

KEFALET KAVRAMI VE MUTEBERLİK ŞARTLARI

Doçent Dr. Seza REİSOĞLU

1. § GİRİŞ :

Kefaletle ilgili hükümler Borçlar kanunumuzun 483-503. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu hükümler İsviçre Borçlar kanununun 1911 tarihli tadilatında kabul edilmiş olan 492-512. maddelerine tekabül etmektedirler.

Kefalet müessesesi en eski şahsi teminat akitlerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Roma ve cermen hukukunda, kefil başlangıçta bir nev'i rehin olarak fiziki varlığı ile mesul tutulmakta idi. Kefil vermekle, rehin vermek arasında fazla bir fark yoktu. Kefil asıl borçlunun yanında değil, fakat onun yerine taahhüt etmekte idi. Şahsi mesuliyet sonradan mameleki mesuliyet haline inkilâp etti (1).

Kefalet bugünkü kredi sisteminde en çok başvurulan bir teminat müessesesidir. Bilhassa banka tatbikatında, kefalet mukabili krediler büyük bir yekûn tutmaktadır. Bankaların kaideten gayrimenkul ipoteği karşılığında kredi vermelerinin menedilmiş bulunması (2), icabında kefillere müracaat suretiyle alacağın tahsilinin diğer teminatlara nazaran daha süratli olması, kefalet müessesesinin ehemmiyetini daha da arttırmaktadır. İsviçrede bir bankalar birliğinin tahminine göre 1940 senesinde, İsviçre bankalarında kefil olunmuş alacaklar toplamı üç milyar frangı geçmekte idi (3).

(1) Oser/Schönenberger. Kommentar. Obligationenrecht Bd V. 3. Zürich 1945 Vorbem. 492-512 N. 1.

(2) Bankalar Kanunu M. 50.

(3) Beck. Emil, Das neue Bürgschaftsrecht. Zürich, 1942 Einleitung N. 1.

İsviçre 1911 tarihli borçlar kanununda yer alan kefalet hükümlerinin ihtiyacı karşılamadığı zamanla ileri sürülmeye başlandı. Bilhassa harp sonrasının iktisadi kriz devrelerinde kefaletle ilgili maddelerin kefilî himaye edemedikleri müşahede edildi. Birçok hallerde kefiller tediye kabiliyetlerinin çok üzerinde taahhüt altına girmekte, asıl borçlunun tediye edeceğine itimad etmeleri sonunda çekinmeden büyük meblâğların altına imzalarını koymakta idiler. Ancak kriz devrelerinin belirtileri olan iflâslar, kefilleri çok müşkül durumlara sokmaya başladı. Bundan başka karşılıklı kefaletler de-iki kimsenin kredi temini için birbirlerine kefil olmaları - bilhassa bankaların alacakları için hakikatte ek bir teminat elde etmelerine mani oluyordu. Bazı hallerde zincirleme kefaletler ortaya çıkmakta, bunlardan bir tanesinin çözülmesi, hepsinin mali felâketine sebep olmakta idi (4).

Alacaklı olan tarafın daima iktisaden kuvvetli durumda olması, asıl borçlunun krediye olan ihtiyacı, kefalet senetlerindeki kayıtların kefil aleyhine olması neticesini doğuruyordu. Bankalarda kullanılan matbu kefalet formüllerleri ile, kefil kendisine tanınan kanuni himayelerden hemen daima başlangıçta feragat ediyordu. Kefalet hükümleri amir hükümler mahiyetinde olmadıklarından, önceden feragatlar -kanun bu nev'i feragatları hükümsüz saymadıkça,- mahkemelerce muteber addedilmekteydi (5).

İsviçre kefalet hukuku kefilî daha fazla himaye gayesiyle 1941 yılında tadil edildi. Bu arada kefaletin muteberiyet şartları ve kefilin istismarının önlenmesi bakımından mühim değişiklikler oldu. Kefilî himaye eden hükümlerden feragatın muteber olmayacağı esası konuldu (İBK 492/4). Kefalette şekil şartları ağırlaştırıldı. Bazı hallerde resmi şekil, bazı hallerde ise kefilin el yazısı ile taahhüdü şart kılındı (İBK493). En yüksek meblâğın kefalet senedinde yer alması kaydının, mahkemelerce çok yumuşak şekilde tefsir edildiği görüne alınarak, kefilin mesul olacağı miktarın kefalet senedinde rakamla gösterilmesi mecburi oldu (İBK 493). Kefalet se-

(4) Beck Einleitung N. 3.

(5) Oser/Schönenberger Vorbem. 492-512 N. 2.

nedinde gösterilen meblağın azami mesuliyeti ifade ettiği, faiz, masraf v. s. gibi mükellefiyetlerin senette yer alan miktarın içinde mütalâa edilmesi kabul edildi (İBK 499).

Türk kefalet hukukunda ise bugüne kadar herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Tatbikatta, kefil lehine kanunda yer alan hususlardan kefillerin önceden feragat ettiklerini, bu feragatın da muteber sayıldığını belirtmek lâzımdır. Bu yüzden bizde de, isviçredeki 20 senelik tatbikat gözönünde bulundurulmak suretiyle bazı değişikliklere ihtiyaç olduğu şüphesizdir. Ancak kefile tanınan himaye tedbirlerini arttırırken, alacaklının da haklarını nazarı itibara almak icbeder. Aksi takdirde kefalet hükümleri zamanla tatbik kabiliyetlerini kaybedecek, onun yerini diğer teminatlar alacaklardır.

2. § KEFALET KAVRAMI :

A — Umumiyetle :

I. — Kefaletin fer'i mahiyeti :

Kefalet BK 483 de ifade edildiği gibi, başka bir borcun tekeffülü şeklinde ortaya çıkan, borçlar hukuku sahasında şahsi bir teminat akdidir. Asli bir borcun mevcudiyetine bağlı olduğu için, kefaletin fer'i karakteri akdin vazgeçilmez hususiyetlerinden birini teşkil eder (6). Taraflar isteseler de kısmen veya tamamen kefaletin fer'ilik vasfını ortadan kaldıramazlar (7). Bir kefalet senesinde, kefalet borcunun asıl borç sona erse dahi devam edebileceği kararlaştırılabilirse de, o takdirde mükellefiyetin vasfı değişecektir. Kullanılan kefalet tabirine rağmen ortada başka bir akdi mükellefiyet, ekseriya bir garanti mukavelesi bulunacaktır (8).

(6) Becker. Kommentar. Obligationenrecht Bd. VI; Bern 1934 Art. 492 N. 22, Beck Art 492 N. 88 BGE 49 III 211, BGE 56 II 381, BGE 60 II 304, BGE 65 II 32, BGE 67 II 219, BGE 72 II 22, BGE 75 II 50, TD 16/5/1961 3688/1599 (Neşredilmemiştir): TD 8/4/1958 E 958/545 K/1032 (Türk İçt. Küll; C. 13 N; 458) İc; İf. D. 25/6/1960/4527/4542 Adalet Dergisi 1960 s. 592)

(7) Oser/Schönenberger Art 492 N. 21, Beck Art. 492 N. 88.

(8) Beck Art. 492 N. 88.

Kefalet fer'i mahiyeti dolayısıyla asıl borcun dışında bir tasarrufa konu teşkil edemez. Meselâ asıl borçtan ayrı olarak bir kefalet alacağıının temlikî muteber değildir (9).

Federal mahkeme bir kararında, bu nev'i bir temlikî muteber sayan mahalli mahkemenin kararını şu gerekçe ile bozmuştur (10) «Kefaletin müteselsil şekilde olması, kefalet borcunun asıl borca bağlılığında herhangi bir değişiklik yapmıyacaktır. Kefalet ancak muteber bir asıl borç varsa hüküm ifade eder ve asıl borç herhangi bir sebeple sona ererse kefalette sona erer. Demek ki kefalet fer'i bir hakka mevcut verir, asıl borcun dışında bir mevcudiyeti yoktur. Bu husus İBK 170 den de sarîh olarak anlaşılmaktadır. Bir alacağın temlikî fer'i hakları da ihtiva eder. Zira bu haklar asıl borçtan ayrılamazlar... Bundan şu netice çıkar ki temlik eden, kefalet gibi fer'i bir hakkı kendisi için muhafaza edemeyeceği gibi, - zira bu hak hükümsüz olacaktır - ayrı olarak başkasına da devredemez. Bilhassa fer'i karakteri dolayısıyla kefalet diğer müteselsil borçlardan ayrılır. Müteselsil borçluluk münasebetlerinde her müteselsil borçlu, alacaklı karşısında tek borçlu imiş gibi mesuldür; Müteselsil kefilin ise mesuliyeti asıl borca bağlıdır ve o devam ettikçe muteberdir... Alacaklının, sadece kefaletten neşet eden haklarının temlikî İBK 505 ile de katiyen uyuşamaz. Bu maddeye göre, kefil alacaklıya tediye bulduğu nispette onun haklarına halef olur, farzedelim ki kefalet alacağı kabili temlikîdir. Temellük eden bu alacağın hakikî sahibi olacaktır. Ancak kefalet alacaklısına yapılacak bir tediye kefile, asıl borçluya karşı olan alacağın kendisine intikali neticesini vermiyecektir. Zira bu alacak temlik eden de kalmıştır; Kanun tarafından kabul edilmiş olan halefiyet kaideleri hükümlerini, temin edilen alacağın sahibi ile kefalet alacaklısının aynı şahıs olmaları halinde meydana getirecektir».

Kefaletin fer'i olmasının diğer bir neticesi de, - kanunî istisnalar haricinde - kefilin asıl borçludan fazla mükellefiyet yüklenemeyeceği, mesuliyetinin asıl borçludan daha ağır ve

(9) Oser/Schönenberger Art. 492 N. 44, Beck Art 492 N. 41.

(10) BGE 78 II 59.

farklı olamayacağı şeklinde ortaya çıkar. Bir kefaletin asıl mükellefiyeti aşması halinde, diğer bir mükellefiyet nev'inin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Eğer bir kefalet bahis kanusu ise, asıl borcu aşan kısmı muteber sayılmıyacaktır. (11) (12).

Bundan başka alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan kefile karşı muaccel olamaz; asıl borç şarta bağlı ise kefilin kayıtsız şartsız taahhüt altına girmesi muteber değildir, asıl borçlu sadece ağır kusurundan dolayı mesûlse kefil her türlü kusur halinden mesul tutulamaz. Asıl borçlunun aczi ile ilgili olanlardan başka, diğer def'ileri kefil de ileri sürme hakkına sahiptir.

Buna mukabil, kefilin asıl borçludan daha hafif bir mükellefiyet altına girmesi kefaletin fer'ilik prensibine aykırı değildir.

Kefaletin fer'iliği, bir ihtilaf halinde alacaklının sadece kefaletin değil, fakat asıl borcun da mevcudiyetini ispatını lüzumlu kılmaktadır (13).

Ancak bütün bu bağılıklara rağmen kefalet borcu asıl borçtan tamamen farklıdır (14). Kefaletle temin edilen asıl borç çok çeşitli hukuki sebeplere istinat edebilir - satış, kira, haksız fiil gibi -. Buna mukabil kefaletin teminat şeklinde tek bir hukuki sebebi vardır (15). Kefaletin gayesi asıl borcun sebebi ne olursa olsun, alacaklıyı temin etmektir.

Kefalet sebebi kadar, kefalet mükellefiyetinin hukuki muhtevası da, temin edilen çeşitli muhtevalardaki asıl borçlardan farklı olarak daima aynıdır. Yani asıl borç şahsi bir eda da olsa, misli bir eda şeklinde de ortaya çıksa kefalet mükellefiyeti asıl edanın yerine getirilmemesinden doğan zararın tazmini ile sona erer (16). Kefalet mükellefiyeti muhteva ve şekil bakımından hususi bir mükellefiyet nev'idir.

(11) Oser/Schönenberger Art 492 N. 40, Beck Art 492 N. 93.

(12) BGE 60 II 304.

(13) Oser/Scöhänenberger Art. 492 N. 21, Beck Art. 492 N. 94, BGE 23 s. 361.

(14) BGE 63 II 308.

(15) Becker Art 492 N. 12, Oser/Schönenberger Art. 492 N. 10, Beck Art 492 N. 95.

(16) Oser/Scöhönenberger Art 492 N. 3.

Kefil tediyede bulunurken asıl borcu değil, kendi borcunu yerine getirir, bu yüzden ki kefilin tediyesi ile asıl borç değil, kefalet borcu sona erer (17). Muteberiyet bakımından diğer bir borca tabi olan kefalet, fer'i mahiyetine rağmen müstakil unsurları havi olan bir akittir (18). Kefalet asıl borçtan tamamen müstakil olarak - asıl borç bir şarta veya vadeye tabi olmasa bile - şarta bağlı veya muayyen bir müddet sonra muaccel olacak şekilde kararlaştırılabilir, asıl borç muteber olsa bile, kefaletin herhangi bir sebepten hükümsüz olduğu, kefil olma ehliyetinin bulunmadığı veya irade fedası hallerinin mevcudiyeti iddia edilebilir (19).

Kefalet fer'i karakterinin yanında geniş anlamda tahalli ve yetkili mahkeme bakımından mühimdir. Kefil hakkında icra takibatı ve dava açılması kendi ikametgahı icra memurluğunda ve mahkemesinde mümkündür (20). Aksi kararlaştırılmadığı takdirde ifa mahalli hakkında da BK 73 maddesi tatbik edilecektir. Kefalet borçları kaideten para borcu olarak ortaya çıkacaklarından, tediye mükellefiyetin ifası zamanındaki alacaklının ikametgahında vuku bulmalıdırlar (21).

II — Kefaletin tali mahiyeti :

Kefalet fer'i karakterinin yanında geniş anlamda tali bir akittir, yani ön planda asıl borçlunun takibi bahis konusudur. Kefil her nev'i kefalette daimi ikinci borçludur. Zaman bakımından, asıl borçlunun tediye edememesi halinde takip edilebilir, mükellefiyeti ise asıl borç muaccel olduktan sonra muaccel hale gelir. Kefil asıl borcu eda etmez; fakat

(17) Oser/Schönenberger Art 492 N. 6.

(18) BGE 63 II 308.

(19) Becker Art 492 N. 24, Biasio, Albino. Der Übergang der Gläubigerrechte auf den Bürgen und dessen Regressrechte. Bern 1944 s. 7, Tobler. Hans Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Bern. 1926 s. 31 Beck Art 492 N. 95.

(20) Oser/Schönenberger Art 492 N. Beck Einleitung N. 46, Lerch/Tuason Die Bürgschaft im schweiz, Recht. Zürich 1936 S. 17 BGE 50 III 171/2.

(21) Oser/Schönenberger Art 492 N. 47, Beck Einleitung N. 47, Aksi fikir Becker Art 492 N. 25, Tuason s. 17.

kaideten asıl borcun eda edilmemesinden doğan zararı tazmin eder. Bilhassa aynî edalarda asıl borcun yerine getirilmediğinin tespitinden sonradır ki kefilin borcu tahakkuk eder (22).

III — Kefaletin ivazsız oluşu :

Kefalet akdi, kaideten sadece kefile mükellefiyet yükler. Ancak kefaletin ivazsız olması, fer'ilik gibi zaruri bir unsur değildir. Kefaletin karşılıklı taaahütleri havi bir akit haline gelmesi, mahiyetinde bir değişiklik meydana getirmez (23).

Kefaletin ivazsız olması alacaklıya karşı bir hibe akdinin mevcudiyeti anlamına gelmez. Kefilin teminatı neticesinde alacaklının mamelekinde bir zenginleşme ortaya çıkmayacak, kefil tediye etse dahi, alacaklı artık asıl borçluya müracaat edemeyeceğinden, kefil ise ödediği nispette bir alacak hakkına sahip olacağından kefalet mükellefiyetinin ifası tarafların mamelekinde bir değişikliğe sebep olmayacaktır (24).

Kefaletin ivazsız olması neticesinde, bu teminat akdi karşılıklı taahhütleri havi akitler için bahis konusu olan BK 81-82 ve BK 106-108 hükümlerine tabi olmayacaktır.

Kefalet akdinin ivazlı olması, ancak karşı akît olan alacaklının bir taahhüt altına girmesi halinde ortaya çıkar. Buna karşılık daha sık rastlanan; asıl borçlunun kefile menfaat temin etmesi hali, ivazsızlığa tesir etmez(25). Ekseriya bir kefil temin edilmesinde asıl borçlunun büyük menfaati vardır. Alacaklı kefilin bulunması ile meşgul olmaz, sadece muteber bir kefil gösterildiği takdirde krediyi vermeye razı olduğunu bildirir. Kefili ikna için, ona menfaat vaadetmek asıl borçluya düşer. Meselâ Bankalar, ancak aldıkları muayyen komisyonlar karşılığında müşterilerine kefil olmayı kabul ederler. Ancak kefil ile asıl borçlu arasındaki münasebetler kefalet akdine tamamen yabancı olduklarından, bankaların aldıkları bu komisyonlar kefaleti ivazlı hale getirmezler.

Alacaklının kefile bir mukabil eda vaadetmesi ve bu mü-

(22) Beck Art 492 N. 99; Rein Walter. Die Voraussetzungen der Bürgschaft im Schweiz. Recht : Würzburg 1937, s. 51.

(23) Rein s. 9.

(24) Rein 51, Beck Art 492 N. 99.

(25) Becker Art 492 N. 12.

kellefiyetini eda etmemesi halinde, kefil BK 106 ya istinaden kefalet akdini feshedebilir veya BK 81 deki hakkını kullanabilir (26). Alacaklının mükellefiyeti, meselâ asıl borçluya yeni bir mehil itası, mevcut bir rehin hakkından feragat, diğer bir kefil ibra v. s. şeklinde olabilir. Kefilin kefaleti karşılığında alacaklıdan bir riziko primi talep etmesi de mümkündür (27).

Alacaklının mükellefiyeti ile şarta bağlı kefaletin de tefriki icabeder. Meselâ alacaklının asıl borçlu aleyhine bir dava açmaması halinde bir karşı edadan değil, bir şarttan bahsedilecektir (28).

Kanun tarafından alacaklıya yüklenen mükellefiyetler de -kefile karşı- bir karşı eda telakki edilmezler; yani kefaleti ivazlı hale getirmezler. Alacaklının kanundan doğan mükellefiyetleri müstakil mükellefiyetler olmayıp, kefile karşı haklarını ileri sürebilme şartlarıdır. Alacaklının bu mükellefiyetleri ihmal etmesi, karşılıklı taahhütleri havi akitlerin neticelerini doğurmaz (BK 81 -82, 106 -10, 117), sadece haklarının azalmasına veya ortadan kalkmasına yahut zarar ziyan mükellefiyetine sebep olur (29).

Her nevi mükellefiyet, akdî olsa dahi mutlaka bir karşı eda mahiyetinde de sayılmamalıdır. Meselâ alacaklı zaman zaman asıl borçlunun mali durumundan kefil haberdar etmeyi taahhüt etse; alacaklının malumat vermemesi halinde kefil BK 106 istinatla kefalet akdini feshedemez; sadece -ispat etmek şartıyla- zarar ziyan talep edebilir (30).

B — Kefaletin Tarifi :

Kefalet akdi üçüncü bir şahsın borcunun tekeffül edilmesi dolayısıyla üçlü bir münasebeti icabettirir. Ancak akit daima alacaklı ile kefil arasında inikat eder.

(26) Becker Art 492 N. 14, Beck Art 492 N. 101, Biasio s. 2.

(27) Oser/Schönenberger Art 492 N. 13, Becker Art 492 N. 14, Beck Art 492 N. 101.

(28) Beck Art 492 N. 101.

(29) Oser/Schönenberger Art 492 N. 12.

(30) Oser/Schönenberger Art 492 N. 14.

Borçlu, üçüncü şahıs durumunda olup akitte taraf değildir. Buna mukabil kefil ile asıl borçlu arasında kefaletin dışında dahili bir hukuki münasebet olabilir. Kefil ekseri ahvalde asıl borçlunun vekili sıfatı ile hareket eder. Böylece kefil, kefalet hükümlerinin tanıdığı haklar dışında, asıl borçluya karşı vekâlet hükümlerine göre de harekete geçebilir. Ancak vekâlete müteallik kaideler, kefalet hükümlerini ihlâl ettikleri nispette kabili tatbik değildirler.

Bir kimse asıl borçlunun rızasını almaya mecbur olmaz, hatta asıl borçlunun rızası hilâfına da kefil olabilir (31) (32). Zira asıl borçlunun hukuki durumu, kefaletin ortaya çıkmasından sonra kötüleşmemekte, bilâkis çok defa iyileşmektedir. Bu yüzdendir ki Fransız (CC 2014) ve İtalyan (M. 776) medeni kanunlarının aksine, bu hususun sarıh olarak kanuna alınmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Habersiz veya rıza hilâfına taahhüt eden kefilin, şartların mevcudiyeti halinde borçluya karşı sebepsiz iktisap veya vekâletsiz görme hükümlerine istinaden müracaat hakkı vardır.

Kefalet ekseri asıl borçlu menfaatına tekeffül edilirse de, alacaklının menfaatını gözönünde tutarak kefil olmak ta mümkündür, meselâ mevcut bir borcu alacaklı teminat altına almak istiyebilir (33).

BK 483. maddede kefalet tarif edilmekte ise de, bu tarif akdin hususiyetlerini tam manasıyla belirtmediği gibi, kullanılan tabirler de hatalıdır. Bu maddeye göre «Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı tekeffül eder». Tarifteki «borçlunun akdettiği borç» tabiri sadece akdi mükellefiyetler için kefil olunabileceği intibahı vermektedir. Halbuki mehz kanunda (İBK 492) üçüncü bir şahsın «borcundan» bahsedilmektedir. Kefalet, akitten doğan bir borç için verilebileceği gibi, haksız fiil, sebepsiz iktisap, kanundan doğan borç-

(31) Becker Art 492 N. 2, Beck Art 492 N. 43.

(32) Bu yüzden Yargıtayın (TD. 12/7/1950 E 949/5466-K 3316 (Türk İçt. Küll. C. I. 566). muteber bir kefalet münasebetini reddederken «asıl borçlu firmanın bilgi ve rızası altında yazılmış bir mektup olmadığı» şeklindeki gerekçesi isabetli sayılamaz.

(33) Biasio s. 2.

lar için de verilebilir (34) Mehaz kanundaki, «Erfüllung der Schuld» «borcun edası» tabiri de kanunumuza yanıltıcı bir şekilde «borcun edasını temin» şeklinde intikal etmiştir(35). Kefalet borcu hiçbir zaman bir diğer şahsın edasını temin etme mükelefiyeti şeklinde ortaya çıkmaz. Aksi takdirde, kefilin edanın temini için elinden gelen gayreti gösterdiğini, kendisine bu hususta hiçbir kusur istinat edilemeyeceğini ispat etmesi halinde, borcundan kurtulduğunu kabul etmek icabedecektir.

İsviçre borçlar kanununda kefalet şu şekilde tarif edilmektedir. «Kefalet akdi ile kefil, asıl borçlunun alacaklısına karşı asıl borcun adasını tekeffül eder» (İBK 492).

C — Kefaletin Mevzuu :

I — Yabancı bir borç :

Muteber bir kefalet taahhüdünün doğması için mutlaka yabancı bir borcun -bir üçüncü şahsın borcunun- tekeffülü icabeder. Diğer bazı teminat akitlerinde -meselâ bir rehin hakkının tesisi, bir cezai şart - teminatın asıl borçlu tarafından da verilmesi mümkündür. Kefalet akdinin mahiyeti bir kimsenin kendi borcu için kefil olmasına imkân vermemektedir.

Kaideten bir borç ne asıl borçlu, ne de alacaklı tarafından değil, ancak onların dışında bir kimse tarafından tekeffül edildiği takdirde kefalet bahis konusu olabilecektir (37):

Bir kimsenin kendi borcu için kefil olması,meselâ asıl borçlunun borç senedini aynı zamanda kefil olarak imzalaması o an için hüküm ifade etmezse de -bir üçüncü şahsın müstakbel borcu için kefil olma mümkün olduğundan- ilerde borcun bir başkası tarafından yüklenilmesi halinde, bu taahhüt muteber bir kefalet olarak kabul edilecektir (38).

(34) Bkz. 2 C. II. Para ile kabili tâyin borç.

(35) Bilge. Necip. Borçlar Hukuku. Özel Borç Münasebetleri Ankara 1962 s. 316.

(36) Oser/Schönenberger Art 492 N. 6, Becker Art 492 N. 17, Beck Art 492 N. 83.

(37) Becker Art 492 N. 20, Rein s. 23.

(38) Beck Art 492 N. 83.

Başlangıçta asıl borçlu ile kefilin aynı şahıs olması imkânsızlığı, sonradan kefalet borcu ile asıl borcun aynı şahısta birleşmesi halinde - meselâ miras neticesinde kefilin asıl borçlu da olması - ileri sürülemeyecektir (39). Kefalet ile asıl borcun aynı şahısta birleşmesi halinde gayri hakiki birleşme (unechte Konfusion) den bahsedilir ki burada, birden ziyade mükellefiyetin bir şahısta toplanması mümkündür. Meselâ semen için bir poliçe veren kimse, hem satış akdinden dolayı, hem de poliçe dolayısıyla mesuldür.

Asıl borçlu ile kefil sıfatının aynı kimsede birleşmesi halinde, kefaletin devam edip etmemesi pratik değeri haizdir. Bilhassa eğer kefalet bir rehinle temin edilmişse veya kefile kefil olunmuşsa, kefaletin sona erdiğinin kabulü alacaklıyı icabında bu rehne veya kefile kefil olana müracaat hakkından mahrum edecektir. Yeni İBK 509/II bu meseleyi sarîh olarak halletmiştir. Asıl borçlu ve kefil olarak mükellefiyetler aynı şahısta birleşirse, alacaklının kefaletten neşet eden hususi istifadeleri mahfuz kalmaktadır (40).

Alacaklının da kendi alacağı için kefil olması, alacaklı bulunduğu müddetçe hukuki bir değer taşımayacaktır. Ancak kefalet senesinde alacaklının kefil olarak gözükmesi, alacağın temliki halinde müstakbel alacaklıya karşı yapılan bir icap mahiyetindedir (41).

Nitekim Federal mahkeme bir kararında bu görüşü aksettirmektedir (42). «(A) nın senet alacaklısı olduğu zaman, aynı senette kefil olarak ta gözükmesi diğer bir alacaklıya karşı üçüncü şahıs olarak kefil olma şeklinde muteberdir. (A) ilerde senet alacaklısı olabilecek olan bir kimsenin lehine şimdiden kefil olmaktadır.. A nın hakikaten bu şekilde bir mükellefiyet altına girmek istediği de durumun tetkikinden anlaşılmaktadır. Henüz şahsan muayyen olmıyan bir alacaklı-

(39) Oser/Schönenberger Art 492 N. 3.

(40) Bkz. Reisoğlu Seza. Kefilin Def'i Hakları s. 183 (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. I. sa. 2).

(41) Reichel Zum Bürgschaft SJZ. X, s. 47, Beck Art 492 N. 84, Rein 23.

(42) BGE 38 II 132. Aynı mahiyette BGE 45 II 172.

ya karşı bu nevi bir kefalet taahhüdü ise hukuken muteber addedilmelidir».

Alacaklı ile kefil sıfatının -akdin tarafları- aynı şahısta sonradan birleşmesi halinde ise BK 116 ya uygun olarak kefalet borcu sona erecektir (43).

Yabancı bir borcun yüklenilmesinde bir kollektif şirket ortağının şirket lehine kefil olup olamayacağı münakaşa edilmiştir (44). Kollektif şirket hükmi şahsiyeti haiz olduğuna göre, kaideten ortağın kefil olmasında bir mahzur mevcut olmayacaktır. Ancak kollektif şirket lehine kefalet, sadece müteselsil kefalet halinde bahis konusu olabilir. Zira bu takdirde şirket alacaklıları şirketi takip etmeden, doğrudan doğruya kefil takip etme hakkını elde edeceklerdir. Adi kefalette ise bir teminat ortaya çıkmamaktadır. TK 179 a göre «şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı birinci derecede şirket mesuldür. Şu kadar ki, şirkete karşı yapılan icra takibi semeresiz kalmış veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş ise, yalnız ortak veya ortakla birlikte şirket aleyhine dâva açılabilir ve takip yapılabilir». Bu durumda şirket aleyhine takibat semeresiz kaldığı zaman ortak esasen hudutsuz olarak mesul olmaktadır ve şirket lehine verilecek bir adi kefalet, bir kimsenin kendi borcu için kefil olmaya benzemektedir.

Kommanditer ortağın veya bir anonim şirket hissedarının şirket lehine kefil olabilecekleri hususunda ise herhangi bir fikir ayrılığı mevcut değildir (45). Kollektif ve komandit şirketler de aynı şekilde ortakları lehine kefil olabilmektedir (46).

II — Para ile kabili tâyin bir borç :

İşaret ettiğimiz gibi BK 483. de hatalı olarak «borçlu tarafından akdedilen borç» tabiri kullanılmıştır. Kefaletin tatbik sahası sadece akitten mütevellit borçlarla tahdit edilmiş-

(43) Oser/Schönenberger Art 492 N. 9, Reisoğlu s. 183.

(44) Beck Art 492 N. 85.

(45) BGE 57 II 360.

(46) Beck Art 492 N. 87, BGE 30 II 332.

değildir. Taahhüt edilen borç akitten doğabileceği gibi, diğer bir hukuki münasebet neticesi de ortaya çıkabilir. Haksız fiile, sebepsiz iktisaba, kanuna istinat edebilir veya borç sebebi kesinleşmiş bir mahkeme hükmü olabilir.

Para borçları için kefil olunabileceği gibi, diğer mükellefiyetler için de, meselâ ister hukuki, ister fiili bir hareket sonunda ortaya çıksın bir misli eda, bir aynı eda, bir yapma bir ictinap borcu da kefaletle temin edilebilir (47), kefaletin konusu seçimlik bir borç olabilir (48). Kefalet akdi sadece amme hukuku ile ilgili mükellefiyetler için de tatbik edilebilir. Kefaletin âme hukuku mükellefiyetlerini de temin etmesi fer'ilik prensibine de aykırı değildir. Zira kefil asıl borçludan başka bir hukuki sebebe istinaden ve kendi mükellefiyeti için borç altına girmektedir (49). Nitekim yeni İsviçre kefalet hukukunda (İBK 493/II) amme mükellefiyetleri için verilen kefaletlerden sarıh olarak bahsedilmektedir.

Kefalet hükümleri ister hususi hukuk, isterse amme hukuku sahasına dahil olsunlar para ile tazmini kabil olan her türlü borç hakkında tatbik olunurlar.

III — Ferdileştirilmiş borç (İndividualisierung der Schuld) :

Kefalet borcunun fer'i karakteri, ferdileştirilen muayyen bir borç için tekeffülü zaruri kılmaktadır (50). Asıl borç belli olmaksızın, kefilin mesul olacağı en yüksek meblağ gösterilmek suretiyle de olsa, herhangi bir borç için kefalet muteber olamaz. Tekeffül edilen asıl borcun muayyen kıstaslar gözönünde tutularak - tarafların bildirilmesi, sebep, borcun şumulü, ifa zamanı, ifa mahalli gibi - ve kefaletle ilgili diğer

(47) Oser/Schönenberger Art 492 Vorbem. 492 - 512 N. 28, Beck Art 492 N. 108, Tuasons. 9, BGE 48 II 267, 56 II 382, 4 HD 22/12/1929 (Tepeci Kamil. Notlu ve izahlı Borçlar Kanunu Ankara Ankara 1959 s. 772) «Borçlar kanunundaki kefalet hükmü akçeye münhasır değildir, mutlaktır».

(48) Rein s. 52.

(49) Oser/Schönenberger Art 492-512 N. 29, Beck Art 492 N. 112.

(50) BGE 46 II 97.

hususlar tefsir edilerek, şüpheye mahal vermiyecek şekilde tespit ve teşhis edilmesi icabeder (51) (52).

Ancak kefil olunan borcun ferdileştirilmesi lüzumunu çok dar bir tefsire de tabi tutmamalıdır. Bilhassa borçlar kanunumuzda müstakbel bir borç için, daha borç doğmadan tekeffülün muteber olması, kanun vazınının da burada dar bir tefsire taraftar olmadığımı göstermektedir. Müstakbel bir borca kefil olma halinde, istikbalde doğacak olan borcun muhteva itibariyle, öngörölmüş ve tekeffül edilmiş olan borçla esaslı noktalarda tetabuk etmesi borcun ferdileştirilmesi bakımından kâfidir (53).

Bugün gerek doktrinde (54), gerekse tatbikatta (55) sınırları belli olmak şartıyla devamlı, değişik muhtevalı, birden ziyade mükellefiyetleri havi bir borç münasebeti için kefil olmak mümkün görölmektedir. Meselâ bir kredi borcuna, bir hesabı cariye kefil olunduğu takdirde, kaideten tek bir borç değil, fakat muayyen bir hudut dahilinde çeşitli zamanlarda ve değişik miktarlarda açılan krediler tek bir kefalet mükellefiyetinin şumulüne dahil olmaktadır. Hatta meselâ muayyen bir miktara kadar bir kredi borcuna kefil olunması halinde, sarahaten zikredilmediği takdirde bu kredi borcu alınıp ödenirse ve aynı limit dahilinde yeni bir kredi açılırsa kefil kaideten yine mükellef olmakta devam edecektir. Bu husus bilhassa banka kefalet formülerlerinde kefilin «Bankanın borçluya karşı mevcut ve doğacak bütün alacaklarını» tekeffül etmesi şeklinde tanzim edilmiş bulunmakta ve bu nev'i kayıtlar muteber addedilmektedir (56).

Yargıtaya intikal eden bir hadisede bir Banka, kefalet mukabili kredi hesabına istinaden asıl borçlu (A) ya 12.000 li-

(51) Oser/Schönenberger Art 492 N. 28.

(52) Asıl borcun ferdileştirilmesi, kefalet senedinde nelerin bulunması icabettiği hususunda Bkz. 3. 3. IV. 4. Kefalet senedi muhteva bakımından hangi hususları ihtiva etmelidir ?

(53) Oser/Schönenberger Art 492 N. 29.

(54) Beck Art 492 N. 107, Oser/Schönenberger Art 492 N. 29. Becker Art 492 N. 2, Rein 54.

(55) BGE 49 II 377, BGE 48 II 208, RGE 81, s. 416.

(56) Rein 23, Beck Art 492 N. 107, BGE 49 II 377, BGE 48 II 208.

ralık kredi açmış, (A) iki def'a bu şekilde aldığı parayı ödemişse de, kendisine yine kredi olarak son def'a verilen 12.000 lirayı tediye etmemiştir. Bunun üzerine Banka bu kredi hesabına kefil olan (B) ye müracaat etmiştir.

Yargıtay burada muteber bir kefaletin devam ettiğini kabul etmiştir (57); Yüksek mahkemeye göre «Taahhüt senedi münderecatına nazaran davalının (B), asıl borçluya (A) kefaleti, asıl borçlunun bir def'a için alacağı 12.000 liraya ve bu muameleye münhasır olmayıp, davacı Bankaca asıl borçlu hakkında açılan ve azami haddi 12.000 liraya kadar varacak olan krediye sari ve şamil bulunmaktadır».

İsviçre kefalet hukukunun revizyonu esnasında, bu yönden kefilin mesuliyetinin tahdidi şeklindeki bir teklif reddedilmiştir (58). Kefil mükellefiyetinin ilk açılacak kredi borcuna münhasır olduğunu mukaveleye dercettirmek suretiyle kendisini himaye edebilecektir.

Ancak bazı hallerde, Banka formüllerindeki kayıtlara rağmen, tarafların iradelerinin tefsiri sonucunda; kefilin mesuliyetinin tahdidi olduğu kabul edilmektedir. Tarafların iradelerinin tefsiri, kefilin hüsnüniyetle, mesuliyetinin mahdut olduğuna kani olarak tekeffül ettiğini gösteriyorsa, bu hüsnüniyet himaye görecektir (59).

Federal mahkeme de bu görüştedir (60). «Sadece kefalet senedinin lâfzına bakılırsa, dâvacının tefsir tarzına hak vermek lâzımdır. Zira imza edilen formülere göre kefil 10.000 franka kadar Bankanın asıl borçlu (A) ya karşı doğmuş ve doğacak borçlarını, işlemiş ve işlemekte olan faizleri, komisyon ve masrafları tekeffül etmektedir. Demek ki burada 10.000 frank ile sınırlı olmak üzere bütün mevcut ve müstakbel borçlar karşılanmaktadır.

Ancak kefalet senedinin metninin yanısıra tarafların iradelerini de nazarı itibara almak lazımludur. Kefil taahhüt

(57) TD 12/I/1951 E 950 - 1413 K/175. Türk İçt. Küll. C, 3 N. 591.

(58) Zsch R. 1935 s, 512 a.

(59) Beck Art 492 N. 107.

(60) BGE 48 II 208.

altına girerken, tahsis edilecek kredi için verilen diğer teminatları da hesaba kattığından, kefaletin taahhüt anında gözönünde tutulan, açılması bahis konusu olan 10.00 franklık kredi için bahis konusu olduğunun kabulü icabeder :»

Ferdileştirilmiş, muayyen olan bir borç için kefil olunabilmesi neticesinde, kefil o borçtan başkası için mesul tutulamaz. Kefilin hangi borç için tekeffül altına girmek istediği kefalet senedinden olduğu kadar, tarafların iradelerinin tefsirinden de anlaşılabilir. Kefalet senedinde kefilin umumi olarak bir borç yüklendiği gözükse bile talep vukuunda hangi borcun hangi şartlar içinde taahhüt edilmek istendiği, kefalete tekaddüm eden hadiseler de değerlendirilmek suretiyle tespit edilmek icabeder.

— Kefalet senedinde, kayıtsız şartsız olarak kredi borcunun tekeffül edilmesi halinde dahi, kefil muayyen bir kredi borcunu, bazı hususlara riayet edilerek tahsis edilmesi halinde tekeffül ettiğini iddia edebilecektir (61).

— Bir kimse bir kredi borcunu tekeffül ettiği halde, hakikatte bir kredi tahsisinin bahis konusu olmaması, kredi olarak zikredilen hususun aslında bir borç yüklenmeden ibaret bulunması halinde, kefil olunan muayyen, ferdileştirilmiş borç tahakkuk etmemiş demektir (62).

— Bir kimsenin müstakbel bir borç için kefil olması halinde, bu kefalet mevcut bir borç için verilmiş telakki edilemez. Federal mahkemenin de belirttiği gibi (63), Banka, açacağı ve borçlunun «talep edebileceği» kredilerden bahsetmektedir. Bu kullanılan şimdiki ve gelecek zaman ibareleri kefilde yeni bir kredinin açılacağı intibamı uyandırmaktadır... Burada kefaletin mevcut bir borcu temin için verildiğini farzedemez. Banka kredi alana artık hiçbir şekilde yeni tediyelerde bulunmamaya kararlı iken, kefilin hüsnüniyetinden istifade edilerek sanki yeni bir kredi açılmıyacakmış gibi hareket edilmiştir».

(61) BGE 64 II 211.

(62) BGE 38 II 613.

(63) BGE 49 II 104.

Tekeffül olunan muayyen asıl borç ile, ortaya çıkan borcun farklı olduğu benzer hallerde iki ihtimal bahis konusu olacaktır.

Kefil olunan borç, kefalet metninden ve diğer hususlardan taraflarca kâfi derecede anlaşılmiş ve tarafların iradelerinin bu borç üzerinde birleşmiş olmasına rağmen tespit edilmiş olan borcun yerine bir yenisi konulmuşsa, kefil - asıl borç doğmadığından - mesul tutulamayacaktır.

Buna mukabil kefil tekeffül etmek istediği borç üzerinde hataya düşmüşse veya düşürülmüşse, irade fesadı hakkındaki hükümlere göre mesuliyeti tâyin edilecektir (64).

D — Kefilin taahhüdünün mahiyeti :

Kefil alacaklıya karşı üçüncü bir şahsın borcunu eda edeceğini taahhüt etmektedir. Taahhüt ettiği meblağa kadar kefilin mesuliyeti şahsi ve hudutsuzdur. Yani kefil bütün mameleki ile mesuldür. Bu yüzden kefilin mesuliyeti, bir üçüncü şahsın borcu için aynî teminat veren kimsenin borcundan çok daha ağırdır.

BK 483 kefilin taahhüdünün mahiyeti hakkında sarih bir hüküm ihtiva etmemektedir. Maddede yer alan «borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüd eder» ibaresi müphemdir (65). Ancak kefalet akdinin mahiyetinden; kefilin başkası tarafından da edası mümkün olan misli bir borcu taahhüt etmesi halinde dahi, nakdi bir tazminatla mükellefiyetini yerine getirebileceği neticesine varılacaktır. Bir üçüncü şahsın borcunu eda edeceğini temin, taahhüt etme, alacaklının bu edadan elde edeceği menfaatler için teminat vermek manasına gelir. Borcun yerine getirilmemesinden ötürü uğranılan zarar, menfaat kaybı para ile tâyin edilen bir tazminat tediyesi ile giderilebilir (66).

Kefil taahhüt altına girmekle borçlunun yerine geçmediğinden veya asıl borçlunun yanında birlikte borç yük-

(64) Bkz. s. 3. III. 3. İrade fesadı halleri.

(65) Bkz. Becker Art 492 N; 21, Oser/Schönenberger Art 492 N. 6, HGK. I/7/1953 E/3/258 - 88 K/87 (Ad. Dergisi sayı II s; 1341).

(66) Biasio s. 9, Rein s. 1, Tuason s. 15, Becker Art 492 N. 21, Oser Schönenberger Art 492 N. 6, N. 15.

lenmediğinden, alacaklı tarafından aynen edaya zorlanamaz. Kefaletnamenin teminat fonksiyonu da, alacaklının borcun eda edilmemesinden zarar görmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kefil uğranılan zararı tediye yoluyla telafi edebilecektir.

Yeni İBK 493/I de de, kefilin muayyen miktar para tediyesi ile borcundan kurtulabileceği daha sarih olarak belirtilmektedir. Zira kefalet senedinde en yüksek meblağın mutlaka rakamla gösterilmesi lazımdır.

Ancak kefilin asıl borcu aynen edaya mecbur olmaması, istediği takdirde -aynen edanın kefil tarafından da mümkün olması halinde- para tediyesi yerine esas borcu edasına mani teşkil etmeyecektir. Kefalet akdinin mahiyeti kefile aynen eda imkânının tanınmasına mani değildir. Zira kefil aynen eda suretiyle de, alacaklının borç münasebetinden mütevellit menfaatlarını tahakkuk ettirmiş olmaktadır.

Kaldı ki, BK 67 e göre borcun bizzat borçlu tarafından eda edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur tutulmamaktadır. Üçüncü bir şahıs borçlunun rızası hilafına dahi bu borcu tediye edebilecektir. Herhangi bir üçüncü şahsa tanınan bu imkânın borcun edasını taahhüt etmiş olan kefile de ait olacağına şüphe yoktur. Kanaatımızca başkası tarafından da edası mümkün bir borca kefalet halinde, kefil isterse uğranılan zararı tazmin, ister asıl borcu aynen eda edebilecektir (67).

Kefile asıl borcu aynen eda imkânını tanımamak, onu mutlaka tazminat ifasına mecbur etmek, kanun vazının kefilini himaye gayesine de aykırı düşecektir. Bundan başka kefalet hükümlerinde kefilin aynen edada bulunamayacağı hususunda hiçbir sarahat da mevcut değildir.

Aksinin kabulü halinde, kanuni bir mesnede dayanılsızın kefilin durumu ağırlaştırılmış olur. Kefil, her zaman üçüncü şahıs sıfatıyla alacaklıya asıl borcu aynen eda edebilirse de, kefil sıfatı ile bu edada bulunamadığı takdirde; kefile tanınan kanuni halefiyet hakkından istifade edemeyecek, netice

(67) Becker Art 492 N. 21.

itibariyle de bu edasından dolayı asıl borçluya karşı rucu hakkı olmayacaktır. Bu hal tarzı ise kanun vazı tarafından arzu edilmiş olamaz.

Kefalet senedine, kefilin asıl borcu bizzat eda edeceği hususunda bir kayıt konulabilirse de (68); bu kayda rağmen kefil isterse aynen eda, isterse tazminat şeklinde bir tediyede bulunabilir. Kefilin münhasıran, mutlak şekilde aynen edada bulunacağını taahhüt etmesi halinde ise, bu bir kefalet değil, diğer bir borçlar hukuku münasebeti, hususiyle birlikte borç üstlenme teşkil edecektir (69).

3. § KEFALETİN MUTEBERİYET ŞARTLARI :

A — Muteber bir asıl borç :

I — Umumiyetle :

Kefaletin hüküm ifade etmesi için muteber bir asıl borca ihtiyaç vardır. Muteber bir borcun mevcudiyeti, kefalet akdinin inikadı anında değil, fakat kefilin takip edildiği anda aranır (70).

Asıl borcun hükümsüz olması halinde, - mesela başlangıçtan itibaren imkânsızlık, kanuna, ahlak ve adaba aykırılık; iradelerde uyumsuzluk, medeni hakları kullanma ehliyetsizliği - kefalet akdi de fer'i mahiyeti icabı hüküm ifade etmez. Bu nev'i hükümsüz bir asıl borcun sıhhat kazanması imkânsızdır. Taraflar ilerde aynı muhtevada bir akit meydana getirseler, meselâ sonradan iradelerde uyuşma olsa dahi, artık yeni bir borç teşekkül etmiş olacaktır. Bu yüzden bu borç teminat altına alınmak isteniyorsa yeni bir kefalet taahhüdüne ihtiyaç vardır (71).

(68) Oser/Schönenberger Art 492 N. 17, Becker Art 492 N. 21.

(69) Oser/Schönenberger Art 492 N. 17.

(70) Oser/Schönenberger Art 492 N. 26.

(71) Oser/Schönenberger Art 492 N. 30.

II -- Müstakbel ve şarta bağlı borç :

Muteber bir borcun, kefaletin muacceliyeti zamanında mevcut olmasının kâfi gelmesi neticesinde, BK 485 de sarıh olarak belirtildiği gibi müstakbel bir borç için kefil olmak da mümkündür (72).

Müstakbel bir borca kefalet halinde - müstakbel bir borç ile vadesi ilerde gelecek mevcut bir borcu tefrik etmek lâzımdır - kefalet mükellefiyeti, kefalet akdinin inikadı anında doğar, yani henüz asıl borç ortada olmasa bile kefalet kefil için bağlayıcıdır (73), kefaletten rucu imkânı yoktur. Buna mukabil kefaletin hüküm ifade etmesi, kefilin takip edilebilmesi asıl borcun muteber olarak doğuşuna bağlıdır. Bu bakımdan burada taliki şarta bağlı bir mükellefiyetten bahsedilebilir.

Müstakbel borca kefalet, daha ziyade devamlı bir mahiyet arzeden, değişen kredi borçları, hesabı cari borçları gibi hallerde ortaya çıkar. Kefalet senesinde zikredilmese bile mevcut veya müstakbel bir borç için tekeffül etmek istedikleri tarafların iradelerinin tefsirinden anlaşılabilir (74). Şüphe halinde müstakbel bir borcun taahhüt edildiği kabul edilmelidir. Zira kefil kaideten alacaklının değil, borçlunun menfaatına tekeffül ettiği için, alacaklının mevcut alacağını teminat altına almak istemekten ziyade, borçluya yeni bir kredi açılması gayesini güdecektir (75).

Kanunumuzda, müstakbel borca kefaleti tanzim eden maddelerde bir boşluk mevcuttur. Kefilin, ortada henüz bir borç olmadığına göre hangi şartlar içinde ve ne kadar müddetle bu kefaleti ile bağlı kalacağını tanzimi gerekirdi. Alacak müruruzamanı, alacağını muaccel olduğu tarihten başla-

(72) TD. 25/10/1956 E/102/K 5423 (Türk İçt. Külli. C, 13 N. 453) «BK 485 gereğince müstakbel zamana muzaf bir borç kefalete raptolunabilir. Mektupta kefilin mesul olacağı miktar da gösterilmiştir. Kefalette müddetin tayininin şart olduğuna dair de kanunda bir hüküm yoktur».

(73) Biasio s. 5, Oser/Schönenberger Art 492 N. 27.

(74) Oser/Schönenberger Art 492 N. 26-28.

(75) Reichel. Zum Bürgschaftsrecht. Betrügliche Erschleichung der Bürgschaft s. 178 SJZ. 17, Rein s. 53.

dığına göre (BK 128); kefalet borcunun muaccel olması daima asıl borcun ortaya çıkmasından sonra düşünölebilecektir.

Yeni İBK bu hususta kefilî himaye edici bir madde getirmiştir. İBK 510/I e göre, müstakbel bir borç için kefalette asıl borçlunun mameleki durumu bozulur veya akdin inikadından sonra hüsnüniyetle tahmin edildiğinden ehemmiyetli surette bozuk olduğu anlaşılırsa, kefil her zaman asıl borç doğuncaya kadar alacaklıya yazılı bir beyanda bulunarak kefaletinden rucu edebilir.

Şartla bağılı bir borç için de kefil olmak mümkündür. Burada da kefalet borcu akdin inikadı anından itibaren doğar, şartın tahakkukundan itibaren hüküm ifade eder. Kefil daha evvel takip edilirse, def'i olarak şartın tahakkuk etmediğini ileri sürme hakkına sahip ve bununla mükelleftir.

İnfisahi şarta bağılı bir borca kefalette, şartın tahakkuku ile kefalet borcu sona erer (76).

III -- Bir taraf için bağlayıcı olmıyan asıl borç :

Gabin (BK 21), irade fesadı (BK 31) gibi hallerde gabin'e veya irade fesadına maruz kalan taraf muayyen müddet için akitle bağılı kalmak istemediğini karşı tarafa bildirebilir. Kanunda belirtilen müddet zarfında böyle bir akit sadece bir taraf için bağlayıcı olma vasfını haizdir.

Akitle bağılı kalınmak istenmediğinin karşı tarafa bildirilmesi bir inşai haktır. Böyle bir borca kefil olan kimse, muallakta kalan devre zarfında da akdiyle bağılıdır. Kefil asıl borçluya ait bir inşai hakkı kullanma selâhiyetine sahip olmadığundan, meselâ alacaklının hatasına istinat ederek mükellef olmıyacağını ileri süremez. Sadece asıl borçlu bu hakkını kullanıncaya kadar, alacaklıya tediye den imtina edebilir. Asıl borçlu akdi feshederse kefil de borcundan kurtulur; aksi takdirde kefalet mükellefiyeti kat'i olarak ortaya çıkar (77).

(76) Beck Art 492 N. 116.

(77) Oser/Schönenberger Art 492 N. 31, Reisoğlu, s. 199.

IV — Nakıs borç :

Müruruzamana uğramış bir borca kefil olunup olunamayacağı münakaşa konusudur. Kefilin borcun müruruzamana uğradığını bilerek taahhüt altına girmesi halinde, bu taahhüdünü muteber telâkki etmek icabeder (73). Ancak o takdirde böyle bir taahhüt kefaletten ziyade bir garanti mukavelesi veya müstakil bir mükellefiyet teşkil edecektir. Yeni İBK 492/III'e göre, müruruzamana uğramış bir borç için kefil olan kimse, tıpkı asıl borçlunun hatasını veya ehliyetsizliğini bilerek kefil olan kimsenin durumunda olacaktır. Eğer kefil asıl borcun müruruzana uğradığını bilmeden taahhüt altına girmişse, borçluya ait müruruzaman def'i ona da tanınacaktır (79).

Kumar ve bahis borcuna kefil olmanın hükümsüz olacağı umumiyetle kabul edilmektedir (80). İBK 502 son fıkra da ise, kumar ve bahis borcu için kefil olunabileceği; ancak bilerek taahhüt altına girmesi halinde dahi, kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır.

V — 485/III de tanzim edilen haller :

BK 485/III'e göre «hata yahut ehliyetsizlik sebebi ile borçlunun mesuliyetini icabetmiyen akitten mütevellit kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıfısa muteberdir».

Fıkradan anlaşıldığı gibi, kefil asıl borcun muteber olmaması halinde dahi akitle bağlı kalmaktadır. Böyle bir hüküm kefaletin fer'iliği prensibi ile uyuşmasına imkân yoktur. Doktrinde (81) ve mahkeme içtihatlarında (82) BK 485/III de, bir kefaletin değil fakat bir garanti mukavelesinin tanzim edildiği kabul edilmektedir. Fıkranın kefalet hükümleri arasında yer almasına ve kefil tabirinin kullanılmasına rağmen,

(78) Tobler s. 29.

(79) Tobler s. 30.

(80) Oser/Schönenberger Art 492 N. 34, BGE 18 s. 283.

(81) Becker Art 494 N. 3, Oser/Schönenberger Art III N. 16, Beck Art 507 N. 17.

(82) BGE 56 II 381.

buradaki tekeffül bir kefalet akdi değildir. Kanun vazını, bir garanti mükellefiyetini kefalet bölümünde tanzime sevkedenden sebep, bilhassa bu gibi hallerde her iki akdi birbirinden tefrikte çekilen güçlüktür. Aslında bir garanti veren durumunda olan, bu yüzden de kefile nispeten daha ağır bir mükellefiyet yüklenen bir kimse, umumiyetle kefalet hükümlerine tabi olacağını zannetmektedir. Bu kanaatle hareket eden garanti verenin himaye edilmesi ve kefile tanınan haklardan istifadesi uygun görülmüştür.

BK 485/III hatalı bir şekilde kaleme alınmıştır. Fıkranın lafzından, bir asıl borç mevcut olmamasına rağmen kefaletin muteber olacağı intibai edinilmektedir. Nitekim Yargıtay bu gibi hallerde daima bir kefalet münasebetinden bahsetmektedir (83). «(A) nın taahhüt tarihinde yaş bakımından ehliyet-sizliğine muttali bulunduğu halde masrafların ödenmesini kefil sıfatı ile taahhüt eden (B) nin bu kefaleti BK 485/III hükümüne muteberdir».

Yeni İBK 492/III de, böyle bir taahhüdün kefalet olmadığı, ancak kefalet hükümlerine tabi kılındığı açıkça ifade edilmektedir. «Hata veya ehliyetsizlik dolayısıyla asıl borçluyu ilzam etmeyen bir akdi, taahhüt esnasında akdin bu fesadına vakıf olarak tekeffül eden kimse, kefalet hukukunun şartlarına ve prensiplerine göre mesul olur».

Yapılan tadille kefalet hukuku prensiplerine sadık kalınması sağlandığı gibi hukuka aykırı bir takım neticeler de önlenmiştir.. Eğer BK 485/III deki teminat bir kefalet ise, kefile sağlanan bütün haklardan, tekeffül edenin de istifade etmesi, bu arada asıl borçluya rucuunun da kabul edilmesi icabedecektir. O takdirde hata veya ehliyetsizliğini ileri süren asıl borçlunun kefile karşı mükellefiyeti ortaya çıkacak ve borçlu olunmayan bir edanın tediyesi lazım gelecektir. Halbuki kanun vazınının gayesi, kefaletin şekil ve muayyen meblağla ilgili hükümlerini, bu nev'i garanti mukavelelerine de tatbik etmektir (84).

(83) 4 HD. 21/4/1953 E 2587 / 1917 (Türk İçt. Küll. C, 8 N. 1555).

(84) Beck Art 507 N; 17.

B — Muteber bir kefalet akdi :

I — Umumiyetle :

Muteber bir asıl borcun yanında, kefalet mükellefiyetinin doğması için, kefaletin de muteber şekilde inikat etmesi icabeder. Kefalet akdi de diğer borçlar hukuku akitleri gibi, inikadı bakımından herşeyden önce borçlar kanununun umumi hükümlerine tabidir. İcap ve kabul, iradelerin karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak birleşmesi, medeni hakları kullanma ehliyeti, irade fesadı halleri ile ilgili maddeler burada da nazarı itibara alınacaktır. Ayrıca kefaletin hususi mahiyeti dolayısıyla gerek ehliyet, gerekse şekil şartları bakımından hususi hükümler de kanunda yer almaktadır.

II — Kefil olma ehliyeti :

1. Umumiyetle :

Kefaletin ekseriya ivazsız olduğunu, bir arkadaşlık veya dostluk tezahürü olarak taahhüt altına girildiğini gözönünde tutan kanun vazı kefalet ehliyetini daha sıkı şartlara tabi tutmayı uygun bulmuştur. Bazı hallerde kefil olunması yasak edilmiş, bazı hallerde kefaletin muayyen bir müddet hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmiş veya kefaletin muteberiyeti için hakimın muvafakatı aranmıştır.

2. Kefil olma ehliyeti bakımından tahdidler :

Kanundaki muayyen istisnalar dışında kefil olma ehliyeti herhangi bir tahdide uğramış değildir. Kaideten medeni haklar kullanma ehliyetine sahip olan hakiki ve statülerine uygun olarak hükmü şahıslar hiçbir tahdide uğramaksızın, kanunun aradığı şekle riayet şartı ile istedikleri şekilde ve miktarda kefil olabilirler.

Bir kimsenin kendi menfaatlerini gözetmeyecek şekilde fazla kefalet mükellefiyeti altına girmesi halinde yine umumi hükümlere göre hareket edilecektir Federal mahkemenin de kabul ettiği gibi (85) bir kimsenin, hiçbir mecburiyeti olmadığı halde, makul ölçülerin çok üstünde kefalet mükel-

(85) Beck Art 492 N. 15 BGE 40 II 97.

lefiyeti yüklenmesi, kendisinden istikbalde daha makul bir hareket tarzı beklenemezse bir hacir sebebi teşkil edecektir.

Kanun vazın aşağıdaki hallerde kefil olma ehliyeti bakımından hususi hükümler kabul etmiştir.

a) Evli kadının kocası lehine kefaleti :

MK 169/II e göre, koca menfaatına olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar sulh hakimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmazlar (86).

MK 169 evli kadının medenî hakları kullanması bakımından bir tahdid getirdiğinden, mümkün olduğu kadar dar bir tafsire tabi tutulmalıdır (87). Ancak ne şekilde tefsir edilirse edilsin, evli kadının kocası menfaatına kefil olabilmesinin ancak sulh mahkemesinin izni ile tahakkuk edeceğine şüphe yoktur.

Kocasıyla birlikte yaşamıyan veya mahkeme hükmü ile ayrılığına karar verilen kadının kefaleti de bu madde hükmüne tabidir (88).

Koca lehine hareketin kabulü için, kadının bu hareketinden kocanın herhangi bir şekilde menfaattar olması kafi olmayıp, hukuki durumunun daha müsait bir hale getirilmesi icabeder (89).

Kadının kocasının borcu için adi veya müteselsil olarak kefil olması veya bu borç için başkası kefil olsa da, kadının da kefile kefil veya rucua kefil olarak mesul bulunması (90) hallerinde hakimin izni olmaksızın kadının mesuliyeti cihe-tine gidilemeyeceğine şüphe yoktur (91).

(86) İ. İ. D. 9/4/1953 TE. 1779 K 1983 «Koca menfaatına üçüncü şahsa kefalette bulunan evli kadının bu kefaleti muteber olabilmesi için sulh hakimince tasdiki icabeder. İcra tetkik merci bu hususu resen nazarı itibara alabilir (Olgaç Senai. Tatbikatta İcra iflâs Kanunu, İstanbul 1954, s. 172.)

(87) Egger. Kommentar. Familienrecht Bd. II. 3. Zürich 1948 Art 177 N. 20.

(88) Egger Art 177 N. 22.

(89) BGE 42 II 335.

(90) BGE 44 II 61.

(91) Mimaroğlu Sait. Evli Kadının Kocasına Menfaatına Üçüncü kişilerle yaptığı İltizam Muameleleri. Ankara 1961 s. 106.

Ancak koca lehine bir kefaletin mevcudiyeti için, taahhüdün mutlaka kocanın doğrudan doğruya bir borcu ile ilgili olması da şart değildir. Bir kadının kocasının şeriki bulunduğu bir kollektif şirketin -veya kocanın kommandite şerik bulunduğu bir kommandit şirketin- borcu için kefil olması halinde; kocanın şirketin borçlarından şahsen ve hudutsuz olarak mesul olması gözönünde tutularak koca menfaatına bir taahhüt kabul edilecektir (92).

Temyiz mahkemesi, karı tarafından şirket lehine yapılan ipotek taahhüdü dolayısıyla koca menfaatına hareket kıstasını kabul etmiştir (93). «Şüreka şirketin borçlarından müteselsilen mesul olmalarına ve vaki tasarruflardan kocalar menfaatına yapılmış olan kısmının gayri muteber addiyle, diğer şüreke menfaatlerine yapılmış kısımlarının muteber addi halinde, şirketin bankaya olan borçlarının istifası için müddelerin teminat göstermiş oldukları gayrimenkullerin paraya çevrilmesinden husule gelen mebalig şirketin borcundan mahsup ve tenzil edilebileceği cihetle, netice itibariyle şirketin şürekasından bulunan davacıların kocaları dahi bu satış ve borçtan tenzil keyfiyetinden istifade edecekleri ve koca için mucibi istifade olmak şartıyla üçüncü şahıs lehine karısı tarafından yapılacak tasarruflar dahi sulh hakimi tarafından tasdik edilmedikçe muteber addedilmeyeceği» gerekçesi ile mahalli mahkemenin kararı tasdik edilmiştir.

Buna mukabil, bir sermaye şirketi borcuna kefil olma halinde; kaideten koca o şirkette hissedar olsa dahi, koca menfaatına taahhütten bahsedilemez. Meğer ki koca o şirketin hisse senetlerinin büyük bir kısmını elinde bulundurmuş olsun (94).

Kocanın menfaati kıstasının tatbikinde; Federal mahkeme eski bir kararında (95), karının koca ile müteselsilen üçüncü bir şahıs lehine kefil olması halinde de hakimın izni-

(92) BGE 40 II 318, Egger Art 177 N. 26, Mimarolğu s. 103.

(93) 5/2/1936. Mimarolğu s. 104 den naklen.

(94) Mimarolğu, s. 106.

(95) BGE 51 II 24.

ne lüzum görmüşken, sonradan haklı olarak görüşünü değiştirmiştir (96).

Sulh mahkemesinin izni halinde kefalet taahhüdü, inikadı anından itibaren hüküm ifade edecek, izinin verilmemesi ise akdin hükümsüzlüğü neticesini doğuracaktır.

b) Müflisin veya kendisine konkordato mehli verilmiş olan kimsenin ehliyeti :

İflasın açılması ile birlikte tasarruf selahiyetinin ortadan kalkması (İc İf. K. 191) müflisin kefil olarak borç altına girmesine mani değildir (97). Bu nev'i bir kefalet müflis için bağlayıcı olmakla beraber, alacaklı tarafından iflas masasına karşı dermeyeran edilemeyecektir.

Kendisine mahkeme tarafından konkordato mehli verilmiş olan kimse ise kefalet taahhüdü altına girmekten menedilmiştir. Buna rağmen kefil olunması halinde, bu kefalet kanun hükmü icabı hükümsüzdür. (İi İf. Ka. 290) (98).

c) Kendisine kanuni müşavir tâyin edilen kimsenin ehliyeti :

Kendisine kanuni müşavir tâyin edilen kimse, esas itibarıyla medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmakla beraber, MK 379. maddede sayılan hallerde kanuni müşavirinin de muvafakatını almak mecburiyetindedir. Muvafakata ihtiyaç gösteren muameleler arasında kefalet de bulunmaktadır. Kefalet akdi ne kendisine kanunî müşavir tâyin edilen kimse, ne de kanuni müşavir tarafından tek başına taahhüt olunamaz. Kanuni müşavirin muvafakatı olmadan imzalanan kefalet senedi, tek taraflı olarak bağlayıcı değildir (99).

Acaba bu nev'i bir muamele, sonradan medeni hakları kullanma ehliyetindeki bu kısıtlamanın kaldırılması halinde sıhhat kazanabilecek midir ?

(96) JDT 1937 s. 89 Aynı fikir Mimaroglu s. 93, Aksi Fikir Egger Art 177 N. 24.

(97) Oser/Schönenberger Art 492 N. 80, Beck Art 492 N. 20.

(98) Beck Art 492 N. 20.

(99) Beck Art 492 N. 16, Oser/Schönenberger Art 492 N. 80, Egger Art 395 N. 36, BGE 54 II 77.

Federal mahkemeye intikal eden bir hadisede (A) kanuni müşavirinin muvafakatını almaksızın bir kefalet senedini imzalamıştır. Ancak kanuni müşavirlik sona erdikten sonra (A) bu kefaletle icazet verir şekilde alacaklıya bir mektup yollamıştır. Asıl borçlunun aczi dolayısıyla alacaklı mahkemeye müracaat etmiş ve (A) nın akdin inikadı anında tek taraflı olarak bağlayıcı olmıyan kefaleti, sonradan verdiği icazetle muteber hale getirdiğini iddia etmiştir. Federal Mahkeme bu gibi hallerde sonradan verilecek icazetle; kefalet akdinin sıhhat kazanacağını kabul etmekle beraber, icazetin kefaletin inikadı için aranan şekilde verilmesi icabettiği görüşünü savunmuştur (10).

«Eski borçlar kanununun 32 maddesine göre, luzumlu müsaade olmaksızın yapılan bir mukaveleye, daha sonra medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan âkit tarafından icazet verilebilir. Bu hüküm medeni kanuna geçmemiştir. (İBK 410). Ancak eski hükmün ortadan kaldırılmak istendiğine dair en ufak bir işaret yoktur. Medeni hakları kullanma ehliyetinin tahdidi halinde de durum aynıdır. Ancak kanun tarafların menfaati bakımından bir akdin muteberiyetini muayyen bir şekil şartına tabi tutmuşsa, sonradan medeni hakları kullanmaya ehil hale gelen tarafından böyle bir akde, ancak talep edilen şekle riayetle icazet verilebilir. Bu şekle medeni hakların tahdid edilmiş olduğu devre zarfında riayet etmek kâfi değildir. Bu devrede kanunun himaye gayesine uygun olarak kanuni müşavirin de muvafakatının inzımamı icabetmekteydi. Halbuki davacının, kefaletle icazet verildiği hususundaki iddiaları hiçbir şekilde İBK 493 de aranan şekil mecburiyeti ve en yüksek meblağ şartlarına uymamaktadır».

Kendisine kayyım tayin edilen kimsenin ise, kefil olma ehliyeti herhangi bir tahdide uğramamaktadır (101).

d) Vesayet altındaki küçük ve mahcurların ehliyetleri :

Vesayet altındaki küçük ve mahcurların kefalet taahhüdü altına girmeleri kendileri için bağlayıcı değildir. Yapılan

(100) JDT 1929 s. 17.

(101) Oser/Schönenberger Art 492 N. 80.

taahhüt vasinin muvafakâtı veya icazeti ile de sıhhat kazanamaz (102).

Vasinin kendisi de, küçük veya mahcur adına kefil olamaz (MK 392). Hukukumuzda kefalet yasağı o derece katıdır ki sulh ve asliye mahkemeleri dahi bu hususta muvafakat verme selahiyetini haiz değildirler. Buna mukabil meselâ alman hukukunda, vesayet makamlarının muvafakâtı ile, vasi küçük adına kefil olabilmektedir (BGB 1643 ve 1852).

Bu yasağa rağmen vasi bir kefalet mükellefiyeti altına girmişse; BGB 1804 de olduğu gibi bu muamele hükümsüzdür. Böyle bir halde bir temsil selahiyetinin değil, bir muamele yasağının bulunmuş olması hükümsüzlüğü haklı göstermektedir (103). Mümeyyiz küçük ve mahcurun kendilerinin kefil olmaları halinde ise, bunlar medeni hakları kullanma ehliyetsizlikten sonra, akde icazet verebilirler, ancak icazetin kefalet için aranan şekilde verilmesi icabeder (104).

Kendisine sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatla iştigale sarahaten veya zımnen izin verilen vesayet altındaki kimse, bu sanat ve mesleğin icrası için zaruri olan her türlü tasarrufu yapabilir ve bu tasarruflarından dolayı da serveti ile mesuldür (MK 396). Böyle bir durumda sanat ve mesleğinin icrası ile ilgili olduğu nispette vesayet altındaki kimsenin giriştiği kefalet taahhütlerini, bir muvafakata dahi lüzum olmaksızın muteber addetmek lâzımdır (105).

e) Velayet altındaki küçüklerin ehliyeti :

Velayet altındaki küçüklerin tek başlarına bir kefalet taahhüdü altına giremeyecekleri şüphesizdir. Ancak cevaplandırılması gerekli olan husus, ana ve babanın çocukları adına kefil olup olamayacaklarıdır. Bu mesele kanunda sarahaten tanzim edilmiş değildir. Ana; baba ile çocuk arasındaki münasebetin, vasi ile vesayet altındaki kimseye nazaran daha sıkı bulunmasına, çocuk malları üzerinde ebeveyne çok da-

(102) Beck Art 492 N. 13.

(103) Oser/Schönenberger Art 492 N. 80, Rein s. 14.

(104) Rein s. 18, JDT 1929 s. 13.

(105) Oser/Schönenberger Art 492 N. 80, Beck Art N. 14, Rein s. 15.

ha geniş yetkiler tanınmasına rağmen, doktrinde ana, babanın da hiçbir şekilde çocukları hesabına kefil olamayacakları haklı olarak kabul edilmektedir (106). İsviçre kefalet hukununun revizyonu sırasında, ana; babanın çocuk adına kefil olmasını meneden sarıh bir hükmün kanuna alınması hususundaki bir teklif, böyle bir neticenin mer'i kaidelerden çıkarılacağı gerekçesi ile reddedilmiştir (107).

MK 269. maddeye göre, velayet altındaki çocuk ehliyet itibariyle vesayet altındaki kimse gibidir. Vesayet altında bulunanın, idarî muamelâta iştiraki müstesna olmak üzere, vasi marifetiyle temsile müteallik hükümler, veli hakkında da tatbik olunur. Bu madde tatbik edilmek suretiyle, MK 392 deki kefalet yasağının kıyas yoluyla ana, babaya da şamil olacağı neticesine varılacaktır (108). Ana, baba vesayet makamlarının muvafakatlari ile dahi çocukları adına kefil olamazlar.

Bir meslek veya sanatın icrasına müsaade edildiği takdirde, (MK 396); küçük meslek ve sanatının icrası ile ilgili kefaletleri tek başına yapabilecektir (109).

Küçükler adına kefil olma yasağı karşısında, küçüğün bir karz akdi ile ödünç alması ve ana ve babanın ona kefil olmaları şeklinde bu hükmün bertaraf edilmesi yolları aranmıştır. Eğer para, ana ve babanın menfaatına kullanılacaksa böyle bir muamelenin kabili iptal olduğu kabul edilmelidir.

III — Kefil olma iradesi :

Kefalet, daima alacaklı ile kefil arasında inikat edeceğinden, kefil olma iradesinin alacaklıya karşı dermeyanı icabedecektir. Kefilin, asıl borçluya kefil olacağını taahhüt etmesi bir kefalet vaadi olarak muteberdir.

1 Şarta bağlı kefalet beyanı :

Kefalet beyanı - asıl borcun vadeli veya şarta bağlı olup olmamasına bakılmaksızın - vadeye tabi veya şarta bağlı ola-

(106) Beck Art 492 N. 17, Oser/Schönenberger Art 492 N. 80.

(107) Beck Art 492 N. 17.

(108) BGE 63 II 130, Rein 15.

(10) Beck Art 492 N. 18.

bilir. Bir kimse kefil olurken, çeşitli durumlar onu böyle bir kararı almaya sevk edebilir. Meselâ kefil başka kefillerin veya aynı teminatların mevcut olduğu kanaatıyla taahhüt altına girebilir. Asıl borçlunun tediyeye kabiliyetine güvendiği için kefalet senedinin altına imzasını koyabilir. Kredinin muayyen gayeler için kullanılması şartıyla veya muayyen zamandan sonraki krediler için teminat vermiş olabilir.

Kefilin taahhüt altına girerken, iradesi üzerinde geniş miktarda tesir husule getiren bu ve buna benzer vakıaların vuku bulmamaları halinde de acaba kefalet akdi hüküm ifade edecek midir ?

Her müşahhas hadisede, kefil tarafından nazarı itibara alınan hususların BK 149 ve müt. maddeler anlamında bir şart teşkil edip etmediklerinin tetkiki icabeder. Dar manada şart, bir mükellefiyetin meşkur, müstakbel bir hadiseye bağlı kılınmasıdır. Ancak kefilin karşı tarafın haberi olmaksızın, kendi kendine mükellefiyetini bazı vakıalara tâbi tutması, bu vakıaların vuku bulmaması halinde mesul tutulamayacağını ileri sürmesi mümkün değildir. Meselâ kefil; başka kefillerin de kefalet senedini imza edecekleri kanaatıyla, ancak o takdirde mesul olma kasdıyla taahhüt altına girse dahi, alacaklı tarafından durum bilinmedikçe şarta bağlı bir kefalet mevcut değildir (111).

BK 149 anlamında bir şartın mevcudiyeti için, kefilin iradesini meşkur bir hadisenin vukuuna tabi kılması, ve beyanın şarta bağlı olduğunun da diğer âkit tarafından bilinmesi icabeder. Ancak bu şekilde iradelerin uyuşması ile şarta bağlı bir akit inikat eder. Aksi takdirde, kefilin bazı vakıaları nazarı itibara alması sadece bir saik teşkil edecektir. Saikler ise ancak kanunun buna cevaz verdiği hallerde hukuki değer taşırlar (112).

2 — Kefil olma iradesinin tefsiri :

a) Umumiyetle :

Kefaletin tefsirinde, umumi tefsir prensipleri (BK 18)

(110) BGE 45 II 121, Beck Art 492 N. 18.

(111) Beck Art 492 N. 52.

(112) Bkz. § 3 II. 3 Kefilin Hataya düşmesi.

ön plânda gözöünde tutulurlar. Ancak kefaletin hususi mahiyeti, ekseriya ivazsız ve asıl borçlu veya alacaklı menfaatına olması, gerek akdin şumulü, gerekse kimin menfaatına ve hangi borç için tekeffül olunduğu hususunda tahdidi bir tefsir tarzının kabulünü lüzumlu kılmaktadır.

Kefalet, muteberiyeti bakımından şekle bağlı bir akit olmasına rağmen, kefilin iradesinin tefsirinde kefalet metninin lafzıyla bağlı kalınmıyacak, bütün diğer hususlar da gözönünde bulundurulacaktır (113).

Federal mahkeme muhtelif kararlarında, kefaletin geniş miyasta objektif hüsnüniyet kaidelerinin himayesi altında olduğunu belirtmektedir (114). Bu yüzden taraflar kefaletin inikadı zamanında ne kasetmişlerse; alacaklı onu talep edebilecekdir.

Dava konusu olan bir hadisede (B), asıl borçlu ve Banka ile cereyan eden müzakerelerden sonra, Bankaya karşı (A) ya verilecek bir inşaat kredisine kefil olmuştur. Ancak taahhüt altına girilirken, Bankanın kullandığı matbu kefalet formüllerinden biri doldurulmuş ve buna göre A kayıtsız şartsız müteselsil kefil olmuştur. Daha sonra Banka (A) ya inşaat kredisi yerine, normal bir banka kredisi açmıştır. (A) iflâs edince, Banka (B) ye müracaat etmiş, (B) kendisinin bir inşaat kredisi için kefil olduğunu, bankanın ise alâlade bir kredi açtığını, eğer inşaat kredisi açılmış olsaydı, inşaat kredisi şartları neticesinde Bankanın zarara uğramıyacağını iddia etmiştir.

Mahalli mahkeme şu gerekçe kefaletin muteberliğine hükmetmiştir. «Kefil olunan kredinin bir inşaat kredisi olduğuna ne kefalet senedinde, ne de tediye şartlarında işaret edilmiştir. Kefalet senedinde mükellefiyetin nev'i gösterilmediğinden, Banka kredinin nev'inde, kullanılışında tamamen serbest bulunmaktadır.»

Federal mahkeme bu görüşe katılmamıştır (115). Yüksek mahkemeye göre «tarafların iradelerini tespit ve diğer

(113) Becker Art 492 N. 6, Art 493 N. 3, Oser/Schönenberger Art 492 N. 86, Beck Art 492 N. 47.

(114) BGE 38 II 615, BGE 62 II 152.

münasebetlerinde, kefaletin hususi mahiyetinin, yani bilhas-
sa alacaklının menfaatına ve asıl borçlunun lehine olmak üze-
re sadece bir tarafa mükellefiyet yüklendiğinin nazarı itiba-
ra alınması lâzımdır.

Kefalet hususiyeti dolayısıyla, geniş mikyasta objektif
hüsnüniyet kaidelerinin tatbikini icabettiren bir hukukî mües-
sesedir. Kefalet senedinde gösterilmemiş olsa bile, alacaklı
kefaletten mütevelit haklarını ancak kefaletin inikadı sıra-
sındaki tarafların niyetlerine uygun şekilde kullanabilir. Da-
valı tarafından hangi alacak için kefil olduğu hususu, kefa-
let senedinin yanısıra, tarafların iradelerine tesir eden diğer
unsurlar da nazarı itibara alınarak tefsir edilmek icabeder.

Bidayet mahkemesi, iradelerin tefsirinde bu kaideleri göz-
önünde tutmamış, sadece kefalet senedinin metnine bağlı kal-
mıştır..

Banka formülerine göre kefil (kayıtsız şartsız olarak)
mesul gözükmektedir. Ancak bununla asıl borcun mahiyeti
hakkında hiçbir beyanda bulunulmamaktadır. Bu kayıtla sa-
dece kefaletin şarta bağlı olmaksızın; diğer kefaletlere tabi bu-
lunmaksızın tekeffül edilmesi kastedilmektedir».

Federal Mahkeme diğer bir kararında da kefilin iradesi-
ni tefsir suretiyle, çeşitli mükellefiyetleri havi bir satış sene-
dini imzalayan müteselsil kefilin sadece satış bedelini tekef-
fül ettiği neticesine varmaktadır (116). «Bir kimsenin asıl
borç senedini kefil sıfatı ile imzalaması muteberdir. Ancak
satış akdinde alıcıya çeşitli mükellefiyetler yükletilmiştir. Aca-
ba kefalet bütün bu mükellefiyetler için mi, yoksa bunlardan
bir veya bir kaç için mi verilmiş sayılacaktır ?

Kefalet hususiyeti dolayısıyla tek taraflı, ivazsız bir akit
olduğundan dar bir tefsire tabi tutulacak, kefaletin sadece
asıl mükellefiyet olan satış bedeli için verildiği kabul edile-
cektir» (117).

(115) BGE 64 II 211.

(116) BGE 49 II 377.

(117) Federal mahkeme kefilin iradesini dar bir tefsire tabi tuta-
rak taahhüdünün sadece satış bedeline taallük ettiğini kabul

Alacaklının, kefaletin inikadı anında hangi hususun tahhüdü kastedilmişse, onu talep edebilmesine mukabil, kefil de alacaklının hüsnüniyet kaidelerine göre tekeffülden ne anlaması icabediyorsa, o nispette mükellefiyet altında olacaktır (118).

Kefil olma iradesinin tefsiri bilhassa matbu kefalet formülerindeki hükümler bakımından önem kazanmaktadır. Matbu kefalet formülerini imzalamak suretiyle, kefillerin kendilerine tanınan çeşitli haklardan feragat ettiklerine tatbikatta sık sık rastlanmaktadır. Kefil bu formülerleri ya okumadan imza etmekte, yahut okusa bile birçok formülerlerde meselâ «Borçlar kanununun 493 ve 494 maddelerindeki hükümlerden istifade hususundaki hakkımdan şimdiden feragat ediyorum» şeklinde sadece madde numaraları zikredildiğinden feragat ettiği hakların neler olduğundan haberdar olmamaktadır. Bunun yanı sıra, alacaklı daima iktisaden kuvvetli taraf olduğundan veya kefil asıl borçlunun tediye edeceğinden emin bulunduğundan, bu nev'i matbu formülerlerin çekinilmeden imzalandığı görülmektedir.

İsviçre kefalet hukukunun revizyonu sırasında, matbu kefalet formülerlerinin muteber addedilmemesi veya tesirlerinin tahdid edilmesi şeklinde bir teklifte bulunulmuştur. Bu teklif reddedilmekle beraber, kefil himaye eden hükümlerden önceden feragatın hükümsüz olacağına kabul edilmesi neticesinde (İBK 492/IV) İsviçrede mahzurların büyük kısmı bertaraf edilmiştir.

Matbu bir kefalet formülerini imzalayan kefil, eğer hataya düştüğünü iddia ederse, — bilhassa formülerde madde

ettikten sonra, borcun mahiyetinin değiştiği gerekçesiyle de kefilin mesuliyetinin sona erdiği neticesine varmıştır. «Ancak dava satış bedelinin tediyesi davası değildir. Davacı akdi feshettiğinden artık semenin tediyesi davası açamayacaktır. Akdin feshi ile asıl borçlunun başlangıçtaki satış bedelini tediye mükellefiyeti bir tazminat talebine intikal etmiştir. Bu şekilde kefilin fer'i mükellefiyeti de sona ermektedir». (BGE 49 II 379) aynı mahiyette BGE 38 II 268.

(118) Oser/Schönenberger Art 492 N. 86.

(119) Beck Art 492 N. 47, BGE 64 II 382.

numaralarının zikri suretiyle feragatın bahis konusu olması halinde — hakimın esaslı hata bulunup bulunmadığını araştırırken, bu hususu gözönünde tutması, hükmünde kefilin lehine hareket etmesi icabeder (119).

b) Kullanılan tabirler :

Kullanılan tabirlerin kefalet mükellefiyetinin şumulünden ziyade, taahhüdün mahiyetini tayinde rolleri bulunabilir. Gerçi bilhassa teminat akitleri sahasında garantiyi ifade eden çeşitli tabirler muayyen bir hukuki müessese - meselâ kefalet veya garanti mukavelesi - kastedilmeden kullanılmaktadırlar. Meselâ bir kimsenin «garanti ediyorum» derken kefaletin kastedildiğine, «kefil oluyorum» sözüne rağmen bir garanti mükellefiyetinin mevcudiyetine çok rastlanmaktadır (120). Bu yüzden de esas itibarıyla kullanılan kelimeler tarafların iradesini tefsirde büyük bir rol oynamamaktadırlar. Ancak aynı iddiayı, kullandıkları tabirlerin hangi hukuki manaya geldiğini gayet iyi bildiklerine şüphe olmıyan kimseler arasındaki bir akdi tefsir ederken de ileri sürmeye imkân yoktur. Meselâ bir Bankanın titizlikle, hukukçularına hazırlattığı bir taaahüt senesinde kullandığı tabirler o Bankanın iradesini tefsirde ön planda gözönünde tutulacaklardır.

Federal Mahkeme bir kararında bu noktaya temas etmektedir (121). «Garanti mukavelesinin müstakil, kefaletin ise fer'i mahiyette bulunduğu kendilerince bilindiği halde, bankaların bir garanti beyanına rağmen, bir kefaleti kasetmiş olduklarını kabul etmek garip olurdu».

Yargıtay ise, kullanılan tabirler bakımından böyle bir tefrike mütemayil gözükmemektedir (122).

3 — Kefalet beyanında irade fesadı halleri :

Kefilin iradesinin hata, hile, ikrah gibi irade fesadı hallerinden biri ile muallel olması halinde BK 31 e istinaden ke-

(120) BGE 64 II 347, BGE 65 II 31.

(121) Reichwein; Bankgarantie und Bürgschaft. SJZ 52 s. 375 de zikredilmiştir.

(122) TD. 8/4/1958 - 545 K/1032 (Türk İçt; Kül; C. 13 N. 458).

fil hata ve hileye vakıf olduğu, ikrahın ise sona erdiği andan itibaren bir sene içinde kefaletle bağılı olmadığını alacaklıya bildirebilecektir.

a) Kefilin hataya düşmesi :

BK 24 deki esaslı hata hallerinden birinin mevcudiyeti halinde, kefil bu hatasına istinat edebilir.

Kefilin asıl borçlunun şahsında hataya düşmesi kaideten esaslı hata sayılır. Zira kefalet mükellefiyetinin mahiyeti bakımından kefil herhangi bir kimse için değil, fakat belli bir asıl borçlu için taahhüt altına girmektedir. Asıl borçlunun şahsı, kefilin borç altına girmesinde en mühim rolü oynamaktadır (123). Bu hususta ise BK 24/2 sarihtir. Hata ettiğini iddia eden tarafın, üzerine borç alırken başlıca nazara aldığı şahısta yanılması esaslı bir hata teşkil etmektedir.

Asıl borçta yanılma da esaslı hata teşkil eder. Meselâ kefilin bir satış bedelini tekeffül ettiğini zannederken, aslında bir karz borcunun mevcut olması veya asıl borçluya bir kredi tahsis edileceği kanaatıyla taahhüt olunurken, asıl borçlunun sadece başkasına ait bir borcu yüklenmesi hali esaslı hata olarak ileri sürülebilir. Federal mahkeme kefilin, tekeffül ettiği semenin karşılığını teşkil eden mebiin değerinde yanılmasının da bazan esaslı hata teşkil edebileceğini, zira bir karşı edanın bulunup bulunmamasının kefalet bakımından mühim olabileceğini kabul etmektedir (124).

Kefilin karşı tarafça da anlaşılabilir şekilde, mevcut borcu değil, müstakbel bir borcu tekeffül etmesi halinde ise, bir hata değil, fakat olsa olsa başka bir borcun tekeffülü bahis konusu olacaktır (125).

Kefilin alacaklının şahsında yanılmış olması, ancak istisnai hallerde bir esaslı hata meydana getirir (126). Kefil he-

(123) Tuason s. 45, Oser/Schönenberger Art 492 N. 87, Beck Art 492 N. 59.

(124) BGE 23 II 1643.

(125) Beck Art 492 N. 60.

(126) Oser/Schönenberger Art 492 N. 87, Beck Art 492 N. 58, Tuason s. 46.

(127) BGE 33 II 402.

men daima asıl borçlunun ricası üzerine, onun kredi elde etmesi için taahhüt altına girmektedir. Asıl borçlunun krediyi (A) dan veya (B) den elde etmesinin büyük ehemmiyeti yoktur. Esasen kefilin, alacaklıya karşı bir talep hakkı olmadığı gibi, alacağın temlik yoluyla yeni bir alacaklının ortaya çıkmasına da itiraz imkânı mevcut değildir.

Nitekim Federal Mahkeme bir kararında (127) muteber bir kefalet taahhüdü için alacaklının ismini zikre dahi lüzum olmadığını belirtmektedir. «Umumi hükümler dairesinde kefil alacaklının seçimini dahi asıl borçluya bırakabilir. Kefalet akdinde alacaklının şahsı mühim bir rol oynamadığından, alacaklı da hata BK 24 anlamında esaslı hata değildir».

Ancak istinaen de olsa, kefaletin alacaklının menfaatına tekeffül edilmesi veya alacaklının bir karşı edasının nazarı itibara alınması halinde, kefilin alacaklının şahsında yanılmasının BK 24/II ye göre esaslı hata sayılacağına şüphe yoktur.

Kefilin başka bir akit için, - meselâ bir rehin akdi - iradesini beyan etmek isterken kefalet taahhüdünde bulunması da BK 24/I anlamında esaslı bir hatadır (128).

Kefilin, iradesini beyanda esas aldığı hususlarda hataya düşmesine daha sık olarak rastlanmaktadır. Meselâ kefil asıl borçlunun tediye kabiliyeti üzerinde hataya düşmüştür (129), kefil asıl borç için başka teminatların - meselâ rehin hakları, hapis hakları bulunduğunu (130), böylece kendisi için bir tehlikenin bahis konusu olamayacağını zannetmiş, fakat bu teminatların mevcudiyeti veya değerleri üzerinde hataya düşmüştür, kefil kendisi ile birlikte başka kefillerin de bulunduğu veya rucua kefil olunacağı kanaatıyla hareket etmiş veya onların mameleki durumları hakkında hataya düşmüştür.

Acaba kefil bu ve buna benzer hususlarda hataya düştüğünü ileri sürebilecek midir? Kefili taahhüt ederken yanılan hususların ekserisi saikte hata teşkil etmekte, saikte hataya ise

(128) BGE 49 II 180.

(129) Tuason s. 46 BGE 25 II 574.

(130) BGE 56 II 96.

(131) BGE 59 II 240, BGE 57 II 276.

ancak kanun tarafından kabul edildiği hallerde istinat mümkün olmaktadır.

Kefil BK 24/IV deki şartların mevcudiyeti halinde, saikte hataya düşse dahi, bu hatasına istinat edebilecektir. Bunun için de hataya düşen tarafın bazı vakıaları, beyanının zaruri bir unsuru addetmiş olması ve objektif bakımdan da bu vakıaların ticari doğruluk kaidelerine göre hukuki muamelenin zaruri bir unsuru addedilmesi gereklidir (132). Yani hüsnüniyet kaidelerine göre, objektif olarak istinat ettiği vakıaların vuku bulmaması halinde bir kimsenin kefil olmayacağı neticesine varılmalıdır. Keza kefilin bu vakaları gözönünde tutarak hareket ettiğinin de alacaklı tarafından bilinmesi veya hüsnüniyet kaidelerine göre bilinebilmesi icabeder (133).

BK 488 son fıkrada da kefilin saikine hukuki hüküm ve neticeler izafe edilmektedir. Bu fıkra göre «Kefaletin aynı borca diğer kimselerin de kefalet etmesi şartıyla vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse kefil mesuliyetten ber'i olur».

Maddenin sarih hükmü icabı, kefil başkalarının kefaletini de göz önünde tutarak kefil olmalıdır. Kefil bir rehin verileceğini hesaba katarak taahhüt altına girmişse ve sonradan rehin verilmezse doğrudan doğruya BK 488 son fıkraya istinat edilemez. Kefil alacaklının bir rehin veadini yerine getireceği düşüncesiyle kefil olmuşsa, bunun neticesi mukellefiyet miktarının tenzilidir. Alacaklı, rehin vaadi yerine getirilseydi kefilen ne talep edilebilirse onu isteyecektir (134). Kefil, kendisine bir diğerinin rucua kefil olacağı kanaatıyla da taahhüt altına girdiğini iddia edemez. Burada rehin verilmesi yahut rucua kefalet kefaletin şartı haline getirilmişse, ancak o takdirde kefilin istinat etmesi mümkündür.

Kefilin BK 488 son fıkrayı ileri sürebilmesi için, alacaklının başka kefiller nazarı itibara alınarak kefil olduğu husu-

(132) von Tuhr. Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrecht; § 37. V, Beck Art 492 N. 56.

(133) BGE 53 II 38, Beck Art 492 N. 56.

(134) Gut Gottlieb. Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen Bern 1941. s/126. Beck Art

sunu bilebilecek durumda olması icabeder. Sadece asıl borçlunun veya diğer kefillerin haberdar olması kifayet etmez (135).

Kefil hukuki bir hata neticesinde yanlış bir kanaata sahip olmuşsa, bunu vasıfta hata olarak ileri süremez (136). (137).

Kefilin hataya düştüğünü alacaklıya bildirmesi halinde, alacaklı BK 25 e uygun olarak kefilin istediği şekilde akdin hüküm ifade etmesini kabul ederse, artık kefil hatasına istinat edemez. Meselâ kefil başka rehinler mevcut olduğu kanaatıyla hareket etse ve kefilin bu hatası BK 24/IV e göre vasıfta hata teşkil etse, kefilin mesuliyeti, kastedilen rehin varmış gibi nazarı itibara alınacaktır (138).

b) Kefilin hileye maruz kalması :

Hile ile ilgili BK 28. kefalet hakkında da tatbik edilir. Hile neticesi hataya düşen kimse, hatası esaslı olmasa bile buna istinat edebilir. Hilenin üçüncü bir şahıs tarafından yapılması halinde akdin muteberiyeti, bu hileden karşı âkidin haberdar olup olamamasına bağlıdır (139).

Hilenin tespitinde hüsnüniyet kaideleri ön planda tutulacaktır. Kefalet kaideten ivazsız olması dolayısıyla, en geniş manada objektif hüsnüniyet kaidelerinin himayesi altındadır; yani kefalet akdinin inikadında, hüküm ifade etmesinde, tefsirinde alacaklının daima samimi ve dürüst hareket etmesi talep edilecektir (140).

Alacaklının asıl borçlunun durumu, borç münasebetinin nev'i ve kullanılışı hakkında kefile hakikate aykırı beyanlarda bulunması ve kefilin de bu beyanları esas alarak kefil olması halinde hile mevcut demektir (141).

Federal Mahkeme, kefil olunacak bir borçla ilgili olarak bir Banka tarafından verilen yanlış bilgiyi hileli bir hareket

497 N. 51.

(135) Beck Art 497 N. 53, Pra. 26 s. 302.

(136) BGE 56 II 96, 48 II 380.

(137) Beck Art 492 N. 57.

(138) Oser/Schönenberger Art 492 N. 87.

(139) Beck Art 492.

(140) Reichel. Zum Bürgschaftsrecht. SJZ 17 s. 180.

(141) Oser/Schönenberger Art 492 N. 88, Beck Art 492 N. 63.

olarak mütalaa etmiştir (142) «Bu ve diğer hakikata uymayan beyanlar kefilde hatalı düşüncelerin doğmasına yol açmıştır... Mevcut kefalet senedinde bazı hususlar sukûtla geçiştirilmemiş, fakat asıl borç, teminatlar, bunların hukuki mahiyeti, mali şumulü hakkında hakikate aykırı beyanlarda bulunmuştur. Alacaklının burada satış v.s. akitlerinden çok daha fazla hususi şekilde hakikati bildirme mükellefiyeti, bu nev'i münasebetlerdeki itimad unsurunun neticesidir. Kefalet hususi durumu dolayısıyla geniş mikyasta hüsnüniyet kaidelerinin himayesi altındadır».

Acaba alacaklının sadece susması, asıl borçlunun mali durumunun bozuk, teminatların değersiz olduğunu bilmesine rağmen, bunları kefile bildirmemesi halinde de bir hileden bahsedilebilecek midir ?

Alacaklıya, kefalet hükümlerine istinaden kefile malûmat verme mükellefiyeti yükletilmemiştir. Bu yüzden asıl borçlu hakkında malumat vermemek esas itibariyle bir mükellefiyetin ihlâli telakki edilemez (142).

Alacaklının sukût etmesi halinde şu tefrikin yapılması icabeder.

Kefilin talebine rağmen alacaklının susması veya bazı mühim hususları saklaması halinde, bu hususlar kefilin tahhüdüne tesir edecek derecede önemli ise, kefil hile iddiasını ileri sürebilecektir (143).

Kefilin hiçbir malûmat talep etmemesine rağmen, alacaklının kendiliğinden izahat vermesi halinde karşı tarafı yanıltacak şekilde, meselâ sadece borçlunun servetinden bahsedilmesi, buna mukabil mali durumunu sarsacak derecedeki borçlarına temas edilmemesi bir hile halidir.

Bu hallerin dışında, alacaklının susması kaideten bir hile meydana getirmez (144).

Federal Mahkeme kefaletle ilgili bir kararında sukût etmenin ancak hüsnüniyet kaidelerine aykırı olması halinde,

(142) Oser/Schönenberger Art 492 N. 88.

(143) Beck Art 492 N. 65.

(144) Reichel SJZ 17 s. 180.

bundan doğan zararın tazmininin istenebileceğini hükme bağlamıştır (145).

Kefilin tekeffülünde borçlunun büyük menfaati bulunduğundan, ekseriya alacaklıdan ziyade borçlunun hilesi neticesi kefilin taahhüdü bahis konusu olmaktadır. Asıl borçlu kefalet akdine yabancı durumda bulunduğundan, hile bakımından da üçüncü şahıs telakki edilecektir (146).

Alacaklının asıl borçlunun hilesinden haberdar olmadığı ve olamayacağı hallerde, kefilin iradesinin fesada uğramasına rağmen kefalet akdi muteber olacaktır. Alacaklının hileden haberdar olması halinde ise, BK 31 e göre kefalet borcu ile bağlı kalınmayabilir. Bilhassa asıl borçlunun alacaklının mümessili olması halinde, alacaklının hileden haberdar olduğu kabul edilir (147). Ancak sadece kefalet senedinin alacaklı tarafından hazırlanması ve kefile tevdi için asıl borçluya teslim edilmesi vakıası bir temsil münasebetini ifade etmez, zira burada alacaklı tarafından bir temsil selahiyeti verildiğini kabul etmek normal münasebetlere uygun düşmemektedir. Teamül tam aksine kefilin senedi imza edip asıl borçluya vermesi halinde, borçlunun kefilin mümessili telakki edilmesi şeklindedir (148).

Asıl borçlunun kefile hatalı malumat vermesi ve kefilin de bu malumata istinaden taahhüt altına girmesi halinin alacaklı tarafından bilinmesi de bir hile dermeyeranına imkân verir (149).

c) Kefilin ikraha maruz kalması :

BK 29 a göre, kefil alacaklının veya üçüncü bir şahsın ikrahi ile bir akit yapmış olursa, bu akit kendi hakkında hüküm ifade etmez. İkrahi üçüncü bir şahsın -ekseriya asıl borçlu-fiili olup da alacaklı buna vakıf olmamış yahut vakıf bulun-

(145) BGE 40 II 612.

(146) BGE 41 II 54.

(147) BGE 38 II 616.

(148) Reichel SJZ 17 s. 180.

(149) Oser/Schönenberger Art 492 N. 88, BGe 59 II 242, BGE 57 II 279, BGE 64 II 213.

ması icab etmemiş olduğu takdirde, kefil akdi feshederse hakkaniyet iktiza ettiği halde alacaklıya tazminat vermeye mecburdur. Eğer kefil kendisi veya yakınlarından birisinin hayatı, şahsı namus ve malları için ağır ve derhal vukubula-
bilecek bir tehlikeye maruz olduğuna kani olarak taahhüt altına girerse iradesinin ikrah sebebiyle fesada uğradığı kabul edilir (BK 30).

Ekseri hallerde alacaklı, borçlunun yakınlarından birisini, ona kefil olması için tazyik eder. Meselâ alacaklı, borçlu borcunu tediye etmediği için onu mahkemeye vereceğini veya mallarını icra yoluyla haczetirip sattıracağını, yahut hakkında ceza takibatı yapılması için ihbarda bulunacağını bildirir. Kefilin, meselâ borçlu olan kardeşini bu zor durumdan kurtarmak için taahhüt altına girmesi halinde bir ikrahın mevcut olup olmadığı münakaşa edilmiştir. Bir hakkın yahut kanunî selâhiyetin kullanılmasının ikrah sayılıp sayılmayacağı hususunda şu tefrikin yapılması lâzımdır.

— Alacaklı asıl borçlu hakkında dava açacağını veya icra takibatına girişeceğini kefile bildirirse bu bir ikrah teşkil etmeyecektir. Meselâ «Kardeşinin bana 5.000 lira borcu var, eğer kefil olmazsan takibata geçmek zorunda kalacağım.» denmesi bir ikrah değildir. Buna mukabil «Benim birisinden 10.000 lira alacağım var, eğer ona kefil olmazsan kardeşinden olan 5.000 lira alacağım için takibata geçeceğim» denmesi bir ikrah teşkil eder. Aynı kimsenin muhtelif borçları bulunması halinde de ikrah kabul edilebilir. «Kardeşine uzun vadeli 10.000 lira borç verdim. Bundan başka ayrıca bana vadesi gelmiş olan bir borcu daha var. Eğer 10.000 lira için kefil olmazsan diğer borcundan ötürü icraya müracaat edeceğim» denmesi bu hale bir misal teşkil eder.

Her alacağın müstakil mütalaa edilmesi icabeder. Herhangi bir alacak için kanuni hakkın kullanılması değil, sadece kefil olunulması istenen alacak için bu hakkın kullanılacağı beyan edilmesi bir ikrah meydana getirmeyecektir (150).

(150) Reichel. Zum Bürgschaftsrecht. Wiederrächtliche Drohung. SJZ 29 s. 3 Beck Art 492N. 67.

— Alacaklının, kefil olunmadığı takdirde cezai takibat için ihbarda veya şikâyette bulunacağını bildirmesi daima bir ikrah sayılır. Aslında bir suç ihbar etmek veya takibi şikâyete bağlı olan bir suçta şikâyette bulunmak kanuni bir selahiyetin kullanılması mahiyetindedir. Ancak böyle bir ihbarda bulunma alacaklının hususi menfaatlarına hizmet etmez. Suçlunun cezalandırılması amme intizamı, amme menfaati bakımından mühimdir. Bu yüzdendir ki, böyle bir ihbarda bulunmak hakkı sadece mağdura değil, fakat herkese aittir.

Suç ihbarında bulunma, talepte bulunana bir takım şahsi menfaatlar sağlamamalıdır. Aksine hareket eden kimse hukuk nizamının kendisine muayyen gaye ile verdiği selahiyeti sui istimal etmektedir. Böyle bir hareket tarzı hukuka aykırıdır (151).

4 — Kefil olma iradesinin mümessil vasıtasıyla izharı :

Kefalet akdinde gerek kefilin, gerekse asıl borçlunun iradesinin mümessil vasıtasıyla izharı caizdir (152). Asıl borçlu da kefalet akdi bakımından üçüncü şahıs durumunda olduğundan taraflardan birisinin mümessili sıfatıyla hareket etmesinde bir mahzur yoktur.

Kefalet akdi borçlu menfaatına olduğundan, asıl borçlu kefil ile alacaklının birbirleriyle temasa geçmesi için büyük gayret sarfedecektir. Kefilin kefalet senedini imzalayıp asıl borçluya vermesi halinde her hususi duruma göre; borçlunun sadece bir vasıta mı olduğu, yoksa taraflardan birinin mümessili mi bulunduğu tespiti icabedecektir? Bu tespit irade fesadı ve kefaletin inikadı bakımından bilhassa ehemmiyetlidir (153).

Kefil ile alacaklının önceden anlaşmaları neticesinde, kefilin senedi imzalayarak asıl borçlu aracıyla alacaklıya ulaştırması halinde kefil kaideten bir vasıttan ibarettir.

(151) Reichel SJZ 29 s. 3, Beck Art 492 N. 68.

(152) Anderegg. Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht Bern 1943 s. 26, Beck Art 492 N. 27, Oser/Schönenberger Art 492 N. 81, BGE 33 II 402, BGE 45 II 172, BGE 46 II 97, BGE 56 II 101.

(153) Oser/Schönenberger Art 492 N. 82.

Kefilin alacaklı ile hiç temasa geçmeden asıl borçlunun talebi üzerine kefalet senedini imzalayarak kendisine vermesi, aralarında bir vekâlet münasebetinin mevcudiyetine alâmettir. Bilhassa henüz alacaklının dahi belli olmaması halinde; asıl borçlunun vekil durumunda olduğu, kefilin ona alacaklıyı seçme hususunda dahi selâhiyet verdiği kabul edilir. Bu takdirde kefalet akdi, senedin asıl borçluya tevdi edildiği anda değil, alacaklının kabulü halinde tekemmül eder. Alacaklının senedi alması zımnı bir kabul mahiyetindedir. Asıl borçlu ise bu kabul beyanına kefil adına muhatap olmaktadır.

Federal mahkeme bir kararında şöyle demektedir (154). «Kefalette diğer akitler gibi temsil suretiyle inikat ettirilebilir. Asıl borçlunun kefilin vekili sıfatı ile, onun irade beyanını alacaklıya bildirmesinde ve ekseriya zımnî olarak tezahür eden alacaklının kabulünü kefil adına tebellüğ etmesinde hiçbir mahzur yoktur. Umumi hükümler dairesinde kefil alacaklının seçimini de asıl borçluya bırakabilir. Asıl borçlu burada tekemmül etmiş bir iradeyi nakleden bir vasıta değil, fakat alacaklının şahsı bakımından kefalet beyanını tamamlamakla vazifelendirilmiş hakiki bir mümessildir» (155).

Kefil alacaklının mümessili olarak ta hareket edebilir. O takdirde kefalet akdi, kefilin senedi imzalayıp asıl borçluya vermesi ile inikat edecektir (156) Ancak tatbikatta sık rastlandığı üzere, alacaklının asıl borçluya bir matbu kefalet formleri vermesi ve bunu kefile imzalattırmasını talep etmesi, asıl borçluya bir vekâlet verdiği mânasını taşımaz. Kefalet akdi ancak, kefil alacaklı tarafından kabul edildiği takdirde vucut bulur (157).

(154) BGE 33 II 402.

(155) Aynı mahiyette BGE 45 II 172 «Alacaklının başlangıçta kefalet senedinde zikredilmesinin luzumu yoktur. Müstakbel borca kefaletin kabul edilmesinin neticesi olarak, sadece kefilin irade beyanının bildirilmesi değil, fakat beyanın bildirileceği kimsenin seçilmesi de mümessile bırakılabilir».

(156) Oser/Schönenberger Art 492 N. 82.

(157) Becker Art 492 N. 2, Reichel SJZ 17 s. 180.

Federal mahkeme muhtelif kararlarında, temsil bakımından kefaletin diğer akitlerin tâbi olacağı hükümlere uyacağını belirtmişken (158), daha sonraki bir kararında; kefilin temsil edilmesini fevkalade tahdit etmiş bulunmaktadır.

Dava konusu olan hadisede kefalet senedi, kefilin kendisi tarafından değil, kardeşi tarafından ve onun (kefilin) adı kullanılmak suretiyle imza edilmiştir. Yüksek mahkeme kefalet senedinin mutlaka kefil tarafından imzalanması icabettiği, mümessilin bu sıfatını belirtmek suretiyle dahi senedi imzalamıyacağı görüşündedir (159). «Vekilin, temsil ettiği kimsenin imzasını muteber surette kullanıp kullanımayacağı meselesini burada incelemeye dahi lüzum yoktur. Zira kefalet bakımından bu hareket tarzı tamamen reddedilecektir.

Kefalet senedinin kefil tarafından bizzat imzalanması lâzımdır. Bu zaruret kefilin himâye gayesine dayanmaktadır. Himâye gayesi diğerlerinin yanında yazılı şekli de öngörmektedir. Yazılı şeklin herşeyden önce akdin inikadını, muamelenin muhtevasını ve ispat edilmesini tespit için konulduğu şeklindeki davacının iddiası doğru değildir.

Yazılı şekil ön planda mükellefiyetin şumulünü kefilin gözleri önüne sermek ve onu acele taahhütlerden korumak gayesini güder. Ancak eğer mümessilin kefaleti imzalamasına müsaade edilirse, bu himâye gayesinin tahakkuku imkânsız olurdu. Meğer ki kefaletin revizyonunda ön görüldüğü gibi, verilen vekâletnamede de tıpkı kefalette aranan şekil şartlarına riayet edilmiş olsun.»

Doktrinde tenkit edilen (160) bu karara göre; kefilin mümessil vasıtasıyla iradesini izhar etmesi-hususi şekilde yapılacak bir vekâletname müstesna - imkânsız hale getirilmektedir.

Yeni İBK 493/VI. göre bir mümessil vasıtasıyla kefil olunabilmesi için, vekâletnamenin kefaletin tabii olduğu şekle

(158) BGE 33 II 402 ; BGE 45 II 172, BGE 46 II 97.

(159) BGE 65 II 236.

(160) Oser/Schönenberger Art 492 N. 81.

uygun olarak yapılması icabetmektedir. Böylece Federal mahkemenin görüşü kanun hükmü haline gelmiştir.

Türk hukuku bakımından, kefil olma selahiyetinin bir vekile tevdi için hususi bir vekâletnameye ihtiyaç gösteren kanuni bir hüküm mevcut değildir. BK 388/II de sayılan ve hususi bir selahiyeti icabettiren haller arasındaki kefil olma zikredilmemektedir.

Federal Mahkemenin, vekaletnamenin de mutlaka kefalet akdinin tabi olduğu şekilde yapılması, aksi takdirde kefilin mesul olmayacağı şeklindeki kararı kanaatımızca aşırıdır. Kanuni bir mani bulunmadığına göre, vekâlet hakkındaki umumi hükümler dahilinde kefilin iradesinin şekle tabi olmaksızın mümessil vasıtasıyla bildirilmesi mümkün olabilir (161).

Bir kimseye umumi vekâletname verilmesi halinde de, vekâletnamede kefil olunabileceği ayrıca zikredilmemiş olsa dahi, vekilin kefil olma selâhiyeti mevcuttur. Yeni İBK, kefil adına taahhüt altına girme için hususî bir şekle tâbi vekâletname aradığı halde (İBK 493/VI), Federal Mahkeme umumî bir vekaletnamenin mevcudiyeti halinde kanunun aradığı şekle dahi lûzum olmadığı neticesine varmıştır.

Yüksek mahkemeye intikal eden hadisede ticaret sicilinde her türlü ipotek işlerini, banka muamelelerini yapmaya selâhiyetli olarak gözüken (A) firması, (B) ye matbu bir umumi vekâletname ile temsil selahiyeti vermiş ve böylece (B) yi, firmanın yapabileceği her türlü muameleleri yapmaya selahiyetli kılmıştır. (B) de Firma adına bir kimseye kefil olmuştur. (A) firması, sonradan (B) nin kefil olma hususunda bir vekâleti olmadığını iddia etmiştir.

Federal Mahkeme dâvayı şu gerekçe ile reddetmiştir (162). «İBK 493/VI gerek metin, gerekse tarihi gelişimi dolayısıyla, umumî vekâletnameye şamil değildir. Doktrinde de umumî vekâletnamenin İBK 493/VI deki şekil şartına tâbi olma-

(161) Givanoli. s. Kommentar zum reviedierten Bürgschaftsrecht
Bern 1942 s. 225 N. 25.

(162) BGE 81 II 458.

duğu ittifakla kabul edilmektedir. Bu görüş tarzı kefilin durumunu islah gayesi güden kefalet hukuku revizyonuna da uygundur. İBK 493 tadilatı ile, kanunda bir tahdide tâbi tutulmaksızın cereyan eden vekalet müessesesine müdahale etmek, umumi vekâletnameye ilaveten ayrıca hususi bir selahiyet verilmesini talep etmek düşünülmemiştir».

IV — Şekil Şartları :

1 — Umumiyetle :

Kefalet akdinin muayyen hususları ihtiva etmesi ve mutlaka yazılı şekilde yapılması icabeder. Kefaletle şekil şartı, ispatı kolaylaştırmak için veya alacaklı düşünülerek değil, fakat sırf kefilin himaye gayesiyle kabul edilmiştir.

Ekseriya bir menfaat elde etmeden taahhüt altına giren kefilin, düşünmeden hareket etmesi önlenmek istenmektedir. Kefilin, borçlunun nasıl olsa tediye edeceği, kendisinin sırf bir formalite icabı imza ettiği şeklindeki kanaati da bilhassa mükellef olacağı miktarın sarih olarak kefalet senedinde belirtilmesini zaruri kılmaktadır.

Yeni İsviçre Borçlar kanununda şekil şartları ağırlaştırılmak suretiyle kefillin daha ziyade himayesi sağlanmış bulunmaktadır (163).

2 — Kefalet akdinde şeklin muteberiyet şartı olması :

BK 483. maddesi, aranılan şekil şartının bir ispat şartı olmayıp, sıhhat şartı olduğuna sarih olarak işaret etmektedir. «Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeye ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktarın iraesine mütevakıftır». Esasen kefaletin şekle tabi tutulması sebebi de, bir muteberiyet şartı karşısında bulunduğumuzu göstermektedir (164). Buna mukabil diğer bazı hukuk sistemlerinde - meselâ Fransız ve İtalyan hukukunda - kefaletin şekle tabi olması bir ispat şartı olarak kabul edilmektedir.

(163) Oser/Schönenberger Art 493.

(164) Becker Art 493 N. 7, Oser/Schönenberger Art 493 N. 45.

Kanun tarafından öngörülen bir şeklin sıhhat veya ispat şartı olmasının teorik farklılığı, birinci halde şekle riayetsizlik halinde muteber bir akdin vucut bulmamasına mukabil, ikinci halde şekle riayetsizliğin akdin muteberiyetine tesir etmemesidir. Kanunun aradığı şekle riayet edilmemesine rağmen borcun yerine getirilmesi halinde, birinci halde borç olmıyan bir şeyin edası, ikinci halde muteber bir borcun ifa suretiyle sona erdirilmesi bahis konusu olacaktır.

Kefalette şekil bir sıhhat şartı olduğundan, bu şarta riayet edilmemesi halinde akit mutlak şekilde hükümsüzdür (165). Hakim muteber bir şekilde vucut bulup bulmadığını tespit için, resen şekil şartına riayet edilip edilmediğini araştıracaktır. Taraflardan birinin şekil noksanını ileri sürmesine ne lazım yoktur.

Bir akdin şekil noksanı neticesi hükümsüz olması halinde artık alacaklının, kefaletin kanunun aradığı şekilde yeniden yapılması hususunda bir talep hakkı yoktur (166). Şekil noksanına rağmen kefalet akdinin yerine getirilmesi istenebilir. Ortada nakıs bir borç dahi mevcut değildir.

Kefaletin şekle bağlı olarak muteber bulunması yüzünden, kefalet senedinde noksan bulunan hususlara, kefilin sonradan sarıh veya zımnı olarak icazet vermesi dahi akde sıhhat kazandırmaya kâfi değildir. İcazetin de yine kefalette aranan şekil şartlarına uygun olması, yani yeni bir kefalet senedi tanzimi icabeder (167). Federal mahkeme (168) «sonradan zımnı olarak mükellefiyetin kabul edildiği iddiası isabetli değildir. Zira kefalet şekle bağlıdır» demek suretiyle aynı görüşü benimsemiştir (169).

Çeşitli hükümleri ihtiva eden bir kefalet akdinde, bunlardan bazılarının eksik veya hükümsüz olması halinde, BK 20/II ye göre bütün kefalet değil, fakat şartlara uymayan

(165) BGE 42 II 152, BGE 37 II 184, BGE 40 II 611.

(166) Oser/Schönenberger Art 493 N. 48, Beck Art 493 N. 17, BGE 50 II 253.

(167) Beck Art 493 N. 20.

(168) BGE 40 II 611.

(169) Yüksek mahkeme daha sonraki bir kararında da (BGE 50 II

eksik kısmı hükümsüz saymak icabeder. Meğer ki bu kısım olmaksızın kefaletin inikad ettirilmeyeceği neticesine varılsın. (170). Meselâ taahhüt edilmek istenen meblâğın bir kısmı bildirilmişse veya müteselsil kefil olunmak istendiği halde bundan bahsedilmemişse kefalet taahhüdü yine muteberdir.

Yargıtay Ticaret Dairesi son kararlarından birisinde (171) bir banka teminat mektubu ile ilgili olarak aynı görüşü belirtmektedir. «Borçlar kanununun 20. maddesinde tasrih edildiği gibi... akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yazılı şart lağvedilmiş sayılır.... Kanununun amir hükmüne rağmen idare komitesinin ve meclisinin kararı alınmaksızın verilen teminat mektuplarının ancak şubelerin azamî selâhiyetini teşkil eden 25.000 liralık kısmı muteber sayılarak, fazlasının batıl olduğunun kabulü zaruridir.»

Kefalette şeklin bir ispat şartı olmayıp sıhhat şartı olmasının bir neticesi de, kanunun aradığı şekilde tanzim edilmiş olan bir kefalet senedinin kaybolması veya imha edilmesine rağmen, kefaletin muteber olarak devam edeceği hususudur (172).

İsviçre Hukukundan farklı olarak bizde, HMUK 288. maddesine göre elli lirayı aşan mükellefiyetlerin mutlaka senetle ispat edilmesi mecburiyeti, borçlar hukuku akit serbestisi hükümlerini geniş mikyasta ölü prensipler haline getirmişdir. Kefaletin de sadece muteberiyeti bakımından değil, fakat ispat edilebilmesi için de yazılı şekilde yapılması içabetmektedir.

292) davalının kefalet mükellefiyetini sonradan zımnı olarak kabul ettiği şeklindeki iddiayı reddetmek suretiyle aynı görüşü ileri sürmüştür.

Yargıtay da bir kararında, kefaletin şekle bağlılığı dolayısıyla kefilin zımnı irade beyanı ile, kefaletin konusunun değiştirilemeyeceğini kabul etmektedir (4 HD. 7/1/1958 3175/100).

(170) Beck Art 493 N. 16, Oser/Schönenberger Art 493 N. 46 BGE 60 II 98, BGE 43 II 515.

(171) HGK. 21/3/1962 E/20 K/12 (Ankara Barosu Dergisi 1962 s. 448).

(172) Oser/Schönenberger Art 493 N. 47.

Hukuk usulü bakımından, şeklin bir ispat değil, sıhhat vasıtası olması şu farklı neticeleri doğurur. Kanuni şekle riayet edilmemesi halinde :

— Kefilin mahkeme huzurunda kefalet borcunu ikrar etmesi, bir kefalet mükellefiyetine vucut vermez. Yargıtayın da belirttiği gibi (173). «Borç senedinin usulen kefil tarafından imza edilmemesine nazaran, mücerret ikrar ile kefil kanunen ilzam olunamaz».

— Bir kimseye, kefil olup olmadığı hususunda yemin teklif edilemez. Aksi mütalaada bulunan bir mahkeme kararını Yargıtay şu gerekçe ile bozmuştur (174). «Kefil olduğu iddia edilen (A) nın teklif olunan yemini eda için mahkemeye gelmediğinden kefil olduğunun kabulü yolsuzdur».

Buna mukabil, muteber şekilde yazılmış olan bir kefalet-senedinin kaybolması veya tahrip edilmesi halinde kefilin ikrarı veya kefile yemin tevcihi hüküm ifade edecektir.

Kefaletle şeklin muteberiyet şartı olması yanında, Yargıtay bu şekle riyeti amme intizamı ile de alakalı saymaktadır (175). Yüksek mahkemenin «eski bir kefalet nizamnamesinde kefaletin sözlü olacağına muteberliği kabul edilmiş olsa bile Borçlar kanununun, kefaletin muteberiyetini yazılı şekle tabi tutan amme intizamı hükmünün eski kefaletlere dahi şumulü olacağına göre» şeklindeki bu kararına iştirakimiz mümkün değildir. Kefaletin şekle tabi tutulması, amme intizamı ile alakalı olmayıp münhasıran kefilin himaye gayesini güder. Kefalet taahhüt olunduğu zaman aranan şartlara uygun olarak yapılmışsa, bu günde muteber olacaktır.

3 — Kefalet senedi ne şekilde tanzim edilmelidir :

a) Metin :

Kanun kefaletin muteber olması için bazı şartlara riayeti mecburi kılmışsa da, kefalet akdi hiçbir zaman meselâ po-

(173) 4 HD. 10/11/1933 2403/1515 (Tepeci s. 774).

(174) TD. 16/10/1950 E/4154 K/4216 (Türk İçt. Küll C 3 N. 590).

(175) 4 HD. 20/4/1957 2318 (Öztürk. Borçlar Kanunu ve Borç hükümü taşıyan hususi kanunlar. Ankara 1952 s. 360).

lice gibi muayyen kelimeleri ihtiva etmesi icabeden, evvelden tespit edilmiş bir metne ihtiyaç gösteren sıkı bir şekilciliğe tabi değildir (176).

Kefalet senedinde mutlaka «kefalet» kelimesinin bulunmasına lüzum yoktur (177). Kullanılacak lisan bakımından da bir tahdid kanunda yer almamıştır - meselâ kefil olunan memleket lisanı gibi - (178). Fer'i olarak borç altına girme iradesinin - kullanılan kelimeler ne olursa olsun - tespiti kâfidir. Kefil olma iradesinin tespitinde de kefalet senedi ile bağlı kalınmayıp, diğer hususlar da gözönünde tutulur.

Kefalet senedi kefilin el yazısı olabileceği gibi, alacaklı tarafından - veya üçüncü bir şahıs tarafından - da hazırlanabilir, daktilo ile yazılmış olabilir, matbu formüler şeklinde tanzimi mümkündür. Mahkeme veya icra zaptı (179) ile de tespit edilebilir (180). Kanunun aradığı hususları havi olmak üzere mektupla veya telgrafla bildirilebilir. Kefalet senedinde taahhüt yerinin veya kefalet tarihinin bulunmaması, akdin muteberiyetine tesir etmez (181). Ancak bilhassa muayyen müddetli kefaletlerde, kefalet tarihinin ehemmiyeti aşikârdır.

Kefalet taahhüdünün tek bir senet üzerinde yer alması lâzımdır. Şekil bakımından Türk Hukuku kadar sıkı olmıyan alman hukukunda dahi aynı hal tarzı kabul edilmektedir. Mektuplaşma sonunda, meselâ birinci mektupta kefil olma iradesinin izharı, ikinci mektupta mükellef olunacak en yüksek meblâğın gösterilmesi halinde, her iki mektubun bir araya

(176) Oser/Schönenberger Art 493 N. 20.

(177) HGK 1/7/1953 E 3/258-88 K 87 (Türk içt. Küll. C, 8 N. 1557 «Noter senedindeki liraya kadar tazminatı ödemeyi müteselsil borçlu sıfatı ile taahhüt ve tekeffül ederim» ibaresi kefaleti tazammun eder.

(178) Beck Art 493 N. 26.

(179) İİD. 7/7/1953 E 3326 K 3560 Olgaç s. 91) «Kefil icra zaptına borcu aynen kabul ettiğini ve taksitle tediyeyi taahhüt eylediğini beyan eylemiş olmasına göre İİK. 38 maddesinde yazılı kefalet mahiyetinde bu beyan ve kabul borcun tamamına şamildir».

(180) Rein s. 31.

(181) Rein s. 32, BGE 45 II 49.

getirilerek kefalet taahhüdü iddiasında bulunulması caiz değildir (182).

Kefalet mükellefiyetinin tek bir senette yer alması, tek bir kefilin bulunması haline münhasırdır. Birlikte kefiller, iradelerini hepsinin birlikte imzalayacakları tek bir senette izhar edebilecekleri gibi, ayrı ayrı senetler de tanzim edebilirler (183).

Kefaletin sonradan tadil edilmesi halinde, yine aynı şekilde riayet edilmesi icabederse de, tadilatın mutlaka aynı senette vuku bulması zaruri değildir.

Aynı kefalet senesinde, aynı alacaklının aynı veya değişik borçlulara karşı olan alacaklarını temin etmek mümkündür. Buna karşılık birden ziyade alacaklının aynı borçluya karşı olan alacakları için ayrı kefalet taahhütlerine ihtiyaç vardır.

İhtilâf konusu olan bir hâdisede, aynı kefalet senesinde, mikdarı belli bir kredi ile bira tesliminden sonra ortaya çıkacak gayri muayyen bir alacak tekeffül edilmektedir. Federal mahkemeye göre (185) «Karz için kefalette aranılan şekil şartı tahakkuk etmekte, bira borcu için ise eksik bulunmaktadır. Acaba bu kefaleti biribirinden ayrılmaz bir bütün olarak mı mütalaa etmek lazımdır, Yani bira borcu için tekeffül miktarı belli olmadığından taahhüdün tamamı mı hükümsüz sayılacaktır, yoksa karz borcu için kefalet muteber midir? Aslında burada biri karzı, diğeri bira borcunu tekeffül eden iki kefalet akdi vardır. Karz için verilen kefalet muteberdir».

Kefalet taahhüdü ayrı bir senette tanzim edilmeyip asıl borç senedinin imzalanması suretiyle de olabilir. Ancak o takdirde asıl borç miktarının senette yazılı olması icabeder (186) kefilin asıl borçlunun yanında «kefil», «müteselsil kefil» olarak

(182) Oser/Schönenberger Art 493 N. 40.

(183) Oser/Schönenberger Art 493 N. 40.

(184) Scholz Helmut. Das Recht der Kreditsicherung. Berlin 1957 s. 187, Rein s. 54. BGE 32 II 83.

(185) BGE 43 II 515.

(186) Anderegg s. 8, BGE 49 II 376,

imzalaması muteber olacağı gibi, kefil olunduğundan bahsedilmeden sadece asıl borç senedinin imzalanması da kifayet edebilir. Ancak burada kaideten müşterek borçluluk hali kabul edileceğinden, asıl borçlu olarak değil, fer'i olarak borç altına girilmek istendiği şüpheye mahal bırakmıyacak şekilde taahhüt senedinden anlaşılmalıdır (187).

Kefilin sadece boş bir kâğıda imzasını atması ve kefalet senedini asıl borçlunun doldurmasına müsaade etmesi halinde, kefalet taahhüdü muteber sayılacak mıdır? Umumi olarak boş bir kâğıda imza atılması ve mükellefiyet hükümlerinin bir diğeri tarafından doldurulması hali, aksine kanuni bir hüküm bulunmadığı ve pratik ihtiyaçlara da tetabuk ettiği için kabul edilmektedir (188). Ancak burada şekil şartı kefilin himaye gayesiyle kanunda yer aldığına göre, kefilin senedi sadece imzalaması ile bu himaye gayesi tahakkuk edecek midir? Kefilin bu nev'i bir taahhüdünü muteber saymak icabeder. Zira kefil, böyle bir durumda mevcut rizikonun ne derece ağır olacağını bileceğinden normal zamandakinden çok daha dikkatli ve titiz davranacak, kefaletteki şekil şartının da gayesi tahakkuk etmiş olacaktır. Ancak sonradan doldurulan metnin kefilin iradesine uygun olması icabeder. Aksi takdirde kefalet taahhüdü hükümsüzdür (189).

b) İmza :

Kefalet senedinin, beyanının tamamına şamil olacak şekilde kefil tarafından imzalanması lâzımdır. İmza ek bir kâğıda atılamaz. İmzadan irade beyanının ve her şeyden önce de, imza sahibini tespit eden bir işareti anlamak icabeder. Eğer imza sonunda imzalayanın hüviyeti kâfi derecede anlaşılabiliriyorsa, imza kanunen aranan fonksiyonunu yerine getirmiş demektir (190).

BK 13 e uygun olarak, kefalet senedinde borç yüklenen sıfatı ile sadece kefilin imzasının bulunması kâfidir. Alacaklı

(187) Rein s. 31, Anderegg s. 8, BGE 31 II 93, BGE 38 II 615.

(188) Anderegg s. 38.

(189) Oser/Schönenberger Art 492 N. 28, Rein 32.

(190) Anderegg s. 35, Rein s. 31, Oser/Schönenberger Art 493 N. 32.

bir kefalet akdi için ister bir icapta bulunsun, ister kefilin beyanını kabul etsin, bunun belirtilmesine, alacaklının senedi imzalamasına ihtiyaç yoktur. Esasen çok def'a alacaklının kabulü zımnı olarak verilir, senedin alacaklı tarafından tesellümü ile akit inikat eder.

İmzanın kefilin el yazısı ile olması lâzımdır (BK 14). Örf ve adetçe kabul edilen hallerde mekanik imza vaz'ı da düşünülebilirse de, kefalet bakımından bu nev'i bir örf ve adetin tesisi, mahiyeti icabı pek istisnai hallerde kabili tasavvurdur.

Kefalet senedinin kefilin mümessili tarafından da imza edilmesi mümkündür. O takdirde mümessil, kefilin imzasını değil, kendi imzasını atacak ve mümessil olduğunu belirtecek bir ibareyi de imzaya ilave edecektir. Mamafih federal mahkeme, kefilin himaye gayesini ortadan kaldıracığı gerekçesi ile, kefalet senedinin hiçbir şekilde mümessil tarafından imzalanamayacağı neticesine varmıştır (191) Yeni İBK 493/VI de de, mümessil vasıtasıyla kefil olunabilmesi için, vekâletnamenin, kefaletin tabi olduğu şekle uygun olarak kapılması mecburiyeti konmuştur.

4 — Kefalet senedi muhteva bakımından hangi hususları ihtiva etmelidir :

a) Ferdileştirilmiş bir yabancı borcun senette zikredilmesi :

Kefalet senedinden yabancı bir borç tekeffülünün bilhassa fer'i mahiyette bir tekeffülün anlaşılması icabeder. Senette ekseriya «kefil olma» «tekeffül etme» «garanti» «birlikte müşterek borçlu ve müteselsil kefil» gibi tabirler yer alabilir. Tekeffülün asli veya fer'i olduğunu, senette kullanılan tabirlerden ziyade, tekeffül edenin iradesi tâyin edecektir (192).

Muteber bir kefalet borcunun doğması için, kefilin daha önce de işaret ettiğimiz gibi (193) ferdileştirilmiş bir asıl bor-

(191) BGE 65 II 236.

(192) Becker Art 493 N. 2, Oser/Schönenberger Art 493 N. 23.

(193) BKz. §. 2. c. III Ferdileştirilmiş borç.

cu tekeffül etmesi lâzımdır. Muayyen bir borcun bulunup bulunmadığı hususunda geniş bir tefsir tarzı tercih edilecektir. Tek bir borç için kefil olunabileceği gibi, belli bir hukuki münasebetten neşet eden bütün mükellefiyetler için de kefil olmak mümkündür (194).

Kaideten kefalet senedinde asıl borcun nev'i, mükellefiyet sebebi ve şumuluyla birlikte, asıl borçlunun ve alacaklının isimleri zikredilir. Bu şekilde de kefil olunmuş olan asıl borç kâfi derecede ferdileştirilmiş olur. Ancak kefaletin muteberiyeti için bütün bu hususların birlikte bulunması da zaruri değildir. Bunlardan birinin eksik olması halinde dahi, tekeffül olunan asıl borcun kefalet senedindeki diğer beyanlarla -asıl borcun tarihi, ifa mahalli v.s.- şüpheye mahal bırakmayacak şekilde teşhisi kafidir (195). Bu yüzdendir ki İsviçre kefalet hukuku revizyon çalışmaları sırasında, kefalet senedinde mutlaka alacaklının ve asıl borçlunun ismen zikredilmesi şeklindeki bir teklif kanuna alınmamıştır (196).

Alacaklının ismen kefalet senedinde gösterilmesi zaruri değildir (197). Kefilin henüz belli olmıyan müstakbel bir alacak için dahi önceden bir kefalet senedi tanzim edip bunu borçluya vermesi mümkündür (198). Şüphesiz kefalet akdi de tarafların iradelerinin birleşmesiyle, yani alacaklının kabulü ile ortaya çıkar. Ancak burada alacaklının kabulü çok def'a zımnıdır, senedi kabul etmek suretiyle iradesini izhar etmiş olur. Kefil için alacaklının şahsından ziyade, asıl borçlunun tediye kabiliyeti ehemmiyetli olduğundan, alacaklının isminin kefalet senedinde yer almaması kefilin himayesini zedeler mahiyette değildir.

Federal mahkeme bir kararında (199) kefalet senedinde alacaklının isminin zikrine luzum olmadığını beyan ederken, diğer bir kararında (200) bir borcun ferdileştirilmiş sayıla-

(194) Becker Art 493 N. 2.

(195) Oser/Schönenberger Art 493 N. 24, Rein s. 33.

(196) Stauffer s. 512.

(197) Rein s. 33, Beck Art 493 N. 8.

(198) BGE 38 II 132, BGE 46 II 97.

(199) BGE 45 II 172.

(200) BGE 46 II 96.

bilmesi için alacaklının herhangi bir şekilde belirtilmesini
luzumlu bulmaktadır. Yüksek mahkemenin görüşüne göre
«Muteber bir kefalet mükellefiyeti için kanunda aranan hu-
suslar arasında alacaklıdan bahsedilmediği doğrudur, İBK
493 e göre, kefilin yazılı beyanı ve mükellefiyetin miktarı be-
lirtilmekle kefalet şartları tahakkuk eder. Ancak bundan ke-
falet senedinde, alacaklının herhangi bir şekilde belirtilmesi-
nin veya adının bulunmasının da luzumlu olmadığı neticesine
varılmamalıdır.

Kefalet mükellefiyetinin asıl borca bağlı olduğu belirtil-
melidir. Kefaletin fer'i karakteri, kefil olunan asıl borcun
kâfi derecede ferdileştirilmiş olmasını icabettirir. Ancak asıl
borcun ferdileştirilmesi için de kaideten alacaklının ismi zik-
redilmeli veya hiç olmazsa kabili tâyin olacak şekilde ifade
edilmelidir. Bunun istisnası kredi verecek bir kimsenin he-
nüz aranması halindedir ki o takdirde şahsen belli olmıyan bir
alacaklı lehine kefil olmak tatbikatta kabul edilmektedir».

Bir kefalet mükellefiyeti için şüphesiz muayyen bir ala-
caklının ortaya çıkması, hatta bu muayyen alacaklının kefa-
let icabını kabul etmesi lazımdır. Ancak muteber bir kefalet
icabında bulunulması için belli bir alacaklının mevcudiyetine
ihtiyaç yoktur. Alacaklı belli olmadan dahi, kefil muayyen,
ferdileştirilmiş bir borç için icapta bulunabilmektedir. Kefa-
let senedinin imzalanması ise bir icapta bulunma olduğuna gö-
re, Federal mahkemenin alacaklının zikredilmesinde ısrar et-
mesi kanaatımızca isabetli değildir.

Alacaklının isminin kefalet senedinde yer almasına ihti-
yaç bulunmamasına karşılık, akitte taraf olmadığı halde asıl
borçlunun ismen zikredilmesi zaruridir. Aksi takdirde mute-
ber bir kefalet taahhüdünden bahsedilemez. Kefalette şekil
şartının kefilî himaye gayesiyle konulmuş olması bu zarureti
izah etmektedir. Asıl borçlunun tediye kabiliyeti, kefilin yük-
lendiği riziko bakımından fevkalade ehemmiyetlidir, kefalet
senedinde mükellefiyetin miktarının gösterilmesi kifayet et-
mez. Kefilin tediye mecbur kalmaması, tediye ettiği takdir-
de ise rucu bakımından asıl borçlunun mameleki durumunun
iyi olması icabeder. Aciz halinde olan bir kimseye kefil olu-
nurken çok düşünüleceği şüphesizdir.

Borçlunun şahsının ehemmiyeti dolayısıyla BK 176. maddeye göre, asıl borçlunun değişmesi halinde, kefilin mesuliyeti ancak borcun nakline razı olduğu takdirde devam edecektir. Federal Mahkeme, kefilin kefalet senedi ile önceden borcun nakli mukavelesinde rıza göstermesini - borçlu muayyen olmadığı takdirde - hükümsüz addetmiştir (201) «Kefil kefalet senedinde alacaklıya, istediği takdirde borcun nakli suretiyle yeni bir borçlu kabul edebileceğini, borçlunun değişmesi halinde kefaletin yeni borçlu için de verilmiş olacağını beyan etmektedir.

Acaba bu hüküm muteber midir? Bir kefilin henüz bilmediği, bilmesine de imkân olmayan bir durumla ilgili olarak muteber bir şekilde taahhüt altına gireceği kabul olunamaz. Asıl borçlunun şahsı kefaletin inikadında, bilhassa yüklenilen rizikonun şumulü bakımından kefilin kararına mühim şekilde tesir edecektir.

Bir kefalet ancak kefilin kendi durumu hakkında, yüklenmediği rizikonun şumulü ve nev'i hakkında sarıh bir fikre sahip olduğu takdirde muteber addedilebilir. Bu yüzden herhangi bir borçlu için önceden icazet hükmü muteber değildir».

Halli gerekli olan diğer bir hususta, kefalet senedinde asıl borç meblâğının gösterilmesine luzum olup olmadığıdır. Kefalet taahhüdünün azami haddinin rakkamla kefalet senedinde yer alması halinde asıl borç miktarının senette gösterilmesi zaruri değildir. Asıl borcun muayyen ve kabili tayin olması kâfidir (202).

b) Kefilin mesul olacağı azami meblağın gösterilmesi :

BK 484 e göre kefalet senedinde kefilin mesul olacağı muayyen bir miktarın gösterilmesi icabeder. Bu maddeye tekabül eden mehaz kanunun almanca metninde «Angabe eines bestimmten Betrages» Fransızca metinde ise «un montant déterminé) tabirleri yer almaktadır. Görülüyor ki maddenin lafzi bir tefsiri, kefil olunacak miktarın gösterilmesini mecbur

(201) BGE 67 II 130.

(202) Rein s. 34, Oser/Schönenberger Art 493 N. 24.

kılmaktadır. Muayyen bir miktarın senette ifadesi ise rakkamla olmalıdır. Asıl borç para borcundan başka bir mükellefiyet olsa dahi, kefalet mükellefiyetin para ile tâyini lâzımdır (203). Birden ziyade kimse birlikte kefil olarak tekeffül ederlerse, mükellefiyetin tamamına tekabül eden meblağ kefalet senedinde gösterilmelidir. Kısım kısım yapılan tediyeelerde de yine tediyeenin tamamı nazarı itibara alınacaktır. Buna mukabil mükellefiyet miktarının - gayri menkul rehninin aksine (MK 766) Türk parasıyla bildirilmesine lüzum yoktur.

İsviçrede BK 484 başlangıçta gayet yumuşak ve geniş bir tefsire tabi tutulmuşken, Federal Mahkeme daha sonraki kararlarında içtihadını biraz daha sertleştirmek luzumunu duymuştur. Ancak kefilin mesul olacağı en yüksek meblâğın kefalet senedinde mutlaka «rakkamla» ifade edilmesi mecburiyeti kabul edilmemiştir. İsviçre kefalet hükümlerinin tadili çalışmalarında, Federal mahkemenin bu tutumu çok tenkide uğramış, BK 484 (İBK 493) maddesi, azami mesuliyet mikdarının kefalet senedinde «rakkamla» gösterilmesi şeklinde değiştirilmiştir.

Federal Mahkemenin en eski kararlarından birinde şoy-le denilmektedir (204) «İBK 493 deki şekil şartına riayetsizlik akdin hükümsüzlüğü neticesini verir. 493. maddenin gayesi kefilin mükellefiyet altına girerken düşünmesi, mükellefiyetinin hududunu hesaplamasıdır. Ancak bunun için mükellefiyet mikdarının kefalet senedinde gösterilmesi zaruri değildir. İcabında asıl borcu ihtiva eden borç senedine atıf kâfidir. Bu tefsir kanunun metnine de aykırı değildir. Mükellefiyet mikdarının önceden rakkamla gösterilmesini istemek çok aşırı bir tutum olurdu».

Böylece Federal Mahkeme, azami m kelefiyetin kefalet senedinde, rakkamla gösterilmesini lüzumlu görmediği gibi, asıl borç senedine yapılacak bir atfı dahi kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre şu şartların tahakkuku halinde kefil himaye gayesi tahakkuk edecektir. «Eğer en yüksek mebl ğ kefalet senedindeki yahut asıl borç senedindeki beyanlara is-

(203) Beck Art 493 N. 26, Becker Art 493 N. 9.

(204) BGE 42 II 152, Rein s. 37.

tinatla kefaletin inikadı anında mantıki bir düşünce veya basit bir hesap ameliyesi neticesinde şüpheye mahal bırakılmıyacak şekilde tespit edilebilirse, maddedeki kefilî düşünmeye sevk etme gayesi tahakkuk etmiş demektir. Ancak, beyanların sadece objektif olarak kefalet mükellefiyetinin şumulünü belirtmesi kâfi olmayıp, aynı zamanda kefilî mükellefiyetinin şumulünü ve azami haddini hesap edebilecek bir duruma getirmesi de icabeder »(205).

Daha sonra Federal mahkeme içtihadını değiştirmiş ve evvelki kararlarını şu şekilde tenkit etmiştir (206). «1912 revizyonunda kabul edilen İBK 493 maddenin metnine göre, kefalet akdi ya belli bir meblağı veya kefilin azami mesul olacağı mikdarı gösteren bir rakkamı ihtiva etmelidir. Fakat bu lâfzî tefsir pratik ihtiyaçlar bakımından çok sert kabul edilmiştir. Bu derece formalist bir talebin, kefilin düşünmeden taahhüde girmesini önlemek isteyen maddenin gayesini aşacağı görülmüştür. Kefilin mükellefiyetinin genişlik ve şumulünü hesaplayabilmesi lâzım ve kâfidir. Böylece jurisprudans İBK da aranılan şartı yumuşatmıştır. Ancak bu içtihat tenkitleri celbetttiğinden, Federal mahkeme meseleyi yeniden incelemiştir. Federal mahkeme kabul etmiştir ki, bazı kararlar BK 493 deki şekil şartını lüzumundan fazla zayıflatmışlar ve hukuki bakımdan emniyeti ortadan kaldırmışlardır.»

Değişen içtihadı göre (207) «Garantinin şumulünün kefil tarafından tâyin edilebilmesi kâfi değildir. Azami meblağın doğrudan doğruya ve sarahaten kefile bildirilmesi icabeder. Kaideten kefalet senedi kefilin tekeffülünün azami miktarını rakkamla ihtiva etmelidir. Eğer bu rakkam senette mevcut değilse, hiç olmazsa kefilin mükellefiyetini meydana getiren unsurlar rakkamla ifade edilmiş olmalıdır. Kefalet senedinden asıl borç senedine yapılacak bir atıf, ancak her iki senet arasında birbirlerini tamamlayacak şekilde tabii bir bağlantının bulunması halinde mümkün olabilir. Bilhassa kefalet taahhü-

(205) BGE 50 II 289. Diğer kararlar BGE 42 II 153, 43 II 514, 49 II 378, 56 II 379, 57 II 526, 61 II 101.

(206) BGE 65 II 33.

dü ile asıl borçlunun mükellefiyetinin aynı vesika üzerinde bulunması ve kefilin bu iki metni birlikte tetkik etmesi neticesinde muhtemel mükellekiyetinin şumulünü şüpheye mahal vermeyecek şekilde tespiti icabeder» (207).

İsviçre kefalet hukukunun 1942 tadilatından itibaren kefalet senetlerinde kefilin mesul olacağı en yüksek meblağın mutlaka rakkamla gösterilmesi zaruri hale gelmiştir.

Bizde de, BK 494. madde oldukça yumuşak bir şekilde tefsir edilmiştir. Tekeffül olunan miktarın mutlaka kefalet senedinde gösterilmesine ihtiyaç yoktur. Kefilin mesuliyetini tâyin edebilecek durumda olması kâfidir.

İlgili bir içtihadı birleştirme kararında (208) «Kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olmadığı hususunun hakim tarafından resen nazarı itibara alınması lâzım geleceğine» işaret edilmektedir. Demek ki kefalet senedinden kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın anlaşılması halinde kefalet muteber addedilecektir.

Yargıtay diğer bir kararında da (209) «Hadisede kefilin mesul olacağı miktarın emsal talepler için vuku bulan sarfiyata göre tâyini kabil bulunmasına göre» şeklinde verdiği bir kararla, BK 484 maddeyi çok daha yumuşak bir şekilde tefsir etmiş, böylece kanunun öngördüğü kefilî himaye gayesini zayıflatmış bulunmaktadır.

Kanaatımızca İsviçre kanun vazınının BK 484 de yaptığı tadilata ihtiyaç olmaksızın, içtihat yoluyla maddenin lafzı tefsiri sonucunda, kefilin mesul olacağı azami haddin kefalet senedinde rakkamla gösterilmesi kabul edilebilir. Bu şekilde kefilin himayesi mümkün olabilecektir. Bir takım hesaplar sonucunda veya borç senedine yapılacak atıflar sayesinde kefilin düşünerek hareket edeceğini ileri sürmek realiteye ay-

(207) BGE 65 I 34.

(208) 12/4/1944 N. 13 (Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat kararları 1930-1958 İstanbul 1958 Bilgin-İzmen s. 108).

(209) 3 HD. 12/4/1950 14305/8505 (Türk /ç. Küll. C. 4. N. 2202). Aynı mahiyette diğer bir karar 4 HD. 20/II/1939 3013/2237 Öztürk s. 832).

kırıdır. Çok def'a kefil mesuliyeti hakkında hiçbir fikre sahip olmaksızın, atıf yapılan asıl borç senedini dahi görmeksizin taahhüt altına girmektedir.

Nitekim Yargıtay Genel Kurulu daha yeni bir kararında (210) «Davalılardan (A) nın muayyen bir miktara kefalet etmediği, sadece asıl borçludan talep olunacak tazminatın tamamını ödemeyi taahhüt eylediğini» belirterek muayyen meblağ şartının yerine getirilmediğini, bu yüzden de kefaletin muteber olmadığını kabul etmiştir.

Yargıtaya intikal eden aşağıdaki hadisede de Yüksek mahkeme haklı olarak, kefilin mesuliyetinin şumulünün taahhüt anında tespit edilemeyeceği gerekçesiyle muteber bir kefaleti reddetmiştir (211). «Kira kontratı mucibince aylığı 300 lira olmak ve müddetin hitamında tahliye edilmediği takdirde hergün için 20 lira tazminat ödenmek suretiyle akdedilmiş olan mukaveleyi davahlar yekdiğerlerine müteselsil kefil olarak imza etmişlerdir.

Davaya esas olan kefilin taahhüdü akidde sadece (işbu mukavele hükümlerine müteselsil ve müşterek borçlu sıfatıyla kefilim) sözleriyle bildirilmiştir. Mukavelenin diğer hükümlerinden, kiracının çıkmaması halinde ödenecek maktu tazminatın en yüksek haddinin neden ibaret olacağını kefaleti imzaladığı tarihte kefilin anlamış olduğunu kabule imkân yoktur. Bu bakımdan kefalet akdi, kira akdindeki maktu tazminat hakkında en yüksek mesuliyet haddi belli olmaması hasebiyle... batıldır.»

Kefalet senetlerinde kaideten kefilin mesul olacağı azami haddin gösterilmesi zaruridir. Acaba senette sadece asgari mükellefiyetin yer alması halinde böyle bir taahhüt şeklen muteber sayılacak mıdır ?

(210) HUH. 4/1/1953 E 3-150 K 14 (Türk İçt. Küll. C. 9 N. 355) Aynı mahiyette 4 HD 22/9/1950 4517/4524 (Türk İçt. Küll. C. 8. 1554) «Kefalet edilen miktarın muayyen olmaması itibariyle BK 484 mucibince kefilin sorumluluğu icabetmemiş olduğundan...».

(211) TD. 26/10/1954 E 140/K 8118 (Türk İçt. Küll. C. 10 N. 345).

Federal Mahkeme, senette asgari mükellefiyet miktarının gösterilmesi halinde muteber bir kefalet mükellefiyetini kabul etmemiştir.

Dâva konusu olan hâdisede bir Film Şirketi filmlerini oynatmak için bir sinema kiralamıştır. Şirket filmlerin oynanmasından elde edilecek kârın muayyen bir yüzdesini, kira bedeli karşılığı olarak taahhüt etmiş, ayrıca sinema sahibine askari bir meblağ için de garanti vermiştir. (A), kefil olarak akdin icrasını sinema sahibine tekeffül etmiştir.

Federal Mahkemenin görüşüne göre (212) «Bu kefalet muteber değildir. Zira tekeffülün azami haddi gösterilmemiştir. Kefil (Şahsen akdin icrasını ve bundan doğacak tediyeleri tekeffül ediyorum) demekte ise de, adı geçen tediyeler kazancın yüzdesi olarak hesaplanacağından, kefilin mükellefiyetinin hududunu bilmesine imkân yoktur... Davacı, azami miktarın gösterilmemesine karşılık asgari garantinin tespit edilmiş olduğunu ve talep edilen miktarın da bu asgari haddi geçmediğini iddia etmiştir.

Ancak kanun vazı asgari miktar ile ilgilenmemiştir. Burada kefilin mükellefiyetinin ehemmiyetini nazarı itibara alması arzu edilmektedir. Tekeffül eden için esaslı olan nokta, hangi miktardan sonra takip edilemeyeceğini bilmesidir. Kanun hükmü sarih ve vazıhtır. Riayet edilmemesi taahhüdün hükümsüzlüğü neticesini doğurur».

Federal Mahkemenin bu görüşünü paylaşmamaktayız. Yüksek mahkeme müteaddid kararlarında, BK 484. maddeyi lüzumundan fazla geniş tefsir ederken, yukarıdaki hadisede çok sert bir şekilde aynı maddenin hükmüne riayet edilmediği kanaatını izhar etmiştir. Halbuki kira akdinde asgari bir miktar için garanti verilmiş bulunmaktadır. Kazancın muayyen yüzdesinin tekeffülü halinde, kefilin mesuliyetinin şumülünü tâyin edemeyeceği doğru ise de, hiç olmazsa garanti edilen kısım için taahhüdün muteber olması icabeder. Zira kanun vazının kefilini himaye gayesi, onu düşünmeye sevk etme arzusu burada tahakkuk etmektedir. Kefil, hiçbir kazanç el-

(212) BGE 66 II 29.

de edilmese dahi, asıl borçlunun bu asgari miktarı tediye ile mükellef olacağını bilmekte, bu miktar için kendi mükellefiyetini tâyin edebilmektedir. Federal Mahkemenin ileri sürdüğü gibi kanun vazının sadece azami miktarı nazarı itibara aldığı kabul edilse bile, kira akdinde kararlaştırılmış garanti miktarını kefilin mesul olacağı azami miktar olarak kabul etmek mükündür. Taahhüdün bir kısmının hükümsüz olması ise, bütün kefaleti hükümsüz hale getirmeyecektir (BK 20/II).

Kefilin mesul olacağı en yüksek miktarın, kefalet senedinde gösterilmesi her zaman zannedildiği kadar kefilin himaye edecek mahiyette değildir. Meselâ bir kefil, 20.000 liralık bir borcun 5.000 lirası için kefil olsa ve bu mesuliyet miktarı kefalet senedinde gösterilse, kefilin 20.000 liralık borç sona erinceye kadar mesuliyeti devam edecektir. Halbuki kefil ekseriya meselâ asıl borcun ilk 5.000 lirası ödendiği takdirde, mesuliyetinin sona ereceğini zannetmektedir veya kefil adı geçen borç için 10.000 liralık bir rehinin bulunması halinde kendi mesuliyetinin doğmayacağı kanaatindedir (213). Kefilin mesuliyetini tahdid etmesi için, kefalet senedinde ilk sona erecek 5.000 liralık asıl borç için taahhüt ettiğini sarîh olarak belirtmesi icabeder. Aksi takdirde kefil olunmuş olan borç nihayete erinceye kadar kefil mesul olmakta devam eder.

Yeni İBK 493/VI de, yazılı bir anlaşma ile kefalet mesuliyetinin asıl borcun ilk sona erecek muayyen bir kısmı ile tahdid edilebileceği hükme bağlanmaktadır.

BK 484. madde de, kefilin mesul olacağı miktarın kefalet senedinde gösterilmesinden maksat, kefilin mesuliyetinin şumulünü tâyin edebilmesidir. Buna mukabil BK 490 da kefilin, borcun aslı ile beraber borçlunun kusuru veya temerrüdünün kanuni neticelerinden de, mesul olacağı kabul edilmiştir.

BK 490. madde tatbik edilirken, kefalet senedinde gösterilen miktar asıl borca inhisar ettirilmekte, bunun dışında kefilin temerrüt faizleri, mahkeme masrafları v. s. den de

(213) Anderegg s. 14.

mesuliyeti cihetine gidilmekte, böylece kefilin zannettiğinden çok daha ağır mesuliyet altına girdiği görülmektedir. Kefili himaye bakımından bu hal tarzı hatalı gözükmüş ve yeni İBK 499 da kefilin hiçbir şekilde kefalet senedinde yer alan miktardan daha fazla mesul olamayacağı kabul edilmiştir.

5 — Kefalette şekil noksanının hüküm ve neticeleri :

a) Kefilin şekil noksanını ileri sürmesinin kaideten bir hakkın sui istimali veya haksız fiil teşkil etmemesi :

Kefaletin şekle tabi olduğunu bilmeyerek bir taahhüt altına giren kimse, sonradan şekil noksanını öğrenirse akitle bağlı olmadığını ileri sürebilir ve bu hareketi kaideten bir hakkın sui istimali (MK 2) teşkil etmez (214). Kefilin muteber olmıyan bir kefalete istinaden tediye etmemesi, rucu hakkı bakımından da isabetlidir. Zira şekil noksanına rağmen tediye halinde, alacaklının haklarına halef olamayacak ve asıl borçluya rucu edemeyecektir.

Kefilin kasden -şekil noksanı dolayısıyla eda mecburiyeti olmadığını bile bile - taahhüt altına girmesi ve bunun neticesinde alacaklının meselâ asıl borçluya kredi açması halinde, BK 41/II anlamında kefilin «ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin bilerek zarara uğramasına sebebiyet veren kimse» olarak alacaklının zararını tazmin etmesi icabedecektir (215).

Federal Mahkeme benzeri bir hadisede, kefilin BK 41 e göre bir zarar verme kasdı ispat edilemediğinden davayı reddetmiştir (216) «Bir kimsenin sadece bir hukuki muameleye girişmesi ve sonradan bu hukukî muamelenin şekil noksanı dolayısıyla hükümsüz olması vakıası, tek başına bir haksız fiil mesuliyetine vucut veremez. Aksi takdirde mükellefleri himaye gayesi ile konan her türlü sıkı şekil şartları tamamen hayali olurdu».

(214) Becker Art 493 N. 7, Anderegg s. 59, BGE 54 II 331, BGE 65 III 237. BGE 67 II 131.

(215) Anderegg s. 60, BGE 50 II 292, 65 II 237, 67 II 131.

(216) BGE 50 II 292.

b) Şekil noksanını bilmeden tediyeye eden kefilin, tediyesinin iadesini sebepsiz iktisap hükümlerine göre talep hakkı :

Acaba kefil tediye bulunduktan sonra da şekil noksanına istinat edebilecek midir ? BGB 766 da sarıh olarak, tediye ile kefaletin sıhhat kazanacağı kabul edilmektedir. Ancak borçlar kanununda buna benzer bir hüküm yoktur. Kefilin edası halinde, kefaletin sıhhat kazanacağının kabul edilmesi için hiçbir objektif sebepte mevcut değildir (217).

Muteber olmıyan bir kefalet senedine istinaden kefilin bilmeden tediyesi halinde, kefil sebepsiz iktisap davası yoluyla verdiğini geri isteyebilecektir (218). İsviçre kefalet hukununun revizyon çalışmaları sırasında, kefilin sebepsiz iktisap dâvasıyla edasını geri alabileceği şeklindeki bir hükmün kanuna alınması teklif edilmiş, fakat bu teklif, umumî olarak muteber bir prensibin tekrarının lüzumsuz olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. BK 62 ye göre kefil, borçlu bulunmadığı bir meblağı hataen kendisini borçlu zannederek tediye ettiğinden, tediyesinin iadesini talep edebilecektir. Kefilin hukuki hataya düşmesi, kefalet senedinin hukuken muteber olduğunu zannetmesi halinde de, yine sebepsiz iktisap hümlerine müracaat mümkündür (219). Kefilin kendisini borçlu zannetmesi hususunun makbul bir mazerete istinat etmesi dahi lâzım değildir (220). Kefil, icra marifetiyle tediye mecbur bırakılmışsa, ihtiyari ile bir tediye vuku bulmadığından yine iade davası açılabilir.

Federal mahkeme bir kararında (221), şekil noksanı dolayısıyla muteber olmıyan bir kefalet senedine istinaden tediye bulunan kefilin sebepsiz iktisap iddiasında bulunabileceğini kabul ve bu davanın kime karşı açılması lâzım geleceği hususunu münakaşa etmektedir.

(217) Becker Art 493 N. 7.

(218) Frey. Die Voraussetzungen der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Bürgenschutzes. Zürich 1953. s. 46 Anderegg s. 60, Rein s. 61, Beck Art 493 N. 21.

(219) BGE 40 II 253, BGE 41 II 485, BGE 64 II 127.

(220) Sem. Jud. 1939. 5/31.

(221) BGE 70 II 271.

«Acaba sebepsiz iktisap iddiası, borçlu bulunmayan kefalet edasını kabul eden alacaklıya karşı mı, yoksa asıl borçluya karşı mı ileri sürülecektir ?

Buna cevap verebilmek için, kefaletin kefil ile asıl borçlu arasında değil, fakat kefil ile alacaklı arasında inikad ettiği noktasından hareket etmek lâzımdır.... Kefilin, kefalet senedine istinaden yaptığı tediye, asıl borçluya karşı bir akdi mükellefiyetinin yerine getirilmesi şeklinde vuku bulmamaktadır. Kefaletin muteber olmaması halinde de (kefil tediye etmiştir, zira asıl borçluya karşı böyle bir mükellefiyeti vardır, sebepsiz iktisap davası da ona karşı açılacaktır) denemiyeciktir....

Tediye eden kefil, asıl borçlunun borcunu değil, fakat kendi borcunu - alacaklı ile kendi arasındaki kefalet akdine istinaden, asıl borçlunun tediye etmemesi yüzünden ortaya çıkan tazminat mükellefiyetini - yerine getirmektedir. Bunun neticesi olarak ta tediye ile alacaklıya karşı olan kendi müstakil borcu sona ermektedir. Buna mukabil asıl borç nihayete ermemekte, bilakis kefalet muteber ise, rucu talebi şeklinde kefile intikal etmektedir. Buna mukabil eğer kefalet muteber değilse, kefil alacaklıya hakkı olmıyan bir tediye bulduğundan, alacaklı sebepsiz iktisap davasına muhatap olacaktır... Bu düşünüş tarzı - ki roma ve müşterek hukuk anlayışı da böyleydi - kefalet münasebetinin hukuki mahiyetine olduğu kadar, adalet ve pratik mantık kaidelerine de en uygun olanıdır. Zira ekseriya kefil, asıl borçlu tediye aciz olduğundan teminat vermek zorunda kalmaktadır. Kefili asıl borçluya müracaata mecbur etmek gayri adil, sert bir davranış olacaktır».

Şekil noksanı dolayısıyla, kefaletin muteber olmadığını bilmesine rağmen kefilin tediye bulunması, muhtemelen bir hibe teşkil edecek, fakat herhalde hiçbir şekilde sebepsiz iktisap hükümlerine istinatla yapılan tediyein iadesi talep edilemeyecektir.