

ROMA HUKUKUNDA BORCUN TEMİNATLARINDAN KEFALET

Doç. Dr. Bülent TAHİROĞLU

Borçlunun taahhüt ettiği borcu ödeyememesi ihtimalini dikkate alarak, esas borçluya fer'î bir borçlunun katılması clayı, her devirde, en eski hukuklarda olduğu kadar, günümüz hukuk sistemlerinde de, büyük bir önem taşımaktadır. Her alacaklının durumu; az çok borçlusunun ödeme gücüne, dürüstlüğüne ve görev anlayışına bağlıdır. Borçlu, borçları dolayısıyla sorumluluğuna rağmen, eğer pasifi aktifinden fazla ise, alacaklı alacağını alamamak tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bu durumu önlemek için, kendisine bir teminat verilmesini ister.

Bu teminat bir veya bir kaç kefil gösterilmesi, borçlunun veya üçüncü kişinin malları üzerinde aynı bir hak tesisi şeklinde olabilir.

Roma hukukunda borcun ifası aynı veya şahsî teminatla sağlanırdı. Aynı teminat halinde, alacaklı alacağına karşılık, başkasına ait bir mal üzerinde aynı bir hak elde eder ve bu aynı hakkını gerek o şeyin mâlikine, gerekse üçüncü şahıslara karşı bir aynı dava (*actio in rem*) ile ileri sürebilir. Aynı teminattan maksat, her şeyden önce, rehin ve ipotektir. Şahsî teminatın en önemli şekli ise, kefalettir. Kefalet, esas borçlu yanında üçüncü bir şahsın, kefil yani fer'î borçlu olarak, borcun edasını taahhüt etmesiyle, bir borcun teminat altına alınmasıdır. Alacaklı, bu durumda, borçludan başka, kefil ismi verilen üçüncü bir şahıstan da alacağını talep etmek konusunda şahsî bir hak elde eder ve kefile karşı ancak kefaletten doğan şahsî bir dava açabilir.

Roma hukukunun ilk devirlerinde, şahsî teminata aynî teminattan daha çok başvurulmuştur. Zaten; borçlunun vücudu, fizik varlığı ile sorumlu olduğu eski hukukların, gelişmemiş ilk safhalarında durum daima böyledir. Fakat, menkul mal zenginliğinin artması, ferdî toprak mülkiyetinin yayılması ve borçlunun vücudu üzerindeki icranın sertliğinin azalması ile, aynî teminat daha fazla önem kazanmıştır. Bununla birlikte, kefalet, Roma hukukunda, daima önemli bir rol oynamış ve aynî teminatların en mükemmel şekli olan ipotek ise, daha sonra gelişmiştir. Romalı devlet adamı Cato'nun (De re rust. c. 146, 5) devrinde (M.Ö. III ve II. yüzyıllarda) rehin akti, çoğu kere, geçici bir süre için yapılıyor ve imkân olur olmaz yerine bir kefalet tesis ediliyordu. Buna karşılık, Romalı hukukçulardan Faulus (D. 50, 16, 188, 1; 17, 1, 59, 6 M.S. III. yüzyıl) bir kefilin (*fideiussor*) yaptığı taahhüt ile bir rehin aktine veya bir ipoteğe eş değer veriyora benzemektedir. Sonunda ise, aynî bir teminatın, bir kefilin taahhüdünden daha üstün olduğu kabul edilmiştir.

Bu şekilde, Roma hukukunda, devrimizdeki anlayışa erişildiğini görüyoruz.

Kefalet, Roma hukukunun eski devirlerinden itibaren uygulama alanındadır. Alacaklı ile esas borçlunun borcunu taahhüt eden fer'î borçlu, yani kefil arasında şekle bağlı sözlü akitle, *stipulatio* ile yapılır. Kefalet ile *stipulatio* arasında sıkı bir bağ mevcuttur. Zira, *stipulatio* kefaletten doğmuştur.

Roma hukukunda; *obligatio*, (borç) kavramının gelişmesinde, borçlunun «kendini rehine göstermesi» ve «kendine kefil olması» clayının — Cermen hukukunda olduğu gibi — önemli bir rol oynadığı kabul edilmektedir. Zaten, Roma hukukunun sözlü akti olan *stipulatio* yapılırken, alacaklının «bana vermeği taahhüt ediyor musun?» şeklindeki sorusuna, borçlu «taahhüt ediyorum» (*spondeo*) cevabını vermektedir. *Spondere* fiilinin isim şekli *sponsor*'dur ve bu kelime ile Roma hukuk dilinde sadece kefil ifade edilir. Buradan şu mantikî sonuca varmak gerekiyor: Aslında *stipulatio*'nun hukukî fonksiyonu, borçlunun kefaleti kendisi için üzerine almasından ibaretti. Bu durumun, kuzeydeki eski Cermenlerin Borçlar Hukukunda da aynı olduğu görülmektedir.

Kefaletin tarihçesi, yeni usullerin ihdası sebebiyle, birbirinden farklı kuralların uygulandığı devreleri kapsamaktadır.

Roma hukukunda, sonraları, sözlü akitle yapılanlardan başka kefalet şekilleri meydana çıkmışsa da, Iustinianus devrine kadar, en önemli yeri işgal eden normal kefalet şekli *stipulatio* ile yapılandır.

Sözlü akit ile yapılan en eski kefalet şekli *sponsio*'dur. Sonra, *fidepromissio* ve *fideiussio* isimlerini taşıyan ve yine *stipulatio* ile yapılan kefalet şekilleri görülüyor. Iustinianus hukukunda bunlardan yalnız *fideiussio* kalmış, diğerleri zamanla kaybolmuştur. Zaten, modern hukukları etkileyen kefalet müessesesi de, Iustinianus hukukundaki *fideiussio*'dur.

Klasik devrin başlarında, Roma hukuk ilmi ve uygulama hayatı şekle tabi olmayan ve kefalet hizmeti gören başka tipler de ortaya koymuştur: Kredi vekâleti, (*mandatum qualificatum*), başkasının borcunu ödeme vaadi (*constitutum debiti alieni*) ve bankerin müşterisinin borcunu ödeme vaadi (*receptum argentarii*) gibi. Nihayet, bu birbirinden farklı kefalet şekilleri, Iustinianus hukukunda, sistemi düzeltmeye ve birleştirmeye yönelen tek bir düzenlemenin konusunu teşkil etmiştir.

Kefaletin en eski şekli olan *sponsio*'da, esas borçlunun da, *stipulatio*'dan doğan bir borcunun olması, yani onun da kendisi için kefil, *sponsor* olması gerekiyordu. *Sponsio* aracılığıyla yalnız sözlü borçların teminat altına alınabileceği şeklindeki hükmü de bu şekilde açıklamak mümkündür. *Sponsio*, ancak daha sonraki devrelerde, ferî bir borç haline gelmiştir.

Sponsio'da alacaklı kefile: Aynı şeyi vermeyi taahhüt ediyor musun? (*Idem dari spondes?*) diye sorar, kefil (*sponsor*) taahhüt ediyorum (*spondeo*), diye cevap verirdi. Bu formülle sadece Roma vatandaşları borç altına girebiliyordu. Dolayısıyla, *sponsio* usulü, ancak onlara mahsustur. Fakat, *sponsio* çok eski devirlerde kullanılan bir formülle kavimler hukukuna (*ius gentium*'a) girmiştir. Yabancı kimselerle yapılan hukukî muamelelerde de kefalete ihtiyaç duyuluyordu. Dolayısıyla, Roma devletindeki yabancıların da kefalet yapmasına imkân sağlamak gerekti. *Fidepromissio* ismini alan bu kefalet şekli, Roma hukuku doktri-

nindeki bir fikre göre, yabancılar *praetor*'luğunun ihdasından, yani, M.Ö. 242 yılından sonra uygulanmaya başlanmıştır.

Fidepromissio'da, *spondere* değil, *fide promittere* terimi kullanılıyordu. Alacaklı kefile: «*Idem fidepromittis?*»: aynı şeyi şerefine üzerine vaad ediyor musun? diye sorar, kefil de (*fidepromissor*) «*fidepromitto*» (şerefim üzerine vaadediyorum, diye cevap verirdi. (Gai., 3, 115-116; 118).

Burada kullanılan terimlerle, *fides* (şeref, sadakat) kavramının doğduğunu görüyoruz. Bu kavram, kefilin şerefini, sadakatını rehnetmek şeklinde, Cermen hukukunda da önemli bir rol oynamıştır.

Zaten, bu formüllerin menşei, belki de, henüz ilkel dinî yemin niteliği taşıdıkları döneme kadar gider ve daha sonra soru-cevap şeklini almışlardır.

Birçok bakımdan birbirine benzeyen *sponsio* ve *fidepromissio* sıkı şekil şartlarına bağlıydı. Uygulama alanları da çardı. Zira, sadece sözlü borçları, yani belirli sözlü şekillerle meydana getirilen borçları teminat altına alırdı (Gai. 3, 119).

Diğer taraftan, *sponsio* ve *fidepromissio*'nun asıl borçtan hemen sonra yapılması gerekiyordu. Aksi halde, yani esas borçlu ile alacaklının taahhütleri henüz hafızalarda canlı olmadan, «aynı şeyi vaad ediyor musun?» şeklindeki sorunun anlamını açıklamak zor olacaktır. Gaius (Gai., I., 3, 177), Sabinianus mektebi taraftarlarının, borçluya bir kefilin (*sponsor*'un) daha sonra katılabilmesi için aynı şahıslar arasında yenileyici bir *stipulatio* yapılmasını gerekli bulduklarını, yazmaktadır. Bu da, başlangıçta, *sponsor* ve esas borçlunun aynı zamanda taahhütte bulunmak zorunda olduklarını gösterir. Proculianus mektebi taraftarları ise, bir kefilin katılması veya kefaletin kaldırılması için, yenilemenin gerekmediği fikrindeydiler. Bu yüzden de, *sponsor* daha sonra taahhütte bulunabilir ve esas borçlu bununla borcundan kurtulmuş olmazdı.

Taahhüdü yapan kimse, bizzat borçlanmamış olsa bile, *sponsor* ve *fidepromissor*, muteber olarak borç altına girerdi. Meselâ bir kadının veya vasisinin *auctoritas*'ı (yardımı) olmadan bir küçüğün borç altına girmesi yahut bir kimsenin ölümünden son-

ra bir şeyin verileceğini vaad etmesi gibi (Gai. I, 3, 119). Bir köle veya bir yabancı taahhütte bulunmuşsa, onun için *sponsor* yahut *fidepromissor* olanın borçlanıp borçlanmayacağı meselesi Gaius tarafından ortaya konulmuş, fakat çözüme bağlanmamıştır.

Sponsor veya *fidepromissor*'un taahhüdünden mirasçıları sorumlu olmazdı. *Fidepromissor*'un yabancı olup kendi hukukunda durumun başka türlü düzenlenmiş olması hali bunun dışında idi. Bu teminat, kefilin ölümü ile sona eren tamamen şahsî bir borçtu. Bunun da, sebebi, menşesinde kefilin kendi fizik varlığı ile sorumlu olmasındadır. Bu sorumluluk, kefilin cesedinde, meselâ gömülmesine karşı koymamak şeklinde uygulanmazsa, kefilin ölümü ile sona ererdi. Kefilin borcu, asıl borçtan daha ağır olmaz. Asıl borç; ifa, davanın tesbiti (*litis contestatio*) ile sona ererse, kefilin borcu da sona erer.

İlk önce, kefilin taahhüdü oldukça sert kurallara bağlıydı. Zira, borcun ferî niteliği daha sonraları tanınmıştır. Kefil ile esas borçlunun hukukî durumları arasında belirli bir fark sağlayan kanunlardan önce, *sponsor*'lar ve *fidepromissor*'lar, Gaius'un belirttiği gibi (Gai. I. 3, 122) müteselsil borçlu olarak kabul ediliyorlardı. *Sponsor*, borcun bütünü için takip edilebilirdi. Alacaklının önce, esas borçluya başvurmasına lüzum yoktu. İlkel hukuk, borcu ödeyen kefilin, esas borçluya rücu etmesi için kanunî bir imkân tanımıyordu.

Menşesinde, kefilleri aynı ailenin veya kabilenin üyeleri arasındaki kişiler meydana getiriyordu. Borçları eşitti ve birbirlerine rücuları, kendi gruplarının kuralları veya kabilerin örf ve âdeti ile sağlanıyordu. Bu taahhütler muhtemelen, âmme ve hususî hukuk para cezalarını ödemek için yapılıyordu. Eski kefaletin daima para tutarı hakkında olması, bu şekilde açıklanmaktadır.

Clients'ler, yani krallık devrinde ve Cumhuriyetin ilk yüzyıllarındaki Romalı bir aile reisinin himayesindeki yabancı menşeli hür kişiler kalmayınca, aile ve kabile birliği eski gücünü kaybedince, borçlular teminat gösterecek kişileri, kendi gruplarının dışında aramak zorunda kaldılar.

Diğer taraftan, M.Ö. 4. yüzyılda, *nexum*, yani borçlu hür kişinin, borcunu ödeyinceye kadar, alacaklının emri altında çalış-

ması usulü kaldırılmıştı. Fetihler sonucu ticaret hayatı geliştiği için, başka teminat şekilleri gerekiyordu. Kefil olacak kişilerle sözlü akit yapılmaya başlandı.

Bu şekilde, üçüncü bir şahıs, *stipulatio* ile yapılan akit ile borcun ifasını teminat altına almaya başladı. Ayrıca, Romada, çok eski zamanlardan beri davalarda, *vades*, *praedes* isimleri verilen ve kefil fonksiyonu gören kişilere rastlanmaktadır.

Roma toplumundaki ilk kefiller, aynı aile veya grup içindeki kişilerden oluşuyordu. Fakat, bu tür dayanışmalardan doğan bağların gevşemesi ile az çok yabancı bir şahsın borcunu teminat altına almak için kefil bulmak güçleşti. Kefiller, sistemin sert hükümlerinden çekiniyorlardı. Kefilleri korumak, sorumluluk sürelerini kısaltmak, esas borçluya rücu etmelerini sağlamak ve alacaklının haklarını tahdid etmek için bir seri kanun çıkarıldı. Tarihlerini kesin olarak bilemediğimiz bu kanunların birincisinin Publilia kanunu olması gerekmektedir. Zira, bu kanun sadece *sponsor*'lardan bahsetmektedir. Sonrakiler, *fidepromissor*'lara, sadece sonuncusu *fideiussio*'ya uygulanmıştır.

Publilia kanunu, ödemede bulunan kefilin esas borçluya karşı, etkili bir şekilde rücu etmesini sağladı. Borcu ödeyen *sponsor*, eğer altı ay içinde ödemediğini esas borçludan alamazsa, ona karşı *manus iniectio pro iudicati*'yi (bir hâkim kararı varmış gibi el koymayı) uygulama imkânı vardır. Yani bir mahkûmiyet hükmü verilmiş gibi, onun şahsı üzerinde icraya geçilir. Halbuki, daha önce, bir dava görülüp, esas borçlu mahkûm edilmemiştir.

Roma hukuku doktrininde bu müeyyidenin ağırlığı, çeşitli şekillerde açıklanmaktadır. Burada, *cliens*'lerle yani Roma'lı bir aile reisinin patronu olduğu kişilerle, patron'arı arasındaki hileli hareketlere müeyyide koyan, adetâ kutsal ilişkinin hafifletilmiş bir durumu görülür. Ayrıca: *redemptus*'ların (fidyesi ödenecek düşmandan kurtarılan kimselerin) durumu ile de bir yakınlık bulunur. *Formula* usulünde, *actio depensi* bu *manus iniectio pro iudicati*'nin yerini almıştır. Bu dava ile kefil ödemediğinin iki mislini ister (Gai, 3, 127; 5, 22).

Mukaveseli, hukuk, hize, kefilin borçlu üzerinde bir hâkimiyet hakkı elde ettiğini göstermektedir. Alacaklı kefilin şahsına el koymak istediği zaman kefil, bu hakka dayanarak, borçluyu alıp

infaz için alacaklıya verirdi. Alacaklının kendisine el koymasını beklemek zorunda değildi. Publilia kanunda da, bu usulün izi kalmıştır.

Publilia kanunundan sadece *sponsor*'un faydalanması, bu kanunun kabulü sırasında, muhtemelen *fideproissio*'nun henüz uygulama alanına girmemiş olmasındadır. Kanun, önceden verilmiş bir mahkûmiyet kararı olmadan uygulanan en eski *manus iniectio*'yu ihdas etmiş benzemektedir.

Tarihi bilinmeyen, fakat Gaius'a göre (Gai., I, 3, 122) Furia kanunundan önce olan Apuleia kanunu, *sponsor* ve *fidepromissor*'ların birbirlerine rücu etmeleri imkânını sağlar. Aynı borçtan dolayı kefil olanlar arasında «bir nevi şirket» tesis edilmiştir. Eğer kefillerden biri, temin edilen borçta, hissesine düşünden fazlasını ödemişse, borcun bütün kefiller arasında bölünmesi gerekir. Gerektiğinden daha az ödeyene veya hiçbir şey ödemeyene karşı dava açılabilirdi. Digesta'da (Paul., 50, 16, 32) «bunların tediye de bulunmasalar bile, tediye etmiş sayıldıkları» belirtilmektedir. Bu şekilde, kefillerin borcu, aralarında bölünmüş oluyordu.

Üçüncü kanun olan Furia kanunu, kefillerin hukukî durumuna yeni bir yumuşama getirmiştir. Hattâ, kefaletin alacaklılar için sağladığı teminatı zayıflatmıştır. Fakat, bu özellik sadece İtalya'da uygulanır. Siyasî sebeplerle çıkarıldığı ileri sürülen bu kanun, İtalya'daki kefillere iki avantaj sağladı: Bunlardan birincisine göre, *sponso*'lar ve *fidepromissor*'lar iki yıl sonra borçlarından kurtuluyordu. İkincisine göre, kefiller arasında eski tensesül kalkıyordu. Eğer birden fazla kefil varsa, alacaklı her birinden borcun tamamını isteyemiyordu. Aciz halinde olsun veya olmasın, borcun vadesinde hayatta olan kefiller arasında eşit olarak bölmek zorunda kalıyordu. Bu sebeple, kefillerden birinin ölmüş olması, diğerlerine zarar veriyordu. Fakat, esas olarak, kefillerden her biri, kendi hissesinden sorumlu oluyordu. Kefiller teminatı eyaletlerde vermişse, Apuleia kanunu hükümleri uygulanır. Hattâ, klâsik devirde Gaius eyaletlerdeki *sponsor*'lara ve *fidepromissor*'lara, Hadrianus tarafından *fideiussor*'lar için ihdas edilen borcun bölünmesini istemek imtiyazını (*beneficium divisionis*) tanıyıp tanımamakta tereddüt etmektedir.

Furia kanunu, *sponsor*'a kendisini hissesinden fazla ödemeye zorlayan alacaklıya karşı *manus iniectio pro iudicati* veriyor-

du. Formula usulünde ise, *actio legis Furiae*'den yararlanmıştı (Gai. I., 4, 109). Apuleia ve Furia kanunlarının M.Ö. III. yüzyılın son yarısında çıkarıldığı kabul edilmektedir.

Konumuzla ilgili dördüncü kanun olan Ciceria kanunudur. Müelliflerin çoğunluğuna göre, *formula* usulü ile aynı tarihlerde (M.Ö. 150 yılına doğru) çıkarılan bu kanun, *sponsor* ve *fidepromissor* kabul eden alacaklıyı, yüksek sesle ve şahitler önünde, kefillerin temin edeceği borcun tutarını bildirmekle mükellef tutar. Borç altına girecek olan kefillerin sayısını da açıklamak zorundadır. Kanunun amacının, Furia kanununun kefilleri verdiği borcun bölünmesi imkânını önlemek olduğu, genellikle, kabul edilir. Bu bölünmeden kaçınmak isteyen alacaklı, bir kefilin taahhütte bulunduğu ilk akitten sonra, borçludan başka kefiller de istiyordu. İlk kefil, sonraki kefillerin varlığını bilmediği için, borcun bölünmesini isteyemiyordu. Fakat bu kanun, bütün *sponsor*'ların aynı anda, asıl borçludan hemen sonra taahhüt altına girdiği bir devrede kabul edilmiştir. Furia kanununun, İtalya'daki kefiller için sağladığı imkânı önlemek istemesini kabul etmek güçtür. Amacı, önceden tarafların rolünü belirtmek, kimin esas borçlu olduğunu açıklığa kavuşturmak ve kefillerin sayısını tespit etmektir.

Alacaklı, eğer sözü geçen ön beyanı yapmazsa, *sponsor*'lar veya *fidepromissor*'lar otuz gün içinde mahkemeye başvurarak, alacaklının kanunun gerektirdiği bu beyanı yapıp yapmadığı konusunda karar verilmesini isteyebilirler. Yapmadığına karar verilirse, kefiller taahhütlerinden kurtulur. Gaius (Gai., I., 3, 123) Ciceria kanununun *fideiussor*'lardan bahsetmediğini, fakat uygulama alanında *fideiussio* şeklindeki kefalette de benzer bir ön beyanın yapıldığını belirtmektedir.

Cornelia kanunu, bu konudakilerin beşincisidir. Kefillerin hukukî durumunda yumuşama sağlayan kanunlar, şüphesiz, kefalette az çok bir kötüye kullanma meydana getirmişlerdi. Bu yüzden, Cornelia kanunu, sosyal ve iktisadî amaçlarla, bir kefilin belirli bir borçlunun borçlarını temin konusunda sınırlama getirdi. M.Ö. I. yüzyılda çıkarılan bu kanun, aynı borçlu için aynı yıl içinde, aynı alacaklıya karşı 20.000 *sesters*'ten fazla borç anılmasını yasak etti. Böylece, yüklenilen borcun en üst sınırını tespit etmiş oldu. Sözlü kefaletin bütün şekillerine, yani *sponsio*,

fidepromissio ve *fideiussio*'ya uygulanmıştır. Kanun, «*pecunia credita*» terimini kullanmaktadır. Fakat, bu verilen ödüncü belirten kavrama geniş anlam verilir. Söz konusu terim altında, her türlü eşya kastedilmiştir. Konusu bir miktar para, şarap, buğday veya belirli bir şey (köle, arazi) olan borçlara uygulanır. Bununla birlikte, kanun bazı hallerde, sınırsız bir tutar için teminat kabul edilmesine izin vermiştir. Bir cihaz veya vasiyetnameden doğan borç yahut hâkimin emri ile ifası gereken için, teminat verilmesi halleri, bu istisnalara örnektir.

Sponsio ile *fidepromissio*;

Kefilin borcunun ölümü ile sona ermesi, sadece sözlü akitten doğan borçlarda teminat teşkil etmesi, asıl aktin yanında yapılması ve sözünü ettiğimiz kanunların uygulamaları sonucu, artık alacaklılar için yeterli bir teminat olmaktan çıkmıştı. *Publilia* ve *Furia* kanunları, kefillere o kadar elverişli bir durum yaratmıştı ki, bu defa, alacaklıların menfaatlerini korumak gerekti. Değişen günlük hayatın ihtiyaçları, daha serbest bir kefaletin eksikliğini duyuruyordu. Gelişen ticaret hayatının sonucu olarak, önemli işler için krediye ihtiyaç vardı. Büyük ticarî işlere girişen kimsele- re, elverişli teminatlar göstermek gerekiyordu. İşte bütün bu sebeplerle, hukukçular, yeni bir teminat *stipulatio*'su şekli buldular: Kredi verilmesini zorlaştıran eski kanunların uygulanmadığı bu kefalet şekli, *fideiussio*'dur. Bu usul, öncekilerden çok daha geniş ve elâstikiydi. Zira, artık, kefaletten hemen önce, asıl borçlu tarafından sözlü bir borç altına girilmesi gerekmiyordu. Hukukçular; sözlü, yazılı, aynî veya rızâî akitten olsun, akitlerden doğan borçların ifasının bu usulle teminat altına alınabileceğini kabul ettiler. Nihayet, *Ulpianus*'un (D. 46, 1, 8, 5) tereddüdüne rağmen, post-klasik hukukta, bir *fideiussor*'un taahhüdünün, haksız bir fiilden doğan borcun ifasının da teminat altına alacağı kabul edildi. *Cicero*'nun eserlerinde, yani M.Ö. I. yüzyılda *fideiussio*'dan bahsedilmemektedir. Modern romanistler, *Labeo*'dan bir süre önce (yani Milat sıralarında) uygulanmaya başladığını kabul etmektedirler.

Fideiussio; kavram ve hukukî gelişme safhası olarak, pretor hukukunun, *actio quod iussu* ile aynı düşünce tarzına dayanır. Nasıl ki, aile reisi verdiği bir izin veya emirle hâkimiyeti altındaki aile evlâdı veya kölenin yaptığı hukukî muamelenin sonuçları-

na katlanıyorsa, *fideiussor* da, esas ilgili tarafından girilen borcun sorumluluğunu üzerine almaktadır. *Pater familias*'ın (aile reisinin) hukukî muamele yapan aile evlâdının yanında, ek bir sorumluluk olmakla birlikte, hukukî muamelenin tamamından sorumlu olması gibi, *fideiussor* da, asıl borçlunun sorumlu o'duğu borcun tamamını ödemeyi taahhüt etmiştir. Diğer taraftan, *fideiussio*'da eski kefalet şekillerindeki grup veya aile ilişkisinden farklı olarak, ticarî bir nitelik görmek doğru olur.

Bu kefalet aktinin özelliklerini şu şekilde toplayabiliriz:

Fideiussio, alacaklı ile kefil arasında *stipulatio* yoluyla yapılır. Meselâ, alacaklı esas borçlunun borcunu kastederek, «aynı şeyi şerefimle bana temin ediyor musun?» diye sorar, borçlu da «taahhüt ediyorum» (*fideiubeo*) diye cevap verir. Veya, «aynı şeyi vereceğimi şerefimle bana vaad ediyor musun?» «şerefimle vaad ediyorum» şeklindeki soru ve cevapla yapılır. Burada; yine, itimat, sadakat, şeref gibi anlamlara gelen fides kavramı ile karşılaşırız. Roma hukuku doktrininde ileri sürülen bir fikre göre, *fideiussio*, klasik devirde yazılı olarak da yapılıyordu. Borçlar Kanunumuzun 484. maddesinde yer alan kefaletin yazılı şekilde yapılması usulünün, henüz sıhhat şartı haline gelmemekle birlikte, uygulama alanına girdiğini görebiliriz.

Kefilin borcu ferî bir borçtur. Bu özelliği *sponsio*'dakinden daha açık bir şekilde gözükür. Varlığı ve genişliği esas borca bağlıdır. Bundan dolayı, asıl borcun temerrütten doğan sonuç'arını da, meselâ temerrüt faizini de kapsar. Kefil, esas borçlunun kendi taahhüdüne karşı ileri sürebileceği defileri de kullanabilir. Kefilin borcu, esas borçlunun borcunu aşamaz. Aksi halde, kefalet batıldır.

Esas borçlu herhangi bir sebeple borcundan kurtulursa, ferî borçlu olan kefil de borcundan kurtulur, bir dava ile takip edilemez. Hattâ, borcun ödenmemesi, *fideiussor*'un bir fiilinin sonucu olmaması şartıyla, alacaklı tatmin olmasa da, durum aynı şekildedir.

Bununla birlikte, bazı hallerde dava ile takip edilemeyen bazı tabii (eksik, davasız) borçlar, bu arada kölelerin borçları bir kefilin taahhüdü ile teminat altına alınabilirdi. Meselâ, kölenin borçlu olduğu üçüncü bir şahsa veya kölenin bizzat efendisine

karşı fideiussor olunabilir. Ancak, bu halde de, herhangi bir sebeple, meselâ alacaklının esas borçluyu ibra etmesi veya üçüncü bir kişinin bu tabii borcu ödemesiyle tabii borç ortadan kalkarsa, kefilin borcu da sona ererdi.

Fideiussor, kefilleri iki yıl sonra borcundan kurtaran ve teminat borçlarını ölümleri ile sona erdiren, eski veya kanunî kuralları ileri süremez. Kefilin taahhüdü devamlıdır ve mirasçılarna geçer. Borcun tamamından sorumludur. Ne Publilia kanununun tanıdığı rücu imkânını, ne de Furia kanununun borcun bölünmesini istemek imkânını ileri sürebilir. İmparator Hadrianus'un, borcun bölünmesini istemek imtiyazına kadar, her kefil, kefillerin sayısı ne olursa olsun, borcun tamamını ödemeye zorlanabilirdi.

Alacaklının fideiussor'larla ilişkisi şu şekildedir: Bir borç için müteaddit kefillerin bulunması halinde, eskiden sorumlulukları müteselsildi. Yani, her kefil, borcun tamamı için takip edilebilir, alacaklı hangisine isterse başvurabilirdi. Kefillerin birden fazla olması halinde, İmparator Hadrianus'un koyduğu esasa göre (M.S. II. yüzyıl), kendisinden borcun tamamı talep edilen kefil, *beneficium divisionis*'i (borcun bölünmesini istemek imtiyazını) ileri sürebilirdi. Davanın tespiti sırasında, alacaklıdan, aciz halinde olmayan bütün *fideiussor*'lar arasında, davayı bölmesini isteyebilirdi. Fakat, bu tedbir bazen bütün yükün, aciz halinde olmayan tek *fideiussor*'a yüklenmesini önleyemedi.

Borcun bölünmesi için kefile imkân sağlayan Hadrianus'un emirnamesinin uygulanması pretor beyannamesi ile sağlanmıştır. Eğer, alacaklı diğer fideiussor'ların da ödeme gücü olduğunu kabul ederse, borcu onlardan, sadece hisseleri nispetinde istemek zorundadır. Fakat, bu konuda şüphesi varsa, «*in solidum*» (borcun tamamı için) bir *formula* verilmesini ister. Magistra, *formula*'ya bir *exceptio* koyar ve hâkime mahkûmiyet kararı vermeden önce, kefillerin ödeme güçleri olup olmadığını incelemesini bildirir. Eğer, bir *fideiussor* aciz haline düşer veya mirasçı bırakmadan ölürse, bunun sonucuna diğer kefiller katlanır.

Kefilin defi yoluyla ileri sürdüğü bu imtiyaz sonucu, kefiller arasında müteselsil sorumluluk durumu, klasik devirden itibaren kısmî sorumluluk haline gelmiş oldu (Gai., 3, 121). Had-

rianus'un emirnamesi, Furia kanunundan farklıdır: *Sponsor* veya *fidepromissor*'lar arasında borcunu ödemekten âciz varsa, onun borcu diğerlerine yüklediği halde, *fideiussor*'lardan âciz olanın borcu diğerlerine yüklenir. Bunun da, alacaklı için daha elverişli bir durum sağladığı görülmektedir.

Bu görüşün etkilerini, Borçlar Kanunumuzun 488. maddesinde görüyoruz. Hukukumuzda da, her kefil, borcun kendi hissesine düşen kısmından sorumludur. Ancak, diğerlerinin hisseleri için de, kefile kefil durumundadır. Bununla birlikte, aksinin akitle kararlaştırılması mümkündür.

Kefalette en önemli meselelerden biri de, kefilin borcunun birinci derecede bir borç mu, yoksa ikinci derecede bir borç mu olduğu meselesidir. Borç ödenmediği zaman, eğer alacaklı, esas borçluya karşı bir talepte bulunmadan kefile başvurabiliyorsa, kefilin borcu birinci derecede borçtur. Fakat, alacaklının önce esas borçluyu takip etmesi ve ondan bir şey elde edemezse, kefile müracaatı gerekiyorsa, kefilin borcu ikinci derecededir.

Roma hukukunda, klasik devirde ve Iustinianus'un ilk yıllarına kadar, kefilin borcu birinci derecedeydi. Alacaklı ister kefil, isterse esas borçluyu takipte serbestti. Alacaklı da, ödeme gücü elverişli olanı, asıl borçluyu veya kefilini seçiyordu. Zira, usul hukuku, kuralları, değişik borçluları birbiri arkasından takibe imkân vermiyordu. Bu yüzden ödeme gücü az olan esas borçluyu takip eden alacaklı, daha sonra kefilin borcu ödemesini veya esas borçlunun ödemediği kısmı isteyemezdi. Zira, *litis contestatio*'nun borcu sona erdirici etkisi ve aynı ihtilâf için iki defa dava olmaz (*bis de eadem re ne sit actio*), kuralı ile karşılaşacaktı. *Fideiussor*, esas borçlu ile aynı şeyi vaadetmiştir. Alacaklı, önce esas borçluya dava açar ve o âciz halinde olursa, sonra kefile karşı dava açamazdı. Kesin bir seçim yapmak zorundaydı.

Bununla birlikte, klâsik hukukta, örf ve âdetin, esas borçlu ödemeye hazırken, kefilin takip eden alacaklının, borçlunun şerefine tecavüz ettiğini kabul ettiğine dikkat etmek gerekir. Zira, onun âciz halinden şüphe etmiştir. Borçlu, şahsiyetine tecavüz edilmesi sebebiyle *actio iniuriarum* açabilir. Dolayısıyla, alacaklı önce, esas borçluyla görüşmeye zorlanmaktadır. Diğer taraftan, alacaklı *actio iniuriarum* sonucu, ancak esas borçlu âciz halinde

değilse, mahkûm olacaktır. Fakat; çoğu kere de, esas borçlu âciz değilse, alacaklı zaten önce kefile başvurmayacaktır.

Klasik devirde, *fideiussio indemnitatis* hali dışında kefilin taahhüdünün ikinci derecedeki niteliği belirmemişti. Bu nevi kefalet, alacaklının esas borçludan alamamış olduğu kısma aitti. Bu nevi kefalet, alacaklının esas borçludan alamamış olduğu kısma aitti. Bu *fideiussio*, hakikî ve tam bir kefalet olmayıp bağımsız bir borç doğurur ve söz konusu borç alacaklı esas borçlu tarafından tamamen tatmin olunmamışsa, ifa olunurdu. Kefille, esas borçlunun borcunun konusu aynı olmadığı için kefilin borcu, alacaklının esas borçlu ile yaptığı *litis contestatio* ile ortadan kalkmayacaktır.

Aynı amaçla, uygulama alanında Diocletianus'un bir emirnamesi (M.S. III. yüzyıl sonu), alacaklının seçim hakkını kaldıran anlaşmaların varlığını göstermektedir. Bu anlaşmalara göre, alacaklı önce esas borçluya başvuracaktır. Dolayısıyla, *litis contestatio*'nun borcu sona erdirici sonucundan kaçınılmaktadır. Bu anlaşmalar, Son İmparatoriuk devrinde *fideiussio*'un *litis contestatio*'nun borcu sona erdiren etkisini kaldıran yeniliğini hazırlamaktadır.

Alacaklının, önce kefile başvurması ancak 535 yılında, Iustinianus'un 4. Novella'sı ile önlenmiştir. Bu kanuna göre, kefil esas borçluya başvurmadan kendisini takip eden alacaklıya *beneficium excussionis* denilen bir defa ile sürerek, önce esas borçluya müracaatını istemek hakkını elde etmişti. Iustinianus'un bu yeniliği ile kefilin borcu ikinci derecede olmuş, fakat kefalet eski değerini biraz kaybetmişti. Alacaklının, bir şey elde edemeyeceğini bilmesine rağmen bile, önce esas borçluyu takibi gerekiyordu. Fakat borçluya karşı açılacak davada bazı güçlüklerle de karşılaşılabilirdi. Meselâ, borçlunun uzakta olması veya tabii bir borçtan sorumluluğu gibi. Bu hallerde, alacaklının kefilleri takip amacıyla, önce borçlunun ödemedede bulunması için boş yere uğraşması gerekiyordu. Bu yüzden, esas borçlu yoksa, *beneficium excussionis* uygulanmaz.

Iustinianus'un kefilini koruyan bu prensibi, günümüz hukukunda da yaşamaktadır. Borçlar Kanunumuzun 486. maddesine göre, âdi kefalet halinde alacaklının önce esas borçluyu takibi

gerekir. Bununla birlikte, taraflar bunun aksini kararlaştırabilir ve bu takdirde hukukumuzda müteselsil kefaletten söz edilir (BK. 487).

Dolayısıyla, Roma hukukunda Iustinianus'a kadar, kefilin borcu açısından kefalet, müteselsil kefalet idi. Iustinianus'un yeniliğiyle bugünkü âdi kefalet durumuna gelmiştir.

Fideiussor'ların esas borçlu ile ilişkilerine gelince; bu kefilin veya kefillerin esas borçlunun borcunu ödemeleri halinde, rücu hakkında söz konusu olur.

Fideiussor ödediği miktarı, kefil olmak sıfatı ile esas borçludan talep edemezdi. Kanunî bir imkânı, meselâ *sponsor* gibi, *actio depensi*'si yoktu. Fakat, hukuk ilmi, vekâlet aktinden doğan dava ve davaların devrini istemek imtiyazı ile *fideiussor*'un yardımına gelmiştir. Herşey, *fideiussor*'un borcu temin etmesine yol açan, önceki hukukî ilişkiye dayanıyordu. Rücu hakkının temelini, esas borçlu ile kefil arasındaki iç münasebette aramak gerekir. Kefil, genellikle, esas borçlunun verdiği vekâlete göre hareket ediyordu. Alacaklıya ödediğini geri alabilmek için, esas borçluya karşı, *actio mandati contraria*'yı açıyordu. Esas borçlunun haberi olmadan kefalet aktini yapmışsa, vekâletsiz iş idaresi (*negotiorum gestio*) söz konusu oluyordu ve kefil *actio negotiorum gestorum contraria*'yı açmak imkânını elde ediyordu. Fakat, ödemi ile borçluya bir bağışlamada bulunmak istemişse, rücu hakkı yoktu.

Yalnız, vekâlet aktinin azil veya ölümle sona ermesi gibi bazı mahzurları vardı. Ayrıca, vekâletten şahsî bir dava doğuyor ve başka teminatları kapsamıyordu. Eğer, esas borçlu âcizse, kefil *actio mandati* ile bir şey elde edememek tehlikesi ile karşılaşılıyordu. Zaten, alacaklı da, esas borçlunun bu durumdan kaçınmak için, kefilin ödemedede bulunmasını istemiştir. Bu taleple karşılaşan *fideiussor*'un alacaklının hakkına halef olarak da borçluya rücu etmesini kabul etti. Bunun için de, kefil alacaklıdan, esas borçluya karşı olan dava hakkını kendisine devretmesini ister. Kefile tanınmış olan bu imtiyaza, davaların devrini istemek imtiyazı (*beneficium cedendarum actionum*) denir. Kefil, asıl borçluya karşı olan davaları devrettiği takdirde, alacaklıyı tatmine mecburdur. Alacaklı temlik etmezse, kefil ödemeyi reddedebilir.

Zira, hukuk ilmi davaları devretmediği takdirde, hileli hareket ettiğini kabul etmiştir. Bu devir, hile defii ile elde edilmiş olmaktadır. Bu imkân davanın başında ve açıkça istenmelidir. Bu şekilde, kefil alacaklının açabileceği davaları, kendisi esas borçluya karşı açar. Alacaklının haklarına halef olan kefil, aynı borç için, alacaklıya gösterilmiş diğer teminatlardan, meselâ varsa, ipotek veya başka kefaletten faydalanır. Roma hukukunda, alacaklının davalarını borcu ödemiş olan kefile ödemesi, özel bir devir muamelesi ile meydana geliyordu. Zira, bu devir, hukuken bazı güçlükler ihtiva ediyordu. Çünkü kefilin borcu ödemesiyle, alacaklının alacak hakkı sona eriyor ve bu sebeple temlik edilmesine imkân kalmıyordu. Dolayısıyla, temlik ödemededen önce yapılmalıydı. Bu zorluklardan kaçınmak için, Romalı hukukçu'ar, kefilin ödemesini, alacağın itibarî kıymetine göre satımı şeklinde kabul etmişlerdir. Bununla birlikte, bu hüküm, muhtemelen, kaskas n-rası devreye aittir. Modern hukukçular, bu fikri sadeleştirmiş ve tatmin edilmiş olan alacaklının alacağının kanunen kefile intikali esasını, kefilin borcu ödemesine bağlamışlardır.

Bugünkü hukukumuzda da kefil bu nevi rücu hakkını kullanabilir. Ancak, borcu ödeyen kefil, alacaklının haklarına doğrudan doğruya halef olur, ayrıca bir devir muamelesinin yapılmasına gerek yoktur (BK. 496). Bu şekilde, Borçlar Kanunumuzun 496. maddesinde yaşayan prensibin temelini de, Roma hukukunda bulmaktayız.

Fideiussor'ların kendi aralarındaki ilişkileri şu şekildedir: Borcun kefiller arasında bölünmesi imtiyazını istememiş veya bunu isteyecek şartlara sahip bulunmayan *fideiussor*, borcun tamamını ödemek zorundadır. Fakat, borçta kendi hisselerine düşeni ödemeleri için, diğer *fideiussor*'ları zorlayacak kanunî bir imkânı yoktur. Nihayet, diğer *fideiussor* veya *fideiussor*'lara karşı da, davaların devri imtiyazından yararlanmasına ve alacaklının davalarını açmasına izin verildi. Bu şekilde, her kefilen borca katılmasını isteyebiliyordu. Alacaklının diğer kefillere karşı sahip olduğu alacak hakkını, borcun tamamını ödemeye hazır olana devrettiği farzedilmiştir.

Fideiussio'nun, *sponsio* ve *fidepromissio*'ya üstünlüğüne rağmen, bazı mahzurları da vardı. Bir taraftan, *litis contestatio*'nun borcu sona erdirici niteliği sonucu, esas borçlunun ödeme gücü

şüpheli ise, Iustinianus'tan önce, esas borçluyu takip etmezdi. Bu ise, tarafların niyetine ve hakkaniyete aykırıydı. Diğer taraftan, *fideiussio*, *stipulatio* ile yapıldığı için sağır ve dilsizler arasında, daha önemlisi hâzır olmayanlar arasında yapılamazdı. Bu sebeple, kefalet hizmeti görmesi için başka usullere başvuruldu. *Praetor* anlaşmalarından olan *constitutum* anlaşmasından yararlandı. Başkasına ait olup, konusu para veya sair misli eşya olan borcun ödenmesi *constitutum debiti alieni* yoluyla da vaad edilebilirdi. Bu vaad şekle tabi değildi. Pretor anlaşmasının ve esas borçlu ile yapılan aktin bağımsızlığı sebebiyle, *litis contestatio*'nun borcu sona erdiren niteliği tehlikesiz bir hale geliyordu. Başkasının borcunu teminat altına alan diğer bir vasıta, Ortaçağda müfessirlerin *mandatum qualificatum* dedikleri kredi vekâleti idi. Borçlar Kanununun 400. maddesinde itibar emri denilen kredi vekâleti ile bir kimse kendi sorumluluğu altında üçüncü bir şahsa kredi açması için bir başkasına vekâlet vermektedir.

Iustinianus hukuku, konumuzla ilgili alanda yenilikler getirmiş ve kefalet konusundaki kuralları birleştirmiştir. Zaten, modern hukukları etkileyen kefalet müessesesi de, Iustinianus hukukundaki *fideiussio*'dur. Bu hukukta, *constitutum debiti aileni* ile bankerlerin müşterileri için yaptığı bir nevi kefalet olan *receptum argentarii* anlaşması birleştirilmiştir. *Sponsio* ve *fidepromissio* kaldırılmış ve bunlardan bahseden klasik metinler *fideiussio* için kullanılmıştır. Kredi vekâleti, *fideiussio* ile eşit hale getirilmiştir. Bu durum *Digesta*'nın *interpolatio*'ya uğramış bir metninde (Iul. D. 17, 1, 32) belirtilmektedir: «Hâzır bulunan bir *fideiussor*'un sorulan soruya teminat cevabı vermesi ile, hâzır veya uzakta bulunan bir kimseye vekâlet vermek arasında büyük bir fark yoktur». *Stipulatio*'nun şekilciliğinin kalkması ile, önemli fark, *fideiussio*'da, tarafların hazır bulunması olayında kalmıştır.

Birinci yenilik, *litis contestatio*'nun sona erdirici etkisi açısından, *fideiussio* ile kredi vekâleti arasındaki farka son verilmesidir. Zaten, daha önce de, uygulama alanında, ve hukuken, kredi vekâleti ve *constitutum* ile bu amaca erişiliyordu. Bu şekilde, klasik devirden itibaren başvuru olan *fideiussio indemnitis* gibi çarelere başvurma ihtiyacı kalmadı. Bu hakiki ve tam olmayan *fideiussio*, alacaklının, esas borçludan alamamış olduğu kıs-

ma aitti. Bağımsız bir borç doğururdu ve bu borç, genellikle esas borçlunun aczi sonucu, alacaklı tamamen tatmin edilmemişse ifa olunurdu. (D. 45, 1, 116). Bu şekilde, kefilin vaadi ferî bir nitelik alıyordu. 531 yılında (C. 8, 40, 28, 1) uzun süreden beri kaybolmuş bir usul sisteminin kalıntısı olan, *litis contestatio*'nun borcu sona erdirici etkisinin kesin olarak kaldırılmasıyla, başka imkânlar gerekmedi. Bundan sonra, borcun tamamı ödenene kadar, alacaklı birbiri arkasından borçluyu ve fideiussor'ları takip edebiliyordu.

Fideiussio indemnitas hali dışında, kefilin taahhüdünün ferî niteliği hiç bir zaman açıkça belirmemişti. Zira, Diocletianus'un emirnamesi (C. 8, 40, 19, 293), sadece *fideiussio* konusunda değil, vekâlette de, alacaklıya borçlu veya kefilin takip etmekte seçim hakkı veriyordu. Ancak, 535 yılında, Iustinianus, 4. Novella ile bu kuralı değiştirmiştir. *Litis contestatio*'nun borcu sona erdirici etkisinin kaldırılmasıyla artık, alacaklıyı, borcu, esas borçludan istemesi için zorlamakta ciddi bir mahzur kalmamıştı. Fakat, borçluya karşı açılacak davanın özel güçlükleri olması durumu da vardı. Meselâ, borçlunun uzakta olması veya tabii (davasız) bir borçtan sorumlu olması gibi. Bu halde, alacaklı kefilleri takip etmek için, borçlunun ödemedi bulunmasını boş yere sağlamaya uğraşacaktı. Bu yüzden, esas borçlu yoksa, *beneficium excussionis* uygulanmaz.

Iustinianus hukukunda, *beneficium* imtiyazı, 136. Novella'da, bankerler için özel kurallara bağlanmıştır. *Fideiussor* (kefil) durumundaki banker, bu imtiyazı ileri süremez. Bankerler, kendilerine kefil olanlardan bu imtiyazdan vazgeçmelerini önceden isteyebilir. Kefiller de (yani *fideiussor* ve kredi vekâletinde müvekkil) önce asıl borçlu yararına ihdas edilen mahkûmiyet ile icra arasındaki dört aylık sürenin kapsamı içine alınmıştır. Nihayet, Hadrianus'un kefiller için ihdas ettiği ve kısa bir süre sonra, kredi vekâleti ile kefil olanlara uygulanan borcun bölünmesi imtiyazı kapsamına, *constitutum* anlaşması ile taahhütte bulunan kefiller de alındı.

Bütün kavimlerde borçlar hukukunun en eski kısımlarından birini teşkil eden kefalet hukukunda, Ortaçağ sonlarındaki Cermen hukukunun vardığı sonuçlar, birçok noktalarda Roma hukukuna uymaktadır. Fakat, Borçlar Kanunumuzun 483 ve son-

raki maddelerinin hükümleri, açık şekilde Romalı olan birçok noktaları kapsamaktadır. Önce asıl borçluya müracaat defii (*beneficium excussionis*) bu kabilden olup, Iustinianus 4. Novella'da kefaletin pratik kıymetini zayıflamakla birlikte, bu esas modern kanunların bir çoğuna girmiştir. Nitekim, eski İsviçre hukukunun ve İslâm hukukunun aksine olarak, İsviçre - ve Türk Borçlar Kanunları (TBK. m. 486 - İsv. BK. 495), bu defii hakkını tanımaktadır. Bunun yanında, müteselsil kefalet, BK. 487. maddesinde, Alman hukuku unsurlarının etki ve nüfuzu altında şekillenmiştir. Kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu iki rücu hakkı da, Roma hukuku menşelidir. Bunlardan birisi, iç münasebetten doğan rücu, diğeri, Roma hukukunun *beneficium actionum cedendarum* (davaların devri imtiyazı) prensibine dayanarak meydana gelmiş olan, kanunî halefiyetten doğan rücutur. Müşterek kefillerin sorumluluk durumu (BK. 488) Roma ve Cermen esasları arasında bir durum göstermektedir. Kefaletin Roma hukukundan gelen bir şekil ve türü de, müşterek hukukta *mandatum qualificatum* denilen itibar emridir (BK. 400 vd.).

Modern hayatın ihtiyaçlarına göre, Roma hukukunun kefalet şekilleri değişmiştir. Fakat, ana kavram ve kefaletin şekle tabi olması gibi esas prensipler devam etmektedir. Borçlar hukukumuzda şekil, yine kefaletin sıhhat şartıdır. Bütün bunlar, Türk BK. nun kefalet kavramında da, Roma hukuku prensiplerinin yaşamakta olduğunu göstermektedir.