

## KEFALET AKDIYLA AVAL ARASINDAKI FARK VE BENZERLİKLER (1)

Yazan: Doçent Dr. J. GÜRAL

### G İ R İ Ş

Bu yazımızla iş hayatında ehemmiyetli birer mevki olan iki hukukî müessesenin aval ve kefalet akdinin mahiyet ve hükümlerini mukayeseli bir surette incelemeye çalışacağız. Bilindiği üzere gerek kefaletin ve gerekse avalin iktisadî gayesi alacaklıya karşı bir teminat teşkil eylemek, borçlunun aczine karşı borcunu temin etmek suretiyle alacaklıya iktisaden korumaktır.

Bir alacağa karşı iki suretle teminat gösterilebilir. Ya aynı bir hak bahşeden rehin ile veyahutta münhasıran şahsî bir hak bahşeden ve şimdi üzerinde duracağımız kefaletle.

Rehin alacaklıya borç ödenmediği takdirde merhunu paraya çevirerek bedeli üzerinden alacağını istifa hususunda aynı bir hak bahşeder. Halbuki kefil ve aval veren alacaklıya sadece borçlunun borcunu vadesinde ödeyeceğini temin etmekle kalmazlar, bundan da daha ileriye gi-

---

(1) Bibliyografya: Arsebük: Borçlar hukuku: 1950; Arslanlı, H. Ticari senetler dersleri: 1950; Bayalovitch: le droit international du change: Paris 1935; Bonnacarese et Lacoste: l'exposé méthodique de droit commercial: 1946 Paris; Bouteron - Percerou: la nouvelle législation française et international de la billet à ordre.... Paris 1937; L. Caen - Renault: traité du droit commercial: Paris 1925; Covin, P: le nouveau droit de cautionnement: Jdt, 1942, sa. 81; Deschamps: le nouveau statut de la lettre de change, billet à ordre et chèque: Paris 1936; Fransen: les perspectives de l'unification du droit de change depuis 1910: Paris 1930; Funk: code fédéral des obligations, 1930; Hirş: ticaret hukuku dersleri: 1946; Göktürk Kefalet hukukumuzun kifayetsizliği: Ank, Huk. Fak. derg. c. VIII, 1950 sayı 3-4; Guhl: le droit fédéral des obligations: 1946; Gültekin: kefalet: İst. Bar mec. 1938 sa. 45; Kuyucak, ticaret hukuku: 1939; Martin: borçlar kanunu şerhi; S. Şakır - F. Hukukî: Borçlar kanunu şerhi 1926; Sevig, V. R: ticaret kanunu şerhi: 1936; Schwarz: borçlar hukuku dersleri: 1948; Thaller: traité de droit commercial: Paris 1931; Vivanté: Traité de droit commercial 1911; Von Tuhr: kefalet hukuku hakkında mülahazalar: ter; Ansay S. Ş.: Ad. cer. 1937, sa. 148; Von Tuhr: Kefilin rucu hakkı: ter. Ansay, S. Ş.: Ad. cer. 1938, sayı: 8; N. Zeki: senedatı ticariye: 1934.

derek borçlu borcunu ödemediği takdirde bizzat kendilerinin ifada bulunacağını taahhüt ederler. Bu bakımdan rehinle aralarında diğer bir fark daha vardır. Gerek kefil ve gerekse aval veren bütün mameleklerle şahsen mesuldürler. Halbuki rehinde şayet rehin gösteren borçlu değilse sadece teminat teşkil eden şey bütün kıymetile bu borçtan mesul olur. Hatta bazı rehin nevilerinde meselâ irat senesinde rahin bizzat borçlu dahi olsa mes'uliyeti yine sadece aynidir, teminatın kıymetini aşamaz. Çünkü irat senedi şahsi bir borç tevhit etmez MK 817. Halbuki kefil, kefalet aktile borçlu tarafından taahhüt edilmiş bir borcun ifasını alacaklıya karşı temin eder, borç vadesinde borçlu tarafından ödenmediği takdirde kefil bizzat o borcu şahsen yerine getirmeyi de tekabül eder. Yani kefil alacaklıya borçlunun edimini değil fakat bizzat kendi edimini taahhüt eder ki bu da bir üçüncü şahsının borcundan dolayı mesul olmaktan ibarettir (2). Zaten kefaletin teminat vasfı da işte bunda mündemiçtir; kefil ya borçlu yerine kaim olarak borçlunun üstlendiği edimi yerine getirir adi kefalette olduğu gibi veyahut onunla birlikte müteselsilen borcun ifasından mesul olur, müteselsil kefalette olduğu gibi.

Kefalet her nevi borçlar hakkında câridir. Para borçlarında, nev'iyle veya ferdiyle muayyen olan borçlarda olduğu kadar mevzuu bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını tazammun eden borçlarda, hatta mevzuu bizzat borçlunun şahsen bir edimde bulunmasını muhtevi olan akitler hakkında bile. Lâkin asıl borcun mahiyetine göre kefilin taahhüdünü yerine getirmesi alacaklı bakımından her zaman için tam bir ifaya tekabül etmiyebilir; bazan bu, sadece bir eda sayılabilir (3). Eğer asıl borcun mevzuu misli veya ferdiyle muayyen bir şeyin alacaklıya tesliminden ibaret ise veyahut ta edimin yerine getirilmesinde borçlunun şahsının ehemmiyeti yoksa kefilin kefalet akdiyle yüklendiği vecibeyi yerine getirmesi alacaklı bakımından tam bir ifadır. Çünkü alacaklı hakikaten hakkına kavuşmuştur. Fakat borçlunun ediminin mevzuu menfi bir eda ise yani bir içtinaptan ibaret ise meselâ, rekabet yapmama gibi, veyahutta mukavele bilhassa borçlunun şahsı nazarı itibara alınarak akte edilmişse bu takdirde kefilin vecibesini yerine getirmesi alacaklı için bir eda teşkil eder. Çünkü kefilden bizzat borçlu yerine geçerek borçlunun bu edimini aynen yerine getirmesi istenemez. Bu vaziyetlerde kefil ancak alacaklının ademi ifa dolayısıyla maruz kaldığı zararın tazminiyle mükellef tutulur.

(2) Guhl. sa. 341, Fj. No. 179, sa. 1.

(3) Çünkü bilindiği gibi ifa ile eda arasında fark vardır. İfa alacaklının hakkına kavuşmasını intaç eder, eda ise sadece borçluyu mükellefiyetten kurtarır: Arşebük - Borçlar Hukuku 1951 Sahife 62.

Bu durumda kefalet adeta üçüncü bir şahsın fiilini taahhüt mukavelesi mahiyetini iktisap eder gibi görünür, maamafî aralarındaki mahiyet farkı yine de bakidir, kefalet akdi burada da üçüncü şahsın fiilini taahhüt mukavelesi hilâfına olarak fer'i mahiyetini muhafaza eder.

Aval kıymetli evraklardan daha doğrusu ticarî senetlerden yani po-lice, emre muharrer senet veya çekten doğan borçların temini maksadiyle verilen şahsî bir teminattır (4). Aval veren borcunu temin eylemek istediği kambiyo borçlusunu derecesinde ve onunla birlikte alacaklıya yani hâmile karşı tediyyeden müteselsilen mesul olacağını taahhüt eder. Aval ticarî senetlerin ödenmesi hususunda bir teminat teşkil eylediği gibi kefaletten farklı olarak bu senetlere yani bir kambiyo borçlusunu da ilâve eder. Bu suretle ticarî senedin devir kabiliyetini de kolaylaştırmış olur. Bununla beraber aval ticarî senetlerin aslî ve normal unsurlarından birini teşkil etmez. Bir ticarî senet üzerindeki imzalardan her hangi birinin bir aval ile temin edilmiş olmasına lüzum kalmadan da kendisinden beklenen ticarî ve iktisadî fonksiyonları yerine getirebilir. Hatta bir bakıma üzerinde aval serhi bulunmayan bir senedin kıymeti ve temin edebileceği kredi daha da ehemmiyetli olabilir. Çünkü ekseriyetle kabul edildiği gibi aval ile temin edilmiş bir imzanın senet üzerinde bulunması sahibinin iş hayatında pek de sağlam bir krediye malik olmadığını gösterebilir. Bu sebeptendir ki, bazı hallerde avalın gayri hakiki ciro şeklinde verildiği de vâkidir. Lâkin bilhassa tatbikatta bankaların tek imza ile muamele yapmaları enderdir, zaten böyle bir muameleyi de fevkalâde tanınmış sağlam kredili tüccarlara hasrederler (5). Bunun içindir ki, üzerinde muhtelif imzalar ve borçlular bulunan bir ticarî senetle daha kolaylıkla keredi temini imkânları olduğu gibi böyle bir senedin elden ele dolaşması yani ciro imkânları da daha fazladır. Hatta L. Caen gibi bazı hukukçular avali ticarî senetlerin devir kabiliyetini kolaylaştırmak maksadını güden bir nevi kefalet olarak târif ederler (6).

Şu halde avalın teminat fonksiyonu yanında diğer daha mühim bir iktisadî fonksiyonu vardır ki, o da bu senetlerin tedavülünü kolaylaştırmaktadır. Halbuki kefaletin böyle bir fonksiyonu vardır dene-

(4) Çeklerin tediyesinin de aval ile temin edilip edilemeyeceği münakaşalıdır: Bu hususta N. Zeki Sa: 248. Maamafîh gerek bizim ticaret kanunumuz ve gerekse Cenevre yeknesak kanunu ve buna uygun olan İsviçre borçlar kanunu meseleyi müsbet şekilde halletmiştir TK. 619, İBK 1114.

(5) N. Zeki Sa: 111.

(6) Cilt 4, sa. 234.

mez, çünkü borcun nakli ile beraber, kefil mesuliyetten prensip itibarile kurtulur, meğerki borcun nakline rıza göstermiş olsun Bk. 176/II.

Avalin hukukî mahiyeti doktrinde münakaşalıdır. Umumiyetle avale hususî bir nevi kefalet, kambiyo hukukundan mütevellit bir kefalet nazariyle bakılarak mahiyeti buna göre tâyin edilmek istenir (7). Avalin bir kefalet akdi mahiyetinde telâkki edilmesi ne dereceye kadar doğrudur, kefalet hakkındaki borçlar kanunî hükümleri ne dereceye kadar aval hakkında da kabili tatbiktir? Bu iki müessesenin birbirleriyle mukayesesinden çıkacak neticelere göre bu soruların cevaplandırılması gerekecektir, bu suretle varılacak sonuçlara göre Ticaret Kanununda pek muhtasar bir surette tanzim edilmiş olan avale bu kanunun sâkit olduğu hallerde borçlar kanununun kefalet hakkındaki hükümlerinin tatbik edilebilip edilemeyeceği de tebarüz edecektir.

## II — KEFALET İLE AVALIN HUKUKİ MAHİYETİ

### A — *Kefalet akdinin hukukî mahiyeti:*

Kefalet ile kefil, borçlu ile alacaklı arasındaki hukukî münasebetten doğan borçlunun ediminin ifasını alacaklıya karşı taahhüt eder. Bu târiften kefaletin hukukî mahiyetini çıkarmak da kabil olur.

Bir kere bundan anlaşılacağı üzere kefalet akdi alacaklı ile kefil arasında vücut bulur. Bunun borçlu lehine olduğu şüphesizdir. Çünkü o bu suretle kendisine belki de evvelce temin edemeyeceği bir kredi sağlamanın imkânına mâlik olmuştur. Lâkin buna rağmen kaideten onun, kefalet akdinin in'ikadında hukukan hiç bir rolü yoktur. Her ne kadar fiiliyatta kendisine kefil olabilecek şahsı bulan ve onu alacaklıya takdim eden bizzat kendisi ise de bu husustaki çalışmaları ve kefil ile arasındaki hususî münasebetleri yani kefil kendisine kefalet vermeye razı etmek için baş vurduğu çareler veya ona temin eylediği veya eylemeyi vadettiği menfaatler alacaklı ile kefil arasında in'ikad edecek olan kefalet akdi üzerinde hiç bir tesir icra etmez. Bu sebeptendir ki borçlunun hiç olmazsa bidayette kefalet akdine tamamiyle yabancı olduğu, kefil ve alacaklıya karşı olan hukukî durumunun tamamiyle bir üçüncü şahsınkine müşabih olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak kefalet akdi vücut bulduktan sonradır ki kanun ona da kefile karşı bazı külfetler yükler Bk. 503.

Yukardaki târiften kefalet akdinin sadece kefile vecibe yükleyen tek taraflı bir akit olduğu da anlaşılır. Bundan alacaklı lehine sadece bir

(7) L. Caen ibid: Kuyucak Sa: 111.

takım haklar doğar. Bununla beraber kanun kefilî himaye maksadiyle alacaklıya bazı külfetler de yüklemiştir. Kefalet'in hükümlerini incelerken bunlar üzerinde duracağız. Şimdilik sadece Bk. 499, 500, 501 inci maddelere işaretle iktifa ediyoruz. Lâkin külfet borç demek değildir, şu mânadaki bunları yerine getirmeyen alacaklı sadece kefile müracaat hakkını kaybeder, yoksa kefil alacaklıdan bunların icrasını talebe selâhiyetli değildir.

Kefil, üçüncü bir şahsın yani asıl borçlunun alacaklısına karşı borçlunun borcunu ifadan mesul olduğunu taahhüt eder (8). Yani kefil bir başkasının borcu için taahhüt altına girer, gayesi bilhassa alacaklıya karşı bir borcun ifasını temin etmektir. Şu halde kefaletten bahsedebilmek için evvelâ alacaklı ile borçlu arasındaki münasebetten doğmuş asıl bir borcun var olması şarttır (9). Borçlar Kanunu bunu "Kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder" demek suretiyle ifade etmiştir Bk. 485/II. Kefalet akdinin fer'î bir mahiyeti vardır, varlığı aslî bir borcun mevcudiyetine tâbidir. Kefalet akdinin gerek doğumu ve gerekse ortadan kalkması bu borca tâbidir. Asıl borcun her hangi bir sebeple sukut etmesi, hükümsüzlüğüne hükmedilmiş olması halinde kefalet akdi de kendiliğinden fer'î mahiyeti icabı onunla beraber nihayet bulur. Bu borçta husule gelen bütün değişiklikler prensip itibariyle kefalet üzerinde de tesirlerini gösterir. Yeni İsviçre Borçlar Kanununun 500/II. nci maddesinde bu, açık olarak ifadesini bulmaktadır: "Gerçek kişilerin kefaletinde kefalet mesuliyetine esas olan meblâğ tutarı her halde en az ana borcun sönmesi nisbetinde azalır." (10). Binaenaleyh kefile müracaat edebilmek için alacaklı sadece kefalet akdini değil, lâkin aynı zamanda aslî bir borcun mevcudiyetini de isbat zorundadır.

Kefalet akdinin fer'î oluşunun diğer bir neticesi de şudur ki, kefil asıl borçlunun taahhüdünden daha fazla veya onun ediminden değişik başka bir edim de taahhüt edemez (11).

Kefalet akdinin bu fer'î mahiyeti onun esaslı karakterlerinden birini teşkil eder. O, bu mahiyetini her nevi kefalette hatta müteselsil kefalette bile muhafaza eder, ve onun bu mahiyeti kefaleti kendisine gerek hükümleri ve gerekse fonksiyonu bakımından çok benzeyen iki müesseseden müteselsil borçla, üçüncü şahsın fiilini taahhütten tefrikaner yarar.

(8) Martin Sa. 519.

(9) Göktürk Kefalet hukukumuzun kifayetsizliği. Sa: 329.

(10) Yeni İsviçre Kefalet Kanununun türkçe tercümesi için bak: Göktürk'ün Kefalet Hukukumuzun kifayetsizliği hakkındaki makalesine eklenen tercüme Sa. 324 vd.)

(11) Martin: Sa: 519.

Müteselsil borcun esas vasfı alacaklının borçlu olanların her hangi birinden edayi talebe hakkı olması ve borcun tamamıyla istifasına kadar borçluların alacaklıya karşı bağı bulunmasından ibarettir (12). Bununla beraber alacaklının tek bir alacak hakkı vardır denemez, bilâkis alacaklının her bir borçluya karşı diğerinden müstakil tek ve ayrı alacak hakları mevcuttur. Yani müteselsil borçluların vecibeleri yekdiğerinden tamamıyla müstakil ve ayrı bir varlığa mâliktir, sadece bunlar tek ve aynı bir sebepten vücuda gelmişlerdir. İşte müteselsil borçlarla kefalet arasındaki fark da buradan ileri gelir. Her ne kadar müteselsil kefalette kefil ile asıl borçlu alacaklıya karşı müteselsilen mesul iseler de kefilin borcu bundan dolayı müteselsil borçlarda olduğu gibi asıl borçlunun borcundan ayrı ve müstakil bir mahiyet ihraz etmiş olmaz. O yine doğum ve varlığı bakımından asıl borca tâbi kalır ve müteselsil borçlarda olduğu gibi kefilin borcu ile asıl borç aynı illetten doğmuş değildir.

Müteselsil borçla kefalet, daha doğrusu müteselsil kefalet arasındaki bu fark bir çok bakımlardan bilhassa her ikisinin tevlit edeceği hükümler bakımından ehemmiyetlidir.

Kefil, borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürmekle mükellef iken müteselsil borçlular ancak hepsi arasında müşterek olan defileri dermeyana mecburdur. Müteselsil borçluların alacaklıya karşı olan vecibeleri yekdiğerinden müstakil olduğundan birinin borcunun hükümsüzlük müeyyidesine tâbi tutulması, alacaklının bu borçlulardan birini ibra eylemesi kaideten diğerlerine sirayet etmez iken kefalette durum tamamıyla bunun aksinedir (13). Diğer mühim bir farkı da bizzat Borçlar Kanununun 134 üncü maddesinde bulmak kabildir : müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen müruru zaman diğerlerine karşı da kesilmiş olmasına rağmen 134/I, kefile karşı kesilen müruru zamanın asıl borçluya bir tesiri yoktur ki, 134/III, bu da ancak kefilin borcunun fer'i mahiyeti ile izah edilebilir. Halbuki fer'i asla tâbi olur kaidesine uygun olarak Bk. 134/II asıl borçluya karşı müruru zamanın kesilmiş olmasının kefil hakkında da hüküm ifade edeceğini kabul eder.

Üçüncü şahsın fiilini taahhüt yani garanti mukavelesinin başlıca vasfı üçüncü şahsın fiilini taahhüt eden borçlunun, bu taahhüdünün aslı bir mahiyeti haiz olmasında görülür Bk. 110. Garanti akdi, üçüncü şahsın taahhüt edilen fiilinden müstakil bir vecibeye vücut verir (14), yani burada borçlu üçüncü şahsın yerine kaim olarak onun edimini yerine getire-

(12) Arsebük Sa: 1004.

(13) Daha fazla malûmat için Arsebük İbid.

(14) Arsebük: age sa: 932.

cek değildir. O alacaklıya üçüncü şahsın taahhüt eylemiş olduğu bu fiilini, üçüncü şahsa icra ettirmeye çalışacağını taahhüt eder, ve bunun icra edilememesinin iktisadî rinsklerini de üzerine alır. Yani eğer üçüncü şahsa bu fiilini ifa ettiremezse her hangi bir vecibede olduğu gibi edimini yerine getirememiş duruma düşer, bu takdirde tam mânasiyle bir ademi ifa mevzuu bahis olacağından borçlu BK. 96 vd. cucibince alacaklının ifa menfaatini tazmin etmek yani müsbet zarar ve ziyan vermekle mükellef tutulur (15).

Kefaletin bu fer'i mahiyeti diğer taraftan kendisini aynı fer'i mahiyeti haiz ve aşağı yukarı kendisiyle aynı gayeyi de güden diğer bir akde, cezaî şarta yaklaştırır. Fakat kefalette, cezaî şartın hilâfına olarak borçlunun edimini taahhüt eden bir üçüncü şahıs yani kefil mevcuttur. Kefalette kefil daima evvelden tesbit edilmiş azamî bir meblâğ nisbetinden mesuldür. Halbuki cezaî şartta, alacaklı zararının evvelden tesbit edilmiş olan mukavele cezasından daha fazla olduğunu ve borçlunun kusurunu isbat şartıyla munzam zararını da tazmin ettirebilmek imkânına maliktir: BK. 159/II.

Kefaletin sadece fer'i değil lâkin esas itibariyle aynı zamanda tâli bir mahiyeti de vardır. Yani kefil ikinci derecede mesuldür. Alacaklı ancak borçludan edimini istihsal edemediği takdirde ki kefile müracaat edebilir, Bk. 486. da tasrih edilen haller müstesna alacaklının evvelâ asıl borçluyu takip etmesi ve eğer kefalet akdinin in'ikadı anında veya ondan evvel verilmiş rehinler mevcut ise evvelâ bunları paraya çevirtmesi gerekir. Bunları yerine getirmeden doğrudan doğruya kefile müracaat eden alacaklıya karşı kanun, kefile bunları def'an dermeyan suretiyle tediye bulunmamak imkânını bahşetmiştir. Bunlara kefilin "Beneficium excussionis personale et reale" hakları denir. Şu halde demektir ki alacaklı ancak şu üç halden birinin mevcudiyeti takdirinde doğrudan doğruya kefile müracaat etmek salâhiyetini haizdir.

- a) Kefalet akdinden sonra borçlunun iflâs etmiş olması,
- b) Veya borçlu hakkında yapılan takibatın semeresiz kalmış olması,
- c) Türkiye dahilinde asıl borçlu hakkında takibat icrasının sonradan imkânsız hale gelmesi.

1942 tarihli yeni İsviçre Kefalet Kanunu kefaletin bu tâli mahiyetini hatta bir dereceye kadar ve bizim ve eski İBK. nın kefalet hükümleri hilâfına müteselsil kefalete de teşmil etmiştir denilebilir. Bizim 487 inci

(15) Kefaletle garanti mukavelesi arasındaki farklar için: Jdt. 1939 Sa: 167 bilhassa cons. 2.

maddeye tekabül eden yeni İsviçre kefalet kanununun 496 ncı maddesine göre alacaklı, müteselsil kefile prensip itibariyle ancak borcu ödemede gecikmiş olan borçluya yapılan ihbarın semeresiz kaldığı veya borç ödemekten aczinin tevatiiren sabit olduğu hallerde doğrudan doğruya müracaat edebilir. Sair hallerde evvelâ borçluyu tâkip ve verilmiş gayrimenkul rehinleri varsa onları paraya çevirtmek zorundadır.

Mamafi kefaletin bu fer'i mahiyetine kanun gerek kefil ve gerekse alacaklı lehine olarak bazı istisnalar vazetmiştir.

Kefil lehine vaz edilmiş olan istisnalar bilhassa kefilin istismarına ve malen harabisine mâni olmağa matuftur. Hatta denilebilir ki bunlar bir bakımdan cemiyetin iktisadî hayatını ve kredi temin imkânlarını da korumak gayesiyle konmuş olan hükümlerdir. Zaten kanun vazında kefalet müessesesini tanzim ederken hâkim olan fikir mümkün olduğu nisbette kefilin ve kredi menfaatlerinin himayesi mülâhazasıdır. Nitekim İsviçre Kefalet Kanununun yeni baştan gözden geçirilmesine âmil olan başlıca sebeplerden biri de bu idi. Çünkü, kefalet kefil için hiç bir fayda temin etmeyen ve bilâkis ekseri hallerde onun malen sarsılmasını intaç eden bir müessesedir (16).

Alacaklının menfaatlerini korumak maksadiyle konan istisnalar ise kefaletin iktisadî gayesine uygun olan hükümlerdir. Çünkü alacaklı kefalet akdi ile kendisini bilhassa borçlunun aczine karşı korumak ve borcunun ifasını her halde temin eylemek imkânlarını sağlamak ister.

Kefaletin fer'i mahiyetine getirilmiş olan bu istisnaların başlıcaları şunlardır:

1 — Alacaklı ile borçlu arasında sonradan yapılan bazı anlaşmalarla borçlunun vecibesinin ağırlaştırılması kefilin de taahhüdünün ağırlaşmasını mucip olmaz. Bu Bk. 497/I icabındandır. İKB. 499/III. ten de bu anlaşılmaktadır.

2 — Borçlunun iflâsı ile beraber kefilin borcu muacceliyet iktisap etmez Bk. 491/I.

3 — Borcun nakline rıza göstermeyen kefil taahhüdünden kurtulur Bk. 176/II. Yeni İsviçre Kefalet Kanunu 493/VI ncı maddesiyle bunu bir kere daha teyid etmiştir.

4 — Asıl borçlu hakkındaki borç ödemekten aciz vesikası kefil hakkında müruru zamanın işlemesine bir mâni teşkil etmez.

5 — Aciz vesikasındaki borç için asıl borçlu aleyhine faiz işlemezsede kefil faizle müzlem olmakta devam eder İ.İ.K. 143/V.

(16) Bu hususta Göktürk: Kefalet hukukumuzun kifayetsizliği: sa: 331 Vd.



*B — Avalın hukukî mahiyeti:*

Avalde kefalet akdinin bu mümeyyiz vasıflarından hiç birini prensip itibariyle göremiyeceğiz.

Aval kefaletten farklı olarak bütün kambyo borçları gibi tek taraflı bir irade beyaniyle yani aval verenin bu sıfatla ticarî senedi imzalaması ve senedi lehine aval verdiği kambyo borçlusuna teslimi ile vücut bulur (17). Kefalet ile aval arasındaki ilk ayrılık kefaletin alacaklı ile kefil arasındaki bir akitten doğmuş olmasında, avalin ise daha ziyade borçlu ile aval veren arasında bir anlaşmadan meydana gelmesinde gözükür. Hatta aval verenle hâmil yani kambyo alacaklısı ekseri ahvalde avalin teşekkülü anında yekdiğerine karşı yabancı bir vaziyettedir. Buna rağmen asıl borçlu ile aval veren arasında sıkı bir münasebet vardır denilebilir. Çünkü aval verenin, aval vermek hususundaki iradesini senet veya allonj üzerine "aval içindir" tâbiriyle yahut buna muadil bir cümle ile ifade ederek senedi imzaladıktan sonra, tk. 555, borcunu temin eylediği kambyo borçlusu ile beraber hâmile karşı müteselsilen mesul bir duruma girer. Bu bakımdan onda şekle tâbi tutulmuş bir birlikte borç üstelenme veya bir borca birlikte iltihak mahiyeti görülebilir. Aval vermekle o, müstakil ve müteselsil olan bir kambyo borcunu yüklenmiş olur. (18). Zaten kambyo hukukundaki imzaların istiklâli prensibi avalın temin eylediği borçtan müstakil ve aslî bir mevcudiyeti olmasını icabettirir. Onu kefaletten ayıran mühim vasıflardan biri de kefalet hilâfına olarak aslî bir borç mahiyetinde olmasıdır. Ticaret Kanunu aval verenin borcunun aslî mahiyetini şu suretle tebarüz ettirmiştir: Bk. 557 "Aval veren kimse kefil olduğu şahıs derecesinde mesuldür. Aval veren kimsenin kefalet ettiği deyin şekle ait nakıadan başka bir sebeple bâtil olsa dahi aval verenin taahhüdü muteberdir".

Şu halde aval verenin giriştiği taahhüt mukadderatı bakımından temin eylediği kambyo borçlusunun borcundan tamamıyla müstakildir. Bu onun bütün kambyo borçları gibi mücerret bir mahiyeti haiz olmasının da bir neticesidir. Bununla beraber aval verenin borcu şu iki halde aslî mahiyetini kaybederek temin eylediği borca tâbi olur:

- a) Temin eylediği borcun şeklen muteber bir mevcudiyeti yoksa,
- b) Temin eylediği borç tediye gibi bir sebeple sukut etmişse bu takdirde aval verenin borcu da sâkit olur.

(17) Kıymetli evrakta hakkın doğum anı ve mahiyeti hususunda muhtelif nazariyeler vardır, bunlar hakkında fazla izahat için: Hirş sa. 487 vd; Arslanlı sa. 32 Vd.

(18) Jdt. 1914. Sa: 162.

Umumiyetle bu iki halde avalın kefalete yaklaştığı iddia edilirse de biz bu hükümleri ile dahi onun kefaletten ziyade müteselsil borçlara müşabih olduğu kanaatindeyiz. Binaenaleyh, avale müteselsil kefalet hakkındaki hükümlerden ziyade müteselsil borçlar hakkındaki hükümlerin tatbiki icabedecektir. Bunda şu neticeler çıkar:

1 — Avalın temin eylemiş olduğu borcun her hangi bir sebeple hükümsüzlük müeyyedesine tabi tutulması aval verenin borcunun müteberiyetine tesir etmez. Hatta hükümsüzlük, temin edilen borcun borçlusunun ehliyetsizliğinden veya borcun kanuna veya ahlâk ve adaba mugayyir olmasından ileri gelmiş olsa bile vaziyet aynidir. Çünkü tıpkı müteselsil borçlarda da olduğu gibi aval verenle aval verilenin borcu yekdiğerinkinden müstakildir. Sonra bu kıymetli evrak hukukundaki imzaların istiklâli prensibinin de bir neticesidir. Ticaret kanunu bu prensibi 533 üncü maddesine formüle etmiştir. Halbuki kefalet akdinde hatta müteselsil kefalette bile asıl borcun her hangi bir sebeple hükümsüz olması kefaletin de hükümsüzlüğünü intaç eder. Bu onun fer'î mahiyette bir akit olmasının icabatındandır. Zaten Bk. 485/1 bunu tasrih eder: "Kefalet ancak müteber bir borç hakkında cereyan eder". Mamafih aynı maddenin ikinci fıkrası bu prensibe iki istisna vazeder. Bunlardan biri kefilin borçlusunun medeni hakları istimal ehliyetini yani fiil ehliyetini haiz olmadığını bilerek taahhüt altına girmesi (19), diğeri ise temin eylediği borcun, borçlusunun iradesinin hata ile mualel olması dolayısıyla borçluyu ilzam eylemediğini yani tek taraflı bağlamazlık müeyyedesine maruz bir borç olduğunu bilmesine rağmen onun ifasını temin eylemiş olması halidir. Yeni İsviçre Kefalet kanunu borçlusunun müruru zamana uğramış bir borcuna kefaleti de buraya ilâve etmiştir. İBK. 492/111.

Umumiyetle doktrinde bu hallerde hakiki manasile bir kefaletten ziyade üçüncü şahsın fiilini taahhüt mahiyeti görülür (20). Çünkü bu vaziyetlerde kefil alacaklıyı asıl borçlusunun borcunu ödemekten aczine karşı değil lâkin asıl borçlusunun akdın hükümsüzlüğünü dermeyan etmesi ihtimaline karşı korumak istemiştir. Binaenaleyh onun borcu artık fer'î mahiyettedir denemez. Zaten İsviçre borçlar Kanununun yeni 492/III sının bu hususta kullandığı ifadelerde bu görüşü teyit edicidir: "Hata veya muamele ehliyetsizliği sebebiyle asıl borçluyu bağlamıyan sözleşmelerden doğan bir borcu temin eyleyen şahıs taahhüt altına girdiği anda söz-

(19) Yargıtay 4. H. D. 10.11.1941 tarihli karar: Tefeci; borçlar kanunu: Sa. 619

(20) Martin: Sa: 519.

Arsebük sa: 932 not: 19, sa. 686: Guhl: sa: 342.

leşmeyi mualel kılan sebepleri biliyor ise, kefalet hukukunun prensipleri ve esasları dairesinde mesul olur....” (21). Yani bilhassa şekil ve ehliyet bakımından kefalet akidi hükümlerine tabi tutulmuş bir üçüncü şahsın fiilin taahhüt mukavelesi mevzubahs olur demektir. Bununla beraber Guhl'ün haklı olarak tebarüz ettirdiği gibi böyle bir taahhüt bazan hakiki manasile bir kefalet akdi mahiyetini de haiz olabilir (22), meselâ kefil asıl borçlunun bu hükümsüzlükleri dermeyeran etmemesi ihtimali dahilinde kefalet altına girmişse burada artık hakiki manasile bir kefalet akidi vardır.

2 — Aval verenin temin ettiği borcun dava hakkı vermiyen bir borç olmasının da ehemmiyeti yoktur.

Halbuki kefaletle böyle bir borcun temin edilip edilemeyeceği doktrinde münakaşalıdır (23). Lâkin bizce bu husustaki münakaşalar yersizdir. Çünkü böyle bir borcun borçlunun ihtiyarı ile ifası kabildir ve zaten kefil borçluya ait olan bütün defileri de dermeyeranla mükelleftir. Şu halde, böyle bir borcun kefalet ile temininin gayri muteber sayılması için esaslı bir sebep olması gerektir.

Yeni İsviçre kefalet kanunu 502/IV. ile meseleyi bu suretle halletmiş ve kefile temin ettiği borcun bu mahiyetine kefalet altına girdiği anda vakıf olsa bile sonradan bunu def'an dermeyeran ederek tediye kurtulmak imkânını bahşetmiştir.

3 — Lehine aval verilen Kambiyo borçlusunun imzası sahte veya mevhum bir şahsa ait olsa bile (fictif) aval yine muteberdir, ve aval veren buna rağmen mesul olmakta devam eder (24).

Halbuki bütün bu hallerde asıl borç ile beraber kefalet akidi de fer'i mahiyeti icabı hükmünü kaybeder.

### III — KEFALET VE AVALDE ŞEKİL

Gerek kefalet ve gerekse aval muhataralı akitlerdendir (25). Yukarıdada işaret eylediğimiz gibi bu akitler kefil ve aval veren için olduğu kadar bir memleketin iktisadi ve kredi hayatı için de telikeler arzeden

(21) Kanunun burada saydığı bu istisnalar tahdidi mahiyettedir, binaenaleyh Bk. 485/II nin hükümlerini sair irade fesede hallerine teşmile imkân yoktur.. Aynı manada Gültekin. sa: 45.

(22) Guhl age sa: 842.

(23) Gültekin: sa. 45.

(24) Aksi görüş Arslanlı sa: 105.

(25) Schwarz Sa. 29.

birer müessesedir (26). Meselâ asıl borçlunun borcunu tediye etmediği, kefilin kendisine rucuu zamanında asıl borçlunun aciz haline düşmüş olduğu düşünülürse mesele bütün açıklığı ile meydana çıkar. Kanun koyucu bu mahzurları önlemek ve bilhassa bu müessesenin kefiller aleyhine suiistimaline mani olmak maksadile mümkün olduğu nisbette tedbirler almağa çalışmıştır. Bugünkü kefalet hukukumuzun bu husustaki hükümleri bunları sağlayacak mahiyettedir, böyle olduğunu pek zannetmemekle beraber bu, mevzuumuzun dışında kaldığından bunun üzerinde duracak değiliz. (27).

A — Kefaletten doğacak tehlike ve mahzurları bertaraf etmek gayesi ile borçlar kanununun hemende bütün diğer sahalarında hakim olan iradenin muhtariyeti prensibi kefalet hukukunda pek çok tahditlere uğrar. Yani prensip itibarile kefalet hakkındaki hükümlerin amir bir mahiyeti olduğu görülür. Her ne kadar kanun koyucu bunu her hangi bir madde içinde ve, yeni İsviçre Kefalet kanunu hilâfına olarak sarih bir şekilde tasrih etmemişse de maddelerin yazılış tarzından böyle bir neticeye varmak kabildir. Yeni İsviçre Kefalet kanunu ise bunu İBK. 492/4 te "hilafı kanundan anlaşılmadıkça kefil 20 inci bapta kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez." demek suretile açıkça belirtmiştir.

Aval hakkında da aynı mülahazalar varittir, bununla beraber bu avale has bir hususiyet teşkil etmez. Kambiyo hukukunun mahiyeti icabı buradaki bütün hükümler zaten âmir karakterlidir.

İşte bunun içindir ki kanun kefaleti şekle tabi tutar. Kefilin taahhüdünün muteber olabilmesi için yazı ile verilmiş olması gerekir Bk. 484. Yeni İsviçre Kanunu bu husustada daha ileriye giderek kefalet hakkında üç şekil ihdas etmiştir. Hükmi şahıslar tarafından yapılacak kefaletler hakkında adî yazılı şekil, gerçek kişiler tarafından muayyen bir meblağa (2000 Fr.) kadar girişilecek kefalet taahhütleri hakkında mevsuf yazılı şekil olarak adlandırabileceğimiz bir yazılı şekilki buna göre kefilin mesul olacağı azamî meblağı bizzat kendi el yazısı ile senede yazması kanunun icabıdır. Gerçek kişilerin 2000 franktan yüksek olan kefalet taahhütleri ise resmî şekle tabi kılınmıştır Madde 493.

Kefalet akidi asıl borç senedi üzerinde veyahutta ayrı bir senet ile de yapılabilir. Yalnız her iki halde de kefilin mesul olacağı muayyen bir meblağın senette gösterilmesi lâzımdır. Bu miktarın asıl borçtan anlaşıl-

(26) Göktürk: Kefalet, sa. 331.

(27) Bu hususta daha fazla izahat için bak: Göktürk İbid; P. Covin Sa: 81 381 vd. 381 vd.

labilir olması veyahutta kefalet akidinde asıl borç gösterilmek suretile kabili tayin olması da kâfidir (28). İsviçre'de de Doktrin şimdiye kadar bunu böyle kabul etmişti (29). Lâkin İsviçre'nin yeni kefalet hukuku bu miktarın bizzat kefilin el yazısı ile senede yazılmış olmasını aramaktadır İBK. 493.

Şekil şartlarına riayet edilmeden yapılmış bir kefalet akdinin umumiyetle hükümsüz olduğu kabul olunur. Fakat bazı hallerde tarafların şekle riayet etmeden böyle bir taahhüt altına girmiş olmalarından onların bununla başka bir gaye takip eyledikleri meselâ kefilin, borçlunun fiilini taahhüt eylemek istediği veya onunla birlikte borç üstlendiği manası da çıkarabilir. Bu gibi vaziyetlerde tarafların mefruz iradesini aramak BK. 18 gereğince hakime düşer. Eğer onların hakiki iradelerinden yaptıkları bu kefalet akidinin hükümsüzlüğünü bilmiş olsalardı bu mahiyette diğer bir akit yapacaklardı neticesine varmak mümkün olabilirse bu takdirde hükümsüz muamelelerin tahvili müessesesi (conversion) yardımıyla kefaleti gayri muteber saymaktansa onu bir garanti mukavelesine veyahutta bir birlikte borç üstlenme mukavelesine tahvil etme menfaatları vaziyetine daha uygun düşer sanırız (30).

B — Kıymetli evrakta dolayısıyla ticari senetlerde imza yerinin büyük ehemmiyeti vardır. Çünkü atılan yere göre imza sahibinin taahhüt eylediği borcun mahiyeti ve yüklendiği mükellefiyet tahavvül eder. Aval esas itibarile "senedin arkasına veya alloij üzerine dercolunan" aval içindir" tabirile veyahutta buna mümasil bir ibarenin yazılıp aval veren tarafından imzalanması" ile husule gelir TK. 556/II. Hamile muharrer bir çekin arkasına vazedilen imzada aval verildiğini gösterir TK. 616/III. Aval vermek isteyen bu iradesini gösterir bir ibare kullanması bilhassa senedin arkasına yazılmış aval hakkında mühimdir. Çünkü hiç bir sarahat-i ihtiva etmeyen böyle bir imza umumiyetle beyaz ciro mahiyetinde telâkki olunur. Poliçenin yüz tarafına atılan bir imza hakkında ise esas itibariyle böyle bir ibare kullanmak zarureti yoktur, kanun bu hususta bizzat kendisi bir karine vazeder, ve policenin yüz tarafına keşideci ve muhataptan gayri bir şahsın attığı imzanın aval demek olacağını TK 556 beyan eder.

Halbuki kefalet akidinde kefil sıfatı taahhüt altına girilmek hususundaki iradenin açıkça beyan edilmiş olması gerekir. Bu hususta hiç

(28) 12-4-1944 tarih ve 13/14 sayılı İ.C.B.K Tepeci BK. sa. 618

(29) Funk: Sa: 493. Jdt. 1939 Sa: 167 Cons. 4; age. Sa: 176, Jdt, 1932 sa: 430.

(30) Bu hususta Jdt. 1946 Sa: 521.

bir şey denmeden borç seneti üzerine atılan bir imza ekseri ahvalde bir likte borç üstlenildiğine delil teşkil eder.

Mamafih poliçenin yüz tarafına keşidece veya muhatabın imzalarının yanına atılmış bir imzanın müşterek keşideciyi veya müşterek kabulümü gösterdiği yoksa aval vermek için mi olduğunu tayini de her me-selesinin hususiyetine göre halledilmelidir (31).

Ticarî bir senedin arka tarafına hiç bir sarahat ihtiva etmeden atılmış bir imzanın beyaz bir ciro veya aval mı olduğunun tayinde ayrıca zorluk arzedebilir. L. Caen bunu tayin hususunda şöyle bir tefrik yapar: Eğer bu imza sahibi lehine evvelce yapılmış bir ciro varsa bu son imza bir beyaz ciro mahiyetindedir, eğer bu imza sahibi lehine evvelden yapılmış her hangi bir ciro mevcut değilse onun aval vermek maksadile atılmış olduğu kabul edilmelidir (32).

Aval kefaletten farklı olarak mutlaka ticarî senet veya allonj üzerinde verilmelidir, bunlardan ayrı bir senet üzerinde verilmiş olan avalın hakiki bir aval yani kambiyo hukuku hükümlerine tabi bir teminat teşkil edip etmiyeceği gerek doktrinde (33) ve gerekse mevzuatta ihtilafıdır.

Mevzuattaki ihtilaf bunu kabul eden Fransız sistemi ile bunu kabul etmiyen Alman sistemini benimsemiş kanunlar arasında görülür. Bizim kanunumuz bakımından buna cevaz yoktur TK 556/III (34).

Bu mesele gerek Lahey ve gerekse Cenevre anlaşmaları ile de halledilememiş, nihayet her iki anlaşma ile de mutavassıt bir yol kabul olunarak âkit devletlere ayrı bir senetle aval verilmesini kanunları arasına sokup sokmamak hususunda selâhiyet tanınmıştır (35).

Hakikaten ticarî senetten ayrı bir senet üzerinde verilen avala kambiyo hukuku ile ilgili bir mahiyet izafe etmek biraz zordur. Bu, hak ile senedin müttehit olmasını icabettiren kıymetli evrakın ve dolayısıyla ticarî senetlerin mahiyetine muhalif görünür. Diğer taraftan ancak bir

(31) Vasfi Raşid Seviğ C. III, sa: 784.

(32) L. Caen C. 4: Sa: 237. Aksi görüş Arslanlı 103. Profesöre göre imza aval beyanını ihtiva etmediğinden aval şeklinde tefsir edilemez. Giro sinsilesine girmedigi için ciro vasfını haiz değildir, binaenaleyh imzanın bir değeri yoktur, atılmamış telâkki edilmesi gerekir.

(33) Ticari senedin gayri bir senetle verilmiş olan bir aval olsa olsa bir ticari kefalet hükmündedir: Hırş, 1945 Ticaret semineri zabıtları, Ticaret H. sa. 500

(34) Bunu kabul eden mevzuat meyanında Hollanda, Belçika, Yunanistanı zikredebiliriz.

(35) Cenevre anlaşması annexe II maddede 4.

ticarî senet üzerinde mevcut olan imzalardır ki bir kambiyo borcuna vücut verebilirler. Hatta bu müesseseyi eskidenberi benimsemiş olan Fransa'da bile ayrı bir taahhütname ile verilen avalın bir ticarî senetteki avale müşabih addedilmesinin şeyin mahiyeti icabı mümkün olamayacağını müdafaa edenler pek çoktur (36). Bu hususta şöyle denilmektedir: "ayrı bir senetle aval veren sadece aval verdiği şahsa karşı mesul olmayı kabul etmiştir. Kendisi ile poliçedeki diğer imza sahipleri arasında doğrudan doğruya hiç bir münasebet yoktur. Çünkü bu muayyen bir hamile karşı verilmiştir. Poliçe ile beraber otomatik olarak devredilemez. Avalın da devri için ayrı bir temlik muamelesine lüzum vardır" (37).

Bizim hukukumuz bakımından da vaziyet aynidir. Ayrı bir senetle bu suretle taahhüde girişilirken hatta aval denmiş olsa bile o bir kefalet mahiyetindedir (38). İsviçre hukukunda da vaziyet böyledir (39). Bununla beraber aval diğer bir memlekette hususî bir senetle ita edilmiş ve bu çevrede böyle bir aval muteber telakki edilmekte ise lokus regit actum kaidesine binaen bizde de hüküm ifade eder (40). Avalın hangi kambiyo borçlusu lehine verilmiş olduğu aval serhinde tasrih edilmelidir. Çünkü aval veren aval verdiği kimse derecesinde ve onunla beraber müteselsilen borçludur. Kimin lehine verildiğinin tasrih edilmediği hallerde kanun keşideci lehine verilmiş olduğu hakkında bir karine vazederek TK. 556/III. bunun tayini hakimın serbest takdirine bırakmaktan kaçınır. Bu hüküm yerinde ve kambiyo hukukunun mahiyetine uygun düşen bir hükümdür. Çünkü senetten mümkün olduğu kadar vazih bir şekilde kambio borçlarının anlaşılmasında hamilin menfaati olduğu gibi senedi ödemekle en çok kambiyo borçlusunu borcundan kurtaracak olan lehine aval verilmiş olduğunun kabul edilmesi de hem doğru ve hem de gerek iş münasebetlerine ve gerekse aval il güdülen gayenin tahakkukuna elverişlidir. Aynı hüküm gerek Lahey ve gerekse Cenevre yeknesak kanununda da zaten mevcudu (41).

Aval hatta daha senedde imzası bulunmayan bir şahıs lehine yani müstakbel bir borç hakkında da verilebilir. Bu takdirde avalın mevcudiyeti asıl imzanın mevcudiyetine bağlıdır, yani aval ancak asıl imzanın

(36) Bouteron - Percerou Sa. 101; Thaller Sa. 855; Bonnacarrése Sa. 309.

(37) Bouteron - Percerou ibid.

(38) N. Zeki Sa. 112.

(39) Code civil 1948. Sa. 381.

(40) Arslanlı Sa. 104

(41) Bilindiği gibi ticaret kanunumuzun ticarî senetleri hakkındaki maddeleri Lahey anlaşmasında iktibas edilmiştir.

senede vazedilmesi ile hüküm ifade eder (42). Avalın sonradan taayyün edecek bir şahıs lehine verilmesi kambyo hukukundaki imzaların istiklali prensibine muhalif düşmezmi? zannetmiyoruz, çünkü bu prensip ancak kambyo taahhütlerinden doğan borçların mevcudiyetleri halinde onların yekdiğerinden müstakil olduklarını kabul eder. Halbuki daha henüz ortada aval ile temin edilecek bir kambyo taahhüdünün mevcut olmaması halinde tabiidirki istiklalden bahsedilemez (43). Bu bakımdan avalın kefalete yaklaştığı görülür, çünkü kefalet akidi de isim tasrih edilmeden ve sonradan tayin olunacak bir şahıs lehine yapılacağı gibi (44) müstakbel ve şarta bağlı bir borç hakkında da cereyan eder. Yeterki kefaletten doğan hakkın dermeyanı sırasında bu borçlar muteber bir surette mevcut olsunlar. Zaten bu hususta BK. 485/II. de sarıh hükümde mevcuttur.

Aval verenin taahhüdünü şarta tabi tutup tutamayacağı hususu ihtilaflıdır. L. Caen aval verenin taahhüdünü şarta tabi tutabileceğini ve bunu meselâ yalnız muhatabın kabulüne hasredebileceği kanaatinde (45). Aksini müdafaa edenlerin görüşü bize kambyo hukukunun mahiyetine daha uygun görünmektedir. Hakikaten kıymetli evrakta tecessüm ettiren hakkın senetten açık ve vazıh surette anlaşılması lâzımdır, halbuki aval verenin taahhüdünü bir kayıt ve şarta tabi tutması ondan bu vasfı kaldırır. Vivante mütevassıt bir noktayı nazır ileri sürerek aval verenin mesuliyetini sadece ticari senetteki meblağ bakımından tahdit edebileceğini kabul eder (46).

Ticari senette gösterilen borçur, kefalette olduğu gibi kısmen aval ile temin edilip edilemeyeceği de ayrı bir problem teşkil eder. Bunun lehinde olarak denilebilirki ticaretin serbest gelişebilmesi için tarafların rızalarına tam bir serbesti vermek ve kolaylık göstermek lâzımdır. Hilâfi şart edilmiş olmadıkça aval veren üzerine aldığı taahhüdün sahasını tahdit edebilmesidir (47). Nitekim Cenevre yeknesak kanununun 30 uncu maddesile bu husus kabul edilmiş ve Fransız Ticaret kanunu ile; madde 130/I; İsviçre borçlar kanunu 1020/I içine de girmiştir. Halbuki eski Fransız ticaret kanunu ile, madde 141, Lahey yeknesak kanununda bu kabul edilmemekte idi. Bizim Ticaret kanunumuzda bu hususta bir

(42) Vivanté: Cilt 3. Sa. 457.

(43) Vivante: ibid.

(44) Martin: Sa. 519.

(45) Cilt 4 sa. 242.

(46) age. Sa. 555.

(47) Cenevre kongresinde ileri sürülen fikirlerden: Seviğ C. III. Sa: 784.



sarahat yoktur. Aval hakkındaki 555 inci madde "Bir poliçenin tediyesi aval ile temin olunabilir" demektedir. Kanunumuzun Lahey anlaşmasından mülhem olduğu gerekçesine dayanılarak bunun mümkün olamayacağı müdafaa olunabilir. Mamafi kanunda bu hususta sarıh bir memnuniyet bulunmamakta olmasına istinat ederek aval verenin taahhüdünü bu senetlerde gösterilen meblağdan muayyen bir kısmına bunu senet üzerinde açık olarak belirtmek şartile hasredebileceği de iddia edilebilirki bu son görüş fikrimizce Cenevre müzakereleri sırasında da işaret edilmiş olduğu gibi ticaretin serbest gelişebilmesi için olduğu kadar menfaatler ihtilafına da uygun düşer. Nitekim eski Fransız kanununun meriyeti zamanında bile Fransa'da 141 inci maddenin amir bir mahiyeti haiz olmamasına dayanılarak kısmen verilen aval muteber telakki ediliyordu (48).

Kefalet ile aval arasındaki mühim bir fark imza hususunda da kendini gösterir. Okuyup yazma bilmiyen kefil BK. 14 vd. mucibince kefalet senedinde bu husustaki iradesini her hangi bir işaret veya mühür kullanmak suretile tevsik edebilir. Yeterki bunlar usulüne uygun olarak yani hukuk usulü kanununun 297 inci maddesine uygun olarak tasdik edilmiş olsun (49) çünkü bilindiği gibi kanun vazı senet metninin bizzat borçlu tarafından yazılmasını akidin muteberiyeti şartı olarak sadece el yazısı ile yapılan vasiyetnamelerde arar.

Okuyup yazma bilmeyenler hakkında hüküm vazeden BK. 15. Kambyo Hukukuna dair olan hükümleri mahfuz tutar ticaret kanununun ticari senetler hakkındaki üçüncü babında da daima imzadan bahsedilmiş olmasına göre ticarî senetlerde mühür veya herhangi bir işaret kullanılamıyacağı neticesini çıkarmak kabildir. Zaten bu menfaatler vaziyetinde uygun düşen bir sonuçtur. Prof. Hirs'in de haklı olarak belirttiği gibi bilhassa köylülerin himayesi için ticarî senetler hakkında ancak elle atılmış hakiki manasile imzayı kabul zarureti vardır (50). Lâkin yargıtay buna muhalif bir görüş takibetmektedir (51). Cenevre yeknesak kanununun ekinin ikinci maddesinde ticarî senetlerde imza veya her hangi bir işaret kullanılıp kullanılamıyacağıın tayini hususunda âkit devletlere selâhiyet tanımıştır.

Üzerinde durulması icabeden diğer bir meselede gerek kefaletin ve

(48) Deschamps Sa. 44.

(49) 12.11.1930 tarihli İç. Bk. I. Öktem usul kanunu Sa: 334 ve burada zikredilen diğer yargıtay kararları.

(50) 1945 senesi Ticaret semineri zabıtlarından 17-1-1945 tarihli zabıt.

(51) Ticaret dairesininin 39/286 sayılı kararı Hirs: Ticaret kanunu sa. 226.

gerekse avalin asıl borcun muacceliyetinden ve ticarî senette gösterilen vadeden sonra yapılmasının mümkün olup olmadığı hususudur. Gerek kefalet ve gerekse avalin mahiyeti icabı bunun mümkün olduğu kanaatindeyiz. Çünkü her ikisi de alacaklı veya hamile karşı asıl borcun veya ticari senetteki meblağın tediyesini temin bakımından şahsı bir teminat teşkil eder.

Binaenaleyh vadede borcun ödenmemesi üzerine kefil gösterilmesi borçlunun borcu kabul ettiğini ve alacaklı bakımından ise kefalet akidi ile kabul edilen müddetin hitamına kadar asıl borcun tediyesi hususunda borçluya adeta yeni bir mehil verilmiş olmasına delâlet edebilir BK. 134/II de bu görüşümüzü teyit eder mahiyettedir.

Aval hakkında bu görüş TK. 545 inci maddesine uygun düşer. Çünkü bu madde hükmüne göre vadeden sonra yapılmış bir ciro vadeden evvel yapılmış bir ciro hükmündedir. Yalnız aval içinde TK. 545 inci maddenin cirolar hakkında yaptığı gibi bir tefrik yapılması her halde munasip olur:

a — Ademi tediye protestosundan evvel veya bu protestonun tanzimi için muayyen olan müddetten evvel yapılmış olan aval hakiki manasile ticaret kanununun anladığı manada bir aval hükmünde telakki edilmelidir.

b — Bu protestodan veya bu protestonun çekilmesi için lüzumlu olan müddetten sonra verilmiş olan aval ise artık aval mahiyetini kaybeder. Çünkü bu müddetlerden sonra yapılmış olan bir ciro da artık ciro mahiyetini kaybederek alacağını temlik mahiyetini iktisabeder (52).

Bu takdirde avalın mahiyeti yani borçlar kanunu anlamında bir kefalet mi yoksa bir birlikte borç üstlenme mi telâkki edileceği tarafların iradesine göre tayin edilmelidir. Bunu tespit ederken hakim bilhassa tarafların güttüğü iktisadî gayeyi nazarı itibare almak zorundadır. Eğer aval sıfatıyla senedi imzalamış olan kimse bu suretle kendisine hiç bir menfaat temin etmiyorsa ve bunda hiç bir şahsî menfaati yoksa bir kefalet mevzubahs oluyor demektir ve bu kefalette bir ticarî borca kefalet olduğundan TK. 642 gereğince müteselsil kefalet olarak telâkki edilmek lâzım gelir.

#### IV — KEFALET AKTIYLA AVALDE EHLİYET MESELESİ

Bütün Hukuki muamelelerde de olduğu gibi ancak fiil ehliyetini yani medeni hakları istimal ehliyetini haiz olanlardır ki kefil veya aval ve-

(52) Ticaret dairesinin 10.7.1939 tarihli kararı: Ş. Eriç Ticaret Kanunu sa. 224.

ren sıfatile taahhüt altına girebilirler.

A — Bununla beraber kefaletin önemini göz önünde tutan kanun koyucu kefil olacakların ehliyeti bakımından üç tahdit daha vazetmiştir. Bunlardan biri vesayet veya velâyete tabi olanlarla kendilerine bir hukuki müşavir tayin edilmiş olanların himayesi maksadını güder diğeri ise evli kadının menfaati mülahazasına müstenittir.

a) Medeni kanununun 392 inci maddesi gereğince vasi vesayet altındaki küçük namına hiç bir suretle kefalet akidi yapamaz. Doktrin ve mahkeme kararları velâyete altındaki küçük hakkında da aynı hükmü cari olduğunu kıyasen kabul ederler (53).

b) Diğer tahditte evli kadınların himayesi mülahazası ile vaz edilmiş olan MK. 169/II inci madde hükmüdür. Bu maddeye göre “koca menfaatine olarak kadın tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir”. Yani birinci fıkra mucibince sulh hakimi tarafından tasdik olunmadıkça karının bu taahhütleri muteber değildir. Biz burada bu tasdik mahiyet ve neticeleri üzerinde duracak değiliz (54). Yalnız şunu söylemekle iktifa edelimki prensip itibarile hakim tasdik eylemediği böyle bir kefalet akidi hükümsüzlük müeyyedesine çarptırılır.

Yeni İsviçre Kefalet kanunu kefil daha ziyade himaye maksadile ehliyet hususunda evli kişilerin fiil ehliyetine diğer her hangi bir hukuki muamele ve akide göremiyeceğimiz bir tahdit daha vazetmiş ve evli her şahsın ister kadın ister erkek olsun kefalet akidi ile taahhüt altına girebilmesini eşinin yazılı bir muvafakatına tabi tutmuştur 494/I. Bu fıkra karşısında MK. 169 un tatbik edilip edilemeyeceği hususunda bihakkin tereddüde düşülebilirdi, işte böyle bir tereddüde mahal vermemek için olacaktır ki aynı maddenin son fıkrası “vesayet makamının kadının hukuki muameleleri hakkındaki muvafakatine dair olan hükümlerinde mahfuz” olduğunu açıkça ifade etmiştir.

Diğer bir tahdide İİK. 290 madde hükmünden gelmektedir: konkordato talep etmiş olan borçlu da kefalet akidi yapmaktan memnudur, yaparsa bu kefalet aynı madde mucibince hükümsüzdür.

B — Aval verme ehliyetine ticaret kanunu tarafından vaz edilmiş her hangi bir tahdit yoktur. Binaenaleyh kambiyo taahhüdü altına gir-

(53) ATF. 63.II.129; FJ. 179 sa. 2; Jdt. 1938 Sa: 88.

(54) Bu hususta N. Bilge Ank. Huk. Fak: der C: VIII, sayı: 1-2, sa: 575 eşler arasında veya koca menfaatına karı ile üçüncü kişiler arasında yapılan hukuki muamelelerin yargıç tarafından tasvibi adli makale; Jdt. 1937 Sa: 82 ve 89.

meye ehil olan her şahıs prensip itibariyle aval veren sıfatıyla de borçlanabilir, Ticaret Hukukumuz bakımından da kambiyo taahhüdü altına girmek hususunda hususî bir ehliyet şartı aranmaz .Sadece Ticaret kanununun 21/III. üncü maddesi "poliçe, emre ve hamile muharrer senetle çek" keşidesini mutlak olarak Ticarî muamelâttan saydığından ticarî senetlerle borç deruhde edebilmek için ticarî ehliyeti haiz olmak lâzım ve kâfidir. Şu halde ticarî ehliyeti tanzim eden TK 4 deki yaş kaydını rüşt şeklinde anlarsak ki bunun böyle anlaşılması menfaatlar vasiyetine de uygun düşer (55), umumiyetle ehliyet bakımından aval ile kefalet arasında bir farkta kalmaz. Zaten medeni kanun 379 uncu maddesile kendisile kendisine bir müşavir tayin edilmiş olanları aval ve kefalet ehliyetleri bakımından farklı hükümlere tabi tutmamıştır: Her iki halde de müşavirin reyinin alınması gerekir (56).

Burada şöyle bir sual ile karşılaşmak mümkün olabilir: Acaba medenî kanunun mahçur ve evli kadınlar hakkında vazettiği hükümler aval hakkında da tatbik edilmelidir?

Medenî kanun, küçüklerin hatta kanunî temsilcileri vasıtasıyla dahi kefalet aktı yapamıyacakları hakkındaki 392 inci maddesi hükmünün burada tatbik edilmeyeceğini bizzat kendisi kabul ederek 405/5 ile vasinin sulh mahkemesinden izin almak şartile küçük namına kambiyo taahhütleri altına girebileceğini derpiş etmiştir. Bu maddede umumi bir terim olan kambiyo taahhüdü denildiğine göre aval vermekte buraya dahil olacaktır.

Vasinin sulh mahkemesinin iznini almadan küçük namına verdiği avalın mahiyeti ne olacaktır? Biz TK. 534 karşısında borçlar kanununun 395 inci maddesindeki müeyyidenin tatbik edilemeyeceğini zannediyoruz. (57) Yani bu takdirde vasi borç hükümsüzlük iddiasında bulunamayacak ve bize TK. 534 mucibince giriştiği bu taahhüdden dolayı bizzat kendisi mesul olacaktır. Çünkü o, küçük namına böyle bir taahhüt altına girerken gerekli izni almamak suretile kendisini bu 534 üncü madde anlamında başkası namına harekete mezun olmıyan bir şahıs durumuna düşürmüştür, bu sebeple de bundan doğacak neticelere şahsan katlanmak

(55) Hırş Ticaret Hukuku dersleri Sa: 108.

(56) Jdt. 1929 Sa: 13.

(57) Her ne kadar bu madde de küçükün vasinin muvafakatini almadan yaptığı muamelelerin müeyyedesini tanzim edilmekte ise de bunun kıyasen vasinin gerek sulh ve gerekse asliye mahkemesinden izin alması gereken muamelelere de bu iznin fıkdanı halinde tatbik edileceği doktrinde kabul edilir.

zorundadır. Tabii Sulh mahkemesinin sonradan icazet verdiği haller bundan müstesnadır.

MK. 169 uncu maddenin aval hakkında uygulanıp uygulanamayacağı hususunda bir birine zıt olan şu iki görüşte müdafaa edilebilir. Denilebilir ki kanun bu madde ile karıyı bilhassa kocası karşısında himaye etmek istemiştir aval, aslı mahiyeti ve aval vereni adeta bir müteselsil borçlu durumuna sokmak gibi bir sonuç husule getirmesi itibarile aval veren aleyhine kefaletten de daha ağır olan hükümler tevhit eder.

Binaenaleyh 169 uncu maddenin aval hakkında da tatbiki icabeder. Lâkin şöyle de düşünülebilir kanun koyucu her ne kadar bu hükmile kadını himaye etmek istemişse de, bu maddenin kambiyo hukuku sahasına da tatbiki bu hukukun mahiyetine muhalif düşer. Aval verenin borcu temin eylemek istediği kambiyo borçlusunununkinden tamamiyle müstakildir ve bundan maada onun aslı bir mahiyeti de vardır ve o bu bakımdan daha ziyade müteselsil bir borç karakterini taşır, halbuki kadının kocası ile birlikte müteselsil borçlu sıfatile bir borç üstlenmesini kanun koyucu her hangi bir makamın tasdik veya tasvibine tabi tutmamıştır. Bizce bu son hal tarzı kambiyo hukukunun mahiyetine daha uygun düşeceği gibi medeni kanunun ruhuna da muhalif değildir. Çünkü medeni kanunun 405 inci maddesile kanun koyucu kambiyo hukukundaki hususiyetleri göz önünde tuttuğunu göstererek kefaletten farklı hükümler sevkettir.

Aval vermek suretile taahhüt altına girme ehliyeti bakımından kefaletten farklı başka bir vaziyetle de karşılaşacağız. Kefil alacaklı ve borçludan gayri bir üçüncü şahıs olmalıdır; halbuki aynı ticarî senette borçlu bulunan keşideciden gayri her hangi bir kambiyo borçlusu da bir diğerrinin borcunu aval vermek suretile temin edebilir 555/II. Bu ticaret kanununun ruhuna da uygundur. Çünkü vadeden evvel veya sonra rucu imkânının mevcut olduğu bütün hallerde keşideciden ve muhataptan maada her şahsı poliçenin tediye ve kabulü için irae edilmiş olmasalar da poliçe bedelini bittavassut tediye veya kabul edebilirler TK. 555/II. Bu madde ayrıca pratik bir ehemmiyette arzeder. Çünkü aval bilhassa ticarî senetlerin ödenmesi hakkındaki garantiyi artırmak ve tedavüllerini kolaylaştırmak gayesini istihdaf eder. Şöyle bir vaziyet düşünülürse bu hükmün pratik ehemmiyeti daha kolaylıkla anlaşılabilir. Hamil kendisine düşen mükellefiyetleri yerine getirmez meselâ ademi tediye protestosu çekmezse kabul edenden başka bütün kambiyo borçlularına karşı müracaat imkânlarını kaybeder. TK. 559 bunu sarahaten tasrih eder. İşte böyle bir vaziyette cirantalardan biri kabul eden lehine aval verirse

kabul eden gibi ve onunla beraber müteselsilen mesul olmayı kabul ediyor demektir ve bir ciranta olarak kendisine müracaat edemeyecek olan hamil bu takdirde onu bir aval veren sıfatile takip imkânlarına malik olur.

Lâkin acaba poliçenin asıl borçlusunu olan kabul edenle, ademi kabul halinde keşidecede aval verebilirler mi? Buna umumiyetle menfi cevap verilir (58) ve sebep olarak da keşideci ile kabul edenin aval vermeleri, aval ile varılmak istenen teminatı sağlayacak mahiyette olmadığı ileri sürülür. Nitekim Profesör Vasfi Raşit Seviğ "aval poliçenin tediyesini hamile karşı temin eylemeyi asıl borçlunun yanına bir ikinci borçlu koymayı kasteder. Keşideci ile muhatapın aval olmalarında ise bu kast zail olmuştur" der (59). Biz de bu fikre iltihak ediyoruz, bunların ticarî senette borçlu görülenlerden her hangi biri lehine aval vermeleri bizce hamile karşı bir garanti teşkil etmez. Yalnız ademi kabul veya ademi tediyeye halinde hamil 569 mucibince "cirantalarla sair mesuller" aleyhine müracaat edecektir. Bunlardan birine ticarî senedi kabul etmemiş olan muhatapın aval vermesi hamile karşı ancak bir garanti teşkil eder. Çünkü bu halde hamile karşı hiç bir suretle mesul olmayacak olan muhatap bu takdirde aval verdiği şahsile beraber ona karşı mesul olmayı kabul ediyor ve bu suretle de hamil karşısında tek bir borçlu yerine iki borçlu kaim oluyor demektir. Kambiyo borçlularından her hangi birinin aval verebileceği hakkındaki hükme çekler bakımından bir istisna vazetmek gerekir hakikaten çeklerde muhatap yani ekseri ahvalde banka aval veremez, bu sekin daha ziyade bir tediyeye vasıtası olmasının bir neticesidir .(60)

## V — KEFALET VE AVALIN MUHTELİF NEVİLERİ

A — Kefaletın muhtelif neveleri vardır. Biz bu yazımızda bu türlü kefalet neveleri üzerinde durarak bunları inceliyecek değiliz, sadece onların en karakteristik vasıflarına kısaca temasla iktifa edeceğiz. Kefalet nevelerini mahiyetlerine göre üç grupta toplamak mümkündür (61):

1 — Alacaklıya karşı kefile, evvelâ asıl borçluya müracaat veyahutta rehinleri paraya çevirtmek def'ini dermeyan hakkını bahşeden adi kefalet. Bu kefalet nev'i, kefaletın fer'i mahiyetten başka tali bir mahiyeti

(58) L. Caen C. 4, Sa: 235; Thaller Sa. 855.

(59) C. III. Sa: 788.

(60) N. Zeki Sa: 248.

(61) Daha fazla izahat için Guhl Sa. 340 Vd.

de haizdir. Şu manadaki alacaklı BK. 486 ıncı maddede tasrih edilen hallerden maadaki vaziyetlerde doğrudan doğruya kefile müracaat edemez. Ettiği takdirde kefil beneficium excussionis personele reale hakkını haizdir.

Alacaklıya karşı kefilin taahhüdünü temin eden kefile kefil ile, borçluya rucu hakkını iktisap etmiş olan kefilin, borçluya karşı haiz olduğu rucu haklarını temin eden rucua kefil de birer adi kefil durumundadırlar. Şu farkla ki kefile kefil alacaklıya karşı kefilin edimini yerine getireceğini temin eder binaenaleyh alacaklının evvelâ asıl kefile müracaat etmesi lâzımdır zaten BK. 489/II bunu gayet sarih olarak tasrih eder.

Rucua kefilde adi bir kefildir lâkin o adi kefalette olduğu gibi alacaklıya karşı değil, fakat borçluya rucu selâhiyetini haiz olan kefile karşı mesuliyet altına girerek onun rucu suretile asıl borçluya dermeyan edebileceği haklarını temin eder (62).

2 — Asıl borçlu ile birlikte kefil alacaklıya karşı müteselsilen mesul kılan müteselsil kefalet, bu nevi kefalette “kefil borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek borçlu sıfatile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhine takibat icra edebilir” BK. 487/II. Müteselsil kefaleti adi kefaletten ayıran mümeyyiz vasıf onun tali bir mahiyeti haiz olmamasında görülür. Mamafi yeni İsviçre Kefalet kanununun 496 ıncı maddesinin I ve II. inci fıkrasındaki bazı hükümleri ile müteselsil kefalette de aşağı yukarı hiç olmazsa bazı hallerde böyle tali bir mahiyet bahsetmek temayülü gösterdiğine daha yukarlarda temas etmiştik.

Şu halde hiç olmazsa bizim hukukumuz bakımından müteselsil kefaletin tali bir mahiyeti yoktur, alacaklı evvelâ borçluya müracaat etmeye veya rehinleri paraya çevirtmeye mecbur kalmadan sadece BK. 486 ıncı maddeki istisnaî hallerde değil, lâkin her zaman için evvelâ doğrudan doğruya kefil takip hakkını haizdir (63). Mamafih müteselsil kefalet bundan dolayı da fer'i mahiyetini kaybetmiş değildir. Bütün kefalet neviileri gibi o yine fer'i bir karakteri haizdirki bu kendisini bilhassa müteselsil borçlulardan olduğu kadar avaldanda tefrike yarar.

Burada şöyle bir mesele ile karşılaşmak mümkündür. Ticarî senet ile borçlanmış olanlardan birinin imzası yanında aval tabiri kullanılmadan sadece ve yalnız “bu borçlu ile birlikte kefilim” denilmiş olması bu

(62) F.J. No. 180, Sa: 2

(63) Yangıtay İç. İf. E. 82, K I: Hirs notlar Ticaret kanunu Sa: 296

taahhüdü kambiyo hukukundaki bir taahhüt mahiyetinden uzaklaştırıp ona borçlar hukukundaki kefalet vasıflarını tahmil eder mi?

Ticari senetler hakkında kanunun ne kadar formalist davrandığı düşünülürse buna belkide yekten müsbet cevap verilmek istenebilir. İşte böyle bir neticeye mani olmak için olacaktır ki bizzat kanun koyucu TK. 556/II de aval "aval içindir" tabiri ile yahutta ona muadil bir cümle de ifade" olunabileceğini kabul etmiştir. Nitekim Temyiz mahkemesi de 25. 3. 1931 tarihli bir içtihatları birleştirme kararı ile "emre muharrer bir senedi asıl tarafından vadenin hitamında meblağı mezkûr verilmediği takdirde" kaydile imza eden kefil bir aval veren mahiyetinde telâkki etmişti (64). Bizce Yargıtay'ın bu kararında tenkit edilmesi icabeden bir cihet vardır ki o da yüksek mahkemenin böyle bir beyanın "aval ifade edeceğinden kefaleti müteselsile ahkâmına tabi olması icabedeceği" hakkındaki görüşüdür. Bu görüşü her hangi bir kaydı ihtiraziye tabi olmadan dermeyan etmek avala da fer'i bir mahiyet izafe etmek olurki bu ise bizzat ticaret kanununa muhaliftir (65). Ancak böyle bir ifade ile girişilen taahhütte bir aval mahiyeti görülmemiş olsaydı o takdirde buna müteselsil kefalet hakkındaki hükümlerin tatbik edileceği kabul olunabilirdi. Çünkü TK. 21/3. e göre ticarî senet keşidesi ve bu senede her hangi bir suretle borçlu sıfatile imza atılması muamelesi âkitlerin niyet ve sıfatına bakılmadan bizatihi ticari olan muamelelerdendir. TK. 642/II ye göre ise "ticarî mahiyeti" haiz bir borca yapılan kefalet daima müteselsil mahiyeti haizdir meğerki kefil sarîh olarak adi kefil olarak borçlanmış olduğunu tasrih etsin (66). Zaten müteselsil kefaletin en fazla yaygın olduğu saha da ticaret sahasıdır.

3 — Bir çok kimselerin birlikte mütecezzi bir borcu temin etmelerini mümkün kılan birlikte kefalet esas itibarile ayrı bir kefalet nev'i teşkil etmez. Birlikte kefil sıfatile taahhüt altına girenler müteselsilen mesul olmayı kasetmedikleri hallerde bu adi bir kefalet mahiyetini, aksi halde ise müteselsil bir kefalet mahiyetini haizdir BK. 488/I ve II.

Birlikte kefalet hakkındaki hükümler bakımından borçlar kanunu ile ticaret kanunu arasında yine bir tezat göze çarpar. Ticaret kanununa göre ticari bir borca bir çok kimsenin birlikte kefalet etmesi halinde asıl olan bu kefaletin müteselsil mahiyette olmasıdır meğerki mukavelede hi-

(64) 5/37 sayılı karar; Tepeci Borçlar kanunu şerhi 1949 Sa: 263.

(65) Mamafih bu kararın ekseriyetle verilmiş olduğuna da işaret edelim.

(66) İç. Bk. 1931 26/36: Tepeci age. Sa: 263, Ticaret dairesi E. 3797, K. 2832. Hırş age Sa: 296. Hırş Ankara Hukuk Fakültesi Ticaret Semineri zabıtları 1945. tarihli zabıt; Göktürk; kefalet Hukukumuzun kifayetsizliği. Sa: 330.



lâfını tasrih etmiş olsunlar TK. 66/2 (67). Halbuki BK. 488/I e göre birlikte kefalet halinde "kefillerden her biri kendi hisseleri miktarına adi kefil gibi ve diğerlerinin hisseleri hakkında da kefile kefil sıfatile mesul olur."

Birlikte kefil olanların kefalet altına girerken diğer başka şahısların da aynı borcu temin etmiş veyahut edecek olacağını bilmiş olup olmamaları kendilerine BK. 488 inci madde hükümlerinin tatbikine bir mani teşkil etmez. Yalnız bir halde kefillerden birinin başkalarının da aynı borca kefalet etmesi şartile taahhüt altına girdiğini alacaklının bilmesi halinde bu şart tahakkuk etmezse kefil borcundan ber'i olur BK. 488/III.

B — Avalda böyle türlü neviler yoktur. Avalın daima tek bir nevi vardır. Bununla beraber aval da kefaletten farklı olarak aval verenin mesuliyetinin şumulü aval verdiği kambiyo borçlusunun sıfatına göre değişiklik arzederki bunun üzerinde daha aşağıda duracağız.

#### VI — KEFİL VE AVAL VERENİN MESULİYETİNİN ŞÜMULÜ

A — Kefilin mesuliyetinin şumulünü taraflar serbestçe tayin ederler. Kefil kefalet mukavelesinde gösterilmiş muayyen meblağ nisbetinde alacaklıya karşı aralarındaki anlaşmaya uygun olarak mesul olur. Eğer mesuliyetin şumulü hakkında taraflar arasında hususî bir anlaşma yoksa o zaman BK. 490 inci madde hükümleri tatbik edilir. Bu madde gereğince kefil prensip olarak kefalet senedinde gösterilmiş azami meblağ dahilinde kalmak üzere asıl borcun tediyesinden maada, borçlunun vecibesini akde uygun olarak ifa etmemesinin, ademi ifasının ve temerrüdünün neticelerinden de sorumlu olur. Yani kefil ademi ifa dolayısıyla istenecek zarar ve ziyamı ile temerrüt faizlerini de ödeyecek demektir BK. 490/I. İhtilafli bir mesele kefilin asıl borçlunun ademi ifa halinde ödemeyi taahhüt eylediği cezai şart ile tam iki taraflı mukavelelerde borçlunun temerrüdü dolayısıyla alacaklının akdi feshi halinde BK. 108 mucibince talebedebileceği menfi zarar ve ziyamı ile de muhatap tutulup tutulamıyacağıdır. Kefalet mukavelesile kefilin gerek menfi zarar ve ziyamını ve gerekse cezai şartı ödeyeceğini taahhüt eylemesi hali müstesna kefilin mesuliyetinin şumulü içine bunların girmeyeceğinin kabulü daha yerinde olur (68). Çünkü kefil alacaklıya karşı ancak asıl borcun öden-

(67) Hukuk Umumi heyeti T. 11, K. 17 Hırş Notlu Ticaret Kanunu Sa: 295.

(68) Aynı manaçda Martin Sa: 533, Gültekin Sa: 104.

mesini temin gayesile taahhüt altına girmiştir. Halbuki gerek akdin fes-hinden mütevellit menfi zarar ve ziyanda ve gerekse cezai şartta böyle bir mahiyet görülemez. Her iki haldede prensip itibariyle alacaklı kendi iradesiyle asıl borcun ifasını talepten vazgeçmiş sayılabilir. İsviçre Kefalet kanununun tadilinden evvel federal mahkemenin görüşü de bu merkezde idi (69), yeni kanun da bundan mülhem olarak 499/I de "... bununla beraber kefil mukavelenin hükümsüzlüğünden doğan zararlarla mukavele cezasından dolayı ancak ortada sarıh bir anlaşmanın mevcudiyeti halinde mesul olunabilir." der. Ayrıca asıl borçta fa'z şart edilmişse kefil yine mukavelede gösterilen muayyen miktar dahilinde kalmak şartile işlemekte olan faiz ile işlemiş faizden bir seneliğini de tediye edecek ve küsuru ile alacaklıyı dava ikamesine mecbur etmiş ise dava ve takip masraflarından da mesul olacaktır (70) 490/II ve III.

B — Mes'uliyetin şumulü bakımından da aval verenle kefil arasında esaslı ayrılıklar mevcuttur. Bir kere kefalet hilafına olarak aval verenin mesuliyeti kanun hükümleri ile tanzim edilmiş değildir (71-72). Zaten bunu yapmağa belkide ne zaruret ve ne de imkân vardı. Çünkü aval verenin mes'uliyeti lehine aval vermiş olduğu kambiyo borçlusuna derecesindedir TK. 557/I, 573. Demek oluyorki aval verenin mes'uliyetinin şumulü borcunu temin eylemiş olduğu kambiyo borçlusuna göre değişir, yani sorumluluğu aval verdiği kambiyo borçlusunun keşideci kabul eden veya cirantalardan biri olmasına göre tahavvül eder.

Eğer keşideci lehine aval vermiş ise gerek tediye ve gerekse kabaluden dolayı sair kambiyo borçlarına karşı mesuldür ve icabında keşideciye müracaat edebilecek ne kadar imza sahibi varsa bunların hepsi kendisine de müracaat hakkını haiz olur.

Kabul edene aval vermiş ise hamilin ademi tediye protestosu çekmemiş olduğu hallerde bile hamile yani kambiyo alacaklısına karşı mesuliyetten kurtulamıyacak ve kabul edenle birlikte diğer kambiyo borçlularından daha uzun bir müddet üç senelik bir zaman zarfında bağlı kalmakta devam edecektir.

Eğer cirantalardan biri lehine aval vermiş ise hamile karşı bu ciranta ile birlikte ve aynı derecede mesul olacak ve ancak kambiyo alacaklısının bu cirantaya müracaat hakkını kaybetmesi ile birlikte aval veren de taahhüdünden kurtulacaktır. Çünkü o aval vermiş olduğu ciranta ile

(69) Bu hususta CCS. 1937 tabında zikredilen karar'lar. Sa: 147.

(70) Yargıtay 4 üncü Hukuk 3.7.1948 tarih ve 4970/3551 sayılı karar: Tepeci Borçlar Kanunu Sa: 628.

(71-72) Arslanlı, sa: 104.

birlikte kendisinden sonra gelen ciranta ve aval verenlerin borçlusu kendisinden evvel gelenlerin ise alacaklısı durumuna girmiştir.

Bu söylediklerimizden şu netice çıkarki aval verenin borcunun şümülu lehine aval verilmiş olan kambiyo borçlusunun ödeyeceği miktara münhasırdır. Esas itibarile o kambiyo senedinde gösterilen meblağ ile işlemiş ve işlemekte olan faizleri de ödemeye mecburdur. Şu halde faizler bakımından da kefil ile aval veren'in mesuliyeti arasında bir fark oluyor demektir, çünkü kefilin faizden mesuliyeti ancak işlemekte olan faizlerle işlemin olanlardan bir seneliğine münhasırdı.

Kefaletle aval arasında diğer bir fark da şurada mündemiçtir. Kefil alacaklıyı kısmen tediye kabule icbar edemez bu BK. 68 deki prensibin bir neticesidir. Halbuki poliçe ve emre muharrir senetlerde hamil yani alacaklı kısmen tediye reddedemez TK. 564 binaenaleyh aval verenin kefilin hilafına olarak kısmen tediye bulunmak selâhiyeti var demektir. Yalnız bu hususta çeklerde bir istisna görülür. Cenevre anlaşması ve dolayısıyla İsviçre Hukuku hilâfına; İBK, 1143/8 ve 1029/II; çek hamili kısmen tediye kabulden istinkâf edebileceğinden aval verenin de böyle bir selâhiyeti ancak hamilin bunu kabulü hallerine münhasır kalacaktır TK. 625/II.

## VII — KEFALET VE AVALIN HÜKÜMLERİ

Gerek kefaletin ve gerekse avalın hükümlerini incelemek için dış ve iç münasebetler arasında bir tefrik yapmak gerekir. Dış münasebetlerle kefil ile alacaklı, aval verenle kambiyo senedi hamili arasındaki münasebeti kastediyoruz. İç münasebet kefil ile borçlu aval veren ile lehine aval verilen kambiyo borçlusu arasındaki münasebettir.

### A — Dış münasebet :

Kefil ve aval verenin alacaklı ile olan münasebetlerinde en ehemmiyetli noktayı alacaklıya karşı dermeyeran edebilecekleri def'i ve itirazlar teşkil eder (73). Bu bakımdan aval ile kefalet arasında mühim farkların mevcut olduğunu göreceğiz.

1 — Kefil asıl borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği bütün def'i ve itirazları dermeyeran edebilir. Bu hususta onun bir selâhiyetinden ziyade belki de mükellefiyetinden bahsetmek daha doğru olur. Çünkü bu def'ilere kusuru ile vakıf olmıyan ve bu sebeple de onları alacaklıya der-

(73) Biz bu yazımızda def'i geniş manada itirazları da içine almak üzere kullanıyoruz.

meyan etmeyen kefil borçluya karşı rucu hakkını kaybeder (74). BK. 497/I ve II bunu açık olarak ifade ettiği gibi bu kefaletin fer'i mahiyetinin bir icabı ve kefaletin hüsnüniyete ve itimada müstenit bir akit olmasının da bir neticesidir. Kefil mümkün olduğu nisbette alacaklıyı tatmin etmeli lâkin bunu yaparken borçluya zarar iras etmekten de kaçınmalıdır.

Kambiyo hukukundan mütevellit borçların yekdiğerinden müstakil oluşu hakkındaki prensip aval ile hamil arasındaki dış münasebetin tayininde çok ehemmiyetli bir mahiyet arzeder. Aval ile kefalet arasındaki en mühim farklarda gerek bu prensip ve gerekse aval verenin borcunun aslı mahiyeti icabı avalın hükümlerinde ve bilhassa aval verenle hamil arasındaki dış münasebetlerde kendini gösterir.

Ticarî senet vadede tediye edilmemiş ve ademi tediye protestosuda kanuni müddetleri içinde keşide edilmiş ise hamil kambiyo borcu ile mükellef olan bütün şahıslara müracaat hakkını iktisap eder TK. 569, 606, çünkü bilindiği gibi bir ticarî senedi keşide kabul veya ciro edenlerle aval verenler hamile karşı müteselsilen mesuldürler.

Hamil ile aval veren arasındaki münasebet daha yukarda da temas etmiş olduğumuz gibi, lehine aval verilen borçlunun ticari senetteki sıfatına göre değişir. Bu bakımdan da aval verenin, hamile karşı dermeyan edebileceği def'iler avalın keşideci, kabul eden veya cirantalardan biri lehine verilmiş olmasına göre tahavvul eder.

Aval verenin borcunun aslı mahiyeti prensip itibarile onu borcunu temin eylediği kambiyo borçlusunun dermeyan edebileceği bütün def'ileri hamile karşı ileri sürmek mecburiyetinden ber'i kılar daha doğrusu onun zaten böyle bir selâhiyeti de yoktur.

Şimdi üzerinde durmakta olduğumuz def'i ve itirazları üç gurup etrafında toplayabiliriz:

a) Mutlak def'iler ve itirazlar dediğimiz asıl borcun muteberiyetine müteallik bütün def'iler.

I — Kefil asıl borcun hükümsüzlük müeyyedesine tabi tutulmasını mucip her hangi bir sebebin mevcudiyetini dermeyan edebilecek yani bunu dermeyanla mükellef olacaktır. Bu mutlak def'iler kefalet akdi bakımından her hangi bir hususiyet arzetmez. Bir hukuki muamelenin kanunen hükümsüzlük müeyyedesine maruz kalmasını icabettiren pozitif hukukun amir hükümlerine bütün muhalefet sebepleri kefilin temin eyle-

(74) Temyiz Ticaret Dairesi 28.1.1936 tarih ve 2061/249 sayılı karar Tepeci'den Borçlar kanunu Sa: 635

diği asıl borcun muteberiyeti üzerinede tesir eder. Bu sebeple kefil bil-hassa asıl borcun BK 20 ye muhalif olduğunu, borçlunun fiil ehliyetini haiz olmadığını, iradesinin hata, hile, ikra ile fesada uğradığından borcun ken-disini ilzam etmeyeceğini dermeyeran edebilir, meğer ki irade fesadı hal-lerinde asıl borçlu hukuki muameleye icazet vermiş olsun veyahutta BK. 31 derpiş edilen bir senelik müddet geçmiş olsun. Lâkin borçlunun fiil eh-liyetini haiz olmaması veya iradesinin hata ile mualel olması hallerinde BK. 494 de müsteniden buraya bir istisna vazetmek gerekir. Eğer kefil taahhüt altına girerken borçlunun fiil ehliyetini haiz olmadığını veyahut-ta iradesinin hataya maruz kaldığını biliyor idi ise artık bunları alacak-liya karşı dermeyeran hakkını haiz olamaz. Çünkü daha yukarlarda da te-mas etmiş olduğumuz gibi bu vaziyetlerde onun durumu adeta üçüncü şahsın fiilini taahhüt edenin durumuna yaklaştığı gibi zaten kanunun 494 üncü maddesi de bu hallerde kefilin mesuliyetini kabul etmektedir. Mamafi kefil taahhüt altına girerken bunlara vakıf değil idi ise bizce bunları dermeyeran ederek taahhüdünden kurtulmasına her hangi bir ma-ni olması gerektir.

II — Aval verenin vaziyeti bu bakımdan kefilinkinden çok daha fark-lıdır. O prensip itibarile asıl borcun muteberiyetile ilgili olan bu mut-lak def'ilerden hiç birini hamile karşı dermeyeran edemez, ne asıl borçlu-nun fiil ehliyetini haiz olmadığı hakkındaki def'ilere ve ne de BK. 20 ye istinat ederek hükümsüzlük iddiasında bulunamaz. Bu onun aslı mahiye-ti icabı olduğu kadar TK. 557/II nin icabatındandır da (75). Bu münha-sıran avale has olan bir hükümdür ve onun bu mahiyeti kendisini gerek müteselsil borçlardan ve gerekse kefaletten tamamiye uzaklaştırır. Lâ-kin asıl borcun muteberiyetine müteallik def'i ve itirazları avalın hamile karşı dermeyeran edemeyeceği hakkındaki TK. 557/II deki kaide iki ba-kımdan tahdide uğrar: bir kere bizzat 557/II inci fıkrası "...aval veren kimsenin kefalet ettiği deyin şekle ait nakıyadan maada bir sebeple batıl olsa dahi aval verenin taahhüdü muteberdir" der. Yani asıl borcun şe-kil noksanile muallel olması halinde aval veren bunu dermeyeran hakkını haizdir, meselâ aval verdiği borçlu imza değil de mühür kullanmış ise

(75) Lahey Konferans zabıtlarında bu hükmün gerekçesi şu suretle izah edil-mektedir." hiç şüphesizki aval veren, aval verdiği kimse ile birlikte müteselsilen ve onun mesul olduğu surette mesuldür. Lakin aval verenin bu borcu bir kambiyo bor-cudur, ve bu borç, üzerinde teccüm ettirilmiş olduğu senetten gelme öyle bir kuvveti haizdirki asıl borçlunun taahhüt altına girme ehliyetinin mevcut olmadığı hallerde bile onun sahih bir borç olarak muteber olmasını mümkün kılar: Deshamps age. Sa: 46.

(76). İkinci olarak da aval veren TK. 540/II de gösterildiği üzere poliçenin kabul veya tediyesinden “zımanı beraatı” şart edilmiş bir ciranta için verilmiş ise, aval veren hamilin kendisine müracaatı halinde bunu def'an dermeyan edebilmelidir, çünkü mesul bir imza altına atılmış değildir (77).

b) Asıl borcun, akdin in'ikadından sonra her hangi bir sebeple ortadan kalkmış olduğuna dair olan def'i ve itirazlar:

I — Kefil asıl borçluya ait olan bu def'i ve itirazları da dermeyanla mükelleftir. Borcun sukut sebebinin bu bakımdan bir ehemmiyeti yoktur Yani BK. 113 buraya kıyasen tatbik edilecek demektir (78). Kefil, borcun ifa edildiğini, ibra, tecdit, imkânsızlık veya müruru zaman sebeplerinden biriyle ortadan kalktığını veyahutta taraflar arasındaki akdin sonradan anlaşmaları ile veyahutta taraflardan birinin haiz olduğu selâhiyete binaen tek taraflı bir irade beyanile feshedildiğini dermeyan edebilir. BK. 492/de açık olarak “asıl borç her hangi bir sebeple sakıt olunca kefil ber'i olur.” demektedir. Burada tek istisna takasta kendini gösterir, kefil borçlunun alacaklıdaki alacağına karşı takas iddiasında bulunamaz, çünkü bilindiği gibi takas mahiyeti icabı mutlak olmaktan ziyade şahsi def'ilere yaklaşır. Mamafih takasın bu mahiyeti üzerinde durarak borçlunun takas dermeyan edebileceği hallerde dahi alacaklının buna rağmen kefil ifaya zorlayabileceğinin kabulü ne manfaatlardan durumuna ve ne de kefaletin fer'i mahiyetine uygun düşmezdi. İşte bu sebepledir ki BK. 119 bu vaziyette kefile alacaklıya tediyede bulunmaktan imtina etmek hakkını bahşeder. Bu hükme rağmen alacaklıya tediyede bulunan kefil bunu kendi zararına yapar. Yani borçlunun sonradan alacaklıya takas dermeyan eylediği hallerde kanaatimizce borçluya müracaat edemez belkide alacaklıya karşı haksız zenginleşmeye müsteniden bir istirdat talebinde bulunabilir.

II — Bu def'iler bakımından avalın hukuki durumu kefilinkine çok yaklaşır. O da temin eylediği borcun hükümsüzlüğünden gayri ve sonradan husule gelen bir sebeple sukut ettiğini prensip olarak alacaklıya karşı dermeyan edebilir. Lâkin onun bu def'ileri dermeyan hakkı bazı hususiyetler arzettiğinden bunlar üzerinde biraz daha fazla durmak faydalı olacaktır zannediyoruz.

Aval veren bir kere müruru zaman def'inde bulunmak mecburiyetindedir. Hamil, poliçe hukukundan mütevellit dava hakkını kullanabil-

(76) Ticaret Dairesi 9.1.1942 tarihli karar Arıç: Ticaret Kanunu Sa: 254.

(77) Vasfi Raşid Seviğ C. III. S: 787.

(78) Funk Sa: 298.

mek için poliçelerle emre muharrer senetlerde TK. 597 ve çekte 634 te gösterilen müruru zaman müddetlerine riayet etmek zorundadır. Şu halde aval veren bu müddetlerin geçmesinden sonra kendisine yapılmış bir müracaata karşı müruru zaman def'inde bulunmalıdır. Bu bizce müteselsil borçlulardan birinin kendi kusuru ile diğerlerinin vaziyetini ağırlaştırmıyacağı hakkındaki BK. 144 ün bir neticesidir, diğer taraftan kambiyo hukukunun prensiplerine de muhalif düşmez. Çünkü bu hukukun ana prensiplerinden biri yapılmış olan bütün muamelelerin senetten mümkün olduğu nisbette tezahür etmesi ve bu suretle hüsnüniyet sahibi üçüncü şahısların himayesidir. Binaenaleyh müruru zaman def'inde bulunmamış olan aval veren kanaatimizce kendisine karşı kambiyo borçlusu vaziyetinde bulunanlara karşı rucu hakkını kaybetmelidir.

Aval bakımından müruru zaman bir hususiyet arzeder.

BK. 134 gereğince gerek müteselsil borçlarda ve gerekse kefalette borçlulardan birine veya asıl borçluya karşı kesilen müruru zaman diğer borçlulara ve kefile karşı da kesilmiş olur. Halbuki Ticarî senetler bahsinde TK. 598 de ise şöyle bir hüküm vardır: "müruru zaman kat'ını müstelzim muamele her kim hakkında vaki olmuş ise ancak onun hakkında hüküm ifade eder." Yekdiğerine tamamen zıt olan bu iki madde karşısında tereddüde düşülebilir. Acaba imzası bir aval ile temin edilmiş kambiyo borçlusu lehinde kesilmiş olan müruru zaman aval veren hakkında da kesilmiş olur mu? Yani acaba böyle bir durumda BK. 134 mü yoksa Ticaret Kanununun 598 inci maddesi hükmü mü tatbik edilmelidir? Yargıtay çok yerinde olarak bu vaziyette borçlar kanununun değil fakat ticaret kanununun hükümlerinin tatbik edileceğini kabul etmiştir (79).

Aval verenin borcunun temin ettiği borçtan müstakil oluşu ve o-

(79) Hukuk Umumi heyetinin 5.1.1938 tarihli kararı: Ş. Arıç Ticaret kanunu Sa: 240 halbuki Ticaret Dairesi bundan evvelki kararları ile bunun aksi bir görüşte idi: Bu kararlar hakkında aynı kitap sa. 241. Hukuk Umumi Heyeti bu hususta şu gerekçeye istinat ediyordu: "Her ne kadar TK. 597 de aval kefilden bahs edilmemiş ise de aval, mezkûr kanunun 557 inci maddesi hükmünce aval verdiği şahıs derecesinde mesul olduğundan mesuliyet itibarile asıl borçludan farklı olmaması hasebile 597 inci maddede ayrıca aval kefilden bahse lüzum görülmemiştir... Bunun aksini düşünmek bu hususta aval kefilleri diğer mesullerden ayrı bir hükme tabi tutmak demek olup bu hal 598 inci maddenin maksadı vaz'ile ve bahusus TK. 573 üncü maddesile kabili telif olmaz, kaldı ki muamelâtı ticariyede ticaret kanununun medenî kanundan evvel mahihit tatbik olduğundan ticaret kanununun bu husustaki istisnai hükümleri yerine BK. 134 ün tatbiki mümkün olmaması hasebile asıl hakkındaki müruru zamanın kat edilmiş olması aval hakkındada katedilmiş sayılamaz."

nun aslî bir mahiyeti haiz bulunuşu bazı sukut sebeplerinin def'an tarafından dermeyan edilmesine bir mani teşkil eder meselâ o alacaklı ve borçlu sıfatının aynı şahısta birleşmesi halinde borcun ortadan kalktığını BK. 116/I ye istinat ile dermeyan edemez. Zaten aynı maddenin 2 inci fıkrası kıymetli evrak hakkındaki hususî hükümlerin baki kaldığına işaret etmektedir. Demek oluyor ki kıymetli evrakta alacaklı ve borçlu sıfatının bir şahısta birleşmesi borcu ortadan kaldırmaz.

Aynı suretle aval veren, borcunu temin eylediği kambiyo borçlusu ile hamil arasında yapılmış olan bir tecdit akdine de istinatla borçtan kurtulamaz, çünkü tecdit mahiyeti itibariyle şahsî hükümler husule getirir ve alacaklıyı tatmin etmeden eski borç yerine bir yenisini veya eski borçlu yerine yeni bir borçlu ikame eder. Zaten aval verenin borcunun müstakil mahiyeti tecdit hükümlerinden kendisinin de istifade etmesine bir mani teşkil eder. Aynı gerekçeye binaen aval veren asıl borç hakkında ibrayı dermeyan ederek hamile karşı olan taahhüdünden de kanaatimizce beri olamaz (80). Görülüyor ki onun bu bakımdan vaziyeti kefilinkinden çok daha ağırdır ve daha ziyade müteselsil borçluların bu def'iler karşısındaki durumlarına müşabihdir (81).

c) Asıl borcun muaccel olmadığı hakkındaki def'iler :

Alacaklının alacağını talebedebilmesi yani ifayi istiyebilmesi için borcun muacceliyet kesbetmiş olması gerekir. Vadeden evvel hiç bir borçlu kaideten edada bulunmağa zorlanamaz BK. 74. Bu kaide BK. 491 de ayrıca kefil bakımından da tekrarlanmıştır.

I — Şu halde kefil asıl borcun muacceliyet kesbetmesinden evvel ifaya icbar edilemez. Hattâ bu bakımdan kanun kefaletin fer'i mahiyetine bir de istisna vazetmiş ve asıl borcun borçlunun iflâsiyle vadeden evvel muacceliyet kesbetmesi halinde bile bunun kefile tesiri olmayacağını kabul etmiştir BK. 491. Asıl borcun muacceliyeti alacaklı veya borçlu tarafından yapılacak bir ihbara tabi ise BK. 491 gereğince kefilin bu ihbarın kendisine yapılmasını istemek hakkı vardır, ve onun hakkında muacceliyet ancak bu ihbarın kendisine yapıldığı tarihten itibaren cereyana başlar.

Kefalet akdinin fer'i mahiyeti ile pek de kabili telif görülmiyen bu hükümde her halde sırf kefilin himayesi maksadiyle derpiş edilmiş olmalıdır.

II — Avalda tıpkı kefil gibi asıl borcun yani ticarî senedden doğan kambiyo borcunun vadesinin hululünden evvel tediye icbar edilemez:

(80) Aksi görüş: Bayalovitch, a.g.e. Sa. 288; Seviğ, Ticaret Kanunu Şerhi, C. III.

(81) Müteselsil borçlar hakkında Bak: Arsebük, Sa. 1018 Vd.



TK. 558, 563. Vadeden evvel tediyede bulunan aval bunu kendi zararına icra etmiştir. TK. 565 in aval verenler hakkında da tatbiki icabeder. Çünkü bir ticarî senedi keşide kabul veya ciro edenlerle bunlardan birine aval vermiş olanlar hamile karşı müteselsilen mesuldürler; ticarî senet vadesinde tediyeye edilmemiş hamilin bunlardan dilediğine müracaat hakkı vardır, TK. 569. O keşideci kabul eden veya cirantalarından tediyeyi isteyebileceği kadar doğrudan doğruya onlara müracaat etmezden evvel de bunlara aval vermiş olanlara yönelebilir.

Prensip bu olmakla beraber ticaret kanunu, ticarî senet alacaklısı lehine olarak vadeden evvel de tediyenin istenebileceği bazı hususî haller derpiş etmiştir. Bu gibi vaziyetlerin husulünde hamil sair kambyo borçlularına olduğu kadar aval verene de müracaat hakkını iktisap eder. Çünkü bilindiği gibi aval vermekle bir şahıs ticarî senede yeni bir kambyo borçlusu daha ilâve etmiş olur, TK. 569 da sayılan bu hallerde hamil vadeyi beklemeye mecbur olmaksızın doğrudan doğruya keşideci ve cirantalarla sair mesuller aleyhine müracaat hakkını istimal edebilecektir (82). Şu halde hamilin vadeden evvel kambyo borçlularına müracaat hakkını haiz olduğu hallerde yani ademî kabul, keşideci veya muhatabın ifası, muhatabın tediyelerini tatil etmesi veya emvaline konulan haczin semeresiz kalması hallerinde aval verenin vadenin hulul etmediğini def'an dermeyana selâhiyeti yoktur.

Çünkü TK. 569 uncu madde "sair mesuller" tabirini kullanmaktadır. Bu bakımdan aval ile kefalet arasındaki mühim bir fark derhal göze çarpar, BK. 491 asıl borçlunun iflâsı halinde bile kefilin asıl borcun ifası için tayin olunan vadeden evvel borcu ödemeye icbar olunamayacağını kabul eder.

Hamil (83) ademi kabul halinde vadeden evvel ve ademi tediyeye halinde vadeden sonra sair kambyo borçlularına müracaat ederek tediyeyi talebedebilmesi için kanunen tesbit edilmiş bazı formaliteleri yerine getirmiş olmalıdır, TK. 551, 570, 574, 606 ve 607 bunları yerine getirmiyen hamil kabul eden müstesna sair kambyo borçlularına müracaat hakkını kaybe-

(82) 569 uncu madde aslı olan Lahey yeknesak kanununun 43 üncü maddesine uygun bir surette tercüme edilmemiştir. Bu yanlış tercüme 570 inci madde ile 569 uncu maddeye yapılan atıfları da karışık bir vaziyete sokmakta ve iki madde arasındaki abengi ortadan kaldırmaktadır. Bu hususta bak: Arslanlı Sa. 88; ayrıca Hirs, Notlu Ticaret Kanunu, Madde 570.

(83) Hamil ile hem kambyo alacaklısını hem de yeknesakına karşı ruca hakkını istimal eden cirantaları kast ediyoruz. Bu hususta Ticaret Dairesinin E. 1367 ve K. 3253 sayılı kararı: Hirs Notlu Ticaret Kanunu, Sa. 252.

der. Kanunen kendisine yüklenen formaliteleri yerine getirdikten sonra hamil dilediği kambiyo borçlusuna aralarındaki silsilei meratibi nazarı itibara almadan müracaat hakkını iktisap eder ki bunlar meyanına aval veren de dahildir, TK. 573 te bu sarahaten zikredilmiştir. Binaenaleyh bu kanunî merasimin yapılmamış olduğunu aval veren de def'an hamile karşı dermeyeran edebilecektir. Burada üzerinde bilhassa durulması gereken mesele şudur: Acaba hamilin kambiyo borçlularına müracaat hakkını kullanması için riayete mecbur olduğu formalitelere meselâ ademi kabul veya ademi tediye protestolarının çekildiğini hamil keşideci ile kendi c'irantasına ihbar etmekle mi iktifa edecek yoksa aval verenlere müracaat edebilmek için ayrıca onlara da bir ihbarda bulunacak mıdır (84)? Umumiyetle doktrininde aval verenin bu gibi muamelelerin kendisine yapılmasını istemek selâhiyeti olmadığı fikri hakimdir. Hamil bu muameleleri lehine aval verilmiş olana yapmışsa artık her hang bir formaliteye müracaat etmeden aval veren de tediye talebedebilir. Eğer aval kabul eden için verilmiş ise poliçenin kendisine de ibrazını istiyemez (85). Bu hususta kanunumuz sakittir. O yalnız keşideci ve c'irantardan bahsetmektedir. Cenevre Yeknesak kanunu ve dolayısıyla İsviçre Borçlar kanununda mevcut hususi bir hüküm ile ihbarın aval verenlere yapılacağı tasrih edilmiştir ki (1042/II.) kanaatimizce bu menfaatlar vaziyetine daha uygundur.

C — Üçüncü gurup defiler alacaklı ile asıl borçlu arasındaki şahsi münasebetten doğarlar. Bunlar asıl borçtan doğrudan doğruya anlaşılamiyan ve borçlu ile alacaklının hususi münasebetlerinden çıkan def'ilerdir: Mese-lâ satılan malın ayıplı olduğu, borcun tec'il edilmiş olduğu gibi def'iler.

I — Kefalet akidinin fer'i mahiyeti icabı kefilin alacaklıya karşı bun-ları dermeyeran etmek selâhiyeti vardır. Zaten BK. 497 umumi bir surette "borçlu'ya ait bütün def'iler" den bahsetmektedir. Kefil alacaklının akitten doğan vecibelerini ifa etmediğini BK. 81 e müsteniden dermeyeran edebile-ceği gibi, eğer asıl borç satış bedelinden mütevellit ise şeyin ayıplı olması halinde BK. 189 ve 192 ye de istinat etmek imkânlarının haizdir (86). Lâkin yine aynı madde "fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lâzım gelen def'iler müstesnadır." demektedir. Bu def'ilerin

(84) Şunu işaret edelim ki c'irantaların yekdiğerine rucu edebilme'leri için TK. 571 ile yerine getirmek mecburiyetinde oldukları ihbar mükellefiyetinin müeyyidesi sadece bundan mütevellit zarar ve ziyann tediyesine münhasırdır. Yoksa bundan do-layı ihbarname göndermiyen şahsın hakkı sakıt olmaz: Aynı maddenin 7 ve 8 inci fıkraları bunu açık olarak tasrih eder.

(85) Vasfi Raşit Seviğ: C. III, Sa. 791, Vivante Sa. 460.

(86) Guhl: Sa. 345.

şahsî def'iler gurubuna girdiği muhakkaktır, amma bunlar hangileridir?. Bu hususta kıstas olarak ileri sürüldüğü gibi maddede mevzu bahis def'ileri, asıl borçlunun şahsından ziyade borca tesir eden def'iler olduğunun kabul (87) edilmesi ile meselenin halledilebileceğini zannetmiyoruz.

Burada kıstas olarak kefaletin mahiyetini ve onun ile güdülen iktisadî gayenin nazarı itibare alınması daha doğru bir hal tarzına bizi götürebilir. "Kefaletten maksat, borçlunun aczine karşı alacaklının teminidir. Bunun için borçlunun ödemedi aczi dolayısıyla tevellüt eden kolaylıklardan yahut da kurtulmalardan kefilin istifade etmesi caiz olamaz... Bu cümleden olarak İİK. 113/IV ve 251/II mucibince borçlunun borç ödemekten aciz vesikası dolayısıyla kurtulduğu faizlerden kefilin mes'ul kalacağı ve iflâs halinde dahî İİK. 196 mucibince müflis hakkında duran faiz işlemesinin kefil hakkında durmayacağı maruzdur. İİK. 295 de asıl borçlu ile yapılan konkordato da kefilin bazı şartlar altında mesul kalacağını göstermiştir... Borçlunun ölümü halinde kefil mirascıların mesuliyetinin mahdudiyetine istinad edemez, hususile resmî tasfiye ile bu mirascıların mükellefiyeti mürtefi olur MK. 572, lâkin kefilinki mürtefi olmaz" (88). İkametgâhı haricte bulunan borçlunun bu memleketteki harice döviz nakli veya takas icrası memnuiyeti hakkındaki kanunlara binaen borcunu ifa imkânsızlığı içinde bulunduğu hallerde kefilin bu imkânsızlığı def'an dermeyan edebilip edemeyeceği keyfiyeti bilhassa İsviçre'de pek çok ihtilâflara sebebiyet vermiştir (89). Federal mahkeme bizce bunu haklı olarak daima kefil aleyhine halletmiş (90). Kefaletle güdülen iktisadî gaye nazarı itibara alınırsa bu kararların yerinde olduğu da meydana çıkar. Lâkin Yeni İsviçre kefalet kanunu 501/IV. ile bu hususta tam aksi bir kaide vazetmiş: "Kefil bu haktan feragat etmiş olmadıkça yabancı kanununa istinat edebilir." demıştır.

II — Avalın, şahsî def'iler karşısındaki durumu kefilinkinden tama miyle farklıdır. Bu def'iler senetten doğan borcun muteberiyeti veya sukutu ile ilgili olmadıklarından bunları sair kombiyo borçlularının da dermeyan edebilmesi ticarî senetlerin devrini güçleştirir. Diğer taraftan kombiyo hukukundaki imzaların istiklâli prens'biyle aval verenin borcunun temin eylediği borçtan müstakil oluşu bu def'ilerin tediye talebine maruz kalan aval tarafından hamile dermeyan edilememesini icabettirir (91). Bu

(87) S. Şakir - F. Hulûsi C. II. Sa. 335.

(88) V. Tuhr: Kefalet hakkında mü'âhazalar, S. 115.

(89) Guhl: age. Sa. 354.

(90) Jdt. 1935, Sa. 72, ayrıca bak: Jdt. 1938, Sa. 105, Vd.

(91) Aksi görüş Vasfi Raşit Seviğ, C. III. Sa. 791, Bayalovitich, Sa. 282.

aynı zamanda 557/II nin mefhumu muhalifinden çıkan mantıki bir neticedir de. Aval verenin temin eylediği borcun her hangi bir sebeple hükümsüzlük müeyyidesine maruz olduğunu dermeyeran etmek selâhiyeti olmadığına göre evleviyetle onun asıl borçlu ile hamil arasındaki şahsi münasebetlere istinat etmek yetkisi de olmamalıdır. Bununla beraber bu prensibe TK. 542 de olduğu gibi aval veren lehine de bir istisna kabul etmek lâzım gelir kanaatindeyiz. Bu istisna senedin hamil tarafından bilhassa bu gibi def'ilerin kendisine dermeyeran edilmesini önlemek maksadiyle hileli bir anlaşmaya müsteniden ciro edildiği hakkındaki def'idir (92).

2 — Gerek kefil ve gerekse aval veren alacaklıya karşı kefalet akdinden veya avalden doğan bütün itiraz ve def'ileri ileri sürebilirler. Yani kefalet veya aval akidinin muteberiyetine tesir edenlerle onun sukutunu mucip olacak bütün itiraz ve def'ilerle, alacaklı ile aralarındaki hususi münasebetlerden doğan şahsi def'ileri. Bu bakımdan bu ikisi arasında esas itibariyle bir fark olmadığı gibi bunlar bütün akitler hakkındaki umumî prensiplere yani BK. 11 vd., 19 vd., 23 vd., de (93) tanzim edilen kaidelere tabi olduğundan üzerlerinde durmıyacağız.

Şahsi def'iler bakımından aralarındaki yegâne ayrılık kefaletin adi kefalet olması halinde kendini gösterir. Çünkü bu vaziyette adi kefil evvelâ borçluya müracaat edilmesi ve rehinlerin paraya çevrilmesi lâzım geldiğini dermeyeran selâhiyetini haiz iken BK. 486, aval veren böyle bir imkâna malik değildir. Bir de kefil ayrıca terekenin resmî defterinin tutulması halinde MK. 570 inci maddenin kendisine bahşeylediği hakkı da def'an dermeyeran selâhiyetine haiz iken avalın mahiyeti icabı olarak bu hükmün kendisine kabili tatbik olabileceğini zannetmiyoruz.

a — Burada bilhassa üzerinde durulması icabeden kefalet hukukuna münhasır olarak kefil lehine tanınmış olan def'ilerdir. Bunlar alacaklının kefile müracaat edebilmesi için kanunen kendisine tahmil edilen mükellefiyetlerin adeta birer müeyyidesini teşkil ederler. Her ne kadar kefil alacaklıyı bu mükellefiyetlerin icrasına zorlayamazsa da bunları, ifa etmeden kendisine müracaat eden alacaklıya karşı def'an dermeyeran suretiyle kefalet borcundan kurtulabilir.

I — Kefalet borcu BK. 491 inci madde hükmü mahfuz kalmak üzere asıl borç ile birlikte muacceliyet kesbeder. Borç muaccel olduktan sonra alacaklı kefilin tediye teklifini kabul etmez veyahut ta tediye teklif

(92) Bu hususta bak: H. Arslanlı. Sa. 124, Vd.

(93) Kefalette hata hakkında bak. Jdt. 1930, Sa. 646.

eden kefile elindeki teminatı devretmeyi makul bir sebep olmadan reddederse kefil borcundan kurtulur BK. 502. Bu hüküm alacaklının temerrüdü hakkındaki BK. 91 vd. in bir istisnasını teşkil eder, çünkü kaide ten alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borcundan esas itibariyle ancak tevdi ile kurtulur. Bu, kefil lehine konmuş bir hükümdür. Hakikaten bazan kefil uzun müddet mesuliyet altında kalmaktansa borcu kendi ödemeyi tercih edebilir. Çünkü nasıl olsa BK. 496 gereğince tediye ile beraber alacaklının haklarına da halef olacaktır.

Acaba borçlunun iflâsı halinde de kefil asıl borcun vadesinden evvel tediye yi kabule alacaklıyı icbar edebilir mi? BK. 491 karşısında kefile bu selâhiyeti tanıyıp tanımamak hususunda haklı olarak tereddüde düşülebilirse de kanaatimizce bu sualı BK. 80 e uygun olarak müsbet surette cevaplandırmak icabeder. Çünkü borçlunun iflâsı ile kefilin borcunun muacceliyet kesbetmeyeceğine dair olan hüküm bilhassa kefilin himayesi mülâhazası ile vazedilmiş olsa gerektir. Yeni İsviçre Kefalet kanununa bu hususta sarıh bir hüküm de konmuştur 504/I.

II — Kefaletin mahdut bir zamanla mukayyet olduğu hallerde alacaklı, bu muayyen müddetin bitiminden itibaren bir ay zarfından borçludan tediye yi talep mecburiyetindedir, BK. 493. Bunu yapmadığı veyahut da başladığı takibe haksız olarak uzun bir zaman fasıla verdiği takdirde (94) kefil yine borcundan ber'i olur. Gayri mahdut bir zaman için kefalet halinde de aynı hüküm caridir 494/I (95).

III — Borçlunun iflâsı halinde alacaklı, alacağını masaya kaydettirerek kefilin iflâstan haberdar etmekle mükelleftir. Bunları ve BK. 499 daki mükellefiyetleri yerine getirmedeği takdirde, kefilin bu yüzden maruz kaldığı zarar nisbende ona müracaat hakkını kaybeder BK. 501, 502 (96). Yeni İsviçre Kefalet kanunu aynı mükellefiyetleri borçlunun konkordato talebetmesi hallerine de teşmil etmiştir: İBK. 505/II.

Kefil, kefalet hukukunun kendi lehine tanımış olduğu bu def'ileri alacaklıya karşı dermeyan edip etmemek hususunda serbesttir. Bunlara istinat etmeden kefaletten doğan borcun ifası onu borçluya rucu hakkından mahrum etmemelidir. Çünkü bu def'ileri alacaklıya dermeyan etmek suretiyle borçluyu borcundan kurtaracak değil, ancak alacaklının kendisine karşı olan mutalebesinden tahallus edecektir.

(94) Bu hükümden ne anlaşılması lazım geldiği hakkınla Jdt. 1938, Sa. 549.

(95) İsviçre Yeni Kefalet Kanunu, kefaletin in'ikadından 20 sene sonra sona ereceğini kabul eder, bu hüküm ve bunun istisnaları hakkında bak: İBK. 509.

(96) Jdt. 1938, Sa. 366.

Kefalet müessesesinin mahiyetinden doğan bu def'ilerden aval veren istifade edemez. Çünkü aval veren hamil karşısında imzasını temin eylediği kambiyo borçlusunun kefilî değil lâkin daha ziyade müşterek ve müteselsil borçlusu durumundadır (97). Mamafî o da hamile karşı kambiyo hukukundan doğan bazı def'ileri haizdir, lâkin kambiyo hukuku ile ilgili olan bu def'iler münhasıran aval müessesesine has değildir. Bunlardan bütün kambiyo borçluları gibi aval veren de istifade eder. Hamil keşideci ile cirantalar ve aval verenlere müracaat ederek tediyeyi talebedebilmesi için hülûlu vadede muhatabın kambiyo borcunu ifa etmemiş olması ve yahut da muhatabın vadeden evvel kambiyo senedini kabulden istinkâf etmiş olması icabeder TK. 569. Hamil bu vaziyetlerde dahi dilediği kambiyo borçlusundan tediyeyi talebedebilmek için kanunda muayyen olan formaliteleri yerine getirmiş olmalıdır.

Kanunun aradığı bu merasim kambiyo borçlularının sıfatına göre değişik olduğundan aval verenin istinat edebileceği def'ilerde aval vermiş olduğu borçlunun sıfatına göre mütehavvil olacaktır.

I — Aval verenin borcu kefilinkinin hilâfına olarak bazı hallerde asil borçtan yani kambiyo borcu için tayin edilen müddetten evvel de muacceleliyet kesbeder. Avalın durumu bu bakımdan kefilinkinden daha da ağırdır. Çünkü BK. 491 deki hükme muhalif olarak muhatabın ve bazı hallerde keşidecinin iflâsı hamilin sair kambiyo borçluları aleyhine ve bu meydana aval verene vadeyi beklemeden müracaat imkânını sağlar: TK. 596.

II — Lâkin esas itibariyle hamil kambiyo borçlularına ancak vadede tediyeye vaki olmadığı takdirde ve ademi tediyeye protestosunu keşide ettikten sonra müracaat edebilir 570, meğer ki böyle bir protesto keşidesinden muaf olsun, muafiyet hallerini Ticaret kanununda TK. 570, 572 sayılmıştır (98). TK. 500 de sayılan bazı hallerde kanun protesto müddetlerini temdit etmiştir. Binaenaleyh kendisine müracaat edilen aval verenin ademi tediyeye protestosunun keşide edilmemiş olduğunu dermeyan hakkı vardır lâkin burada da onun hukukî vaziyetini incelemek için aval verdiği kambiyo borçlularının sıfatlarına göre bir tefrik yapmak icabeder.

a — Kanunen tesbit edilen bu formaliteleri yerine getirmemiş olan ticarî senet hamili buna rağmen kabul edene karşı müracaat hakkını kaybetmez TK. 553. Şu halde kabul edene aval vermiş olanın da bunu def'an der-

(97) Jdt. 1919, Sa. 165.

(98) Bu hususta bak. Arslanlı: Sa. 145 Vd.; Ticaret Dairesi 1231/1887 sayılı karar; Ticaret Dairesi kararları: 1930 - 1934 Sa. 54, aynı dairenin 300/542 sayılı kararı a.g.e. Sa. 22.

meyan selâhiyeti yoktur: TK. 579. Çünkü poliçeyi kabul eden vadede onun tediyes'ni taahhüt etmiş olur TK. 553.

b — Aval cirantalaradn biri lehine verilmiş ise hamil kanunî merasimi yerine getirdikten yani protesto keşide ettikten (99) sonra onlara müracaat edebilir. Aval veren bu merasimin yerine getirilmemiş olması halinde tıpkı imzasını temin eylediği ciranta gibi tediye eden istinkâf etmek hakkını haizdir.

Ayrıca masrafsız iade olunacak poliçelerde, hamil 579/II ile kendisine tahmil olunan ibraz mükellefiyetini yerine getirmese aval veren bunu def'an dermeyen edebilir.

c — Keşideci lehine aval vermiş olan da keş'edecinin haiz olduğu bütün haklardan istifade eder. Eğer imzasını temin eylediği keşideci TK. 535 ile kendisine tanınan selâhiyeti istimal ederek ademi kabulden mesul olmayacağını poliçe metninde tasrih etmişse bundan aval veren de istifade eder ve ademi kabul halinde vadeden evvel kendisine müracaat edildiği takdirde bunu def'an ileri sürebilir.

Eğer keşideci bunun aksine olarak muayyen bir müddet zarfında kabule arzı şart koşmuşsa TK. 547 hamilin bu müddete riayet etmemiş olduğuna istinat edebilir (100). Aynı suretle aval veren kabul ve tediye için senedin zamanında ibraz edilmemiş olduğunu, protesto edilmediğini de keşideci gibi ileri sürebilir: TK. 548, 563, 606.

3 — Kefil ile asıl borçlu ve aval verenle lehine aval verilen arasındaki hukukî münasebetler ancak kefaletin veya avalın sona ermesinden sonra bir ehemmiyet arzeder. Esas itibariyle kefil ile asıl borçlu ve aval verenle aval verilen arasındaki hukukî münasebetten doğan def'ilerin kefaletin veya avalın hükümleri üzerine hiç bir tesiri yoktur. Ne aval veren ve ne de kefil bu def'ileri ve itirazları alacaklıya karşı dermeyen edemezler.

B — İç münasebetler :

Kefil ile asıl borçlu; aval verenle aval verilen arasındaki şahsî münasebetler kefaletin veya avalın hükümleri üzerinde bir tesir husule getirmez. Ancak borcu ifa ederek asıl borçluyu veya aval verileni borcundan kurtaran kefil ve aval veren bundan sonra borçluya rucu edebilir. Kefil ile asıl borçlu ve aval verenle verilen arasındaki şahsî münasebet muhtelif veçheler arzedebilir. İş hayatında ekseriya borçluya bir hizmette bulunmak ona kredi temin etmek maksadiyle kefaletle taahhüt altına girilir

(99) Ticaret Dairesinin 2439/37-2881 sayılı kararı: Hirs Notlu Ticaret Kanunu.

(100) H. Arslanlı, age., Sa. 81.

(101) veyahutta kefil ile asıl borçlu arasındaki münasebet bir vekâlet akdine müstenit olur, yani kefil borçlunun talebiyle kefalet akdine girer, veya bir temsil münasebetine veya bir hibe akdine, bir vekâletsiz tasarrufla veya haksız zenginleşmeye müstenit olabilir.

1 — Kefalet akdinin devamı sırasında kefilin asıl borçluya karşı haiz olduğu selâhiyetler :

Kefaletin hususî bünyesi ve kefil için arzettiği tehlikeleri nazarı itibara alan kanun koyucu kefilin borçluya karşı haiz olduğu rucu hakkını kolaylaştırmak maksadiyle borçlunun kefile karşı olan taahhütlerine riayetsizliği veya asıl alacaklıya karşı mütemerrit hale gelmesi veyahutta fiil ve hareketleriyle kefilin durumunu ağırlaştırması hallerinde kefile borçludan teminat istemek hakkını bahşeder: BK. 503, İ.BK. 506 (102). Avalın mahiyeti ve hamile tediyede bulunan aval verenin kambiyo borçlularından dilediğine rucu selâhiyetini haiz olması aval verene bu hükümlerin tatbikine bir mani teşkil eder kanaatindeyiz (103).

2 — Taahhüdünü yerine getiren kefilin borçluya karşı iki türlü mü-talebe hakkı vardır:

a — Kefil alacaklıyı tatmin ettiği nisbette borçluya karşı rucu hakkını iktisap eder. Yani borçlu, kefilin alacaklıya tediyeye ettiği parayı ona tazmin ile kanundan ötürü mükelleftir. Kanun koyucu belki kefil daha fazla himaye mülâhazası ile onun bu rucu hakkı nisbetinde alacaklının haklarına halef olacağını da derpiş etmiştir: BK. 496 (104). Yani kefil borcu öder ödemez alacak bütün teminatıyla beraber ipso jure kendisine intikal eder. Mamafih bu her zaman için tatminkâr bir hal tarzı teşkil etmez. Çünkü alacaklının haklarına halef olan kefil bu alacağı bulunduğu vaziyette yani müruru zamanla ve borçlunun alacaklıya karşı dermeyan edebileceği def'ilerle yüklü olarak iktisap eder (105). Diğer taraftan kendisine düşen mükellefiyetleri yerine getirmiyen yani borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı dermeyan etmiyerek tediyede bulunan kefil bundan dolayı borçluya rucu hakkını da kaybeder BK. 497. Aynı suretle tediyeyi asıl borçluya ihbar etmiyerek onun ikinci bir defa daha alacaklıya edada bulunmasına sebebiyet veren kefil de bundan dolayı rucu hakkından mahrum olur BK.

(101) Bu hususta bak. Göktürk: Kefalet hukukumuzun kifayetsizliği Sa. 331, Fj. No. 180, Sa. 3.

(102) Bu hususta daha fazla izahat için Guhl Sa. 360 Vd.

(103) Bu hususta Jdt. 1919 Sa. 164.

(104) Ha'efiyet nazariyesinin ve kanuni hal tarzının tenkidi hakkında bilhassa Bak. Von Tuhr: ad. Cer. 1938, 1156 Vd.

(105) Kefilin halefiyet hakkı hakkında Jdt. 1937, Sa. 93.



498. Kanun bu takdirde, haksız zenginleşmeden mütevellit dava hakkının mahfuz olduğunu tasrih etmiş ise de bunun kefil veya borçludan hangisine ait olacağını açıklamamıştır. Borçlu kefilin edası ile ödenmiş olan borcu bir daha yeniden tediye etmiş durumda olacağından haksız zenginleşmeden mütevellit talep hakkının kendisine ait olması icabederdi. Lâkin bu naktayı nazarın kabulü kefil çok fena bir duruma sokar, çünkü yine aynı madde mucibince kefil borçluya rucu imkânından da mahrumdur. Kanunun kabul eylemi olduğu halefiyet prensibinden hareket edildiği takdirde dava hakkı kefile ait olmak lâzımgelir. Filhakika alacaklının alacağı eda olunmakla kanundan ötürü kefile intikal etmiştir, halbuki alacaklı asıl borçludan da tediye kabul etmek suretiyle kendisine ait olmıyan bir borcu tahsil etmiş ve bu suretle de haksız olarak zenginleşmiş demektir (106).

Alacaklının hakkına halef olmak suretiyle kefile temin edilen bu rucu hakkı diğer bir bakımdan bazan asıl borçlu için de haksız neticeler tevhit edebilir. Bu halefiyetten doğan rucu hakkı ile borçlu ile olan dahili münasebetlerden doğan haklar her zaman için birbirinin aynı olmayabilir. Meselâ kefilin borçluya bir hibede bulunmak kasdiyle kefalet altına sirmiş olması halinde durum böyledir. Yani kefil ile asıl borçlu arasındaki hususi münasebetler kefilin rucu hakkını istimaline mani teşkil etmesi halinde onun bu talebine karşı borçluyu himaye iktiza ederdi. İşte bu sebeplerdir ki 496/III kefil ile borçlu arasındaki bu hususi münasebetlerden doğan def'ileri mahfuz tutar (107).

b — Kanun ayrıca kefil ile asıl borçlu arasındaki münasebetten doğan dava haklarının da mahfuz olduğunu beyan etmiştir BK. 496/II. Borçluya karşı kefaletten mütevellit rucu hakkını kaybeden veya halefiyet yolu ile borçlunun def'i veya itirazlarına maruz bir alacak hakkı iktisap eden ve bu sebepler dolayısıyla de ödemediğini borçludan kefalet hukukuna müsteniden talep etmek hakkını haiz olmıyan kefil borçlu ile aralarındaki bu hukukî münasebete dayanarak ondan mütalebede bulunabilir. Bu münasebetler bilhassa vekâlet, selâhiyetsiz vekâlet ve haksız zenginleşmeden mütevellit olur.

II — İç münasebetler bakımından aval verenin hukukî durumu kefilinkinden hemen hemen farksızdır. Aval veren de bir kefil gibi halin icaplarına göre aval verdili kimseye ya ivazlı veyahut da ivazsız bir hizmette bulunmak istemiştir. Lâkin bu ikisi arasındaki hususî münasebetler hiç bir

(106) Von Tuhr, age., Sa. 1159; Funk, Sa. 301. Ayrıca kefilin haksız zenginleşmeye müstenit davası hakkında Jdt. 1945 sa. 268.

(107) V. Tuhr, age. Sa. 1158.

suretle hamili ilgilendirmez. Onun nazarında aval verenin taahhüdü her zaman için kambiyer mahiyeti haizdir. Bununla beraber aralarında farklar da vardır. Ticarî senedi ödemiş olan aval verenin haiz olduğu selâhiyet iki türlüdür:

a — Aval verdiği kambiyo borçlusundan evvel gelen cirantalarla, keşideciye ve kabul edene karşı haiz olduğu müstakil bir talep hakkı 557/II., 573. Bu hakkın istiklâli bilhassa şunda mündemiçtir ki avalın tediye hususunda kendisine müracaat eylediği borçlu hamile veya aval verilene karşı haiz olduğu def'ileri kendisine dermeyer edemez (108). Aval veren bu hakkı kullanabilmek için tediye ile beraber hamilden ticarî senetle protestonun ve ibrayı havi bir vesikanın kendisine verilmesini talep etmeli TK. 576 ve 597 nci maddede gösterilen müddetler zarfında bu hakkını istimal etmelidir. Onun müracaat edebileceği kambiyo borçlularının adedi de imzasını aval ile temin eylediği borçluların sıfatına göre çok veya az olacaktır:

1 — Eğer keşideci lehine aval vermiş ise ancak keşideciye ve TK. 553 mucibince kabul edene müracaat edebilir.

2 — Kabul eden için aval vermiş ise, ancak kabul edene müracaat edebilir.

3 — Cirantalardan birine aval vermiş ise, aval verdiği cirantadan maada bu cirantaya karşı borçlu durumunda bulunan yani ciro silsilesi itibariyle bu cirantadan evvel gelen cirantalarla avallarına kabul edene ve keşideciye müracaat edebilir.

b — Aval verdiği kimseye karşı haiz olduğu haklar :

1 — Bu hakların başında rucu hakkı gelir. Tıpkı kefil gibi o da ödediği miktar nisbetinde aval verdiği kambiyo borçlusuna müracaat edebilir. Lâkin arada şu fark vardır ki: aval veren edada bulunduğu nisbette hamilin haklarına halef olmaz, o sanki kendisi yeni bir hamil imiş gibi ticarî senetten doğan hakları iktisap eder (109) TK. 557/II, İsviçre Borçlar kanununda aval verenin bu hakkı daha vazih olarak "poliçeyi ödeyen aval veren, teminat verdiği kimseye ve ona karşı bu poliçeden dolayı bütün mesul olanlara karşı bu senetten doğan hakları iktisap eder." şeklinde ifade edilir ve bu sebeple de o def'i ve müruru zamanla yüklü bir alacak iktisap etmez. Aval verenin haiz olduğu bu rucu hakkı da kambiyo hukukundan mütevellit bir hak mahiyetindedir ve bu sebeple de bu hukukdan doğan

(108) H. Arslanlı Sa. 106, Viyante age., sa. 466.

(109) Guh.: sge., sa. 641.

bütün haklar gibi kısa bir müruru zamana tabidir. Yani senedi ödediği ve yahutta lehine dava ikame olunduğu tarihten itibaren altı ay içinde müra-caat etmediği takdirde bu hakkını kaybeder.

2 — Aval verdiği şahsa karşı kambiyo hukukundan mütevellit rucu hakkını kaybeden aval veren aralarındaki şahsi münasebete müsteniden ona müra-caat hakkını muhafaza eder, aralarındaki bu şahsi münasebete de artık kambiyo hukuku hükümleri değil lâkin umumi hükümler tatbik edilir. Zaten bu münasebetin kambiyo hukuku ile bir ilgisi de yoktur. Aval veren de tıpkı kefil gibi ya vekâlet akdine veyahut da selâhiyetsiz vekâlete veya haksız zenginleşmeye ve bilhassa kefalet akdine istinat edebilir (110).

### NETİCE :

Şimdiye kadar bütün bu mukayeselerimizden şöyle bir sonuca varılabileceğini zannediyoruz. Aval bir kefalet değildir, görüldüğü gibi bir kere borcun doğuşu, şekil şartları ve muteberiyeti bakımından kefaletten tamamiyle farklı hükümlere tabi tutulmuştur. Bununla beraber bir teminat vasfını haiz olması dolayısıyla iktisadî gayesi bakımından ona yaklaşıp. (111). Aralarındaki en mühim fark da mahiyet farkıdır. Aval kefalet hilâfına olarak fer'i olmıyan yani teminatını teşkil eylediği borca tabi olmıyan aslî bir borç mahiyeti arzeder, aralarındaki bu fark husule getirdikleri hükümler bakımından da tesirlerini gösterir. Bu bakımdan aval bilhassa muteberiyeti hakkında Ticaret kanununun vazetmiş olduğu hükümlere ve aslî bir borca vücut vermesi dolayısıyla daha ziyade müteselsil borca yaklaşıp; bilhassa dış münasebetlere yani alacaklı ile aval veren arasındaki münasebette aval verenin hukukî durumu onu adeta müsterek ve müteselsil bir borçlu vaziyetine sokar, bu bakımdan da onun müteselsil borç mahiyeti tebarüz eder. Lâkin müruru zaman bakımından kambiyo hukukundaki hususi hükümlere tabi oluşu ve asıl borçlunun dermeyan edebileceği mutlak def'ilerden çoğunu ileri sürmek selâhiyetini haiz olmaması onu müteselsil borçtan uzaklaştırır. O bu hususlarda kefaletten de ayrı hükümlere tabidir.

Şu halde hülâsa olarak diyebiliriz ki aval bazan kefalette bazan da daha ziyade müteselsil borca yaklaşan bir mahiyet arz etmekle beraber onları ikisinden de bir çok bakımlardan ayrılır ve gösterdiği hususiyetlere bi-

(110) Jdt. 1919, sa. 165.

(111) Kefaletin gayesi hakkında ayrıca bak. Jdt. 1935, sa. 73.

naen ticaret hukuku tarafından da kendi bünyesine uygun ve diğer iki müesseseden farklı hükümlere tabi tutulur. Şunu tekrar tebarüz ettirmek istiyoruz ki aval bir çoklarının söylediği gibi borçlar kanununun anladığı manada bir kefalet değildir (112). Bu sebeple kanaatimizce avalı mütesilsil borç mahiyeti galip kambiyo hukukuna mahsus ve esas itibariyle onun hükümlerine tabi şahsi bir teminat müessesesi olarak tavsif etmek icabeder (113).

---

(112) Bu hususta ayrıca bak. Jdt. 1919, sa. 162.

(113) Başkaca ibid.