

PAPER DETAILS

TITLE: KEFALET HUKUKUMUZUN KIFAYETSİZLİĞİ VE YENİ İSVİÇRE KEFALET HUKUKU

AUTHORS: Hüseyin Avni GÖKTÜRK

PAGES: 0-0

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/638230>

I

KEFALET HUKUKUMUZUN KİFAYETSİZLİĞİ VE YENİ İSVİÇRE KEFALET HUKUKU

Yazan: Prof. Dr. Hüseyin Avni Göktürk

I — Kefalet müessesesi iktisadi hayatın en ehemmiyetli iş ve muamele faaliyetlerinden mühim bir katagorisini idare eyleyen bir müessesedir, bu itibarla hususi hukuk nizamı içerisinde mümtaz bir mevki iştiğâl eder. Bundan dolayıdır ki, eski ve yeni bütün hukuk nizamları kefaleti tanzim zorunda kalmışlardır. Böylece bizim Medenî Kanunumuzun sistemi içerisinde de kefalet tanzim edilmiş ve borçlar kanunumuzun en çok tatbik olunan ve modern mübadele sisteminde pek çok gelişme istidatları göstererek ihtiyaçları idareye çağrılan bir müessese hâlini almıştır.

Bilindiği gibi kefalet hukukumuz dahi Borçlar Kanunumuzla beraber 1926 tarihinde yurdumuzda yapılan küllî ve umumî hukuk iktibas (réception) (1) hâdisesi sırasında İsviçre'den alınmıştır. Gerçekten Borçlar Kanunumuzun 483 - 504 üncü maddelerini teşkil eyleyen ve yirmi maddeden ibaret bulunan kefalet hükümleri 1881 - 1901 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun 492 - 512 inci maddelerinden aynen alınmıştır. Yine hukukçularca malûm olduğu üzere İsviçre Medenî kanununun isdârı sırasında 1881 tarihli eski Borçlar kanununun umumî hükümler ve akitler kısmı yeniden gözden geçirilmek suretile hususî bir itinaya da mazhar olmuş ve bu arada bittabi, kefalet kısmıda az çok islâh olunarak küll hâlinde medenî kanunla birlikte 1912 yılında yürürlüğe konmuştu. Şu halde 1911 tarihli İsviçre Borçlar kanununun içerisinde tadil olunmadan kalan kısmı âdi şirketlerden sonra gelen ve bizde ticaret hukuku çerçevesi içerisinde tedvin ve taknine tâbi bulunan kısım idi ki bunu da İsviçreliiler 18 Aralık 1936 tarihinde derince tadile tâbi tutmuşlardır (2).

Fakat İsviçre Borçlar kanununun kefalet hükümleri dünya iş ve mübadele ihtiyaçlarının sınaî ve iktisadî hayat zaruretlerinin sür'atle gelişmesi ve hele Birinci Cihan Harbinin doğurduğu buhranların icapları

(1) Bak. Göktürk (Dr. Hüseyin Avni); Türk Medenî Hukuku S. 22, 50, 117, 187, 542.

(2) Bu hususta fazla bilgi için bak: Göktürk, yukarıki eser § 6, IB.

karşısında çarçabuk kifayetsiz hale gelmiş ve kredi hayatının baş döndürücü inkışafını idare edecek durumdan çıkmıştır. Böylece daha çok erkenden İsviçreli kafalet hukukunu iktisadî ihtiyaçları idare edecek hâle getirmek mecburiyetini hissetmişler ve binnetice 10 Aralık 1941 tarihinde isdar edilerek 1 Temmuz 1942 tarihinde yürürlüğe giren büyük Federal Kefalet kanununu tedvin etmişlerdir. Bununla beraber bu kanun, mer'iyet hükümleri hariç yine eski yani 1911 tarihli Borçlar kanunundaki gibi 20 maddeden ibarettir. Fakat sayıca müsavi olan bu maddeler muhtevaca yedi, sekiz misli büyümüştür.

Hukukçularca malûmdur ki, İsviçre Medenî hukukunun ve binaenaleyh Borçlar kanununun halkçı ve millî karakteristikleri olarak belirtilen hususiyetlerinin birisi de bu kanundaki münferid maddelerin pek muhtasar, müfid, vazih, kısa ve her sınıf halk tarafından anlaşılabilir surette kaleme alınmış olmasıdır; ve böylece İsviçre Medenî kanunu ile Borçlar kanununun maddeleri umumiyet itibarile kısa, kısa en fazla ikişer fıkradan ibarettir; daha fazla fıkralı maddeler nadir istisnalardır.

Fakat yeni kefalet kanununda uzun uzun ve hattâ yedi fıkralı maddeler vardır. Bundan başka 1911 tarihli Borçlar kanunundaki madde sayısı gerçi muhafaza edilmiştir amma, yeni 20 madde eskilerinin yerlerini ve terkiibini külliye değiştirmiştir.

II — Bu vesile ile memleketimizin taknin bahsinde de mevcut bir zafına işaret etmeden geçemeyeceğim: Bizim bugün hukuk devleti olarak garp medeniyetine mensub bulunduğumuzda artık kimsenin şüphesi olmamak gerektir. Bunun tabii neticesi olarak da her sahada ve bilhassa hususî hukuk alanında garp kanunlarını bazen aynen ve bazen az çok değişikliklerle iktibas eylemiş bulunuyoruz. Fakat bu suretle aynen veya tadilen aldığımız kanunlar umumiyetle bidayeten veya sonradan ihtiyaçlarımızı tamamen karşılayamaz hâle gelmektedirler ki, bundan daha tabii bir şeyde olamaz. Böyle kanunların esyanın ve memleketin ihtiyaç ve zaruretlerine, akla, ilme ve kanun yapma san'atının tecrübe ve icaplarına uygun bir surette islâhı gayet tabiidir. Fakat biz, nedense iktibas eylediğimiz veya bir kerre tedvin eylediğimiz şeylere daha sonraları dokunmaktan adeta dehşet ve hasiyet duymaktayız. Yahut dokunursak da öyle uzun zaman sonra veya öyle hâdiselerin çıkmasından ve ihtiyacın taayyününden sonra dokunuyoruz ki, o vakit de mevcut nizamı alt üst etmek icap ediyor. Meselâ eski İslâm hukuku nizamı içerisinde bulunduğumuz asırlar zarfında tedricen bu hukukî ihtiyaçlarımızı intibak ettirme tekâmülünü hazırlayamadık. Halbuki garpta Fransa

gibi bazı memleketler bir buçuk asra yak'n bir zaman önce yapılan kanunlarını, eşya ve iş münasebetlerine sezdirmeden onlara intibak ettirebilmişlerdir. İngiltere'de ise yüz'lerce yıllardanberi yaşayan teahülî bir hukuk ile en yakın bir tatbiki hukuk sistemi yaratılmış ve ihtiyaçlar en iyi bir şekilde karşılanmış. Bizde ise kanunlar bir kere yapıldımı artık incimad hâline gelinceye, yani ihtiyaçları idare etmek şöyle dursun onları tazyik ederek parça parça yırtıncaya kadar "dokunulmaz" bir hâle gelmektedir. İsviçre hususî hukukunu iktibas ettik, şimdiye kadar bütün eserlerimde ve yazılarımda müdafaa ettiğim gibi, bu iktibası yapmakla isabetsizde hareket etmiş olmadığımız kanaatındayım. Fakat asıl isabetsiz hareketler işte bu iktibaslardan sonra başlıyor. Çünkü bu iktibasdan sonra İsviçre'de muazzam taknin hareketleri oldu. Bu cümleden olarak yukarıda işaret ettiğim gibi 1936 tarihinde İsviçre Borçlar kanununun ticaret kısmı yeni baştan tanzim ve taknin olundu. Buna seyirci kaldık. Çünkü bizdeki ticaret kanunu imparatorluk devrinde ve mecellen'in hâkim bulunduğu zamanlarda hazırlanmış ve mecelleden medenî muameleleri dahi kurtarmak haklı heves ve iştihakile hareket etmiş bir projeden çıktı. Bilâhara İsviçre Medenî kanunu ile Borçlar kanunu bize alındıktan ve hele İsviçre Ticaret kanunu yeniden, yapıldıktan sonra eski ticaret kanunumuz aynen bırakılabilir mi idi? Halbuki çeyrek asırdan beri keyfiyet hâlâ eskisi gibi ortada yatmaktadır. Bu sahada vakit vakit beliren tadil arzularının neticeleri bir türlü alnamamaktadır. İsviçre hukukî hayatında bizi daha yakından ilgilendiren ikinci büyük taknin hareketi medenî kanunla Borçlar kanununu ilgilendiren büyük kanunların isdarıdır. Bunlar arasında evvelâ kefalet kanununa işaret ediyorum. Bu yazıyı işte yeni kefalet kanununun mâna ve ehemmiyetini ve bizim kefalet hukukumuzun yetersizliğini belirtmek üzere kaleme almış bulunuyorum. Gayri menkule bilhassa zirai gayri menkullere müteallik yeni bir çok mevzuata da burada sadece işaretle iktifa edeceğim.

10 Aralık 1941 tarihli bu federal kanunda memleketimizde lâayk olduğu alâkayı bulmamıştır. Acaba neden? Bizim kefalet hükümlerimizin aynı olan İsviçre kefalet hükümleri islâha muhtaç oluyorda bizimkiler olmuyor mu? Elbette islâha muhtaçtırlar fakat biz bu husustaki hareket-sizliğimizde maalesef bir nevi fikri yavaşlık ve alâkasızlıkla izah ediyoruz. Kefalet hukukumuzun menşei olan İsviçre kefalet sisteminin gösterdiği fevkalâde önemli gelişme hukukçularımızca vakı'a tesbit ve müşahade olunmuştu. Fakat bunun üzerinde lâayk olduğu ehemmiyetle durulmamıştır. Bununla beraber kefalet hukukumuzun kifayetsizliği ve bu hususda Temyiz Mahkememizin tatbikatta gösterdiği tamamlayıcı gayretleri

belirtenler olmamış değildir (3). Fakat kefalet hukukumuzu ikmâl ve geliştirme yönünden ne ilmi ve ne de teşriî bir hareket henüz müşahade edilmemektedir. Aynı endişe, tenkid ve mülâhazaları diğer bir çok iktibas kanunlarımız, ezcümle ceza, ceza muhakemeleri usulü ve hukuk muhakemeleri usulü kanunlarımız hakkında ileriye sürmek kabildir.

III — Umumî olarak kefalet hukukunun gelişmesi:

Modern hukukun anlayışına göre kefaleti tavsif etmek istersek, bizim borçlar kanunundan çıkarılacak bir tarifi esas olarak kabul edebiliriz ki şudur: Bir borçlunun akdeylediği borcun ifasını alacaklıya karşı bir kimsenin temin etmesini tazammun eyleyen bir taahhüt ve sözleşmedir. Bu mânadaki kefalet akdi insanlık tarihinde iş münasebetlerinin idaresinde, en eski devrelerden beri yaşıyagelmıştır. Çünkü bir başkasının borcunu alacaklı karşısında temin eylemek ihtiyacı insanlık kadar eski olduğuna göre kefalet akdinin de en eski sözleşmelerden biri olması tabiidir. Hattâ bundan dolayı olacakki bütün eski hukuklarda kefaletin sayısız nevilerine tesadüf olunur.

Gerek Roma ve gerekse Cermen hukuklarında kefil bidayette, rehin nevilerinden birine göre yani şahsî mes'uliyet esasına göre mes'ul sayılırdı. İşte bundan dolayı Roma ve Cermen hukuklarının ilk zamanlarında kefil vermekle rehin vermek arasında fark görülmezdi. Bunun neticesi olarak da, bu hukuklarda kefil, borçlunun yanında yani onunla birlikde değil onun yerine mes'ul kılınırdı. Binaenaleyh cebri icra takibatı borçluya karşı değil, kefile karşı yapılırdı. Fakat zaman içerisinde kefaletin bu telâkkisi değişti ve kefalet akdi öyle geliştiki artık bu bağtta eskiden birleşmiş bulunan şahsî mes'uliyet fikri yerine malî (mameliki) mes'uliyet fikri kaim oldu. Fakat kefalet akdinin modern hukukun telâkkisine yaklaşması için bu kâfi gelmiyordu. Bunun için asıl, kefalet akdinin fer'ilik karakterinin de fikirlerde yerleşmesi icap ediyordu. Çünkü, yukarıda işaret olunduğu üzere, bu eski hukuklar kefil asıl borçlu gibi telâkki ediyorlar ve bunun neticesi olarak da onu asilin yanı başında değil ondan müstakil olarak mes'uliyetle muatеп tutuyorlardı. O halde bu anlayışında değişmesi icap ediyordu ve böylece de oldu. Artık sonraları yalnız kefil değil ancak asilin yanı başında kefil aranıyor ve mes'ul ediliyordu. Zira kefaletin gayesi bir teminat vermektен ibaret ise akdin bu mahiyet ve karakterine en uygun anlayış kefilin fer'i mes'uliyeti fikridir. Gerçekten esasen ortada kefalet kavramının mevcut ola-

(3) Bak: Arık (Prof. Dr. Fikret): kefaletе dair mahkeme içtihatlarına bir bakış: Adliye ceridesi sayı: 7, sahife 496, sıra 38. Değerli meşlekdaşım bu yazısında Türk ve İsviçre temyiz mahkemelerinin tatbikatı ışığы altında kefalet hukukunu sa-lâhiyetle tetkik ediyor ve bu vesile ile yeni İsviçre kefalet kanununa da işaret ediyor.

bilmesi için asıl bir borcun var olması şarttır. Böylece asıl borç ile kefalet borcu birbirile irtibat hâlinde bulunur. Demek oluyor ki kavram bakımından kefalet borcu ile asıl borç arasında birisi asıl diğeri fer'i telâkki edilmesini icap ettiren bir irtibat vardır. Hattâ Roma hukukunun son devrelerinde kefalet müessesesine hâkim olmak üzere ortaya konan kefalet borcunun fer'iliği prensibi kefaletin teminat maksat ve gayesinden çıkarılan ve hakkaniyet prensiplerine uygun düşen çok esaslı bir prensiptir. Kefalet hukukunun geçirdiği inkişaf devrelerinde pek kıymetli bir terekki sayılan bu prensibe göre kefil fer'i olarak mes'uldur, yani kefalet olunan borçdan dolayı evvelâ asıl borçlu takip olunmalıdır. Başka tâbirle asıl borçludan alacak alınmadığı müddet ve nisbette kefil takip olunabilir. Eğer alacaklı asıl borçluyu takip etmeksizin kefile yönelmiş ise kefil onu asıl borçluya yollamakta haklıdır (= beneficiun excussions). Bu izahlara göre kefaletin eski hukuklardaki ilk şekli daha ziyade müteselsil kefalet kavramına uygundur ve müessese gelişdikçe eski ve kefilin münferiden ve müstakilen mes'ul kılınması fikrinden ayrılarak kefilin fer'i mesuliyeti esası dahi kabul edilmiş ve zamanla âdi kefalet tipide doğmuş bulunmaktadır. (4).

İslâm hukukunun kefalet anlayışına gelince: Bu anlayışla Roma ve Cermen hukuklarının ilk devirlerindeki anlayışı birbirine yaklaştırmak pek mümkündür. Gerçekten fıkıha ve fıkıh hukukunun en son kaynaklarından olan Mecelleye göre kefalet bir şeyin metalibesi hakkında zimmeti zimmete zam etmektir (5). Mecellenin muhtelif kefalet nevilerine dair olan hükümlerini bir tarafa bırakarak bizim meşgul olduğumuz kefalet akdini karşılayan yukarıki hüküm üzerinde durmak gerektir.

Kefalet, lûgatta mutlaka zam mânasındır. Hukuk istilâhı olarak mânası ise (bir şeyin metalebesi hakkında zimmeti zimmete zam etmektir) (6), yani bir kimsenin borçluluk durumuna iltihak mânasını ifade eder. Bu tarifdeki iki zimmetten birincisi kefilin zimmetini, ikincisi ise asilin zimmetini ifade eder. Buna göre (bir kimse zatını diğerrinin zatına zam edip ve anın) yani diğerrinin (hakkında lâzım gelen metalibeyi kendi dahi ilzam eylemektir). Bu tarife göre kefalette kefiliden metalebe olunacak şey ile asilden metalebe olunacak şey bir olmak lâzım

(4) Bak: Oser - Schönnenberger; kom. zu Art. 492 - 512. Bu yazıdaki İsviçre hukukuna ve kefaletin umumi gelişmesine dair bilgilerde yukarıki eserden geniş ölçüde faydalanılmıştır.

(5) Bak. Mecelle Mad. 612.

(6) İslâm hukukundaki bu zimmet kavramı burada kişinin hukukî şahsiyeti ve hukukî ehliyeti ve hukukî varlığı demektir.

gelir. Böylece mecellenin kefalet telâkkisi Roma ve Cermen hukuklarının ilk zamanlarındaki kefalet telâkkisinin aynıdır ve bu telâkki asırlar boyunca büyük istihale ve gelişmeler geçirerek nihayet bugünkü garp medenî kanunlarındaki haline erişmiştir (7). Halbuki mecellenin kefalet sistemi olduğu yerde saymış ve yeni zamanların iktisadî ihtiyaçlarını tatmin edebilmekten uzak kalmıştır. Bilhassa sadece kefilî ağır bir yük altına sokan müteselsil kefalet kavramını esas almak suretile kredi hayatının inkışafına engel teşkil eylemişlerdir. Görülüyor ki kefalette fer'ilik prensibi dediğimiz ve ancak uzun asırlar boyunca vaki gelişme neticesinde erişilen prensip iş ve hayat münasebetlerimiz için pek kıymetli bir prensiptir.

Hâlen mer'î olan Ticaret kanunumuz kefaleti akit olarak ticarî bakımından ayrıca tanzime ihtiyaç görmeksizin sadece Borçlar kanununa nisbetle ticaretin hususiyetlerine has bazı münferit hükümler ilâvesile iktifa etmiştir. Gerçekten Ticaret kanununun (taahhüdatı ticariye) yi düzenleyen dördüncü babının birinci faslında 642 inci maddeye göre: "Eğer ticarî taahhüt kefalet nevinden bir taahhüt ise yani (iki veya müteaddit kimse, içlerinden yalnız biri veya cümlesi hakkında ticarî mahiyeti haiz bir muamele zımında diğer bir şahsa karşı müstereken taahhüt altına girdikleri surette, mukavelenamede hilâfı tasrih edilmiş olmadıkça müteselsilen mes'ul ad olunurlar. Ticarî borçlara maan (birlikde) kefalet eden kimseler hakkında dahi avnî hüküm tatbik olunur)" Görülüyorki ticaret kanunumuz dahi tıpkı islâm hukuku gibi kefaletin münhasıran müteselsil olan nevine bağlı bulunmaktadır, yani kefalet telâkkisinde bu hukuk dalımızda müterekki bir zihniyete sahip savılamaz. İsvicredeki ticarî muamele ve iş münasebetlerinin zaruretleri alel'ade kefalete tutunularak tatmin olunabildiği halde bizde bunun aksini iddi'a etmekde pek müdafaa edilmese gerektir (8).

Garp hukukunda kefaletin neveleri yeni zamanlarda pek ziyade arttı çoğaldı. Ve tatbikatta müessese fevkal'ade inkisaf ve itibar kazandı. Bu hususta küçük bir fikir vermek için, evvelâ 1944 yılında İsvicre bankalarının kefalete bağlanmış metalebe hukuklarının üç milyar İsvicre fran-

(7) Bu hususta daha etraflı bilgi için Haydar Efendinin ve Atıf Beyin şerhlerindeki 612 inci maddenin izahlarına bakınız, Atıf Beyin şerhindeki şu misall almadan geçemiyeceğiz: "Bir kimsenin diğeri zimmetinde olan bir kuruş alacağına başka birisi kefil oldukça ol deynin mutalebesi hakkında kendi nefsinin medyunun nefsinin zam ve anın hakkında lazım gelen metalebeyi kendi dahi taahhüt etmiş olur. Bu halde dâyin hangisinden isterse alacağını isteyebilir."

(8) Kar. Hırş (Ord. Prof. Dr. E.): Ticaret hukuku 3. basım Sah. 577 ve bak. ayrıca Hırş. Notlu ticaret kanunu Mad. 642 ve notları.

ğına balığ olduğunu söylemek kâfidirki bu miktar Türk parası ile iki milyara yakın lirayı temsil eder; bunlardan başka hususi kişilerin kendi muamelelerinde ve kendi aralarında baş vurdukları kefalet akidlerinin sayısı daha mahdut olarak görülmektedirki bunlarda para itibariyle yukarıdaki meblâğdan az olmasa gerektir. İsviçrede bu gün artık kefalet müessesesinin oynadığı rol okadar mühimsenmektedirki kefaletin bugünkü kredi sisteminde temel teşkil eyleyici bir mâna taşıdığı ve artık bu sistemin hukuk nizamından hiç bir suretle sökülüp atılamıyacağı ve binnetice kefaletin, bugünkü iktisadî mekanizma için hayatî ehemmiyeti haiz bulunduğu resmen (9) ve vak'alarla teyid olunmuştur.

Her içtimai ve hukukî müessesenin topluluk için sağladığı faydaların yanında hiç şüphesiz bazı mahzurları da yok değildir. Böylece insanlık kadar eski olan kefalet müessesesinin bittabi yine o kadar eski olan tehlikeleri ve suiistimalleri ile mücadele mecburiyeti hâsıl olmuştur. Gerçekten kefalet müessesesi kredi hayatımız ve iktisadî sistemimiz için mühim olduğu kadar tehlikelerde arzeden bir müessesedir. Bu neden böyledir? Bunun böyle oluşu insan oğlu için pek psikolojik telâkki edilmesi icap eden bir düşünce sisteminden doğar. Hakikaten filiyatta insanlar daima şöyle bir anlayışın kurbanıdır. Malûmdur ki eşya insan-dan ne kadar uzak bulunursa o nisbette göze küçük görünür. Bu ispata muhtaç olmayan fiziko - pisişik bir hâdisedir. Bu psikolojik müşahede insan üzerinde kefalet bakımından da hükmünü yürütür. Şöyleki, çok uzak zamanlarda ve ancak muhtemelen yapılması gereken tediyelere ta-allûk eyleyen kefalet borçları, tıpkı uzakta duran eşya gibi, insanın gö-züne öyle pek tehlikeli görünmez. Şu halde kefalette insanın daima kur-ban gidebileceği böyle bir tehlikeyi aslâ ihmâl etmemek lâzımdır ki, bu tehlike hususu hukukun hiç bir mukavelesinde bu şiddet ve nisbette mev-cut değildir. Hele insan psikolojisi üzerinde az çok tesir icra eyleyen aşağıda anacağımız hususlar da hesaba katılırsa bütün bunlar kişileri bazen pek düşünmeden ve hafif meşrebce kefaletlere sevk etmekte mü-him rol oynarlar ki böyle kefaletlerin neticesi umumiyle, kefiller için bir felâket olarak meydana çıkmakta gecikmez. Evvelâ kişiler kefil olur-ken şöyle bir düşünceye sahiptirler, ben sadece fer'i olarak ve asıl borç-lunun yanı başında borçluyum, binaenaleyh asıl borçlu nasıl olsa borcu-nu ifa edecektir. Şayet etmezse ben ödeyeceğim. İkinci olarak, kefil bir kimseye kefalet ederken şüphesiz ki bir itimad psikolojisi içerisinde-dir. Yani asıl borçlunun tediye kabiliyetine ve tediye hususundaki iyi istek ve niyetine güvenmese kefil olur mu? Demekki kefil olurken bu vakıayı

(9) Bak: 20. Ocak. 1939 tarihli İsviçre Federal hükûmetinin tezkeresi.

da nazara alır. Üçüncüsü; kefil kefaleti sayesinde kredi arayana gerekli veya onca matlup krediyi temin etmekten dolayı insanî bir haz ve yardım psikolojisi içerisinde bulunur. Nihayet dördüncüsü, ekseriyetle kredi, temini için baş vuranların ricalarına, minnetlerine, ısrarlarına ve gösterdikleri teminat lâflarına mukavemet edememekten dolayı kefalet yükü altına girerler. Hele kefiller kredi ve iş aleminde umumi bir sevgi ve saygı kazanmış kimseler olursa yukarıki hususların bunlar için arzettiği tehlikeler daha büyük olur. Zira böylelerini kefaletle bağlanmalarını temin yukarıki mülâhazalardan dolayı daha kolaylıkla elde edilebilir ve işte bunlardan dolayı insanlık tarihinin her devrinde kefalet müessesesinden doğan mahzurları ve tehlikeleri önlemek ve hafifmeşrebce kefaletleri engellemek maksatlarıyla daima kanunlar yapılmış ve hukuk tatbikatı dahi bu mücadeleye katılmıştır. Fakat bu işde çok güç olan bir cihet vardır ki o da: kefaletin tehlike ve suiistimallerini önlerken iyi niyetli kredi isteklilerini krediden mahrum etmemek ve iş ve mübadele münasebetlerinin ihtiyaçlarını tazyik etmemek hususudur. Böylece bu müesseseye konulacak tahditler bir taraftan iş hayatının ihtiyaçlarını sarsmamalı diğer yandan da kefaletin esaslı kredi vasıtası olarak oynayacağı rolü felce uğratmamalıdır.

Kefalet müessesesinden çıkacak tehlike ve mahzurları önleme gayretleri ve hattâ hususî hukukta hâkim olan sözleşme serbestisinin alacaklılarca pek mübalâğalı bir surette tatbik ve istismarını men edici tedbirler eski hukukların hepsinde görüldüğü gibi, bilhassa İsviçre'nin Kanton ve orta çağ hukuklarında görülür. Hele 1881 tarihli İsviçre Borçlar kanununda 1907 tarihli İsviçre Medenî kanununda ve 1911 tarihli İsviçre Borçlar kanununda bu kabil hükümler mevcuttur ki bizim Medenî kanunumuzla Borçlar kanunumuza aynı hükümler intikal etmiş bulunmaktadır. Fakat asıl yeni İsviçre kefalet hukukunda müessesenin arzettiği tehlike ve suiistimalleri önlemeye mâtuf hükümler daha tesirli, belirli ve esaslı bir surette tesbit olunmuştur (10). Gerçekten İsviçre kefalet hukukunun tadilinde kefilleri daha fazla himaye temayülleri yeni kanuna daha geniş surette girebilmiştir.

IV. — Borçlar kanunumuza kaynak olan İsviçre Borçlar kanunlarının kefalet hükümleri :

A. — İsviçre'de ilk defa olarak ancak 1881 tarihli Borçlar kanununda (Mad: 489 - 511) kefalet müessesesi derli toplu bir surette tanzim olunmuştu. Gerçekten bu kanun kefaletin rükünlerine, nevilerine, hükümlerine ve hitam bulmasına, rücu haklarına ve rücuun temini için alacaklının

(10) Kar. 1. E. K. nun bu yazıya ek olarak verilen yeni kefalet hükümleri.

kefil karşısındaki mükellefiyetlerine dair olmak üzere hükümler koymuştu. Bu kanun (Mad - 491) kefalet akdinin yazılı şekle tâbi bulunduğunu da teyid ve tesbit etmiş bulunuyordu.

Kefalet akdinin taraflarının serbest iradesile kurulması ve kefalet hakkındaki kanunî hükümlere aykırı anlaşmaların hudutları ve imkânları hakkındaki hususu tahditlerin şumulü henüz tesbit edilmemiştir.

B—. Halbuki 1911 tarihli borçlar hukuku kefalet alanında bir çok yenilikler getirmiştir ki, bunların daha ziyade hafifmeşrebce kefaletleri önlemek ve kefillerin durumunu iyileştirmek maksadına mâtuftur. Çünkü iyi bir hukuk, iktisad nizamında kefillerin durumuna ne kadar emniyet kazandırabilirse kefalet kredisi de o nisbette artar; yani kefalet emniyetle mebsuten mütenasiptir, riyazî ifadesini kurabiliriz. 1911 tarihli Borçlar kanunu kefalet hakkındaki hükümleri, muhteva ve sistem bakımından tamamen 1881 tarihli Borçlar kanununun bu husustaki babından iktibas eylemişti.

1881 tarihli Borçlar kanununa nisbetle yeni kanunla getirilen şuurlu yenilikler arasında bilhassa kefaletin muteber olması için kefilin mes'ul olacağı meblâğ mikdarının azamisinin gösterilmesi (TBK. Mad. 484; İBK. Mad. 493) kefilin borcunu eda etmesi hâlinde alacaklıya halef olacağı yolundaki prensibin anlaşma ile bertaraf edilmesinin yasak oluşu, yani kefilin bu haklarından feragatının caiz olmayacağı (TBK. Mad. 496; İBK. Mad. 505) hususlarını anmak gerekir.

V — Yeni İsviçre kefalet hukukunun doğuşu (11) :

Sosyal ve hukukî müesseselerin zaafı, bilindiği üzere, daha ziyade buhran zamanlarında şiddetle kendini gösterir. Gerçekten İsviçre'de birinci cihan harbinin devamı esnasında 1914 - 18 ve bunu takip eden

(11) Bu bahse dair en esash ve teferruath liberatür için bak. Oser-Schönenberger Varben zu Art. 492 - 512. III.

Başkaca; kefalet hakkındaki literatüre bilhassa Türkiye literatürünü burada işaret edelim;

Ansay (Sabri Şakir) : Kefalet hukuku hakkında mülâhazalar, Von Tuhr'dan tercüme, Adliye ceridesi 1937. Sah. 148 - 165. Ansay (Sabri Şakir) Kefilin rucun hakkı, Von Tuhr'dan tercüme Adliye ceridesi 1938 Sayı 8. Bartu (Nihat) kefalet mektuplarında zaman aşımı, İstanbul Baro dergisi 1946 Sayfa 129; Gad Franco: müteselsil kefalet hakkında Not, Hukukî Bilgiler mecmuası 1938 Sayı 9, sayfa 5712, Gültekin (Galip) Kefalet, İstanbul Baro mecmuası 1938 Cilt: 12; Öktem (İmran) kefilin vaziyetini ağırlaştırmak İzmir Baro Mecmuası 1938 Cilt: 3, S. 176; Selek (H) Yeni Kefalet hukuku, Pierre Cavin'den tercüme, İzmir Baro Dergisi - 1945 Sayı 31 - 36; Tekin (Senih) müsterek borçlu ve müteselsil kefil, hukuk gazetesi 1937 No. 20; Cavin (Pierre): Le Nouveau droit de Cautionnement jdt 1942. S. 34, 381; Cavin (Pierre) Not sur le cautionnement, JDT. 1945. S. 272; Nausbaumer (L): Subrogation et recours de la caution lors de concours des Suretés personnelles et réelles thèse fribourg 1946.

yıllarda kefalet hakkındaki hükümlerin yetersizliği kendini göstermiş ve def'alarca noksanların ikmâlîne tevessül olunmuştur. Fakat hiç birisi iyi neticeye bağlanmamış veyahut muvakkat tedbirlerden ibaret kalmıştır. İsviçre'de kefalet hukukunun geliştirilmesi bakımından esaslı ve şumullü teşebbüsler daha ziyade 1932 - 1935 yıllarında görülmüştür. Bu teşebbüslerin en temelli ve ciddi muharrikide hafifmeşrebce kefaletleri önlemek ve kefilleri korumak endişelerinden mülhem olan fikirdir. İsviçre'nin hukuki hayatında pek tesirli ve İsviçre hukuk âleminin inkişafında cidden mühim ilmi hizmetler yapmış ve yapmakta bulunmuş olan (İsviçre hukukçular birliği) de bu meseleyi ele almış ve 9 Eylül 1935 tarihli hukukçular günü toplantısında bu hususta tebliğler yaptırmış ve meseleyi enine boyuna tetkik ve münakaşa etmiştir.

Nihayet bu ilmi hazırlıklardan ve hukukçular umumî efkârının kefalet hukukunu yeni başdan esaslıca tadil ve tedvin etmek zaruretlerini kabulundan sonra tadile başlanmıştır. Böylece İsviçre Adalet nezareti Haziran 1937 tarihinde bir ön tasarı hazırlatmıştır. Bu münasebetle bir cihete işaret etmekte fayda vardır. Kefalet hukukunun ikmâlî ve geliştirilmesi taraftarları arasında büyük resmî siciller karkterinde birde (kefalet sicilli) müessesesi kurulmasını isteyenler vardır ki böyle bir sicilın İsviçre Hukuk sistemine sokulması red olunmuştur. Gerçekden ilk proje tasarısında, ticaret sicilinde kayıtlı bulunmayan kişilerin (1000) İsviçre franğından fazla meblâğlar için kefaletlerinde bu muamelelerin aleni resmî bir sicile tescilli isteniyordu, türlü mülâhazalarla bu cihet red olunmuştur. Buna mukabil kefalet bağıtı için 15 yıllık bir azamî müddet kabul ve tesbit olunmuşdu. Bu proje umumî efkâra arzolundu. Hukukçu olan ve olmayanlardan, bilhassa zıraî kooperatif teşekküllerinden sayısız talepler istid'alar, ve tenkidler geldi. Nihayet bütün bunlar telif olunarak hükûmet 11 Mart 1939 tarihli II inci ön tasarısını hazırladı. Bu ön tasarı 24 ve 25 Nisan 1939 tarihinde toplanan mütehassıslar komisyonunda tetkik ve münakaşa olundu. Bu komisyon İsviçrede muhtelif menfaat ve teşekküller çevrelerine mensup 20 kadar bir temsilci-den tereküp ediyordu. Komisyon II numaralı ön tasarını esas itibariyle tasvip etti ve bu proje federal hükûmetin 20 Aralık 1939 tarihli tezeresiyle İsviçre Parlamentosuna sunuldu. Proje parlâmentonun her iki heyetinde uzun uzun müzakere ve münakaşa mevzuu olduktan ve nihayet her iki meclisin görüşleri ile ve kanunî mevzuat ile ahenkleştirilmesinden sonra 9 Aralık 1941 tarihinde millî meclis ve 10 Aralık 1941 tarihinde Kantonlar Meclisinde kabul olunarak kanun hâlini aldı. 11 Aralık 1941 tarihinde, İsviçre ana yasası gereğince, bu yeni kefalet kanunu re-

feranduma arzolundu. Fakat referandum mûhleti olan 11 Mart 1942 tarihine kadar referandum istenilmediği cihetle kanun kesinleşti, ve 1 Temmuz 1942 tarihinde şefalet kanunu yürürlüğe girdi.

VI. — 1941 tarihli yeni İsviçre Kefalet Kanunu :

A — Bu yeni kanuna hakim olan ana fikirler: Türk ve eski İsviçre kefalet Hukukuna nazaran Yeni İsviçre kanunile getirilen yenilikler. Yeni İsviçre kefalet hukukunda hâkim olan yedici ana fikir şudur:

Sağlam, işlek, sıhhatli ve iktisaden arzuya şayan bir kefalet kredisi mekanizmasını zararlandırmaksızın ve hususî hukukumuzun sözleşmelerin kudsilîği (Pacta sunt servanda = akidlere riayet şarttır) prensibini ihlâl eylemeksizin kefalet akdini güçleştirmek ve kefilin durumunu iyileştirmek.

Yeni kefalet kanununun getirdiği yenilikler arasında bilhassa kefalet sözleşmesinin in'ikadının güçleştirilmesi, yani kefaletin yapılmasına dair şekil şartlarının daha fazla genişletilmesi hususu gelmektedir. Gerçekten kefalette, kefilin taahhüdünün yazılı şekilde yapılması ve kefilin taahhüt eylediği borcun miktar olarak azamî haddine kadar adeden tesbit edilmesi hususu açıkça teyid ve tesbit olundu. (Bak: eski ve yeni İBK. Mad. 493; TBK. Mad. 484). Eğer kefil gerçek kişi ise ve kefalet edeceği miktar 2000 İsviçre frangını (12) tecavüz etmiyorsa kefilin kefalet edeceği miktardan azamî haddi adeden gösterilmek zarurî olduğu gibi bu miktarın adı şekilli kefalet senedinde bizzat kefil tarafından yazılarak imza edilmiş olması ve eğer kefil ikibin İsviçre frangına kadar müteselsil kefil ise bu cihetin de el yazısı ile senede işaret olunması muteberlik şartlarındandır. Gerçek kişilerin 2000 İsviçre frangı (= 1200 Türk lirasını) aşan kefalet akitleri resmî şekilde yapılmış olmadıkça muteber değildir.

Her türlü tüzel kişilerin kefaleti, Konfederasyona veya İsviçre federal Devletinin kamu hukukuna tabi müesseselerine veya her hangi bir kantona karşı Kamu hukukundan doğmuş olan (meselâ gümrük, her türlü vergiler ve benzeri vergi ve resimler gibi) borçların kefaleti veya hut nakliyecilik bakımından girişilen kefaletler için her hâlde kefalet senedinde kefalet mesuliyetine esas olan borcun azamî miktarının adeden gösterilmesi şartile, sadece adı yazılı şekil kâfidir. Yeni kefalet hukuku İsviçrede şimdiye kadar açıkda kalmış ve gerek halli doktrinde ve gerekse tatbikatta bir çok ihtilâf ve münakaşaları mucip olmuş olan diğer bir çok meseleleri hükme bağlamıştır. Böylece meselâ yeni kanu-

(12) Bugünkü Kambiyo rayicine göre 1200 Türk lirasıdır.

nun 493 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasına göre kefalet akdettirmek maksadiyle verilen temsil salâhiyeti ile kefaletin sonradan akdolunacağına dair ön mukaveleler ve akid yapma vaidleride kefaletin tabi bulunduğu şekil şartlarına tabi kılınmışlardır.

Önce yapılmış bir kefalet akdinin sonradan değiştirilmesi meselesine gelince: eğer bu değişmelerle mevcut kefalet borcunun mikdarına ilişilmiyorsa veyahut eğer bir adi kefalet müteselsil kefalet hâline sokulmıyorsa, eski akdin değiştirilmesinin adi yazılı şekilde yapılması kâfidir; aksi hâlde resmî şekle uymak zarureti vardır (İBK. Mad. 493 fık. 5). Bütün bu yeniliklerin ve kefalet akdini güçleştirmeye matuf şekil şartlarının gayesi kefalet akdinin tehlikelerini daima kefillerin önüne sererek onların hafif meşrebce kefalet borçları altına girmelerini önlemektir. Yukarıda da işaret olunduğu üzere yeni şekil şartları arasında İsviçre kefalet hukuku sistemi içerisine sokulmak istenilen bir resmî kefalet sicilinin tesisi ve bütün kefaletlerin bu aleni olacak sicille geçirilmesi meselesi bütün ön tasarılarca red olunduğu gibi İsviçre parlamentosunca da kabul olunmadı.

Kefalet akdini yapma bakımından bu, şekle ait güçleştirici yeniliklerin yanı başında yeni İsviçre kefalet hukuku bu müesseseyi kefalet ehliyeti bakımından da zorlaştırmaya çalışmıştır. Hatta bu bakımdan çok cezri ve esaslı teklifler yapılmışsa da bunların hepsi de kabul olunmamışlardır. Meselâ kişilerce kefalet ehliyetinden vazgeçilebilmesi ve kefaletin muhtelif bakımlardan takyidine dair diğer bir çok teklifler kanunlaşmamıştır. Buna mukabil evli olan şahsın kefaleti ancak eşinin kefalet akdinden önce veya en geç kefalet akdi sırasında vereceği yazılı muvafakatiyle muteber sayılabileceği esası kabul olunmuştur. Kefaletle bağlanan evli şahıs ticaret sicilinde kayıtlı ise bittabi eşinin yukarıki muvafakatına ihtiyaç yoktur (İBK. Mad. 494). Gerek İsviçre ve gerek Türk Medenî hukuk sisteminde evlilik bakımından konulmuş olan bu ehliyet takyidi çok ehemmiyetli bir yeniliktir. Zira bilindiği gibi İsviçre ve Türk medenî hukuklarında evlenme eşlerden kocanın borç ehliyetine hiç bir tesir icra etmediği gibi karının ehliyetine de kaideten hiç bir tesir icra etmez. Ancak mal birliği sistemi bakımından karının şahsî mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi malları bakımından bu usule tabi mallara dair karı koca arasında yapılacak hukukî tasarruflarla koca menfaatına olarak karının üçüncü kişilere karşı vecibeler iltizam eylemesi hususu, muteber olmak için, sulh hâkiminin tasdikına muhtaçtır (İBK. Mad. 177 ve TMK. Mad. 169). Şimdi, İsviçre kefalet hukuku rejimi İsviçrede bu rejimi esasından değiştirmiş, yani genişletmiş ve kefalet yoluyla borç üşlenme bakımından her

iki eş lehine de bir muvafakat hakkı tammakla bir kerre eşler arasında yeniden hukukî ve iktisadî müsavilik esasını temin etmiştir. Bundan başka eşlerden her hangi birisinin hafif meşrepce bir takım düşünceler yapacağı kefalet borçlarını böylece önlemek imkânını diğer eşin iktidarına vererek aileye gelmesi melhuz iktisadî tehlikeleri bertaraf etmek istemiştir. Bu hüküm Hukukun sosyallaştırılması ve ailenin korunması bakımlarından çok esash bir terakkidir.

Yeni İsviçre kefalet hukukuna hâkim olan ana fikirlerden birisinin kefilî korumak olduğuna yukarıda işaretlerde bulunduk. Bu nokta gerek adi, gerek müteselsil ve gerekse birlikde kefalet müesseselerinin taidilinde daima göz önünde tutulmuştur. Alel'ade kefalette kefilin durumu eski İsviçre ve Türk hukukuna nisbetle biraz daha iyileştirilmiştir. Şöyle ki: adi kefalette kefilin borcunun fer'iliği daha iyi bir şekilde ifade edilmiş ve alacaklının kefile baş vurma ve onu takip eylemesi imkânı nisbetle biraz daha güçleştirmiştir. Gerçekten bu yazıya zeyil olarak tam bir tercümesi verilen yeni İsviçre kefalet hukukunun tetkikinden de anlaşılacağı veğhile adi kefalette alacaklının kefile yönelebilmesi için bir çok şartların tahakkuku yani alacaklı, gerek borçlunun şahsına ve gerekse rahin olan malikten alacağını istifa edemediği müddet ve nisbette kefile teveccüh edebileceklerdir (13). Gene ayn suretle kefilî koruma fikir ve endişesile izah olunabilecek olan yeni müteselsil kefalet hükümleri de belirtilmeğe değer. Gerçekten kefalet hükümlerinde bu bakımdan yapılan değişikliklerle eski İsviçre ve Türk kefalet hukuklarında mevcut ve müteselsil kefalet mesuliyeti şekli hayli zayıflatılmış yani kefaletin en eski devirlerinde ve islâm hukukunda mevcut (Zimmeti zimmete zam etmek) yani alacaklının keyfine göre asıl borçlu dururken kefilî takip ve alacağını istifa eylemek hususundaki telâkilerden artık kabil olduğu nisbette uzaklaşmak istenmiştir (Bak. İBK. Mad. 496, Fık 1 ve 2). Hakikaten bu madde hükmüne göre, kefil müteselsil kefalet müessesesinde de, her ne kadar mahdut nisbette dahi olsa evveleminde asile veya malına baş vurulmasını istemek imkânındadır ki buna doktrinde mahdut şumulde (beneficium excussionis personale reale) adı verilmektedir. Menkul rehni ile veya alacakla müemmen bir borcun müteselsil kefilî olan kimse, bazı şartlar altında evvelâ alacaklının alacağını bu merhun menkullerden ve alacaklardan istifa eylemesini isteyebileceği gibi (İBK. Mad. 496, Fık 2) asıl borçlu edimlerinde geçikmedikçe veya semeresiz takip yapılmadıkça veyahut ödemekten aczi

(13) Bak. İBK. Mad. 495 de düzenlenen ve borçluya ait bulunan beneficium excussionis personale, reale hakları.

tevatüren sabit ve gayi bulunmadıkça alacaklı evvel emirde asıl borçlu-ya teveccüh etmek ve gayri menkul rehinlerini sattırmak yoluna gidecektir ve ancak bu suretle tatmin olunamadığı takdirde ki kefile yönelebilecektir. Müteselsilen birlikte kefalet bakımından da yeni İsviçre kanunu (Mad. 497, Fık. 2) bazı kayıt ve şartlarla kefiller lehine borcu parçalama defini kabul ve tesbit etmiştir (= beneficiun divisi-onis).

Sora Yeni İsviçre kefalet hükümlerine nazaran her türlü kefalet nevilerinde, hatta müteselsil kefalette dahi kefil, aynı teminat göstermek suretiyle aleyhinde yapılan takibatın durdurulmasını istemek hakkını haizdir. Gerçekten böyle kefiller, bütün rehinlerin paraya çevrilmesine veya borçlunun borcunu ödemekte aczine dair kat'î aciz vesikasının istihşâline veyahut bir konkurdato yapılmasına kadar aleyhlerindeki takibin durdurulmasını hâkimden istihsal edebilirler (İBK. Mad. 501. Fık. 2).

Yeni kanunda alacaklı ile kefil arasındaki münasebeti düzenleyen hükümlerde kefillerin korunması maksadı güdülür. Gerçekten kanunun kefaletin şümulüne dair olan 499 uncu maddesi açık olarak kefalete azami hadlı bir akit karakteri izafe etmiştir. Zira bu hükme göre, kefil ancak kefalet senedinde gösterilen meblâğın azamisi mikdarınca mesuldur. Bundan başka yeni kanunun 493 üncü maddesi her türlü kefalet nevilerine uyan ve kefilin mesuliyetinin adeden tesbitini amir olan bir azami mesuliyet haddi koymuştur. Bu azamî had, ne kanundan ötürü ve ne de anlaşma ile sonradan aşılamayacağı gibi, gecikme faizleri, alel'ade faizler, dava takip masrafları, cezai şart, (sözleşme cezası).. ilâh. gibi fer'i alacakların da asıl alacağa ilâvesi yoluyla artırılamaz. Hilâfı kefalet sözleşmesinden ve hallerle şartlardan anlaşılmadıkça kefil ancak kefaleti imza eyledikten sonraki borçlunun taahhütlerinden dolayı mes'ul olur (İBK. Mad. 499 Fık. 3). Yeni kanunun kefilini korumak üzere sevkettiği (Mad. 500) kanuni amortisman müessesesi de yep yeni bir tedbirdir. Hakikaten bu maddeye göre: gerçek kişilerin kefaletinde, hilâfı önceden veya sonradan kararlaştırılmış olmadıkça kefilin mesuliyetine esas olan meblâğ mikdarı her sene yüzde üç ve eğer alacak bir gayri menkul rehinle müemmen ise yüzde bir nisbetinde indirilir.

Bunlardan başka kanunun 501 inci maddesinin 4 üncü fıkrasındaki takas ve döviz transferi yasağı bakımlarından kefil lehine konulmuş olan defiler hep onun korunmasını istihdaf eyleyen yeniliklerdir. Gerçekten bu fıkra göre: yabancı memleketlerde oturup da borcunu yabancı memleketlerin kanunî mevzuatı yüzünden (meselâ o memleketin

koyduğu takas usulleri, döviz transferlerinin yasaklığı sebepleriyle) ödeyemeyen asıl borçlunun İsviçrede oturan kefil de evvelce bu haklarından vazgeçmiş olmadıkça, aynı ecnebi kanunların koyduğu yasakları defi olarak ileri sürebilir. Bunlardan başka alacaklının kefil karşısındaki vazifelerinin artırılması ve kefilin alacaklı karşısında haiz olduğu defi haklarının kefil için daha müsait sayılacak şekilde ve teferruatlıca tesbiti hususları da kefilin alacaklı karşısındaki durumunu Türk ve eski İsviçre borçlar kanununa nisbetle bazı bakımlardan iyileştirmiştir (İBK. Mad. 502). Bu cümleden olarak alacaklının kefil karşısındaki dikkat ve ihtimam vazifesiyle rehinleri ve senetleri kefile teslim vecibesinin (İBK. Mad. 503) kefilin alacaklıyı muaccelleşmiş olan bir borcundan dolayı kendisine vaki olacak tediye kabul eylemeye icbar hakkı bakımından (İBK. 504) konulmuş olan daha etraflı ve daha sarıh yeni hükümlerde kefilin korunması maksadına matuftur. Sonra borçlunun borcunu ifadaki temerrüd ve geçikmesinin kefile ihbarı hususunda alacaklıya düşen vazifesinin eskisine nisbetle daha setleştirilmesi, asıl borcun durumu hakkında kefile bilgi vermek hususunda alacaklıya yeniden bazı vecibeler yükletilmesi, borçlunun anlaşma veya konkurdato talebinde alacaklının alacağını iflâs masasına derhâl bildirmesi ve haklarının korunması için gerekli bütün tedbirleri alması hususlarında alacaklıya yükletilmiş daha geniş yeni vazifeler (İBK. Mad. 505) hep aynı suretle kefilin korunmasına matuf tedbirlerdir.

Yeni kanuna hâkim olan ana fikirlerden kefilin durumunu islâh temayülü, kefil ile asıl borçlu arasındaki münasebetleri düzenleyen hükümlerde de göze çarpar. Gerçekten bu bakımdan daha etraflı hükümler koyan 507 inci madde kefilin borçluya karşı haiz olduğu rucu hak ve salâhiyetlerini daha ziyade takviye etmiştir. Hatta bu rucu hakkı vesilesiyle yukarıki maddenin 4 üncü fıkrası, kefaletle rehin içtima ettikde, şüphe hâlinde kefilin koruyan çok önemli bir hüküm ihtiva etmektedir ki buna göre nihayet rehin maliki bütün zararlara katlanacak ve kefile karşı rucu hakkına sahip bulunmayacaktır.

Yeni İsviçre kefalet kanununun getirdiği esaslı yeniliklerin bir kısmı da kefaletin sona ermesine dairdir, bu kabil hükümleri de (509-512) inci maddelerde bulmaktayız. Bunlar arasında bilhassa kefaletin belli bir müddet geçmesiyle sona ereceğine dair olan hükümleri üzerinde durulmağa değer. Gerçek kişiler tarafından yapılan kefalet akidleri yapılmasından itibaren yirmi yılın geçmesiyle nihayet bulur. Kamu hukuku borçlarından dolayı konfederasyon veya onun kamu hukuku müesseseleri veya kantonlar karşısında gerçek kişilerin girişildiği kefalet taahhütleri yukarıki otomatik sönüş prensibine istisna teşkil ederler. Ke-

fil daha uzun bir müddet için kefalet etmiş olsa bile bu yirmi yıllık müddetin son yılında kefiller takip olunabilirler. Bununla beraber bu yirmi yıllık müddet uzatılmaz da değildir. Gerçekten kefilin yazılı bir beyanıyla bu yirmi yıllık müddet en fazla on yıl için daha uzatılabilir; fakat bu beyanın ilk yirmi yıllık müddetin hitamından en erken bir yıl önce yapılması şarttır (İBK. Mad. 509, Fık. 3-6). İsviçre kefalet kanununun 510 uncu maddesinin 1 ve 2 nci fıkrasına göre: müstakbel alacaklıların kefaletle temini de mümkün görülmektedir ki bu hükmün Türk ve eski İsviçre borçlar kanunlarına göre bir yeniliktir. Aynı maddenin 4 üncü ve 5 inci fıkraları belli bir zaman için girilen kefalet taahhüdlerine dair İsviçre ve Türk Borçlar kanunlarının mütenazır hükümlerini bazı yeniliklerle itmam etmişlerdir. Kefalet kanununun bu 510 uncu maddesinin kefaletin sona ermesi, bakımından getirdiği kıymetli yenilikler arasında bilhassa alacaklının asıl borçlu ve rehin verici karşısında haklarını takip hususundaki kat'i vazifesinin tasrih edilmiş bulunması noktasına müteselsil kefile müteallik eskiden ihtilâflı görülen bazı hususların artık sarahatla hâl edilmiş bulunmasına işaret etmek istiyoruz. Sonra eski İsviçre ve Türk Borçlar kanununda mevcut memur ve müstahdemler hakkında kefalet müessesesi yeni kanunda yeni baştan ele alınmış ve yeniden tasvir edilerek hükme bağlanmıştır (bak İBK. 512 TBK. 495).

Yeni İsviçre kefalet kanununun 492 inci maddesinin 4 üncü fıkrası bir başka yeniliği daha getirmiştir ki bu da kefilin hukukî durumunu ehemmiyetli bir surette islâha matuftur. Gerçekten bu fıkra göre: kanundan hilâfı çıkarılmadığı nisbette ve müddetçe kefalet hakkındaki kanun hükümlerinin yani İsviçre borçlar kanununun 512 inci ve 492 nci maddelerinin sağladığı haklardan kefil peşinen vaz geçemez. Bu hükmün manası pek mühimdir; şöyleki borçlar kanununun hükümleri umumiyet itibariyle amir hükümler olmakdan ziyade değiştirilebilen hükümlerdir. Binaenaleyh âkidler kanunda her türlü akidlere dair olan prensipleri serbest iradelerine göre değiştirmek ve kendilerine uygun görüneni irade eylemek imkânını haizdirler. İsviçre ve Türk Borçlar kanunlarının 19 uncu maddesinde kanunî ifadesini bulan ve mukavele serbestisi diye anılan bu prensip kefalet hukuku bakımından ehemmiyetli bir surette bertaraf edilmiştir. Kanunun bu hükmü ile istihdaf eylediği gaye, mukavele serbestisi prensibinin kefalet hukuku bakımından suiistimâlini önlemekten ibarettir. Eskiden İsviçre bankaları ve kredi ve ödünç para vermediği mutad san'at ittihaz eyleyen müesseseler önceden hazırlamış oldukları bir takım formüllerle kefillerin bazı haklarından feragatını temin ediyorlardı. Çünkü kanunda feragatın hükümsüz

olduğuna dair bir amir hüküm mevcut olmadığından istifade ediyorlar ve hatta kefillere başka ağır bir takım vecibelerde tahmil ediyorlardı (14). Yeni kanun bu vaziyetleri tasfiye etmiştir (15).

B — Yeni İsviçre kefalet Hukukunun sistemi ve yazılışı:

Eski İsviçre ve Türk Borçlar kanunundaki kefalet hükümlerinin sisteminden ve yazılış tarzından ne gibi mahzurlar doğduğunu aramağa lüzum yoktur. İşte İsviçre kanun koyucusu yeni kefalet kanununu koyarken bu hükümler arasında, eskiye nisbetle, eşyanın tabiatının zarurî kıldığı birçok değişiklikler yapmıştır. Bir kerre, yukarıda da işaret olunduğu veçhile, maddelerin yerini alt üst etmiştir. Böylece kanunun kenar notlarında mantıkî teselsül ve irtibatı kolayca müşahade edebileceğimiz yeni bir tanzim ve sistematığı meydana gelmiştir. Vakı'a eski İsviçre ve Türk borçlar kanunlarındaki madde numara sayısı -ki 20 tanedir- yeni kanunda da değişmemiş ve bütün yeni hükümler 492 - 512 nci maddeler içerisine müteaddit fıkralar hâlinde sıkıştırılmıştır.

Yeni kefalet hukukunun hükümlerini kanun hâline koyarken, ve hele kanunun son müzakerelerinden önce, bu hususdaki bir tahrir komisyonunun verdiği raporda yapılan tavsiyeler fevkal'ade faydalı ve yol gösterici olmuştur. Böylece, binnetice eski borçlar hukuku madde numaralarını ve maddelerin yerlerini muhafaza etmek imkânı evvel emirde kabul ve teslim olunmuştur. Buna göre bir kerre eski madde sayısı ile iktifa olunmak mecburiyeti kabul edilmiş ve yalnız gerek pek yeni hükümler ve gerekse eski hükümlerin tamamlanması mahiyetinde bulunan hükümler hep aynı çaptaki yani 20 maddenin içerisine serpiştirilmek icap etmiştir. Bu durumda aynı adette madde içerisinde kalmak zarureti karşısında maddelerin fıkra sayılarını arttırmakdan daha makul yol bulunamadı. Vakı'a her değişen veya yeni maddenin altında bir mükerrer madde veya maddeler yazılmak da kabil görünürdü; fakat İsviçre kanun yapma teknik ve sanatında bu usul pek isabetsiz telâkki edildiği cihetle ihtiyar olunmadı.

Yeni İsviçre kanununda maddelerin bu kadar uzun olmasının asıl ve bir başka bakımdan sebebini de kanun, kefalet alanında mevcut olan ve olacak olan her türlü ihtilâflı meseleleri hâl etmek iddia ve gayretinde olmasında aramak doğru olur.

VII. — Netice :

İsviçre'nin yeni ve eski kefalet hukuklarıyla bizimki arasında yapı-

(14) Kar. FMK. 64, II s. 382.

(15) Kefalet kooperatifleri hakkında yeni İsviçre kefalet kanununda hüküm yoktur. Bu hususda fazla bilgi için bak: Hegg; Die gewerblichen Bürgschafts genossenschaften in der Schweiz, Bern 1932.

lan bu kısa karşılaştırma göstermiştir ki bugün elimizdeki kanun hükümleriyle memleketin iktisadî münasebetlerini ve kredi ihtiyaçlarını kefalet kredisi kanalıyla idare etmeğe imkân yoktur. Hele birinci ve ikinci cihan harplerinin insanların manevî varlıkları üzerinde oynadığı sarsıcı rol karşısında bilhassa kefillerin korunması bakımından acil tedbirlerin alınması bir zaruret halini almıştır. Zira kefalet münasebetlerinde asıl borçlunun borcu tediye ile kefalet münasebetini sona erdirdiği nadiren vaki olmakda ve bunun memleketimizde eskiden beri böyle olduğunu, bazı tabirler, hukukî adajlar ve sözler arasında, şu tabir manalı bir surette göstermektedir "Paran çoksa kefil ol, işin yoksa şahid ol". Bunun manası kefaletten ve şahadetten kaçın. Kefaletsiz ve şahitsiz hukuk nizamı olamayacağına göre kefaletin kifayetsizliğini gidermek zorundayız. Aksi halde memleket milyonlarca liralık kefalet kredisinden mahrum yaşamakta devam edecek demektir ki esasen banka ve diğer kredi verme san'atiyle iştigal eden müesseselerin azlığı veya mevcutlarının temin eylediği pek cüz'î kredilerin pahalılığı yukarıki zarureti bir kat daha his ettirmektedir.

Yeni İsviçre kefalet hukukunun Objektif muhtevasının sistematik tetkik ve izahı bittabi çok geniş ve gümüllü araştırmaların mevzuu olmak icap eder. Bu yazıyı sadece bir taraftan yeni İsviçre kefalet hukukunun ruhunu belirtmek ve diğer yandan da bilhassa bizim kefalet hukukumuzun kifayetsizliğini umumî olarak göstermek maksadiyle kaleme almış bulunuyoruz. Bu maksada belki yardımcı olur düşüncesiyle yeni İsviçre kefalet hükümlerini de tam metin hâlinde bu yazıya ek olarak vermekte fayda mülâhaza ettik.

İSVİÇRE KEFALET KANUNU

A. Şartlar

I. Kavram

Mad. 492. (492; 483) (1) Kefalet sözleşmesiyle kefil asıl borçlunun borcunun ödenmesini temin eylemeği alacaklıya karşı taahhüt eder.

Kefalet ancak hukukça muteber bir borç için akdolunabilir. Müstakbel ve garta bağlı borçlar Hukukça hüküm tevliid etmeleri ihtimali dairesinde, kefaletle temin olunabilir.

(1) Parantez içindeki numaralardan birincisi 1911 tarihli İsviçre BK. ikincisi de 1926 tarihli Türk BK. Maddelerini gösterirler.

Hata veya muamele ehliyetsizliği sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan sözleşmelerden doğan bir borcu temin eyleyen şahıs, taahhüt altına girdiği anda sözleşmeyi muallel kılan sebepleri biliyorsa, kefalet hukukunun prensipleri ve esasları dairesinde mesul olur. Asıl borçlusu için zaman aşımına uğramış bir borcun ödenmesinin temini hususunu taahhüt eyleyen kişi hakkında da aynı hüküm caridir.

Hilâfı kanundan çıkarılmadıkça kefil yirminci bapta kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.

II. Şekil

Mad. 492. (493; 484) Kefalet sözleşmesinin muteber olması için kefilin yazılı beyanını ve mesuliyetinin taalluk eylediği meblâğın adetçe belirtilmiş azamî haddinin kefalet senedinde gösterilmesi şarttır.

Gerçek kişilerin yapacakları kefalet sözleşmeleri beyanları ayrıca, akdın düğümlendiği mahaldeki resmî şekil şartlarına uygun surette resmî şekilde yapılmak gerektir. Kefalet olunan meblâğ iki bin franğı aşmadığı takdirde kefilin kefalet senedinde, mesul olacağı meblâğın adetçe belirtilmiş azamî haddini ve gerekse müteselsil kefil sıfatıyla kefalet taahhüdüne girdiğini kendi elile yazması kâfidir.

Konfederasyon veya İsviçre devletinin kamu hukukuna tabi müesseseleri veyahut kantonlar lehinde doğmuş olan gümrük vergi ve bunlara benzer diğer kamu hukuku borçlarından ve nakliyecilikten doğan borçlar hakkında yapılan kefalet sözleşmelerinin muteberliği için her hâlde kefilin yazılı beyanı ve kefalet olunan meblâğın adetçe belirtilmiş azamî haddinin kefalet senedinde gösterilmesi kâfidir.

Kefilin mes'uliyetine esas olan meblâğ, resmî şekilden kaçınmak maksadiyle, parçalandığı takdirde parçalanmış meblâğlar için dahi bunların mecmuu için kanunca ön görülen şekle uymak zaruridir.

Kefalete esas olan meblâğın artırılması ve adi kefaletin müteselsil kefalet şekline sokulması hâli müstesna olmak üzere, kefalet sözleşmelerinin değiştirilmesinde yazılı şekle riayet kâfidir. Borcun üçüncü kişi tarafından asıl borçluyu borcundan kurtaracak surette üstlenilmesi hâlinde, kefil borcun nakline yazılı olarak muvafakat etmiş olmadıkça, kefalet akdi ortadan kalkar.

Başkası adına kefil olmak için verilecek temsil salâhiyeti ve karşı âkidle veya üçüncü şahısla kefalet sözleşmesi yapılacağına dair vaidlerde kefaletin tabi bulunduğu şekil şartlarına tabidir.

Taraflar kefilin mes'uliyetini yazılı sözleşmeleriyle, borcun ilk ödenecek kısmına hasretmek suretiyle tahdit edebilirler.

Federal hükûmet kefalet için gerekli resim ve harçların azamî hadlerini tesbite yetkilidir.

III. Eşin muvafakati

Mad.: 494. Evli kişi ancak kendisinin kefalet taahhüdüne girmesinden önce veya en geç bu taahhüdün yapılması sırasında, eşinin vereceği yazılı bir muvafakatiledir ki muteber bir kefalet sözleşmesi aktedilebilir; sayet eşler mahkeme kararıyla ayrılmış bulunuyorlarsa bu muvafakata ihtiyaç yoktur.

Bu muvafakat münferit bir ticaret evi şefi, kolektif bir şirket şeriki, komandit bir şirketin gayri mahdud mes'uliyetli azası, bir anonim şirketin idare meclisi azası veya müdürü, hisseli bir komandit şirketin idare meclisi azası veya mahut mes'uliyetli bir şirketin idareye iştirak eden şeriki sıfatıyla ticaret siciline tescil edilmiş bulunanlar için lâzım değildir.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişiklikler için diğer eşin muvafakati ancak kefalet edilen meblağın artırılması veya adi kefaletin müteselsil kefalet hâline sokulması veyahutta kefalet akdinde yapılacak değişikliklerin teminatları ehemmiyetli surette azaltılmağa müncer olması takdirinde lâzımdır.

Vesayet makamının kararının hukukî muameleleri hakkındaki muvafakatına dair olan hükümleri mahfuzdur.

B. Mevzu I. muhtelif kefalet nevilerinin hususiyetleri 1. âdi kefalet

Mad.: 495. (495; 486). Alacaklı ancak kefilin taahhüt altına girmesinden sonra borçlunun iflâsı, bir konkrdato mühleti elde etmesi veya kendisinin her türlü dikkat ve ihtimamına rağmen icra takibinin borç ödemekten kat'i aciz vesikasının verilmesine müncer olması, veya borçlunun ikametgâhını harice nakletmesi yüzünden İsviçrede aleyhine takibatta bulunulmak imkânının kalmaması veyahutta yine ikametgâhını bir yabancı devletten diğerine nakletmesi sebebiyle alacaklının hakkını araması ehemmiyetli derecede güçleşmiş olması hâllerinde adi kefilen tediye talep edebilir.

Alacak rehinle temin edildiği takdirde adi kefil alacaklının evvel emirde rehinden istifayı hak etmesini talep edebilir, meğerki borçlu iflâs etmiş veya bir konkrdato mühleti elde etmiş olsun.

Kefil alacaklının sadece zararını tediye etmeyi taahhüt ettiği takdirde kefil aleyhine ancak, borçluya borç ödemekten kat'i bir aciz vesikasının verilmesi veya borçlunun ikametgâhını harice nakletmiş olması veyahutta ikametgâhının bir yabancı devletten diğerine nakli dola-

yısıyle alacaklının hakkını aramasının ehemmiyetli derecede güçleşmiş olması hallerinde, takipte bulunulabilir. Bir konkordato akdedildiği takdirde bunun mer'iyete girmesini müteakip hemen kefil aleyhine borcun ibra edilen kısmı üzerinden takipte bulunulabilir.

Bunun hilâfına yapılacak sözleşme hükümleri mahfuzdur.

2. Müteselsil kefalet

Mad.: 496 (496, 487). Kefil borçlu ile beraber müteselsil kefil veya buna muadil diğer her hangi bir sıfatla taahhüt altına girerse alacaklı borçlunun borcunu ödemekte gecikmesi ve kendisine ödeme hususunda yapılan ihbarın semeresiz kalması veya borçlunun borç ödemekden aczinin tevaturen şayi bulunması şartıyla borçluya müracaat etmeden ve gayrı menkul rehinlerini paraya çevirtmeden önce kefil aleyhine takibat icra edebilir.

Alacaklı menkul rehinleriyle alacak hakkı üzerindeki rehinleri paraya çevirtmeden önce ancak hâkimin takdirine göre bu rehinlerin muhtemel olarak artık borcu kapatmağa kâfi gelmediği nisbette veya doğrudan doğruya kefile müracaat hakkında bir anlaşmanın mevcudiyeti veyahutta borçlunun iflâs veya bir konkordato mühleti elde etmiş olması takdirinde kefil aleyhine takibat icra edebilir.

3. Birlikde kefalet

Mad.: 497 (497, 488) Bir çok kişiler bölünebilen tek bir borcu birlikte temin etikleri takdirde bunlardan her biri kendi hissesi için adi kefil, diğerlerinin hissesi için de kefile kefil sıfatiyle mes'ul olur.

Kefiller gerek asıl borçlu ile beraber gerek kendi aralarında müteselsil kefil olmayı iltizam etmişlerse her biri borcun tamamından mes'uldur. Bununla beraber her kefil kendisile aynı zamanda veya sonradan müteselsilen taahhüt altına giren ve bu borçdan dolayı aleyhine İsviçrede takibat icra edilebilecek olan diğer kefiller aleyhine takibat irasına başlanmış olmadıkça tediye den imtina edebilir. Kefil diğer kefillerin kendi hisselerini ödemiş olmaları veya aynı mahiyette teminat göstermiş olmaları hâlinde de aynı hakkı haizdir. Hilâfına mukavele olmadıkça tediye de bulunan kefilin diğerlerine karşı hisselerini henüz ödememiş oldukları nisbette bir rucu hakkı vardır. Bu hak borçluya karşı haiz olunan rucu hakkından evvel istimâl olunabilir.

Alacaklı kefilin aynı borca diğer kimselerin de kefalet edeceği zannile kefalet altına girdiğini biliyorsa veya bilmeğe mecbur idiyse bu zannın tahakkuk etmemesi veya sonradan kefillerden birinin alacaklı tara-

fından taahhüdünden kurtarılması veya taahhüdünün butlanına hükmedilmesi hâlinde borcundan beri olur. Bu son hâlde hakkaniyet gerektirirse hâkim kefilin mes'uliyetini münasip bir şekilde azaltmakla iktifa edebilir.

Bir çok kişiler yekdiğerinden müstakil olarak aynı borca kefalet ederlerse her biri borcun tamamından mes'ul olur, mamafih hilâfına mukavele mevcut olmadıkça tediye de bulunan diğerlerinin payları nisbetinde onlara karşı rucu hakkını haizdir.

4. Kefile kefil ve rucua kefil

498 (498, 489) Kefile, kefil, alacaklıya karşı kefilin taahhüdünü temin eden kimsedir ve kefil ile birlikte adi kefilin borçlu ile beraber olan mes'uliyeti derecesinde mes'uldür.

Rucua kefil tediye de bulunan kefilin, borçluya karşı haiz olduğu rucu hakkını temin eder.

II. Müşterek hükümler, 1. Kefil ile alacaklı arasındaki münasebet

a. Mes'uliyetin şümülü

Mad.: 499 — (499, 490) Kefil ancak kefalet sözleşmesinde gösterilmiş azamî bir meblâğı mikdarına mes'uldür.

Hilâfına mukavele yoksa kefil bu hudud dairesinde aşağıda gösterilen hususlarla da mes'ul olur:

1 — Borcun balığ olduğu meblâğ ile beraber borçlunun kusurunun veya temerrüdünün kanunî neticesinden de mes'uldür. Bununla beraber kefil mukavelenin hükümsüzlüğünden doğan zararlar mukavele cezasından dolayı ancak ortada sarîh bir anlaşmanın mevcudiyeti hâlinde mes'ul kılınabilir.

2 — Alacaklının taleplerini yerine getirerek dava ikamesini önlemek için kendisine vakti zamaniyle ihtar yapılmış olduğu takdirde kefil borçlu aleyhine yapılan takip ve ikame edilen dava masraflarıyla beraber halin icabına göre menkul rehinlerin teslimiyle rehin haklarının temlikinin sebep olduğu masraflarla dahi mes'ul kılınır.

3 — Kefil akdî faizlerden işlemekte olan bir yıllık faiz ile işlemiş olan bir yıllık faiz ve icabı halde işlemekte olan bir yıllık taksit ile işlemiş olan bir yıllık taksit mikdarınca da mes'ul kılınır.

Hilâfı sözleşmeden veya hâlin icabından anlaşılmadıkça kefil ancak borçlunun kefalet akdinden sonraki taahhütleriyle mülzem olur.

b. Teminatın kanundan ötürü indirilmesi

Mad.: 500 Kefil bir gerçek kişi olduğu takdirde hilâfı önceden veya sonradan mukavele ile kararlaştırılmış bulunmadıkça mes'uliyetine esas olan meblâğ yekûnu her sene yüzde üç ve alacağın bir gayrı menkul rehniyle temin edilmiş olduğu hâllerde yüzde bir nisbetinde azalır. Gereğk kişilerin kefaletinde, kefalet mes'uliyetine esas olan meblâğ tutarı her halde en az, ana borcun sönmesi nisbetinde azalır.

Konfederasyona veya İsviçre devletinin kamu hukukuna tabi müesseselerine veyahutta kantonlar lehine doğmuş olan gümrük, vergi ve sair bunlara benzer diğer kamu hukuku borçlarından ve nakliyecilikden doğan borçlar hakkında yapılan kefalet sözleşmeleriyle resmi memurlar için yapılan kefaletler, cari hesap, mütevali teslimleri muhtevi satış mukaveleleri ve devri edilmeleri müstelzim mukaveleler gibi mütehavvil borçlara yapılan kefalet bundan müstesnadır.

c. Kefil aleyhine takibat

Mad.: 501 (600, 491) Kefil, hattâ asıl borç borçlunun iflâsı sebebiyle vadenin hululundan evvel muacceliyet kazansa bile asıl borcun ifası için tayin olunan vadeden evvel borcu ödemeye icbar olunamaz.

Kefaletin mahiyeti ne olursa olsun kefil aynı teminat göstermek suretiyle hâkimden aleyhine yapılmakta olan takibatın bütün rehinlerin paraya çevrilmesine ve borçlu aleyhine kat'ı bir borç ödemedi aciz vesikasının verilmesine veya bir konkordatonun akdedilmesine kadar talikını talep edebilir.

Asıl borcun muacceliyet kesbetmesi alacaklı veya borçlu tarafından peşinen bir ihbar yapılmasına mutevakkıf ise kefil hakkında muacceliyet ihbarın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar.

İkametgâhı hariçte bulunan borçlu meselâ takas icrası veya döviz nakli memnuiyeti gibi yabancı kanunun hükümleri dolayısıyla ödemek imkânsızlığı içinde bulunduğu veya ancak kısmen tediye imkânına sahip olduğu takdirde ikametgâhı İsviçrede bulunan kefil dahi bu hakdan feragat etmiş olmadıkça yabancı kanuna istinad edebilir.

d. İstisnalar

Mad.: 502 (506, 497) Kefil asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve borçlunun aczinden doğmayan bütün defileri alacaklıya karşı dermeyan etme mükelleftir. Hata veya muamele ehliyetsizliği sebebiyle asıl borçluyu ilzam etmeyen veya zaman aşımına uğrayan borçlara kefalet hâlleri mahfuzdur.

Asıl borçlunun kendisine ait bir defi dermeyandan feregati halinde dahi kefil bu defi alacaklıya karşı ileri sürebilir.

Kendi kusuru olmaksızın borçluya ait defilere vakıf olmadığını ispat etmedikçe bunları dermeyan etmekde tekâsül gösteren kefil bu defilerin kendisini tediye eden varestede kılacağı nispette rucu hakkından mahrum olur.

Kumar veya bahisten mütevellit bir borcun teminini taahhüt eden kefil borcun mahiyetine vakıf olsa bile asıl borçlunun dermeyan edebileceği defileri dermeyan edebilir.

e. Alacaklının itimamı ve takayyüt vazifesi: rehinlerin ve senetlerin teslimi

Mad.: 503 (509, 500) Alacaklı kefaletin akdi sırasında tesis edilmiş olan veyahutta sonradan borçludan alacağın temini yolunda ayrıca istihsal edilmiş bulunan rehinleri teminatları ve rüchan haklarını kefilin zararına olarak azalttığı takdirde kefilin mesuliyeti de buna tekaful eden mikdar nispetinde azalır, meğer ki zararın daha az olduğu ispat edilmiş olsun. Fazladan tahsil edilen mikdarın istirdadı hakkındaki dava hakkı mahfuzdur.

Bundan başka resmî memurlarla müstahdemlere kefalet hâlinde alacaklı müstahdem üzerinde yapmakla mükellef olduğu nezarete veya kendisinden beklenen itimam ve tekayyüdü göstermekte ihmal eylediği ve borçta bunun neticesinden doğduğu veya itimam ve takayyüt gösterilmiş olsaydı bu nispette artmayacak idiyse kefile karşı mes'ul olur.

Alacaklı kendisine tediye bulunan kefile hakkını kullanmak hususunda kendisine faydalı olabilecek olan senetleri iade ve zaruri olan malumatı vermekle mükellefdir. Alacaklı kefaletin akdi esnasında veya sonradan borçlu tarafından alacağın temini için ayrıca tesis edilmiş olan rehinlerle diğer teminatı kefile vermeğe veya bunların teslimi için gereken muamele ve mükellefiyetleri yerine getirmeğe mecburdur.

Alacaklının başka alacak haklarından dolayı haiz olduğu rehin ve hapis hakları sıra itibariyle kefilinkilere raci bulundukları nisbetinde mahfuzdur.

Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın bu mükellefiyetini ifadan kaçırır veya iade ile mükellef olduğu delil veya rehin ve teminatları kötü niyetle veya ağır ihmâli yüzünden elden çıkarırsa kefil borçdan kurtulur. Kefil ödemiş olduğu meblâğın iadesini ve bu yüzden maruz olduğu zararların tazminini de isteyebilir.

f. Tediyeyi kabule icbar hakkı

Mad.: 504 (510, 501) Borç, borçlunun iflâsı yüzünden muacceli-yet kazanırsa kefil her an alacaklıyı, yapılan tediyeyi kabule icbar ede-bilir. Borcun bir çok kişiler tarafından temin edilmesi hâlinde alacaklı tediyeği teklif eden kefilin hissesine düşen miktar nisbetinde olmak şartıyla kısmî tediye de kabule mecburdur.

Alacaklı hakkı bir sebep olmaksızın tediyeği kabulden imtina ederse kefil borçtan beri olur. Bu takdirde müteselsil kefillerin mes'uliyeti kendi paylarına düşecek olan miktar nisbetinde azalır. Kefil alacaklının muvafakatiyle borcun muacceliyet kesbetmesinden önce tediye de buluna-bilir. Bununla beraber kefil borçluya karşı haiz olduğu rucu hakkını bor-cun muaccelilik kazanmasından önce kullanamaz.

g. Alacaklının ihbarı ve borçlunun iflâs masasına ve konkordatoya müdahalesi

Mad.: 505 (511, 502) Borçlu ana paranın veya altı aylık faizinin ve-yahut da bir senelik amortisman bedelinin ödenmesini altı ay geciktir-diği takdirde alacaklı kefil vâzietten haberdar etmekle mükelleftir. Kefilin istediği her anda alacaklı borcun durumu hakkında ona bilgi ver-meğe mecburdur.

Borçlunun iflâsına hükmedilmesi veya konkordato istenmesi hâlin-de alacaklı alacağını yetkili makamlara bildirmek ve haklarının korun-ması için kendisinden beklenen diğer her tedbiri almakla mükellefdir. Alacaklı iflâsdan ve verilen konkordato muhletinden haberdar oldu-ğu anda bunu kefile bildirmekle mükelleftir.

Alacaklı bu mükellefiyetlerden birini yerine getirmediği takdirde kefilin bu yüzden maruz kaldığı zarar nispetinde ona karşı haiz olduğu talep haklarını gaip eder.

2. Borçlu ile kefil arasındaki münasebetler

a. Kefilin teminat itasını ve borçtan kurtarılmasını talep hakkı

Mad.: 506 (512, 503) Aşağıdaki hallerde kefil asıl borçludan te-minat göstermesini ve borç muaccel olduğu takdirde kendisinin kefalet-ten kurtulmasını talep edebilir:

1 — Borçlu kefile karşı vukubulan taahhütlerine ve bilhassa muay-yen bir müddet zarfında kendisini kefaletten kurtaracağına dair vadine muhalif hareket ettiği takdirde,

2 — Borçlu temerrüd hâlinde olduğu veya ikametgâhını başka bir devlet ülkesine nakletmesinden dolayı hakkında yapılacak takibat ehemmiyetli surette ağırlaştığı takdirde,

3 — Borçlunun malî durumunun kötüleştiği veya teminatların kıymetlerinin düşmesi veyahutta kefilin kefaleti kabul ettiği zamanki tehlikenin borçlunun kusuriyle ehemmiyetli surette arttığı takdirde.

aa. Umumiyetle

b. Kefilin rücu hakkı

Mad.: 507 (505 - 506, 496 - 497) Kefil alacaklıyı tatmin ettiği nisbette onun haklarına halef olur. Kefil bu hakları borcun muaccelliği anından itibaren kullanır.

Bununla beraber hilâfına bir anlaşma olmadıkça kefil, kefaletin akdî anında mevcut veya sonradan borçlu tarafından bilhassa bu alacağın temini maksadiyle tesis edilmiş olan rehin haklariyle diğer teminatı ictisap eder. Kısmî tediye bulunan kefil rehin hakkının sadece bir kısmına halef olmuşsa alacaklının geri kalan kısım üzerindeki hakkı kefilinkine nazaran daha mümtaz bir sıra işgal eder.

Kefil ile borçlu arasındaki hukukî münasebetlerden doğan davalar ve defiler mahfuzdur.

Bir alacağı temin eden rehinin paraya çevrildiği veya rehin malikince alacak rizaen ödendiği takdirde bu malik kefile karşı rucu hakkını ancak aralarında böyle bir anlaşmanın varlığı veya rehinin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmesi takdirinde kullanabilir.

Kefilin alacaklıyı tatmin etmesi anından itibaren, haiz olduğu rucu hakkının zaman aşımı cereyana başlar.

Kefil dâva hakkı vermeyen bir borcu veyahut hata, muamele ehliyetsizliği sebepleriyle borçluyu bağlamayan bir borcu ödediği takdirde borçluya karşı hiç bir rucu hakkına sahip olamaz. Bununla beraber zaman aşımına uğramış bir borcu borçlunun verdiği vekâlet üzerine temin eyleyen kefile karşı borçlu, vekâlet hükümleri dairesinde mes'ul olur.

bb. Kefil tarafından tediyeinin ihbarı

Mad.: 508 (507, 498) Borcu kısmen veya tamamen ödeyen kefil borçluyu bundan haberdar etmek mecburiyetindedir.

Bu ihbarı yapmayan kefil, borçlunun tediyeinin yapıldığını bilmemesi veya bilmeğe mecbur olmaması sebepleriyle borcu tekrar ödemesi halinde ona karşı olan rucu hakkını gaip eder.

Borçlunun haksız zenginleşmeden doğan dava hakkı mahfuzdur.

*c. Kefaletin sona ermesi**I. Kanundan ötürü*

Mad.: 509 (501, 492) Asıl borç herhangi bir sebeple söndüğü takdirde kefil de borcundan beri olur.

Asıl borçlu sıfatıyla kefil sıfatının tek bir şahıs uhdesinde birleşmesi halinde alacaklı lehine kefaletten doğmuş olan her türlü menfaatları muhafaza eder.

Gerçek kişi tarafından yapılan kefalet sözleşmesi inkadından itibaren yirmi senenin geçmesiyle söner. Konfederasyon veya İsviçre devletinin kamu hukukuna tabi müesseseleri veyahut kantonlar lehinde doğmuş olan gümrük vergi ve bunlara benzer diğer kamu hukuku borçlarından ve nakliyecilikten doğan borçlarla amme memurları ve müstahdemleri ile devri edimleri müstelzim borçlar için yapılan kefalet sözleşmeleri bundan müstesnadır.

Kefalet daha uzun bir müddet için aktedilmiş olsa bile bu müddet temdit edilmiş olmadığı veya yeni bir kefaletle değiştirilmiş bulunmadığı takdirde bu müddetin son yılında kefil aleyhine takibat yapılabilir.

Temdit kefilin yazılı bir beyaniyle azami on senelik bir devre için yapılabilir. Bu beyan kefaletin sona ermesinden en erken bir sene evvel yapılmış olmalıdır.

Borcun kefaletin sona erme tarihinden en az iki sene evvel muaccel olduğu ve alacaklı bu müddetten evvel feshi ihbar etmiş bulunduğu takdirde her nevi kefalette borçlu veya rehinlerin takibine lüzum olmaksızın kefil aleyhine takibat yapılabilir. Buna mukabil kefil borcun muacceliyet kesbetmesinden evvel dahi borçlulara karşı rucu hakkını kullanabilir.

II. Muayyen bir müddet için kefalet: fesih

Mad.: 510 (502, 493) Müstakbel bir borca kefalet eden kişi borç henüz doğmadığı müddetçe borcunun malî durumunun taahhüt altına girdiği günden beri ehemmiyetli surette ağırlaştığının veya sonradan kendisinin iyi niyetle zanneylediğinden ehemmiyetli surette farklı olduğunun tahakkuku halinde alacaklıya yapacağı yazılı bir beyanla her an taahhüdünden rucu edebilir. Amme memurları ile müstahdemler için girilen kefalet taahhüdünden tayinin veya hizmete alınmanın tahakkuku hâlinde rucu edilemez.

Kefil alacaklının doğruluk ve inan kaidelerine müstenit itimadından doğan zararlarını tazminle mükelleftir.

Muayyen bir müddet için taahhüt altına giren kefil, alacaklı bu müddetin inkızasını takip eden dört hafta zarfında hakkını icra veya mahkeme vasıtasıyla takip etmediği veya bu takibatına uzun müddet fasıla verdiği takdirde kefaletten beri olur.

Borç bu muayyen müddet içinde muacceliyet kesbetmediği takdirde kefil kefaletten ancak aynı mahiyette teminat göstermek suretiyle beri olur.

Kefil böyle bir teminat göstermediği takdirde taahhüdü borcun muacceliyet kesbedeceği ana kadar devam etmek üzere akdedilmişcesine bu taahhüdiyle kefaletin azami süresi hakkındaki hükümler dairesinde bağlı kalır.

III. Mahdut olmayan bir zaman için kefalet

Mad.: 511 (503, 496) Kefalet mahdut olmayan bir zaman için akd olunmuş ise kefil borcun muacceliyet kesbetmesini takip eden dört haftalık bir müddet zarfında, kendi aleyhine ancak bu şartlar dahilinde takibat icra edilebilecekse, alacaklıdan hakkını icra veya mahkeme vasıtasıyla takip etmesini, rehinleri icra vasıtasıyla paraya çevirtmesini takibine uzun bir fasıla vermeksizin devam etmesini talep edebilir.

Borcun muacceliyet kesbetmesi alacaklı tarafından yapılacak bir ihbara bağlı ise kefil taahhüt altına girdiği tarihten bir sene sonra alacaklıdan bu ihbarın yapılmasını ve borç muacceliyet iktisap ettikten sonra da icra veya mahkeme vasıtasıyla hakkını yukarıki hüküm dairesinde takip etmesini talep hakkını haizdir.

Alacaklı kefilin bu ihbarını nazara almadığı takdirde kefil taahhüdünden beri olur.

IV. Âmmе memur ve müstahdemlerine kefalet

Mad.: 512 (504 - 495) Resmî bir memura muayyen olmayan bir müddet için kefalet, her tayin devresi nihayetinde muteber olmak üzere bir sene evvelden yapılacak bir ihbarla feshedilebilir.

Bir devre için bahsedilmiş bir memuriyet mevzuu bahis olmadığı takdirde, kefalet memuriyete giriş tarihinden hesaplanacak dört senelik bir devrenin nihayetinde muteber olmak üzere bir sene evvelden yapılacak bir ihbarla feshedilebilir.

Müstahdemlere belirsiz bir zaman için yapılan kefalet hakkında da kefil, memurlar için yapılan kefaletteki fesih ve ihbar haklarını haizdir.