

## BORÇLAR KANUNUNUN 484 VE 490. INCI MADDELERİ ARASINDAKİ MÜNASEBET

Yazan: Doçent Dr. Necip BİLGE

Kefilin Mes'ul olacağı muayyen bir miktarın gösterilmesi şartı ile borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinden kefilin mes'ul olacağı hakkındaki hükmün münasebeti üzerinde bir inceleme.

### I — GİRİŞ

Borçlar Kanunumuzun 484. üncü maddesi kefalet aktinin şekil şartlarını tespit ederken : “kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmiye ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakıftır.” demektedir. Bu suretle kanun, kefaleti yazılı şekle tabi tuttuktan başka, “kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktarın gösterilmesini” de yine muteberlik şartı olarak derpiş etmektedir.

Diğer taraftan kefilin mes'uliyetinin şumulünü tayin eden 490 in-cı madde ise şu hükmü koymaktadır : “Kefil, borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temrrüdünün kanunî neticelerinden mes'uldür.

Kefil, alacaklının metalibini ifa ederek dava ikamesini bertaraf etmek için kendisine vaktü zamanı ile ihtar vuku bulmuş olmadıkça, asıl borçlu aleyhine ikame olunan dava masrafını edaya mecbur değildir.

Faiz verilmesi şart edilmiş ise, kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir seneliğini vermekle mükelleftir.”

Su iki kanunî hüküm birbiri ile karşılaştırıldığı zaman, derhal ka-nunun bu iki maddesinde ifade edilmiş olan esasların birbirleriyle çatış-makta olduğu göze çarpar.

Filhakika 484. madde hükmüne göre, kefaletin muteber bir şekil-de doğması, kefilin yazılı beyanında kendisinin mes'ul olacağı muayyen miktar göstermesine diğer bir ifade ile kefil tarafından mes'uliyet sın-ırının muayyen bir miktar ile tahdit edilmiş olmasına bağlı bulunduğu halde, Kanunun 490. maddesi kefilin mes'uliyet hududunu hâdise ve

şartlara göre azçok değişebilir ve hatta genişliyebilir bir tarzda ifade eder gözükmektedir. Gerçekten bu son madde uyanınca kefil, borcun asli miktardan, yani sermayeden (resülmalden) mes'ul olduktan başka, tali bir sonuç olarak da (Nebenfolge-effets accessoires) borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinden, hatta icabında dava masraflarından ve muayyen nisbettteki faizlerden de sorumlu olacaktır. Borcun asli miktarı daha başlangıçta malûm olmakla beraber, tali sonuç olarak ortaya çıkan borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticeleriyle dava masraflarının ve faizlerin yekûnu hâdise ve şartlara göre değişebilir. Kanun, kefilin bu kanunî neticelerle masraflar ve faizlerden de sorumlu tuttuğuna göre, kefilin mes'uliyetinin hududu da hal icabına göre değişecek demektir. Şu halde, aynı kanunun iki hükmü birbirine zıt istikametlere yönelmiş gözükmektedir: 484. madde kefilin mes'uliyetini tahdit istikametinde işlerken, 490. madde bu mes'uliyetin sınırlarını genişletecek bir karakter taşımaktadır. O halde bu iki hüküm arasındaki münasebetin tayini gerek nazari bakımdan ve gerekse pratik bakımdan büyük bir önem arz etmektedir.

İlerideki izahların aydınlanmasına ve mes'elenin makul ve muhik bir hal tarzına bağlanmasına yardımcı olur düşüncesiyle, 490. maddede kefilin mes'uliyeti şümulüne gireceği bildirilen muhtelif kalemlerin hukuki mesnetlerine kısaca işaret etmek isteriz:

a) Kefilin sorumlunun esas itibariyle asıl borç miktarına teveccüh ettiği hakkındaki hüküm temel kaidedir ve kefaletin, 483. maddedeki tarifi ve cevheri bakımından esas karakterini teşkil eden fer'ilik prensibinin zaruri bir neticesidir. Gerçekten bu prensip Kefaleti Garanti (Terminat) aktinden<sup>1</sup> ve Birlikte Borçlanma gibi benzeri diğer mukavelelerden ayırır. Kefilin asıl borç miktarı için mevcut olan mes'uliyeti, zaten 483. maddedeki "Borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder" şeklinde ifade olunan tariften de çıkmaktadır.

b) Kefilin alacaklıya karşı asıl borç miktarınca mes'ul olması prensibinden za'uri olarak şu netice çıkar : Borçlunun kötü veya eksik ifasından dolayı asıl borçta gerek muhteva, gerek şümul bakımından ve gerekse her iki bakımdan alacaklı zararına her hangi bir değişiklik meydana gelirse, Kefilin kaideten bundan da mes'ul olması lâzımdır. İşte kanun bu düşünce zincirini, Kefilin sorumlunun borçluya isnadı kabil bir

1) Kanunumuzda (110) Başkasının Fiilini teahhüt adını taşıyan ve İs-  
viçre BK. da (111) Porte Fort: Vertrag zu Lasten eines Dritten ismini alan  
muamele tatbikatta çok zaman Garanti Mukavelesi diye anılmaktadır.

kusur veya temerrüdün kanunî neticelerine de şamil olacağı hükmü içerisinde toplamıştır. Demek ki, Borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinden de Kefilin sorumlu tutulması fer'ilik kaidesinin tabii ve zaruri bir sonucudur.

c) Kanunumuz 490. maddenin II. ve III. fıkralarında Kefilin bazı hallerde dava masraflarından ve muayyen nisbetlerde faizlerden dahi mes'ul olacağını ifade eylemektedir. Kefilin bu masraf ve faizlerden de sorumlu tutulması umumiyetle fer'ilik prensibinden ziyade nasafet esaslarına istinat ettirilmekte ve hukukî mesnet bakımından dava masraflarıyla faiz arasında kaideten bir ayırma yapılmamaktadır.<sup>2</sup> Bununla beraber, Bern şehrinde Giovanoli nasafet kaidelerinin bu kalemlere ait mesuliyeti Kefile yüklemekte olduğunu söylerken, prensip itibarıyla diğer müelliflere katılmakta ve fakat dava masraflarının temerrütten doğan zararlar olduğunu belirtmek suretiyle de bu masrafların fer'ilik esasından doğduğunu kabul eylemiş bulunmaktadır.<sup>3</sup>

Muhtelif hukukî mesnetlere dayanan ve kefilin mes'uliyeti sınırlarını önceden tahmini zor olacak bir şekilde genişleten bu muhtelif kalemleri her zaman aynen tekrar etmek uzun olacağı için, bundan böyle işbu kalemleri sadece Neticeler veya Tâli Neticeler diye anacağız.

Kefilin mes'uliyetinin şümulünü tayin ve hatta tevsî eden bu hükümler sadece İsviçre-Türk Borçlar Hukukunun bir hususiyetini teşkil etmezler. Diğer milletlerin mevzuatında da buna benzer hükümlere rastlanır. Ezcümle Alman (BGB. § 767), Fransız (CCF. art. 1026), İtalyan (CCl. art. 1900) ve Avusturya (ÖBGB. § 1353) Medeni Kanunlarında da ufak tefek farklarla aynı hükümler sevk edilmiş bulunmaktadır.

Buna mukabil, Kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar gösterilmesi hakkındaki hüküm, İsviçre-Türk hukukunun bir karakteristiğini teşkil eylemektedir. Çünkü, tetkik edebildiğimiz diğer milletlerin mevzuatında buna benzer bir hükme rastlanmamaktadır.<sup>4</sup>

2) Oser-Schönenberger, Kom.z. OR. art 499 No: 31; Becker, Kom. z. OR. I auf. art 499 No: 8; Oftinger, die Haftung des Bürgen für die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners, in Festgabe für F. Fleiner 1937, I No: 7.

3) Kom. z. révidierten Bürgschaftsrecht art. 499 No: 13.

4) F. Arik. Muayyen miktara ait hükmün 1933 tarihli Polonya B. K. nunda da mevcut olduğunu ifade etmektedir. Ad. D. 1944 Say 8, S. 618.

Mevzuu umumiyeti itibariyle kısaca gözden geçirdikten sonra, şimdi esas mes'eleye geçebiliriz:

## II — MES'ELENİN VAZ'I :

Yukardan beri verilmiş olan izahat gösteriyor ki, kanunumuz bir taraftan Kefilin mes'uliyetini muayyen bir azami miktarla tahdit etmek isterken diğer taraftan da, bu mes'uliyetin şümulünü başlangıçtaki miktara nazaran genişletebilecek hükümler sevk etmiş bulunmaktadır. İşte bu etüdün mevzuu kanunda ifadesini bulmuş olan iki hükmün, iki Kaidenin birbiriyle nasıl uyuşacağı hususunun halli mes'elesidir.

Kefilin borcunun şümulü bakımından bu iki hüküm birbirleriyle uzlaştırılabilir mi, yani 490. madde hükümlerinden doğan tali mes'uliyetin şümulü ne kadar geniş olursa olsun, Kefil hiç bir zaman 484. madde uyanınca, Kefalet Aktinin bir muteberlik şartı olarak tayin edilmiş olan miktardan fazla için kat'iyen mes'ul tutulamaz mı? Yoksa, bu azami miktar, 490. maddenin I. fıkrasının I. inci kısmında "Borcun Aslı" tabiriyle ifade olunan sadece sermaye (resülmâl) miktarına taalluk edip, aynı maddenin muhtelif fıkralarında tespit olunan tali neticeler için sınırsız bir mes'uliyet mi kabul olunacaktır?

Mes'ele pratik bakımdan büyük bir ehemmiyet arzulemektedir. Çünkü, 490. maddede hükme bağlanmış olan tali mahiyetteki kanuni neticelerin rakamla tutarı hayli kabank olabileceği gibi, bu tutarın önceden tespit olunması da hayli müşkül ve hatta bazan belki de imkânsızdır. Bu itibarla, 484. maddede muteberlik şartı olarak derpiş edilmiş olan azami miktarın 490. madde hükmünden doğan tali neticelerin dúnunda kalması mümkün ve hatta muhtemeldir.

Bu takdride, yani azami miktarın, borcun sermayesi ile tâli neticeleri yekûnundan daha aşağı olması halinde, Kefil alacaklıya karşı hangi miktara kadar sorumlu tutulacaktır?

Mes'elenin daha iyi canlanması için bir misal verelim :

Devlet hesabına okuyan bir öğrencinin tahsil masraflarını temin etmek maksadiyle 10 Bin Liralık bir Kefalet Akti yapılmış olduğunu farzedelim. Öğrenci kendisine yapılan fiili masraflar tutarı 9 Bin Lira ile temerrüt faizi, akdi faiz ve dava masrafları tutarı da 3000 Lira olmak üzere cem'an yekûn 12.000 Lira borçlu bulunsun. Kefil, 10.000 Liraya kefalet etmiş olduğuna göre, 12.000 Liralık borçtan sadece 10.000 Lirasını mı ödemekle mükellef tutulacaktır? Yoksa Kefalette tespit edilmiş

olan azami miktarın 9.000 Lira tutarında olan resülmâl ile ilgisi olduğu ve zaten işbu mes'uliyet miktarının sermayeden fazla bulunduğu düşünülerek, Kefilin sermaye ve tali neticeler yekûnu olan 12.000 Lirayı ödemesi mi icap edecektir?

Mes'ele Doktrinde ve İçtihatla hayli münakaşalıdır.

Bazıları azami Kefalet miktarının ancak sermaye miktarına taalluk ettiği kanaatındadırlar ve tâli neticelerle birlikte borç miktarı, azami Kefalet miktarını aşsa dahi, kefilin hepsinden mes'ul olacağı kanaatını ileri sürmektedirler.<sup>5</sup>

Buna mukabil diğer bir kısım müellifler de, kefalet senedinde işaret edilmiş olan mes'uliyet miktarının 490. maddede bahis mevzuu olan borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticeleriyle genişletilemeyeceği ve kefilin bu bakımdan ancak tespit edilmiş olan azami miktarla mes'ul edilebileceği fikrini müdafaa etmektedirler.<sup>6</sup>

Üçüncü bir fikre göre de, tarafların iradelerine bakılmalıdır.<sup>7</sup> Fakat, kanaatımızca, esasen münakaşa konusu olan cihet budur; yani taraflar mukavelelerinde bu cihetleri aydınlatmamışlarsa, nasıl hareket olunacağı ve hangi hükmün tatbik edileceği münakaşa edilmektedir.

Mes'eleyi bu şekilde vaz ettikten sonra, muhtelif ihtimalleri nazara alarak tetkikatımızı ilerletebiliriz. Ancak, esas mevzua girmeden önce, bir noktaya işaret etmek isteriz. Yukarıda da hatırlattığımız gibi, mevzuumuzu teşkil eden mes'eledeki münakaşanın asıl sebebi Kefalet Hukukunun iki mühim esasının karşı karşıya gelmesi ve adeta çatışmasıdır. Türk BK. na İsviçre yoluyla girmiş olan bu iki prensibin İsviçre Borçlar Hukukuna nasıl girmiş bulunduğunu tetkikte fayda vardır :

Borçlunun bir kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinden mesuliyet, sadece İsviçre hukukunda mevcut olan bir esas değildir. Bu esas Roma Hukukunda ve Müşterek Hukukta mevcut olduğu gibi, Alman Medenî Kanununda ve İsviçre'nin 1881 tarihli BK. da da yer almış bu-

5) Fick. Co. art. 493 No: 52, 53, art 499 No: 23, 26; Reichel, zum Bürgschaftsrecht SJZ. 20, 173; Rossel Co. No: 891, Karatay İsviçre BK.nun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme, (İst. Bar. D. 1952 say 11-12 shf. 630.)

6) Becker Com. Z. OR. I. auf. art 493 No: 10; B.G.E. 49 II 376 (Jdt 1924 290)

7) K. Offtinger'den naklen Tobler, der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger 1926 S. 51 ve müt.

lanmaktadır. (Eski BK. Mad. 499.). 1911 tadili sırasında bu hükümü aynen yeni BK. na da girmiştir.

Buna mukabil, azami mes'uliyet miktarının tayini hakkındaki 484. madde hükmü evvelce mevcut olmadığı halde, İsviçre BK. nunun 1911 tadili sırasında sonradan eklenmiştir. Ve bu hüküm, İsviçre'den iktibas olunan Türk BK. nundan başka diğer yabancı hukuklarda mevcut değildir. Binaenaleyh, kanunumuzun 484 ve 490. maddeleri arasındaki çatışmanın hallinde meselâ Alman ve Fransız hukukundan faydeli bir mukayese yapmak imkânı bulunmayacaktır. Ancak, İsviçre doktrin ve İçtihatları bize bu hususta kıymetli yardımlar sağlayabileceklerdir. Bu münasebetle gözden uzak tutulmaması gereken bir cihette şudur ki, İsviçre Hukuk Edebiyatında bu mevzu üzerinde uzun zaman devam etmiş olan tartışma nihayet Kefalet Hukukunun son tadili sırasında mes'elenin kanun koyucu tarafından cevaplandırılmış olması dolayısıyla sona ermiştir.

Kanunumuzun 484. ve 490. ncı maddelerine tekabül eden İsviçre BK. nunun 493. ve 499. maddelerinin 1941 tadilinden önceki şekli bizim kanunun ifadesinin aynı iken, tadilden sonra bu maddeler şu şekilleri almışlardır :

“Mad. 493. Kefalet aktinin muteber olması için kefilin ..... mesuliyetinin taalluk ettiği meblağın adet olarak belirtilmiş azami haddinin kefalet senedinde gösterilmesi şarttır.”

Mad. 499. Kefil, bütün hallerde ancak kefalet senedinde gösterilmiş olan azami meblağ miktarınca mes'uldür.

Bu azami hudut dairesinde Kefil, hilafına mukavele yoksa aşağıdaki hususlardan mes'ul olur.”

İsviçre BK. nunun mes'elemizle ilgili olarak uykarya aktardığımız hükümleri, Kefalet senedinde gösterilmiş olan miktarın Kefil için azami mes'uliyet hududu olduğunu, bu hudut dışında Kefili hiç bir suretle mesul etmenin artık mümkün olmadığını açıkça tespit etmiş bulunmaktadırlar.

Kanunun bu hükümlerinin, Federal Mahkemenin eski hükümlere müstenit çok gevşek içtihatlarının bir aksülameli olduğu muhtelif vesilelerle ifade edilmiş bulunduğu gibi, bizzat Federal Mahkeme dahi, kanun tarafından konulmuş bulunan şekil şartlarının aşırı derecede hafifletilmesinden dolayı içtihadının tenkit edildiğini itiraf eylemektedir.<sup>8</sup>

İsviçrede kanun tarafından çözülmüş olan bu mesele, Türk hukuku bakımından hâlâ tartışma konusu olmaktan çıkmamıştır.

8) B.G.E. 64 II 346 (Jdt 1939 I 172) ; Martin Co. S. 335.

## III — MUHTELİF İHTİMALLER,

Borçlar Kanununun 484. ve 490. maddeleri hükümlerinin birbirleriyle münasebetleri bakımından muhtelif ihtimaller nazara alınarak tetkik edildiği takdirde, mes'elenin hallinin daha basit bir şekil alacağı düşüncesiyle bu ihtimalleri birer birer gözden geçirmek istiyoruz :

1 — Kefalet Mukavelesinin şekline taalluk eden 484. maddedeki manada tayin edilen azami miktar borcun sermayesi ile birlikte borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticelerinin, faiz ve dava masraflarının toplamından daha yüksektir. Meselâ Kefil 10.000 Liraya kadar mes'uliyet kabul etmektedir. Fakat, resülmâl, kanunî neticeler, faiz ve diğer masraflar yekûnu 9.000 Liraya yükselmektedir. Bu takdirde, Me-sele kendiliğinden halledilmiş olur. Zira Kefilin mes'ul olmayı peşinen kabul etmiş olduğu miktar 490. maddenin muhtelif fıkralarında derpiş edilmiş olan münferit kalemler toplamından daha yüksek olduğuna göre, Kefilin bütün neticelerden sorumlu tutulmasının münakaşa edilecek tarafı kalmıyor demektir.

Tespit edilmiş bulunan azami miktarın, münferit kalemler toplamına eşit olması halinde de durum aynıdır, yani Kefil borcun aslı ile birlikte bütün neticelerden sorumludur.

2 — Kefilin mes'ul olmayı kabul ettiği azami miktar asıl borcun sermayesinden daha düşüktür. Bu takdirde mahdud mes'uliyetli bir Kefalet karşısında bulunulduğunu kabul etmek gerekir ve mes'elenin halli de zannımızca yine kolaydır.

Kefil, sermaye (resülmâl) bakımından dahi muayyen bir hadde kadar mes'uliyeti kabullenmiş bulunduğuna göre, o hududu aşacağı tabii bulunan diğer neticeler için Kefilin mes'ul olmayı kabul eylediği zaten iddia olunamaz. Böyle bir iddia hâdiselere ve mantık kaidelerine uymaz. Bînaenaleyh kefil ancak sermayenin kendisince tekabbül edilmiş olan miktarı üzerinden mes'ul olur. 490. madde hükümlerinden doğan diğer neticeler için onun mes'uliyeti cihetine gidilemez.

3 — 484. madde uyarınca tespit edilmiş olan azami miktar, asıl borcun sermaye miktarı ile aynı seviyededir ve Kefil bütün belgelerde kendi mes'uliyetini vuzuhla ve gayet sarîh olarak bu miktar ile tahdit etmiş bulunmaktadır. Kefilin böyle hareket etmek suretiyle kendisinin mes'uliyetini tahdit etmek ve diğer neticeler hakkındaki mesuliyeti reddetmek istediği şüpheden azadedir. Bu halde dahi, 2 numarada beyan ettiğimiz gibi, mahdud mes'uliyetli bir Kefaletin mevcudiyetini kabul ey-

lemek ve Kefilin ancak sermayeden sorumlu olduğu, fakat neticelerden dolayı mes'uliyetinin mevcut olmadığı sonucuna varmak gerekir.

4 — Kefil, sermaye için değil de, sırf tali neticeler için mes'uliyeti açıkça kabul eder şekilde kefalette bulunmaktadır. Tali neticelerin toplamı Kefaletin akti anında belli olmasa bile, Kefilin mes'uliyetinin azami miktarı gösterilmek şartıyla Kefalet muteberdir ve Kefil taahhüt ettiği mükellefiyetine uygun olarak mes'ul olur.<sup>9</sup>

Ancak, mes'uliyetin şumulü bakımından 1-3 numarada beyan olunan hususlar uydukları nisbette bu nevi Kefalet de tatbik olunurlar.

5 — Kefil, yazılı beyanında sadece sermaye miktarı için değil de, diğer neticeler için dahi mes'uliyeti açıkça kabul eylemektedir. Ancak, 484. madde mucibince tayin edilmiş olan miktar, sermaye miktarından yüksek olmakla beraber bütün kalemler yekûnundan düşük bulunmaktadır. Meselâ resûlmâl (asıl borç) miktarı 2.000 Lira olan bir borç için 3.000 Liraya kadar Kefalet ettiğini bildiren Kefil, Kefalet senedinde borçlunun kusur veya temerrüdünün kanunî neticeleriyle faiz ve dava masraflarından da mes'ul olmayı açıkça kabul eylemiştir. Fakat, neticede bütün kalemler yekûnu Kefilin mes'ul olmayı kabul ettiği 3.000 Lirayı aşmış ve 3.500 Liraya çıkmıştır. Bu takdirde Kefilin mes'uliyeti peşinen kabul eylemiş bulunduğu 3.000 Lira ile mahdut mu kalacaktır, yoksa, diğer neticelerden mes'uliyeti açıkça kabullenmiş bulunduğu düşünülerek, azami miktarı aşan diğer neticelerden hudutsuz bir şekilde sorumlu mu tutulacaktır?

Burada Kefilin 2 ve 3 numarada beyan ettiğimiz gibi, mahdut mesuliyetli bir kefalet aktetmek niyetinde olduğu ve iradesini ona göre izhar ettiği iddia olunamaz. Çünkü, onun eğer böyle bir niyeti olsa idi, 3.000 Liralık azami miktar iraesinden sonra diğer tali neticeler için mesuliyetini tesis eden mukavele hükümlerini Kefalet senedine dercetmez, bil'akis mes'uliyetin hududunu genişletebilecek olan bu gibi ifadeler yerine, bu mes'uliyeti tahdit edecek diğer ifadeler kullanırdı. Binaenaleyh, bu halde mahdut mes'uliyetli Kefalet bahis mevzuu olamaz. Olsa olsa, Kefilin azami miktarın tespiti mes'ulesinde hataya düşmüş olduğu, borcun resûlmâl ile birlikte tâli neticeler yekûnunun bu miktarı aşmayacağı zehabında bulunduğu düşünülebilir.

484. madde ile 490. madde hükümleri arasında çatışma çıkabile-

9) Reichel, zum Bürgschaftsrecht SJZ. 20, 173; K. Oettinger a. g. makale No: 103. Bunman başka Karş. BK. mad. 485.



cek olan ilk ihtimal budur. Bu ihtimal bizi Kefilin azami miktar tespit edilmiş olmasına rağmen, bu miktar dışında mes'uliyet deruhte etmek iradesinin muteber olup olmayacağı mes'elesi ile karşı karşıya getirmektedir. Gerçi, bu mes'eleye verilecek cevap 484. ve 490. maddeler arasındaki münasebeti kendiliğinden halledecektir. Fakat, bu cevap aynı zamanda aşağıda bahsedeceğimiz ihtimalin hal tarzına da müessir olduğundan, bu ihtimali de ifade eyledikten sonra, her iki ihtimale şamil olmak üzere mevzu hukuka göre, meselemizi halletmek istiyoruz.

6 — Son bir ihtimal olarak, mutlak şekilde bir kefalet vuku bulunmuş olupta, Kefilin tali neticelerden mes'ul olup olmayacağı cihetinin meskût geçildiği, ancak kefaletin muteberlik şartı olarak tespit edilmiş olan miktarın resülmâl ile birlikte tali neticeler toplamından daha aşağıda olduğu hali nazara almak lâzımdır.

Kanaatımızca, Kanunun iki hükmü arasındaki hakiki çatışma ve binaenaleyh çözülmesi gereken hakiki mes'ule 5 ve 6 numarada belirtmiş olduğumuz bu iki halde ortaya çıkmaktadır. İsviçre müelliflerinin ekseriyeti ve Federal Mahkemenin hakim içtihamı bu iki halde de Kefilin azami miktar dışında da mes'ul olacağı tezini savunmaktadırlar.<sup>10</sup> Bazı müellifler ise, iki hali birbirinden ayırmak istemekte ve 5 numarada izah edilen hal, için Kefilin azami miktar dışında da kendisinin açık taahhüdü icabı mes'uliyeti mevcut olduğunu, fakat 6 numarada sözü geçen hal için kefile mes'uliyet tertip edilmesinin doğru olmadığını beyan etmektedirler.<sup>11</sup>

Kanaatımızca bu iki hali birbirinden ayırmaya lüzum yoktur. Çünkü, 484. maddenin "muayyen miktar iraesî" hususunu derpiş eden hükmü bir şekil kaidesi olmak dolayısıyla âmir mahiyettedir. Hilâfına mukavelenin muteber olmaması gerekir. Yani taraflar kendi iradeleriyle bu şekil hükmünü kısmen veya tamamen bertaraf edemezler. Bu itibarla taraflar azami miktar tespit ettikten ve bu suretle Kefil kendisinin mes'uliyet hududunu böylece sınırlandırdıktan sonra, bu miktar dışında da mes'uliyet kabul edileceğinin beyan edilmesi haşivden başka bir şey değildir ve Kefili bağhyamaz.

Şu hale göre, Kefilin tespit olunan azami miktar dışında mes'uliyeti kabul edeceğini beyan edip etmemesinin hukuk bakımından ehemmi-

10 Oser. art 499 No: 7; Martin Co. 353, 356; B.G.E. 61 II 991, 57 II 518, 50 II. 289.

11) K. Otinger a. g. makale IV B.

yeti yoktur. Bu sebeble iki hali bir arada mütalea etmek uygun olur.

Gerçi, bazı müellifler 484. maddede belirtilmiş olan muayyen miktar gösterilmesi şartının bir şekil şartı olduğunu kabul ettikleri halde, tâli neticeler için bu miktar dışında da mes'uliyetin mevcut olduğu tezini savunmakta ve tarafların bu hususta anlaşma yapabileceklerini ileri sürmektedirler.<sup>12</sup> Fakat, biz bu anlayış tarzının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Kefaletin sıhhat şartı olarak 484. maddede derpiş olunan yazılı şekli taraflar mukavele ile bertaraf edemedikleri ve şifahi bir teminat anlaşmasına Kefalet mukavelesi mahiyeti veremedikleri gibi, gösterilen miktar dışında Kefilin mes'uliyet kabul edeceğini beyan etmelerinin de Kefalet olarak muteber olmaması lâzım gelir.

Kefalet olunan azami miktar dışında Kefilin tâli neticeler için mes'uliyeti, hususî anlaşmaya rağmen, kabul edilmeyince, bu cihetlerin meskût geçilmesi halinde Kefilin azami miktar ötesinde sorumlu tutulamıyacağı gayet tabiidir.

#### IV — MEVZU HUKUKA GÖRE MES'ELENİN HAL ŞEKLİ :

Yukardan beri izah ettiğimiz ve iki ihtimal içerisinde hülâsa eylediğimiz mes'eleye makul ve mantıklı bir hal tarzı bulabilmek için 484. maddedeki muayyen miktar gösterilmesi şartının mucip sebebini araştırmak gerekir.

Kefaletin muteber olması için, Kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar gösterilmesi hakkındaki hüküm 1881 tarihli İsviçre BK. nunda mevcut olmadığı gibi, 1911 tarihli kanunun ön projesi dahi böyle bir şartı ihtiva etmiyordu. İlk teklif mütehassıslar Komisyonunda Prof. Oser tarafından ve sadece dar bir çerçevede, memur ve müstahdemlere kefalet eden kimselerin himayesi bakımından teklif olunmuştu. Lâkin bu himaye tedbiri sonradan bütün Kefalet akitlerine şamil umumî bir şart mahiyetini aldı.

Lâyihanın müzakeresi sırasında Millî Mecliste Mazbata Muharrirliği yapan E. Huber bu hüküm münasebetiyle şu izahlarda bulundu : "Son derece mühim bir tadil karşısında bulunuyoruz. Bundan böyle bir Kefalet muteber olmak için yalnız Kefilin imzasını taşıması kâfi değildir. Kefilin mes'ul olacağı azami miktarın da gösterilmesi icap edecektir

12) Martin Co. S. 355 No: 2

Kefil, taahhüdünün şümulünü anlyabilmeli ve Kefil olup olmamak hususunda bir karar verirken mutlaka mes'uliyetinin tazammun edeceği en yüksek miktarı göz önünde bulundurmalıdır."13

Şu izahlar gösteriyor ki, Kefaletin yazılı yapılması nasıl bir muteberlik şartı olarak derpiş edilmiş ise, Kefilin mes'uliyetinin azami miktarını gösteren bir meblağın iraeisi keyfiyeti de aynı şekilde bir muteberlik şartı olarak nazara alınmıştır. Kanunun tatbikatı sırasında da bu görüş tarzı değişmemiştir. İsviçre Doktrin ve İçtihadında muayyen bir miktar gösterilmesi şartının maksat ve mahiyeti üzerinde her hangi bir tefsir farkı göze çarpmamaktadır. Gerek Mahkemeler, gerekse müellifler azami miktar gösterilmesi hususundaki hükmün bir şekil şartı binaenaleyh, bir muteberlik unsuru vaz ettiğini kabulde müttetikler.<sup>14</sup>

Gerçi müellifler ve mahkeme içtihatları arasında ihtilâf mevzuu olan bir cihet vardır. Fakat, ihtilâfın mevzuu miktar tayinine ait hükmün şekil şartı olup olmamasından ziyade, bu miktarın rakamla tayin edilmiş olmasına lüzum olup olmadığı, diğer bir ifade ile bu miktarın kabili tayin olmasının kâfi gelip gelmiyeceği noktasıdır.<sup>15</sup>

Kanaatımıza göre, Kefilin mes'ul olacağı muayyen miktar gösterilmesi hakkındaki 484. madde hükmü şekil ve muteberlik şartı olarak kabul edildikten sonra, bu miktarın kabili tayin bir halde olmasının kanun koyucu tarafından takip olunan maksada kifayet edeceği yolundaki görüşün sağlam bir mesnedi olmamak icap eder. Filhakika, kanun koyucunun yazılı şekil şartından başka olarak bir de muayyen miktar gösterilmesini istemesi, muamelelerdeki emniyet ve itimadın muhafazası bakımından enfüsi takdirlerin önüne geçmek ve mes'uliyetin şümulünü tayin bakımından objektif bir kıstas temin etmektir. Bu objektif kıstas, tatbikatta kanun vazı tarafından arzulanan şekilde kefilin himayesinin temin olunduğu yolundaki bir iddia ile bertaraf olunamamalıdır. Kanunun koymuş olduğu bir şekil şartının gevşetilmesi hiç şüphesiz hukuki münasebetlerde emniyetsizlik doğurmak gibi bir mahzuru da birlikte ge-

13) B.G.E. (ATF). 64 II 351 (Jdt 1939 I 173); F. Arık. Kefalette azami miktarın gösterilmesi şartı (Ad. D. 1944 Say. 8, S. 626;)

14) Oser, art 493 No: 2-6; Becker Givanoli art 493 No: 23-24 Becker I. Basım. art 493 No: 8; Martin Co. des Contrats s. 334; Fick art 493 No: B.G.E. 65 II 35, 64 II 351 (ve orada zikredilen eserler); Türk Hukuku için Temyiz Tevh. İçth. K. Hukuk. Kıs. 1944 S. 154 Tepeci, BK. S. 618; Arık. Ad. D. 1944 Say. 8. S. 620 ve müt.

15) Becker art 493 No: 9; Oser art 493 No: 3-4; Oser I Basım, S, 859; Martin Co. 335; B.G.E. 65 II 35 64 II 351, 57 II 527, 49 II 375.

tirir. İsviçre tecrübesi göstermektedir ki, kanunun derpiş etmiş olduğu muayyen bir miktar gösterme mükellefiyeti bu miktarın “kabili tayin olması kâfidir” şeklinde yumuşatıldığı takdirde, bir kefalet senedinin şu veya bu tarzda yazılışının kanunca aranan şartlara uyduğunu veya uymadığını iddia etmek daima mümkün olmuştur. Ve İsviçre’de Kefalet Hukukunun şekil bakımından eskisine nazaran daha sert bir hale getirilmesinin sebeplerinden birisi de, Federal Mahkemenin muayyen miktar gösterilmesi hususundaki şekil şartını aşır derecede gevşetmiş olmasıdır denilebilir.

Burada şöyle bir itirazla karşılaşmak mümkündür : “Kefalet edilen borçların ekserisi ikraz borçlarıdır. Bu nevi borçlarda ise resülmâl zate malûm olup, borçlunun kusur veya temerrüdünün neticeleriyle faizlerinin akit zamanında hesaplanması ve binaenaleyh, 484. üncü maddenin nazara alınmasını derpiş eylediği azami miktarın mantıki muhakeme ve basit bir hesap ameliyesiyle derpiş edilmesi mümkün olur. Bu itibarla azami miktarın muayyen olması hususunda ısrara lüzum yoktur. Bu miktarın kabili tayin olması kâfidir” denilebilir. Düşüncemize göre, böyle bir itiraz varit olamaz. Çünkü, kefalet sadece para borçlarını temine yaramaz ; diğer borçlar hakkında da kefalet müessesesinden istifade olunabilir.<sup>16</sup> Şu halde kefalet hukukunu tanzim maksadiyle konmuş olan bir kanun hükmü sadece muayyen bir tip borç (para borcu) için değil, her nevi borç için tatbik olunabilmelidir. Esasen para borçlarında dahi tali neticeleri hesap etmenin kolay olduğu iddiası da her zaman doğru olamaz. Meselâ bir develüasyon neticesi para kıymetinin düşmüş olduğu ve yabancı memlekette oturan alacaklının bu yüzden uğnyabileceği zararın vüsatı düşünülecek olursa, temerrüdün neticelerinin her zaman kolayca hesap edilemeyecek bir genişlik kazanabileceği hakkında bir fikir edinilmiş olur. Kefilin mes’uliyeti 484. madde mucibince tayin edilecek azami bir miktarla tahdit edilmeyecek olursa, Kefilin başlangıçta tasavvur etmediği miktarda bir mes’uliyetle karşılaşması mümkündür. İşte kanun, azami mes’uliyet miktarının tayini suretiyle Kefili gelecek sürprizlerden korumak istemektedir.

Kefalette azami mes’uliyet miktarının kabili tayin olmasını, kanun koyucunun kâfi görmediği, diğer bazı mukavelelerin paraya taalluk eden hükümlerinin tetkikinden de anlaşılabilir. Filhakika kanunumuz, karşılık ed’mi ekseriya para teşkil eden bazı mukavelelerde paranın (ücret,

16) Yarg. 4. Hk. 22/12/1929 tarihli karar, Tepeci S. 617; K. Oftinger No: 112.

fiat) miktarın muhakkak adedi olarak tespit edilmiş olmasını şart koşmamış, bunun sadece kabili tayin olmasını kâfi gördüğünü ifade eylemiş bulunduğu halde, kefalette buna benzer bir yumuşak ifade kullanmamıştır. Ezcümle Satım Aktinde hale göre tayini mümkün olan semenin tayin edilmiş hükmünde olduğunu ifade eden 182. inci madde satım bedelinin kabili tayin olmasını satım aktinin tekemmülü için kâfi saymıştır.

Diğer taraftan, İş Aktinde iş sahibinin ödiyeceği ücret bakımından kanun sadece mukaveleyi nazara almamış, aynı zamanda âdete veya iş sahibinin bağlı bulunduğu umumî mukaveleye de atıf yapmak suretiyle ücretin kabili tayin olunabileceğini kabul eylemiştir (323-1).

İşin kıymetine göre bedel tayin olunabileceği ifade olunmak suretiyle İstisna Aktinde de aynı görüş kabul olunmuştur (365-366).

Nihayet, Neşir, Vekâlet ve Dellâlık Mukavelelerinde de benzer hükümler yer almış bulunmaktadır. (380-II, 386-III 406)

Demek ki, kanun koyucu vaz ettiği hükümlerle bedel, ücret, fiat olarak ifade olunan para miktarının kabili tayin olabileceği esasını bazı mukaveleler için açıkça kabul etmiştir. Oysa ki, bu saydığımız mukaveleler her hangi bir şekle tabi olmadıkları için, kanunda sarahat olmasa bile, fiat, ücret, bedel olarak ifade olunan para miktarının kabili tayin olabileceğinin kabulü gayet tabiidir.

Halbuki, Kefalette durum böyle değildir. 484. madde Kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar gösterilmesini şekil şartı olarak derpiş eylemiştir. Binaenaleyh, şeklen serbest olan diğer bazı akitlerde para miktarı hakkında kanun tefsiri bazı kaideler, karineler koyduğu halde, Kefalet aktinde böyle bir kaide koymamış olmasını, bu miktarı başka vasıtalarla araştırma cihetine gitmenin caiz olmayacağı manasında değerlendirmek lâzımdır.

HÜLÂSA, 484. madde mucibince aranan mes'uliyet miktarının kabili tayin olması kâfi olmayıp, bunun muayyen olması lâzımdır. Bu miktarın muayyen olması kabul edilince Kefilin mes'uliyetinin şümulünü tespit etmek ve binnetice 484. madde ile 490. madde arasındaki münasebeti kurmak kolaylaşır. Bu münasebet şu suretle ifade olunabilir:

490. maddede sözü geçen tâli neticeler (borçlunun temerrüdünden veya kusurundan doğan kanunî neticelerle, faiz ve masraflar) aynı kanunun 484. maddesi uyarınca gösterilmesi gereken azami miktarı hiç bir suretle aşamaz, aşıkları nisbette kefilî ilzam etmezler.

Böylece, Kefilin mes'uliyetinin şumulünün iki prensiple tahdit edilmesi neticesine varmış oluyoruz. Bu mes'uliyetin hududu bir taraftan fer'ilik prensibi ile, diğer taraftan da tayin olunan azami miktarla çevrilmiştir. Malûm olduğu üzere fer'ilik prensibi Kefalet aktinin mahiyetinden ve kanunî tarifinden çıkmaktadır. Azami miktar gösterilmesi mecburiyeti de kanunun Kefili kendisine karşı himaye maksadiyle koyduğu şekil şartından doğmaktadır. Kanun bu şekil şartını derpiş etmemiş olsaydı, fer'ilik prensibinin neticesi olarak Kefilin 490. maddedeki bütün neticelerden sınırsız olarak mes'ul olması tabii ve zarurî olurdu. Fakat mademki azami miktar tayini şekil hükmü mertebesine yükseltilmiştir, binaenaleyh, o hükme her halükârda riayet zaruridir. Zira şekle müteallik olarak konmuş bulunan kaideler âmir mahiyeti haizdirler. Ve bu sebeble hilâfına mukavele caiz olamaz.

Bu itibarla, Kefalet hukukunun iki mühim esası mesabesinde olan fer'ilik ve azami miktar prensipleri karşılaştıkları takdirde, hareket tarzı şöyle olmak gerekir :

a) Gösterilen azami miktar, Kefilin mes'uliyetinin aşlamıyacak olan nihai hududunu teşkil eder. Bu miktar asıl borç tutarı ile diğer kanunî neticeler toplamından daha aşağı ise, Kefilin nihai mes'uliyeti bu hududu aşamaz. Kefil bu hududun altında kalan miktar için mes'uldür. Üstünde kalan kısım için mes'ul değildir. Demek ki, burada azami miktar fer'iyet prensibinden önce gelir.

b) Gösterilen miktar, asıl borçla birlikte diğer tali neticeler toplamından daha yüksek ise, Kefil kabul ettiği azami miktar nisbetinde değil, fer'ilik prensibi icabı borç ve neticeler toplamca mes'ul olur. Demek ki, burada da fer'ilik prensibi önce gelir.

Bu hal şeklinin azami miktar hakkındaki hükmü üstün tutmak suretiyle fer'iyet prensibini ihlâl ettiği yolundaki iddia varit olmamak gerekir. Zira, Kefalet bakımından fer'ilik prensibi tam ve kâmil bir surette tatbik olunmamaktadır. Gerek İsviçre, gerek Türk hukuku bu sahada bazı istisnaları zaten kabul etmiş vaziyettedir. Ezcümle, asıl borç, borçlunun iflâsı halinde muaccel olmasına rağmen (İsviçre İİFK. 208, Türk İİFK. 195) Kefalet borcu asıl borçla birlikte muaccel olmamaktadır, yani kefil asıl borcun ifası için tayin olunan vadeden önce borcu ödemeğe icbar olunmamaktadır. (491) Bundan başka, meselâ mahdut zaman için Kefaletin muteber olması da bu istisnalar meyanındadır. (493)

İşte, azami miktar hakkındaki kanun hükmü de bir iki misalini verdiğimiz bu istisnalar arasına sokulmak icap eder.

Azami miktar hakkındaki hükmün fer'iyet prensibinden önce gelmesi ve Kefilin işbu azami miktar dışında mes'ul edilmemesi, onun yüklenmiş olduğu mes'uliyetin tek taraflı karakteri ile muhik bir hale gelmektedir. Kefil, tek taraflı olarak bir mes'uliyet kabul etmekte ve bunu da üçüncü bir şahıs (borçlu) için çok zaman nezaket icabı yapmaktadır. Bu bakımdan azami miktarın tayinini istemek suretiyle kanunun Kefili himaye etmek istemesi fazla şekilperestlik sayılmamalıdır.

Kefili, daha imza vermeden önce mes'uliyetinin şumulünü hesaplamaya zorlamak ve bu hududu bizzat tayin ettiği nisbette onu mes'ul etmek suretiyle Kefilin himayesi cihetine gidilmek isteniyorsa, bu düşünce ile mutabık kalmak ve onun mes'uliyetini 490. madde yoluyla icabında gayet mühim surette ve geniş bir şekilde arttıran ve Kefilin haberi bile bulunmayan yeni bir mes'uliyetle ağırlaştırmamak gerekir. Evvelce tayin edilmiş olan azami miktarı aştığı nisbette Kefilin tali neticelerden mes'uliyetinin kabul edilmemesi kanaatımızca 484. ve 490. maddeler arasındaki münasebetin en makul neticesidir.<sup>17</sup>

Gerçi bu görüş tarzının Yargıtay içtihatlarına uymadığını itiraf ederiz. Gerçekten Türk Yargıtayı da vaktiyle İsviçre federal mahkemesinin yaptığı gibi, BK. 484. maddedeki muayyen miktara ait şartı, bu miktarın kabili tayin olmasının kâfi geleceği şeklinde yorumlamaktadır.<sup>18</sup> Bu tefsir tarzı ise bizi 490. maddedeki tali neticelere ilişkin mes'uliyetin şumulünün, gösterilen âzami miktar aşabileceği sonucuna götürür. Fakat biz, kanunda şekil şartı olarak derpiş edilmiş olan muayyen miktarın gösterilmesi lüzumunu bu kadar geniş ve gevşetici bir surette yorumlamanın, muayyen miktara ait kanun hükmünü lüzumsuz ve faydasız bir hale getireceğini ve bu itibarla kanun koyucunun takip eylediği kefil himaye maksadının da ortadan kaybolacağını düşünerek bu anlayış tarzına katılmıyoruz.

17) Oftinger a. g. Makale IV. B.

18) Bak. 12/4/1944 tarihli İct. bir. k. (İct. bir. kararları 1930-1947, s.154); H. Sungur, Borçlar kanunu ve tatbikatı II, s. 318-320; Ş. Arıç, Ticaret kanunu s. 266-268.