mesuliyeti şümulüne girmezler.

c. Temsilde salâhiyet noksanı.

Temsil edilen şahıs veya onun halefi, temsil vazifesinin sona ermesini müteakip, salâhiyetnamenin kendisine iadesini veya mahkemeye tevdiini istemekte ihmal gösterirse, hüsniyetli üçüncü şahısların bu yüzden uğryacakları zararı tazmine mecbur olabilir (BK. 36).

Diğer taraftan salâhiyetsiz olarak temsil edilmiş olan kimse yapılan muameleye icazet vermediği takdirde salâhiyetsiz mümessil de vukua gelen zararı tazmine mecbur olur (BK. 39).

Bu iki haldeki tazmin mükellefiyetleri bir taraftan akdin hükümsüzlüğünden doğdukları, diğer cihettende akdin inşası sırasındaki kusurlu bir harekete dayanmakta oldukları için kefilin bunlardan sorumlu tutulması cihetine gidilemez.

ç. Medenî hakların kullanıma ehliyetsizliği.

Medenî hakların kullanıma ehliyeti olmayan bir kimse kendisinin ehil olduğu hakkında diğer tarafı hataya sevk etmiş ise, kanunî mümessilin mukaveleyi tasvip etmemesindeki ötürü diğer tarafın uğradığı zararın tazmine mecbur olur (MK. 395 ve kıyasen 269). İşbu tazmin mükellefiyeti de akdin inşasından önceki veya inşası sırasındaki bir kusura dayandığı için kefil mesul edilemez.

d. Zapta ve ayıba karşı tekeffül.

Satılan şeyin zaptı veya o şeyde zikrolunan vasıfların bulunmaması dolayısı ile ödenmesi gereken tazminat, haddizatında bir kusura dayanmamakla beraber huşusî hadisede bir kusurun mevcut olması hâlinde de bu kusur akdin inşası sırasında işlenmiş sayılabilir. Zira zaptı gerektiren hakkın, akdin inşası sırasında mevcut olması lâzımgeldiği gibi, satıcı akit esnasında ayıplan bilerek gizlemiş de bulunabilir (BK. 189, 196).

(68) v. Tuhr, CO. I 271; Becker, art. 29 NO. 7; Schönerberger, art 29 NO. 5; Otfinger, Festgabe NO. 58.

Kira ve ıstına akitlerinde de buna benzer hükümler mevcuttur (BK. 253, 275, 357). Bütün bu hallerde kefilin tazmin mükellefiyeti yoktur.

e. Bağışlayanın mesuliyeti.

Kanunumuzun 243. maddesinin 1. fıkrasına göre bağışlayan taraf, bağışlamadan dolayı, kendisine mal bağışlanan tarafın uğradığı zarardan hile ve ağır dikkatsizlik halinde mesuldür. Elden bağışlamada bu hâl akdin inşasından önce veya inşası sırasındaki bir kusura müstenit sayılabilir ise de, bağışlama taahhüdünde borcun kusura müstenit kötü bir ifası şeklinde de tezahür edebilir. Bu itibarla elden bağışlamada vuku bulan zarardan kefil mesul etmek cihetine gidilmemekle beraber, bağışlama taahhüdünde kefilin mesul olacağı durumun tahaddüs edebileceği düşüncesindeyiz.

f. Mudî'nin mesuliyeti.

Vedia dolayısı ile müstevdan uğradığı zararın mudî tarafından tazmin edilmesi mecburiyeti de akdin inşasından önceki bir kusura dayanabileceği gibi, borcun ifasındaki bir kusur şeklinde de tezahür edebilir (BK.464). Bu son halde kefil sorumlu olur.

5. Mukavelelinin ortadan kalkmasının kanuni neticeleri.

490. maddede bahis mevzuu olan kusurun kanuni neticesi, alacaklının ifadaki menfaati ile ilgili bulunduğundan, bu menfaatla ilgili olmayan hususlar kefil mesul eden kusurun kanuni neticesi sayılamazlar. O halde mukavelelinin ortadan kaldırılmasından yani borcun sukutundan doğan her mükellefiyet, borcun ifasındaki menfaatla ilgili olmamasından ötürü asıl borçlunun kefil de mesul eden kusurunun kanuni neticeleri dışında kalır. Çünkü mukavele ve onunla birlikte asıl borç ortadan kalktığı takdirde onun fer'i olan kefaletin de aynı zamanda sukut etmesi kanun icabıdır (BK. 113, 492). Müşahhas bir hadisede durum başka olduğu yani kefil mukavelelinin ortadan kalkması hâlinde de mesuliyeti kabul etmiş bulunduğu takdirde, ortada kefalet değil, belki bir garanti mukavelesi var demektir. Başkasının fiilini taahhüt mahiyetinde olan işbu mukavele kefaletten tamamen ayrı hükümlere tâbidir.

Aşağıdaki hususlar bu bahse girerler:

a. *Adi kârada* 250. maddenin 1. fıkrasındaki yahut 256. maddenin 2. fıkrasındaki şartlar gerçekleştiği takdirde kiracı veya kiralayan muka-

veleyi fesih edebilir ve bundan fesheden taraf lehine bir tazminat alacağı doğabilir. Gerçi sözünü ettiğimiz iki maddenin metinleri arasında bir fark vardır ve kanun 250. maddenin 1. fıkrasında "akdi feshedebilir" dediği halde 256. maddenin 2. fıkrasında "akdin feshini talep edebilir" demektedir. Fakat her iki maddedeki durumun fesih olduğu doktrin tarafından kabul olunmaktadır⁶⁹.

Aynı şartlarla mukavelenin feshi ve zararın tazminini istemek hakkı hasılat kirasında da mevcuttur (BK. 272 II).

b. *Istisna akdinde* 358. maddenin 1. fıkrasına göre iş sahibinin akdi feshetmesi de aynı esasa tabidir. Bundan başka iş, iş sahibinin kullanamayacağı ve nasafet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykır bulunursa iş sahibinin işi kabulden imtina etmesi de yine bir fesih demektir (BK. 360). Bu cihet aynı maddenin 2 ve 3. fıkralarındaki daha hafif haller için ancak fiat tenzili ve ıslâh gibi çarelere baş vurulabilmesi mecburiyetinden anlaşılmaktadır.

c. *Neşir mukavelesinde* neşir 375. maddeye göre yeni bir tabı yapmak mükellefiyetini mukaveleye aykır olarak yerine getirmediği takdirde müellif kanunda sarahat olmamakla beraber bir fesih hakkına maliktir. Madde metnindeki "neşirin hakkı sakat olur" tabiri başka suretle tefsir edilemez⁷⁰.

ç. *Ölünceye kadar bakma akdinde* kanun muhik sebeplerin mevcudiyeti hâlinde taraflardan her birisine mukaveleyi fesih etmek hakkını tanımış ve kusurlu tarafı da diğerine tazminat ödemeye mecbur tutmuştur (BK. 517).

Yukarıda saydığımız bütün hallerdeki tazmin mükellefiyetleri 490. madde şumulüne girmez ve binnetice kefilin mesuliyetini mucip olmazlar.

B — *Haksız fiilden ve sebepsiz iktisaptan doğan borçlar.*

Şimdiye kadar A harfi altında vermiş olduğumuz tafsilât mukaveleden doğan borca müteallik kusurum kanuni neticelerine dair idi. Fakat evvelce işaret etmiş olduğumuz gibi, kefalet yalnız akitten doğan borçlara münhasır olmayıp, diğer nevi borçlar hakkında da mümkündür⁷¹.

Meselâ haksız fiil ve sebepsiz iktisap borçları bu arada sayılabilir.

(69) Schönerberger, art 261 No. 13; Becker, art. 261 No. 17; Guhl, OR. S. 263.

(70) Becker, art. 383 No. 5; Oftinger, Festgabe No. 51.

(71) 4. Hk. 22.12.1929 Tar. Kr. Tepeci 658; ATF 48 II 267; Yukarıda No. 4.

I. Haksız fiilden doğan bir borca kefalet iki bakımdan tasavvur edilebilir:

Evvellâ asıl borçlunun mükellefiyeti kefaletin akdi sırasında (mukavele ile veya bir mahkeme ilâmı ile) zaten rakam olarak tesbit edilmiş bulunan bir tazminata taalluk edebilir. Bu halde borç usulü dairesinde ifa olunmadığı takdirde temerrüde müteallik neticeler meydana çıkarki bundan aşağıda bahis edilecektir.

Samiyen kefaletin müstakbel olan ve fakat hukukî muameleden değil de muhtemel bir haksız fiilden doğacak bulunan tazminat alacağına taalluk etmesi de mümkün ve kabili tasavvurdur. Fakat bu takdirde hususî bir kefalet çeşidi yani memur ve müstahdemlere kefalet bahis mevzuu olur ki bu halde borçlunun kusurunun kanunî neticeleri meselesinin bununla bir ilgisi yoktur. Çünkü bu halde kefilin mesul olduğu husus borcun aşlıdır.

II. Sebepsiz iktisapta da asıl borç ya bir şeyin yapılmasına veya bir miktar paranın ödenmesine taalluk edebilir. Her iki halde de esas itibarıyla temerrüde ait neticeler bahis mevzuu olur.

§ 6 — BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN KANUNİ NETİCELERİNDEN MESULİYET.

I. Umumiyet itibarıyla borçlunun temerrüdü ve neticeleri

490. madde kefil borçlunun sadece kusurunun değil, fakat aynı zamanda temerrüdünün de kanunî neticelerinden sorumlu tutmaktadır. O halde temerrüt nedir, temerrüdün kanunî neticelerine neler dahildir sorularının halli icabetmektedir.

Temerrüt borçlunun borcunu zamanında eda etmemesidir. Borcun ödeme zamanı ise tarafların kararlaştırdıkları ecelden (vadeden) veya işin mahiyetinde anlaşılır (BK. 74). Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifası mümkün olduğu gibi, derhal icrası da talep olunabilir. Eceli bulunmayan veya mevcut eceli inkıza etmiş olan borca muaccel borç adı verilir. Borcun muacceliyet kesbetmesi için borçluya ihbar yapılmak lâzımgelen hallerde borçlunun temerrüdünün kanunî neticelerinden kefilin de mesul tutulması için asıl borcun kefil hakkında da muaccel hale gelmiş bulunması gerekir ki, bunun için kanun kefile de ihbar yapılmış olmasını mecburi tutmuştur (BK. 491).

Borçlar kanunumuzun 101. maddesine göre borçlunun mütemerrit sayılması için borcun muaccel olması yani borcun ifasının lâzım gelmiş bulunması ve alacaklının da bir ihtarı lâzımdır. İfa gününün kesin bir şekilde tayin edilmiş olduğu hallerde, ayrıca ihtar hacet kalmaksızın, mücerret

bu günün geçmiş olması ile borçlu mütemerrit olur ki, bu gibi borçlara almanca'da "Fixgschaeft" adı verilir.

İşte borçlu alacaklınm ihtarı ile veya muayyen günün geçmesi suretiyle mütemerrit hale gelince, bundan kendisi hakkında bazı kanunî neticeler doğar. Borçlar kanunumuzun 102. ve sonraki maddelerine göre bu neticeler; kazadan mesuliyeti, geç ifadan mütevellit tazminatı, para borçlarında temerrüt faizini ve diğer munzam zararları ve nihayet 106. maddenin 2. fıkrasında derpiş olunan borcun ifa edilmemesinden mütevellit tazminatla akdin feshi edilmesi hakkını ihtiva eder. Bunlardan temerrüt (gecikme) faizi ödeme borcu ile akdin feshi imkânı borçlunun kusuru şartına bağlı olmadığı halde, 105 maddedeki munzam ve 106. maddedeki gecikme veya ademi ifa tazminatı ile 102. maddede sözü edilen kazanın borçluya yükletilmesi hali temerrütte borçlunun kusurunu gerektirir⁷², fakat kusurlu olmadığını isbat külfeti, 96. maddedeki umumî prensip dairesinde borçluya aittir (BK. 102).

II. Şimdi bu neticelerin hangisinden 490. madde mucibince kefilin mesul olduğu meselesine gelince:

Kazadan (BK. 102), gecikme faizinden (BK. 103), munzam zarardan (BK. 105), gecikmeden doğan zararlar borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazmininden (BK. 106) kefil de mesul olur. Çünkü, bunlar ifanın alacaklıya temin edeceği menfaata tekabül ederler ve borcun mevcudiyetini tazammun eylerler.

Buna mukabil, 106. maddenin sonunda zikredilen akdin feshinin neticesi olarak doğan tazminat temerrüdün kanunî, neticesi olmakla beraber kefile sari olmaz, Çünkü, akdin feshi gerek borç münasebetini gerekse bu münasebetten doğan borcu sukut ettirdiği gibi, netice itibariyle kefaletin de sönmesini mucip olur.

Fer'ilik kaidesi icabı kefil, asıl borçludan daha şiddetle veya daha geniş olarak sorumlu tutulamıyacağına göre, borçlu işaret ettiğimiz ve kefil de mesul edeceğini belirttiğimiz bu mükellefiyetlerden kendisini kurtarabildiği nisbette, kefil de mesuliyetten kurtulmak imkânına maliktir.

Borçlu gibi kefil de kusur olmaksızın ancak temerrüt faizinden sorumlu tutulabilir. Fakat, Oftinger'in iddia eder gözüktüğü gibi⁷³ kefilin tazminattan sorumlu tutulması için kusur lüzumsuz değildir. Kusur olmadığı takdirde borçlunun tazminat mükellefiyetinden kurtulması nasıl mümkün ise, kefilin de aynı şekilde kurtulması kefalet borcunun feriliğinin zarurî bi

(72) Schönerberger, art. 102 No. 29, 30; v. Tuhr, CO. II 538 No. 57. muhtemelen aksi görüşte Oftinger Festgabe III No. 89.

(73) Oftinger, a.g.m. 195 No. 89.

neticesidir. Ancak derhal işaret etmek gerekir ki, kusuru isbat külfeti alacaklıya değil, borçlunun kusursuz olduğunu isbat külfeti kefile düşer.

Temerrüdün kanuni neticeleri dışında olup, taraflarca kararlaştırılmış bulunan mukavelevi neticelerden kefil ancak daha geniş olan bu mes'uliyeti kefalet senesinde kabul etmiş bulunduğu takdirde mes'ul tutulabilir. Çünkü, burada kefilin durumunu ağırlaştırıcı tâli uyuşmalar bahis konusudur.

Borçlar kanunumuz akdın muhtelif neveleri bahsinde, esas itibarıyla temerrüde ait hususî hükümler sevk etmemiş olup, ancak menkul satımı bahsinde 211. maddede alıcının temerrüdü hakkında ve ticarî mahiyetteki satımlarla ilgili olarak 187 ve 188. maddelerde de satıcının temerrüdü hakkında bazı özel tanzim tarzı derpiş eylemiştir. Bu itibarla çeşitli mukavele tiplerini ayrı ayrı incelemeye lüzum görmüyoruz.

III. Alacaklının temerrüdü.

Tetkik mevzuumuz olan 490. madde sadece borçlunun temerrüdünün kanuni neticelerinden kefilin mesul olduğunu bildirmekte, fakat alacaklının temerrüdünden ve onun neticelerinden bahseylememektedir. Bu sükût, alacaklının temerrüdünün neticelerinden kefilin hiç mesul olmadığı manasını ifade eder. Gerçi, kefilî mesul kılabilecek bir mahiyet arz eden bazı neticeler alacaklının temerrüdü halinde de meydana çıkabilir. Meselâ, alacaklı temerrüt ettiği takdirde borçlu, BK. 91. madde uyarınca hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere borç mevzuu eşyayı tevdi hakkını haizdir. Gerçi bu masraflar ilerde alacaklıdan istirdat olunacaktır. Fakat başlangıçta avans olarak bu masrafa katlanma mükellefiyetini, 490. maddede mucibince temerrüdün kanuni neticesi sayarak, kefile tahmil etmek isteyenler vardır⁷⁴. Bu düşünce tarzı, bize göre, kanun metnini lüzumsuz yere zorlamaktan başka bir şey değildir ve tatbikatta da nadir bir ihtimal olarak meydana çıkabilir.

§ 7 — BORÇLUNUN TAKİBİ MASRAFLARINDAN VE AKDİ FAİZLERDEN KEFİLİN MESULİYETİ.

I. Dava ve takip masraflarından mesuliyet.

Kanunumuzun 490. maddesinin 2. fıkrası kefilî, bazı kayıt ve şartlarla, borçlu aleyhine açılan dava masraflarından da mesul tutmaktadır. Bilhassa para alacaklarında dava sonunda derhal icraya müracâat mutâd

(74) Oftinger, Festgabe III β.;

olduğuna göre, kanun metninin sükûtuna rağmen icra takibi masraflarında dava masrafları tabirine sokmak lâzımdır. Çünkü icra takibatı davanın bir neticesidir. Davaya lüzum görmeden icra takibatına girilen hal-lerde dahi, kefil icra takip masraflarından sorumlu olur.

1942 tarihli tadilden önce İsviçre borçlar kanununun 499. maddesinde de bizde olduğu gibi yalnız dava masraflarından bahsedilmiş olmasına rağmen doktrin ve içtihat oy birliği halinde, bu tabire icra takibinin de dahil olduğunu kabul eylemekte idi⁷⁵. Bu görüşü benimseyen İsviçre kanun koyucusu 1942 tadili sırasında icra takibi masraflarını da ayrıca zikrelemiş bulunmaktadır.

Dava ve takip masrafları borçlunun temerrüdünden doğan zararlar şeklinde telâkki olunabilir⁷⁶. Binaenaleyh bu masraflardan kefil mesul tutmak kefaletin fer'iliğinin bir neticesi de sayılmalıdır. Bunun yanında nasafet kaideleri dahi işbu masrafların kefile tahmilini icap ettirmektedir⁷⁷. Alacaklının tatmini suretiyle bu masrafların bertaraf edilmesi hususunda kefile bir imkân verilmesi nasıl nasafet kaidelerinin icabı ise, böyle bir imkâna rağmen alacaklıyı tatmin etmeyen kefilin dava ve takip masraflarından da mesul tutulması aynı şekilde hakkaniyet icabı sayılmalıdır.

Borçlu aleyhindeki davanın bertaraf edilmesi için kefile alacaklı tarafından zamanında ihtar yapılmış olması lüzumu mutlak bir surette ifade edilmiş olduğuna göre, alacaklının bu mükellefiyeti sadece âdi kefalette değil, müteselsil kefalette de mevcuttur⁷⁸. Çünkü bu son nevi kefalette dahi asıl borçlunun kefilen daha kolay ve muvaffakiyetle takibi mümkün bir borçlu olması kabili tasavvurdur.

Alacaklının kefil tarafından tatmin edilebilmesi için borç, onun hakkında da muaccel hale gelmiş olmalı ve alacaklının kefile yapacağı ihtarda ona münasip bir müddet verilmiş bulunmalıdır. Kefil için hemen daima bir para ödenmesi bahis mevzuu olduğundan ve muacceliyet tarihi de kefilce esasen malûm bulunacağından ötürü bu müddetin uzun olmasına lüzum yoktur. Bu müddet 491. madde uyarınca alacağın muaccel hale gelmesi için kefile de yapılması gereken ihbar ile birlikte tayin olunabilir. Gerek kefalet mukavelesinin hususî şartları icabı, gerekse kefile ihbar yapılma-

(75) Martin CO, II 352; Oser, 1. auf. s. 670; Becker, Art. 499 NO. 6, 9.

(76) Giovanoli, Bürgschaftsrecht art. 499 NO. 13; Martin CO. II 353.

(77) Giovanoli, Art. 499 NO. 13; Becker, Art. 499 NO. 6; Schönenberger, art 499 NO. 31; Beck, art 499 NO. 30.

(78) Becker, art. 499 No. 8; Giovanoli, art. 499 No. 13.

muş bulunması neticesinde alacak kefil hakkında muaccel hale gelmemiş ise, kefil hiç bir zarara uğramadan yani dava masraflarını yüklenmesine lüzum olmadan, alacaklının tatmin hususundaki talebini reddedebilir. Bununla beraber, alacağın kendisi hakkında muaccel olacağı tarihte alacaklıyı tatmin etmek isteyip istemediğini kefilin derhal bildirmesi lâzımdır⁷⁹.

Kefil tarafından tazmini gereken masraflar arasına ezcümle şunlar dahildir: Dava masrafları, icra takibi masrafları, ihtiyati haciz masrafları borçtan kurtulma davasına ait masraflar ve bütün bunlara müteallik vekâlet ücretleri v.s.

Asıl borcun muayyen bir miktardan için kefalet edilmiş olan hallerde raslanacağı gibi müddeabih, kefalet edilen miktardan fazla olduğu takdirde, bütün borç için değil, ancak kefalet edilmiş olan miktar için yapılması gereken masraflardan dolayı kefil mesul olur⁸⁰. İşaret ettiğimiz bütün bu masraflardan kefilin mesuliyeti onların hüsnüniyetle yapılmış olmalarına ve alacaklının her hangi bir kusurundan doğmamış bulunmalarına bağlıdır. Çünkü nasıl borçlu ve onunla birlikte kefil borçlunun kusurundan mesul iseler, alacaklı da kendi kusurundan dolayı şahsan mesul olup kefile müracaat edemez⁸¹.

Dava ve takip masrafları hakkındaki kanun hükmünü menfi yönden tahdit etmek gerekirse, denebilir ki borçlunun açmış olduğu karşılık dava masrafları, meselâ iki taraflı borç doğuran mukavelelerde karşılık taahhüdün yerine getirilmemiş olduğu hakkında alacaklı aleyhine açılmış olan dava masrafları ile, birlikte kefiller hakkında açılmış olan dava ve takip masrafları buraya girmezler⁸². Dava veya takibe başlanması için yapılması lüzumlu ihtar masraflarını da kefile tahmil etmek mümkün gözüktür ise de, feshi ihbar masraflarından dolayı kefile mesuliyet tevcih etmek doğru olmaz.

Taraflar borçlunun kusur veya temerrüdünün neticeleri hakkında olduğu gibi dava ve takip masrafları hakkında da kanunî tanzim tarzı hilâfına bir anlaşma yapabilirler. Meselâ kefil, bu masraflardan mesuliyet ba-

(79) Schönerberger, art. 499 No. 32; Becker, art. 499 No. 9.

(80) Becker, art. 499 No. 10.

(81) Schönerberger art. 499 No. 31; Beck, art. 499 No. 31; Becker, art. 499 No. 9.

(82) Beck, art. 499 No. 30; Oser, 1. bas. art. 499 No. 2; Schönerberger, art. 499 No. 32; Giovanoli, art. 499 No. 13; aksi görüşte Gut, s. 26; Fick, art. 499 No. 35.

(69) Schönerberger, 261 NO. 13; Becker, 261 NO. 17; Guhl, Or. 263.

kıymından kendisine yapılması gereken ihtardan sarfınazar edebileceği gibi, alacaklı da kefilin bu masraflardan sorumlu olmayacağını mukavele ile kabul edebilir.

II. Akdi faizlerden kefilin mesuliyeti.

Kanunun 490. Maddesinin 3. fıkrası da kefilin akdi faizlerden mesuliyeti derecesini tayin etmektedir. Bu fıkra hükmü kanuni faiz olan temerrüt (gecikme) faizi hilâfına sadece akde müstenit faizi alâkadar eder.

Bu hüküm faiz getiren borçlara kefalet halinde kefilin mesuliyetinin sermaye ile birlikte faizi de şamil olduğu hakkındaki hayat tecrübesine dayanmaktadır. Bununla beraber kanun alacaklının faizi keyfi bir şekilde şişirmesine mani olmak için akdi faizlerden kefilin mesuliyet hududunu daraltmıştır⁸³. Kefil işlemekte olan faizleri ve işlemiş faizlerden ancak bir seneliğini vermekle mükelleftir (BK. 490 III).

Mevzuun bu noktasında mühim bir mesele ortaya çıkmaktadır: İşlemiş faiz ile işlemekte olan faizi hangi zamana göre ayarlayıp birbirinden ayırmak lâzımgelmektedir? Bu mesele bir miktar paranın ödenmesine taalluk eden borçlarda kararlaştırılmış olan akdi faizin temerrüt tarihinden itibaren kanuni bir şekilde gecikme faizi haline inkilâp etmesi ile daha çetrefil bir hal almaktadır. Çünkü kefil temerrüdün kanuni neticelerinden ve bu arada gecikme faizinden, 484. madde mucibince gösterilmesi gereken azami haddi aşmamak kaydı ile, gayri mahdut surette mesul olduğu halde, akdi faizlerden mahdut surette mesul tutulmaktadır.

Yargıtay içtihatlarının tetkiki bu meselede müstekar bir içtihat mevcut olmadığını göstermektedir. Çünkü yüksek yüksek mahkeme işlemiş ve işlemekte olan faizin ayırma zamanını tayin için bazan borçlunun temerrüt tarihini⁸⁴, bazan faizin tahakkuk tarihini⁸⁵, ve bazan da kefilin dava edilmesi tarihini⁸⁶ mebde olarak almakta ve bu tarihlerden geriye (maziye) doğru olan zamana ait faizleri işlemiş faiz mefhumuna ve gelecek zamana ait faizleri de işlemekte olan faiz kavramına sokmaktadır.

Kanaatımızca meseleyi mutlak bir surette ve tek cepheli olarak hal etmek mümkün değildir. Tatmin edici bir karara varmak için durumu basite irca ederek iki hali birbirinden ayırmak, yani karz alacaklarında

(83) Schönerberger, art. 499 No. 36.

(84) 4. Hk. D. 28. 4. 1932 tar. kr. Tepeci, borçlar kanunu, 2. bas. 669.

(85) 4. Hk. D. 13.8.1952 tar. kr. Tür. içt. kül. 1952 I 940.

(86) 4. Hk. D. 3. 7. 1948 tar. kr. Tepeci 670; 4. Hk. D. 21. 11. 1952 tar. Kr. Tür. İqt. Kül. 1953 I 913

olduğu gibi sermayenin henüz muaccel olmadığı bir zamanda sadece faiz istenmesi şıkkı ile, masrafların iadesinde olduğu gibi sermaye ve faizin her ikisinin birden aynı zamanda talep edildiği şıkkı ayrı ayrı mütalâa ve tetkik etmek zaruri olacaktır.:

1. İlk önce sermayenin henüz muaccel hale gelmediği ve borçlunun sadece faizleri ödemekte geciktirdiği durumu ele alalım: Her alacak gibi faiz alacakları da ancak vadelerinde muaccel olurlar. Vade ise mukavelede taraflarca tayin olunur. Borçlar kanunumuzun karz bahsindeki 308. maddesi, hilâfına mukavele yoksa, karz borçlarında faizin senelik olarak tediyeye edileceğini derpiş eylemektedir. Şu hükümden anlaşıldığına göre taraflar ödünç vermede faizin ödeme zamanını diledikleri gibi tesbit edebilirler. Yeni ticaret kanununun 8. maddesinden de üçer aylık vadelerin kabul edilebileceği anlaşılmaktadır. Ticaret hayatında mutata olan da faizin üçer aylık, altışar aylık veya senelik vadeler sonunda ödenmesidir. Banka muamelelerinde üçer aylık vade tercih olunmaktadır. Tarafların arzularına göre bu vadelerin değiştirilmesi meselâ iki yıla çıkarılması da pek âlâ mümkündür. İşte bizim kanaatımıza göre işlemiş ve işlemekte olan faizlerin tefrikinde bu vadelerin esas olarak alınması lâzımgelir. Yoksa yargıtayın yaptığı gibi dava veya temerrüt tarihi değil.

Gerçi bu vadelerin dava tarihi, faizin tahakkuk tarihi veya borçlunun temerrüdü tarihi ile birleşmeleri mümkündür; fakat bu birleşme zaruri değildir. Meselâ, faiz için tayin edilmiş olan vadenin sonunda-ki bu zamanda faiz tahakkuk etmiş olur-derhal dava açılmak suretiyle borçlu da mütemerrit hale getirilmiş olabilir. Fakat faizin tahakkukuna rağmen davanın açılmaması da mümkündür. Binâenaleyh işlemiş ve işlemekte olan faiz bakımından yargıtayın bazan yaptığı gibi dava veya temerrüt tarihlerini değil, vade tarihini nazara almak lâzımdır ki, 4. hukuk dairesinin 13/8/1952 tarihli kararında⁸⁷ tahakkuk tarihi dediği şey bu vade tarihi olsa gerektir.

Faraziyemizde sadece faiz istenmekte olduğunu kabul ettiğimize ve faiz alacakları ancak dava veya takip tarihinden itibaren geçmiş günler faizi getireceklerine göre (BK. 104), Kefilin takibinden önceki son vadeden itibaren takip tarihine kadar olan faizler işlemekte olan faizi ve son vadeden itibaren geriye doğru olan zamana ait faizler de işlemiş faizleri teşkil eder⁸⁸. O halde 490. maddenin son fıkrasına göre kefil kendisinin takibinden önceki en son faiz vadesinden itibaren geriye doğ-

(87) Yukarıda 86 No. 11 nota bak.

(88) Beck, art. 499 NO. 24; Schönerberger, art 499 NO. 36.

ru bir yıllık faiz ile vadeden sonra takip tarihine kadar işlemekte olan faizden sorumlu tutulur. İşlemiş faizler bakımından yeni bir yılın faizinin muaccel olması ile kefilin daha eski yıl faizi hakkındaki mükellefiyetinin sukut edeceği, maddenin son fıkrasındaki tahdidin bir sonucudur.

Dava veya takip tarihinden itibaren ödenecek olan faiz, artık akdi faiz olmaktan çıkmakta ve temerrüt (gecikme) faizi adını almaktadır. Bu nevi faizden mesuliyet mahdut değildir.

Durumun daha iyi aydınlanması için bir misal verelim: Bir şahsın diğerinden meselâ dört yılda ödenmek kaydı ile 1/Ocak/1950 tarihinde 10000 lira borç almış olduğunu ve bu ödünçün her yıl sonunda ödenmek şartıyla % 7 faize tâbi bulunduğunu kabul edelim. Borçlunun faizlerden hiç birisini ödemiş olması halinde -asıl borç olan 10000 liranın henüz muaccel olmadığını düşünüyoruz - kefil alacaklıya ne miktar faiz ödemekle mükellef tutulabilir?

Faizlerin misalde verilen vadeye göre her yıl 31 Aralıkta muaccel olduğunu ve kefilin de faraza 1 Mayıs 1954 de dava edildiğini düşünecek olursak, 1 ocak 1954 den sonra dava tarihine kadar geçen zamana ait faiz işlemekte olan faizi ve 31 aralık 1953 tarihinden itibaren geriye doğru hesaplanan zamana ait faizler de işlemiş faizi temsil eder. Şu halde kefil 490. maddeye göre akdi faiz olarak 1953 yılının işlemiş faizini ve 1 Ocak 1954 den itibaren işlemekte olan dört aylık faizi ödemekle mükellef tutulacaktır. İşlemiş faizlerden 1952 ve 1951 yıllarına ait faizler, kanunun koymuş bulunduğu tahditten dolayı kefile yükletilemeyecektir.

Kanunun işlemiş ve işlemekte olan faizler hakkında koymuş olduğu tahdit edici hüküm âmîr mahiyetti değildir. Binâenaleyh bu hüküm hilaflına mukavele caizdir. Yani kefil işlemiş faizlerden daha geniş bir miktarını, faraza iki yıllık faizi veya tamamını ödemeyi kabul ve taahhüt etmiş olabilir.

Faiz vadesi senelik olarak tayin edilmiş bulunan hallerde kefil en çok iki yıllık faizden mesul olur. Eğer vade altı aylık veya üç aylık ise, kefilin mesuliyeti iki adet altı aylık veya dört adet üç aylık olmak üzere bir yıllık işlemiş faiz ile altı aylık yahut üç aylık olmak üzere de işlemekte olan faize inhisar eder^{88a}. Görülüyor ki kısa vadeli faizlerde kefilin işlemekte olan akdi faizden mesuliyeti azalmaktadır. Eğer alacaklı kendisi

(88a) Beck, art. 499 No. 24; Schönerberger, art. 499 No. 36; Mart'in CO. II 353

için asıl borç bakımından daha menfaatli olan kısa vadeli faiz kabul etmiş ise, kefalette buna bağlı olan mahzurları kabul eylemek zorundadır⁸⁹.

2. Şimdi ikinci şıkkı yani borçlunun asıl borçla birlikte faizi ödemekte mütemerrit bulunduğu hali gözden geçirelim. Burada durum yukarıdaki bir az başka olacaktır. Zira asıl sermayenin ödenmesi hususundaki borçlunun temerrüdü tarihinden itibaren mukavelevi faizler artık mahiyet değiştirecek ve temerrüt (gecikme) faizi haline inkılâp edeceklerdir (BK. 103). Temerrüt faizlerinden ise kefilin mesuliyeti sınırlı değildir⁹⁰. Çünkü temerrüt faizi 490. maddenin şümülü tahdit edilmiş olan 3. fıkrasındaki akdi faiz mefhumuna değil, ifadesi mutlak olan 1. fıkradaki temerrüdün kanuni neticeleri tabirine girmektedir. Böyle olunca da, kefil borçlunun sermayeyi (asıl borcu) ödemekteki temerrüdü tarihinden itibaren geçmiş günler faizinden gayrimahdut surette mesul olur. İşlemiş olan faizlerden mesuliyet yine akdi faiz olarak bir yıl ile mahduttur. İşlemiş ve işlemekte olan faizleri ayırmak için burada borçlunun temerrüdü tarihinden önceki en son vadeyi nazara almak icap edecektir. Bu vadeden öncekiler işlemiş faizi ve vadeden temerrüt tarihine kadar olanlar da işlemekte olan faizi ifade ederler. Temerrüt tarihinden sonraki faizler ise geçmiş günler veya temerrüt faizi adını alırlar.

Tazminat veya masrafların iadesi gibi borçlarda faiz, zararın takdiri için esas tutulan günden veya masrafın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Kanun bu ciheti vekâlette, vekâletsiz tasarrufta, komisyonda ve vâdi şirkette açıkça belirtmiştir (BK. 394, 413, 422, 527 II). Bu gibi tazminat veya iade borçlarında faizin ödeme vadesi bahis mevzu olamayacağına göre, asıl borcun ödenmesi hususundaki temerrüden itibaren geçmişe raci olan faizler işlemiş faizi ve geleceğe muzaf olanlar ise işlemekte olan temerrüt faizini ifade ederler.

Faizin yüzdesine gelince, kefil ve alacaklı bunu murabaha nizamnamesi ve ödünç para verme hakkındaki kanun hükümleri dairesinde tayin edebilirler. Çok zaman bu miktar yani faizin yüzdesi alacaklı ile borçlu arasındaki esas mukavelede mevcut olan yüzdenin aynı olur. Fakat kefilin asıl borçludan daha düşük veya daha yüksek bir faiz ödemeyi kabul etmesi muteberdir.

Faiz kararlaştırılmış olup da yüzdesi tayin edilmemiş bulunduğu takdirde, kefil kanuni had dahilinde % 5 faizden mesul edilebilir; yoksa

(89) Schönerberger, art. 499 No. 36; Martin CO. II, 353, 354

(90) Gut, 23; v. Tuhr CO. II 543 No. 25; Beck, art. 499 No. 26; Schönerberger, art. 499 No. 36, art. 104 No. 6,

asıl borçlunun yüklenmiş olduğu faiz yüzdesinin kefile şümulü yoktur⁹¹. Ticari işlerde de kefalet faizinin miktarı esas itibarıyla BK. nun 72. maddesinde olduğu gibi % 5 dir. Bununla beraber faizin işlemeye başladığı tarihte ödeme yerinde benzer muameleler için daha yüksek bir faiz ödenmekte ise bu faiz miktarı esas tutulur. Ticari işlerde temerrüt faizi % 10 dur (yeni TK. 9).

490. maddenin faizler hakkındaki hükmünün faiz dışında kalan ve fakat ona benzeyen diğer tâli alacaklara ve meselâ sigorta bedellerine, mukavelenin inşası masraflarına ve saireye şamil bulunup bulunmadığı sorulabilir. Bu meseleyi halletmek için faiz tabirine nelerin dahil olduğunu bilmek lâzımdır. Ödünç para verme işleri kanununun 15. maddesine göre faiz tabirinde borçludan komisyon, hesap masrafı vesair her ne namı ile olursa olsun alınan para dahildir.

Ancak tahakkuk eden sigorta bedeli, ardiye ve ekisper ücreti ile damga resmi ve muamele vergisi faiz tabirinden hariçtir.

O halde kefil, faiz tabirine dahil olması dolayısı ile komisyondan ve hesap masrafından da mesuldur. Esasen komisyon câri konuşma dilinde faizin başka bir şekilde ifadesidir⁹². Buna mukabil sigorta bedeli, ardiye ve eksper ücreti, damga resmi ve muamele vergisi faiz tabirinden hariç oldukları için kefilin bu gibi tâli alacaklardan mesuliyeti kefalet senedinden açıkça anlaşılmadıkça, böyle bir mesuliyet reddedilmelidir. Fakat meselâ kefilin faiz, komisyon, avans vesair ücret ve masraflardan mesul olacağı şeklinde bir şartın mevcudiyeti halinde kefilin sorumlunun faize dahil olmayan diğer tâli alacaklara da sari ve şamil olacağını kabul etmek lâzımdır⁹³.

Câri hesap münasebetlerinde işlemiş olan faizler tarafların anlaşması icabı bakiyeye ilâve edildiği takdirde, 490. maddenin 3. fıkrası hükmü uygulanmaz. Zira bu halde faiz borcu tecdit edilmiş ve asıl sermayeye eklenmiştir. Bununla beraber hesap kesildikten sonra dahi sermaye ve faizin ayrı muameleye tabi olacağını taraflar kararlaştırmışlar ise durum başkadır⁹⁴.

(91) Giovanoli, art. 499 No. 14; Yarg. 4. Hk. D. 20. 3. 1954 tar. kr. Ad. der. 1955 2 164..

(92) Oser, I. bas. art. 499 No. 2c; Becker, art. 499 No. 5; Schönerberger, art. 499 No. 37

(93) Schönerberger, art. 499 No. 37; Becker, art. 499 No. 5;

(94) Giovanoli, art. 499 No. 15; Schönerberger, art. 499 No. 38; Becker, art. 499 No. 7.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLAR KANUNUNUN 484. MADDESİ İLE 490. MADDESİ
ARASINDAKİ MÜNASEBET.

§ 8 — MESELENİN VAZ'I.

Şimdiye kadar kefilin mesuliyetinin şiddet ve şümülünün nerelere kadar gideceğini hadiseleri ve muhtelif borç kaynaklarını incelemek suretiyle izaha çalıştık. Etüdümüzün bu noktasında, temamiyeti temin maksadı ile, borçlar kanunumuzun 484. maddesi ile 490. maddesi arasındaki münasebeti de tetkik ve tesbit etmek bir zaruret halini almaktadır.

I. İki madde hükmünün karşılaştırılması.

Borçlar kanunumuzun 484. maddesi kefalet akdinin şekle müteallik şartlarını tesbit ederken: "Kefaletin sıhhati tahriri şekle riayet etmeye ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkıftır" demektedir. Bu suretle kanun kefaleti sadece yazılı şekle tabi tutmakla iktifa etmemekte, bundan başka kefilin mesul olacağı muayyen bir miktarın gösterilmesini de yine şekle müteallik bir müteberlik şartı olarak derpiş eylemektedir. Bu hükmün tabii ve zaruri neticesi, kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar gösterilmemiş olan kefaletlerin hükümsüz olmasıdır⁹⁵. Bu şartın yerine getirilmiş olup olmadığını hâkim resen nazara almakla mükelleftir⁹⁶. Bu hükmü koymak suretiyle kanun koyucusu kefilin ne miktar bir mesuliyetle karşılaşacağını önceden bilmesi imkânını hazırlamak ve böylece kefilin himaye etmek istemiştir.

Diğer taraftan, kefilin mesuliyetinin şümülüne dair olup, diğer paragraflarda izahına çalıştığımız 490. madde ise, kefilin mesuliyetini asıl borç yani sermaye dışında tâli bir takım neticelere de teşmil eylemektedir⁹⁷. Bu hükme dahil olan kalemlerin değişik şümülü, kefilin mesuliyet mik-

(95) Yarg. 12. 4. 1944 tar. içt. bir. kr. Tepeci 659; 3. Hk. D. 28. 12: 1951 tar. kr. Türk içt. küll 1953 I 916; Schönerberger, art. 493 No. 36; Beck, art. 493 No. 15,25

(96) Yarg. 12.4.1944 tar. içt. bir. kr. Tepeci 659; Beck, art. 493 No. 15

(97) Kefilin mesuliyetinin şümülünü tayin ve tavzih eden 490. madde hükmü sadece Türk-İsviçre hukukunun bir hususiyetini teşkil etmez; diğer milletlerin mevzuatında da buna benzer hükümlere rastlanır. Ezcümle Alman (BGB § 767), Fransız (CCF art. 1026), İtalyan (CCI art. 1900) ve Avusturya (ÖBGB § 1353) medenî kanunlarında da ufak tefek farklarla aynı hükümler mevcut bulunmaktadır. Buna mukabil, kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar gösterilmesi hakkındaki hüküm, İsviçre-Türk hukukunun bir özelliğini teşkil eylemektedir; çünkü, tetkik edebildiğimiz diğer milletlerin mevzuatında böyle bir hükme raslanmamaktadır.

tarını önceden tesbite imkân vermeyecek bir genişlik arz etmektedir. Asıl borç miktarı malum olsa bile, tâli neticeleri önceden kestirmek, bunların değişik ve elâstiki olan mahiyetleri icabı mümkün değildir.

Kanunun bu iki hükmü karşılaştırıldığı zaman, derhal bu iki maddedeki esasların birbirleri ile çatışma istidadında oldukları göze çarpar. Filhakika 484. madde kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar gösterilmesini emrederken bir taraftan onun mesuliyet sınırını tayin ve tahdit etmek, diğer taraftan da kefilin mesul olacağı miktarın kendisi tarafından daha akdın inşası sırasında bilinmesine imkân sağlamak istediği halde, yine kefilin mesuliyeti meselesi ile ilgili olan 490. madde kefilin asıl borçtan (sermayeden) başka bir takım tâli neticelerden de mesul kılmak suretiyle onun mükellefiyetinin sınırlarını genişletebilecek ve yüklendiği mesuliyetin şümulünü önceden bilmesine mani olacak bir manâ taşımaktadır. Çünkü yukarıdan beri verilen izahlardan anlaşılacağı üzere, kefaletin devamı esnasında asıl borç bile muhteva ve şümul bakımlarından değişikliklere uğrayabileceği gibi, borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticeleri ile dava ve takip masrafları ve akdi faizlerden mürekkep olan tâli borçlar dahi kefilin yüklendiği mesuliyetin şümulünü önceden kestirmeye imkân veya hiç olmazsa kolaylık vermeyecek bir ölçüde genişletmek istidadını göstermektedir. Diğer paragraflarda gözden geçirilmiş olduğumuz hâdiselerin yakından tetkiki bu ciheti bütün açıklığı ile meydana çıkarmaktadır. Bu sebeple diyebiliriz ki hadiselerin sadece vukuundan önce değil, hatta sonra dahi müşahhas bir tazminatın 490. madde şümulüne girip girmediğinin ve böylece kefilin mesul edip etmediğinin tayini hususu bir çok münakaşaları mucip olmakta ve meselenin halli bu yüzden hiç de kolaylık arz etmemektedir. O halde kanunun aynı müesseseye taalluk eden iki hükmünün birbirine zıt istikametlerde işlemek suretiyle yekdiğerini tamamlamadığı bir vakıdır. Bu durum karşısında iki hüküm arasındaki münasebetin tetkiki ve arada bir zıddiyet ve çatışma varsa bunun giderilmesine çalışılması gerek nazari bakımdan gerekse pratik yönden büyük bir önem kazanmaktadır.

Şimdi bu iki madde hükmünü uzlaştırmak nasıl mümkün olacaktır? Kefilin 490. maddede şümulü tesbit edilmiş bulunan mesuliyeti 484. madde uyarınca gösterilmesi gereken muayyen miktarı aşabilecek midir, aşamayacak mıdır? Diğer bir tabirle 484. maddenin muayyen miktar şartı kefalet edilen paranın sadece sermaye miktarına taalluk edip 490. maddeki tâli neticelerle ilgili borçlar bunun dışında mı kalacaktır, yoksa o tâli borçlar dahi muayyen miktar şartının içine girerek kefil hiç bir zaman o had dışında mesul edilemeyecek midir?

Meselenin pratik bakımdan da büyük bir önem arzettiğine evvelce işaret eylemiştik. Filhakika 490. maddede hükme bağlanmış olan tâli mahiyetteki kanuni neticelerle dava masrafı ve akdi faizlerin rakamla yekûn tutarı hayli kabarıp olabileceği gibi bu tutarın önceden tesbit olunması da hayli müşkil ve hatta bazan belki de imkânsızdır. Bu itibarla 484. maddede şekle ait bir mutaberlik şartı olarak derpiş edilmiş olan azamî miktarın 490. madde hükmünden doğan tâli neticelerin dununda kalması mümkün ve hatta çok zaman muhtemeldir.

Bu takdirde yani azamî miktarın asıl borç ile tâli neticeler yekûnundan daha aşağı olması halinde, kefil alacakhya karşı hangi miktara kadar mesul tutulacaktır? Meselenin daha iyi canlanması için bir misal verelim:

Devlet hesabına okuyan bir öğrencinin tahsil masraflarını temin etmek maksadı ile 10000 liralık bir kefalet akti yapılmış olduğunu farzedelim. Öğrenci kendisine yapılan fiili masraflar tutarı 9000 lira ile temerrüt faizi, akdi faiz ve dava masrafları tutarı da 3000 lira olmak üzere top yekûn 12000 lira borçlu bulunsun. Kefil 10000 liraya kefalet etmiş olduğuna göre, 12000 liralık borçtan sadece 10000 lirasını ödemekle mükellef tutulacaktır, yoksa sermaye ve tâli neticeler yekûnu olan 12000 ırayını ödemesi icap edecektir.

Mesele dokrinde ve içtihatla hayli münakaşalıdır.

Bazıları azamî kefalet miktarının ancak sermayeye taalluk ettiği ve bütün tâli neticelerin buna ayrıca eklenmesi gerektiği kanaatindedirler. O halde bu görüşe göre tâli neticelerle birlikte borç miktarı, kefilin kabul ettiği kefalet miktarını aşsa dahi kefil mesul olacaktır. Ancak asıl borç miktarı gösterilen mesuliyet meblâğını aşdığı takdirdedir ki, kefil asıl borcun fazlası için mesul olmayacaktır⁹⁸.

Buna mukabil diğer bir kısım müellifler de, kefalet senesinde işaret edilmiş olan mesuliyet miktarının 490. maddede bahis mevzuu olan borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticeleriyle genişletilemeyeceği ve fakat akdi faizlerle dava ve takip masraflarının bunun dışında kalacağı, binaenaleyh faiz ve masraflar için tesbit edilmiş olan azamî miktar dışında mesuliyet carî ise de, kusur ve temerrüdün kanuni neticeleri bakımından azamî had dışında mesuliyet mevcut olmayacağı fikrini müdafaa etmektedirler⁹⁹.

(98) Fick, art. 493 No. 52, 53; art. 499 No. 23, 26; Reichel, zum Bürgschaftsrecht SJZ 20 173; Rossel, CO No. 891; Karatay, İsviçre BK.nun değişen kefalet hükümleri üzerinde mukayeseli bir inceleme (İst. Baro dergisi 1952 11-12 sh. 630).

(99) Becker, art. 493 No. 10; ATF. 49 II 376 (JDT. 1924 I 290).

Üçüncü bir ihtimal olarak bazı müellifler ise, kefilin mesuliyetinin hiçbir zaman 484 (Is. BK. 499). maddeye göre tayin edilmiş bulunan miktarı aşmayacağını savunmaktadırlar¹⁰⁰.

Nihayet son bir fikre göre de bu hususun halledilmesi için tarafların iradelerine bakılmalıdır¹⁰¹. Bu son görüşün, meseleyi çözüme yarayacak hiçbir ölçü veremediği kanaatındayız. Zira, fikrimizce, esasen münakaşa konusu olan cihet budur; yani taraflar mukavelelerinde bu cihetleri aydınlatmamışlarsa, nasıl hareket olunacağı ve hangi hükmün tatbik edileceği münakaşa edilmektedir. Diğer taraftan kanunun 484. maddesinde muayyen miktara taalluk eden hükmün bir şekil kaidesi koyduğu kabul edilecek olur ise, bunun hilâfına mukavele yapılıp yapılmıyacağı meselesi de ayrıca tetkik edilmek icabeder.

Meseleyi bu şekilde vazetiktikten sonra muhtelif ihtimalleri nazara alarak tetkikatımızı ilerletebiliriz. Ancak etüdün bu noktasında bir cihete işaret etmek faydalı olur: Yukarıda da hatırlattığımız gibi inceleme konumuzun teşkil eden meseledeki münakaşanın asıl sebebi kefalet hukukunun iki mühim esasının karşı karşıya gelmesi ve arada bir çatışma ihtimalinin meydana çıkmasıdır. Türk borçlar kanununa İsviçre yolu ile girmiş olan bu iki hükmün İsviçre hukukundaki inkişaf seyrini takip ve tetkik etmek meselenin halli için lüzumludur.

Borçlunun bir kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden mesuliyet sadece İsviçre hukukunda mevcut olan bir esas değildir. Bu esas Roma hukukunda ve müsterek hukukda mevcut olduğu gibi, Alman medeni kanununda ve İsviçrenin 1881 tarihli borçlar kanununda da yer almış bulunmaktadır. 1911 tarihli tâdil sırasında bu hüküm aynen yeni borçlar kanununa da girmiştir. Diğer memleketlerin mevzuatında dahi aynı hükümlere ufak tefek farklarla rastlanmaktadır.

Buna mukabil mesuliyet miktarının tayini hususundaki 484. madde İsviçrenin 1881 tarihli kanununda mevcut olmadığı halde, borçlar kanununa 1911 tadili sırasında eklenmiştir. Bu hüküm, İsviçreden iktibas olunan Türk borçlar kanunu istisna edilirse, diğer yabancı hukuklarda mevcut değildir. Binaenaleyh kanunumuzun 484 ve 490. maddeleri arasındaki münasebetin tetkik ve tesbitinde mukayeseli hukukdan istifade etmek ve meselâ Alman veya Fransız hukukundan faydalı karşılaştırmalar yapmak imkânı bulunmayacaktır. Bununla beraber İsviçrede kanuni hü-

(100) Gut'dan naklen Thalmann 53; Schulthess 106.

(101) Oftinger'den naklen Tobler, der Scutz des Bürgeren gegenüber dem Glaubiger s. 51 ve müt.

kümler değişmiş olmasına rağmen mahkeme içtihatlarının ve doktrinin bize bu hususta kıymetli yardımlar sağlayacağı muhakkaktır. Bu münasebetle gözden uzak tutulmaması gereken bir nokta da şudur ki İsviçre hukuk edebiyatında bu mevzu üzerinde uzun zaman devam etmiş olan tartışma nihayet kefalet hukukunun bahsettiğimiz son tadili sırasında, meselenin kanun koyucu tarafından cevaplandırılmış olması dolayısı ile sona ermiştir.

Kanunumuzun 484 ve 490. maddelerine tekabül eden İsviçre borçlar kanununun 493 ve 499. maddelerinin 1942 tadilinden önceki şekli bizim kanunun ifadesinin aynı iken, tadilden sonra bu maddeler şu şekli almışlardır:

“Madde 493 — Kefalet akdinin muteber olması için kefilin... mesuliyetinin taalluk ettiği meblâğın adet olarak belirtilmiş azamî haddinin kefalet senedinde gösterilmesi şarttır...”

“Madde 499 — Kefil bütün hallerde ancak kefalet senedinde gösterilmiş olan azamî meblâğ miktarınca mesuldür.

Bu azamî hudut dairesinde kefil, hilâfına mukavele yoksa, aşağıdaki hususlardan mesul olur”.

Bu maddenin diğer fıkralarında borçlunun kusurunun veya temerrüdünün kanuni neticelerinden, dava ve takip masrafları ile akdi faizlerden kefilin ne şartlar altında mesul olacağı belirtilmektedir.

İsviçre borçlar kanununun meselemizle ilgili olarak yukarıya metinlerinin bir kısmını aktarmış olduğumuz hükümleri, kefalet senedinde gösterilmiş olan miktarın kefil için azamî mesuliyet hududu olduğunu, bu hudut dışında kefilin hiç bir suretle mesul etmenin artık mümkün olmadığını açıkça ve âmir bir şekilde tesbit etmiş bulunmaktadır. Kanunun bu hükümlerinin, federal mahkemece eski kanun hükümlerine müsteniden çok gevşek olarak verilmiş olan kararların bir aksülameli olduğu muhtelif vesilelerle ifade edilmiş bulunduğu gibi, bizzat federal mahkeme dahi kanun tarafından konulmuş bulunan şekil şartlarının aşırı derecede hafifletilmesinden dolayı içtihadının tenkit edildiğini itiraf eylemektedir¹⁰².

II. Muhtelif ihtimaller.

Borçlar kanunumuzun 484 ve 490. maddeleri hükümlerinin birbirleri ile münasebetleri bakımından muhtelif ihtimaller nazara alınarak

(102) ATF. 64 II 346 (JDT 1939 I 172); Martin CO II 335; Beck, art 493 No. 24; Schönerberger, art. 493 No. 3, 4.

tetkik edildiği takdirde meselenin hal şeklinin daha basit bir durum arzedeceği muhakkaktır. İşte bu düşünce ile, bu ihtimalleri birer birer gözden geçirmek istiyoruz :

1. Kefalet mukavelesinin şekline taalluk eden 484. maddedeki mânâda tayin edilmesi gereken azamî miktar borcun sermayesi ile birlikte borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinin, faiz ve dava masraflarının toplamından daha yüksektir. Meselâ kefil 10000 liraya kadar mesuliyet kabul etmiş bulunduğu halde resülmal, kanunî neticeler, faiz ve diğer masraflar yekûnu ancak 9000 liraya yükselmektedir. Bu takdirde mesele kendiliğinden halledilmiş olur. Zira kefilin mesul olmayı peşinen kabul etmiş olduğu miktar 490. maddenin muhtelif fıkralarında derpiş edilmiş bulunan münferit kalemler toplamından daha yüksek olduğuna göre kefilin bütün neticelerden sorumlu tutulmasının münakaşa edilecek tarafı kalmıyor demektir.

Tesbit edilmiş bulunan azamî miktarın münferit kalemler toplamına eşit olması halinde de durum aynıdır, yani kefil borcun aslı ile birlikte bütün diğer neticelerden de sorumludur.

2. Kefilin mesul olmayı kabul ettiği azamî miktar asıl borcun sermaye miktarından da düşüktür. Bu takdirde mahdut mesuliyetli bir kefalet karşısında bulunulduğunu kabul etmek gerekir ve meselenin halli de zannımızca yine kolaydır.

Kefil sermaye (asıl borç-) bakımından dahi muayyen bir hadde kadar mesuliyeti kabullenmiş olduğuna göre, o hududu aşacağı gayet tabii olan diğer neticeler için kefilin mesul olmayı kabul eylediği zaten iddia olunamaz. Böyle bir iddia hâdiselere ve mantık kaidelerine uymaz. Binaenaleyh kefil bu halde ancak sermayenin kendisince tekeffül edilmiş olan miktar üzerinden mesul olur. 490. madde hükümlerinden doğan diğer neticeler için onun mesuliyeti cihetine gidilemez. Meselâ satım bedelinden veya karzdan doğan 10000 liralık bir borç için kefil kefalet senesinde 5000 liraya kadar mesuliyet kabul etmiş olduğunu beyan etmiş ise kefil ancak o miktar için mesul tutmak mümkün olur; asıl borcun geri kalan 5000 lirası ile tâli neticelerden dolayı onun mesuliyeti cihetine gidilemez.

3. Kanununun 484. maddesi uyarınca tesbit edilmiş olan azamî miktar asıl borcun sermaye miktarı ile aynı seviyededir ve kefil bütün belgelerde kendi mesuliyetini vuzuhla ve gayet sarîh olarak bu miktar ile tahdit etmiş bulunmaktadır. Kefilin böyle hareket etmek suretiyle kendisinin mesuliyetini rasülmal ile sınırlamak ve diğer neticeler hakkındaki me-

suliyetini reddetmek istediği şüpheden azâde bir şekilde anlaşılacaktır. Bu faraziyede dahi, 2 numarada beyan ettiğimiz gibi, mahdut mesuliyetli bir kefaletin mevcudiyetini kabul eylemek ve kefilin ancak asıl borç miktarından sorumlu olduğu, fakat diğer neticelerden dolayı mesuliyetinin mevcut olmadığı sonucuna varmak gerekir.

4. Kefil sermaye için değil de, sırf tâli neticeler için mesuliyeti açıkça kabul eder şekilde kefalette bulunmaktadır. Tâli neticelerin toplamı kefaletin akdi esnasında belli olmasa bile, kefilin mesuliyetinin azamî miktar gösterilmiş olmak şartı ile, kefalet muteberdir ve kefil taahhüt ettiği mükellefiyetine uygun olarak mesul olur¹⁰³. Ancak mesuliyetin şümulü bakımından 1-3 No. lı bendlerde beyan olunan hususlar, uydukları nisbette, bu nevi kefalete de tatbik olunurlar.

5. Kefil yazılı beyanında sadece sermaye miktarı için değil de, diğer neticeler için dahi mesuliyeti açıkça kabul eylemektedir. Ancak 484. madde mucibince kefalet senedinde tayin edilmiş olan miktar sermayeden daha yüksek olmakla beraber bütün kalemler toplamından düşük bulunmaktadır. Meselâ resülmal (asıl borç) miktarı 2000 lira olan bir borç için 3000 liraya kadar kefalet ettiğini bildiren kefilin kefalet senedinde borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticeleri ile faiz ve dava masraflarından da mesul olmayı açıkça kabul eylemiş bulunduğunu farz edelim. Fakat neticede asıl borç dahil bütün kalemler yekûnu kefilin mesul olmayı kabul ettiği 3000 lirayı aşmış ve 3500 liraya çıkmış ise durum ne olacaktır? Kefilin mesuliyeti peşinen kabul eylemiş bulunduğu 3000 lira ile mahdut mu kalacaktır, yoksa diğer neticelerden mesuliyeti açıkça kabullenmiş bulunduğu düşünülerek azamî miktardan aşan diğer neticelerden de hudutsuz bir şekilde sorumlu mu tutulacaktır ?

Burada kefilin 2. ve 3. No. da beyan ettiğimiz gibi mahdut mesuliyetli bir kefalet akdetmek niyetinde olduğu ve iradesini ona göre ızhâr ettiği iddia olunamaz. Çünkü eğer onun böyle bir niyeti olsa idi, 3000 liralık mesuliyet miktarı gösterdikten sonra, tâli neticeler için mesuliyetini tesis eden mukavele hükümlerini kefalet senedine dercetmez; bilâkis mesuliyetinin hududunu genişletebilecek olan bu ifadeler yerine bu mesuliyeti tahdit edecek diğer tabirler kullanırdı. Böyle olmadığına göre burada mahdut mesuliyetli kefalet bahis mevzuu olamaz. Olsa olsa kefilin mesuliyeti miktarını tesbit meselesinde hataya düşmüş olduğu, borcun aslı ile birlikte tâli neticeler toplamının bu miktarı aşmayacağı zehabında bulunduğu düşünülebilir.

(103) Reichel, Zum Bürgschaftsrecht SJZ. 20 173; Oftinger, Festgabe No 103

484. madde ile 490. madde hükümleri arasında çatışma çıkabilecek olan ilk ihtimal budur. Bu ihtimal bizi kefilin mesuliyeti miktarı tesbit edilmiş olmasına rağmen, işbu miktar dışında mesuliyet deruhte etmek iradesinin muteber olup olmayacağı meselesi ile karşı karşıya getirmektedir. Gerçi bu meseleye verilecek cevap kanunun 484 ve 490. maddeleri arasındaki münasebeti kendiliğinden halledecektir. Fakat bu husustaki cevap aynı zamanda aşağıda bahsedeceğimiz ihtimalin çözüm tarzına da müessir olduğundan bu ihtimali de ifade eyledikten sonra, her iki ihtimale şamil olmak üzere meseleyi mevzu hukuk bakımından incelemek ve hal etmek daha doğru olur sanırız.

6. Son bir ihtimal olarak, mutlak şekilde bir kefalet vukubulmuş olup da, kefilin tâli neticelerden mesul olup olmayacağı cihetinin meskût geçildiği, ancak kefaletin muteberlik şartı olarak tespit edilmiş olan miktarın resülmal ile birlikte tâli neticeler toplamından daha aşağıda olduğu hali nazara almak lâzımdır.

İşte sözü edilen iki hüküm arasında çatışma doğabilecek olan ikinci ihtimal budur. Şimdi bu iki ihtimale göre meseleyi mevzu hukuk bakımından ele alalım.

§ 9 — MEVZU HUKUKA GÖRE MESELENİN HALLİ

I. Muayyen miktar tabirine verilen muhtelif manalar.

Kanunun 484. ve 490. maddelerinde vazedilen iki hüküm arasındaki hakiki çatışma ve bu itibarla çözülmesi gereken hakiki mesele yukarıda 5 ve 6 numaralı bentlerde belirtmiş olduğumuz iki halde ortaya çıkmaktadır. Bu iki halde kefilin mesuliyetinin şümulü ne olacaktır? Yani kefil tarafından kabul edilen mesuliyet miktarı, tâli kalemler de dahil olmak üzere bütün borç miktarından daha düşük olduğu takdirde kefil fazla miktar için mesul olacak mıdır, olmayacak mıdır?

İsviçre BK. nun 493. maddesinin 1942 tarihli tadilinden sonraki şekline göre kefil, azami miktar dışında, kanunun sarıh ve âmir hükmü icabı, hiçbir suretle mesul edilemez. Fakat 493. maddenin tadilinden önceki ifadesi Türk BK. nun ifadesinin aynı idi ve İsviçrede bu maddenin muayyen miktara ait hükmünün tatbikatında hayli görüş ihtilâhı mevcuttu.

Müelliflerin ekseriyeti ve federal mahkemenin hâkim içtihadı yukarıda 5 ve 6 numaralı bentlerde belirttiğimiz iki hal için de kefilin azami miktar dışında da mesul edilebileceği tezini benimsemekte idiler¹⁰⁴. Bu te-

(104) Oser, art. 499 No. 7; Martin, CO. II 353, 356; ATF 61 II 991, 57 II 518.

ze göre, muayyen miktar sadece borcun aslı ile ilgili olup, tâli neticeler bu miktarın dışında kalırlar. Bu sebeple, kefilin taahhüt ettiği miktar asıl borcu karşıladıktan sonra, diğer tâli neticeler için kefilin ayrıca mesuliyet deruhde etmiş olup olmamasının önemi yoktur. Kefaletin miktar bakımından mahdut olduğu hakkında bir kayıt ve şart bulunmadıkça, işbu miktarı aşan kısım hakkında da kefil, sarih bir taahhüde lüzum olmadan, kanun icabı mesul sayılmakta idi.

Buna mukabil, diğer bazı müellifler de iki hali birbirinden ayırmak istemekte ve 5 numaralı bentte izah ettiğimiz kefilin tâli neticelerden sarahaten mesuliyet kabul ettiği şık için, kefilin muayyen miktar dışında da kendisinin açık taahhüdü icabı mesuliyeti mevcut olduğunu; fakat 6. bentte sözü edilen ve fazla miktar için kefilin mesuliyeti sakit geçilen hal için kefile mesuliyet tertip etmenin doğru olmayacağı fikrini beyan etmekteydiler¹⁰⁵.

Eski kanun zamanında İsviçrede bu mevzuda hâkim olan kanaati benimsemediğimiz gibi; düşüncemize göre, bahsettiğimiz iki hali de aynı mütalaaya lüzum yoktur. Çünkü 484. maddenin muayyen miktar iraesî hususunu derpiş eden hükmü bir şekil kaidesi olması dolayısı ile âmir mahiyettedir. Bu itibarla işbu hüküm hilâfına anlaşmanın caiz olmaması yani tarafların kendi iradeleri ile bu şekil hükmünü kısmen veya tamamen bertaraf edememeleri gerekir. Nitekim taraflar kefaletin aynı maddede hükme bağlanmış bulunan yazılı olmak şartını da, kendi rızaları ile bertaraf ederek sözlü bir kefalet anlaşması yapamazlar. Yapılacak böyle bir anlaşma muteber olmaz. Yargıtay 4. hukuk dairesi eski bir kararında bu fikri teyit ve hatta daha da takviye ederek, senette kefilin imzası bulunmadığı takdirde mücerret kefaleti ikrar eden kefilin ilzam olunamayacağını içtihat etmiş bulunmaktadır¹⁰⁶.

Böyle şifahi bir kefalet anlaşması veya hatta bu husustaki adli bir ikrar başlangıçta muteber olmadığı gibi, işbu muamelelere istinad ederek kefalet borcu yerine getirilmiş olsa dahi verilenin istirdadı mümkündür. Zira Alman hukukundakinin aksine olarak¹⁰⁷ Türk-İsviçre borçlar hukuku sisteminde borcun ifası kefaletin şekil noksanından doğan butlânını ortadan kaldırmaz¹⁰⁸.

(105) Oftinger, Festgabe IV B.

(106) 4. Hk. 10.11.1933 tar. kr. Tepeci, 660.

(107) Alman medenî kanununun 766. paragrafı şöyle demektedir: "Kefalet mukavelesinin muteberliği kefalet beyanının yazılı olmasına bağlıdır. Kefil, asıl mükellefiyeti ifa etmiş olduğu takdirde, şekil noksanı düzelmiş olur."

(108) Beck, art. 493 No. 19; Schönerberger, art. 493 No. 50, 51; Oser, art. 493 No. 2; ATF 59 II 32; 3. HK. 16.6.1952 tar. kr. (Tür. içt. kül. 1952 II 1161).

Muayyen miktar gösterilmesi hakkındaki kanuni şart bakımından da durum ayundur; yani muayyen miktar şartı da şekli ilgilendirmekte olması dolayısıyla hilâfına mukavelenin caiz olmaması gerekir. Çünkü, kanunda bu iki şartın (yazılı olmak ve muayyen miktar göstermek) hukuki değerlerinin farklı olduğu; birincisi hilâfına mukavele caiz olmayıp, ikincisi hakkında bunun mümkün olduğu hususunda kanunda bir sarahat veya karine yoktur. Aksine, her iki şart da aynı maddenin mevzuu olmaları ve aynı mahiyeti haiz bulunmaları itibarıyla, her ikisinin de aynı değerde olmaları gayet tabii ve zaruridir.

Bu itibarla, taraflar azami miktarı tesbit ettikten ve bu suretle kefil kendisinin mesuliyet hududunu böylece sınırladıktan sonra, bu miktar dışında da mesuliyet kabul edeceğini beyan edip etmemesinin hukuki bir değeri olmamak gerekir.

Kefalet olunan miktarın azami mesuliyet miktarını teşkil edeceği fikrinden hareketle bu miktar dışında kefilin herhangi bir netice için mesuliyeti, hususi bir anlaşmanın mevcudiyetine rağmen, kabul edilemeyince; bu cihetlerin meskût geçilmesi halinde kefilin bu azami miktar ötesinde sorumlu tutulamıyacağı gayet tabii ve zaruri sayılmalıdır. İşte bu sebeplerden ötürü, 5 ve 6 numaralı bentlerde belirtilen iki halin bir arada mütalâa edilmesi yerinde olur sanırız.

Yukandanberi izah ettiğimiz ve iki ihtimal içerisinde hülâsa eylediğimiz mesele hakkındaki bu görüşümüzün isabet derecesini tayin için, 484. maddedeki muayyen miktar gösterilmesi şartının İsviçre borçlar kanununa hangi mucip sebeble girmiş olduğunu araştıralım:

Kefaletin muteber olması için, kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar gösterilmesi hakkındaki hüküm, evvelce hatırlattığımız gibi, 1881 tarihli İsviçre BK. unda mevcut olmadığı gibi, 1911 tarihli kanunun ön projesi dahil böyle bir şartı ihtiva etmiyordu. İlk teklif mütehassıslar komisyonunda Prof. Oser tarafından ve sadece dar bir çevrevede memur ve müstahdemlere kefalet eden kimselerin himayesi bakımından teklif olunmuştu. Lâkin esası tamamen uygun görülen bu himaye tedbiri sonradan bütün kefalet akitlerine şamil umumî bir şart mahiyetini aldı. İlk teklif Prof. Oser'den gelmiş olduğu için bu husustaki hükme de (Lex Oser—Oser kanunu) adı verildi.

Lâyihanın müzakeresi sırasında Milli mecliste mazbata muharrirliği yapan Prof. Eugen Huber bu hükümün münasebetiyle şu izahlarda bulundu: "Son derece mühim bir tadil karşısında bulunuyoruz. Bundan böyle

bir kefalet akdi muteber olmak için yalnız kefilin imzasını taşıması kâfi değildir. Kefilin mesul olacağı azamî miktarın da gösterilmesi icabedecektir. Kefil, taahhüdünün şümulünü anlayabilmeli ve kefil olup olmamak hususunda bir karar verirken mutlaka mesuliyetinin tazammun edeceği en yüksek miktar göz önünde bulundurmaktadır¹⁰⁹.

Şu izahlar iki şey ifade etmektedir: Bunlardan birincisi, kefaletin yazılı yapılması nasıl bir muteberlik şartı olarak derpiş edilmiş ise, kefilin mes'uliyetinin azamî miktarını gösteren bir meblağın iraeisi keyfiyeti de aynı şekilde bir muteberlik şartı olarak nazara alınmıştır. Kanunun tatbikatı sırasında bu görüş tarzı değişmemiştir. İsviçre doktrin ve içtihadında muayyen bir miktar gösterilmesi şartının maksat ve mahiyeti üzerinde herhangi bir tefsir farkı göze çarpmamaktadır. Gerek mahkemeler, gerekse müellifler bu hükmün bir şekil şartı ve binnetice bir muteberlik unsuru vazettiğini kabulde mütefikler¹¹⁰.

İkinci noktaya gelince o da şudur: Gerek Oser'in teklifi, gerekse E. Huber'in izahları, kanunda gösterilmesi şart edilmiş olan miktarın "azamî mesuliyet miktarı" olduğunu isbat eder mahiyettedir; biz böyle düşünüyoruz, fakat gerek doktrinde, gerek içtihadta bu şartın ne şekilde gerçekleşmiş sayılacağı hususunda ihtilâf mevcuttur. Filhakika müellifler ve mahkeme içtihatları, kanunda belirtilen "Muayyen miktar" ın kefalet senedinde rakam olarak kesin bir şekilde tayin edilmiş olmasına lüzum olup olmadığı, diğer bir ifade ile bu miktarın kabili tayin olmasının kâfi gelip gelmeyeceği ciheti ile, kefilin 490. maddede belirtilen mesuliyeti şümulünün 484. madde gereğince muayyen olan miktarı aşip aşmıyacağı hususunda aynı görüşü benimsememektedirler¹¹¹. Şimdi bu ihtilâflı noktaları birer birer ele alalım:

1. Kanaatımıza göre, kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar gösterilmesi hakkındaki 484. madde hükmü şekil ve muteberlik şartı olarak kabul edildikten sonra bu miktarın kabili tayin bir halde olmasını kâfi görmenin, kanun koyucu tarafından takip olunan maksada kifayet edeceği yolundaki bir görüşün mesnedi sağlam olmamak icabeder. Filhakika, kanun koyucunun yazılı şekil şartından başka bir de muayyen miktar gösterilmesini istemesi, kefilin himaye etmek, muamelelerdeki emniyet ve iti-

(109) ATF 64 II 351 (JDT 1939 I 173); F. Arık kefalette azamî miktarın gösterilmesi şartı, Ad. der. 1944 8 626.

(110) Oser, art. 493 No. 2-6; Giovanoli, art. 493 No. 23-24; Becker, art. 493 No. 8; Fick art. 493 No. 48; Martin, CO. II 334; ATF 65 II 35, 64 II 351; Türk hukuku için; Arık, Ad. der. 1944 8 620; Yargıtayın 12.4.1944 tar. içt. bir. kararı da bu görüşü teyit etmektedir. Tepeci 618, Göktürk II 617.

madın muhafazası bakımından enfüsi takdirlerin önüne geçmek ve bu suretle mesuliyetin şümulünü tayin bakımından objektif bir kıstas temin etmek maksadına matuftur. Bu objektif kıstas, tatbikatta mesuliyet miktarının kabili tayin olması ile de kanun vazn tarafmdan arzulanan himayenin temin olunduğu yolundaki bir iddia ile bertaraf olunamamalıdır. Kanunun koymuş bulunduğu bir şekil şartının gevşetilmesi kefilî himaye gayesinin ziyana sebep olduktan başka, hukukî münasebetlerde bir emniyetsizlik doğurmak gibi bir mahzuru da birlikte getirir. İsveçre tecrübesi göstermektedir ki, kanunun derbiş etmiş olduğu muayyen miktar gösterme mükellefiyeti bu miktarın kabili tayin olmasının kâfi olduğu şeklinde yumuşatıldığı takdirde, bir kefalet senedinin şu veya bu tarzda yazılışının kanunca aranan şartlara uyduğunu veya uymadığını iddia etmek daima mümkün olmuştur. Diğer taraftan İsveçrede kefalet hukukunun şekil bakımından eskisine nazaran daha sert bir hale getirilmesinin sebeplerinden birisi de federal mahkemenin muayyen miktar gösterilmesi hususundaki şekil şartını, bu miktarın kabili tayin olmasını kâfi görmek suretiyle aşırı derecede gevşetmiş olmasıdır demekte bir mübalâğa yoktur¹¹².

Burada şöyle bir itirazla karşılamak mümkündür: “kefalet edilen borçların ekserisi karz borçlarıdır. Bu nevi borçlarda ise resülmal zaten malûm olup, borçlunun kusur veya temerrüdünün neticeleri ile faizlerin akit zamında hesaplanması ve bu itibarla 484. maddenin nazara alınmasını derbiş eylediği miktarın mantıkî muhakeme ve basit bir hesap ameliyesi ile tesbit edilmesi mümkün olur. Bu yüzden azami miktarın muayyen olması hususunda ısrara lüzum yoktur; bu miktarın kabili tayin olması kâfidir” denebilir. Düşüncemize göre böyle bir itiraz varit olamaz. Çünkü kefalet sadece para borçlarını temine yaramaz; diğer borçlar hakkında da bu müesseseden istifade olunabilir¹¹³. Şu halde kefalet hukukunu mutlak bir surette tanzim maksadı ile konmuş olan bir kanun hükmü sadece belli bir nevi borç (para borcu) için değil, her nevi borç için tatbik olunabilmelidir. Esasen para borçlarında dahi tâlî neticeleri hesap etmenin kolay olduğu iddiası da her zaman doğru olamaz. Meselâ bir devalüasyon neticesinde para kıymetinin düşmüş olduğu ve yabancı memlekette oturan alacaklıların bu yüzen uğrayabileceği zararın genişliği düşünülecek olursa temerrüdün neticelerinin her zaman kolayca hesap

(112) Beck, art. 493 NO. 24.

(113) Yarg. 4 Hk. 22.12.1929 tar. Kr; Tepeci, BK. 617; ATF 48 II 267: Öf-tinger, Festgabe NO. 112.

edilemeyecek bir genişlik kazanabileceği hakkında bir fikir edinilmiş olur.

Bundan başka meselâ kredye, cârî hesaba veya bir öğrencinin okul masraflarına kefalet halinde sadece tâli neticeler değil, fakat asıl borç muktan da işin mahiyeti icabı bazı değişmelere ve genişlemelere uğrayabilir. Meydana gelen bu genişlemelerin önceden tahmin edilemeyecek ve kefilî sürprizlerle karşılaştıracak bir önem kazanabileceğini hadiseler göstermiştir ve göstermektedir.

Şu iki misal para borçlarında dahi borçlunun kusur veya temerrüdünün neticelerinin başlangıçta kefalet akdinin inşası sırasında kolayca kabili tayin olduğu düşüncesinin sağlam bir mesnedi bulunmadığını ifade eder.

Yargıtayın bir karar da muayyen miktarın kesin olması gerektiği husundaki görüşümüze sıkıca sarılmak lâzımgeldiğini göstermektedir. Gerçekten 3. Hukuk dairesinin 14.12.1950 tarihli bir kararında “müteselsil kefalet mahiyetindeki öğrenci taahhütlerinde kefilin mesul olacağı muayyen miktarın emsali talepler için vukubulan sarfiyata göre tayini kabilidir” denilmektedir¹¹⁴ Bu görüş benimsenecek olursa, kefile aynı okulda tahsil eden diğer öğrencilere ne kadar sarfiyat yapıldığını araştırması mecburiyeti yüklenmiş olacaktır. Borçluya karşı çok zaman ıvazsız bir surette, cemlekârlık göstermek isteyen kefile böyle bir mecburiyet yüklenmesi hiç bir zaman tecviz edilemez. Esasen kefilin bunları öğrenmesi de her zaman mümkün olamaz. Çünkü işbu okul masraflarının sadece bir öğrenciden diğerine değil, aynı öğrenci hakkında bile seneden seneye değişmesi de mümkündür. O halde muayyen miktar tabirinin kabili tayin şeklinde anlaşılmasının tatbikatı nerelere kadar götürebileceğini verdiğimiz misal açıkça izah eder.

Kefaletle mesuliyet miktarının kabili tayin olmasını kanun koyucunun kâfi görmediği, kanunda düzenlenmiş olan diğer bazı mukavelelerin paraya taallük eden hükümlerinin tetkikinden anlaşılabilir. Gerçekten kanunumuz karşılık edimi ekseriya para teşkil eden bazı mukavelelerde paranın (ücert, fiat) miktarının muhakkak rakam olarak tesbit edilmiş olmasını şart koşmamış; bunun sadece kabili tayin olmasını kâfi gördüğünü ifade eylemiş bulunduğu halde, kefaletle buna benzer yumuşak

(114) Türk içt. kül. 1951 II 1281; 4. HK. 20.11.1939 tarihli kararda da aynı görüş belirmektedir (Tuğsavul-Özoğuz, Emsal içtihatlar 241; bu kararın tenkidi için bak, Tuğsavul, Kefalet Akdi. Ad. der. 1949 s. 1627.

bir ifade kullanmamıştır. Ezcümle satım akdinde" hale göre tayini mümkün olan semenin tayin edilmiş hükmüne olduğunu" ifade eden 182. madde satım bedelinin kabili tayin olmasını kâfi saymıştır.

Diğer taraftan iş akdinde iş sahibinin ödiyeceği ücret bakımından kanun sadece mukaveleyi nazara almamış, aynı zamanda âdete veya iş sahibinin bağlı bulunduğu umumî mukaveleye de atıf yapmak suretiyle ücretin kabili tayin olabileceğini kabul etmiştir (BK. 323.)

İşin kıymetine göre bedel tayin olunabileceği ifade olunmak sureti ile istisna akdinde de aynı görüş kabul olduğu gibi (BK. 365,366), Neşir, vekâlet ve dellâlik mukavelelerinde de buna benzer hükümler yer almış bulunmaktadır (BK. 380 II, 386 III, 406).

Şu misaller gösteriyor ki kanun koyucu kabul etmiş olduğu bazı hükümlerle bedel, ücret veya fiat olarak ifade olunan para miktarının kabili tayin olabileceği esasını bir takım mukaveleler için açıkca kabul etmiştir. Oysaki bu saydığımız mukaveleler herhangi bir şekle tâbi olmadıkları için kanunda sarahat olmasaydı bile, fiat, ücret veya bedel olarak ifade olunan para miktarının kabili tayin olabileceğinin kabulü gayet tabii idi.

Halbuki kefalette durum böyle değildir. BK. muzun 484. maddesi kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar gösterilmesini şekil şartı olarak derpiş etmiştir. Binâenaleyh şekli serbest olan diğer bazı akitlerde para miktarı hakkında kanun tamamlayıcı veya tefsir edici bazı kaideler koyduğu halde, kefalet akdinde kanunun bu usule baş vurmamış olmasını muayyen miktarın başka vasıtalarla araştırılması cihetine gitmenin caiz olmayacağı mânasında değerlendirmek lâzımdır.

484. maddeye göre belirtilmesi gereken mesuliyet miktarının kabili tayin olmasının kâfi olduğu görüşü reddedildiğine göre işbu miktarın kefaletnameye yazılması gerektiği de kendiliğinden anlaşılır. İçtihat birleştirme kararına rağmen yargıtayın muhtelif kararlarında bu görüş, yani mesuliyet miktarının kefalet senedine derci lüzumu açıkca ifade edilmiş bulunmaktadır¹¹⁵.

2. Şimdi kanunun 484. maddesinde ikinci bir şekil ve muteberlik şartı olarak derpiş edilmiş bulunan muayyen miktar tabirinin neye mahmul olduğu yani sadece sermayeye (asıl borca) mi matuf bulunduğu, yoksa

(115) Tepeci, BK. 660; Türk içt. kül. 1952 I 940, 1953 I 916; aynı görüş için bak. Tuğsavul, Kefalet akdinin hukukî mahiyeti. Ad. der. 1949 XI 1627.

diğer tâli neticeleri de mi içerisine aldığı hususunun araştırılması cihetine geçebiliriz:

1942 tadilinden önce İsviçrede hâkim doktrin ve içtihat muayyen miktarın sadece sermayeye matuf olduğu ve diğer tâli borçların bunun dışında kaldığı görüşünü benimsemişti¹¹⁶. Bu görüşün tatbikatta kefilin himayesi gayesini hayali bir hale getirdiği hususundaki tenkitler neticesinde federal mahkeme içtihadının değişmesine doğru bir temayül belirmiş ve en nihayet kefalet hukukunun 1942 tadili sırasında kanun koyucu muayyen miktar tabirini hiç bir suretle aşlamıyacak azamî mesuliyet miktarı şeklinde ifade eylemiştir.

Türk yargıtayı içtihatlarında bu soruyu halle yarayacak sarîh bir karara raslamak mümkün olamamıştır.

Şahsî kanaatımıza göre kanundaki muayyen miktar tabirini azamî mesuliyet miktarı şeklinde anlamak lâzımdır. Kanunun güttüğü himaye gayesi bunu icabettirir. Yukandanberi verilen izahlar aksi bir görüşün kabulü halinde 484. maddedeki bu hükmün fazla bir değeri kalmıyacağı; çünkü tatbikatta tâli neticeler yekûnunun evvelden tahmin edilemeyecek geniş yükselmeler gösterdiğini isbat eylemektedir. Şu halde kefilin mesuliyeti 484. madde uyanınca tesbit edilecek azamî bir miktarla kesin surette tahdit edilmeyecek olursa, başka bir deyimle muayyen miktar tabiri asıl borca hasredilerek, tâli neticeler bunun dışında bırakılacak olursa, kefilin başlangıçta kabul ettiği miktar dışında geniş bir mesuliyetle karşılaşması daima mümkün olacaktır. Kefilin böyle bir sürprizle karşılaşmaması için kanundaki muayyen miktar tabirinin azamî mesuliyet haddi olarak anlaşılması ve bu miktarın sadece kabili tayin olması ile iktifa etmiyerek kefalet senedinde kesin bir şekilde tayin edilmiş olup olmadığının da araştırılması lâzımdır.

II. İki madde arasındaki münasebetin ifadesi.

Yukandanberi verdiğimiz izahların ışığı altında fikrimizi hülâsa edecek olursak diyebiliriz ki, 484. madde mucibince aranan mesuliyet miktarının kabili tayin olması kâfi gelmeyip, bunun kesin olarak malûm bulunması zaruridir. Bu miktarın azamî mesuliyet haddi olarak muayyen olması esasî kabul edilince, kefilin mesuliyetinin şumulünü tesbit etmek

(116) Beck, art. 493 No. 24; Fick, art. 493 No. 52, 53; Rossel, CO No. 891; Becker, art. 493 No. 10, 13; Oftinger, Festgabe 199-202; Gut, Wirkungen der Solidarbürgschaft 6 No. 2.

ve binnetice 484. madde ile 490. madde arasındaki münasebeti kurmak kolaylaşır. Bu münasebet şu suretle ifade olunabilir:

490. maddede sözü edilen tâli neticeler (borçlunun temerrüt veya kururundan doğan kanunî neticelerle faizler ve masraflar) ile birlikte mesuliyetin şümulü aynı kanunun 484. maddesi uyarınca gösterilmesi gereken azamî miktarı hiç bir suretle aşamaz; aşıkılan nisbette kefilî ilzam etmezler.

Böylece kefilin mesuliyetinin şümulünün iki prensiple tahdit edilmesi neticesine varılmış olur. İşbu mesuliyetin hududu bir taraftan fer'îlik prensibi ile çevrilmiştir, diğer taraftan da kefalet senedinde tayin olunacak azamî miktarla.

Malûm olduğu üzere fer'îlik prensibi kefalet akdinin mahiyetinden ve kanunî tarifinden çıkmaktadır. Azamî miktar gösterilmesi mecburiyeti de kanunun kefilî, hatta kendi kendisine karşı, himaye maksadiyle koymuş bulunduğu şekle ait muayyen miktar gösterilmesi şartından doğmaktadır. Eğer kanun bu şekil şartını derpiş etmemiş olsaydı, fer'îlik prensibinin neticesi olarak kefilin 490. maddedeki bütün neticelerden sınırsız olarak mesul olması tabii ve zarurî olurdu. Fakat mademki bir miktar tayini keyfiyeti kanunca şekil hükmü mertebesine getirilmiştir. O halde işbu hükme her halükârda riayet mecburidir. Zira şekle müteallik olarak konmuş olan kaideler emredici mahiyeti haizdirler. Bu sebeple işbu hükümler hilâfına mukavele caiz olamaz.

Kefalet hukukunun iki mühim esası mesabesinde olan fer'îlik ve azamî miktar kaideleri birbirleri ile karşılaştıkları takdirde hareket tarzı şöyel olmak gerekir.:

a. Gösterilen azamî miktar kefilin mesuliyetinin aşılamayacak olan son hududunu teşkil eder. Bu miktar asıl borç tutarı ile diğer kanunî neticeler toplamından daha aşağı ise kefilin nihâî mesuliyeti bu hududu aşamaz. Kefil bu hududun altında kalan miktar için mesuldur; üstünde kalan kısım için, mukavelede hilâfına anlaşma olsa bile, mesul değildir. Demek ki burada azamî miktar fer'îyet prensibinden önce gelir.

b. Gösterilen miktar asıl borçla birlikte diğer tâli neticeler toplamından daha yüksek ise kefil kabul ettiği azamî miktar nisbetinde değil, fer'îlik prensibi icabı olarak asıl borç ve neticeler toplamından mesul olur. Şu halde burada da fer'îlik prensibi daha önce gelir.

İşbu çözüm şeklinde, azamî miktar hakkındaki hükmü üstün tutmak suretiyle fer'îyet prensibinin ihlâl edildiği şeklinde bir iddia varit ol-

mamak gerekir. Zira kefalet bakımından fer'îlik esasî tam ve kâmil bir surette tatbik olunmamaktadır. Gerek İsviçre hukuku, gerekse Türk hukuku bu sahada bazı istisnaları esasen kabul etmiş durumdadır. Ezcümle asıl borç borçlunun iflâsında muaccel olmasına rağmen (IIK. 195, İs. IIK. 208) kefalet borcu asıl borç ile birlikte muaccel olmamaktadır (BK. 491). Bundan başka meselâ mahdud zaman için kefaletin muteber olması da bu istisnalar meyânındadır (BK. 493).

İşte azamî miktar hakkındaki kanun hükmü de, bir iki misalini vermiş olduğumuz bu istisnalar arasına sokulmak icabeder¹¹⁷.

Azamî miktar hakkındaki hükmün fer'iyet prensibinden önce gelmesi ve kefilin işbu azamî miktar dışında mesul edilememesi, onun yüklenmiş bulunduğu mesuliyetin tek taraflı karakteri ile muhik bir hale gelmektedir. Kefil, fiilhakika, tek taraflı olarak bir borç ve mesuliyet kabul etmekte ve bunları da üçüncü bir şahıs (borçlu) için ekseriya bir cemilekârlik muamelesi olarak yapmaktadır. Bu bakımdan azamî miktarın tayinini istemek suretiyle kanunun kefilî himaye eylemek maksadını fazla bir şekilperestlik olarak yorumlamamalıdır.

Kefilî daha imza vermeden önce mesuliyetinin şümulünü hesaplamaya zorlamak ve bu hududu bizzat tayin ettiği nisbette onu mesul etmek suretiyle kefilin himayesi cihetine gidilmek isteniyorsa, bu düşünce ile mutabık kalmak ve onun mesuliyetini 490. madde yolu ile, icabında gayet mühim surette ve geniş bir şekilde artıran ve kefilin haberi bile bulunmayan yeni bir mesuliyetle ağırlaştırmamak gerekir. Evvelce tayin edilmiş olan azamî miktarı aştığı nisbette kefilin tali neticelerden mesuliyetinin kabul edilmemesi kanaatımızca 484 ve 490. maddeler arasındaki münasebetin en makul neticesidir¹¹⁸.

Gerçi bu görüş tarzının yargıtay içtihatlarına tamamen uymadığını itiraf ederiz. Gerçekten Türk yargıtayı da, vaktiyle İsviçre federal mahkemesinin yaptığı gibi kanunun 484. maddesindeki muayyen miktara ait şartı bu miktarın kabili tayin olmasının kâfi görüleceği şeklinde yorumlamaktadır¹¹⁹. Bu tefsir tarzı ise bizi 490. maddedeki tali neticelere ilişkin mesuliyetin şümulünün gösterilen azamî miktar aşabileceği sonucuna götürür.

(117) Yukarıda § 2 II b ye bak.

(118) Oftinger, Festgabe IV B.

(119) 12.4.1944 tarihli içtihat birleştirme kararı; Sungur, borçlar kanunu ve tatbikatı 318; Arıç, Ticaret kanunu 266. Tepeci s. 618.

Fakat biz şahsan, kanunda şekil şartı olarak derpiş edilmiş bulunan muayyen miktar gösterilmesi lüzumunu bu kadar geniş ve gevşetici bir tarzda yorumlamanın kanun hükmünü lüzumsuz ve faydasız bir hale getireceğini ve bu itibarla kanun koyucunun takip eylediği kefilî himaye maksadının da ortadan kaybolacağını düşünerek bu anlayış tarzına katılamıyoruz.

Kefilin muayyen miktar dışında mesul edilememesinin alacaklıyı zarara uğratacağı iddia edilemez. Zira alacaklı daha başlangıçta ihtiyatlı davranarak kefilin mesul olacağı azamî miktar; asıl borçtan başka diğer tâlî neticelerin muhtemel yekûnunu da ihtiva edecek surette yüksek tesbit etmek imkânına maliktir. İsviçredeki tatbikatta, asıl borca meselâ %20-25 eklenmek suretiyle azamî mesuliyet miktarı tesbit edilerek alacaklının menfaati korunmaktadır⁽¹²⁰⁾. Böylece her iki tarafın neye istinat ettikleri açıkça belli olmakta ve kefilin ileride sürprizlerle karşılaşması tehlikesi önlenmektedir.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- ACAR (M. Bedri) : Kefalet akdinin zaman bakımından tahdidi (Ankara Barosu hukuk dergisi 1952 sayı 95-96 s, 11-12.
- ANSAY (S. Şakir) : Hukuk yargılama usulleri, 5 basım, Ankara 1954
- : Hukuk icra ve iflâs usulleri, 3. basım, Ankara 1954.
- : Kefalet hukuku hakkında mülâhazalar, Ad. dergisi 1937 s. 148-165 (v. Tuhr'un SJZ, da çıkan makalesinden tercüme)
- ARIK (K. Fikret) : Kefalet dair mahkeme içtihatları, Ad. der. 1943 s. 496.
- ARSEBÜK (A. Esat) : Borçlar hukuku, 2. basım, Ankara 1950
- AYİTER (Kudret) : Medenî hukukta tasarruf muameleleri, Ankara 1953.
- BECK (Emil) : Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich 1942.
- BİRSEN (Kemalettin) : Borçlar hukuku dersleri, İstanbul 1954.
- CAVIN (Pierre) : La révision de la législation en matière de cautionnement, JDT. 1938 I 290-305.
- : Le nouveau droit de cautionnement, JDT, 1942 I 34-53.
- DAEPPEN - REYMOND : Le code fédéral des obligations interprété par le Tribunal fédéral, Lausanne 1937.
- ENNECCERUS - LEHMANN : Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Schuldverhältnisse § 188, Marburg 1932.
- ESKİN (A. Semih) : Kefalet, Ank. Barosu huk. dergisi 1952 sayı 97-98, 101-102.
- FİCK-MORLOT : Commentaire du code fédéral des obligations (adaptation française par Max E. Porret) Neuchatel 1915.
- FUNK (Fritz) : Borçlar kanunu şerhi (Veldet-Selek tercümesi) İstanbul 1938.
- GIOVANOLİ (S.) : Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Bern 1942.
- GÖKTÜRK (H. Avni) : Borçlar hukuku, Ankara 1946

(120) Schönerberger, art. 499 No. 7.

- : Kefalet hukukunun kifayetsizliği ve yeni İsviçre kefalet hukuku, Ank. Huk. Fak. dergisi 1950 sayı 3-4 s. 325.
- GÜRAL (Jale) : Kefalet akdi ile aval arasında bir mukayese, Ank. Huk. Fak. dergisi, 1951 sayı 3-4 s. 435-476.
- GUHL (Theo) : Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1947.
- : Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Bern 1942.
- GUT (Gottlieb) : Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhaeltnis des Glaubigers zum Bürgen nach neuem Recht, Bern 1941.
- KARATAY (Ata) : İsviçre borçlar hukukunun değişen kefalet hükümleri üzerinde bir inceleme, İstanbul baro dergisi 1952 sayı 11-12 s. 617-640.
- MARTİN (Alfred) : Le code des obligations, contrats de droit civil, Genève 1922.
- OFTİNGER (Karl) : Die Haftung des Bürgen für die gesetzlichen Folgen des Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners, in Festgabe für Fritz Fleiner 1937 s. 175 ve dev. (yazıda Festgabe olarak anılmıştır).
- OSER (Hugo) : Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Bern 1915.
- REİCHEL (Hans) : Zum Bürgschaftsrecht, SJZ. 1913 s. 47, 1914 s. 104, 1916 s. 211, 1920 s. 177, 1921 s. 265, 1923 s. 173.
- ROSSEL (Virgile) : Manuel du droit fédéral des obligations, 1920
- SAYMEN (F. Hakkı) : Borçlar hukuku, İstanbul 1950.
- SCHÖNENBERGER (W.) : Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht 1929, 1936, 1945.
- SCHULTHESS : Die Verpflichtung des Bürgen nach schweiz Recht, ZSR, NF. 46, 63.
- SEÇKİN (Recal) : Borçlar hukuku (Zürich şerhi tercümesi) Ankara 1950.
- STAUDİNGER : Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhaeltnisse 1929.
- TEPECİ (Kâmil) : Notlu ve izahlı borçlar kanunu 2. basım Ankara 1954.
- VELİDEDEOĞLU (H. V.) : Türk medenî hukuku I. umumî esaslar, 5. basım İstanbul 1956.
- v. TUHR (Andreas) : Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht, SJZ. 19 (1922/3) 225, 245.
- : Partie générale du code fédéral des obligations (traduction française par Torrenté-Thilo).