

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TBK md.162 vd. ile TBK md.61 vd. HÜKÜMLERİ BAĞLAMINDA
MÜTESELSİL BORÇ İLİŞKİSİ

Doktora Tezi

Nurcihan DALCI

09921905

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Ankara 2014

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜTESELSİL SORUMLULUĞA İLİŞKİN TEMEL İLKELER

§ 1 Müteselsil Borçluluk ve Müteselsil Sorumluluk Kavramı	4
I. Terminoloji ve Yasal Düzenleme	4
II. Müteselsil Sorumluluğun Tarihsel Gelişimi, Mahiyeti ve Yasalaşma Süreci	7
A. Roma Hukukunda Müteselsil Sorumluluk	7
B. Bugünkü Müteselsil Sorumluluk Bakımından Roma Hukukunun Önemi	10
C. Müteselsil Borçluluğun Niteliğine İlişkin Görüşler	13
D. Kanunlaştırma Aşamasında Müteselsil Sorumluluğun Kabul Edilmesi	15
1. İsviçre Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Sorumluluğun Kabulü	15
2. Alman Medeni Kanunu'nda Müteselsil Sorumluluğun Kabulü	18
E. İsviçre Sorumluluk Hukukunda Değişiklik ve Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesine İlişkin Ön Tasarıda ve TBK'da Müteselsil Sorumluluğun Düzenlenişi.....	19
F. İsviçre Borçlar Kanunun Genel Hükümlerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2020 Tasarısında Müteselsil Borcun Düzenlenişi (İsviçre 2020 Tasarısı).....	22
III. Müteselsil Borçluluğun Karakteristik Unsurları	25
A. Birden Fazla Borçlu.....	26
B. Her Bir Müteselsil Borçlunun Borcun Tamamından Sorumlu Olması	27

C. Ödemenin Tekliği	30
1. Tam Ödemeye Kadar Sorumluluk.....	32
2. Borçtan Kurtulma Etkisi	32
D. Alacaklının Dilediği Borçluya Başvurabilmesi (Alacaklının Seçim Hakkı)...	38
IV. Müteselsil Borç İlişkisinin Benzeri İlişkilerden Ayrılması.....	40
A. Kısmi Borçluluk	41
B. Bölünemeyen Edimden Doğan Borçluluk	45
C. Elbirliği ile Borçluluk.....	48
§ 2 Müteselsil Borç İlişkisinin Kaynakları.....	50
I. Kanundan Kaynaklanan Müteselsil Sorumluluk	51
A. Ortaya Çıkışı.....	51
1. Ortaya Çıkışta İradenin Etkisi	51
2. Emredici Müteselsil Borç İlişkisi	51
3. İradi Müteselsil Borç İlişkisi	52
B. Kanuni Müteselsil Sorumluluğun Amacı	54
II. Hukuki İşlemden Kaynaklanan Müteselsil Borç İlişkisi	58
A. Hukuki İşlem İle Müteselsil Borç İlişkisinin Kurulması	58
1. Müteselsil Borç Beyanı	58
1.1 Müteselsil Borç İlişkisini Kuran Hukuki İşlemin Tarafları	59
1.2 Dış ve İç Müteselsil Borç Beyanı.....	60
1.3 Şekil.....	61
2. Sözleşmenin Geçersizlik Halleri	62
3. Müteselsil Sorumluluğun Özel Ortaya Çıkış Biçimleri	64
3.1 Borca Katılma Yoluyla.....	64
3.2 Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Yoluyla	66
B. Hukuki İşleme Dayalı Müteselsil Borç İlişkisinin Amacı.....	68
§ 3 Müteselsil Borç İlişkisinin Türleri	68

I. Tipik ve Atipik Müteselsil Borç İlişkisi.....	69
A. Tipik Müteselsil Borç İlişkisi	69
B. Atipik/Tali (Subsidiär) Müteselsil Borç İlişkisi	69
II. Başlangıçtaki ve Sonraki Müteselsil Borç İlişkisi.....	71
A. Başlangıçtaki Müteselsil Borç İlişkisi.....	71
B. Sonraki Müteselsil Borç İlişkisi	71
III. Tam ve Eksik Teselsül	72
A. TBK/İBK'da Buna İlişkin Bir Ayrımın Yer Almaması.....	72
B. Eksik -Tam Teselsül Ayrımının Eleştirisi	77
1. Eski BK md.141'in Lafzı.....	77
2. Eski BK md.50 ve 51'in Sistematiği	78
§ 4 Konunun Kavramsal Açıdan Ele Alınması	81
I. Genel Olarak	81
II. Problemin Ortaya Konması	83
§5 Denkleştirme Kapsamında Rücu (<i>Regress/Rückgriff</i>) ve Halefiyet (<i>Subrogation</i>)	86
I. Rücu	86
A. Genel Olarak.....	86
B. Rücunun Yasal Temeli	87
C. Rücunun Şartları	90
1. Alacaklıya İfada/Ödemede Bulunulmuş Olması.....	90
2. Alacaklıya Karşı Yapılan Ödemenin, Ödemede Bulunan Borçlu İçin İç İlişkide Sorumlu Olduğu Paydan Fazla Olması	92
3. Ortak Def'ilerin İleri Sürülmesinin İhmal Edilmemiş Olması	92
II. Halefiyet	93
A. Genel Olarak.....	93
B. Halefiyet Alacağının Kapsamı.....	96
C. Halefiyet Alacağının Şartları	97

1. TBK md.167'e göre Rücu Hakkına Sahip Olma	97
2. Dış İlişkide Alacaklının Subjektif Etkili İbra Yapmamış Olması.....	97
D. Halefiyetin Hukuki Etkileri	99
III. Rücu ve Halefiyet Arasındaki İlişki	101
IV. Denkleştirme Alacağının Doğuşu ve Hesaplanması	103
A. Sorumluluk Oranları.....	103
1. Kararlaştırılmış Sorumluluk Oranları.....	104
2. Kanuna Göre Sorumluluk Oranları	104
2.1 TBK md.167'de Öngörölmüş Olan Oran	104
2.2 Diğer Kanuni Düzenlemeler.....	106
2.3 TBK md.62 Kapsamında Denkleştirme	107
2.3.1 Eski BK'da Yer Alan Düzenleme.....	107
2.3.2 TBK'da yer alan Düzenleme	114
2.3.2.1 Genel Olarak	114
2.3.2.2 Alman ve İsviçre Hukuku İle Karşılaştırma.....	116
2.3.2.2.1 Alman Hukuku	116
2.3.2.2.2 İsviçre Hukuku	120
2.3.2.3 TBK md.62 Kapsamında Hakimin Takdir Hakkını Kullanması Meselesi.....	121
2.3.2.3.1 Birden Çok Kusur Sorumlusunun Varlığında Rücu.....	122
2.3.2.3.2 Birden Çok Kusursuz Sorumlunun Varlığında Rücu.....	124
2.3.2.3.3 Kusur ve Kusursuz Sorumlunun Varlığında Rücu.....	125
2.3.2.3.4 Sigortacının Varlığında Rücu.....	126
B. Hesaplama	132
1. Denkleştirme Alacağının Borçlusu ve Alacaklısı	132
2. Halefiyet Alacağının Hesaplanması	133
3. Rücu Alacağının Hesaplanması	135

4. Denkleştirme İlişkisinde Kısmi veya Müteselsil Borç?	137
C. Doğuş Anı.....	139
1. Halefiyetten Kaynaklanan Alacağın Geçiş Anı	139
2. Rücu Alacağının Doğuş Anı	139
§ 6 Denkleştirme ve Eksik-Tam Teselsül Ayrımı.....	140
I. Rücu ve Eksik-Tam Teselsül Ayrımı.....	140
II. Halefiyet ve Eksik-Tam Teselsül Ayrımı.....	141
§7 Bireysel İndirim Sebepleri ile Müteselsil Sorumluluğun Sınırlandırılması	143
I. Bireysel İndirim Sebeplerinin Dış İlişkide İleri Sürülebilip/Sürülemeyeceği ile İlgili Tartışma.....	145
A. Sorumluluğun İsnadı ve Kapsamı Probleminin Çözümü Olarak Bireysel İndirim Sebeplerinin Uygunluğu.....	145
B. Öğretide Bireysel İndirim Sebeplerine İlişkin Kabul Edici Tutumlar.....	145
C. Öğreti ve İçtihatlarda Yer Alan Reddedici Tutumlar	149
1. Öğretide Bireysel İndirim Sebeplerini Reddeden Görüşün Gerekçeleri	151
1.1 Müteselsil Sorumluluğun Koruma Fonksiyonu	151
1.2 Zarara Yol Açan Fiile Yapılan Katkının Dikkate Alınmaması.....	153
1.2.1 Zarara Yol Açan Fiilin <i>Ortak Kusurla</i> İşlenmesi Halinde Her Bir Zarar Veren Katkısının Dikkate Alınmaması	153
1.2.2 Zarara Yol Açan Fiilin <i>Farklı Sebeplerle Dayanan Fillerle</i> İşlenmesi Halinde Her Bir Zarar Veren Katkısının Dikkate Alınmaması.....	154
1.3 Dış İlişki ve İç İlişkinin Birbirine Karışması ve Bu Bağlamda Rücutun Geçersizliği.....	156
1.4 Hukuki Yargılama	158
2. Federal Mahkemenin Bireysel İndirim Sebeplerine İlişkin Tutumu.....	161
2.1 Tam Teselsül Durumlarında Federal Mahkemenin Tutumu	164
2.2 Eksik Teselsül Durumlarında Federal Mahkemenin Tutumu	165

C. İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Kapsamında Bireysel İndirim Sebeplerinin Ele Alınması	169
1. Anonim Şirketler Hukuku Revizyonundan Önceki Durum	170
1.1 Sorumluluğun Denetim Kurulunun Üzerine Kaydırılması	171
1.2 Denetim Kurulunun Sorumluluğu ve Sebebe Bağlılık.....	172
2. 1991 Tarihli Anonim Şirketler Hukuku Revizyonu	174
2.1 Maddi Olarak Farklılaştırılmış Teselsül.....	176
2.2 Farklılaştırılmış Teselsülün Uygulanmasına İlişkin Öneri.....	177
2.3 Farklılaştırılmış Teselsülün Usul Hukuku Bakımından Ele Alınması	180
2.3.1 Ortak Dava	180
2.3.2 Toplam Zarar.....	181
2.4 Farklılaştırılmış Teselsülde Rücu.....	183
3. Uygulamada Farklılaştırılmış Teselsül.....	184
3.1 Denetim Kurulunun Sorumluluğunda Bir İyileştirmenin Olmaması	184
3.2 Farklılaştırılmış Teselsülün Kabul Edilmemesinin Sebepleri.....	186
4. Anonim Şirketler Hukukunda Yeni Revizyon	189
4.1 Denetim Kurulunun Sorumluluğuna İlişkin Diğer Değişiklikler.....	189
4.1.1 2007 Ön Tasarısı	189
4.1.2 2007 Tasarısı	190
4.2 Tasarının Olumlu ve Olumsuz Yönleri	190
4.2.1 Denetim Kurulu İçin Sorumluluk Riskinin Azaltılması.....	190
4.2.2 İç ve Dış İlişkinin Birbirine Karışması Problemi.....	191
4.2.3 Mevcut Diğer Problemlerin Çözünsüz Kalması	193
4.2.4 Sadece Denetim Kurulu İçin Getirilen Sorumluluk Ayrıcılığı.....	194
5. Anonim Şirketler Hukukunda Müteselsil Sorumluluğa İlişkin Gelişmelerin Değerlendirilmesi	195
5.1 Anonim Şirketler Hukukunda Müteselsil Sorumluluğun Gelişimi	195
5.2 Farklılaştırılmış Teselsül Doğru Bir Çözüm Müdür?	196

5.3 Farklılaştırılmış Teselsülün Sorumluluk Hukukuna Aktarılıp Aktarılamayacağı Meselesi	198
D. İsviçre Ön Tasarısı Kapsamında Haksız Fiil Hukukunda Bireysel İndirim Sebepleri.....	203
E. Sonuç	205
II. Sınırlandırılmış Müteselsil Sorumluluk Modeli	207
A. İki Aşamada Sorumluluğun Sınırlandırılması	207
1. Sorumluluğun Doğması Aşamasında Sınırlandırma	207
2. Tazminatın Belirlenmesi Aşamasında Sınırlandırma.....	209
2.1 Bireysel İndirim Sebeplerinin Uygulanmasında Müteselsil Sorumluluk Kavramı	209
2.1.1 Kanun ya da Müteselsil Sorumluluk Sistemi ile Bireysel İndirim Sebeplerinin Dışlanmaması.....	209
2.1.2 Bireysel İndirim Sebepleri ile Birlikte Müteselsil Sorumluluk Kavramı	211
2.2 Tam Sorumluluğun İstisnası Olarak Bireysel İndirim Sebepleri	214
2.3 Tazminattan İndirim Sebepleri.....	216
2.3.1 Zarar Göreni İlgilendiren Durumlar	217
2.3.2 Zarar Verenleri İlgilendiren Durumlar	217
2.3.2.1 Kusur	217
2.3.2.2 Tazminatın Ödenmesinin Zarar Vereni Zor Duruma Düşürmesi.....	222
2.3.2.3 Hatır İşleri	223
2.3.3 Zarar Verenler ve Zarar Görenden Bağımsız Durumlar	223
2.3.3.1 Tesadüfi Durumlar	223
2.3.3.2 Üçüncü Kişinin Kusuru	223
2.3.3.3 Uzak (Zayıf) İliyet Bağı	224
2.3.3.4 Mesleki Riziko	224

2.3.4 Bireysel İndirim Sebeplerinin Kabul Edildiği Müteselsil Sorumlulukta Rücu İlişkisi.....	225
2.3.4.1 Mevcut İlkelerin Değişmemesi	225
2.3.4.2 Müteselsil Borç Yapısının Bozulması Sorunu	227
B. Birlikte ve Bağımsız Zarar Verme Hareketleri Arasındaki Ayrımın Önemi Kaybetmesi.....	229
III. Bireysel İndirim Sebeplerinin Kusursuz Sorumluluk ve Sözleşmesel Sorumluluk Bağlamında Ele Alınması.....	233
A. Kusursuz Sorumluluk Bağlamında Ele Alınması.....	233
B. Sözleşmesel Sorumluluk Bağlamında Ele Alınması	235
IV. Sonuç.....	237
§ 8 Zamanaşımı	241
I. Dış İlişkide Zamanaşımı	242
A. Birbirinden Bağımsız Birden Çok Alacağın Ayrı Zamanaşımına Tabi Olması	242
B. Zamanaşımının Kesilmesi (TBK md.155 Hükümünün Eleştirisi)	244
1. Zamanaşımının Kesilmesinin Sınırlanması.....	245
1.1 Genel Olarak Zamanaşımını Kesen İşlemler	245
1.1.1 Zamanaşımını Kesen İşlemlerden Borçlunun İkrarı	246
1.1.2 Alacaklı Tarafından Alacak Hakkının Takip Edilmesi	246
1.2 Borç İkrarına Genel Nitelikte Bir Etkinin Tanınmaması	247
1.2.1 Lafzi Yorum	249
1.2.2 Sistematiik Yorum.....	250
1.2.3 Teleolojik (Amaçsal) Yorum	251
1.3 Sadece, Alacaklının Hakkını Takip Ettiği Durumlarda (TBK md.154, b.2) TBK md.155/İn Uygulama Alanı Bulacağının Kabulü.....	252
2. TBK md.155/İn Kaldırılması Gerekliiği	253
C. Zamanaşımından Feragat.....	255

D. Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesi.....	256
II. Denkleştirme İlişkisinde Zamanaşımı	257
A. Rücu Alacağına İlişkin Zamanaşımı	258
1. Rücu Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımına İlişkin Olarak Eski BK Döneminde ve İsviçre Öğretisinde Yer Alan Görüşler	259
1.1 Zarar Görenin Rücu Yükümlüsüne Karşı Olan Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin Belirleyici Olması.....	259
1.2 İBK md.127'de (eBK md.125) Yer Alan Genel Zamanaşımı Süresinin Belirleyici Olması	260
1.3 İBK md.67'da (eBK md.66) Yer Alan Sebepsiz Zenginleşmeye İlişkin Zamanaşımı Süresinin Kıyasen Uygulanması.....	261
1.4 İsviçre Ön Tasarısı ve 2020 Tasarısında Rücu Alacağına İlişkin Zamanaşımı	262
2. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın Rücu Alacağının Tabi Olacağı Zamanaşımına İlişkin İçtihatları.....	263
3. TBK md.73'de Öngörülen Rücu Alacağına İlişkin Zamanaşımı	265
3.1 Zamanaşımının Başlangıcı	265
3.2 Zamanaşımının Durması ve Kesilmesi	272
3.3 Zamanaşımından Feragat	272
B. Halefiyet Alacağına İlişkin Zamanaşımı	273
C. Denkleştirme İlişkisinde Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesi	273
1. Halefiyet ve Zamanaşımı Def'i.....	273
2. Rücu ve Zamanaşımı Def'i	274
III. Zamanaşımı Bakımından Dış İlişki ve İç İlişkinin Birbirine Etkisi.....	275
A. Alacaklıya İfa Anında Rücu Alacaklısının Borcunun Zamanaşımına Uğramaması, Rücu Yükümlüsünün Borcunun Zamanaşımına Uğraması.....	275
B. Alacaklıya İfa Anında Rücu Alacaklısının Borcunun Zamanaşımına Uğraması, Rücu Yükümlüsünün Borcunun Zamanaşımına Uğramaması.....	282

SONUÇ	284
ÖZET.....	293
KAYNAKÇA	294

KISALTMALAR

Abt.	:	Abteilung
AG	:	Aktiengesellschaft
Art.	:	Artikel
ATSG	:	Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	:	Bend
BaKomm	:	Basler Kommentar
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BeKomm	:	Berner Kommentar
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz.	:	Bakınız
eBK	:	Eski Borçlar Kanunu
dpn.	:	Dipnot
C.	:	Cilt

Çev.	:	Çeviren
éd.	:	édition
E.	:	Esas
eBK	:	818 sayılı Borçlar Kanunu
GesKR	:	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
HandKomm	:	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
HAVE	:	Haftung und Versicherung
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	:	Herausgeber
İBK	:	İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	:	İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
MHAD	:	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	:	Medeni Kanun
md.	:	madde
MünchKomm:		Münchner Kommentar
N.	:	Nummer

OR	:	Bundesgesetz über das Obligationrecht vom 30.März 1911
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SJZ	:	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
SVG	:	Bundesgesetz über den Strassenverkehr
SZW	:	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
VVG	:	Bundesgesetz über die Versicherungsvertrag
ZGB	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.Dezember 1907

GİRİŞ

Borç ilişkisi, ister bir hukuki işlem ister haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme ya da kanun hükmünden doğmuş olsun, alacaklı ve borçlu olmak üzere mutlaka iki taraf vardır. Ancak bu tarafların mutlaka birer kişi olma zorunluluğu yoktur. Bazı durumlarda alacaklı ve borçlu tarafında veya her iki tarafta, birden fazla kişi bulunabilir. Borç ilişkisinde borçlu tarafın birden fazla kişi olması hali birlikte borçluluk olarak ifade edilmektedir. Bu durum taraf iradelerinden, kanun hükmünden veya borcun konusu olan edimin niteliğinden kaynaklanabilir.

Çalışma konumuzu teşkil eden müteselsil borçluluk/müteselsil sorumluluk, birlikte borçluluk türlerinden birini teşkil etmektedir. Bu tür borç ilişkileri hukuki yaşamda her yerde karşımıza çıkabilecek niteliktedir. Özellikle TBK md.162 vd. hükümlerinde düzenleme alanı bulan müteselsil borçluluğun, sorumluluk hukuku özellikle de haksız fiil hukukundaki görünümü olan TBK md.61 vd. kapsamındaki müteselsil sorumluluk, hukuki yaşamda sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Gün geçtikçe de artan bir biçimde birden fazla borçlunun alacaklıya karşı bir borcun veya zararın ifasını müteselsilen üstlendikleri durumlar, ele alınmak zorunda kalınmaktadır.

TBK ve diğer kanunlarda yer alan kurallar çoğunlukla borç ilişkisinin alacaklı ve borçlu tarafında birer kişinin yer aldığı düşünülerek dizayn edildiği için, çalışma konumuzla ilgili olan, borçlu tarafta birden çok kişinin yer aldığı durumlar bazı özellikler arz etmektedir. Bu durumlara ilişkin münferiden öngörölmüş kuralların yokluğunda ise, tek bir borçlunun varlığı düşünülerek konulmuş kurallar yetersiz kalmaktadır.

Uygulamada müteselsil borç ilişkisi büyük bir önemi haiz olmasına rağmen, öğretilde müteselsil borçluluğa özgü ortaya çıkan hukuki sorunların detaylı bir biçimde

irdelendiği bir çalışmanın eksikliği görülmektedir. Bu konuda yazılmış monografilerin sayısı ise oldukça az ve daha ziyade eski tarihlidir. Yine bu alandaki sorunlara detaylı bir biçimde temas eden makale sayısının da çok az olduğu görülmektedir. Oysa zellikle BK değişikliğinden sonra birçok tartışmalı konu açıklığa kavuşturulmayı beklemektedir. Özellikle eBK'nun yürürlükte bulunduğu dönemde öğreti ve yargı kararlarınca benimsenen eksik-tam teselsül ayrımı, sağlam bir temele kavuşturulamadığı için TBK ile isabetli bir biçimde kaldırılmıştır. Bununla birlikte söz konusu ayrımın ortadan kaldırılmasından sonra yeni durumda rücu ilişkisi, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülüp sürülemeyeceği, dış ilişkide ve denkleştirme ilişkisinde (iç ilişki) zamanaşımı problemleri, irdelenmesi gereken hukuki sorunların başında gelmektedir.

Bu çalışmayla tartışmalı konuların çözümüne katkı sağlamak ve TBK ile bu alanda yapılan değişiklikler sonucu ilgili hükümlerin detaylıca incelenmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle müteselsil sorumluluğu tarihsel gelişimi, bu alanda söz konusu olan tartışmalara bir temel oluşturması bakımından ele alınmış ve bununla bağlantılı olarak müteselsil sorumluluğu gerek İsviçre ve Alman hukukunda gerekse de Türk hukukunda kanunlaşma süreci incelenmiştir. Ardından müteselsil borçluluğu karakterize eden unsurlar ele alınmış ve bu bağlamda müteselsil borçluluğu diğer birlikte borçluluk türleri ile farkları ortaya konmuştur. Bu bölüm kapsamında son olarak müteselsil borçluluğu kaynakları ve bazı ortaya çıkış biçimleri ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise genel anlamda müteselsil borçlular arasındaki rücu (denkleştirme) ilişkisi inceleme konusu yapılmıştır. Bu bölümde önem arz eden ilk husus, TBK ile yapılan değişiklik sonrasında müteselsil sorumlular arasındaki ilişkide denkleştirmenin nasıl yapılacağıdır. Bu bağlamda müteselsil

sorumlular arasındaki ilişkide söz konusu olabilecek halefiyet ve rücu durumları ayrı ayrı incelenmiş ve müteselsil sorumlular arasında hakimın takdirine tabi olan rücu detaylı bir biçimde ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, öğretide detaylı olarak incelenmemiş bir husus olan müteselsil sorumlulukta bireysel indirim sebepleri ele alınmıştır. Müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi öncelikle İsviçre Anonim Şirketler hukukunda, aynı doğrultuda 6102 sayılı TTK ile Türk hukuku bakımından da kabul edilmiştir. Farklılaştırılmış teselsül olarak adlandırılan, müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesinin TBK açısından kabul edilip edilmeyeceği ise mevcut durumda tartışmalıdır. Bu nedenle gerek İsviçre BK gerekse TTK açısından farklılaştırılmış teselsül ayrıntılı bir biçimde ele alınmış, ardından TBK açısından konu incelenmiştir. Son olarak müteselsil sorumluluk kapsamında dış ilişki ve iç ilişki bakımından söz konusu olan zamanaşımı ile ilgili problemler inceleme konusu yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜTESELSİL SORUMLULUĞA İLİŞKİN TEMEL İLKELER

§ 1 Müteselsil Borçluluk ve Müteselsil Sorumluluk Kavramı

Alacaklı ve birden fazla borçlu arasında söz konusu olan "müteselsil borç ilişkisi", alacaklının birden çok borçlunun her birinden borcun tamamını veya bir kısmını isteyebildiği ve borcun tamamı ifa edilinceye kadar tüm borçluların sorumlu olduğu bir borç ilişkisidir. Bu ilişkiyi ifade etmek üzere öğretisi ve yargı kararlarında farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bunlardan bazıları bu hukuki kuruma hiç uymamaktadır. Bu nedenle bu paragrafta söz konusu müesseseye için hangi kavramın kullanılmasının daha doğru olacağı ele alınmıştır. Gerek 818 sayılı eski Borçlar Kanunu (eBK) gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) müteselsil borç ilişkisi için bir tanım içermemektedir. Bu nedenle bu müesseseyi karakterize eden unsurlardan yola çıkılarak, bir tanım yapılmaya çalışılacaktır.

I. Terminoloji ve Yasal Düzenleme

Öğretisi ve yargı kararlarında bu müessesenin adlandırılmasında müteselsil borç ilişkisi kavramı yanında başka terimler de kullanılmaktadır. Bunlardan bazıları müteselsil borçluluk, müteselsil sorumluluk, müteselsil borç, teselsül gibi kavramlardır¹. Bu kavramlardan özellikle teselsül bu kuruma uymamaktadır.

¹ İsviçre öğretisinde de müteselsil borç ilişkisini (Solidarschuldverhältnis) ifade etmek üzere, müteselsil borçluluk (Solidarschuldnerschaft), müteselsil borç (Solidarschuld), teselsül (Solidarität) gibi çeşitli ifadeler kullanılmaktadır. Alman öğretisinde ise müteselsil borç için Gesamtschuld ifadesi kullanılmaktadır.

TBK'nun dördüncü bölümünün birinci ayrımının başlığı "Teselsül"dür. Sistematiğe ve kenar başlıklara bakıldığında teselsül ifadesi hem müteselsil borç hem de müteselsil alacak için kullanılan bir üst kavramdır. Bu nedenle teselsül kavramı ile hem müteselsil borç hem de müteselsil alacak kastedilmektedir. Bundan dolayı teselsül kavramının kullanıldığı durumlarda her defasında bir borcun mu yoksa alacağın mı kastedildiği metnin içeriğinden tespit edilmelidir. Ayrıca müteselsil borç ilişkisi, hem alacaklı ile borçlular arasındaki ilişkiyi hem de borçluların kendi arasındaki ilişkiyi kapsayan bir üst kavramdır. Ancak teselsül ifadesi ise sadece alacaklı ile borçlular arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir². Bu nedenlerle teselsül ifadesinin müteselsil borç ilişkisi bağlamında kullanılmasından kanaatimizce kaçınılmalıdır³. Müteselsil borç ifadesi ise, müteselsil borçlulardan her birinin edim yükümlülüğü için kullanılan bir kavramdır. Zira çalışmamızın diğer bölümlerinde de ele alınacağı üzere, müteselsil borç ilişkisinde alacaklı her bir borçluya karşı bağımsız bir alacağa sahiptir. Bu nedenle bu müessesenin adlandırılmasında müteselsil borç kavramı da kullanılmamalıdır. Öte yandan hem öğretide hem de buna uygun olarak TBK'da, birden fazla kişinin haksız fiilden sorumlu olduğu durumlarda müteselsil sorumluluk (TBK md.61), birden fazla kişinin kendi arasında anlaşarak alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmayı kabul ettikleri durumlarda da müteselsil borçluluk (TBK md.162) kavramları kullanılmaktadır. Esasında haksız fiillerde yer alan durum da müteselsil borç ilişkisinin kanun tarafından düzenlenmiş halidir. Bir diğer ifadeyle sözleşme hukuku dışında yer alan müteselsil borçluluk durumlarından biridir. Bu nedenle de her iki hukuki kurum nitelik itibariyle aynı olmakla birlikte, sözleşme

² Keller/Schöbi, s.5.

³ Aynı durum İsviçre borçlar hukuku bakımından da söz konusudur. Zira İsviçre Borçlar Kanunun (İBK) dördüncü bölümünün birinci kısmının başlığı teselsüldür (Solidarität) ve bu kısımda md.143 vd. müteselsil borç; md. 150'de ise müteselsil alacak düzenlenmiştir. Bu nedenle teselsül ifadesinin müteselsil borç ilişkisini ifade etmede yetersiz olduğuna ilişkin olarak bkz. Gautschi, s.4.

hukuku ve haksız fiil hukuku farklı amaçlara hizmet ettiği için, kullanılan kavramlar da değişiklik göstermektedir. Örneğin sözleşme hukukunda alacaklı ve müteselsil borçlulardan bahsederken, haksız fiil hukukunda zarar gören ve tazminat borçlularından bahsedilmektedir.

Çalışmamız kapsamında esasen, birden çok kişinin aynı zarardan, tazminat yükümlülerinden her birinin zarar görene karşı diğer yükümlüler tarafından zararın tamamı tazmin edilinceye kadar sorumlu olması olarak ifade edilen⁴, müteselsil sorumluluk ele alınmaktadır. Ancak bu anlamda müteselsil sorumluluk, TBK'dan doğan müteselsil borçluluk durumlarından biridir. Bu nedenle de müteselsil sorumluluğa ilişkin temel ilkeler TBK md.162 vd. da düzenlenen hükümlerden türetilmektedir. Bundan dolayı çalışmamızın ilk bölümünde TBK md.162 vd. hükümlerinden türetilen, müteselsil borçluluğa ilişkin temel ilkeler ele alınacaktır. Bu doğrultuda çalışmamızda birden çok kişinin haksız fiilden sorumluluğunda müteselsil sorumluluk, birden çok kişinin alacaklıya karşı sözleşme ile borç altına girdikleri durumlarda ise müteselsil borçluluk ifadeleri kullanılacaktır. Bir diğer anlatımla çalışmamız kapsamında birden fazla borçlunun alacaklı karşısındaki durumunu ifade etmede “müteselsil borçluluk-müteselsil sorumluluk”, dış ilişki ve denkleştirme ilişkisinin (iç ilişki) birlikte ele alındığı durumlarda ise “müteselsil borç ilişkisi” ifadesi kullanılacaktır. Öte yandan her ne kadar teselsül ifadesinin kullanılması yerinde olmasa da, öğretide özellikle bazı nitelendirmelerde bu ifade yerleşmiş olduğu için (eksik teselsül-tam teselsül ayrımında olduğu gibi), uygun olduğu ölçüde teselsül ifadesine de yer verilecektir.

⁴ Tanım için bkz. *Kırca*, s.644.

II. Müteselsil Sorumluluğun Tarihsel Gelişimi, Mahiyeti ve Yasalaşma

Süreci

Birden fazla borçlunun alacaklıya karşı borcun veya zararın tamamından sorumlu olduğu müteselsil borç ilişkisinin mahiyetine ilişkin, kökleri Roma hukukuna kadar dayanan şiddetli tartışmalar yapılmış bulunmaktadır. Geline nokta hâlihazırda mevcut olan problemlerin çözümü bakımından bu tartışmaların pratik bir önemi bulunmamaktadır. Ancak teorik düzeyde de olsa söz konusu tartışmalara bu çalışmada yer vermemenin bir eksiklik olacağı kanaatiyle, aşağıda öncelikle Roma hukukunda müteselsil sorumluluğun nasıl düzenlendiğini ele alıp, ardından da müteselsil borçluluğun mahiyetine ilişkin teoriler üzerinde durulacaktır. Son olarak da müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin kaynak metin olan İBK'a ve Alman Medeni Kanunu'na (BGB) nasıl girdiği üzerinde durulacaktır.

A. Roma Hukukunda Müteselsil Sorumluluk

Eski Roma hukukunda (frühen römischen Recht) haksız fiil⁵ halinde zarar gören birden fazla dava imkanına (kümülatif taleplerin yarışması) sahipti⁶. Zarar gören bir yandan zarar verene karşı, meydana gelen zararın tazmini veya eşyanın iadesine yönelik bir dava (*sachverfolgende Klage*⁷) açabilirdi. Buna ek olarak zarar vereni özel

⁵ Roma hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel bir kural yoktu. Münferit olarak belirlenmiş haksız fiil kategorileri vardı. Bunlar genel olarak Ius Civile tarafından tanınan ve praetor hukuku tarafından tanınan haksız fiiller olarak iki kategoriye ayrılmaktaydı. İlk kategoride hırsızlık, gasp, mala verilen zarar ve şahsiyetin ihlali, ikinci kategoride ise hile, ikrah ve hileli şekilde alacaklılardan mal kaçırma halleri yer almaktaydı (*Rado*, s.188; *Tahiroğlu*, s.295; *Somer*, s.14; *Topuz*, s.449 vd.).

⁶ *Körner*, N.32; *Meier*, s.496-497; *Rado*, s.187; *Tahiroğlu*, s.294.

⁷ Bu dava Roma hukukundaki *condictio furtiva* davasıdır (*Meier*, s.499). *Condictio furtiva*, hırsıza veya mirasçılara karşı açılabilen ve çalınan şeyin iadesi veya çalınan şey ortada yoksa tazminin istendiği bir davadır (*Rado*, s.192; *Tahiroğlu*, s.280). Bu konuda ayrıca bkz. *Kaser/Knütel* §50 N.6.

bir ceza davası⁸ ile de sorumlu tutabilirdi. Ceza davası eski hukukta intikam (öç alma) hakkı olarak şekillenmişti, daha sonra bu dava, failin aleyhine olan ve zarar gören lehine manevi tazminat sağlayan, para cezasına ilişkin bir davaya dönüştürüldü⁹.

Zarar gören karşısında birden fazla failin yer alması durumunda, zarar gören öncelikle her bir faile karşı zararın tazminine veya eşyanın iadesine yönelik bir dava (sachverfolgende Klage) veya ceza davası açma hakkına sahipti. Haksız fiilden dolayı açılan tazminat veya eşyanın iadesine yönelik olan bu dava, müteselsil borç oluşturmaktaydı¹⁰. Alacaklı, hangi borçluyu tamamen sorumlu tutacağını seçebilirdi. Borç konusu bir defa ifa edildiğinde, diğer bütün borçlular da borçtan kurtulmuş olurlardı. Zira bu dava, oluşan zararın tazmini veya eşyanın (örneğin çalınan bir eşya) iadesine yönelikti. Eşyası çalınan kişi mülkiyeti tekrar elde ederse veya zararı tazmin edilirse, zarar giderilmiş olurdu. Bütün failleri kapsayan ve sadece bir defa açılabilen bu davanın aksine, ceza davaları zarar verenlere karşı kümülatif şekilde bir arada bulunabiliyordu¹¹. Kümülyasyon, kaynak metinde bir yandan haksız fiilin

⁸ Roma hukukunda eğer bir haksız fiil kamu menfaatini ihlal ediyorsa (delicta publica) devlet tarafından takip ediliyordu, bireysel menfaatleri ihlal ediyorsa (delicta privata) doğrudan zarar gören tarafından takip ediliyordu. Yani serbest intikam usulü yürürlükteydi. Önceleri intikam alma şeklinde olan usulün yerini zamanla para cezası (diyet usulü) aldı. Böylece zarar gören kişi yine suçluyu kendisi takip ediyor, ancak kanun tarafından tespit edilen cezanın ödenmesini isteyebiliyordu. Bu noktada belirtmek gerekir ki, zarar görenin açtığı dava ile zararın tazmini değil, failin cezalandırılması isteniyordu. Bir başka ifadeyle, haksız fiilin faili işlediği fiil sonucunda zarar görene bugünkü hukukumuzda olduğu gibi bir zararı tazmin borcu değil, cezanın ödenmesini borçlanmış oluyordu, (*Rado*, s.181 vd.; *Tahiroğlu*, s.290 vd.; *Topuz*, s.452 vd.).

⁹ *Kaser/Knütel* §35 N.1 vd.; *Körner*, N.32; *Meier*, s.499-500; *Rado*, s.102.

¹⁰ Roma hukukunda da, bugünkü hukukumuzda olduğu gibi kural kısmi borçluluktur. Müteselsil borçluluğun söz konusu olabilmesi için ya taraflarca kararlaştırılması (stipulatio ile) ya da kanun tarafından öngörülmüş olması gerekiyordu. Haksız fiil halinde tazminat veya eşyanın iadesine yönelik olan bu dava, kanun tarafından öngörülen müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu durumlardan biriydi (*Körner*, N.33, dnp.25).

¹¹ *Kaser/Knütel* §50 N.9; *Körner*, N.33; *Meier*, s.497; *Rado*, s.101; *Somer*, s.86.

parçalanmazlığı ile diğer yandan her bir failin bir haksız fiil işlediği ve bundan dolayı cezalandırılması gerektiği düşüncesi ile gerekçelendirilmektedir. Sonuç olarak kümülasyon her bir faile ceza verilmesi amacından kaynaklanmaktaydı. Bu durum da birlikte failler arasında rücu hakkının neden kabul edilmediğini açıklamaktadır. Zarar görenin faillerden birine karşı dava açması diğer zarar verenlere karşı açılacak davaları engellememekteydi.

İlk olarak Iustinianus döneminde, birden fazla fail olması durumunda ceza davalarının kümülasyonu kaldırılmıştır¹². Zarar gören hakkın takibini sadece ceza tam olarak elde edinceye kadar sürdürebilmekteydi. Eğer faillerden biri cezanın tamamını öderse, diğer failler de bundan kurtulmaktaydı. Kümülasyonun ortadan kaldırılması ile birlikte ödemede bulunan faile bir rücu hakkı tanınmış oldu. Kümülasyonun sona erdirilmesinin amacı, cezanın tazminata dönüştürülmesiydi. Böylece ceza hukukuna ilişkin para cezası davası medeni hukuka ilişkin bir kurum haline gelmiş oldu. Cezalandırma düşüncesi ortadan kalktığı için, medeni hukuka ilişkin sorumlulukta, tazminat birden fazla zarar veren arasında paylaştırıldı. Buna karşılık ceza davasının medeni hukuka ilişkin bir kuruma dönüşmesi, usul kurallarını değiştirmede. Zarar gören tazminatı tam olarak elde edinceye kadar zarar verenleri ardı ardına dava edebilmekteydi. Bu dava medeni hukuka ilişkin müteselsil borçtaki litis contestatio¹³ gibi tüketici bir etkiye sahip değildi.

¹² Körner, N.34; Somer, s.98-99.

¹³ Litis contestatio, davanın tespiti anlamına gelen borcu sona erdiren sebeplerden biridir, (Meier, s.44; Rado, s.236). Usul hukuku açısından Özel Mahkemeler Düzenlemesindeki litis contestatio ile magistra önündeki aşama bitmekte ve hakim önündeki aşamaya geçilmektedir. Bu anda da önceki mevcut borç sona ermekte ve borçlunun borcunu verme mecburiyeti, mahkûmiyete uyma mecburiyetine dönüşmektedir (Tahiroğlu, s.96).

Birden fazla kişi tarafından zarara sebebiyet verilmesi Roma hukukunda bir sorun olarak değerlendirilmiyordu. En önemli sorumluluk şartı kusurdu. Zarar verenlerin tamamının kusurlu olduğu ispat edilebilirse, her bir zarar veren zararın tamamından sorumlu oluyordu. Örneğin birden fazla fail bir köleyi vurarak öldürse ve kölenin kimin tarafından öldürüldüğü belli olmasa, bu durumda bütün failleri sorumlu tutarak sorun çözülmekteydi¹⁴. Birden fazla kişinin katılımıyla bir zararın meydana gelebileceği durumlarda da, her bir fail zararın tamamından sorumlu tutulmaktaydı.

B. Bugünkü Müteselsil Sorumluluk Bakımından Roma Hukukunun Önemi

Klasik Roma hukukunda sorumluluğun türü zarar görene ait dava türleri ile belirlenmekteydi. Meydana gelen zararın tazmini veya eşyanın iadesine yönelik olan dava, bugün de geçerli olduğu gibi teselsül prensibine göre işlev görmekteydi. Alacaklı hangi borçludan talepte bulunmak isterse ona başvurabilirdi, yani bu konuda seçim serbestisi vardı. Ancak alacaklı alacağının tamamını elde etmişse artık borçlulara başvurma hakkı da ortadan kalkmaktaydı.

Bu davanın yanında zarar gören haksız fiile ilişkin dava imkânına da sahipti. Haksız fiile ilişkin davanın amacı ise sadece failin cezalandırılmasına yönelikti. Haksız fiile ilişkin ceza davası kümülatif olabiliyordu, yani zarar verenlerin her biri zarar görene karşı sanki zarara tek başına sebebiyet vermiş gibi para cezası borçlanıyordu. Zarar verenler haksız fiili işlemini gibi zarar gören birden çok tazminata sahipti. Birden fazla fail tarafından işlenen bir haksız fiil, onlar tarafından biri için yapılan bir haksız fiildi¹⁵. Her bir failin cezalandırılması düşüncesi ceza hukukundan

¹⁴ Körner, N.37.

¹⁵ Körner, N.39.

gelmekteydi ve sorumluluk hukuku için kolaylıkla kabul edildi. Haksız fiil hukukundaki ceza hukukuna ilişkin cezalandırma düşüncesinden ayrılma ve para cezası ve eşya takibine ilişkin tek bir davanın yaratılması ile kümülasyon prensibi yerine teselsül ikame edildi ve böylece sözleşme hukukundan doğan müteselsil borç prensibi ile eşitlenmiş oldu. Böylelikle haksız fiilden kaynaklanan müteselsil borç, cezalandırmaya ilişkin düşünceden ayrılarak medeni hukuka ilişkin düşünceye geçiş ile temellendirilmiştir.

Ceza davalarının kümülasyonun kaldırılması ve rücu hakkının kabul edilmesine rağmen haksız fiile ilişkin teselsülün temel yapısı, sözleşme hukukunun temel yapısına eşitlenemedi. Sözleşme hukukuna ilişkin olarak anlaşma (stipulatio) ile müteselsil borcun kabul edilmesi halinde alacaklı hangi borçluyu dava edeceğini seçebiliyordu¹⁶. Fakat alacaklı sadece bir defa borcun tamamını dava edebilirdi. Çünkü litis contestatio tüketici etkiye sahipti¹⁷ (**korreal bağıllık**). Aynı şekilde zamanaşımının korreal borçlulardan birine karşı kesilmesi, diğer borçlulara karşı da kesilmesi sonucunu doğuruyordu¹⁸. Bundan farklı olarak haksız fiile dayalı müteselsil borçta zarar gören, cezalandırma düşüncesinden ayrıldıktan sonra, tazminatın tamamını elde edinceye kadar birden fazla dava açabiliyordu (**solidar bağıllık**).

¹⁶ Stipulatio ile müteselsil borç ilişkisinin kurulması şu şekilde olmaktaydı: Alacaklı, karşısında yer alan her bir borçluya örneğin bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun sorusunu sorardı ve borçlular birden taahhüt ediyorum diye cevap verirdi. Eğer borçlulardan her biri ayrı ayrı cevap vermişse üç ayrı borç doğmaktaydı ve alacaklı toplam 300 talep edebilmekteydi. Oysa borçluların aynı anda cevap vermesi ile 100 değerinde tek bir borç doğmaktaydı (*Rado*, s.103).

¹⁷ *Bucher*, s.491, dpn.25; *Eren*, Haftung, s.432; *Weiss*, s.17.

¹⁸ *Eren*, Haftung, s.432.

Böylece Roma hukukunda Korrealitas ve Solidaritas olmak üzere iki tür müteselsil sorumluluk kabul edilmekteydi¹⁹. Korrealitas veya korreal borçlarda iradeye dayanan müteselsil borçluluk söz konusuydu²⁰. Korreal borçlarda aynı hukuki işlemten doğan ve konuları aynı olan borçlar söz konusuydu. Böylelikle korrealitasın özelliği bir tek borcun bulunması ve bu borcun bir tek işlem ile meydana gelmesiydi²¹. Solidaritas'ta ise müteselsil borçluluk iradeden değil, doğrudan ilişkinin niteliğinden doğuyordu. Bunun en sık rastlanan örneği, birden fazla kişinin haksız fiilden doğan aynı zararı tazmin etmekle yükümlü bulunmalarıydı²². Solidaritas'ta aynı borç sebebine dayanarak birbiriyle bağlantılı hale gelmiş birden çok borç ilişkisi vardı. Bir diğer ifadeyle solidaritas, borçlu veya alacaklı açısından birbiriyle bağlantılı birden fazla borcun söz konusu olması ile karakterize edilmişti.

Roma hukuku kaynaklarının, *litis contestatio*ya ilişkin olarak kısmen çelişkili ve farklı yorumlanmış oldukları ileri sürülmüştür²³. Katı bir şekilciliğin söz konusu olduğu ve ortak malvarlığı yapısına dayanan eski Roma hukukunda, korrealiteye ilişkin görüşler, daha sonraki, gelişmiş Roma hukukundaki ile aynı değildir. Bu nedenle başka yazarlar, korrealitas ve solidaritas arasında bir fark olduğunu

¹⁹ Winter, s.30 vd.; von Tuhr/Escher, s.292; Weiss, s.17; Acar, s.339. Bu ayrımın Roma usul hukukundan kaynaklandığı, Klasik Roma hukukunda birden fazla alacaklının dava hakkının veya birden fazla borçluya karşı açılacak davanın sıklıkla aynı uyumsuzluk konusu üzerinde hareket sayıldığı, bu durumun, alacaklının borçlulardan birine karşı *litis contestatio* ile birlikte diğer borçlulara karşı açılacak davaların devre dışı kalması anlamına gelmekte olduğu ve bunun sebebinin, bir borç için sadece tek bir davaya izin verilmesi olduğuna ilişkin olarak bkz. Körner, N.43.

²⁰ Acar, s.339.

²¹ von Büren, s.104; Akıntürk, s.44-45; Eren, Haftung, s.432; Rado, s.102-103.

²² Akıntürk, s.46; Acar, s.339.

²³ Körner, N.45; Weiss, s.17-18; Meier, s.46.

reddetmişlerdir. Bu yazarlar eğer böyle bir ayrım varsa bunun Roma hukukunda en geç Iustinianus tarafından kaldırıldığını savunmuşlardır²⁴.

C. Müteselsil Borçluluğun Niteliğine İlişkin Görüşler

Müteselsil borçlulukta alacaklı ile borçlular arasında tek bir borç ilişkisinin mi (teklik görüşü), yoksa her bir borçlu ile ayrı ayrı olmak üzere birden çok borç ilişkisinin mi (çokluk görüşü) bulunduğu önemli tartışmalara yol açmıştır²⁵. Bu tartışmaların temelinde yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi, Roma hukukundaki korrealitas ve solidaritas borçlar yatmaktadır. Roma hukukundaki bu ayrım ise, alacaklıya tanınan dava imkânlarından kaynaklanmaktaydı. Zira alacaklı haksız fiil halinde birden fazla dava imkânına sahipti ve bir yandan medeni hukuka ilişkin eşyanın iadesi veya zararın tazmini davası açabilirken bir yandan da haksız fiil hukukuna ilişkin ceza davası (para cezasına ilişkin) açabiliyordu. Haksız fiil hukukundaki ceza hukukuna ilişkin cezalandırma düşüncesinden ayrılma ve para cezası ve eşya takibine ilişkin tek bir davanın yaratılması ile kümülasyon prensibi yerine teselsül ikame edildi. Böylelikle birden çok kişinin haksız fiili işlemesi halinde, aralarında ödenecek tazminat bakımından müteselsil sorumluluk meydana gelmekteydi. Öte yandan sözleşme ile müteselsil borçluluk da stipulatio ile meydana gelmekteydi. Solidar ve korreal borçlar arasındaki ayrım da buradan, yani sözleşmeye ilişkin ve haksız fiile ilişkin müteselsil borçtan gelmekteydi²⁶.

²⁴ Winter, s.53 vd.

²⁵ Kırca, s.643. Bu ayrımın günümüzde önem taşımadığına ilişkin olarak bkz. Eren, Haftung, s.432; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3735.

²⁶ von Büren, s.103.

Bugünkü İsviçre/Türk BK açısından bu tartışmalar geride kalmıştır. Zira her iki Kanun da kural olarak çokluk prensibini (solidar bağıllık) benimsemiştir²⁷.

Borcun tekliği veya çokluğu sorusunun, uygulamadaki önemi bakımından oldukça çok üzerinde durulmuştur. Alacağın yapısındaki fark ile ilgili yapılan tartışma, müteselsil borçluluğun özü ve borcun yapısının genel olarak mercek altına alınması bakımından işe yaramıştır. Sözleşme ile kararlaştırılan müteselsil borca ilişkin olarak 1990'dan önce ve sonra hararetli bir tartışma vardı. Haksız fiilden dolayı birden fazla kişinin sorumluluğu durumunda ise başlangıçtan beri tartışmasız biçimde çokluk görüşü geçerliydi²⁸.

İsviçre/Türk BK'da müteselsil borca ilişkin maddeler ele alındığında, çokluk görüşünün geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Borçlulardan birinin borcu sona ererken, diğer borçluların borçlarının varlığını devam ettirmesi (TBK md.166/II), bireysel ve ortak def'ilerin farklı düzenlenmesi (TBK md.164), borçlulardan birinin zamanaşımından feragat etmesinin diğer borçlulara karşı ileri sürülememesi (TBK md.160/II) gibi hükümler çokluk görüşünü desteklemektedir. Böylelikle İsviçre/Türk BK'nun korrealite modelini değil, solidarite modelini benimsediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Buna rağmen İsviçre/Türk BK'da korreal borca ilişkin bir iz de bulunmaktadır. Her bir müteselsil borca ilişkin zamanaşımı ayrı işlese bile, zamanaşımının kesilmesinin İBK md.136/I'e - TBK md.155/I'e göre bütün müteselsil borçlulara karşı etki göstermesi, sanki birden fazla süjeden oluşan tek bir borç varmış izlenimi yaratmaktadır.

²⁷ Akıntürk, s.64; Eren, s.1201; Kırca, s.643; Oğuzman/Öz, s.440.

²⁸ Körner, N.46.

D. Kanunlaştırma Aşamasında Müteselsil Sorumluluğun Kabul Edilmesi

1. İsviçre Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Sorumluluğun Kabulü

İsviçre BK'nun ilk tasarısı Walther Munzinger tarafından kaleme alınmıştır (1830-1873)²⁹. Başlangıçta ticaret hukuku ve kıymetli evrak hukukuna ilişkin olarak planlanan tasarıya Munzinger sözleşmeler ile eşya hukukuna ilişkin hükümleri de dahil etmiştir. 1874 Anayasa revizyonundan önce Federal devletin yasa çıkarma yetkisinin olmamasından dolayı medeni hukuk alanında tasarı ilk olarak 1883 yılında Federal BK olarak yürürlüğe konulabilmiştir. Bu tasarı daha sonra Heinrich Fick tarafından geliştirilmiştir. Bu arada Munzinger İsviçre BK'a ilişkin birçok tasarı kaleme almıştır. Borçlar hukukunda borçlu tarafında birden çok kişinin olması durumunun ele alınması 1869 Munzinger Tasarısı ile İsviçre borçlar hukukuna girmiştir. Aynı tasarıda haksız fiilden dolayı birden fazla kişinin sorumluluğuna ilişkin bir hükme de yer verilmiştir. İlk bölümün üçüncü kısmında §105'te haksız fiilden doğan borçlar düzenlenmiş ve buna göre, birden fazla failin zarar görene karşı teşvik eden, asıl fail ve yardımcı kişi olmasından bağımsız olarak müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmüştü. Yataklık eden kimse kendi iştiraki ile bir zarara sebebiyet vermişse ve kazançtan diğer fail ile birlikte bir pay almışsa sorumlu tutulabiliyordu. §105 bugüne kadar İsviçre BK'da md.50 olarak varlığını korumuştur. Müteselsil borçluların sorumluluğu ifadesi ile haksız fiillerde müteselsil sorumluluk kavramsal olarak sözleşme hukukundaki teselsüle dayanmıştır. Munzinger burada, birden fazla kişi tarafından yapılan haksız fiillerde, haksız fiile katılanların zarara sebebiyet verme

²⁹ Körner, N.49.

türlerinden bağımsız olarak müteselsil sorumluluğu öngören 19. yy'ın hakim görüşüne uymuştur³⁰.

Borçlar Kanunu yasalaşma çalışmalarında, neden sadece bir zarara ortaklaşa sebebiyet veren birden fazla faile ilişkin hükmün kanuna alındığı belirsizdir³¹. Birbirinden bağımsız olarak bir zarara sebebiyet veren birden fazla faile ilişkin hüküm, Munzinger'in ilk tasarısından itibaren ele alınmamıştır. 1886 tarihli Borç İlişkileri Hakkında Genel Alman Kanununa İlişkin Dresdner Tasarısı, md.218'de, diğer modern kanunlarla benzer biçimde, birbirinden bağımsız failer için kural olarak zararın onlara isnad edilebilecek kısmından sorumlu tutulacaklarını öngörmüştü. Sadece zararın bölünemediği durumlarda, birbirinden bağımsız zarar verenler müteselsilen sorumlu tutulmaktaydı³².

1881 tarihli İsviçre BK'daki kanun boşlukları, Munzinger ve ortak hukukun diğer temsilcileri için, birden fazla failin müteselsilen sorumlu olduğunun açıklama gerektirmeyen bir durum olması ve bundan dolayı buna ilişkin bir hüküm koymanın gereksiz olarak görülmesi ile açıklanabilir. Eski İBK'nun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra bu boşluklar dikkat çekmiş ve birden fazla bağımsız zarar verene, kıyasen sözleşme hukukuna ilişkin teselsül hükümleri uygulanmaya çalışılmıştır. Bu durum arzu edilmeyen sonuçlara yol açtığı için 1912 tarihli İsviçre BK revizyonunda, birbirinden bağımsız hareket eden zarar verenleri ele alan md.51 Kanuna eklenmiştir. İsviçre BK md.51'in açık olmayan redaksiyonu sebebiyle farklı anlaşılabilir söz konusu olmuştur. Sonuçta md.51'in talihsiz formülasyonu, birden çok kişinin

³⁰ Winter, s.75.

³¹ Körner, N.50.

³² Körner, N.50.

sorumluluğunda şimdiye kadar devam eden eksik ve tam teselsüle ilişkin tartışmaya sebep olmuştur³³.

İlk tasarı ile birlikte Munzinger, asıl fail, teşvik eden ve yardım edenin zarardan aynı şekilde müteselsilen sorumlu olmaları gerektiğini belirlemiştir. Teşvik eden ve yardım eden kavramları ceza hukukundan kaynaklanmaktadır, bu kavramların ceza hukukundaki tanımları eski kanunlaştırma çalışmalarında ceza hukukundan alınmıştır. Bu kavramların medeni hukuka ilişkin tanımları ise yapılmamıştır. Medeni hukuka ilişkin tek sorumluluk temeli, birlikte hareket etmedir. Teşvik eden ve yardım eden kavramlarına ilişkin medeni hukuk bakımından bir tanım yapılmamış olması, birlikte ve fer'i fail alanında bugüne kadar birçok soruyu cevapsız bırakmıştır. Ceza hukuku medeni hukuka kıyasla tamamen başka bir amacı gütmektedir, bundan dolayı söz konusu kavramlar tamamen farklı içeriktedir. Ceza hukuku işlenmiş suçların cezalandırılmasını amaçlarken, haksız fiil hukuku meydana gelen zarar için bir denkleştirme sağlamaktadır. Farklı amaçları olması sebebiyle her iki hukuk alanı farklı düzenlemeleri içermektedir. Ceza hukukunda fail ve onun kişisel kusuru ön plandadır, buna karşılık haksız fiil hukuku zarar gören ve onun ihtiyaçlarını merkeze almıştır. İhmal kavramı medeni hukukta objektif iken, ceza hukukunda kusur oranının belirlenmesinde subjektif davranış tarzları rol oynamaktadır. Haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluk halleri de söz konusu olabilirken, ceza hukukunda bu düşünülemez. Ayrıca ispat yükü bakımından da büyük farklar bulunmaktadır. Medeni hukukta ispat yükünün karşı tarafa yükletilmesi veya hafifletilmesi mümkün iken, ceza hukukunda daima davacı ispat yükü altındadır.

³³ Körner, N.51.

2. Alman Medeni Kanunu'nda Müteselsil Sorumluluğun Kabulü

İsviçre'den kısa bir süre sonra Almanya'da da Alman Medeni Kanunu (BGB) için kanunlaştırma çalışmaları başlamıştır. Alman hukuku İsviçre hukuku ile birçok benzerliğe sahip olmakla birlikte, aynı zamanda ilginç farklılıklar da içermektedir.

BGB, İsviçre BK gibi 1882 tarihli ilk tasarıdan bu yana birden fazla haksız fiilde bulunan kişinin sorumluluğu için, İBK md.50 gibi haksız fiili birlikte işleyen teşvik eden, asıl fail ve yardım edeni müteselsilen sorumlu tutan bir hüküm (§830 BGB) öngörmüştür.

BGB §830/I, c.1 birlikte hareket eden zarar verenleri kapsamaktadır. Bunlar Alman hukukunda birlikte fail (*Mittäter*) olarak nitelendirilmektedir. Alman hukukunda da ceza hukukundan alınmış olan teşvik eden, asıl fail ve yardım eden kavramlarına ilişkin medeni hukuk bakımından bir tanım yapılmamıştır³⁴. Müteselsil sorumluluğun düzenlenmesi zarar görenin ispat güçlüğüne azaltmaktadır. Bunun yanında ortaklaşa zarar veren birlikte fail kavramı belirsiz kalmıştır. BGB'ye ilişkin tasarılarından, birlikte failin zararın meydana gelmesine ne ölçüde illi bir katkısının olması gerektiği sonucu çıkarılamadığı için, birlikte fail zarardan diğerleriyle birlikte sorumlu tutulmaktadır. Aynı şekilde birlikte hareket etme (*gemeinsamen Handelns*) kavramı da belirsiz kalmıştır. Bugüne kadar birlikte faillerin her birinin zararın doğmasına ne ölçüde illi katkılarının olduğu tartışmalı bir sorun olmuştur ve BGB'nin gelişim tarihinden bu soruya cevap bulunamamıştır.

Bugün genel olarak birbirinden bağımsız hareket eden zarar verenlerin sorumluluğunu düzenleyen BGB §840'ın gelişim tarihi de enteresandır³⁵. Birden fazla

³⁴ MünchKomm/Wagner, §830 N.2.

³⁵ Körner, N.56.

kişi birbirinden bağımsız olarak bir zarara sebebiyet verirse, ortak hukukta sebebe bağıllık şüphesi bulunmamaktadır. Fer'i faillerin zararın tamamından müteselsil sorumluluğu doğal olarak kabul edilmektedir. BGB'nin ilk tasarısını kaleme alanlar, fer'i faillerin söz konusu olduğu durumda teselsülü o kadar açık kabul etmişlerdi ki, buna uygun bir hüküm bile öngörmemişlerdir. Bugünkü BGB §840'ın ilk fıkrası ikinci komisyonun görüşünden sonra ilk olarak BGB'ye alınmıştır.

Haksız fiil hukukunda, birden fazla kişinin sorumluluğu kapsamına hem birlikte hem de birbirinin yanında haksız fiilde bulunanlar girdiği gibi, kusur sorumluluğunun yanında tehlike sorumluluğu da girmektedir. BGB §840/T'in uygulama alanı uzun bir süre belirsiz kalmıştır. Yargı kararları BGB §840/T'in uygulama alanını giderek genişletmişler ve böylece bugün sözleşme, haksız fiil ve kusursuz sorumluluk durumları BGB §840/T'in öngördüğu müteselsil sorumluluk düzenlemesine tabi olmuştur³⁶. Böylece Alman hukukunda da birden fazla kişi tarafından zarara sebebiyet verilen bütün durumlar için müteselsil sorumluluğun sürekli genişletilmesi söz konusu olmaktadır. Müteselsil sorumluluğun gelişimi ve yasal olarak düzenlenmesi süreçleri İsviçre ve Alman hukukları arasında paralel bir şekilde söz konusu olmuştur.

E. İsviçre Sorumluluk Hukukunda Değişiklik ve Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesine İlişkin Ön Tasarıda³⁷ ve TBK'da Müteselsil Sorumluluğun Düzenlenişi

İsviçre borçlar hukukunda özel yasa ile parçalanmış haksız fiil hukukunu yeknesak hale getirmek için ve mahkeme kararlarını yasal olarak düzenlemek için

³⁶ Körner, N.57, dpn.92.

³⁷ Tasarı metni için bkz.

<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-ve-d.pdf>.

sorumluluk hukukunun revizyonuna ilişkin bir çalışma komisyonu 1988 yılında kurulmuştur³⁸. Çalışma komisyonunun raporundan sonra, revizyon taslağını hazırlamak üzere iki uzman, Prof. Dr. Pierre Widmer ve Prof. Dr. Pierre Wessner görevlendirilmiştir. Sorumluluk hukukunun revizyonuna ilişkin ön tasarı 1999 yılında sunulmuştur.

Ön Tasarı yargı kararlarının incelenmesi ile çeşitli özel yasalara dayanmaktadır ve ayrıca İsviçre'de şimdiye kadar bu şekilde kodifiye edilmemiş sorumluluk hukukunun bir parçası olmayan yenilikler de içermektedir. Reform projesi İsviçre'de hem destek görmüş hem de ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır. Ön Tasarı bir kaç yıl politikacılar tarafından uyutulduktan sonra 2005 yılında yasama programından çıkarılmıştır. Buna rağmen ön tasarının incelenmesinde fayda vardır. Zira sorumluluk alanında birden fazla kişinin sorumluluğu ve nedensellik alanında yenilikçi fikirler içermektedir.

Birden fazla kişi üçüncü kişinin uğramış olduğu zarardan sorumlu olursa Ön Tasarının 53b maddesine göre bu kişiler zarardan müteselsilen sorumlu olurlar. Tasarıyı kaleme alanlar birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumları çözmek için, genel görüşe göre en uygun müessese olan teselsülü muhafaza etmiştir³⁹. Buna karşılık İBK md.51'in uygulandığı zamandan bu yana İsviçre sorumluluk hukukunda yapılan, fakat öğretilde eleştirilen, eksik ve tam teselsül arasındaki ayrım kaldırılmıştır. Ön Tasarı birden fazla kişinin sorumluluğunu taleplerin yarışması kuralına göre tek biçimde ele almış ve İBK md.143 vd. daki kurallara tabi kılmıştır. Birden fazla zarar verenin birlikte mi yoksa birbirinden bağımsız olarak mı hareket ettiği ve tazminat yükümlülüklerinin hangi sorumluluk sebebine dayandığı dikkate alınmamıştır.

³⁸ Körner, N.536; Weiss, s.72.

³⁹ Widmer/Wessner, s.163.

Zamanaşımın kesilmesinin ortak etkisi ise, Ön Tasarıya göre müteselsil sorumluluğun bütün türlerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁴⁰.

Prof. Dr. Pierre Widmer ve Prof. Dr. Pierre Wessner tarafından hazırlanan bu Ön Tasarı her ne kadar İsviçre'de kanun yapma gündemine alınmamış olsa da, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK bakımından oldukça önem taşımaktadır. Zira TBK md.61 ve 62'de yer alan düzenlemeler bakımından Ön Tasarı'nın "Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması/Dış İlişkide" başlıklı 53b maddesi ve "İç İlişkide" başlıklı 53c maddesi örnek alınmıştır. Bu hükümlere bakıldığında Ön Tasarı'da da eksik-tam teselsül ayrımının kaldırıldığı görülmektedir. Zira Ön Tasarı md.53b'ye göre, *"Birden fazla kişi, üçüncü bir kişinin uğradığı zarardan sorumlu olursa, bu zararı müteselsilen gidermekle yükümlüdürler."*

Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, zarardan tek başına sorumlu olsaydı yükümlü tutulacağı tazminat miktarını kapsar".

TBK md.61 hükmüne göre ise, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

Ön Tasarı md.53b ve TBK md.61 karşılaştırıldığında kanaatimizce, eksik-tam teselsül ayrımına son vermek bakımından Ön Tasarının düzenlemesi daha isabetlidir⁴¹. Zira Ön Tasarı md.53b'de zarara birlikte mi yoksa çeşitli sebeplerle mi sebebiyet verildiğine bakılmaksızın, bir diğer ifadeyle böyle bir ayrım yapmaksızın birden fazla kişinin sorumluluğunun müteselsil sorumluluk olacağı hükme bağlanmıştır. Buna karşılık TBK md.61'de, eBK zamanında eksik-tam teselsül ayrımının dayanak noktası

⁴⁰ Widmer/Wessner, s.166-167.

⁴¹ TBK md.61 ifadesinin isabetli olmadığına ilişkin olarak bkz. Kırca, Yenilikler, s.33.

hükme alınmıştır. Bu da eBK md.50 ve 51'in aynı maddede birleştirildiği izlenimini yaratmaktadır.

Ön Tasarı md.53b/II ise TBK tasarısında yer almasına rağmen Kanun metnine alınmamıştır.

Ön tasarı md.53c'ye göre ise, *"Tazminat miktarı, birlikte sorumlu olan kişiler arasında, bütün durum ve koşullar, özellikle her birine yüklenen kusurun ağırlığı ve tipik tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutularak paylaşılır.*

Zararın kendi payından fazlasını gideren kişi, diğer birlikte sorumlulara karşı, rücu hakkına sahiptir. O, bu yönden, zarar görenin haklarına halef olur".

TBK md.62'ye göre ise, "Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur."

F. İsviçre Borçlar Kanunun Genel Hükümlerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2020 Tasarısında⁴² Müteselsil Borcun Düzenlenişi (İsviçre 2020 Tasarısı)

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu başlık altında İsviçre 2020 tasarısında yapılmış olan değişiklik ve yenilikler ana hatları ile ele alınacak, çalışma kapsamında yeri geldiğine ilgili maddeler ele alınacaktır.

⁴² Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil.

İsviçre 2020 Tasarısının Borç İlişkilerinde Özel durumlar başlıklı 6. bölümünün 2. kısmında (md.198-208) teselsül başlığı ile müteselsil borç ilişkisi düzenlenmiştir. İsviçre 2020 Tasarısında yürürlükte bulunan İBK'a göre hem sistematik hem de içerik olarak önemli yenilikler yapılmıştır. Bu yeniliklerden ilki, müteselsil borçluluğu öngören maddeler tek bir madde de toplanmıştır. Tasarı md.198'e göre, birden fazla borçlu arasında teselsül, her bir borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamını üstlendiklerini açıkladıklarında, alacaklıya karşı bölünemez bir edimi ifa ile yükümlü olduklarında, birden çok kişi bir zarardan sorumlu olduğunda ve Kanunen öngörülen durumlarda doğar. Böylece İBK md.50, md.51, md.70/II ve md.143 tek bir madde de toplanmıştır. Bununla birlikte halihazırda geçerli olan kısmi borç karinesi Tasarı ile de muhafaza edilmiştir⁴³.

İBK md.70 kapsamında birden fazla borçlunun bölünemeyen bir edimi üstlenmeleri durumu, hukuki sonuçları itibariyle müteselsil borçluluk ile örtüşmektedir. Zira öğretide burada şekli müteselsil borçluluğun olduğu ifade edilmektedir. Tasarı ile bu durum da değiştirilmiş ve açıkça bölünemeyen edimin borçluları arasında müteselsil borçluluğun söz konusu olacağı öngörülmüştür.

İBK md.144/Te karşılık gelen tasarının 199. maddesinde, alacaklı kendi seçimine göre müteselsil borçluların tamamını veya birini, müteselsilen üstlenmiş olduğu tutara kadar veya bu tutarın bir kısmından sorumlu tutabileceği düzenlenmiştir. Burada borçlunun, tek başına sorumlu olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmesi engellenmiştir⁴⁴.

⁴³ *Furrer/Körner*, Art.198 N.3 vd.

⁴⁴ *Furrer/Körner*, Art.199 N.2 vd.

Tasarının 200. maddesinde göre, birden çok kişi birbirinin yanında bir zarardan sorumlu ise, bunlar zarar görene karşı, zararın meydana gelmesi için her birine isnat edilebilecek sorumluluk sebebi bakımından müteselsilen sorumludur (md.200/I). Birden çok kişi zarara teşvik eden, asıl fail veya yardımcı kişi olarak yol açmışsa, zarardan birlikte sorumludur (md.200/II). Bu hüküm kapsamında mevcut sistemde yapılan eksik-tam teselsül ayrımının her ne kadar teselsülün farklı şekillendirilmesine ilişkin doğru bir düşünce olsa da, bu tarz bir ayrımın makul ve açık gerekçelere dayanmadığı ifade edilmiştir⁴⁵. Bu doğrultuda tasarıda sorumluluğun kapsamına ilişkin bir ayrım yapılmıştır. Böylece tasarıda müteselsil borçluların ortak bir kararla mı zarara sebebiyet veren fiili işledikleri ve birlikte isteyerek mi hareket ettikleri ile zarara birbirinden bağımsız olarak mı sebebiyet verdikleri arasında bir ayrım yapılmıştır. Bir diğer ifade ile burada birbirinin yanında ve birlikte sorumlu olma durumları arasında bir ayrım yapılmıştır. Bunun sonucunda da birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet vermişse, bunların dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri süremeyeceği öngörülmüştür⁴⁶. Böylelikle bunların bireysel sorumluluğu ancak iç ilişkide tespit edilebilecektir. Buna karşılık birbirinden bağımsız hareket edenlerin dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Buna göre birden çok kişi birbirinden bağımsız olarak zarara sebebiyet vermişse, tek başına zarara yol açsaydı ileri sürebileceği indirim sebeplerini bu durumda da ileri sürebilecek ve böylece henüz daha dış ilişkide, kendisine isnat edilebilecek sorumluluk sebebi kapsamında sorumluluğu sınırlandırılmış olacaktır⁴⁷.

Tasarı ile getirilen diğer bir önemli değişiklik ise, İBK md.136'da yer alan zamanaşımına ilişkin kuralın değiştirilmesidir. Tasarı md.158'e göre, müteselsil

⁴⁵ *Furrer/Körner*, Art.200 N.3 vd.

⁴⁶ *Furrer/Körner*, Art.200 N.5 vd.

⁴⁷ *Furrer/Körner*, Art.200 N.6 vd.

borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi, diğerlerine karşı etkili değildir. Böylece İBK'da teklik görüşüne ait olan tek iz de kaldırılmış olmaktadır.

Tasarının 204. maddesinde ise müteselsil borçluların kendi aralarındaki ilişki ele alınmış ve bu kapsamda birinci fıkrada alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki ilişkiden aksi anlaşılmadıkça, borçluların eşit paylarla sorumlu olacağı öngörülmüştür. İkinci fıkrada ise, maddi tazminatta her bir müteselsil borçlunun sorumlu olacağı payın her birinin yükümlülük ihlalinin ağırlığına ve somut durumun şartlarına göre belirleneceği öngörülmüştür. Bu kapsamda İBK md.51'de yer alan sıralama isabetli bir biçimde kaldırılmıştır.

Sonuç olarak İsviçre 2020 tasarısında ana hatlarıyla, müteselsil borçluluk biçimleri tek bir madde de toplanmış, eksik teselsül-tam teselsül ayrımı kaldırılmış, bu ayrım yerine sorumluluğun kapsamına etkide bulunacak şekilde müteselsil borçluların birlikte mi birbirinden bağımsız mı hareket ettiklerine ilişkin bir ayrım yapılmış, İBK md.51'deki sıralama kaldırılmış ve zamanaşımının borçlulardan birine karşı kesilmesinin diğerlerine karşı etkide bulunmayacağı kabul edilmiştir.

III. Müteselsil Borçluluğun Karakteristik Unsurları

Müteselsil borç ilişkisi daha öncede ifade etmiş olduğumuz gibi hem borçlular ile alacaklı arasındaki dış ilişkiyi (TBK md.163) hem de borçluların kendi arasındaki iç ilişkiyi (TBK md.167) kapsar. Müteselsil borçluluk ise sadece, esasen alacaklının hangi borçludan hangi oranda talepte bulunabileceği sorusuna cevap aranan⁴⁸, dış ilişkide söz konusudur. Bu nedenle aşağıda ele alınacak olan unsurların kaynağı borçlular ile alacaklı arasındaki dış ilişkidir. Zira borçlular arasındaki ilişkide

⁴⁸ Keller/Schmied-Syz, s.121.

müteselsil borçluluk yoktur⁴⁹. Bilakis iç ilişkide kısmi borçluluk yani paya göre sorumluluk söz konusudur⁵⁰. İç ilişki ya da bir diğer ifadeyle denkleştirme ilişkisine özgü hususlar çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınacaktır.

Gerek eBK’da gerekse TBK’da müteselsil borçluluğun tanımı yer almamaktadır. Bu nedenle burada ilk olarak birden fazla borçlunun söz konusu olduğu durumları müteselsil borçluluk olarak niteleyen unsurlar ele alınacaktır.

A. Birden Fazla Borçlu

Müteselsil borçluluğu karakterize eden ilk unsur, hukuki ilişkinin borçlu tarafında iki veya daha fazla kişinin bulunmasıdır. Bu unsur TBK md.162’nin ilk cümlesindeki “birden çok borçlu” ifadesinden de kolaylıkla anlaşılmaktadır. Burada hem gerçek hem de tüzel kişi borçlular söz konusu olabilir⁵¹.

Kural olarak bir borç ilişkisinde bir alacaklı ve bir borçlu bulunur. Bu nedenle borçlu tarafında birden çok kişinin yer aldığı müteselsil borç ilişkisi, TBK’nun dördüncü bölümünde, borç ilişkilerinde özel durumlar başlığı altında ele alınmıştır. Birden çok borçlu olması müteselsil borç ilişkisini karakterize eden unsurlardan biri olsa da, sadece müteselsil borç ilişkisine özgü bir durum değildir. Borç ilişkisinde birden çok borçlunun söz konusu olduğu her durumda, hangi tür birlikte borçluluğun söz konusu olduğu incelenmelidir. Zira müteselsil borçluluk, birlikte borçluluğun sadece bir türüdür. Bu nedenle de diğer birlikte borçluluk türlerinden ayırt edilmelidir.

⁴⁹ Keller, II, s.183; Eren, s.1201.

⁵⁰ Keller, II, s.183; Koller, §75 N.80; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3688.

⁵¹ Weiss, s.10.

B. Her Bir Müteselsil Borçlunun Borcun Tamamından Sorumlu Olması

Bu unsur doğrudan TBK md.162/I (İBK md.143/I) hükmünden ortaya çıkmaktadır. Bu hükme göre, “Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.” Müteselsil borç ilişkisinde, bir alacaklı ve birden fazla borçlunun, yani en az üç süjenin katıldığı bir hukuki ilişki söz konusudur. Her bir müteselsil borçlu alacaklıya karşı borcun tamamı için sorumludur. Borçluların müteselsilen "tamamı" için sorumlu oldukları şey, her tür yükümlülüğü kapsayabilir veya bir yapma, yapmama edimi olabilir⁵². Kural olarak borçlanılan edimin türü bütün müteselsil borçlular için aynıdır. Müteselsil borçlulardan birinin edim yükümlülüğünü yerine getirmesi şartına bağlı olarak diğer borçlular için de sorumluluk sona ereceğinden, borçlanılan edimler farklı türde de olabilir⁵³. Öte yandan müteselsil borçluların üstlenmiş oldukları edimler aynı türde olmasına karşın kapsamaları farklı olabilir⁵⁴. Bu durumda müteselsil borç ilişkisi değer bakımından en az olan borç kapsamındadır⁵⁵. Bu noktada belirtmek gerekir ki, farklı içerikteki edimler aynı menfaate yönelik olmalıdır⁵⁶. Zira aksi durum müteselsil borç ilişkisinin amacı ile bağdaşmaz.

⁵² Gautschi, s.7.

⁵³ Larenz, §37 I, s.633; von Tuhr/Escher, s.298; Koller, §75 N.2; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.144 N.4; Berger, s.841. Buna karşılık UNIDROIT Principles Art.11.1.1'de farklı edimler için müteselsil borçluluğun söz konusu olamayacağı kabul edilmiştir (Bu konuda bkz. UNIDROIT Principles 2010 Art.11.1.1, Comment 2, s.368).

⁵⁴ von Tuhr/Escher, s.298; Guhl/Koller, §6 N.12; Merz, s.101; Casanova, s.13.

⁵⁵ von Tuhr/Escher, s.298; Keller/Schöbi, s.5; Keller/Schmied-Syz, s.125; Weiss, s.12; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.144 N.4; MünchKomm/Bydlinski, §421 N.5; Eren, s.1202; Oğuzman/Öz, s.441.

⁵⁶ MünchKomm/Bydlinski, §421 N.5; Weiss, s.12. Yazar vermiş olduğu bir örnekle bu durumu şu şekilde açıklamıştır: Bir festivalde stand açıp bira satacak olan A'ya karşı, B ve C müteselsilen borçludur. B, A'ya karşı 1000 litre biranın teslimini borçlanmışken, C 15.000 CHF borçlanmıştır. A'nın menfaati her iki edim ile de tatmin edilebilir. Zira A, B'den 1000 litre birayı teslim alır ve satarsa (litresi

Müteselsil borç ilişkisi mevcut olduğu sürece, her bir borçlu, kendi yanında bir diğer borçlunun borcun tamamı için sorumlu olmasından bağımsız olarak sorumludur. Bir diğer ifadeyle alacaklı bir oran ile bağlı değildir. Alacaklı karşısında her bir müteselsil borçlu tek borçlu gibi görünmektedir⁵⁷. Alacaklı müteselsil borçlulara karşı tek bir alacağa sahip değildir. Bilakis alacaklı, müteselsil borçlulardan her birine karşı diğerlerinden bağımsız bir alacağa sahiptir⁵⁸. Alacaklıya ait olan alacağın sayısı müteselsil borçluların sayısına uygun düşmektedir⁵⁹.

Müteselsil borçluların yükümlülükleri eş derecededir. Böylece alacaklı ve her bir borçlu arasında bağımsız bir borç ilişkisi bulunmaktadır⁶⁰. Bu nedenle de irade bozukluğu her bir borç ilişkisi için ayrı incelenmelidir. Ayrıca alacaklı veya borçlulardan biri tarafından yapılan bir hukuki işlem sadece ilgili borç ilişkisi üzerinde etkilidir ve genel bir etkisi yoktur. Bu durum TBK md.164/I (İBK md.145/I) de yer alan def'i düzenlemesinden ve TBK md.166/II (İBK md.147/II) ye göre alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmayı düzenleyen hükümden anlaşılmaktadır. Alacaklı tarafından müteselsil borçlulardan birine yapılan ihbar, sadece ilgili asıl alacağı muaccel kılar. Ayrıca alacaklının ihtarı sadece ihtarın yöneldiği borçluyu temerrüde düşürür ve sadece ifada geciken borçlu, temerrüdün sonuçlarından sorumludur⁶¹. Ancak alacaklı sadece bütün borçlular temerrüde düştüğünde,

15 CHF 'den) 15.000 CHF elde edecektir. Bunun yerine C'den talepte bulunursa yine aynı meblağı elde etmiş olacaktır (Weiss, s.12, dpn.55).

⁵⁷ von Büren, s.94; Akıntürk, s.162.

⁵⁸ von Tuhr/Escher, s.297; Bucher, s.491; Rey, N.1405; Berger, s.837; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.143 N.1; Koller, §75 N.51; Weiss, s.18; Eren, s.1201.

⁵⁹ Bucher, s.491; Guhl/Koller, §6 N.11; BeKomm/Becker, Vorbemerkung zu Art.143-150, N.8; Gautschi, s.8; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.143 N.1.

⁶⁰ Gautschi, s.9; Yağcıoğlu, s.69 vd.

⁶¹ von Tuhr/Escher, s.307; von Büren, s.96; Bucher, s.494; Gautschi, s.10; Berger, s.844; Eren, s.1208; Hatemi/Gökyayla, s.338.

temerrüdün sonucu olan dönme imkânından yararlanabilir⁶². Zira sözleşmeden dönme diğer borç ilişkilerini de etkileyecektir.

Müteselsil borçlulardan her birinin borcunun bağımsız olduğuna ilişkin olarak verilebilecek bir diğer örnek ise, her bir müteselsil borç için ayrı vade öngörülebilecek olmasıdır⁶³. Ayrıca her bir borç ayrı şarta veya kefil ve rehin gibi ayrı teminatlara bağlanabilir. Kanun koyucu müteselsil borçlulardan her birinin borcunun bağımsız olduğuna ilişkin düşüncesini TBK md.165 (İBK md.146) de yer alan, kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz hükmü ile de doğrulamaktadır⁶⁴. Alacaklı ve müteselsil borçlulardan biri arasında müteselsil borç ilişkisi doğduktan sonra asıl alacağın muacceliyeti, faizler ve cezai şarta ilişkin kararlaştırılan şartlar, alacaklı ve diğer müteselsil borçlular arasındaki ilişkiyi etkilemez. Ancak diğer müteselsil borçlular bu sözleşme değişikliğine izin verir veya sonradan onaylarsa, bu değişiklikler onlar için de etkili olur. Her bir borcun hukuken birbirinden bağımsız olduğunu, müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımı def'inden feragat etmiş olmasının TBK md.160/II (İBK md.141/II) hükmüne göre diğer borçlulara karşı ileri sürülemeyeceği hükmü de doğrulamaktadır.

Zamanaşımının her bir müteselsil borçlu için ayrı işlemesi, alacaklının her bir bireysel alacağını devredebilmesi ve her bir bireysel borcu ibra edebilmesi ve usul hukuku bakımından her bir müteselsil borçlu için verilmiş hükmün farklı olabilmesi müteselsil borç ilişkisinde borçlulardan her birinin borcunun bağımsız olduğuna işaret etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, müteselsil borç ilişkisinde birden fazla

⁶² BeKomm/Becker, Art.146 N.2; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3725; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.146 N.1; Huguenin, N.2305; Eren, s.1208.

⁶³ von Tuhr/Escher, s.298.

⁶⁴ Gautschi, s.10-11.

bağımsız borcun var olduğu düşüncesi TBK md.155/I (İBK md.136/I) hükmü ile çelişki içindedir. Bu hükme göre, zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Eski BK'da da var olan bu kuralın, müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerin revize edildiği TBK'da da aynen yer alması kanaatimizce son derece isabetsizdir. Öğretide yer alan eleştiriler doğrultusunda isabetsiz olan eksik-tam teselsül ayrımının kaldırılıp, öğretide son derece kuvvetli eleştiriler alan bu hükmün muhafaza edilmiş olması yerinde olmamıştır⁶⁵.

C. Ödemenin Tekliği

Müteselsil borç ilişkisinde hukuken bağımsız olan edim yükümleri, edimin amacındaki birlik bakımından birbiriyle bağlıdır⁶⁶. Bu edim yükümlerinin ortak noktası ise alacaklının menfaatinde yer almaktadır. Bir diğer ifadeyle her bir borçlunun edim yükümlülüğü, alacaklının ifa menfaatini tatmin etmeye yöneliktir⁶⁷.

Müteselsil borç ilişkisinde her bir borçlunun edim yükümleri birbirinden bağımsız olmasına rağmen, bu edim yükümleri üç özellikle karakterize edilebilecek bir bağ ile bağlıdır⁶⁸. İlk olarak alacaklı edimin tamamını sadece bir defa talep edebilir⁶⁹. İkinci olarak alacaklı tam olarak tatmin edilinceye kadar diğer müteselsil borçlular sorumlu olarak kalmaktadır. Son olarak alacaklıya kısmen veya tamamen ifada bulunulduğunda, bu ifanın kapsamı oranında diğer borçlular borçlarından kurtulacaktır.

⁶⁵ UNIDROIT Principles 2010 Art.11.1.7'de de borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesinin diğer borçlular bakımından da etkili olacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık İsviçre 2020 tasarısı Art.158'de isabetli bir biçimde müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesinin diğerlerine karşı etkili olmayacağı öngörülmüştür.

⁶⁶ *Larenz*, §37 I, s.636-637; *Rey*, N.1415; *Gautschi*, s.12; *Casanova*, s.16; *Akıntürk*, s.67.

⁶⁷ *Weiss*, s.20.

⁶⁸ *Gautschi*, s.12.

⁶⁹ *Strub*, s.15.

Edimin amacındaki birlik, birden fazla bağımsız borcu, alacaklının müteselsil borçluların her birine karşı olan münferit alacaklarının yığılmayıp (kümülyasyon), birbirleriye yarış halinde olması bakımından bağlamaktadır⁷⁰. Her bir borçlu alacaklı karşısında tek bir borçlu varmış gibi edimin tamamından sorumlu iken, müteselsilen borçlanılmış olan edim sadece bir defa ifa edilebilecektir⁷¹. Zira alacaklının malvarlığında müteselsil borç ilişkisinin konusu olan talep, tek bir aktif kalem olarak yer almaktadır⁷². Bu hukuki durum bir yandan TBK md.162'nin (İBK md.143) lafzında yer alan "borcun tamamı" ifadesi ile öte yandan TBK md.163/II'de (İBK md.144/II) yer alan, borçluların sorumluluğu borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder hükmüyle açıkça doğrulanmaktadır.

Ödemenin tekliğı prensibini alacakların yarışması temellendirmektedir. Böylece alacaklı her bir müteselsil borçludan edimin tamamını talep edebilirken, alacakların yarışması, alacaklıya borcun birden fazla ifasını engellemektedir. Bu durum sorumluluk hukukunda geçerli olan zenginleşme yasağı ilkesine de uygun düşmektedir⁷³. Zira tazminat zarar gören için bir zenginleşme aracı değildir. Bundan dolayı da müteselsil borç ilişkisinde alacakların yarışması ilkesi kabul edilmiştir⁷⁴.

⁷⁰ Weiss, s.14; Casanova, s.16.

⁷¹ Merz, s.101; Keller/Schöbi, s.5-6; Keller/Schmied-Syz, s.123; Larenz, §37 I, s.634; Bucher, s.491; Honsell, s.117; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.144 N.1; Schwenzer, N.88.18; Weiss, s.14; Casanova, s.16; Eren, s.1201.

⁷² von Tuhr/Escher, s.297; BeKomm/Becker, Vorbemerkung zu Art.143-150 N.1; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.143 N.1; Weiss, s.18.

⁷³ Rey, N.1407; Casanova, s.16; Kirca, s.645.

⁷⁴ von Tuhr/Escher, s.297; Rey, N.1407; Keller/Schöbi, s.6; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.143 N.1; Weiss, s.20; Kirca, s.645.

1. Tam Ödemeye Kadar Sorumluluk

Müteselsil borç ilişkisini karakterize eden bir diğer unsur, TBK md.163/II (İBK md.144/II) hükmüne göre, borcun tamamı ödeninceye kadar müteselsil borçluların sorumlu kalması ve alacaklının, ifa menfaati tam olarak karşılanıncaya kadar, bütün borçlulara başvurabilmesidir. Alacaklının borçlulardan sadece birinden talepte bulunmuş olması, diğer borçlulara karşı olan talep hakkından vazgeçtiği anlamına gelmez⁷⁵. Diğer bir anlatımla sadece borçlulardan birinden talepte bulunmuş olmasından dolayı diğerlerine karşı olan alacağı geçersiz duruma düşmez. Müteselsil borçlulardan biri kendi edim yükümlülüğünü hiç veya kısmen yerine getirmezse, alacaklı kalan kısmı her zaman için diğer borçluların birinden talep edebilir. Bu prensip ifaya ilişkin talebin yerine tazminat borcu geçtiğinde de geçerli olur⁷⁶. Müteselsil borçlulardan biri mahkemece borcun tamamını ifaya mahkûm edilirse, diğer borçlular ancak davalı borçlu kendi yükümlülüğünü tamamen yerine getirdiğinde borçtan kurtulurlar⁷⁷. Davalı borçlu mahkeme kararı sonrasında kendiliğinden borcu ödemezse, icra yoluyla borcun tamamı tahsil edildiğinde diğer borçlular borçlarından kurtulacaktır. Davalı borçlu kısmen veya tamamen ödemediği aciz halinde ise, kalan kısım oranında diğer borçluların sorumluluğu devam edecektir.

2. Borçtan Kurtulma Etkisi

TBK md.166/I (OR md.147/I⁷⁸) hükmüne göre, borçlulardan biri ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları

⁷⁵ *Gautschi*, s.13.

⁷⁶ *BeKomm/Becker*, Art.144 N.1.

⁷⁷ *BeKomm/Becker*, Art.144 N.1.

⁷⁸ İsviçre 2020 tasarısı md.203'te müteselsil borçlulardan birinin alacaklıyı özellikle ödeme ve takas yoluyla tatmin etmesi halinde, diğer borçlularında bu oranda borçtan kurtulacağı öngörülmüştür. İkinci fıkra ise, müteselsil borçlulardan birinin alacaklıyı tatmin etmeksizin borçtan kurtulması halinde,

da borçtan kurtarmış olur. Müteselsil borç ilişkisinde bütün müteselsil borçlular lehine yer alan bu borçtan kurtarıcı etki, müteselsil borçluluğun alacaklı için bir teminat teşkil etmesi ve alacaklının tatmin edildiği kadarıyla teminat ihtiyacının ortadan kalkması ile açıklanabilir⁷⁹. Bütün müteselsil borçlular aynı edim menfaatini tatmin etmek zorunda olduğu için, müteselsil borçlulardan biri tarafından alacaklının tam tatmini sağlandığında bu amaç gerçekleşmektedir. Böylece TBK md.166/I (İBK md.147/I) hükmüne göre borç ilişkisi sadece bu tatmini sağlayan borçlu ve alacaklı arasında değil, diğer müteselsil borçlular ve alacaklı arasında da ortadan kalkar. Müteselsil borçlulardan biri kısmen ifada bulunursa, diğer borçluların borçtan kurtulması da, bu edim kapsamında gerçekleşir⁸⁰.

Burada son olarak alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmayı ele alan TBK md.166/II hükmüne değinecek olursak; TBK md.166/II (İBK md. 147/II) hükmüne göre, borçlulardan biri, alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler. Borçlulardan birinin alacaklıya ifada bulunmadan borçtan kurtulduğu her durumda, borcun sadece alacaklı ve o borçlu arasındaki ilişkide mi (subjektif etki) yoksa aynı zamanda alacaklı ve diğer borçlular arasındaki ilişkide de (objektif etki) sona erdiği incelenmelidir⁸¹. Alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulan müteselsil borçlu (örneğin ibra), bu durumun alacaklı ve diğer borçlular arasında da

diğerlerinin alacaklı ile olan ilişkide bunun öngörülmesi bakımından borçtan kurtulacağı yer almaktadır. Böylece ibra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, yenileme ve sulh gibi borcu sona erdiren sebeplerin objektif etkili mi subjektif etkili mi olacağını hakiminin somut durumun şartlarına göre takdir edeceği ifade edilmiştir (*Furrer/Körner*, Art.203 N.3).

⁷⁹ *Keller/Schöbi*, s.15; *Gautschi*, s.14.

⁸⁰ *Bucher*, s.495.

⁸¹ *Keller/Schöbi*, s.12; *Schwenzer*, N.88.26; *BaKomm/Heierli, Schnyder*, Art.147 N.2.

borcu sona erdirdiğini genel ispat kuralları ile kanıtlayabilir⁸². Ancak bu ispatta başarısız olursa bu durumda borçtan kurtarıcı etki subjektif olacak, yani sadece o borçlu ve alacaklı arasında borç sona erecektir.

Alacaklıya ifada bulunmaksızın borcu sona erdiren durumların başında ibra gelmektedir⁸³. **İbra**, eBK zamanında kural olarak subjektif etkiye sahipti⁸⁴. Yani sadece alacaklı ile ibra anlaşması yapan borçlu buna dayanabilirdi. Ancak ibranın objektif etkiye sahip olması da mümkündü. Alacaklı ve bütün borçlular buna ilişkin bir anlaşma⁸⁵ yapabilir veya diğer borçlular durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde bundan yararlanabilirlerdi⁸⁶. Bu noktada TBK md.166/III hükmüne de değinmek gerekmektedir. Zira bu fıkra eBK'da olmayan bir düzenlemedir. Buna göre, alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır. Bu hükümle ibra dolayısıyla diğer borçluların ibra edilmiş olan borçlunun payına düşen miktar oranında borçtan kurtulmuş olup olmayacakları tartışmasına son verilmiştir. Durumu bir örnekle açıklayacak olursak; A ve B müteselsilen 1000 TL ödemeyi kabul etmişlerdir. Alacaklı B'yi ibra etmiştir. Borçluların eşit oranda borçlanmış olduklarını kabul edersek, ibra ile B borçtan kurtulduğuna göre A da borcun B'nin hissesine düşen

⁸² *Bucher*, s.495.

⁸³ Müteselsil borçlulardan birisinin ibrası hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. *Gümüş*, s.314 vd.

⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. *Canbolat*, s.72 vd.; *Gümüş*, s.316 vd.

⁸⁵ Borcu sona erdiren nedenlerden biri olan ibra eBK'da yer almazken, TBK md.132'de (OR Art. 115) düzenlenmiştir. Hâlihazırda öğreti ve uygulamada ibranın borcu sona erdiren bir neden olduğunda duraksama yoktur. Ancak bunun kanunda yer alması elbette isabetli olmuştur. Gerek eBK döneminde olduğu gibi gerekse TBK md.132 hükmüne göre ibra bir sözleşmedir. Yani alacaklı tek taraflı olarak alacağından vazgeçemez. İbra için mutlaka alacaklı ve borçlu arasında bir anlaşma olmalıdır. Ancak ibra sözleşmesi borçlu lehine etkide bulunduğu için susma yoluyla da sözleşmenin kurulabileceği kabul edilmelidir (*Gautschi*, s.24, dpn.79).

⁸⁶ UNIDROT Principles 2010 Art.11.1.6'da da bu yaklaşım benimsenmiştir.

kısından kurtularak 500 TL ile sorumlu olacaktır. Bu hükümle ibraya objektif etki tanınmıştır⁸⁷.

Yenileme⁸⁸ kural olarak sadece subjektif etkiye sahiptir⁸⁹. Alacaklı ilerde de kendi borçlusunun alacaklısı, yani yeni alacağın alacaklısı olarak kalacağı için tatmin edilmiş olmaz. Müteselsil borç ilişkisinde yer alan bütün tarafların iradesine göre müteselsil borçlunun yeni borcunun bütün borçluların önceki borçlarının yerine geçeceğini kararlaştırması halinde ancak bütün borçlular borçtan kurtulmuş olur. Bu uzlaşma açık bir susma ile de olabilir. Müteselsil borçlulardan birinin borcunu üçüncü kişiye devretmesinde de aynı durum geçerlidir.

Birleşmede⁹⁰ (miras veya alacağın devri ile) müteselsil borçluluk statüsü sadece alacaklı ve borçlu sıfatının şahsında birleştiği sözleşme tarafı için sona erer⁹¹. Bir istisna hariç alacaklı⁹² ve diğer borçlular arasındaki borç ilişkisi bundan

⁸⁷ Kılıçoğlu, s.731; Canbolat, s.80; Yağcıoğlu, s.223. TBK md.166/III hükmünün eleştirisi için bkz. Kırca, s.669. İsviçre 2020 tasarısı md.203 kapsamında, somut olayda ibraya objektif veya subjektif etki tanınmanın çok zor olduğu, bu nedenle ara bir çözüm önermek yerine somut olay kapsamında ibraya hangi etkinin tanınması gerektiğine hakimın karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir (Furrer/Körner, Art.203 N.9).

⁸⁸ TBK md.133'e göre, yenileme yani yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur.

⁸⁹ von Tuhr/Escher, s.310; BeKomm/Becker, Art.147 N.4; Eren, s.1215; Kapancı, s.255-256. BGB §425'te de aynı yaklaşım benimsenmiştir. İsviçre 2020 tasarısı md.203 kapsamında aynı yaklaşım benimsenmiştir (Furrer/Körner, Art.203 N.8). Aksi görüşte olan Canbolat'a göre, müteselsil borçlulardan biri ile alacaklı arasında yapılan yenilemenin varlığına rağmen, borçlular arasındaki teselsül bağı tamamen kopmamaktadır. Buna göre yenileme, müteselsil borçluluğa etki etmeli, ancak bu etki yenilemeyi yapan borçlunun iç ilişkideki payı oranında gerçekleşmelidir (Canbolat, s.76).

⁹⁰ TBK md.135'e göre, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer.

⁹¹ Eren, s.1214; Canbolat, s.76. Öğretide bu konuda TBK md.166/III hükmünün kıyasen uygulanarak borçlulardan biri nezdinde gerçekleşen birleşmenin diğer borçluları onun iç ilişkideki payı kadar borçtan kurtaracağı savunulmaktadır (Kapancı, s.258).

⁹² Müteselsil borçlulardan birinin şahsında birleşme olması durumunda ve yeni bir alacaklının söz konusu olması. Bu konuda bkz. Gautschi, s.26, dpn.89.

etkilenmez. Söz konusu istisnai durumda, diğer borçluların şahsında birleşme gerçekleşen borçluya karşı TBK md.167'e göre (İBK Art. 148) rücu alacağı varsa, denkleştirme ilişkisi müteselsil borç ilişkisini doğrudan etkileyebilir. Bu durumda müteselsil borçlulardan birinin şahsında alacaklı ve borçlu sıfatları birleştiği, örneğin alacaklı, müteselsil borçlulardan A'nın mirasçısı olduğunda, A'ya karşı olan alacağı son bulur, B'ye karşı olan alacağı devam eder. Fakat borçlu B, TBK md.167'ye göre A'ya karşı rücu hakkına sahip olduğu takdirde bunu A'nın yerini almış olan alacaklıya karşı def'i olarak ileri sürebilir, yani rücu yoluyla A'dan alabileceği miktarı borçtan indirerek ödemedede bulunur⁹³. Bir diğer anlatımla rücu alacaklısı olan borçlu, hakkında birleşme olan müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı kadar borçtan kurtulmuş olmaktadır.

Sonradan borçlulara isnad edilemeyen sebeplerden biriyle **ifanın imkânsızlaşması** halinde (TBK md.136, İBK md. 119) bütün müteselsil borçlular borçtan kurtulacaktır⁹⁴. Sonraki imkânsızlık durumunda borçlulardan birinin kusurlu olması halinde, TBK md.112'ye göre (İBK md. 97/I) bütün şartların varlığı halinde tazminat borcu doğar. Yani bu durumda borçlunun edimi tazminata dönüşür. Diğer müteselsil borçlular TBK md.136'ya göre kendi borçlarından kurtulurlar. Çünkü bu durum diğer borçlular için kusursuz imkansızlık teşkil edecektir⁹⁵. Bu noktada belirtmek gerekir ki, müteselsil borçlulardan her birinin diğerlerinin kusurundan sorumlu olacağı kararlaştırılabilir veya durumun gereği olarak bu sonuca varılabilir.

⁹³ *Gautschi*, s.26; *Canbolat*, s.77.

⁹⁴ *von Tuhr/Escher*, s.311; *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N.3717; *BaKomm/Heierli,Schnyder*, Art.147 N.4; *Oğuzman/Öz*, s.454; *Hatemi/Gökyayla*, s.339; *Kapancı*, s.220; *Canbolat*, s.75.

⁹⁵ *Gautschi*, s.26; *Eren*, s.1208.

Zamanaşımı aslında borcu sona erdiren bir sebep değildir, sadece ilgili alacağın dava edilebilme niteliğini ortadan kaldıran bir def'idir⁹⁶. Müteselsil borçlulukta zamanaşımı her bir borçlu için ayrı işler. Böylece borçlulardan birine karşı olan alacak, zamanaşımına uğramış olsa bile bu diğer borçlularla olan borç ilişkilerini etkilemez⁹⁷. Bu müteselsil borç ilişkisinde borçluların her birinin borcunun diğerlerinininkinden bir ölçüde bağımsız olmasının da doğal bir sonucudur. Ayrıca zamanaşımı süreleri her bir borçlu için farklı olabilir. Zamanaşımı süresinin dolmasıyla bir alacağın zayıflayıp zayıflamadığı her bir alacaklı-borçlu ilişkisi için münferiden incelenmelidir⁹⁸.

Alacaklının, borçlulardan biri tarafından kendisine sunulan ifayı haksız yere reddetmesi halinde, **alacaklı temerrüdünün** etkileri bütün borçlular için bir avantaj teşkil eder⁹⁹. Bu durum TBK md.166'ya göre borçlulardan biri ifada bulunmuş gibi bütün müteselsil borçlular için borçtan kurtarıcı bir etki yapar. İsviçre/Türk BK'nun aksine BGB § 424'de¹⁰⁰ alacaklının borçlulardan birine karşı temerrüde düşmüş bulunmasının diğer borçlular için de hüküm doğuracağı açıkça belirtilmiştir.

⁹⁶ Canbolat, s.77.

⁹⁷ von Tuhr/Escher, s.311; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3720.

⁹⁸ Bu husus üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁹⁹ BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.147 N.6; Koller, §75 N.155; Gautschi, s.28; Eren, s.1215; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s.298.

¹⁰⁰ Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner.

D. Alacaklının Dilediği Borçluya Başvurabilmesi (Alacaklının Seçim Hakkı)¹⁰¹

TBK md.163/I (İBK md.144/I) hükmüne göre, alacaklı borcun tamamını veya bir kısmının ifasını dilerse borçluların hepsinden dilerse yalnız birinden isteyebilir¹⁰². Böylece alacaklı kural olarak borçlulardan sadece birinden/birkaçından veya tamamından talepte bulunabilir ve borçlulardan birinden alacağının tamamını isteyebilir veya bir kısmını isteyerek kalanı için diğerlerine başvurabilir¹⁰³. Bir diğer ifadeyle, alacaklı, hangi borçludan/borçlulardan talepte bulunacağı veya borcun tamamını mı yoksa bir kısmını mı isteyeceği veya aynı anda bütün borçlulara mı başvuracağı veya farklı zamanlarda mı başvuracağına ilişkin karar vermede serbesttir.

¹⁰¹ Burada ifade edilen seçim hakkı TBK md.87'de (İBK md.72) yer alan seçimlik borç ile karıştırılmamalıdır. Bu iki kavram birbirinden farklıdır. TBK md.87 anlamında seçimlik borç, borç birden fazla edime ilişkin olup borçlunun bunlardan yalnız biriyle sorumlu tutulabildiği durumda söz konusu olur. TBK md. 162 vd. maddeler anlamında müteselsil borç ilişkisi çerçevesinde alacaklının seçim hakkına ilişkin ilk ayırt edici ölçüt budur. Bu hukuki ilişkide seçim hakkı alacağın konusuna dayanmaz. Diğer bir anlatımla seçim hakkı edim yükümlüğünü belirlemez, bilakis edimde bulanacak kişiyi belirler. Buna karşılık seçimlik borçta borçlanılmış olan edimin türü belirlenir. Ayrıca seçimlik borçta seçim hakkı, TBK md.87'ye göre hukuki ilişkiden aksi anlaşılmadıkça borçluya aittir. TBK md. 162 vd. maddeler anlamında müteselsil borç ilişkisinde seçim hakkını alacaklı kullanır. Bir diğer ayırt edici ölçüt, seçimlik borç bir alacaklı ve bunun karşısında yer alan bir borçlu arasında söz konusu olur. Müteselsil borç ilişkisinde ise borçlu tarafta birlikte borçluluk durumu söz konusudur. Son ayırt edici kriter ise, alacaklı, alacak hakkını müteselsil borçlulardan birinden talepte bulunduğunda, bu söz konusu alacağın mutlaka o borçlu tarafından ödeneceği anlamına gelmez. Bilakis alacaklı tam ifaya kadar diğer borçlulara başvurabilir. Buna karşılık seçimlik borçta inşai bir hak söz konusudur. Borçlu bu hakkını bir kere kullandıktan sonra bundan dönemez ve dolayısıyla seçmiş olduğu edim türü ile bağlıdır (*Gautschi*, s.18, dpn.57).

¹⁰² Borçlulardan birinin veya hepsinin iflas etmiş olması halinde ise alacaklının ne şekilde hareket edeceği İİK md.203 ve md.204'te yer almaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Akıntürk*, s.154 vd.

¹⁰³ *Keller/Schöbi*, s.8; *Merz*, s.106; *Bucher*, s.494; *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N.3708; *Weiss*, s.13; *Huguenin*, N.2303; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, s.285.

Bu durum alacaklının karşısında birden fazla borçlunun yer almasının olumsuz sonuçları gidermeye yöneliktir.

Alacaklı ifayı talep etmede belirli bir sıra ile bağlı değildir¹⁰⁴. Bilakis alacaklı herhangi bir müteselsil borçludan talepte bulunabilir. Alacaklı doğal olarak, iflas şüphesi en az olan ve alacağını en iyi elde edebileceğine inandığı borçluya karşı talepte bulunur¹⁰⁵. Bununla birlikte müteselsil borçlular, kendiliğinden borçlanmış oldukları edimi (muaccel) ifa ederek alacaklının seçim hakkını kullanmasını önleyebilirler¹⁰⁶. Alacaklıya yapılan tam ifa ile alacak sona ereceği için, alacaklının seçim hakkı da sona erecektir¹⁰⁷. Bunun tersi anlamından, alacaklı zararının tamamının tazminini elde edinceye kadar istediği borçluya başvurabilir. Böylece ödeme gücü riski tamamen borçluların üzerine kaydırılmış olmaktadır. Bir diğer ifadeyle borçlulardan birinin iflas etmiş olması veya ödeme güçsüzlüğü içinde kalması alacaklıyı ilgilendirmez¹⁰⁸.

TBK md.163 hükmü, emredici nitelikte olmadığı için tarafların anlaşması yoluyla bundan vazgeçilebilir¹⁰⁹. Aksi öngörülmedikçe alacaklının seçim hakkı TBK md.162 vd. anlamında müteselsil borç ilişkisinin bir parçasıdır. Müteselsil borçluların borcun tamamından sorumlu olması yanında alacaklının seçim hakkı, alacağına kavuşmada ona ek bir teminat sağlar. Böylece alacaklının durumu daha da güçlenmiş olur.

¹⁰⁴ *Larenz*, §37 I, s.632.

¹⁰⁵ *Gautschi*, s.17.

¹⁰⁶ *BaKomm/Heierli,Schnyder*, Art.147 N.6; *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N.3715; *Huguenin*, N.2304.

¹⁰⁷ UNIDROT Principles 2010 Art.11.1.3'de de alacaklının tam ödemeye kadar istediği borçluya başvurabileceği öngörülmüştür.

¹⁰⁸ *Körner*, N.68.

¹⁰⁹ *Gautschi*, s.18; *Berger*, s.841; *Canyürek*, s.15.

Sonuç olarak yukarıda ele alınan müteselsil borç ilişkisinin unsurlarına ilişkin yapılan açıklamalar doğrultusunda müteselsil borç ilişkisi; borçlu tarafında alacaklıya karşı her birinin borcun tamamından sorumlu olduğu birden fazla borçlunun yer aldığı ve de her bir borçlu tarafından, alacaklının kısmen mi yoksa tamamen mi ifasını talep edeceğine ilişkin seçim hakkının olduğu ve tamamının sadece bir defa ifa edileceği bir borcun üstlenildiği borç ilişkisi şeklinde tanımlanabilir¹¹⁰.

IV. Müteselsil Borç İlişkisinin Benzeri İlişkilerden Ayrılması

Borç ilişkisi, ister bir hukuki işlem ister haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme ya da kanun hükmünden doğmuş olsun, alacaklı ve borçlu olmak üzere mutlaka iki taraf vardır. Ancak bu tarafların mutlaka birer kişi olma zorunluluğu yoktur. Bazı durumlarda alacaklı ve borçlu tarafında veya her iki tarafta, birden fazla kişi bulunabilir. Borç ilişkisinde borçlu tarafın birden fazla kişi olması hali birlikte borçluluk olarak ifade edilmektedir¹¹¹. Bu durum taraf iradelerinden, kanun hükmünden veya borcun konusu olan edimin niteliğinden kaynaklanabilir. Burada önemli olan edimin alacaklı tarafından sadece bir defa talep edilebilmesidir.

Birlikte borçlulukta borçluların kısmen veya tamamen sorumlu oldukları bir edim vardır. Birlikte borçluluk türleri, kısmi borçluluk, bölünmez borçluluk, elbirliği ile borçluluk ve müteselsil borçluluktur¹¹².

¹¹⁰ Benzer bir tanım için bkz. *Weiss*, s.15.

¹¹¹ *Akıntürk*, s.4 vd. *Eren*, birlikte borçluluk durumunu bireysel borç ilişkisi olarak adlandırmaktadır. Yazara göre, burada alacaklı bütün borçluları birlikte değil, ayrı ayrı, bireysel olarak da dava edebileceği için, bu tür borç ilişkisine bireysel borç ilişkisi denmelidir (*Eren*, s.1195, dpn.2). Aynı yönde bkz. *Keller/Schöbi*, s.4.

¹¹² Birlikte borçluluk ve türleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. *Kapancı*, s.3 vd.

Çalışmamızın bu kısmında, yukarıda unsurlarıyla ele almış olduğumuz müteselsil borçluluğun diğer birlikte borçluluk hallerinden ayrılan yönleri ele alınacaktır.

A. Kısmi Borçluluk

Kısmi borçluluk, borçluların borcun tamamından sorumlu olduğu müteselsil borçluluktan farklı olarak, borçlulardan her birinin alacaklıya karşı borcun bir kısmından sorumlu olması anlamına gelmektedir¹¹³. Bu nedenle borçlulardan biri borcunu ifa edince diğer borçlu veya borçlular kendi borçlarından kurtulamazlar. Dolayısıyla da borçlular arasında kural olarak rücu ilişkisi meydana gelmez¹¹⁴. Ayrıca kısmi borçlulardan birine ait ödeme güçlüğü riskini, alacaklı tek başına taşımaktadır¹¹⁵.

TBK md.162/I'e göre, müteselsil borçluluğun kurulması için birbirine uygun taraf iradelerinin varlığı gerekir. Buna ilişkin taraf iradeleri yoksa müteselsil borçluluk ancak kanunen öngörülen durumlarda doğmaktadır. Buna göre TBK md.162/II kapsamında müteselsil borçluluk kanunen öngörülmemişse, müteselsil borçluluğun doğumu taraf iradelerine bağlıdır. Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, taraflar aralarında akdedecekleri sözleşmenin içeriğini kanuni sınırlamalar dahilinde serbestçe belirleyebilirler. Buna göre sözleşmenin borçlu tarafında yer alanlar, borçtan kısmen mi veya müteselsilen mi sorumlu olacaklarını serbestçe seçebilirler. Ancak borçluların buna ilişkin bir belirleme yapmadığı durumda, borçluların müteselsilen mi yoksa kısmen mi sorumlu olacakları probleminin irdelenmesi gerekmektedir.

¹¹³ Keller/Schöbi, s.27; Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 3687; Merz, s.100; Guhl/Koller, §6 N.2; Schwenger, N.88.05; Huguenin, N.2281; Weiss, s.23; Casanova, s.8; Eren, s.1198.

¹¹⁴ von Tuhr/Escher, s.291.

¹¹⁵ Gautschi, s.73; Weiss, s.24; Casanova, s.8.

TBK md.162 hükmü müteselsil borç ilişkisinin varlığı için gerekli olan şartları açıkça belirtmiştir. Bu hükmün karşıt anlamından, taraf iradeleri ve kanun tarafından müteselsil borçluluk öngörülmemişse, bu durumda kısmi borçluluğun söz konusu olduğunun kanunen karine olarak kabul edildiği sonucuna varmak gerekir¹¹⁶. Zira TBK müteselsil borçluluğa ilişkin bir karine öngörmemiştir. Bu sonuç Roma Hukukunda kabul edilen çözüm ile de uyushmaktadır. Zira Roma hukukunda da kısmi borçluluğa ilişkin karine öngörölmüştür¹¹⁷ (nomina ipso iure sunt divisa). Bölünebilen ediminin söz konusu olduğu durumda, aksi taraflarca öngörölmemişse veya kanunen düzenlenmemişse, borçlulardan her biri eşit miktarda sorumludur.

Borçluların kısmen sorumlu olduklarına ilişkin karine, aksi durumun ispatı ile bertaraf edilebilir. Müteselsil sorumluluk, somut durumun güven ilkesine göre yorumlanması ile durumun gereği olarak veya buna ilişkin sözleşme içeriğinden de zımnen ortaya çıkabilir¹¹⁸. Fakat sadece borçluların bir borcu birlikte üstlenmesi, müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu anlamına gelmeyecektir. Zira TBK'da kısmi borçluluk lehine karine kabul edilmektedir. Birlikte borç altına girilmesi durumunda şüphe halinde, kural olarak müteselsil sorumluluğun söz konusu olmayacağı kabul edilir.

¹¹⁶ von Tuhr/Escher, s.291; von Büren, s.93; Bucher, s.493; Merz, s.101; Guhl/Koller, §6 N.2; Keller/Schöbi, s.6; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3688; Schwenger, N.88.05; Berger, s.840; Huguenin, N.2282; Weiss, s.25; Casanova, s.8; Akıntürk, s.102; Eren, s.1199; Kılıçoğlu, s.720; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s.292; Kırca, s.643; Kapancı, s.19; Gümüş, s.311, dpn.2; Yağcıoğlu, s.70 vd.; Canyürek, s.10. Ayrıca İsviçre 2020 Tasarısında halihazırda geçerli olan kısmi borç karinesi muhafaza edilmiştir (Furrer/Körner, Art.198 N.3 vd.). Buna karşılık UNIDROIT Principles 2010 Art.11.1.2'de müteselsil borçluluğun karine olduğu kabul edilmiştir.

¹¹⁷ Bucher, s.488; von Büren, s.93; Gautschi, s.75.

¹¹⁸ Merz, s.102.

Kısmi borçluluğa ilişkin karine çok sayıda kanuni düzenlemelerle sınırlandırılmıştır¹¹⁹. Ayrıca somut durumun veya sözleşme içeriğinin yorumlanması ile de sıklıkla müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu sonucuna varılmaktadır. Buna rağmen TBK md.162 hükmü, olan hukuk açısından farklı biçimde yorumlanamaz. Bu açık hükümden kısmi borçluluk lehine kanuni karine söz konusu olduğu sonucu çıkarılmaktadır ve kanaatimizce hiçbir durumda şüphe halinde birden fazla borçlunun müteselsilen sorumlu olacağı yorumu yapılamaz. Zira TBK md.162/II hükmü açıkça, taraf iradelerinin söz konusu olmadığı durumda müteselsil sorumluluğun ancak kanunda öngörülen hallerde doğacağını belirtmiştir. Aynı sonuca TBK md.162/I hükmünün yorumu ile de varılabilir. Eğer kanun koyucu müteselsil sorumluluk lehine bir kanuni karine öngörmek isteseydi, TBK md.162/I'de şart kılınan irade açıklamalarına yer verilmezdi.

Alman Borçlar Hukukunda ise BGB §427¹²⁰'de tam tersi durum öngörülmüştür. Buna göre bölünebilen edim durumunda birden fazla borçlu müteselsilen sorumlu olacaklarına ilişkin bir beyanda bulunmamış olsalar bile karineten müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmüştür. Bu nedenle alman hukukunda kısmi borçluluk, ancak tarafların bunu öngörmesi halinde söz konusu olmaktadır¹²¹. Bu öngörülen durum İsviçre/Türk hukukuna yabancıdır. Ancak İsviçre öğretisinin bir kısmı BGB §427'de öngörülen durumun tercih edilmesi gerektiği görüşündedir¹²². *Bucher* ve *von Büren* bu durumu tartışmıştır. Yazarlara göre, birden fazla alıcı veya kiracı satış veya kira bedelini sadece paylarına göre üstlenirken, birden

¹¹⁹ *Gautschi*, s.76.

¹²⁰ "Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner".

¹²¹ *Larenz*, §36 II, s.627.

¹²² *Bucher*, s.493; *von Büren*, s.93.

fazla ödünç alan, vekalet veren, vekil, emanet alan ve adi şirket ortaklarının borçlarından dolayı müteselsilen sorumlu olacaklarının kabulü hakkaniyete aykırıdır. *Von Büren* bunu öne sürerken hukuki güvenlik ilkesine dayanmaktadır. Yazara göre birlikte sözleşmeyle borç altına girme alacaklı nezdinde, borçlulardan her birinin edimin tamamının ifasından sorumlu olduklarına ilişkin haklı ve korunmaya değer bir güven yaratır.

Kısmi borçluluğun karineten kabul edilmesi durumu, TBK md.162'de yapılacak değişiklikle, tam tersine yani karineten müteselsil sorumluluğun söz konusu olacağı şeklinde değiştirilebilir. Ancak kısmi borçluluğa kıyasla, birden fazla borçlunun müteselsilen sorumlu tutulmasının sonuçlarının borçlular açısından daha ağır olması nedeniyle, kanaatimizce kısmi borçluluğa ilişkin karineden vazgeçilmemelidir.

Sonuç olarak kısmi borçluluk ile müteselsil borçluluk arasındaki farkları özetleyecek olursak, kısmi borçta daima bölünebilir bir edim söz konusudur. Zira borçlulardan her biri belli bir paydan sorumludur. Müteselsil borçta ise edimin bölünebilir olma şartı yoktur. Ayrıca TBK md.85 bölünemeyen edim durumunda müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörmüştür. Öte yandan kısmi borçlulukta borçlular edimin tamamından sorumlu değildir. Dolayısıyla alacaklı aksine bir anlaşma olmadığı sürece, her bir borçludan edimin tamamını talep edemez. Bunun dışında borçlulardan birinin alacaklıya karşı yapmış olduğu ifa diğerlerini borçtan kurtarmaz. Bu kapsamda kısmi borçlulukta borçlular arasında bir rücu ilişkisi de meydana gelmez. Müteselsil borçlulukta ise, borçlulardan her biri edimin tamamından sorumludur ve borçlulardan birinin ifası diğerlerini de borçtan kurtarır. Ayrıca kendi payından fazlasını ödeyen borçlunun diğerlerine rücu hakkı da söz konusudur.

B. Bölünemeyen Edimden Doğan Borçluluk

Bölünmeyen edimden doğan bir diğer ifadeyle de bölünmez borçluluk, doğrudan doğruya edimin niteliğinden kaynaklanan birlikte borçluluk halidir. Bu doğrultuda, birden fazla borçlunun üstlenmiş olduğu edim, bölünemeyen edim ise, anlaşma veya kanun ile aksi öngörülmedikçe, bölünmez borçluluk söz konusu olur¹²³.

TBK md.85'de her ne kadar bölünemeyen borç düzenlenmiş olsa da, bölünemeyen edim tanımlanmamıştır. Bölünmezlik, edimin niteliğinden veya tarafların anlaşmasından kaynaklanabilir¹²⁴. Niteliğinde bir değişme ve kıymetinde bir eksilme olmaksızın parçalara ayrılması mümkün olmayan bir edim varsa, niteliği gereği bölünemeyen bir edim söz konusudur¹²⁵. Bununla birlikte hukuken bölünmezlik, yani borçlunun edimi sadece diğer bir kişinin katılımı ile birlikte ifa edebileceği durumlar, TBK md.85'in kapsamına girmemektedir¹²⁶. Burada aşağıda değinileceği gibi, elbirliği borcu söz konusudur¹²⁷. Ancak işlem hayatına göre bölünebilen bir edim belirli amaçlar için bölünmez olarak kabul edilmişse, taraf iradelerine dayanan bölünemeyen bir edim söz konusudur. Bu durum genellikle tarafların ulaşmak istediği amacı güvenceye almaları bakımından söz konusu olur. Örneğin inşaat için gerekli olan tuğlaların iki ayrı kişi tarafından gönderilmesine ilişkin bir sözleşmede, tuğla gönderme borcu bölünmez edim olarak kararlaştırılabilir. Böylece alacaklı her bir borçludan sözleşmeye konu tuğlaların

¹²³ *Akıntürk*, s.8.

¹²⁴ *Weiss*, s.26. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. *BeKomm/Weber*, Art.70 N.13, 17 vd.

¹²⁵ *Eren*, s.1196-1197; *Kapancı*, s.71.

¹²⁶ *BeKomm/Weber*, Art.70 N.13.

¹²⁷ Aksi görüş için bkz. *Akıntürk*, s.11. Yazar burada her ne kadar elbirliği ile borçluluğa benzeyen bir durum olsa da borçlular arasında kanunun öngördüğü bir elbirliği ortaklığının söz konusu olmadığından, elbirliği borçluluk şeklinde bir nitelendirme yapmaya imkan olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle de burada bölünmez borçluluğun özel bir hali olduğunu savunmaktadır.

tamamını talep edebilir. Bunun dışında taraflar TBK md.85'in tamamlayıcı bir karaktere sahip olması nedeniyle, işlem hayatında bölünmez olarak kabul edilen bir eşyayı, bölünebilir olarak kabul edebilirler¹²⁸. Burada bölünebilir olarak kabul edilen eşya, niteliği gereği mutlak bir biçimde bölünemez ise, örneğin bir atın teslimi, tarafların anlaşması TBK md. 27'ye göre başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur¹²⁹.

Edimin bölünmez olmasının sonucu, TBK md.85'e göre, borçlulardan her birinin borcun tamamını ifa etmekle yükümlü olmasıdır. Bu husus yani borçluların edimin tamamından sorumlu olması, müteselsil borç ilişkisinin temel unsurlarından biridir. Bu açıdan bölünmez borçluluk ile müteselsil borçluluk arasında bir farklılık yoktur. Öte yandan TBK md.85/III'e göre, durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, ifada bulunan borçlunun, alacaklıya halef olması, diğer borçlulardan payları oranında alacağını isteyebilmesi ve TBK md.155/I gereğince zamanaşımının bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilmesinin, diğerlerine karşı da kesilmiş olacağı hususları bakımından bölünmez borçluluk müteselsil borçluluk ile benzerlik göstermektedir. Bir diğer ifadeyle, bölünmez borçluluk müteselsil sorumluluk olarak öngörülmemiş, bilakis hukuki sonuçları bakımından müteselsil sorumluluğa tabi olacağı öngörülmüştür. Bundan dolayı bölünmez borçluluk, şekli müteselsil borç ilişkisi (formale Solidarität) olarak da nitelendirilmektedir¹³⁰. Ancak bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki, bu yakın benzerliğe rağmen, bölünmez borçlulukta borçlular ile alacaklı arasında müteselsil borç ilişkisi yoktur. Sadece hukuki sonuçları bakımından

¹²⁸ Weiss, s.27.

¹²⁹ BeKomm/Weber, Art.70 N.9.

¹³⁰ Guhl/Koller, §6 N.4; BeKomm/Weber, Art.70 N.47; Keller/Schöbi, s.4; Weiss, s.28; Gautschi, s.33; Canyürek, s.7.

benzerlikler vardır. Buna karşılık BGB §431¹³¹'de bölünmez edimde müteselsil borçluluk kabul edilmiştir¹³².

Bölünmez borçlulukta borçluların her birinin edimin tamamından sorumlu olması, edimin niteliği veya tarafların anlaşması gereğidir. Ancak edim sonradan bölünebilir hale gelirse, örneğin tazminat borcuna dönüşürse, bu durumda da bölünmez borçluluk devam edecek midir, başka bir ifadeyle alacaklı tazminatın tamamını borçluların her birinden talep edebilecek midir? Bu husus öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe¹³³ göre bu durumda müteselsil sorumluluk söz konusu olurken, başka bir görüşe¹³⁴ göre kısmi sorumluluk söz konusu olacaktır. Diğer bir görüşe¹³⁵ göre ise, bu durumda tazminat alacağının doğuş sebebine göre her bir borçlunun müteselsilen mi yoksa paylarına göre mi sorumlu olacakları tespit edilmelidir. Eski İBK md.80'de, bölünemeyen edimin bölünebilir hale gelmesi durumunda kısmi borçluluk öngörülmüştü. Yani edim sonradan bölünebilir hale geldiğinde borçlulardan her biri payı oranında sorumlu tutulabiliyordu. Ancak bu hüküm İBK'nun değişikliği sırasında kanuna alınmamıştır. İsviçre öğretisinde bu durumda müteselsil sorumluluğun olduğunu kabul eden yazarlara göre, eİBK md.80 kanuna alınmadığı için, genel kurallara göre müteselsil sorumluluğun kabul edilmesi gerekmektedir¹³⁶. Ayrıca burada kısmi sorumluluk kabul edilirse, bunun alacaklıya ilave bir yük getireceği, zira bu durumda alacaklının bütün borçlulara başvurmak

¹³¹ "Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner".

¹³² İsviçre 2020 tasarısı Art.198'de bu durum da değiştirilmiş ve açıkça bölünemeyen edimin borçluları arasında müteselsil borçluluğun söz konusu olacağı öngörülmüştür.

¹³³ *Bucher*, s.490; *BeKomm/Weber*, Art.70 N.48; *Schwenzer*, N. 88.10; *Weiss*, s.29-30; *Huguenin*, N.2296.

¹³⁴ *Akıntürk*, s.13; *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3698; *Eren*, s.1197; *Kapancı*, s.81.

¹³⁵ *Guhl/Koller*, §6 N.4.

¹³⁶ *Bucher*, s.490, dpn.19.

zorunda kalacağı da ifade edilmektedir. Bunun da İBK md.70/II'nin (TBK md.85/II) amacı ile örtüşmediği belirtilmektedir. Buna karşılık bu durumda kısmi sorumluluğu savunan yazarlar ise, eİBK md.80'nin zaten gereksiz olduğu için kanuna alınmadığını, bu nedenle önceki hukuki durumun değişmeksizin devam etmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Ayrıca müteselsil sorumluluğun kanunen öngörülmediği durumda ancak sözleşmeden kaynaklanabileceğini de ifade etmektedirler.

Kanaatimizce de bölünemeyen bir edimin bölünebilir bir hale gelmesi durumunda, borçlular arasındaki bölünmez borçluluğun yerini kısmi borçluluğun alması gerektiği görüşüne üstünlük tanımak gerekir. Zira burada artık edim bölünebilir olduğu için bölünmez borçluluk ortadan kalkmıştır ve kanunen burada müteselsil sorumluluk da öngörülmediği için, borçlular payları oranında sorumlu tutulmalıdır.

C. Elbirliği ile Borçluluk

Elbirliği ile borçlulukta, birden fazla borçlu bölünemeyen bir edimin¹³⁷ ifasını birlikte üstlenmişlerdir ve borçlulardan biri diğerlerinin katılımı olmaksızın tek başına borcu ifa edememektedir¹³⁸. Burada borçlulardan her birinin kısmi ifası alacaklı açısından bir değer taşımadığı için, alacaklının edime ilişkin menfaati bölünmemektedir. Müteselsil borçluluktan farklı olarak burada borçlulardan her biri edimin tamamının ifasından değil, edimin ifasına katılmaktan sorumludur¹³⁹. Elbirliği

¹³⁷ Burada hukuken bir bölünemezlik durumu söz konusudur. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi hukuken edimin bölünmemesi TBK md.85 kapsamına girmemektedir.

¹³⁸ Larenz, §36 II, s.630; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3694; Koller, §75 N.8; Gautschi, s.78; Weiss, s.31; Schwenger, N.88.06; Huguenin, N.2286. Bir diğer görüşe göre ise, elbirliği ile borçluluk, bir borcun birden fazla borçluları arasında elbirliği ortaklığı bulunduğu hallerde söz konusu olabilen birlikte borçluluk halidir. Bu görüşe göre elbirliği halindeki borçlar, borçlular arasında kanunen öngörülmüş bir elbirliği ortaklığı bulunan borç ilişkilerinde söz konusu olabilir (*Akıntürk*, s.18-19. Aynı doğrultuda bkz. *Canyürek*, s.8; *Kapancı*, s.12).

¹³⁹ Weiss, s.31.

ile borçluluk, fiili veya hukuki nedenlerden kaynaklanabilir¹⁴⁰. Örneğin bir müzik grubu, birlikte sahneye çıkmayı taahhüt ettiğinde burada fiili durumdan dolayı elbirliği ile borçluluk söz konusudur. Zira burada sadece grup üyelerinden birinin sahneye çıkması grubun sahneye çıkmasına olan menfaati karşılayamamaktadır. Aynı durum şahsa bağlı edimlerde (borçlunun şahsi niteliklerinin önemli olduğu) veya sadece bir borçlunun tek başına teslim edemeyeceği eşyalarda da söz konusu olabilir. Diğer yandan elbirliği ile borçluluk hukuki nedenlerle de ortaya çıkabilir. Örneğin edim konusu üzerinde sadece birlikte tasarrufta bulunabilen elbirliği mülkiyetinde durum böyledir (MK md.701, 702).

Elbirliği ile borçlulukta alacaklı sadece borçluların tamamından edimin birlikte ifasını talep edebileceği için, bütün borçlulara karşı talepte bulunmalı veya dava açmalıdır¹⁴¹.

Kanun, elbirliği ile borçluluk durumunu özel olarak düzenlememiştir. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi elbirliği ile borçluluk fiilen veya hukuki nedenlerle ortaya çıkabilir. Ancak belirtmek gerekir ki elbirliği ile borçluluk durumu çok nadir olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴². Zira hukuken elbirliği ile borçluluk kanun tarafından öngörülen elbirliği ortaklığı durumlarında söz konusu olmaktadır. Ancak bu mutlak bir kural değildir. Zira örneğin miras ortaklığı ve adi ortaklığa ait alacaklarda elbirliği ile ortaklık (alacaklılık) öngörülmüşken, bunlara ait borçlarda kanun, müteselsil sorumluluğu öngörmüştür. Ancak bu durum, elbirliği ortaklığında daima müteselsil sorumluluk prensibinin geçerli olduğu anlamına gelmemektedir¹⁴³. Bu

¹⁴⁰ Weiss, s.32.

¹⁴¹ Bucher, s.504; Keller/Schöbi, s.4; Koller, §75 N.8; Schwenger, N.88.07; Berger, s.839; Huguenin, N.2288; Akıntürk, s.20; Eren, s.1196; Oğuzman/Öz, s.438; Kapancı, s.13.

¹⁴² Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3695.

¹⁴³ Aksi görüş için bkz. Guhl/Koller, §6 N.27; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3696.

noktada öğretide¹⁴⁴ borç ve sorumluluk arasında ayırım yapılması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, elbirliği ile borçlulukta borçluların asli edim yükümlülüğü, bütün borçluların ancak birlikte ifa edebileceği bir borçtur ve alacaklı elbirliği ile borçlu olanlardan birlikte talepte bulunmak zorundadır. Ancak borçluların asli edim yükümlülüğünü ifa etmediklerinde ortaya çıkacak tazminat sorumluluğu bakımından borçlular müteselsilen sorumlu olacaklardır¹⁴⁵, yani her bir borçlu alacaklıya karşı tazminatın tamamından sorumlu olacaktır.

Sonuç olarak elbirliği halinde borçluluk ile müteselsil borçluluk arasındaki farkları özetleyecek olursak, elbirliği ile borçlulukta borçlular edimin birlikte ifasından, yani ifaya katılmaktan sorumluyken, müteselsil borçlulukta her bir borçlu edimin tamamından sorumludur. Bu nedenle de müteselsil borçlulukta alacaklıya tanınan seçim hakkı, elbirliği ile borçlulukta söz konusu değildir. Zira burada alacaklı elbirliği borcunun ifası için borçlulara birlikte başvurmak zorundadır.

§ 2 Müteselsil Borç İlişkisinin Kaynakları

Müteselsil borç ilişkisine ilişkin sınıflandırma kriterlerine göre farklı ortaya çıkış biçimleri söz konusudur. Bunlardan esas sınıflandırma kriteri TBK md.162 (İBK md.143) hükmüne göre kanuni ve hukuki işleme dayanan müteselsil borç ilişkisi ayrımıdır¹⁴⁶.

¹⁴⁴ *Schwenzer*, N.88.07; *Gautschi*, s.78-79; *Weiss*, s.33; *Huguenin*, N.2288.

¹⁴⁵ *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3695.

¹⁴⁶ *Gautschi*, s.29.

I. Kanundan Kaynaklanan Müteselsil Sorumluluk

A. Ortaya Çıkışı

1. Ortaya Çıkışta İradenin Etkisi

Borçlar Kanunu bazı durumlarda müteselsil sorumluluğu¹⁴⁷ karineten öngörmüşken, diğerlerinde alacaklı yararına veya iş ilişkileri yararına müteselsil sorumluluğu doğrudan düzenlemiştir¹⁴⁸. Bu tür müteselsil borç ilişkileri kanun gereğince doğar ve bu yüzden taraf iradelerinden bağımsızdır. Kanuni düzenleme, hukuki işleme dayanan müteselsil borç ilişkisini kuran, müteselsil borçlular ve alacaklının birbirine uygun irade beyanı yerine geçmektedir. Kanuni müteselsil borç ilişkilerine ilişkin yapılan ayrımlardan ilki, emredici (zorunlu) ve ihtiyari müteselsil borç ilişkisi ayrımıdır.

2. Emredici Müteselsil Borç İlişkisi

Emredici müteselsil borç ilişkisi¹⁴⁹, aksine bir düzenleme yapılamayan kanun hükmü ile doğmaktadır. Bu tür değiştirilemez hükümler, esasında sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır. Zira bu hükümlere aykırı düzenleme TBK md.26'ya göre geçerli olmayacaktır. Bu emredici düzenlemeye rağmen müteselsil borç ilişkisinin doğumundan vazgeçmeye ilişkin anlaşma yapmak, TBK md.27 bağlamında

¹⁴⁷ TBK md.382, md.511, md.567.

¹⁴⁸ Örneğin, TBK md.61 ve 62 (birden fazla kişinin haksız fiilden sorumluluğu), TBK md. 638/3'e göre adi ortaklıkta, TTK md. 355 ve md.557.

¹⁴⁹ Örneğin TBK md.61/İBK md.50, (Merz, s.102). Her ne kadar bölünemeyen edimden sorumlulukta müteselsil borç ilişkisi olmasa da, hukuki sonuçları bakımından müteselsil borç ilişkisi ile aynı olduğundan şekli müteselsil borç ilişkisi nitelendirmesi yapılmaktadır ve edimin fiilen bölünemediği durumlarda aksi kararlaştırılamayacağı için, zorunlu olarak şekli müteselsil borç ilişkisi söz konusu olacaktır. Bu durum da emredici müteselsil borç ilişkisine ilişkin örnekler arasında sayılmaktadır.

kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalacak ve bu durumda bile birden fazla borçlu müteselsilen sorumlu olacaktır.

Kanuni müteselsil borç ilişkisi ya da müteselsil sorumluluğun tipik örneği TBK md.61 ve md.62’de yer alan birden çok kişinin haksız fiilden sorumluluğudur. Bunun için ortada tek ve aynı zararın olması gerekir¹⁵⁰. Tek zarar, bölünemeyen, zarar verenlerden her birine paylaştırılması mümkün olmayan zarardır¹⁵¹. Ayrıca müteselsil sorumluluk için zarar verici olaya katılanların öncelikle sorumlu olmaları gerekir ki, bunlar müteselsilen sorumlu olabilsinler¹⁵². Örneğin üçüncü kişinin ağır kusurundan dolayı illiyet bağı kesilmesi durumunda zarar verenlerin sorumluluğu da ortadan kalkmaktadır. Bu anlamda müteselsil sorumluluk öncelikle sorumluluğu şart kılmaktadır. Zarar verenlerden her biri bağımsız bir zarara neden olmuş veya zararın tespiti mümkün bir kısmına sebep olmuşsa, bu durumda kısmi sorumluluk söz konusu olur. Belirtmek gerekir ki, müteselsil sorumluluk hem maddi hem de manevi zarar bakımından söz konusu olabilir¹⁵³.

3. İradi Müteselsil Borç İlişkisi

İhtiyari müteselsil borç ilişkisi¹⁵⁴ ancak kanunun olası taraf iradelerine binaen karineten öngördüğü durumlarda söz konusudur. Ancak tarafların bu düzenlemeden sapan anlaşmalar yapması geçerlidir. Kanun olası taraf iradeleri vasıtasıyla bir

¹⁵⁰ Rey, N.633; Yağcıoğlu, s.53.

¹⁵¹ Eren, s.811.

¹⁵² Keller, II, s.179.

¹⁵³ Keller, II, s.178; Keller/Schmied-Syz, s.123; BeKomm/Brehm, Art.50 N.39; BaKomm/Heierli/Schnyder, Art.50 N.9; Eren, s.811; Oğuzman/Öz, s.289.

¹⁵⁴ Örneğin doğal-teknik olarak bölünemeyen bir edim söz konusu değil ise TBK md.85/II; malvarlığı veya işletmenin devralınmasında TBK md.202/İBK md.181 (Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3634); bir şeyi birlikte ödünç alanların sorumluluğunda TBK md.382; birlikte vekâlet verenlerin ve birlikte vekillerin sorumluluğunda TBK md.511; saklayanların sorumluluğunda TBK md.567; eşlerin sorumluluğunda MK md.189.

müteselsil borç ilişkisini ancak tarafların hiçbir şekilde bu düzenlemeden sapmayacaklarını ifade etmeleri halinde kurar¹⁵⁵. İhtiyari hükümler tarafların farklı kararlaştırmalarından (yani düzenlemeden sapan) sonra gelir.

İsviçre/Türk hukukunda kural kısmi borçluluktur. Birden fazla kişi birlikte bölünebilen bir edimi taahhüt ettiklerinde, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça veya kanun aksini öngörmedikçe kısmi borçluluk vardır. Bu nedenle ihtiyari müteselsil borç ilişkisi TBK md.162'de yer alan, kısmi borcun varlığının kural olduğu karinesinin tersidir. Zira ihtiyari müteselsil borç ilişkisinde kural müteselsil borçluluk iken, taraflar aksini kararlaştırabilir. Kısmi borçlulukta yani kanunen ya da sözleşme ile müteselsil borç ilişkisinin kurulmadığı durumlarda ise kural kısmi borçluluk iken aksi kararlaştırılabilir. İhtiyari müteselsil borç ilişkisinde ve TBK md.162 hükmüne göre kısmi borcun varlığının karine olduğuna ilişkin düzenlemede aksi ispat edilebilir kanuni bir karine söz konusudur. Bu her iki karine ispat yükünün kural olarak, ileri sürmüş olduğu bir vakıadan kendi lehine hak çıkaran kişi, ileri sürmüş olduğu vakıayı ispatla yükümlüdür, kuralından ayrılmaktadır. İspat yükünün ait olduğu taraf, ispat konusunda başarısız olursa, iddiasını ispat edememiş olur. *Gautschi*¹⁵⁶ bu durumu iki örnek üzerinden şu şekilde açıklamaktadır: İlk örnekte kanun koyucu tarafından karineten müteselsil sorumluluğun öngörülmediği bir borç ilişkisinden hareket edilmektedir. Bu durumda borçlular kısmi bir borcun söz konusu olduğu, TBK md.162'de yer alan kanuni karineye dayanarak herhangi bir delil ileri sürmek zorunda olmadıkları görüşündedirler. Buna karşılık alacaklı ise, mevcut borç ilişkisinde müteselsil borçluluğun söz konusu olduğunu iddia etmekte ve kendi iddiası için bir delil ileri sürmek zorundadır. Kanun TBK md.162 hükmünde kısmi borcun varlığına

¹⁵⁵ *Gautschi*, s.32.

¹⁵⁶ *Gautschi*, s.32-33.

ilişkin bir karine öngördüğü için, bunun aksini iddia eden, iddiasını ispatlamak zorundadır. Alacaklı iddiasını ispat edemezse, yani müteselsil borç ilişkisinin varlığını ispatlayamazsa, bunun sonuçlarına katlanacak ve bu durumda borçlular sadece kendi kısımlarından sorumlu olacaklardır.

İkinci örnekte kanun koyucu tarafından karineten borçluların müteselsil sorumluluğunun öngörüldüğü bir borç ilişkisinden hareket edilmektedir. Bu durumda alacaklı lehine kanuni bir karine söz konusu olduğu için, alacaklı müteselsil borç ilişkisinin varlığını ispat etmek zorunda değildir. Buna karşılık borçlular kendi sorumluluklarının müteselsil olmadığını açıklamaya çalışmakla yükümlüdür ve bunu ispat edemezlerse söz konusu borcu müteselsilen üstlenmek durumunda kalacaklardır.

B. Kanuni Müteselsil Sorumluluğun Amacı

Müteselsil sorumluluğun amacı, ilk olarak karşısında birden fazla borçlunun yer aldığı alacaklının hukuki durumunu güçlendirmektir¹⁵⁷. Müteselsil sorumluluğun, alacaklının korunmasına hizmet etmesi, özellikle kısmi borçluluk ile kıyaslandığında açıkça görülmektedir. Zira kısmi borçlulukta da alacaklı karşısında birden çok borçlu yer almakta ama borçluların ödeme gücü riskini alacaklı tek başına taşımaktadır. Oysa müteselsil borçlulukta bu risk tamamen borçlulara kaydırılmıştır¹⁵⁸. Zira ödemede bulunan borçlu, diğer borçlulara başvurma imkânına sahip olsa da (rücu ve halefiyet ile), başvurmuş olduğu borçlunun ödeme gücü riski borçludur ve bu durum alacaklıyı ilgilendirmemektedir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ *von Büren*, s.91; *Keller*, II, s.176; *Keller/Schöbi*, s.8; *Rey*, N.1404; *Weiss*, s.21; *Casanova*, s.11.

¹⁵⁸ *Koller*, §75 N.45.

¹⁵⁹ *Bucher*, s.491.

Müteselsil sorumluluğun alacaklıyı korumaya ilişkin amacı, her bir borçlunun borcun tamamından alacaklıya karşı sorumlu olması ve alacaklının da borçlulara başvurma konusunda seçim hakkına sahip olması ile de doğrulanmaktadır¹⁶⁰. Ayrıca borcun tamamı ödeninceye kadar bütün borçluların sorumluluğunun devam etmesi alacaklının hukuki durumunu güçlendirmeye yöneliktir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında müteselsil borç ilişkisinin alacaklının hukuki durumunu güçlendirmeye yönelik olması, öğretide¹⁶¹ alacaklının hukuki paşa (*juristischen Paschas*) olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur.

Bu noktada öncelikle haksız fiil hukukunda müteselsil sorumluluğun kabul edilmesinin amacını ele alacak olursak, kanun koyucu zarar göreni birden çok zarar verenin, zararın oluşumundaki katkı oranlarını belirleme külfetinden kurtarmak ve böylece zarar görenin birden çok tazminat borçlusu ile karşı karşıya kalması nedeniyle meydana gelebilecek olumsuzlukları gidermeyi amaçlamıştır¹⁶². Öte yandan kanun koyucu bazı durumlarda borçluların üstlenmiş olduğu edim yükümlülüğünün özelliğinden dolayı, bazı durumlarda da sözleşme ilişkilerinin devrinde alacaklının bir katkı olanağının bulunmaması nedeniyle alacaklının menfaatini ve aynı doğrultuda işlem hayatını korumak için müteselsil sorumluluğu öngörmüştür¹⁶³. İlk duruma örnek olarak TBK md.85/II'de yer alan bölünemeyen borçluluk verilebilir. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi burada kural olarak müteselsil borç ilişkisi öngörülmemişken hukuki sonuçları bakımından benzerlik olduğu için şeklen bir müteselsil borç ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Belirtmiş olduğumuz gibi bu durum sadece edim yükümlülüğünün doğal halinden kaynaklanır. İkinci duruma örnek olarak

¹⁶⁰ Casanova, s.11.

¹⁶¹ Heck, Philipp: Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, s. 234 (Weiss, s.22, dpn.113'den naklen).

¹⁶² Rey, N.1404; BeKomm/Brehm, Art.50 N.36; Kirca, s.644.

¹⁶³ Guhl/Koller, §6 N.8.

ise malvarlığı veya işletmenin devrini düzenleyen TBK md.202 verilebilir¹⁶⁴. Söz konusu hükme göre, bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır¹⁶⁵. Alacaklı malvarlığı veya işletmenin devrine karşı teşebbüste bulunmasa bile, TBK md.202/II gereğince müteselsil borç ilişkisi varlık kazanacaktır. Bir işletmenin tamamen devrinde işletme borçlarının devralana geçişi, alışılmış borcun naklinden farklıdır. Burada alacaklının onayına ihtiyaç yoktur, bilakis işletmenin yeni sahibi tarafından devralanın iradesinin açıkça alacaklıya bildirilmesi yeterlidir. TBK md.202 kapsamında borcun devri TBK md.196'da yer alan borcun dış devrinden, alacaklının onayı ve bu doğrultuda alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasının gerekli olmaması yönünden ayrılır. TBK md.196'ya göre, borcu devralanla dış üstlenme sözleşmesi yapıp yapmamak, alacaklının kararına bağlıdır. Alacaklının kararı için de esasen devralana kıyasla eski borçlunun ödeme gücü önemli bir rol oynamaktadır.

TBK md.202 hükmüne göre, aktif ve pasiflerin devri alacaklının iradesine bağlı değildir. Ancak alacaklının karşısında borçlu olarak kimin yer alacağı ödeme gücü bakımından alacaklı için önem taşımaktadır. Bu nedenle borçlu olarak

¹⁶⁴ Bu hususta verilebilecek bir diğer örnek ise TBK md.323 hükmüdür. Söz konusu hükme göre, “*Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz. Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur. İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur.*”

¹⁶⁵ İsviçre BK md. 181’de bu süre 3 yıldır.

başlangıçtaki sözleşme tarafının muhafaza edilmesi alacaklı için bir koruma sağlayacaktır¹⁶⁶. Alacaklı bakımından dezavantajlı bir durum yaratılmasının önüne geçmek için, TBK md.202'de önceki borçlu ile devralanın 2 yıllık bir süre için müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmüştür. Bu durum alacaklıya bu süre zarfında en azından aynı mali durumu temin etmektedir. Devralan yanında alacaklıya karşı bir süre daha önceki borçlunun sorumlu olması, devralanın yapacağı hukuki işlemlerde alacaklının güvenini kazanmasını ve devralanın ödeme kabiliyeti bakımından alacaklının bilgi edinmesini sağlayacaktır. 2 yıllık bu süre, tedbirli/basiretli bir alacaklının alacağını tahsil etmesi için gerekli adımları atabilmesi için yeterli olacaktır.

TBK md.202/II'de öngörülmüş olan müteselsil borçluluk, esasen alacaklının menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir¹⁶⁷. Şöyle ki; alacaklının, malvarlığı veya işletmenin devrine karşı çıkma olanağının olmaması önceki borçlu ile devralanın birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaları ile telafi edilmektedir. Devralan ile birlikte önceki borçlunun müteselsilen sorumlu tutulmaları sadece mevcut mali durumun korunmasını değil, aynı zamanda alacaklının durumunun güçlendirilmesini de etkiler. Alacaklının durumunun iyileştirilmesi ise ekonomik hayatta ticari işlemleri teşvik eder ve işlem güvenliğinin korunmasına hizmet eder. 2 yıllık süre ile birlikte bir yandan sorumluluk ilişkisi açıkça saptanabilmekte, öte yandan sorumluluk ilişkisinden hızlıca ayrılmaya olanak sağlanmaktadır. Bir diğer anlatımla TBK md.202/II hükmü ile öngörülen müteselsil borçluluk, malvarlığı veya işletmenin devrini çok büyük güçlükler yaşamadan olanaklı kılmakta; bu da ekonomik hayatta sorunsuz bir süreci garanti etmektedir.

¹⁶⁶ *Schwenzer*, N.91.28.

¹⁶⁷ *Gautschi*, s.36.

Burada son olarak kanunen müteselsil sorumluluğun düzenlendiği TBK md.620 hükmünü ele alacak olursak; adi ortaklık, hem hakim öğreti hem de yargı kararlarına göre tüzel kişilikten yoksundur. Adi ortaklığın ne hak ehliyeti ne de taraf ehliyeti vardır. TBK md.638/I hükmüne göre, ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve ayni haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği halinde bütün ortaklara ait olur. Bu, malvarlığının bütün ortaklara birlikte/ortaklaşa ait olduğu ve birden fazla ortağın tek ve aynı hakkın sahibi oldukları anlamına gelmektedir.

Adi ortaklığın bağımsız bir kişiliği olmadığı için, her bir ortak TBK md.638/III hükmüne göre borçlardan müteselsilen sorumludur. Alacaklılar karşısında sözleşme tarafı olarak adi ortaklık değil, bilakis sorumlu ortaklar tek bir borçlu gibi yer almaktadır. Bu nedenle TBK md.638/III hükmüne göre kabul edilen elbirliği prensibi ile ortakların müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür. Bu hükmün amacı, alacaklıların gerektiğinde ortakların tamamına birden başvurma zorunluluğuna karşı korumaktır.

II. Hukuki İşlemden Kaynaklanan Müteselsil Borç İlişkisi

A. Hukuki İşlem İle Müteselsil Borç İlişkisinin Kurulması

1. Müteselsil Borç Beyanı

TBK md.162/T'e göre, birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Bu hükme göre öncelikle, hukuki işleme dayalı müteselsil borç ilişkisinin meydana gelebilmesi için, kimin kime karşı hangi irade beyanında bulunması ve hangi şekli unsurlara uyulması gerektiği hususlarının ele alınması gerekmektedir.

1.1 Müteselsil Borç İlişkisini Kuran Hukuki İşlemin Tarafları

TBK md.162/I hükmünün lafzına bakıldığında müteselsil borç ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için sadece borçlular arasında bir anlaşma olması ve bu nedenle de sadece birden fazla borçlu arasında birbirine uygun irade beyanlarının açıklanmasının yeterli olduğu sonucuna varılabilir. Fakat maddenin bu şekilde yorumlanması doğru olmayacaktır. Zira hukuki işleme dayalı müteselsil borç ilişkisi her bir borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul etmesi ile doğar ve müteselsil borçluluk aşağıda belirteceğimiz şekilde kurulur. Sözleşmenin kurulmasında sözleşmenin hukuki etkilerinin üzerinde ortaya çıkacağı ve zorunlu olarak katılmaları gereken hukuk sujeleri, sözleşme ile hak sahibi kılınan (alacaklı) ve yükümlülük altına giren (borçlular) sözleşme taraflarıdır. Bundan dolayı hukuki işleme dayalı müteselsil borç ilişkisi ancak, birden fazla borçlunun irade beyanı ile alacaklının iradesinin birbirine uygun olması ile ortaya çıkabilir¹⁶⁸. Bu doğrultuda hukuki işleme dayalı müteselsil borç ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli olan sözleşme, alacaklı ve her bir borçlu arasındaki karşılıklı ve birbirine uygun olması gereken birden fazla irade beyanını içermelidir.

Müteselsil borç ilişkisinin kurulması için sadece borçlular arasında yer alan ve sözleşmenin akdedildiği sırada alacaklı tarafından bilinmeyen bir anlaşmanın bulunması bir istisna¹⁶⁹ dışında kural olarak yeterli değildir¹⁷⁰. Aşağıda değinileceği gibi borçlular arasında böyle bir anlaşma, alacaklı ve borçlular arasında müteselsil borç ilişkisinin doğumu açısından zorunlu da değildir. Öte yandan birden fazla borçlu

¹⁶⁸ *Bucher*, s.493; *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3703; *Gautschi*, s.43; *Weiss*, s.39.

¹⁶⁹ Tam üçüncü kişi lehine sözleşme.

¹⁷⁰ *Gautschi*, s.43.

ile alacaklının birlikte bir sözleşme akdetmesi de, kural olarak tek başına müteselsil borçluluğun doğması için yeterli değildir¹⁷¹.

TBK md.162/I gereğince hukuki işleme dayalı müteselsil borç ilişkisinin kurulmasında, tek taraflı değil, aksine çok taraflı bir hukuki işlem (sözleşme) söz konusudur. Sadece borçlular arasında yapılmış olan anlaşma, hukuki işleme dayalı müteselsil borç ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için gerekli olan taraflardan birini teşkil eder. Diğer tarafta ise alacaklı yer alır.

1.2 Dış ve İç Müteselsil Borç Beyanı

Müteselsil borç beyanı ile borçlular, borcun tamamının ifasından sorumlu olma yükümlülüğü altına girmektedirler. Alacaklıya karşı bu şekilde bir irade beyanında bulunulması "dış müteselsil borç beyanı"; borçlular arasında yer alan irade beyanı ise "iç müteselsil borç beyanı" olarak adlandırılmaktadır¹⁷².

Dış müteselsil borç beyanı, iç müteselsil borç beyanından sadece unsurları/özellikleri bakımından değil, aynı zamanda farklı hukuki sonuçları bakımından da ayrılmaktadır. Dış müteselsil borç beyanı, borçlular arasında önceden iç müteselsil borç beyanı ile anlaşmaya varılmış olmasa bile, müteselsil borç ilişkisinin kurulmasına neden olur. Diğer taraftan alacaklıya yöneltilmemiş iç müteselsil borç beyanı, birden fazla borçlunun alacaklıya karşı borcun ifasından müteselsilen sorumlu olmaları sonucunu doğurmaz. İç müteselsil borç beyanı ile borçlular esasen, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmaları noktasında anlaşılır ve aynı zamanda denkleştirme ilişkisinin (iç ilişkinin) modalitelerini/unsurlarını tespit ederler. Belirtmek gerekir ki, müteselsil borç ilişkisinin kurulması açısından iç

¹⁷¹ *Schwenzer*, N.88.15; *BaKomm/Heierli, Schnyder*, Art.143 N.7; *Huguenin*, N.2299.

¹⁷² *Gautschi*, s.44.

müteselsil borç beyanı kurucu nitelikte değildir. Zira böyle bir anlaşma olmasa bile TBK md.167 (İBK md.148) ile taraflar arasındaki iç ilişki düzenlenmiştir.

1.3 Şekil

Kanunen düzenlenmiş müteselsil borç ilişkilerinin ortaya çıkışı taraf iradelerinden bağımsız olduğu için, tarafların uymakla yükümlü olduğu şekli kurallar yoktur. Diğer taraftan hukuki işleme dayalı müteselsil borç ilişkisinde, kurucu sözleşmenin şekle bağlı olup olmadığı sorusunun ele alınması gerekir.

Şekil serbestisi ilkesine uygun olarak bu sözleşme ilişkisinin geçerliliğinin şekle bağlı olması, TBK md.12 hükmüne göre ancak kanunen müteselsil borç ilişkisinin ortaya çıkışı şekle bağlanmışsa veya taraflar bu şekilde bir şekle bağlılık öngörmüşse söz konusudur. Kanunen öngörülen böyle bir hüküm yoksa veya taraflar bu konuda bir belirleme yapmadıysa, şekle bağlılık söz konusu değildir.

TBK md.162 hükmüne göre, müteselsil borç ilişkisinin geçerli bir şekilde ortaya çıkabilmesi için öngörülmüş olan özel bir şekli kural bulunmamaktadır. Öğretinin de haklı olarak savunduğu görüşe göre, müteselsil borç ilişkisi zımni olarak bile kurulabilir¹⁷³. Bununla birlikte somut durumun şartlarına göre taraf iradelerinin veya sözleşme içeriğinin yorumlanması ile de bu sonuca varılabilir.¹⁷⁴ Müteselsilen sorumlu olma iradesinin açıkça beyan edilmesi veya belirli ifadelerin kullanılması yoluyla beyan edilmesi gerekmez. Yani bu konuda uyulması zorunlu belirli bir şekli kural yoktur. Ancak taraflar bu konuda şekle bağlılığı öngörebilirler. Bu durum

¹⁷³ von Tuhr/Escher, s.300; Bucher, s.493; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3703; Koller, §75 N.19; BaKomm/Heierli/Schnyder, Art.143 N.6; Berger, s.840; Huguenin, N.2299; Weiss, s.40; Akıntürk, s.112; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.293; Kapancı, s.49.

¹⁷⁴ von Tuhr/Escher, s.300; BeKomm/Becker, Art.143 N.1; Guhl/Koller, §6 N.7; Schwenzler, N.88.15; Eren, s.1203. Örneğin birden fazla kişinin birlikte kira sözleşmesini akdetmesinde olduğu gibi.

yukarıda açıklamış olduğumuz şekil serbestisinin bir istisnasıdır. Tarafların belirlemiş olduğu bu şekle uyulmazsa müteselsil borç ilişkisi de meydana gelmeyecektir¹⁷⁵. Her bir müteselsil borçlu alacaklı karşısında tek bir borçlu gibi yer aldığı için, bütün borçluların sözleşme ilişkisinde aynı hakka sahip sözleşme tarafı olarak yer alıp almamasından ve borçluların sadece borcun tamamının ifasından müteselsilen sorumlu olup olmamalarından bağımsız olarak, her biri belirlemiş oldukları bu şekli kurala uymakla yükümlüdür¹⁷⁶.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz durum dışında şüphesiz tarafların müteselsilen borç altına girecekleri sözleşme şekle tabi bir sözleşme ise, bütün müteselsil borçlular bu şekle uymakla yükümlüdür. Örneğin TBK md.288/I hükmüne göre, bağışlama taahhüdünün geçerliliği yazılı şekle bağlıdır. Bu durumda alacaklıya karşı bağışlama taahhüdünde bulunan borçlu bunu yazılı olarak yapmak zorundadır. Eğer iki borçlu alacaklıya karşı bağışlama taahhüdünde bulunsa ve bundan müteselsilen sorumlu olmak isteseler; bu durumda her bir müteselsil borçlu, dış müteselsil borç beyanında bulunurken TBK md.288/I'de yer alan kurala uymak zorundadır.

2. Sözleşmenin Geçersizlik Halleri

Bir müteselsil borç ilişkisinde sözleşme sakatlığı¹⁷⁷ durumlarından biri söz konusu olursa, alacaklı ile her bir müteselsil borçlu arasındaki hukuki durum ayrı ayrı ele alınmalıdır. Zira alacaklı birden fazla borçluya karşı tek bir alacak hakkına değil, bilakis her bir müteselsil borçluya karşı ayrı alacak hakkına sahiptir. Alacaklı ve her bir müteselsil borçlu arasında, geçerliliği her durumda münferiden tespit edilmesi

¹⁷⁵ Weiss, s.46.

¹⁷⁶ Gautschi, s.46.

¹⁷⁷ Örneğin alacaklı veya borçlulardan birinin fiil ehliyetinin olmaması; şekle aykırılık; hata, hile, tehdit gibi irade sakatlığı hallerinden birinin bulunması; gabinin varlığı veya TBK md.27'de yer alan kesin hükümsüzlük hallerinden birinin bulunması.

gereken, bağımsız borç bulunmaktadır. Bu nedenle müteselsil borç ilişkisinde yer alan ve alacaklı ile her bir borçlu arasında birbirinden bağımsız olan borç ilişkileri bakımından, ayrı ayrı inceleme yapılmalıdır¹⁷⁸. Hangi sözleşme ilişkisi bakımından kesin hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlük veya tek taraflı bağlamazlık hallerinden biri söz konusu ise, o sözleşme kapsamındaki borç, yaptırıma tabi olacaktır.

Alacaklının kişiliğine ilişkin bir sözleşme sakatlığı bulunması durumunda, alacaklı ile borçlular arasındaki bütün borç ilişkileri bu sakatlık durumundan etkilenecektir. Diğer taraftan sözleşme sakatlığı sadece borçlulardan birinin kişiliğine ilişkin ise, bu sakatlık sadece, alacaklı ile bu borçlu arasındaki borç ilişkisini etkiler. Bu nedenle TBK md.164'e göre, sadece ilgili taraflar bu sakatlık nedeniyle def'i ve itirazda bulunabilecektir. Ancak bir temel hatası söz konusu ise, bu durum diğer borçlular için de geçerli olacaktır.

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi hukuki işlem ile müteselsil borç ilişkisinin kurulması esasen borçlular ile alacaklı arasında gerçekleşmektedir. Ancak bunun yanında borçluların kendi aralarındaki iç ilişkiyi düzenledikleri ve sadece kendi aralarında akdedilen bir sözleşme daha söz konusu olabilir (iç müteselsil borç beyanı). Bu noktada denkleştirme ilişkisinde sözleşme sakatlığı durumlarından birinin bulunması halinin de ele alınması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle geçersiz olarak meydana gelen denkleştirme ilişkisi, geçerli olarak meydana gelmiş müteselsil borç ilişkisi üzerinde etki doğurur mu?

Bu sorunun cevabını TBK md.164 hükmünde yer alan düzenleme vermektedir. Müteselsil borç ilişkisinde yer alan taraflar, başka türlü bir düzenleme kararlaştırmamışlarsa, müteselsil borçlular sadece kişisel ve ortak def'ileri ileri

¹⁷⁸ Merz, s.107.

sürebilirler. Böylece müteselsil borçlular sadece, alacaklı ile olan ilişkilerinden kaynaklanan sözleşme sakatlıklarını ileri sürebilirler; müteselsil borçluların kendi aralarındaki ilişkiden kaynaklanan sözleşme sakatlıklarını ileri süremezler. Müteselsil borç ilişkisinde yer alan müteselsil borçlular, denkleştirme ilişkisinden kaynaklanan def'ileri ileri süremezler. Zira denkleştirme ilişkisi ve dış ilişki kurulmaları ve geçerlilikleri birbirinden farklı olan iki ayrı hukuki ilişkidir. Denkleştirme ilişkisi bakımından söz konusu olan sözleşme sakatlıkları, alacaklı ile müteselsil borçlular arasında yer alan ilişkiyi etkilemez, bilakis sadece müteselsil borçluların kendi aralarındaki ilişkiyi etkiler. Sözleşme sakatlığı sonucunda geçersiz olan denkleştirme ilişkisi, temel hatası saklı kalmak kaydıyla, geçerli olarak meydana gelmiş müteselsil borç ilişkisi üzerinde hiçbir etki doğurmaz. Bu durumda denkleştirme ilişkisinin borçluları arasındaki hukuki ilişkiye, adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulanır¹⁷⁹.

3. Müteselsil Sorumluluğun Özel Ortaya Çıkış Biçimleri

3.1 Borca Katılma Yoluyla

Müteselsil borç ilişkisi borçluların aynı anda alacaklıya karşı borç altına girmeleri ile söz konusu olabileceği gibi, mevcut bir borç durumunda asıl borçlu yanında başka borçlu/borçluların da borç altına girmesi ile kurulabilir¹⁸⁰. İkinci duruma örnek olarak borca katılma verilebilir.

Borca katılma kural olarak birlikte borçlu olanların müteselsil sorumluluğuna neden olmaktadır¹⁸¹. Eski BK'da yer almayan borca katılma, TBK md.201'de

¹⁷⁹ *Gautschi*, s.50.

¹⁸⁰ *von Tuhr/Escher*, s.301-302; *BeKomm/Becker*, Art.143 N.7; *Guhl/Koller*, §6 N.10; *Larenz*, §37 I, s.636; *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3705; *Schwenzer*, N.88.16; *BaKomm/Heierli/Schnyder*, Art.143 N.6; *Berger*, s.840; *Weiss*, s.47; *Huguenin*, N.2301; *Eren*, s.1205.

¹⁸¹ *Bucher*, s.587; *Keller/Schöbi*, s.7.

düzenlenmiştir¹⁸². Bu hükme göre, *"Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.*

Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar."

Alacaklı ile yapılan bir sözleşme ile mevcut bir borca, birlikte borçlu olarak üçüncü bir kişinin katılması durumunda, borca katılma söz konusudur¹⁸³. Borca katılan, alacaklıya karşı borçlu ile birlikte borcun tamamının ifasından sorumlu olacağına dair taahhütte bulunmaktadır, fakat katılanın bu taahhüdü ile mevcut borçlu kendi edim yükümlülüğünden kurtulmamaktadır¹⁸⁴. Mevcut olmayan bir borca katılamayacağı için, katılma anında borcun varlığı bir geçerlilik şartıdır¹⁸⁵. Bu nedenle katılanın yükümlülüğü borcun geçerliliğine bağlıdır. Katılan, mevcut borca bağlı olmayan, yani mevcut borçla fer'ilik ilişkisi içinde olmayan, ayrı ve bağımsız bir borç altına girmektedir¹⁸⁶.

Borca katılma yoluyla müteselsil borç ilişkisi, bütün borçluların alacaklıya karşı borcun tamamının ifasını taahhüt ettikleri anda ortaya çıkar¹⁸⁷. Buna rağmen

¹⁸² Her ne kadar önceden kanunda açıkça borca katılma düzenlenmemiş olsa da, sözleşme serbestisi nedeniyle, eBK md.141/I'nin (TBK md.161/I) uygulama alanlarından biri olarak, hukuken düzenleme olanağı olan bir durumu borca katılma.

¹⁸³ Keller/Schöbi, s.87; Larenz, §35 II, s.610; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3641; BaKomm/Tschäni, Art.176 N.2; Weiss, s.47; Oğuzman/Öz, s.444; Kapancı, s.62 vd.

¹⁸⁴ TBK md.195 vd. da yer alan borcun üstlenilmesi hükümlerine göre, borcun üstlenilmesi sonucunda eski borçlu borcundan kurtulmakta ve onun yerini yeni borçlu almaktadır. Bu durumun aksine borca katılmada, borçlu borcundan kurtulmamakta, katılan da borçlu ile birlikte aynı borçtan müteselsilen sorumlu olmaktadır (Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3641; BaKomm/Tschäni, Art.176 N.2; Weiss, s.47; Huguenin, N.1429; Oğuzman/Öz, s.444).

¹⁸⁵ Keller/Schöbi, s.88.

¹⁸⁶ Larenz, §35 II, s.611; Keller/Schöbi, s.87; BeKomm/Becker, Art.143 N.7; Bucher, s.492; BaKomm/Tschäni, Art.176 N.2.

¹⁸⁷ Gautschi, s.52.

borçlular tarafından beyan edilen bütün taahhütlerin hepsi müteselsil borç beyanı olarak nitelendirilemez. Esas borç sözleşmesi kurulurken, alacaklı karşısında sözleşmenin karşı tarafı olarak tek borçlu yer aldığı için, müteselsil borç söz konusu değildir. Mevcut borca ilişkin olarak, katılan ya da katılanların müteselsil borç beyanı olarak iradelerini açıkladığı anda müteselsil borç ilişkisi doğacaktır. Alacaklı karşısında sonradan bir veya daha fazla borçlunun yer alması, alacaklının durumunu güçlendirecektir¹⁸⁸. Borca katılma etkisini gösterdiği anda önceki borç ilişkisi, asli borcun içeriği değişmeksizin, müteselsil borç ilişkisine dönüşecektir¹⁸⁹. Bu şekilde müteselsil borç ilişkisinin meydana gelmesi için eski borçlunun rızası şart değildir. Eski borçlunun rızası olmayabilir veya hatta onun rızasının aksine ya da onun bilgisi olmadan da bu durum meydana gelebilir¹⁹⁰. Diğer taraftan yeni bir birlikte borçlu söz konusu ise sadece borcu birlikte üstlenmesi değil, aynı zamanda bütün borç ilişkisi içinde aynı hakka sahip sözleşme tarafı olarak yer alabilmesi için gerekli olan sözleşme değişikliği, bu eski borçlunun onayı olmaksızın mümkün değildir.

3.2 Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Yoluyla

Kural olarak, alacaklıya karşı müteselsil borç beyanı olarak yöneltilmeyen bir iç müteselsil borç beyanı, müteselsil borç ilişkisinin meydana gelmesi sonucunu doğurmaz. Ancak TBK md.129/II (İBK md.112/II) bağlamında tam üçüncü kişi lehine sözleşme bunun istisnasını teşkil eder¹⁹¹.

¹⁸⁸ Larenz, §35 II, s.611; Keller/Schöbi, s.87; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3649; Huguenin, N.1428.

¹⁸⁹ Bucher, s.587.

¹⁹⁰ Gautschi, s.53.

¹⁹¹ Keller/Schöbi, s.88; Larenz, §35 II, s.610; Bucher, s.587; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3642; Weiss, s.48; Huguenin, N.1427.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, kendi adına sözleşme yapan kişinin (önceki borçlu) üçüncü kişi yani alacaklı yararına koydurduğu bir edim yükümlülüğünü içeren bir borç sözleşmesi söz konusudur. TBK md.129/II'ye göre tam üçüncü kişi yararına sözleşmeyi karakterize eden unsur, üçüncü kişiye yapılacak olan edimi, sadece kendi adına sözleşme yapan kişinin değil, aynı zamanda üçüncü kişinin de alacaklı olarak bağımsız şekilde talep edebilmesidir. Üçüncü kişi sözleşmenin tarafı haline gelmemekte ve sözleşmenin kurulmasında üçüncü kişinin katılımı gerekmemektedir.

Sadece iç müteselsil borç beyanına dayanan, yani alacaklının taraf olarak katılmadığı müteselsil borç ilişkisi, karşılık ilişkisi¹⁹² (*Deckungsverhältnis*) ve değer ilişkisi¹⁹³ (*Valutaverhältnis*) arasındaki özel bağdan doğmaktadır¹⁹⁴. Bir örnekle durumu açıklayacak olursak: Değer ilişkisinin hukuki sebebi, vaat ettirenin alacaklıya karşı bir edim taahhüdü altına girmesiyle birlikte, alacaklıya karşı bir borca sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu borcu ödemek için, vaat ettiren vaat edenle birlikte tam üçüncü kişi (alacaklı) yararına sözleşme akdetmektedir. Çünkü vaat ettiren karşılık ilişkisi çerçevesinde vaat edene karşı bir alacağa sahiptir. Vaat eden vaat ettirene karşı, vaat ettirenin borcunu ifa etme taahhüdü altına girmektedir. Vaat ettiren bu sözleşme ile alacaklıya karşı olan borcundan kurtulmamaktadır. Böylece bu müstakbel iki borçlu, yani vaat ettiren ve vaat eden, müteselsilen sorumlu olmaktadır. Müteselsil borç ilişkisini karakterize eden unsurlar, yani her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu olması ve edim amacındaki birlik, böylece sağlanmış olmaktadır.

¹⁹² Üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadeden ile vaadettiren arasındaki ilişkidir.

¹⁹³ Üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadettiren ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin hukuki nedenidir.

¹⁹⁴ *Gautschi*, s.56.

B. Hukuki İşleme Dayalı Müteselsil Borç İlişkisinin Amacı

Hukuki işleme dayalı birçok müteselsil borç ilişkisi esasen alacaklı ile amaçlanan teminat amacından kaynaklanmaktadır¹⁹⁵. Alacaklı tarafından müteselsil borç ilişkisi, karşısında alacağının ifasını talep edebileceği birden fazla borçlunun bulunması bakımından, alacağının ifasının garantisi olarak görülmektedir¹⁹⁶. Bunun yanında müteselsil borçlular, alacağın ifasından tek bir borçlu gibi sorumludurlar. Müteselsil borç ilişkisinin amacı, alacaklının tam tatmini ile yerine getirildiği ve bütün müteselsil borçlular alacağın tamamı ödeninceye kadar sorumlu olmaya devam ettikleri için, her bir borçlu diğerinin borcundan garantör olarak sorumludur. Müteselsil borç ilişkisi aynı zamanda, alacaklıya edimin tam olarak ifa edilmesini sağlamaya çalışan bir koordinasyon kuralı olarak nitelendirilebilir. Zira bu sayede edim yığılmasının da önüne geçilmiş olmaktadır¹⁹⁷. Müteselsil borç ilişkisi alacaklıya, alacağına tam olarak kavuşabilmesi bakımından, en iyi imkânı sunduğu için, alacaklının durumunu iyileştirmektedir¹⁹⁸.

§ 3 Müteselsil Borç İlişkisinin Türleri

Müteselsil borç ilişkisinin ortaya çıkışını sağlayan kriterlere göre, esasen yukarıda da ayrıntılı olarak ele almış olduğumuz gibi kanuni veya hukuki işleme dayanan müteselsil borç ilişkisi şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Bu paragrafta söz konusu esas ayırım dışında yer alan diğer müteselsil borç ilişkileri ele alınacaktır.

¹⁹⁵ UNIDROIT Principles Art.11.1.2'de de müteselsil borçluluğun teminat işlevine değinilmektedir (Bu konuda bkz. UNIDROIT Principles 2010 Art.11.1.2, Comment 3, s.370 vd.).

¹⁹⁶ ZüKomm/Oser,Schönenberger, Vorbemerkungen zu Art.143-150, N.1; Casanova, s.11.

¹⁹⁷ Casanova, s.12.

¹⁹⁸ von Büren, s.92

I. Tipik ve Atipik Müteselsil Borç İlişkisi

TBK'da md.162'de yer alan düzenleyici hükümden sapan bir çok farklı düzenleme yer almaktadır. TBK md.162 hükmü emredici olmadığı için, taraflar bu hükümden farklı hususları kararlaştırabilirler ve farklı müteselsil borç ilişkilerine vücut verebilirler. Bu imkan sayesinde oluşturulan müteselsil borç ilişkisi tipik ve atipik olarak adlandırılmaktadır¹⁹⁹.

A. Tipik Müteselsil Borç İlişkisi

Tipik müteselsil borç ilişkisi TBK md.162 vd. hükümlere uygundur. Müteselsil borçlular tek bir borçlu gibi sorumludur. Diğer bir anlatımla her bir borçlunun yükümlülüğü birlikte sorumlu olduğu borçlunun yükümlülüğüne oranla bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Alacaklı, alacak muaccel olduğunda kendi seçimine göre TBK md.163 kapsamında kayıtsız şartsız bütün müteselsil borçlulardan alacağını talep edebilirken, birden fazla veya sadece borçlulardan birinden de talepte bulunabilir. Alacaklı müteselsil borç ilişkisinde, borçlulardan talepte bulunurken herhangi bir sıra ile bağlı değildir.

B. Atipik/Tali (Subsidiär) Müteselsil Borç İlişkisi

TBK md.163 kapsamında alacaklının istediği borçluya başvurabilmesi, müteselsil borç ilişkisinin karakteristik unsurlarından biridir. Ancak TBK md.163 emredici nitelikte olmadığı için, taraflarca aksi kararlaştırılabilir²⁰⁰. Böylelikle müteselsil borçlular için tali yükümlülük öngörülebilir²⁰¹. Tali müteselsil borç

¹⁹⁹ *Gautschi*, s.58.

²⁰⁰ *Bucher*, s.494; *Kapancı*, s.56; *Altay*, s.399.

²⁰¹ *von Tuhr/Escher*, s.305; *BeKomm/Becker*, Art.144 N.3; *von Büren*, s.103; *Berger*, s.841; *Weiss*, s.37.

ilişkinin ayırt edici özelliği, alacaklının alacağını kayıtsız şartsız olarak bütün müteselsil borçlulardan talep edememesidir. TBK md.163'te yer alan alacaklının seçim hakkı, müteselsil borçluların edim yükümlülüğünün tali olması ile sınırlanmıştır²⁰². Talilik nedeniyle alacaklı keyfi olarak birden fazla müteselsil borçluya başvuramaz, aksine müteselsil borçlular belli bir sıra dahilinde sorumlu tutulur veya alacaklı belirli şartlar yerine getirildikten sonra müteselsil borçluları sorumlu tutabilir²⁰³. Sadece tali olarak sorumlu olan müteselsil borçlular için bu tür müteselsil borç ilişkisi, alacaklı sadece belli şartlar altında veya belli bir sıra dahilinde müteselsil borçlulara alacağının talebi için başvurabileceğinden, hafifletici etkilere sahiptir. Tipik müteselsil borç ilişkisine kıyasla alacaklı burada daha güç bir konumda yer almaktadır.

Tali müteselsil borç ilişkileri istisna teşkil eder. Bazı uygulama durumları TBK'da kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Öğretide²⁰⁴ tali müteselsil borç ilişkisine örnek olarak, adi kefalet, müteselsil kefalet, müteselsil birlikte kefalet (bir yandan esas borçlu ve birlikte kefiller arasında, diğer yandan birlikte kefiller arasında), kolektif şirket ortaklarının müteselsil sorumluluğu verilmektedir. Kanaatimizce bu noktada biraz ihtiyatlı davranmak gerekmektedir. Zira müteselsil kefalette esas borçlu ve kefil arasındaki hukuki durum ile TBK md.162 vd. anlamında düzenleme alanı bulan müteselsil borç ilişkisi tam örtüşmemektedir. Kefalet sözleşmesinde talilik unsuru olsa da aynı zamanda fer'ilik unsuru da bulunmaktadır. Bu nedenle kefil esas borçlu ile müteselsilen sorumlu olsa bile, kefilin borcu daima fer'i niteliktedir. Bu doğrultuda da öğretinin bir kısmı kefil ile esas borçlu arasında

²⁰² *Gautschi*, s.59.

²⁰³ *BeKomm/Becker*, Art.143 N.3; *von Büren*, s.103.

²⁰⁴ *Gautschi*, s.59.

TBK md.162 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağını ifade etmektedir²⁰⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, müteselsil birlikte kefiller arasında TBK md.162 vd. hükümleri uygulama alanı bulabilir.

II. Başlangıçtaki ve Sonraki Müteselsil Borç İlişkisi

A. Başlangıçtaki Müteselsil Borç İlişkisi

Başlangıçtaki müteselsil borç ilişkisinde borcun doğumu ve müteselsil borç ilişkisinin ortaya çıkışı ayna ana rastlamaktadır. Başlangıçtaki müteselsil borç ilişkisinin tipik örneği, TBK md.61'e göre haksız fiil sonucunda birden fazla kişinin sorumlu olması halidir²⁰⁶. Zararın doğması ile birlikte birden fazla zarar veren müteselsilen borçlu olmaktadır.

B. Sonraki Müteselsil Borç İlişkisi

Sonraki müteselsil borç ilişkisinde, müteselsil borç ilişkisi ve borç aynı anda doğmamaktadır, ilk olarak borç ilişkisi ortaya çıkmakta ve daha sonra borç doğmaktadır. Sonraki müteselsil borç ilişkisine örnek olarak TBK md. 201'de yer alan borca katılma²⁰⁷ ve TBK md.202'de yer alan malvarlığı veya işletmenin devri verilmektedir²⁰⁸.

²⁰⁵ *Bucher*, s.492, dpn.27; *BeKomm/Becker*, Vorbemerkung zu Art.143-150, N.4; *Weiss*, s.36; *Oğuzman/Öz*, s.437.

²⁰⁶ *Schwenzer*, N.88.01.

²⁰⁷ *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3705.

²⁰⁸ *Schwenzer*, N.88.01.

III. Tam ve Eksik Teselsül²⁰⁹

A. TBK/İBK'da Buna İlişkin Bir Ayrımın Yer Almaması

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi İsviçre/Türk hukukunda kural kısmi borçluluktur. Zira müteselsil borç ya tarafların anlaşması ile ya da kanun tarafından öngörülen hallerde söz konusu olmaktadır. Eski BK md.50 (İBK md.50) de kanun tarafından öngörülen müteselsil sorumluluk hallerinden birini teşkil etmekteydi. Bu nedenle de eBK md.50'de birden çok kişinin haksız fiili halinde müteselsil sorumluluğu öngören düzenleme, eBK md.141 vd. da yer alan müteselsil borç ilişkisinin uygulama alanlarından biriydi²¹⁰. İsviçre/Türk BK'da ne eksik teselsül-tam teselsül kavramları kullanılmış ne de müteselsil sorumluluk türleri arasında bir ayrım öngörülmüştü. Buna rağmen öğreti²¹¹ ve yargı kararlarında²¹² eBK md.50 ve

²⁰⁹ Tam teselsül - eksik teselsül kavramlarının yerinde olmadığı, bu nedenle tam teselsül yerine Solidarität (teselsül), eksik teselsül yerine Ansprachskonkurrenz (taleplerin yarışması) kavramlarının kullanılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. *Casanova*, s.9.

²¹⁰ BeKomm/Brehm, Art.50 N.30 vd.; Widmer/Wessner, s.165.

²¹¹ BeKomm/Becker, Art.51 N.1; Guhl/Merz/Kummer, s.55; ZüKomm/Oser, Schönenberger, Vorbemerkungen zu Art.143-150, N.8; Hartmann, s.55; Bucher, s.499; Weber, s.123 vd., Akıntürk, s.135; Oğuzman/Öz, s.282; Kılıçoğlu, Sorumluluk, s.170; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.325 vd. İBK md.51'in böyle bir ayrımı amaçlamadığını ancak Federal Mahkemenin görüşüne katılmak gerektiğine ilişkin olarak bkz. BeKomm/Brehm, Art.51 N.22-23.

²¹² BGE 104 II 225, 112 II 143, 115 II 45, 119 II 131; Yargıtay 4.HD. 21.11.1974 tarih ve E.1974/8361, K.1974/16061, 4.HD. 30.9.1985 tarih ve E. 1985/5642, K. 1985/7495, 4.HD 5.1.1978 tarih ve E.1976/11251, K.1978/5, HGK 7.3.1986 tarih ve E.1984/10-250, K.1986/205, 14.HD. 27.4.1987 tarih ve E.1987/2240, K.1987/3203, 11.HD. 22.11.2004 tarih ve E. 2004/1947, K. 2004/11284, 4.HD 13.2.2006 tarih ve E. 2005/1282, K. 2006/1010, 11.HD 29.5.2006 tarih ve E. 2005/6194, K. 2006/6411, 11.HD 29.1.2007 tarih ve E 2007/420, K. 2007/11032, 4.HD 29.9.2009 tarih ve E. 2009/3099, K. 2009/10393 sayılı kararlarında açıkça bu ayrımı kabul etmiştir. Buna karşılık 11.HD. 18.1.2010 tarih ve E. 2008/9389, K. 2010/sayılı kararında eBK md.50 ve md.51'de yer alan farklı düzenlemelere değinmekle birlikte açıkça tam teselsül - eksik teselsül ifadelerine yer vermemiştir. 4.HD ise 16.3.2011 tarih ve E.2011/1814, K. 2011/2691 sayılı kararında ise, "*Borçlar Yasası'nın 50 ve 51. maddeleri gereğince haksız eylemin ve bunun sonucunda doğan zararın birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi veya birden fazla kişinin çeşitli sebeplerle zarardan sorumlu olmaları durumunda*

md.51'den hareketle tam ve eksik teselsül şeklinde bir ayrım olduğu kabul edilmektedir.

Tam-eksik teselsül ayrımın çıkış noktası eBK md.51 (İBK md.51) hükmüdür ve bu ayrıma ilişkin esas kriter müteselsil borçluların sorumluluğunun dayandığı hukuki sebeptir²¹³. Sorumluluğun nedeni aynı hukuki sebep ise tam teselsül, buna karşın farklı hukuki sebeplere dayanılıyorsa eksik teselsül (veya taleplerin yarışması) olarak adlandırılmaktadır²¹⁴. Eski BK md.50 kapsamına giren durumlarda öğreti ve yargı kararları tam teselsülü, md.51 kapsamına giren durumlarda ise eksik teselsülü kabul etmekteydi. Tam teselsül eBK md.141 vd. da yer alan hükümlerle örtüşmektedir²¹⁵. Eksik teselsül ise öğreti ve yargı kararlarınca oluşturulmuş bir hukuki müessesesidir. Bu doğrultuda tam teselsülün söz konusu olabilmesi için İBK md.50/I'e göre, birden çok zarar verenin birlikte bir zarara sebebiyet vermiş olmaları, yani ortak kusurlu olarak hareket etmiş olmaları gerekmektedir²¹⁶. Eksik teselsülün

zarar gören, aynı Yasa'nın 142/1. maddesi gereğince dilediği takdirde eyleme katılanların birisinin veya birkaçının veyahut da tamamının dayanışmalı (müteselsil) olarak sorumlu tutulmalarını isteyebilir. Davalılar, haksız eylemi gerçekleştiren, haksız eyleme karışan aracın işleteni ve aracı sigorta eden olarak çeşitli sebeplerle davacılara karşı doğan zarardan dolayı dayanışmalı olarak sorumludurlar." yönünde belirlemede bulunarak tam teselsül-eksik teselsül şeklinde bir ayrımı kabul etmemektedir. Bu yönde benzer kararlar için bkz. 4.HD 21.3.2011 tarih ve E.2011/339, K.2011/2940, 10.HD 9.6.2011 tarih ve E.2011/5477, K.2011/8486, 17.HD 6.12.2011 tarih ve E.2011/9791, K.2011/11785, 4.HD 13.12.2011 tarih ve E.2010/11082, K.2011/13427. 4.HD 16.1.2013 tarih ve E.2011/12697, K.2013/329 sayılı kararında açıkça eBK md.50 kapsamında tam teselsülün söz konusu olduğunu belirtmiştir (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.12.2013).

²¹³*von Tuhr/Escher, s.319; von Büren, s.104; Bucher, s.498 [burada ayrım Solidarität/Teselsül ve Konkurrenz (unechte Solidarität)/Taleplerin Yarışması (eksik teselsül) şeklinde yapılmaktadır]; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3750; Gautschi, s.64; Weiss, s.53; Casanova, s.27; Körner, N.74.*

²¹⁴*Acar, s.340.*

²¹⁵*BeKomm/Brehm, Art.50 N.30.*

²¹⁶*Rey, N. 1427; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.50 N.4 vd. Ortak kusurdan kasıt, her bir zarar verenin diğerinin/diğerlerinin davranışını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasıdır (Keller, II, s.169;*

söz konusu olabilmesi için birden çok zarara sebebiyet veren kişi farklı sebeplerden (haksız fiil, sözleşme, kusursuz sorumluluk gibi) dolayı sorumlu olmalıdır. Peki, birden çok kişi birbirinden bağımsız olarak fakat aynı hukuki sebepten dolayı zarardan sorumlu ise hangi tür teselsül söz konusu olacaktır? Bu durumda da eksik teselsülün söz konusu olduğu kabul edilmektedir²¹⁷. Bir diğer ifadeyle ne eBK md.50 kapsamına ne de diğer kanunlarca müteselsil sorumluluğun öngörüldüğü hükümler (SVG md.60 gibi) kapsamına giren durumların, eBK md.51'in kapsamına girdiği kabul edilmektedir²¹⁸. Sonuç olarak tam teselsül kanunen öngörülen müteselsil sorumluluk durumlarında²¹⁹ ve birden çok zarar verenin ortak kusurla zarar verdikleri durumlarda söz konusu olmakta²²⁰, bunun dışındaki müteselsil sorumluluk durumları ise (birbirinden bağımsız ama aynı hukuki sebeple zarar verilmesinde olduğu gibi) eksik teselsül olarak nitelendirilmektedir.

Bu ayırım nedeniyle zamanaşımının kesilmesi, halefiyet ve bireysel indirim sebepleri gibi hususlarda farklı sonuçlara tabi tutulmuş iki ayrı hukuki durum ortaya çıkmıştır²²¹. Buna göre eBK md.134/I'e (İBK md.136/I) göre zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmesinin diğer borçlulara karşı da

BeKomm/Brehm, Art.50 N.7c; Eren, Haftung, s.407 vd.; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.50 N.5; Casanova, s.10; Körner, N.139; Strub, s.16).

²¹⁷ BeKomm/Brehm, Art.51 N.95 vd.; Rey, N.1443 vd.; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.51 N.7; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.706.

²¹⁸ BeKomm/Brehm, Art.51 N.7a; Weiss, s.60.

²¹⁹ Yargıtay HGK 3.7.1996 tarih ve E. 1996/4-379, K.1996/528, 4. HD. 16.6.1997 tarih ve E. 1997/2928, K. 1997/6741, 4.HD 8.5.2003 tarih ve E. 2003/4489, K. 2003/6052 sayılı kararlarında bu görüşünü "Uyuşmazlık müteselsilen (zincirleme olarak) sorumlulukla ilgilidir. Bu durum, BK.nun 141-147 maddelerinde düzenlenmiştir. Yasalarda terim olarak teselsül ya da müteselsil sorumluluk biçiminde yer alan sözcükler, "tam teselsül" anlamındadır." şeklinde ifade etmiştir (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.12.2013).

²²⁰ Körner, N.73.

²²¹ Bu ayırımın sonuçlarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Weiss, s.65 vd.; Casanova, s.28 vd.; Körner, N.75 vd.

zamanaşımını kesmesi sadece tam teselsülde kabul edilmektedir²²². Öte yandan müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide rücutun yanında yer alan İBK md.149/I'e göre halefiyet imkânı da sadece tam teselsülde kabul edilmektedir²²³. Son olarak da Federal Mahkeme dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesini tam teselsülde kabul etmezken²²⁴, eksik teselsülde uygulamamakla birlikte, teorik de olsa kabul etmektedir²²⁵.

Federal Mahkeme BGE 37 II 457 sayılı kararında eksik ve tam teselsül arasındaki ayrımı sadece teorik bir tartışma olarak kabul etmişti²²⁶, birden fazla kişinin sorumlu olduğu bütün durumlarda müteselsil borca ilişkin hükümlerin uygulanacağı

²²² BGE 133 III 6, 127 III 257, 115 II 46, 112 II 138, 104 II 225; Yargıtay 4.HD. 21.11.1974 tarih ve E.1974/8361, K. 1974/16061, HGK 11.5.1977 tarih ve E.1976/4-3068, K.1977/468, HGK 7.3.1986 tarih ve E.1984/10-250, K.1986/205, HGK 23.2.2000 tarih ve E. 2000/4-103, K.2000/124 (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.12.2013). Federal mahkemenin bu görüşüne katılmayıp, İBK md.136/I'in hem tam teselsülde hem de eksik teselsülde uygulanması gerektiğine ilişkin olarak bkz. *von Büren*, s.104-105; *Keller/Gabi*, s.138; *Keller/Schöbi*, s.8; *Bucher*, s.499. İBK md.136/I (eBK 134/I) hükmünün tamamen kaldırılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. *Eren*, Haftung, s.414. İBK md.136/I'in istisnai olarak uygulanması bakımından Federal Mahkemenin görüşüne katılınması gerektiğine ilişkin olarak bkz. *Schwenzer*, N.88.46. İsviçre Ön Tasarısında bu hükmün öğretideki eleştirilere rağmen, alacaklının/zarar görenin menfaati bakımından muhafaza edilmiş olduğuna ilişkin olarak bkz. *Widmer/Wessner*, s.167.

²²³ BGE 133 III 6, 130 III 362, 127 III 257; Yargıtay HGK 3.2.1999 tarih ve E. 1999/9-42, K. 1999/51, HGK 23.2.2000 tarih ve E. 2000/4-103, K.2000/124 (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.12.2013). Federal mahkemenin bu görüşüne katılmayıp, İBK md.149/I'in hem tam teselsülde hem de eksik teselsülde uygulanması gerektiğine ilişkin olarak bkz. *Keller/Schöbi*, s.21; *Keller/Gabi*, s.150; *Gautschi*, s.102 vd. Federal mahkemenin halefiyeti sadece tam teselsülde kabul etmesine karşın başka kanuni düzenlemelerde (örneğin VVG md.72) eksik teselsül olarak nitelendirilebilecek durumlarda da halefiyetin öngörülmüş olduğunu ve bu nedenle Federal Mahkemenin görüşünü çürütülebilir olduğuna ilişkin olarak bkz. *Bucher*, s.498, dpn.67; *Guhl/Koller*, §6 N.5; *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N.3755.

²²⁴ BGE 62 II 307, 57 II 417.

²²⁵ BGE 127 III 257, 112 II 138, 97 II 403. Bu konuda öğretinin görüşü bireysel indirim sebeplerinin inceleme konusu yapıldığı üçüncü bölüme ele alınacaktır.

²²⁶ *Gautschi*, s.65.

varsayılmıştır. Federal Mahkeme sadece bir yıl sonra BGE 38 II 219 ve 38 II 621 sayılı kararları ile bu görüşünden ayrılmış ve o zamandan beri yerleşik içtihatlarında²²⁷ eksik ve tam teselsül şeklinde bir ayırım olduğunu onaylamıştır. BGE 112 II 143 sayılı kararıyla teyid edilmiş olan olan BGE 104 II 225 sayılı kararında ise Federal Mahkeme, eksik ve tam teselsül arasında en önemli ve muhtemelen de pratikte önem taşıyan tek farkı kabul etmiştir²²⁸. Buna göre tam teselsül durumunda İBK md.136/I'e göre zamanaşımı borçlulardan birine karşı kesilince diğerlerine karşı da kesilmiş olacaktır.

Eksik ve tam teselsül arasındaki bu ayırım öğretide²²⁹ ağırlıklı olarak eleştirilmiş ve yetersiz olarak kabul edilmiştir. Ayrıca öğretide haklı olarak bu ayırımın kavramsal olduğu ve pratik bir sonucunun da bulunmadığı ifade edilmektedir²³⁰.

Kanaatimizce İBK/eBK kapsamında yapılan bu ayırım hukuki dayanaktan yoksundur²³¹. Söz konusu ayırımın dayandığı temel nokta hukuki sebeptir. Buna göre tam teselsülde bütün borçlular aynı hukuki sebepten sorumlu iken, eksik teselsülde farklı hukuki sebepten sorumludur. Öğreti ve yargı kararlarına göre, tam teselsül ancak tarafların iradi olarak kararlaştırmaları halinde ve kanunen açıkça öngörülmesi halinde ortaya çıkabilir. Aksi halde eksik teselsül söz konusudur. Bu ayırım eBK

²²⁷ BGE 133 III 6, 130 III 591, 127 III 257, 119 II 127, 115 II 42, 114 II 342, 112 II 138, 106 II 250, 104 II 225, 97 II 403, 93 II 311, 89 II 415, 69 II 162, 63 II 143, 62 II 138, 59 II 364, 57 II 36, 55 II 310, 43 II 205, 38 II 617, 37 II 448, 33 II 504 (Weiss, s.56, dpn.282).

²²⁸ Keller, II, s.177.

²²⁹ von Büren, s.104; von Tuhr/Escher, s.319-320; Merz, s.102 vd.; Guhl/Koller, §6 N.5; Keller/Gabi, s.138; Keller/Schöbi, s.8; Keller/Schmied-Syz, s.123; Keller, II, s.176-177.; BeKomm/Brehm, Art.51 N.17 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3755; Widmer/Wessner, s.167; Gautschi, s.66; Weiss, s.81-82; Casanova, s.45-46; Körner, N.74, 81 vd.; Eren, s.1216; Kirca, s.648 vd.

²³⁰ Bu görüşün eleştirisi için bkz Weber, s.123.

²³¹ Aynı doğrultuda bkz. Yağcıoğlu, s.33.

md.141'den türetilen şekli bir kritere dayanmaktadır. Ancak bu kriter eksik ve tam teselsül arasındaki ayrımı haklı göstermek için geçerli bir kriter değildir.

İsviçre öğretisinde bu ayrımı reddeden *Gautschi*'ye²³² göre, bu ayrımın yerinde olmadığı özellikle İsviçre Karayolları Trafik Kanunu (SVG) md.60²³³ ile de ispatlanabilir. Söz konusu ayrım kriterine göre SVG md.60 kapsamında tam teselsül söz konusu olmaktadır. Ancak SVG md.60 (KTK md.88/I) hem tam teselsül hem de eksik teselsül için uygulanabilen tek bir çözüm öngörmüştür. SVG md.60 (KTK md.88) bütün açıklığıyla bize göstermektedir ki, bu ayrımı haklı gösterebilecek makul bir gerekçe yoktur.

B. Eksik -Tam Teselsül Ayrımının Eleştirisi

1. Eski BK md.141'in Lafzı

Eski BK md.141 lafzından, müteselsil borç ilişkisinin karineten öngörülmediği, müteselsil borç ilişkisinin tarafların iradi olarak kararlaştırdıkları hallerde mevcut olacağının aksine bir sonuç çıkartılamaz. Bu nedenle müteselsil borç ilişkisinin varlığı için esas olan hüküm, eksik ve tam teselsül ayrımı için bir kriter olarak kabul edilemez. Eski BK md.141/II'de yer alan ve kanuni müteselsil borç ilişkisine vücut veren hüküm, eksik ve tam teselsül şeklinde bir ayrım yapılmasına olanak sağlamamaktadır²³⁴.

Sözleşme dışı sorumluluk alanında ise, kanuni müteselsil borç ilişkisi bir yandan kanun hükmüne dayanabilir (örneğin eBK md.50 ve KTK md.88 gibi). Bu şekilde kanunen müteselsil borç ilişkisinin öngörüldüğü hiç bir durumda açıkça eksik

²³² *Gautschi*, s.66. Aynı yönde bkz. *Keller*, II, s.176-177; *Körner*, N.82.

²³³ SVG md.60/I'e göre, "Sind bei einem Unfall, an dem ein Motorfahrzeug beteiligt ist, mehrere für den Schaden eines Dritten ersatzpflichtig, so haften sie solidarisch".

²³⁴ *Widmer/Wessner*, s.164.

veya tam teselsül ifadesi kullanılmamış, aksine daima müteselsil sorumluluk veya benzeri terimler kullanılmıştır. Diğer taraftan sözleşme dışı sorumluluk alanında rücu hakkı öngören bütün normlardan, dolaylı olarak müteselsil borç ilişkisi türetilir²³⁵. Örneğin eBK md.51/I hükmü, farklı hukuki sebeplerden sorumlu olan birden fazla kişi arasındaki rücu ilişkisini, aynı zarara ortak kusuruyla sebep olan birden fazla kişi arasında rücuya uygulanacak hükümlere tabi tutmuştur. Bu hükümle birlikte sadece birbirinden bağımsız olarak sebep olunan zarar için bir rücu düzeni öngörülmüştür. Burada kanun **açıkça** müteselsil sorumluluğun doğacağını öngörmemektedir²³⁶. Zarar verenlerden birinin, vermiş olduğu zarardan daha fazla sorumlu tutulması anlamına gelen rücunun öngörülmüş olması, bir anlamda müteselsil borç ilişkisinin varlığına olanak sağlamaktadır. Zarar verenler arasındaki ilişkide yer alan rücu alacağı, mantıken alacaklı ile olan ilişkide müteselsil sorumluluğu şart kılmaktadır²³⁷. Borçlulardan her birinin borcun tamamının ifasından sorumlu olmadığı varsayıldığında, borçlular arasında denkleştirme kurallarının uygulanmasının da bir mantığı yoktur. Bu doğrultuda kanun koyucunun eBK md.51'de zımnen müteselsil borçluluğu kabul ettiği sonucuna varılabilir.

Borçlar Kanunun tamamında ve bütün yan düzenlemelerde, eksik ve tam teselsül şeklinde bir ayrıma rastlanılmamıştır.

2. Eski BK md.50 ve 51'in Sistematiği

Birden fazla zarar veren aynı zarara ortak kusurla sebep olduklarında, eBK md.50/I açıkça zararın giderilmesi için müteselsil sorumluluğu öngörmüştür. Burada

²³⁵ Rey, N.1438.

²³⁶ BeKomm/Brehm, Art.51 N.17; Eren, Haftung, s.416; Rey, N.1426, 1438; BaKomm/Heierli, Schnyder, Art.51 N.2; Weiss, s.54; Casanova, s.27; Körner, N.62, 66.

²³⁷ Keller, II, s.176; Rey, N.1438; BeKomm/Brehm, Art.51 N.6 ve N.17; Eren, Haftung, s.416; Widmer/Wessner, s. 165; Schwenger, N.88.14; Casanova, s.2.

öngörülen hukuki durum, eBK md.141 vd. da öngörülen kurallara aykırılık teşkil etmemektedir. Sadece denkleştirme ilişkisi bakımından eBK md.50/II hükmü md.146 hükmüne göre farklılık arz etmektedir. Buna göre md.50/II'ye göre müteselsil borçluların rücu haklarının olup olmadığı hakimın takdirine tabi tutulmuştur.

Federal Mahkeme²³⁸ ve öğretinin bir kısmı²³⁹ md.51/I'de yapılan yollama nedeniyle müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin anlamına uygun olarak uygulanacağını, bu nedenle md.51'de müteselsil sorumluluğun kıyasen kabul edildiğini ifade etmektedirler. Bu görüşe karşı çıkanlara göre²⁴⁰ ise, md.51/I'de yapılan yollama sadece md.50/II'de yer alan borçlular arasındaki iç ilişkiye ilişkindir. Böylece hakime kendi takdir hakkını kullanma yetkisi verilmiş olmaktadır. Eski BK md.51 (İBK md.51) kapsamında md.50'nin tamamının kıyasen uygulanacağı öngörülmemiştir. Eski BK md.51 sadece denkleştirme ilişkisine dayanmakta ve md.50/II hükmüne gönderme yaparak md.146'da öngörülen taksim kuralından ayrılmış olunmaktadır. Eski BK md.51'in, md.50/II'ye yollama yapması, zımnen müteselsil sorumluluğu öngördüğü şeklinde yorumlanamaz. Kaldı ki, her iki madde de birbirinden bağımsız olarak müteselsil sorumluluğu öngörmüş olabilir. Ancak her iki müteselsil sorumluluk da kanunun sistematığına uygun olarak md.141 vd. da yer alan hükümlere tabidir. Sadece denkleştirme ilişkisi bakımından md.146'da yer alan düzenlemeden farklılık arz etmektedirler.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında sonuç olarak, gerek İBK gerek eBK'da eksik teselsül tam teselsül şeklinde bir ayrım yer almamaktadır. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi İBK'nun ilk halinde birbirinden bağımsız olarak birden çok

²³⁸ BGE 119 II 131, 115 II 47; 89 II 64; 69 II 162 vd.

²³⁹ BeKomm/Brehm, Art.51 N.17.

²⁴⁰ Keller/Schöbi, s.8.

zarar verenin haksız fiil sorumluluğu yer almamaktaydı. Bu hüküm kanuna daha sonra eklenmiştir. Bu durumda bize İBK md.51'in dogmatik temeli olmadığını göstermektedir. Belirtmiş olduğumuz gibi, bu hükümde sadece, ortak kusurla zarar veren birden çok kişinin haksız fiilden müteselsilen sorumlu olacaklarını öngören ve bunlar arasındaki iç ilişkiyi hakimın takdirine tabi kılan düzenlemeye atıf yapılmıştır. Bir diğer ifadeyle İBK md.51 hükmü, birbirinden bağımsız olarak zarar verenler arasındaki iç ilişkiye ilişkin bir düzenlemedir. Eğer birden çok zarar veren arasında iç ilişki varsa, zorunlu olarak zarar verenler ile zarar gören arasında müteselsil borç ilişkisinin de olması gerekmektedir. Peki İBK md.51 hükmü gerçekten müteselsil sorumluluğu veya farklı türde bir müteselsil sorumluluk yaratmayı mı amaçlamaktaydı? Bu noktada İBK md.51'in müteselsil sorumluluğu öngördüğü kabul edilse bile, bağımsız türde bir müteselsil sorumluluk öngörmediği sonucuna varmak gerekmektedir²⁴¹. Bu nedenle eksik teselsül-tam teselsül şeklinde bir ayırım yaratıp, bunlara farklı sonuçlar bağlamak kanaatimizce mümkün değildir.

İsviçre Ön Tasarısında eksik teselsül tam teselsül ayırımı kaldırılmıştır. Tasarayı kaleme alanlar²⁴², zarardan sorumlu olan birden çok kişinin ortak kusurla mı hareket ettiği yoksa farklı sebeplerden mi sorumlu olduğu ayırımı yapılmaksızın, tek bir çözüm öngörülmesini önermişlerdir. Ayrıca bu konuda öngörülecek tek çözüm sayesinde hukuki güvenlik ve açıklık da sağlanmış olacaktır. Böylece kanun sistematğinde zaten olmayan, ancak öğreti ve yargı kararları ile kabul edilen ayırımı son verilmiştir. İsviçre Ön Tasarısından esinlenilerek hazırlanan TBK ile, tartışmalara yol açan eBK md.50 ve md.51 arasındaki bu ikircikli yapı ortadan kaldırılmış bulunmaktadır.

²⁴¹ Weiss, s.55.

²⁴² Widmer/Wesner, s.166.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜTESELSİL SORUMLULAR ARASINDAKİ DENKLEŞTİRME İLİŞKİSİ

§ 4 Konunun Kavramsal Açıdan Ele Alınması

I. Genel Olarak

Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi müteselsil borç ilişkisinde zarar gören, alacağını kendi seçimine göre bir veya birden fazla müteselsil sorumluya karşı ileri sürebilir. İşte böyle bir durumda zarar görene karşı ödemede bulunan müteselsil sorumlunun veya sorumluların bu zararı tek başına üstlenip üstlenmeyeceği veya birden fazla tazminat yükümlüsü arasında bu zararın nihai olarak ne şekilde paylaşılacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Bu problemin çözüm yeri müteselsil sorumluların kendi arasındaki ilişkidir²⁴³.

TBK metnine bakıldığında müteselsil borçlular veya müteselsil sorumlular arasındaki ilişki iç ilişki olarak adlandırılmaktadır (TBK md.167/TBK md.62). Bu ilişki esasen, dış ilişkide alacaklıya/zarar görene tam ödemede bulunan veya kendi payından fazla ödemede bulunan borçlunun/sorumlunun, kendi payını aşan kısım için kimlere, hangi oranda başvurabileceği ile ilgilidir. Bir başka ifadeyle iç ilişki kapsamında, alacaklıya ödemede bulunan borçlunun veya borçluların, birlikte borçlu olduğu diğer kişilere rücu yoluyla başvurması problemi tartışma konusu yapılmaktadır²⁴⁴. Ayrıca iç ilişki kapsamında ifade bulunan borçlunun birlikte borçlu

²⁴³ Casanova, s.47; Strub, s.27; Eren, s.1209.

²⁴⁴ Rey, N.1485; Weiss, s.84.

olduğu kişilerden hangi/hangilerine başvurabileceği, hangi kapsamda onları sorumlu tutabileceği ve kendisine karşı hangi def'i veya itirazların ileri sürülebileceği ve bu taleplerin hangi hukuki temele dayandığı sorunları da inceleme konusu yapılmaktadır. İç ilişkinin amacı, müteselsil sorumlular arasında dış ilişkide zarar görenin korunması nedeniyle yapılamayan zarar paylaşımının yapılmasıdır²⁴⁵.

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi iç ilişki sadece müteselsil borçluları ilgilendirmektedir ve bu ilişki adeta alacaklının bütün müdahalelerine karşı korunmuştur²⁴⁶. Alacaklı zaten dış ilişkide tatmin edilmiş olduğu için, onun menfaati iç ilişkide bir rol oynamamaktadır.

İç ilişkinin esas konusunu teşkil eden rücu, zarar gören tarafından talepte bulunulan borçlu/borçluların karşılamış olduğu zararın, bütün tazminat yükümlüleri arasında iç paylaşımının yapılmasına olanak sağlamaktadır. Hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkmaması için, zarar görene kendi sorumlu olduğu miktardan daha fazla ödemede bulunan borçluya, zarar görene karşı sorumlu olan bütün tazminat yükümlülerinin kendi arasındaki ilişkiden (iç ilişki) kaynaklanan rücu hakkı nedeniyle, diğer müteselsil borçlulara başvurma imkanı verilmektedir. Bu doğrultuda rücunun denkleştirme ve düzeltme fonksiyonuna sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²⁴⁷.

İç ilişki, öğretide denkleştirme ilişkisi²⁴⁸ veya rücu ilişkisi²⁴⁹ gibi farklı adlarla da ifade edilmektedir. Kanaatimizce iç ilişki kapsamında sadece rücu değil aynı zamanda halefiyet alacağı da söz konusu olduğu için rücu ilişkisi kavramı iç ilişkiyi

²⁴⁵ Casanova, s.48.

²⁴⁶ von Büren, s.98.

²⁴⁷ Aynı doğrultuda bkz. BeKomm/Brehm, Art.50 N.55; Rey, N.1487; Casanova, s.135.

²⁴⁸ Gautschi, s.16.

²⁴⁹ Keller/Gabi, s.141.

tam olarak karşılamamaktadır. Öte yandan iç ilişki kapsamında, rücu ve halefiyet yoluyla aslında dış ilişkide alacaklıya karşı ödenen tam tazminatın iç ilişkide denkleştirilmesi yani hangi borçlunun hangi kısımdan nihai olarak sorumlu tutulacağı belirlendiği için, kanaatimizce denkleştirme ilişkisi kavramı iç ilişki kavramına göre daha isabetli görünmektedir. Belirtmek gerekir ki, denkleştirme kavramı daha çok Alman öğretisinde kullanılan bir kavramdır. Zira müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen BGB § 426'nın başlığı denkleştirme yükümlülüğü ve alacağın geçişidir (*Ausgleichungspflicht, Forderungsübergang*). Bu doğrultuda çalışmamızda iç ilişki yerine denkleştirme ilişkisi kavramı kullanılacaktır.

Denkleştirme ilişkisi, nihai olarak hangi borçlunun borcun hangi kısmından sorumlu olması gerektiği problemi ile ilgilidir, bu da alacaklıyı ilgilendirmemektedir. Zira dış ilişkide alacaklıya tanınan ayrıcalık, kendi seçimine göre istediği borçludan talepte bulunabilmesi ile sınırlıdır. Bu noktada Buz'a²⁵⁰ göre, dış ilişkide alacaklıya tanınan bu ayrıcalığa ek olarak, alacaklının kendisine yapılan ifanın nihai olarak hangi borçlu tarafından üstlenileceğini belirleme yetkisi bulunmamaktadır. Aksi bir sonuç müteselsil borçluluğu "talihsiz borçlunun belirlendiği bir şans oyununa" dönüştürür.

Eğer ifade bulunan borçlu, iç ilişkide kendisine düşen orandan fazla miktarda ifade bulunmuşsa, hangi hukuki imkânlardan yararlanabilecektir? Aşağıda bu sorunun cevabı ele alınacaktır.

II. Problemin Ortaya Konması

Müteselsil sorumluların tamamı alacaklıya/zarar görene karşı borcun tamamından sorumlu oldukları için, alacaklı, nihai olarak borcun borçlular arasında nasıl paylaşılacağı yani denkleştirme ilişkisi ile ilgilenmek zorunda olmadan, borcun

²⁵⁰ Buz, s.10.

tamamını müteselsil borçluların birinden talep edebilir. Müteselsil borç ilişkisi²⁵¹ ve denkleştirme ilişkisi birbirinden ayrı iki hukuki ilişkidir²⁵². Bundan dolayı borçlular arasında borcun nasıl paylaşılacağı, yani borçluların kendi aralarındaki sorumluluk oranlarının müteselsil borç ilişkisi üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Borçluların iç ilişkide hangi oranda sorumlu olduğu, alacaklının borcun tamamını borçluların birinden talep edebilme hakkını sınırlamamaktadır.

Alacaklı borçluların kendi aralarındaki sorumluluk oranlarını dikkate almaksızın borcun tamamının ifası için borçlulardan birini sorumlu tutarsa ve bu borçlu borcun tamamını veya sadece bir kısmını ifa ederse, bunun sonucunda müteselsil borçlulardan her birinin denkleştirme ilişkisinde borcun hangi kısmından sorumlu olacağı probleminin ele alınması gerekir²⁵³. Bu durum alacaklının tesadüfen hangi borçluyu öncelikle sorumlu tuttuğu ve bunun üzerine borcun ifa edildiği ile ilgili değildir²⁵⁴. Alacaklı tarafından sorumlu tutulan borçlu belki de denkleştirme ilişkisinde hiç sorumlu olmayacak veya ifa etmiş olduğu edimden daha az sorumlu olacaktır. Bu nedenle alacaklı tarafından müteselsil borç ilişkisinde belirlenen sonucun, denkleştirme ilişkisinde düzeltilmesine ihtiyaç duyulur. Aynı şekilde borçlulardan biri müteselsil borç ilişkisinden doğan borcu kendi isteği ile ifa ettiğinde ve ifa etmiş olduğu tutar iç ilişkide kendi sorumlu olduğu oranın üzerindeyse, bu durumda da denkleştirme gerekliliği ortaya çıkar.

²⁵¹Burada müteselsil borç ilişkisi ile öğretide çoğunlukla kullanıldığı biçimiyle dış ilişki kastedilmektedir.

²⁵² *Gautschi*, s.82. *Casanova*'ya göre ise, taleplerin yarışmasının söz konusu olduğu borç ilişkisi üst kavramdır ve bu dış ilişki ve iç ilişki olarak ayrılmaktadır (s.47). Bununla birlikte yazar, denkleştirme ilişkisinin, müteselsil borç ilişkisinin bir parçası olduğunu kabul etmektedir (*Casanova*, s.59 vd.).

²⁵³ *Merz*, s.112.

²⁵⁴ *Keller*, II, s.184; *Fellmann*, s.11.

Denkleştirme talebi, zarar görene/alacaklıya ödemede bulunarak onu tatmin eden borçluya ait olan bir alacaktır. Denkleştirme ilişkisinde, iç ilişkide sorumlu olduğu orandan fazla ödemede bulunan borçluya ait, borçlunun denkleştirme hakkını kullanabilmesi için rücu ve halefiyet olmak üzere, iki hukuki enstrüman bulunmaktadır²⁵⁵. Bu hukuki enstrümanlar denkleştirme ilişkisinde, nihai olarak müteselsil borçlulardan her birinin, iç ilişkide sorumlu oldukları orana uygun olarak borcun hangi kısmından sorumlu olacaklarının belirlenmesine hizmet eder. Böylece her bir borçlu kendi sorumlu olması gerektiği orandan ne daha fazla ne de daha az oranda sorumlu olur. Bu nedenle de rücu yoluyla veya halefiyet sonucu yapılan denkleştirme, düzeltici bir fonksiyona sahiptir²⁵⁶. Zira müteselsil borç ilişkisinin asli unsurlarından biri, borçlulardan her birinin denkleştirme ilişkisinde sorumlu oldukları orandan bağımsız olarak borcun tamamının ifasından alacaklıya karşı sorumlu olmasıdır. Bu nedenle de denkleştirme, müteselsil borç ilişkisi için gerekli olan bir düzeltmedir.

Sonuç olarak müteselsil borç ilişkisinde alacaklı kendi seçimine göre istediği borçludan talepte bulunabilir ve burada asıl amaç zarar görenin korunması olduğu için, borçluların iç ilişkide sorumlu olduğu miktar alacaklıyı bağlamamaktadır. Hakkaniyete aykırı bu durum alacaklının müdahalede bulunamayacağı, borçluların kendi aralarındaki ilişkide düzeltilecektir. İşte bu noktada kendi payından fazla ödemede bulunan borçlu diğer borçlulara karşı söz konusu fazla kısım için

²⁵⁵ *Gautschi*, s.84; *Casanova*, s.51.

²⁵⁶ *Keller/Schöbi*, s.16; *Keller/Gabi*, s.141; *Fellmann*, s.13.

denkleştirme alacağına sahiptir. Denkleştirme alacağını ileri sürebilmek için ise başvurabileceği iki yol vardır, bunlar rücu ve halefiyettir²⁵⁷.

§5 Denkleştirme Kapsamında Rücu (*Regress/Rückgriff*) ve Halefiyet (*Subrogation*)

I. Rücu

A. Genel Olarak

Dış ilişkide alacaklıya karşı ödemede bulunan müteselsil borçlu, eğer bu zararı tek başına üstlenmek istemiyorsa, birlikte sorumlu olduğu diğer borçlulara ödemiş olduğu zararı, sorumlu oldukları oranda tamamen veya kısmen yükleyebilir. İşte alacaklıya ödemede bulunan borçlunun bu amaçla diğerlerine başvurması rücu olarak nitelendirilmektedir²⁵⁸. Dış ilişkide alacaklının zararın tamamını tek bir borçludan talep etmiş olmasının hakkaniyete aykırı sonucu da, rücu yoluyla düzeltilmiş olmaktadır. Bu anlamda denkleştirme ilişkisi ile dış ilişki paralel konumda bulunmaktadır.

²⁵⁷ Öğretide rücu hakkı, özel rücu hakkı olarak halefiyet ise genel rücu hakkı olarak da adlandırılmaktadır (*Kapancı*, s.356 vd.). Kanaatimizce müteselsil borçluluk/müteselsil sorumlulukta birden çok borçlu arasındaki ilişkide bu tür bir adlandırma isabetli değildir. Zira burada kefalette olduğu gibi alacaklıya ödemede bulunan kişinin diğer borçlu/borçlulara tamamen rücu etmesi söz konusu değildir. Özellikle TBK md.62 anlamında birden çok sorumlu arasında zarar paylaştırılmaktadır. Böylece taraflar arasında bir denkleştirme yapılmaktadır. Ayrıca hem TBK md.168 hem de TBK md.62 ifade bulunan borçluya alacaklının yerine geçmesini yani halef olmasını öngörmüştür. Bu doğrultuda birbirinden ayrı hukuki kavramı aynı üst başlık altında toplamak kanaatimizce özellikle müteselsil borçluluk/müteselsil sorumluluk bağlamında isabetli değildir. Ayrıca yazar halefiyetin asıl amacının rücu hakkının sağlamlaştırılması olduğunu (*Kapancı*, s.359, dpn.1501) ifade etmekte ve müteselsil borçlulukta kanundan doğan özel bir rücu hakkı olmadığını, TBK md.167 hükmünün sadece bu hakkın varlığına ilişkin bir karine getirdiğini savunmaktadır (*Kapancı*, s.369, dpn.1556). Kanaatimizce müteselsil borçluluk ve onun bir görünümü olan TBK md.61 vd. anlamında müteselsil sorumlulukta halefiyet ile kuvvetlendirilmiş bir rücu (denkleştirme) alacağı öngörülmüştür.

²⁵⁸ *Keller/Gabi*, s.141.

B. Rücunun Yasal Temeli

Rücuyla ilişkin ana kural TBK md.167 (İBK md.148) hükmünde yer almaktadır. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre, "Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir". Bu noktada belirtmek gerekir ki, rücu alacağı ister sorumluluk hukukundan isterse sözleşme hukukundan kaynaklansın, rücu alacağının asli yasal temeli TBK md.167/II (İBK md.148/II) hükmüdür²⁵⁹. Aksi görüşte olan yazarlara²⁶⁰ göre ise, sözleşme dışı alanda rücu alacağı doğrudan haksız fiil kısmında yer alan düzenlemeye (İBK md.50/II) dayanmaktadır. Weiss'ın da haklı olarak belirttiği gibi bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Zira İBK md.50/II'nin (eBK md.50) amacı, rücu alacağına yönelik bağımsız bir yasal temel oluşturmak değildir²⁶¹. Tam tersine söz konusu hükmün amacı İBK md.148/I hükmünden sapan, sözleşme dışı sorumluluk alanında iç ilişkide bir dağılım kuralını düzenlemektir²⁶². Bu hükümde rücu alacağının kapsamının belirlenmesine ilişkin bir kural²⁶³ söz konusudur²⁶⁴.

Sonuç olarak kanaatimizce sözleşme hukuku ve sözleşme dışı sorumluluk hukuku kapsamında söz konusu olan rücu hakkının yasal temelinin farklı olduğunun

²⁵⁹ Bu doğrultuda bkz. Weiss, s.128; Casanova, s.53. Aksi görüşe göre ise, burada sadece iç ilişki ve içeriğine ilişkin bir karine öngörülmüştür. Yoksa buradaki ilişki tarafların iradeleri ile oluşturulan bir sözleşme çoğunlukla bir geçici ortaklık bazı durumlarda ise bir vekalet ilişkisidir (*Kapancı*, s.533).

²⁶⁰ BeKomm/Brehm, Art.50 N.56; Rey, N.1494, 1720.

²⁶¹ Weiss, s.128.

²⁶² Eren, s.1210.

²⁶³ İBK md.50/II ve eBK md.50/II hükmünde müteselsil sorumluların birbirlerine rücu hakkı olup olmadığı ve bunun kapsamı hakimın takdirine bırakılmıştır.

²⁶⁴ Fellmann, s.13.

kabulü pratik sonuçları olmaksızın, meselenin daha da karmaşıklaşmasına neden olacaktır. Bu doğrultuda rücu hakkının yasal temelini TBK md.167/II'de (eBK md.146/II, İBK md.148/II) olduğunun kabulü ve rücu hakkının kapsamının nasıl belirleneceğine ilişkin kuralların farklı olacağını kabul etmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Rücu alacağının yasal temelini TBK md.167/II olduğunu belirledikten sonra, bu hükmün rücu alacağına temel oluşturmada elverişli olup olmadığı hususu üzerinde durulmalıdır. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK md.167/II rücunun şartlarını ve kapsamını düzenlemekle birlikte bir başvuru aracı olarak ele almamış ve böylece de rücunun niteliği hakkında belirlemede bulunmamıştır. Buradan hareketle öğretide, İBK md.148/II kapsamında yer alan şartlar ve bu hükümde belirlenen kapsamda rücu hakkına sahip olan müteselsil borçlunun diğer borçlulara başvurusunun İBK md.149/I hükmünde öngörülen halefiyet yoluyla olacağı kabul edilmektedir²⁶⁵. Öte yandan öğretide rücu alacağının hukuki niteliğine ilişkin kanunda bir belirleme olmadığı ve TBK md.167 (İBK md.148) hükmünden de bunun çıkarılamadığı ifade edilmektedir²⁶⁶. İsviçre öğretisinde bazı yazarlar²⁶⁷, eksik-tam teselsül ayrımı noktasında, eksik teselsülde rücu alacağının dogmatik temellerini ele alma noktasında bu konuya değinmiş ve burada sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görmenin kıyasen uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir. Federal mahkeme ise zamanaşımı bağlamında aynı hususa işaret etmiştir²⁶⁸. *Casanova*²⁶⁹ ise, ayrıntılı olarak ele almış olduğu bu konuda, rücu alacağında zamanaşımı sorusuna temel teşkil

²⁶⁵ *Keller/Schöbi*, s.22; *Keller/Gabi*, s.149 (zımnen).

²⁶⁶ *Casanova*, s.67 vd.

²⁶⁷ *Rey*, N.1493; *Fellmann*, s.13,15; *Strub*, s.48.

²⁶⁸ BGE 115 II 42/49.

²⁶⁹ *Casanova*, s.91, 101, 107.

edecek şekilde, rücu alacağının sebepsiz zenginleşme alacağının unsurları ile özdeş olduğunu, bu noktada vekaletsiz iş görmenin değil sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kuralların kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedir. Böylece yazar denkleştirme alacağının dogmatik temellerinin zenginleşme hukukunda olduğunu ifade etmektedir.

Kılıçoğlu'na göre ise, rücu hakkı başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde bir talep hakkıdır²⁷⁰. Yargıtay ise bazı kararlarında²⁷¹ rücunun tazminat niteliğinde bir hak olduğunu ifade etmiştir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, rücu alacağının niteliğine ilişkin yapılmış olan tartışmalar, daha çok rücu alacağına ilişkin zamanaşımı bağlamında önem taşımaktaydı. TBK md.73 ile rücu isteminde zamanaşımı açıkça düzenlenmiş olduğu için, kanaatimizce bu tartışmaların bir önemi kalmamıştır.

²⁷⁰ *Kılıçoğlu*, Halefiyet, s.13.

²⁷¹ Yargıtay HGK 9.10.2013 tarih ve E. 2013/9-1559, K. 2013/1461 sayılı söz konusu kararında rücu hakkına ilişkin olarak *"Dönme (rücu) hakkı ise başkasına ait borcu yerine getiren kişinin malvarlığında vücut bulan kaybı gidermeyi amaçlayan tazminat niteliğinde bir istem hakkıdır"* nitelendirmesinde bulunmuştur. Aynı doğrultuda bkz. HGK 3.2.2010 tarih ve E.2010/10-20, K. 2010/58; 4. HD. 29.12.2005 tarih ve E. 2005/600, K. 2005/14293; HGK 23.2.2000 tarih ve E. 2000/4-103, K. 2000/124 sayılı kararlar (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.02.2014).

C. Rücunun Şartları

1. Alacaklıya İfada/Ödemede²⁷² Bulunulmuş Olması

Alacaklı tarafından talepte bulunulan müteselsil borçlunun rücu alacağının söz konusu olabilmesi için, kendisinden talepte bulunulmuş olması değil, alacaklıya karşı etkili bir biçimde ödemede bulunmuş olması şartı aranır²⁷³. Bu durum rücunun düzeltme fonksiyonunun da bir gereğidir. Zira düzeltilecek bir durumun mevcut olabilmesi için alacaklıya karşı etkili bir ödemede bulunulmuş olması gerekir. Aksi durumda, yani rücu için müteselsil borçlulardan birinden talepte bulunulmuş olması yeterli olsaydı, rücu borçlusunun iki kez ödemede bulunması sonucu ortaya çıkabilirdi. Rücu hakkı sahibi olan borçlu fiilen alacaklıya ödemede bulunmadığı için alacaklı rücu borçlusuna başvurabileceğinden, rücu hakkının mevcudiyeti için alacaklıya fiilen ödemede bulunulmuş olması gerekmektedir. Burada sadece alacaklıya yapılmış ifa aranmamakta, takas gibi ifa ikameleri ile de alacaklının tatmin edilmiş olması yeterli görülmektedir²⁷⁴. Bu noktada belirtilmesi gereken diğer bir husus da, alacaklı tarafından talepte bulunulmuş olan müteselsil borçlu, alacaklıya

²⁷² Borçlunun alacaklıyı tatmin etmesinin yaygın hali borcu ifa etmesidir. Ödeme de ifanın bir görünümüdür. Müteselsil borcun konusu para borcu olmak zorunda değildir. Para borcu dışında bir borç da müteselsil borcun konusunu oluşturabilir. Bununla birlikte sıklıkla para borcu, müteselsil borcun konusunu teşkil etmektedir. Bu doğrultuda çalışmamız kapsamında alacaklıya ödemede bulunulmuş olması ile ifada bulunulmuş olduğu kastedilmektedir.

²⁷³ BGE 115 Ib 274/291; von Tuhr/Escher, s.313; Gauch/Schlupe/Emmeneger, N.3743; Schwenger, N.88.39; Berger, s.846; Fellmann, s.13; BaKomm/Heierli/Schnyder, Art.148 N.2; Huguenin, N.2310; Akıntürk, s.213; Oğuzman/Öz, s.462 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s.316; Ayar/Engin, s.1297; Canyürek, s.115. Merz ise, iç ilişkide kendi yükümlü olduğu miktardan daha fazla talepte bulunulan kişinin, birlikte sorumlu olduğu borçlulara karşı rücu hakkına sahip olacağını ifade etmiştir (Merz, s.112). Çok açık olmamakla birlikte yazar burada alacaklıya ödemede bulunulmuş olma şartını aramamaktadır.

²⁷⁴ BaKomm/Heierli/Schnyder, Art.147 N.1; Koller, §75 N.64.

karşı fiilen ödemede bulunmadan önce, bir tür öne alınmış rücu hakkına sahip değildir²⁷⁵.

Alacaklıya karşı kısmen ifada²⁷⁶ bulunulmuş olması halinde ise, alacağın geri kalanı için müteselsil borç ilişkisi devam edecektir. Aynı zamanda da eğer kısmi ifa tutarı ödemede bulunan borçlunun iç ilişkideki payını aşıyorsa, bu kısım için denkleştirme ilişkisi söz konusu olacaktır. Böylece müteselsil borç ilişkisi ve denkleştirme ilişkisi (dış ilişki ve iç ilişki) aynı anda birbirinin yanında var olacaktır²⁷⁷.

Bu kapsamda değinilmesi gereken önemli bir husus da, alacaklı tarafından ibra edilen borçluya, denkleştirme ilişkisinde rücu edilip edilemeyeceğidir. TBK md.166/III hükmüne göre, alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da alacaklıya karşı ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır. Bu hükümle eBK döneminde müteselsil borçlulardan birinin ibra edilmesinin diğer borçlulara etkisi konusunda yapılan tartışmalara bir son verilmiştir. TBK md.166/III hükmü gereği, dış ilişkide ibra edilen borçlunun iç ilişkide sorumlu olduğu pay oranında diğer borçlular da alacaklıya karşı sorumluluktan kurtulduklarından, bunlar artık ibra edilen borçluya iç ilişkide rücu edemeyeceklerdir. Zira bu oranda diğer borçluların da borçtan kurtulmuş olacağı

²⁷⁵ Weiss, s.133-134. Aksi görüş için bkz. BeKomm/Becker, Art.148 N.7.

²⁷⁶ TBK md.80 hükmü bağlamında alacaklı müteselsil borçlulardan birinin kısmi ifasını kabul etmek zorunda değildir. Ancak alacaklı bu kısmi ifayı kabul ediyorsa, borç bu oranda sona erer. Kalan kısım için alacaklı yine kendi seçimine göre borçlulardan talepte bulunabilir. Alacaklının sadece ifa edilmeyen kısmın ifasını isteyebileceğine ilişkin kuralın istisnası İİK md.204'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, borç, müteselsil borçlulardan biri tarafından ifa edildikten sonra diğer borçlunun iflas etmesi durumunda, alacaklı ifada bulunmuş olan borçlunun iflas eden borçluya rücu hakkının bulunup bulunmadığına bakmaksızın, alacağının tamamını iflas masasına kaydettirebilecektir (Canbolat, s.70).

²⁷⁷ Casanova, s.51.

kabul edilmiştir²⁷⁸. Bu hüküm her ne kadar alacaklı karşısında birden çok, birbirinden bağımsız borç olması ilkesi ile çatışsa da, alacaklının sorumluluktan kurtarmak istediği borçlunun, iç ilişkide de sorumlu tutulamayacak olması ve bu noktada da alacaklının iradesi ile uyumlu olması bakımından kabul edilebilir niteliktedir. Öte yandan iç ilişkinin alacaklının müdahalelerine karşı korunmuş olduğu gerçeği göz önüne alındığında, TBK md.166/III hükmü sayesinde alacaklı borçlular arasındaki ilişkiye müdahalede bulunmuş olacağı için, kanaatimizce söz konusu hükmün bu şekilde düzenlenmesi isabetli olmamıştır.

2. Alacaklıya Karşı Yapılan Ödemenin, Ödemede Bulunan Borçlu İçin İç İlişkide Sorumlu Olduğu Paydan Fazla Olması

Bu şart doğrudan TBK md.167/II hükmünün ilk cümlesinden çıkarılmaktadır. Zira hükümde "kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun" ifadesi yer almaktadır. Örneğin A, B ve C X'e karşı 6000 TL'yi eşit paylarla müteselsilen borçlanmışlardır. Alacaklı tarafından talepte bulunulan A, ancak 2000 TL'den daha fazla miktarda ödemede bulunursa, rücuunun diğer şartlarının da mevcut olması halinde, diğer borçlulara karşı rücu hakkına sahip olacaktır.

3. Ortak Def'ilerin İleri Sürülmesinin İhmal Edilmemiş Olması

Alacaklı tarafından talepte bulunulan borçlu, eğer birlikte sorumlu olduğu borçlulara karşı rücu hakkını kaybetmek istemiyorsa, TBK md.164/II kapsamında ortak def'i ve itirazları ileri sürmek zorundadır. Bu doğrultuda eğer, kendisinden talepte bulunulmuş olan borçlu kusurlu bir biçimde bütün müteselsil borçlulara ait

²⁷⁸ Ancak *Eren*'e göre, alacaklıya ifade bulunan borçlu alacaklı tarafından ibra edilmek suretiyle borçtan kurtulan bir borçluya da rücu edebilir. Zira alacaklının borçlulardan birini ibra etmesi, borçlular arasındaki iç ilişkiye etkili değildir (*Eren*, s.1211). Ancak TBK md.166/III hükmü karşısında bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, rücu imkanı da ortadan kalkacaktır²⁷⁹. Örneğin A, B ve C X'e karşı 9000 TL'yi eşit paylarla müteselsilen borçlanmışlardır. A, X'e 2000 TL ödemede bulunmuştur. Bunun üzerine X, B'den 9000 TL talepte bulunmuştur. B, borcun tamamını ödemiş ve A ile C'ye 3000'er TL rücu etmeyi istemektedir. Eğer B, A'nın yapmış olduğu ödemeyi bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, yani bu konuda kendisine herhangi bir kusur isnat edilemiyorsa, 3000 TL için A'ya rücu edebilir. Ancak B, A'nın yapmış olduğu ödemeyi biliyor veya bilebilecek durumda ise, bu durumda sadece 1000 TL için A'ya rücu edebilecek, 2000 TL'yi ise sebepsiz zenginleşme kurallarına göre X'den talep edebilecektir²⁸⁰.

Zira müteselsil borçlulardan biri, diğerlerine bildirmeksizin alacaklıya ödemede bulunursa ve diğer borçlular bir kez daha ödemede bulunursa, bildirimde bulunmadan ödeme yapan borçlu rücu hakkını kaybeder²⁸¹.

II. Halefiyet

A. Genel Olarak

Halefiyet esasen TBK md.127'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre genel anlamda halefiyet, üçüncü bir kişinin alacaklıya ifada bulunması ile borçluya karşı

²⁷⁹ von Tuhr/Escher, s.315; Bucher, s.497; Guhl/Koller, §6 N.24; Merz, s.106, 113; Keller/Schöbi, s.17; Berger, s.847; Schwenger, N.88.38; Strub, s.22; Akıntürk, s.218; Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.728; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.317; Hatemi/Gökyayla, s.337; Kapancı, s.394; Ayar/Engin, s.1302. Ortak def'i ve itirazların ileri sürülmemesinin, sorumluluğa yol açan bir mükellefiyet değil, bir hakkın kullanılmasını engelleyen külfet niteliğinde olduğu ifade edilmektedir (Kılıçoğlu, s.728; Hatemi/Gökyayla, s.337).

²⁸⁰ Örnek için bkz. Keller/Schöbi, s.17.

²⁸¹ Bucher, s.497; BeKomm/Becker, Art.148 N.6; Gauch/Schluep/Emmeneger, N.3748; Huguenin, N.2312; Akıntürk, s.219; Eren, s.1211; Ayar/Engin, s.1298. Burada İBK md.508/II (TBK md.597/II) hükmünün kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir.

alacaklının yerine geçmesidir²⁸². Ancak üçüncü kişi tarafından ifade bulunulan her durumda TBK md.127 anlamında halefiyet söz konusu olmamaktadır. Bu anlamda halefiyet istisnai bir kurumdur²⁸³. Bu doğrultuda halefiyet TBK md.127/II anlamında ya borçlunun iradesine dayanmalıdır ya da kanunen öngörülmelidir. İşte TBK md.168 kanunen öngörülen bir halefiyet durumudur; bu anlamda da TBK md.185 kapsamında kanunen alacağın devri durumlarından birini teşkil etmektedir²⁸⁴.

Rücunun, müteselsil sorumlular arasında tam tazminatın veya borcun nihai olarak dağıtılmasına hizmet ettiğini daha önce ifade etmiştik. Kanun koyucu bu doğrultuda rücu hakkı sahibine bir imkan daha tanımıştır. TBK md. 168/I hükmüne göre, diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur²⁸⁵. Bu kapsamda TBK md.167 anlamında bağımsız rücu alacağı yanında, alacaklıya ödemede bulunan borçluya ek bir imkan daha tanınmış olmaktadır²⁸⁶.

Rücu alacağı ve halefiyet alacağı, aynı hizada yer alan iki farklı haktır²⁸⁷. Her iki alacak hakkı da, müteselsil borç ilişkisinde ortaya çıkan sonucun düzeltilmesine hizmet eder. Böylece borçlulardan her biri denkleştirme ilişkisinde kendi sorumlu olduğu orana uygun olarak borcun bir kısmını üstlenmiş olur. Bir diğer anlatımla rücu

²⁸² Halefiyet hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. *Kılıçoğlu*, Halefiyet, s.3 vd.

²⁸³ *Kılıçoğlu*, Halefiyet, s.35.

²⁸⁴ *Merz*, s.113; *Keller/Schöbi*, s.40; *Fellmann*, s.17; *Omağ*, s.52; *Tekil*, s.127.

²⁸⁵ Belirtmek gerekir ki, TBK md.168/I hükmü emredici nitelikte olmadığı için taraflarca sözleşme özgürlüğü kapsamında aksi kararlaştırılabilir. Bir başka ifadeyle alacaklı ile ödemede bulunan borçlu arasında önceden veya sonradan yapılacak bir anlaşma ile halefiyet ortadan kaldırılabilir (*Weiss*, s.140).

²⁸⁶ UNIDROIT Principles Art.11.1.11'de de ifade bulunan müteselsil borçlunun halefiyet kapsamında alacaklının yerine geçeceği öngörülmüştür (Bu konuda bkz. UNIDROIT Principles 2010 Art.11.1.11 Comment 1, s.384).

²⁸⁷ *von Tuhr/Escher*, s.317; *von Büren*, s.100; *Larenz*, §37 III, s.649; *BeKomm/Brehm*, Art.50 N.56; *Gautschi*, s.85; *Yağcıoğlu*, s.262. Karşı görüş için bkz. *Keller/Schöbi*, s.22.

veya halefiyet yoluyla her bir borçlu, denkleştirme ilişkisinde hangi oranda sorumlu olması gerekiyorsa o oranda sorumluluk üstlenmiş olur, daha fazla veya daha az değil.

Alacaklıya ödemede bulunmuş olan müteselsil borçlunun rücu alacağı, bağımsız bir haktır²⁸⁸ ve müteselsil borçluların kendi aralarındaki ilişkiden kaynaklanır²⁸⁹. Rücu alacağı, önceki alacaklının hakları ile donatılmamıştır, bilakis bağımsız ve asli bir alacaktır. Buna karşılık halefiyet alacağında ise, alacaklıya ödemede bulunan ve böylece alacaklının tatmini yoluyla alacaklının yerine geçen borçlunun sahip olduğu bir hak olarak, alacaklıdan türetilmiş bir hak söz konusudur²⁹⁰. Müteselsil borçlulardan birinin ifası veya takası ile alacaklıya karşı bütün diğer borçlular ifa edilen edim kapsamında borçtan kurtulurlar. Bundan dolayı alacaklının alacağı bütün fer'ileriyle birlikte bu kapsamda TBK md.131'e göre sona erer. TBK md.168/1'e göre, diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur. Müteselsil borç ilişkisinde kendi yükümlülüğünden dolayı alacaklıya karşı ifada bulunan müteselsil borçlu, alacaklının yerine geçer. Kanun koyucu alacaklının haklarının sona ermesi yerine, bunların ifada bulunan borçluya geçmesini öngörmüştür²⁹¹. Ancak ifada bulunan borçlunun bu kapsamda diğer borçlulara karşı halefiyet alacağına sahip olmasının şartı, rücu alacağına sahip olmasıdır.

Gautschi, mecazen alacaklıyı, elinde her bir müteselsil borçluya ait ipi tutan bir kukla oynatıcısına benzetmektedir²⁹². Alacaklının tatmini ile ifada bulunan borçlu

²⁸⁸ *Schwenzer*, N.88.40; *Kırca*, Yenilikler, s.36.

²⁸⁹ *Nomer*, Zamanaşımı, s.250; *Kurt*, s.140.

²⁹⁰ *Gautschi*, s.85.

²⁹¹ *von Büren*, s.101.

²⁹² *Gautschi*, s.86.

kendi ipinden kurtulmakta ve diğer ipleri eline almaktadır. Bir istisna dışında²⁹³, halef olan borçlu ve diğer borçlular arasındaki hukuki durum, rücu alacağı kapsamıyla sınırlı olmak üzere alacaklı ve her bir müteselsil borçlu arasındaki hukuki durum ile aynıdır. Bundan dolayı halefiyet alacağının türetilmiş bir alacak hakkı olduğu ifade edilir.

B. Halefiyet Alacağının Kapsamı

TBK md.168/I hükmünün lafzına göre, alacaklıya ifada bulunan borçlu, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur. Bir örnekle durumu açıklayacak olursak; A, B ve C X'e karşı 3000 TL'den müteselsilen sorumludur. Alacaklı tarafından talepte bulunulan A, toplam borcu yani 3000 TL'yi ödediğinde, hangi miktarda alacaklının haklarına halef olacaktır? Söz konusu hükmün lafzında ifa ettiği miktar oranında dediği için, sanki 3000 TL için halef olacağı anlaşılmaktadır. Oysa öğretide²⁹⁴ de haklı olarak kabul edildiği gibi, alacaklıya ödemede bulunan borçlu, ifa ettiği miktar kadar değil, rücu alacağı kapsamında halef olacaktır. Bir başka ifadeyle, alacaklıya ödemede bulunan borçlu, sadece iç ilişkide kendi payını aşan miktar oranında alacaklının haklarına halef olur²⁹⁵. Kalan kısım ise sona ermiş olacaktır²⁹⁶. Böylece ifada bulunan müteselsil borçlu, kendi sorumlu olduğu miktara uygun olarak ifada bulunmuşsa, denkleştirme ilişkisinde herhangi bir denkleştirme alacağı söz konusu olmayacağı için, alacaklının yerine geçmez, yani alacaklının haklarına halef olmaz.

²⁹³ Müteselsil borçluların denkleştirme hakkına sahip olan borçluya karşı müteselsilen sorumlu olmamaları, söz konusu istisnayı teşkil etmektedir.

²⁹⁴ *Bucher*, s.497; *von Tuhr/Escher*, s.317, dpn.157; *Koller*, §75 N.87; *BeKomm/Becker*, Art.149 N.5; *Schwenzer*, N.88.40; *Gautschi*, s.93-94; *Meier*, s.447.

²⁹⁵ *Weiss*, s.138.

²⁹⁶ *Koller*, §75 N.87.

Rücu hakkına sahip olan borçlunun ödemiş olduğu dava masrafları ve benzer harcamaları ise halefiyet alacağı kapsamında yer almayacaktır²⁹⁷. Zira bu masraf ve harcamalar, alacaklının rücu yükümlüsü olan borçlulara karşı sahip olduğu alacağın bir parçası değildir²⁹⁸.

C. Halefiyet Alacağının Şartları

1. TBK md.167'e göre Rücu Hakkına Sahip Olma

Alacaklıya karşı ödemede bulunan müteselsil borçlunun halefiyet alacağı, sadece rücu hakkı sahibi olan müteselsil borçlu lehine öngörülmüştür. Bu durum TBK md.168 hükmünün lafzından da açıkça anlaşılmaktadır. Bu hükümle ödemede bulunan borçlunun TBK md.167 (İBK md.148) kapsamında rücu hakkına sahip olması gerekliliği öngörülmüştür²⁹⁹. Bu nedenle de halefiyet alacağının söz konusu olabilmesi için öncelikle rücu alacağının varlığına ilişkin şartların mevcut olması gerekmektedir³⁰⁰.

2. Dış İlişkide Alacaklının Subjektif Etkili İbra Yapmamış Olması

İsviçre borçlar hukukunda TBK md.166/III hükmü olmadığı için, halefiyetin şartları arasında alacaklının subjektif etkili ibra yapmamış olması da sayılmaktadır³⁰¹. Bu doğrultuda, alacaklıya ödemede bulunan borçlu, alacaklı tarafından subjektif etkili ibra ile borçtan kurtarılmış olan müteselsil borçluya karşı halefiyet alacağına sahip

²⁹⁷ *Kapancı*, s.426.

²⁹⁸ *von Tuhr/Escher*, s.318; *Keller/Schöbi*, s.25.

²⁹⁹ *Koller*, §75 N.87; *BeKomm/Becker*, Art.149 N.3; *BaKomm/Heierli,Schnyder*, Art.149 N.1a; *Kılıçoğlu*, Halefiyet, s.74.

³⁰⁰ Bu konuda bkz. §5 I, C.

³⁰¹ *Weiss*, s.139.

olamayacaktır³⁰². Zira daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi, halef olan borçlu ve diğer borçlular arasındaki hukuki durum, alacaklı ve her bir müteselsil borçlu arasındaki hukuk durum ile aynıdır. Bu doğrultuda TBK md.132 gereği ibra ile borç sona ermiş olacağı için artık alacaklıya ait olmayan alacak da ödemede bulunana borçluya geçemeyecektir³⁰³.

Burada ayrıca alacaklının dış ilişkide geçerli bir biçimde borçlulardan birini ibra etmiş olması durumunun, TBK md.168/II hükmü bağlamında ele alınması gerekmektedir. Söz konusu hükme göre, alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır. Bundan dolayı da acaba ibrada bulunan alacaklı, ibra sonucunda söz konusu borçluya karşı halefîyet alacağını elde edemeyen, ödemede bulunan borçluya karşı sorumlu olacak mıdır? Öğretide³⁰⁴ bu soruya hayır cevabı verilmektedir. Zira TBK md.168/II (İBK md.149/II) hükmünün sadece, alacaklının, TBK md.189 kapsamında halefîyet ile birlikte ödemede bulunan borçluya geçmesi gereken yan hakları/teminatları serbest bırakarak bunların ödemede bulunana borçluya geçmesini engellemesi halinde uygulanacağı kabul edilmektedir³⁰⁵. Bu durumda da alacaklının zarara uğratmış olduğu borçluya karşı olan alacağının, zarara uğrayan borçlunun rücuda eksik

³⁰² von Tuhr/Escher, s.318; Bucher, s.498; Gauch/Schlupe/Emmeneger, N.3747; Schwenger, N.88.40; Berger, s.848; Weiss, s.139.

³⁰³ Sigorta hukukunda da, sigortalının üçüncü kişiyi sorumluluktan ibra etmesi halinde sigortalının rücu hakkının olmayacağı ifade edilmektedir (Tekil, s.130). Aksi görüş için bkz. Nomer, s.255 (Ancak yazar sigortalının işvereni veya üçüncü kişiyi ibra etmesinin, sigorta kurumunun bu kişilere karşı rücu hakkı yoksa bir anlam ifade edeceğini belirtmektedir).

³⁰⁴ Weiss, s.139; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.149 N.2. Aksi görüş için bkz. Hatemi/Gökyayla, s.340.

³⁰⁵ von Tuhr/Escher, s.318, dpn.163; Huguenin, N.2313; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.321; Reisoğlu, s.441; Kapancı, s.473; Ayar/Engin, s.1305.

teminatlar neticesinde elde edemediği meblağ tutarında azalacağı kabul edilmektedir³⁰⁶.

D. Halefiyetin Hukuki Etkileri

Halefiyetin başlıca iki tane hukuki etkisi bulunmaktadır. Bunlar kendisinden talepte bulunulan borçlunun alacaklıya yapmış olduğu ödeme ile diğer müteselsil borçluların birlikte borçtan kurtulması ve ifada bulunan borçlunun alacaklının yerine geçmesidir³⁰⁷. Ödemede bulunana borçlunun alacaklının yerine geçmesi ile kastedilen ise, önceki alacaklının alacağının bütün ferileriyle birlikte, rücu hakkı kapsamında ifada bulunan borçluya geçmesidir³⁰⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki, eğer halef olan borçlu TBK md.167 kapsamında rücu hakkına sahip değilse, alacak sona erecektir³⁰⁹.

Alacaklıya ifada bulunan borçlu eğer kısmen ifada bulunmuşsa, bu durumda halefiyetin şartları mevcutsa, hem ödemede bulunan borçlunun halefiyet alacağı hem de alacağın alacaklıda kalan kısmı varlığını devam ettirecektir. Böylece aynı derecede iki kısmi alacak mevcut olacaktır. Bir başka ifadeyle alacaklıya kısmen ifada bulunulması halinde ifada bulunan borçlu sadece alacağın bu kısmı için halef olur. Bu nedenle diğer borçlular tarafından sağlanmış olan mevcut teminatlar hem alacaklının kalan alacağı için hem de halefiyet yoluyla kazanılan alacak için güvence sağlar³¹⁰. Bu durumda alacaklının fer'i hakları, borçlunun halefiyet alacağına göre daha güçlüdür,

³⁰⁶ *Bucher*, s.498, dpn.62; *von Tuhr/Escher*, s.318; *BaKomm/Heierli,Schnyder*, Art.149 N.2.

³⁰⁷ *Gauch/Schluep/Emmeneger*, N.2062 vd.; *Weiss*, s.140; *Fellmann*, s.18.

³⁰⁸ *Meier*, s.446 vd.; *Kılıçoğlu*, s.733. Alacaklıya ifada bulunarak halef olan borçlu, sadece alacaklıya karşı teminat veren borçluya başvururken kendine geçen teminattan faydalanabilecektir. Diğer borçlulara başvururken bu teminattan faydalanabilmesi söz konusu değildir (*Kapancı*, s.446, dpn.1886).

³⁰⁹ *Koller*, §75 N.87; *Kapancı*, s.390 vd.

³¹⁰ *von Tuhr/Escher*, s.319; *Akıntürk*, s.223.

yani halefiyet alacaklıya karşı meydana gelmez (nemo subrogat contra se)³¹¹. Bu doğrultuda alacaklının kalan alacağını takip etmeye yönelik talebi ve teminatların paraya çevrilmesine yönelik talebi halef olan borçlununkine göre öncelik taşımaktadır. Yani alacaklıya kısmen ifada bulunulması durumunda, alacaklı önceki rehin hakkını bir azalma olmaksızın muhafaza eder ve ifada bulunan borçlunun rehin hakkı, alacaklıdan sonra gelir.

Halefiyet hakkından yararlanan borçlu alacakla birlikte alacağa bağlı rehin veya kefalet gibi fer'i haklarla birlikte alacağı kazanmış olur³¹². Halefiyet borcun unsurlarını değiştirmemekte, özellikle zamanaşımı bakımından, ödemede bulunan borçluya alacak, işlemekte olan zamanaşımı ile birlikte geçmektedir³¹³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, rücu alacağına sahip olan borçlunun TBK md.168'e göre ayrıca bir de halefiyet alacağına sahip olmasının olumsuz da bir tarafı bulunmaktadır³¹⁴. Bu olumsuzluk, rücu yükümlüsü müteselsil borçluların alacaklıya karşı ileri sürebilecekleri kişisel def'ileri rücu hakkına sahip olan borçluya karşı da ileri sürebilecek olmalarıdır. Zira daha öncede belirtmiş olduğumuz gibi halef olan borçlu ve diğer borçlular arasındaki hukuki durum, alacaklı ve her bir müteselsil borçlu arasındaki hukuk durum ile aynıdır.

³¹¹ von Tuhr/Escher, s.319; BeKomm/Becker, Art.149 N.9; Gautschi, s.94; Fellmann, s.18; Kılıçoğlu, Halefiyet, s.21 vd.; Kapancı, s.374 vd. Aynı ilke BGB §426/II'de ve UNIDROIT Principles 2010 Art.11.1.11'de de öngörülmüştür.

³¹² Keller/Schöbi, s.23; von Büren, s.101; Eren, Haftung, s.415; Merz, s.113; Guhl/Koller, §34 N.71; Gauch/Schlupe/Emmeneger, N.2066; Berger, s.848; Schwenger, N.88.40; Oğuzman/Öz, s.467; Reisoğlu, s.441

³¹³ Fellmann, s.18; Kılıçoğlu, Halefiyet, s.135 vd.; Nomer, Zamanaşımı, s.251.

³¹⁴ Schwenger, N.88.40.

III. Rücu ve Halefiyet Arasındaki İlişki

Denkleştirme alacağına sahip olan müteselsil borçluya kanun koyucu tarafından iki ayrı hukuki imkan tanınmıştır. Bir başka ifadeyle denkleştirme alacaklısı birbiriyle yarışan iki ayrı alacağa sahiptir. Bu alacaklara ilişkin teminatlar, zamanaşımı kuralları, def'i ve itirazlar birbirinden bağımsız olarak değerlendirilir³¹⁵. Bunlar TBK md.167 kapsamında rücu ve md.168 kapsamında halefiyet alacağıdır. Bu doğrultuda öğretide her iki alacağın birbiriyle yarıştığı kabul edilmektedir³¹⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, rücu hakkına sahip olan borçlu iç ilişkide denkleştirmeyi sadece bir defa talep edebilir, zira rücu ve halefiyet alacağı birbirinin alternatifidir. Bu doğrultuda alacaklardan biri ödenince diğeri de sona erecektir³¹⁷. Bu noktada usul kuralları bağlamında denkleştirme alacağını talep eden borçlunun, bunu mutlaka rücu veya halefiyet alacağından hangisine dayandığını açıkça belirtmek zorunda olmadığı ifade edilmektedir³¹⁸. Çünkü hakimın hukuku kendiliğinden uygular ilkesi (iura novit curia) gereği hakimın somut olayda mevcut bütün durumları incelemesi gerektiği kabul edilmektedir. Diğeri yandan da alacaklı kendine tanınan imkanlardan (rücu ve halefiyet) istediğine dayanmak konusunda serbesttir³¹⁹.

Öğretide çoğunlukla halefiyet alacağının rücu alacağının varlığının güvence altına alınmasına hizmet ettiği ve buna uygun olarak tamamlayıcı ve kuvvetlendirici bir işleve sahip olduğu kabul edilmektedir³²⁰. Böylece her iki alacak arasında belli bir

³¹⁵ Larenz, §37 III, s.649.

³¹⁶ Huguenin, N.2313; Nomer, s.250.

³¹⁷ Casanova, s.53; Nomer, s.260; Koller, §75 N.69 (Burada yazar taleplerin yarışmasından bahsederken, §75 N.90'da halefiyetin rücunun fer'i olduğundan bahsetmektedir).

³¹⁸ Weiss, s.311.

³¹⁹ Casanova, s.53.

³²⁰ Yarg. HGK 4.11.2009 tarih ve E. 2009/16-428, K. 2009/483 ve 17. HD. 27.6.2013 tarih ve E. 2013/2309, K. 2013/10154 sayılı kararlarında bu hususu "Yasa koyucu kendi payından fazla ödemedi"

bağlılığın da varlığına işaret edilmiş olmaktadır. Bir diğer görüşte olan yazarlara³²¹ göre ise, her iki alacak arasında fer'ilik anlamında bir bağımlılık vardır.

Weiss'e göre ise, her iki alacak arasında bir yüzü bir tarafa diğer yüzü karşı tarafa bakan iki taraflı bir ilişki (*janusköpfige Verhältnis*) söz konusudur³²². Kural olarak her iki alacak birbiriyle yarışsa da, halefiyetin rücunun varlığını güvenceye alması ve onu kuvvetlendirmesi nedeniyle aralarında belli bir bağlılık vardır. Böylece rücu alacağı halefiyet alacağına göre belli bir önceliğe sahiptir. Ancak yazar halefiyetin özellikle TBK md.152 (İBK md.133) anlamında rücuya bağlı fer'i bir hak olduğunu kabul etmemektedir.

Rücu ve halefiyete ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında sonuç olarak, dış ilişkide alacaklıya/zarar görene ödemede bulunan borçluya denkleştirme ilişkisinde ait olan iki ayrı, birbirinden farklı hukuki temele dayalı haklar söz konusudur³²³. Bu nedenle halefiyetin sadece rücu alacağının varlığının güvence altına alınmasına hizmet ettiği ve bundan dolayı onun fer'i olduğu kabul edilemez³²⁴. Her iki

bulunan bir borçluya tanıdığı rücu hakkını kuvvetlendirmek amacıyla (B.K.146/1 madde halefiyete de yer vermiştir" şeklinde ifade etmiştir (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.03.2014).

Ayrıca bu konuda bkz. *Guhl/Koller*, §6 N.25; *Bucher*, s.497; *Merz*, s.113; *Gauch/Schluep/Emmeneger*, N.3746; *BaKomm/Heierli/Schnyder*, Art.149 N.1a; *Huguenin*, N.2313; *Strub*, s.47; *Eren*, s.1212; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.320; *Kırca*, Yenilikler, s.37, *Nomer*, s.249; *Fellmann*, s.23 (Yazar her iki alacağın yarıştığını kabul etmekle birlikte, halefiyet alacağının tek başına bir anlam ifade etmediğini, sadece rücunun varlığını güvenceye alma ve onu kuvvetlendirmeye hizmet ettiğini ifade etmektedir).

³²¹ *BeKomm/Becker*, Art.149 N.5; *von Büren*, s.99-101; *Koller*, §75 N.90; *Meier*, s.430; *Ernst*, s.181; *Kılıçoğlu*, Halefiyet, s.15; *Akıntürk*, s.223; *Kapancı*, s.365.

³²² *Weiss*, s.314.

³²³ *von Büren*, s.100; *BeKomm/Brehm*, Art.50 N.56; *Gautschi*, s.87; *Kırca*, s.666.

³²⁴ *Gautschi*, s.87

hukuki kurum da aynı değerdedir ve yarış içinde birbirine destek halindedir³²⁵. Bu alacaklardan her biri diğerinden bağımsızdır, kendi zamanaşımı süresine tabidir ve her iki alacağa ilişkin teminat ve def'i-itirazlar birbirinden bağımsız değerlendirilir. Bu alacak haklarının ortak noktası, her ikisinin de aynı borca yönelik olmasıdır³²⁶.

IV. Denkleştirme Alacağının Doğuşu ve Hesaplanması

A. Sorumluluk Oranları

Müteselsil borç ilişkisinde alacaklıya ödemede bulunan müteselsil borçlunun, kendi payından fazla ödemede bulunup bulunmadığı ve fazla ödemede bulunduyorsa bu durumun düzeltilebilmesi için, iç ilişkide borçlulara ait sorumluluk oranlarının belirlenmesi zorunludur. Bir başka ifadeyle denkleştirme ilişkisinde müteselsil sorumluların zarardan veya borçtan hangi paylarla sorumlu olması gerektiği, zararın nihai olarak dağıtılabilmesi için zorunludur. Bu oranlar esasen müteselsil borçlular arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir. Ancak borçlular arasındaki ilişkide buna ilişkin bir düzenleme kabul edilmemişse, sorumluluk oranları kanuna göre belirlenir.

³²⁵ Gauch/Schluep/Emmeneger, N.3746; Berger, s.847.

³²⁶ Yargıtay HGK 9.10.2013 tarih ve E. 2013/9-1559, K. 2013/1461 sayılı kararında "*Gerçekte de; halefiyet ve rücu, aynı amaca, zarar görenin (alacaklının) tatmin edilmesine yönelik birbiri ile, çok yakından ilgili iki hukuksal kurum olarak görülmektedir. Nitekim; her ikisinde de, başkalarına ait borcu yerine getiren kişinin, asıl borçluya karşı bir alacak elde etmesi ve bu hakka dayanarak borçludan bir istemde bulunması bu sonucu doğrulamaktadır.*" şeklinde rücu ve halefiyet arasındaki ilişkiyi ifade etmiştir (Karara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.02.2014).

1. Kararlaştırılmış Sorumluluk Oranları

Denkleştirme ilişkisinde her bir müteselsil borçlunun sorumluluğunun kapsamı TBK md.167/I'e göre, öncelikle borçlular arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir³²⁷. Bu durumda borçluların sorumluluklarının kapsamı tarafların anlaşmasına dayanmaktadır.

Müteselsil borçlular sorumluluk oranlarını serbestçe tespit edebilirler. Zira TBK md.167/I hükmü tamamlayıcı niteliktedir³²⁸. Bu durum, sözleşme içeriğinin serbestçe belirlenmesi prensibine de uygundur. Müteselsil borçlular iç ilişkide hangi oranda sorumlu olacaklarını kendi isteklerine göre, borcun doğmasından önce veya sonra belirleyebilirler. Tamamlayıcı nitelikteki sorumluluk oranları sonradan değiştirilebilir, fakat bunun için bütün müteselsil borçluların onayı gerekmektedir³²⁹.

Sorumluluk oranları eşit olmak zorunda değildir. Örneğin borçlulardan biri borcun tamamından sorumlu olabilir veya diğer borçlulara göre daha az oranda sorumlu olabilir.

2. Kanuna Göre Sorumluluk Oranları

2.1 TBK md.167'de Öngörölmüş Olan Oran

TBK md.167/I'e göre, aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Bu düzenleme ile kanuni bir karine öngörölmüş olmaktadır ve buna göre her bir borçlu borçtan eşit oranda

³²⁷ *Bucher*, s.496; *Guhl/Koller*, §6 N.20.

³²⁸ *Eren*, *Haftung*, s.430; *Keller*, II, s.184; *Keller/Schöbi*, s.19; *BeKomm/Becker*, Art.148 N.2; *Casanova*, s.62; *Eren*, s.1210; *Ayar/Engin*, s.1295.

³²⁹ *Gautschi*, s.88.

sorumludur³³⁰. Eşit paylarla sorumluluk ilkesi olarak nitelendirebileceğimiz bu karine İsviçre öğretisinde "Haftung nach Köpfen" olarak ifade edilmektedir³³¹. Bununla birlikte rücu alacağını ileri süren borçlu sadece ödemede bulunmuş olduğunu ispat etmek zorunda iken, sorumlu tutulan diğer borçlular, rücu alacağını ileri süren borçlunun iç ilişkiye veya kanunen öngörülmüş orana göre hiç ifade bulunmadığını veya daha az miktarda ifade bulunduğunu ispat etmek zorundadır³³². Bu durum TMK md.6'da yer alan ispat kuralı ile de aynı doğrultudadır.

Müteselsil borçlulardan birinin ödeme gücünün yokluğu durumunda, ödeme gücü olmayan borçluya düşen pay diğer borçlular arasında paylaşılacağı için, sorumluluk oranları da değişecektir. Zira TBK md.167/III'e (İBK md.148/III) göre, borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler. Bu hükme ilişkin olarak öğretilde iki farklı görüş yer almaktadır. İlkinde göre borçlulardan birinden alınamayan miktar diğer borçlular arasında eşit olarak paylaşılacak zorundadır³³³. Bizimde katıldığımız ikinci görüşe göre ise, borçlulardan birinden alınamayan miktar, diğer borçluların iç ilişkide paylarına göre paylaşılmalıdır³³⁴. Bir başka ifadeyle, tarafların anlaşmasına göre veya kanunen

³³⁰ UNIDROIT Principles 2010 Art.11.1.9'da da aksi öngörülmedikçe müteselsil borçluların eşit paylarla sorumlu olacakları öngörülmüştür.

³³¹ Weiss, s.124; Gautschi, s.89; Schwenger, N.88.29. İsviçre 2020 tasarısı md.204/I'de de eşit paylarla sorumluluk ilkesi öngörülmüştür. Bununla birlikte aksine anlaşma yapılabileceği de ifade edilmiştir (Furrer/Körner, Art.204 N.1)

³³² Gautschi, s.89.

³³³ von Tuhr/Escher, s.316; BeKomm/Becker, Art.148 N.5; Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.732; Reisoğlu, s.440; Hatemi/Gökyayla, s.339; Kapancı, s.535-536.

³³⁴ Keller/Schöbi, s.18; Bucher, s.497; Keller, II, s.184 vd.; Honsell, §11 N.30; Gauch/Schluep/Emmeneger, N.3741 vd.; Koller, §75 N.85; Schwenger, N.88.36; Fellmann, s.14; BaKomm/Heierli, Schnyder, Art.148 N.5; Akıntürk, s.222; Kirca, Yenilikler, s.38; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.320; Ayar/Engin, s.1304. Aynı yaklaşım BGB §426 ve UNIDROT Principles 2010 Art.11.1.13'de de benimsenmiştir. Bu doğrultuda İsviçre 2020 tasarısı Art.206'da açıkça

belirlenmiş olan sorumluluk paylarına göre paylaşılmalıdır. Zira borçlulardan birinin ödeme güçsüzlüğü riskinin, diğer borçlular tarafından borçluların iç ilişkide sorumlu oldukları oranlardan sapan bir şekilde üstlenilmesi, haklı değildir.

2.2 Diğer Kanuni Düzenlemeler

Denkleştirme ilişkisinde borçluların eşit paylarla sorumluluk ilkesinin aksi, tarafların buna ilişkin yapmış olduğu anlaşmayla kararlaştırılabilir veya kanunen öngörülebilir³³⁵. Eğer müteselsil borçlular sorumluluk oranlarına ilişkin bir anlaşma yapmamışsa, kanun tarafların denkleştirme ilişkisinde kural olarak eşit paylarla sorumlu olacakları prensibinden ayrılan bir çok hüküm öngörmüştür. Aşağıda bu hükümlerden bazıları ele alındıktan sonra, TBK md.62'de yer alan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenleme ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Bu doğrultuda aşağıda bazı münferit düzenlemeleri ele alacak olursak;

Bir motorlu aracın katıldığı kazada ortaya çıkan zarar KTK md.88/II'ye (SVG md.60/II) göre, sorumlular³³⁶ arasında olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaştırılır. Ayrıca özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaştırılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanırlar. Böylece bir motorlu aracın katıldığı kazada üçüncü kişinin zararından sorumlu olanlar arasındaki denkleştirmede ilk olarak kusur dikkate alınacak, ikincil olarak kazaya

müteselsil borçluların birinden alınmayan miktardan diğer borçluların paylarına göre sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

³³⁵ *Bucher*, s.496; *Gauch/Schluep/Emmeneger*, N.3739; *Huguenin*, N.2309.

³³⁶ Öğretide herhangi bir sorumluluk normuna göre zararı doğuran trafik kazasına katılan ve bundan sorumlu olan herkesin, KTK gereğince müteselsilen sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. Bu doğrultuda işleten ve teşebbüs sahibi dışında aracın sürücüsü, kazaya katılan bisiklet, motosiklet, tren, fayton, el veya at arabası sahibi veya işletenin müteselsil sorumlular arasında yer alabileceği belirtilmektedir (SVGKomm/*Giger*, Art.60 N.1; *Eren*, s.715).

katılan her bir aracın işletme tehlikesi dikkate alınacaktır³³⁷. Bu doğrultuda işletme tehlikesinin, işletenlerden biri nezdinde ön plana çıkması veya zarara sebebiyet veren işletenin çok hafif kusurlu olması halinde dikkate alınacağı ifade edilmektedir³³⁸.

Mirasçılarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğunda TMK md.681/III'e göre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, mirasçılardan her biri terekedeki borçları miras payı oranında ödemekle yükümlüdür.

Adi ortaklıkta TBK md.683/III gereği ortakların üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür. Bu durumda karineten ortakların kendi arasında sorumluluğu, zarara katılma payları oranında paylaşacağı kabul edilmektedir³³⁹.

TBK md.202/II hükmünde öngörülen malvarlığı veya işletmenin devrinde, devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu gereğince, devreden borcu ödemesi durumunda, denkleştirme ilişkisinde ödemiş olduğu borcun tamamını devralana rücu edebileceği kabul edilmektedir³⁴⁰.

2.3 TBK md.62 Kapsamında Denkleştirme

2.3.1 Eski BK'da Yer Alan Düzenleme

Haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zarardan müteselsilen sorumlu olan borçluların sorumluluk oranları, eBK zamanında sorumluluk sebebine göre farklı tespit edilmişti. Bu nedenle de TBK ile eBK hükümlerini ayrı ayrı ele almak

³³⁷ Strub, s.31; Eren, s.716.

³³⁸ BGE 99 II 95 vd. SVGKomm/Giger, Art.60 N.4. Yazar ayrıca kazaya katılan motorlu araçlardan birinin diğerine göre daha büyük olması halinde de işletme tehlikesinin dikkate alınacağını ifade etmektedir (SVGKomm/Giger, Art.60 N.5).

³³⁹ von Tuhr/Escher, s.312; Bucher, s.496; Weiss, s.125; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.315; Oğuzman/Öz, s.461.

³⁴⁰ Bucher, s.496; Gautschi, s.91; Schwenzer, N.88.35.

gerekmektedir. Tam teselsül olarak nitelendirilen eBK md.50'ye (İBK md.50) göre, eğer zarara ortak kusurla sebebiyet verilmişse (aynı hukuki sebepten sorumluluk) hakim zarara sebep olan her bir müteselsil borçlunun kusurunu dikkate alarak kendi takdirine göre zararı paylaştırmaktaydı³⁴¹. Bu durumda zararın borçlular arasında dağılımı hakimin takdirine tabi tutulmuştu. Ancak zararın ortaya çıkmasında farklı hukuki sebeplerin varlığı halinde durum değişmekte ve hakimin bu durumda tazminatın dağılımı için takdir yetkisini kullanırken kural olarak eksik teselsül olarak nitelendirilen eBK md.51'de yer alan sırayı dikkate alması gerekmekteydi. Bu noktada her ne kadar eBK md.51'de yer alan sıralama hakime yol gösterici mahiyette olsa da³⁴², söz konusu sıralamanın aksine kararlar verilmemekteydi³⁴³. Böylece hakim, zarar verenlerin birbirine karşı denkleştirme (rücu) alacağı olup olmadığını veya varsa hangi kapsamda olduğunu bu sıralamaya göre belirlemekteydi³⁴⁴.

³⁴¹ Keller, II, s.186; Eren, Haftung, s.415; BeKomm/Brehm, Art.50 N.58; BaKomm/Heierli, Schnyder, Art.50 N.17; Schwenger, N.88.31.

³⁴² Bu konuda da hakimin takdir yetkisi olduğuna ilişkin olarak bkz. Eren, Haftung, s.427; BeKomm/Brehm, Art.51 N.80 vd.; Rey, N.1509; Honsell, §11 N.33,35; Körner, N.72; Strub, s.20, 30; Schwenger, N.88.32; Casanova, s.135; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.709; Reisoğlu, s.208; Acar, s.341. Buz'a göre ise, eBK md.51'de yer alan sıralama ile hakime tanınan takdir yetkisinin içi boşaltılmıştır. İyimser bir yorumla, hakime "takdir yetkisini kullanma kılavuzu" sunulmuş; karamsar bir bakış açısından ise, hakime verilen talimat söz konusu takdir yetkisini adeta "bağlı yetkiye" dönüştürmüştür (Buz, s.11).

³⁴³ Federal mahkemenin nadiren de olsa bu kuraldan sapan kararlarına ilişkin olarak bkz. BeKomm/Brehm, Art.51 N.80b.

³⁴⁴ Eski BK md.51'de yer alan sıralamayı adeta mutlak bir kural olarak kabul eden Yargıtay kararlarına ilişkin olarak bkz. HGK 9.10.2013 tarih ve E.2013/9-1559, K.2013/1461; HGK 3.2.2010 tarih ve E.2010/10-20, K. 2010/58; 4. HD. 29.9.2009 tarih ve E.2009/3099, K. 2009/10393; 11. HD. 28.6.2004 tarih ve E. 2003/13105, K. 2004/7164; 3. HD. 17.5.2004 tarih ve E. 2004/4484, K. 2004/5158; 4. HD. 9.3.2000 tarih ve E. 2000/2057, K. 2000/2245. Bu konuda hakimin takdir hakkı olduğuna ilişkin kararlar için bkz. 4. HD. 9.3.2006 tarih ve E. 2005/3456, K. 2006/2379; 4. HD. 10.3.2003 tarih ve E. 2002/12239, K. 2003/2488; 4. HD. 15.1.2002 tarih ve E. 2001/9306, K. 2002/362 (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.02.2014).

Söz konusu sıralama kusur sorumluluğu üzerine inşa edilmişti³⁴⁵. Zira bu sıralamaya göre (haksız fiil-sözleşme-kusursuz sorumluluk) zarar nihai olarak kusur sorumlusu üzerinde kalıyordu. Böylece burada sorumluluk kategorileri arasında bir hiyerarşi öngörülmüştü. Bu sıralamada her bir sorumluluk kategorisinin sınıflandırılması sorumluluk sebebine göre yapılmıştı ve burada tamamen şekli bir kriter esas alınmıştı.

Eski BK md.51 (İBK md.51) kapsamında söz konusu olan sorumluluk hiyerarşisinin en tepesinde eBK md.41 vd. anlamında haksız fiil sorumluluğu ve ek kusurun söz konusu olduğu kusursuz sorumluluk türleri bulunmaktaydı³⁴⁶. İkinci basamakta ise sözleşmeye dayanan sorumluluk kategorisi yer almaktaydı. Bu durum kanunda açıkça ifade edilmemiş olsa da, ilk ve son basamağın belirtilmiş olmasıyla dolaylı olarak bu sonuca varılmaktaydı. Sözleşmesel sorumluluk kapsamında ise, eBK md.96 vd. anlamında kusurlu olarak sözleşmenin ihlali, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk, zararın sözleşmeyle üstlenilmiş olduğu hallerin (örneğin garanti sözleşmesi, sigorta sözleşmesi³⁴⁷ gibi) yer aldığı kabul ediliyordu³⁴⁸. Üçüncü

³⁴⁵ Casanova, s.136.

³⁴⁶ BeKomm/Brehm, Art.51 N.52 vd.; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.51 N.14; Casanova, s.143; Körner, N.150.

³⁴⁷ Sigortacının sorumluluğunun eBK md.51 (İBK md.51) kapsamında ikinci basamakta konumlandırılmasının doğru olmadığı, zira sigortacının sorumluluk hukuku anlamında tazminat ödemekten sorumlu olmadığı, bilakis sigorta sözleşmesinden doğan borcunu ifa ettiğine ilişkin olarak bkz. Casanova, s.145 vd.; Strub, s.73 vd.; Kapancı, s.413.

³⁴⁸ BeKomm/Brehm, Art.51 N.52 vd; Koller, §75 N.162; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.51 N.15; Casanova, s.144. Ne haksız fiil ne de sözleşme sorumluluğu kategorisinde yer alan güven sorumluluğunun, eBK md.51 kapsamındaki sorumluluk piramidinde hangi basamakta yer alacağına ilişkin öğretilerde farklı görüşler yer almaktadır. Bazı yazarlarca güven sorumluluğu ikinci basamakta yer almalıyken (BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.51 N.15) aksi görüşte olan yazarlara göre güven sorumluluğu sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu arasında bir yerde yer aldığından dolayı sorumluluk piramidinde herhangi bir basamağa konumlandırılamaz, bu durumu hakim takdir etmelidir (Casanova, s.150 vd.).

basamakta ise olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu³⁴⁹ olarak genel anlamda iki başlıkta ele alınan kusursuz sorumluluk türleri yer almaktaydı³⁵⁰. Bu noktada eBK md.51 hükmünün lafzında doğrudan kusursuz sorumluluk ifadesi yer almamakta, kanun gereği sorumlu olanlar ifadesi yer almaktaydı. Haklı olarak bu husus öğretilde eleştirilmekte ve esasen kusur sorumluluğunun da kanuna dayanan bir sorumluluk olduğu (örneğin eBK md.41) ifade edilmekteydi³⁵¹. Ancak belirtmek gerekir ki, üçüncü basamak için belirleyici olan husus kusurun olmamasıydı. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi birbirinden bağımsız olarak ve fakat aynı hukuki sebepten (örneğin haksız fiil veya sözleşme) sorumlu olanlar arasında da eBK md.51 kapsamında eksik teselsül olduğu kabul edilmekteydi. Bu durumda örneğin biri olağan sebep sorumlusu diğeri tehlike sorumlusu iki kişi arasında rüçunun nasıl yapılacağı noktasında, eBK md.51'in md.50'e yapmış olduğu atıf nedeniyle rüçunun hakimnin takdirine tabi olduğu kabul edilmekteydi³⁵².

Eski BK md.51'de öngörülmüş olan bu sıralamanın neden öngörülmüş olduğunu anlamak adına mehzaz kanun İBK md.51'in kanuna giriş sürecine bakmanın yararlı olacağı kanaatindeyiz. Söz konusu normun İBK'a alınmasına ve bu tarz bir sorumluluk piramidi öngörülmesine Federal Mahkemenin "*Leiterhakenfall*" (merdiven

³⁴⁹ Yargıtay HGK 22.2.2012 tarih ve E. 2011/17-787, K. 2012/92 sayılı kararında "*Hemen belirtmelidir ki, işletenin sorumluluğu hukuki nitelikçe tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunmakla, işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen zorunlu sigortacının 91.maddede düzenlenen sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Öyle ise, hem işleten hem de sigortacının sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğundan, uyumsuzluğun bu çerçevede ele alınıp, çözümlenmesi gerekmektedir.*" şeklinde belirlemede bulunarak mali sorumluluk sigortasında sigortacıyı tehlike sorumlusu olarak kabul etmiştir (Karara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.02.2014).

³⁵⁰ BeKomm/Brehm, Art.51 N.73 vd.; Casanova, s.148.

³⁵¹ BeKomm/Brehm, Art.51 N.73.

³⁵² BeKomm/Brehm, Art.51 N.95 vd.; Casanova, s.149.

kancası kararı) olarak adlandırılan kararı³⁵³ sebep olmuştur. Karara konu olayda evin çatısını tamir ettirmek isteyen ev sahibi, tamiri yapan işçinin ölümüne yol açan bir kazaya uğraması sonucunda, tamircinin geride kalan yakınlarının tazminat talepleri ile karşılaşmıştır. Tazminat talepleri yapı malikinin sorumluluğuna (*Werkeigentümerhaftung*) dayandırılmıştır. Tamirci sigortalı olması rağmen, sigorta şirketi ile davacının anlaşması sonucu davacı sadece yapı malikinden talepte bulunmuş ve mahkemece yapı malikinin sorumluluğuna karar verilmiştir. Bununla birlikte olayda sigortacının da varlığı nedeniyle bu karardan sonra parlamento tartışmalarında sigortacıya rücu konusu ele alınmıştır. Olayda işverenin işçiyi sigortalatmasına rağmen ev sahibinin yapı maliki olarak tazminatı ödemek zorunda kalması ve sigortacının sorumluluktan kurtulması, hakkaniyete aykırı bulunmuştur. Bu tartışmalar sonucunda kusursuz sorumlunun (yapı malikinin sorumluluğu) sözleşmeye dayalı sorumluya (sigortacı) ve haksız fiil sorumlusuna rücu edebileceği bir sıralama öngören İBK md.51 kanuna dahil edilmiştir³⁵⁴.

Bu tür bir sıralama öngörülmesinin amacı bir rücu düzeni yaratmak ve bu düzenin asıl amacı da diğer sorumluların varlığı halinde kusursuz sorumluyu borçtan kurtarmaktır. Böylece de sigortacının (sözleşmeye dayalı sorumlunun) kusursuz sorumluya rücu etmesi önlenmek istenmiştir.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında, farklı sebeplerden sorumlu olanlar arasında söz konusu olan denkleştirme ilişkisinde, haksız fiil sorumlusu sözleşme veya kusursuz sorumluya rücu edemezken, sözleşme sorumlusu sadece

³⁵³ BGE 35 II 238 vd.

³⁵⁴ Leiterhakenfall kararı hakkında ayrıntılı açıklama ve İBK md.51'in kanuna dahil edilmesine ilişkin olarak bkz. *Casanova*, s.73 vd.; *Strub*, s.34 vd.

haksız fiil sorumlusuna rücu edebilmektedir³⁵⁵. Kusursuz sorumlu ise hem sözleşme hem de haksız fiil sorumlusuna rücu edebilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bir basamaktan diğer basamağa yapılan rücu kural olarak tam kapsamlı olarak yapılmaktaydı. Örneğin dış ilişkide zarar görene sözleşme sorumlusu ödemedede bulunmuşsa, ödemiş olduğu tazminatın tamamını haksız fiil sorumlusuna rücu edebilmektedir. Böylece haksız fiil sorumlusu sanki tek başına sorumluymuş gibi kural olarak tazminatın tamamını üstlenmiş olmaktadır³⁵⁶. Ancak somut olayda tazminattan indirim sebepleri varsa veya dış ilişkide dikkate alınmayan bireysel indirim sebepleri varsa, bunların ileri sürülmesiyle rücu alacağı azaltılabiliyordu. Öte yandan zararı sorumlular arasında paylaşmak yani rücunun tam kapsamlı olmamasını hakim takdir edebilirdi.

Sorumluluk türleri arasında bu şekilde bir ayırım yapılması ve bu doğrultuda üst basamakta yer alan sorumlunun kural olarak zararın tamamından sorumlu olması, denkleştirmenin mantığına ters düşmekteydi. Zira daha önce de açıklamış olduğumuz gibi, iç ilişkide müteselsilen sorumlular arasında zararın denkleştirilmesi kuraldı. Ancak eBK md.51 zararın paylaşılmasına yönelik değil, bir sorumluluk düzeni kurmaya yönelikti. Bu haliyle de rücunun, iç ilişkide sorumlu olduğu paydan fazlasını alacaklıya ödeyen borçlunun bu fazla kısmı, paylarına göre diğer borçlulara yükleyebilmesi mantığına ters düşmekteydi. Öte yandan eBK md.51 kapsamında belirleyici olan kusurdu. Kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasında bir kural-istisna ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak sorumluluk hukukunda

³⁵⁵ Sigortacının sorumluluğunun ikinci basamakta konumlandırılmasına bağlı olarak, sigortacının sadece haksız fiil sorumlusuna rücu edebileceği kabul edilmektedir. Oysa olması gereken hukuk bakımından bunun yanlış olduğu, sigortacının bütün sorumlulara rücu edebilmesi gerektiği ifade edilmektedir (*Casanova*, s.184 vd.).

³⁵⁶ *Casanova*, s.153.

yaşanan gelişmeler sonucunda, sorumluluk prensibi olarak kusur önemini kaybetmiştir³⁵⁷. Bu durum ise eBK md.51'de yer alan sorumluluk piramidinde dikkate alınmamaktaydı³⁵⁸. Oysa modern sorumluluk hukukunda özellikle tehlike sorumluluğu bağlamında, kusursuz sorumluluk türleri dikkate alınmaktadır. Teknolojik gelişmeler ışığında tehlike içeren bazı faaliyetler zarara sebep olmaktadır. Bu faaliyetler toplumsal olarak istenmekte ve bu nedenle yasaklanmamaktadır. Bu faaliyetlerin yol açabileceği büyük zararlar da bu anlamda göze alınmış olmaktadır. Bu göze alma durumu ise bu faaliyetlerde bulunanların kusursuz olarak sorumlu tutulması ile dengelenmektedir. TBK md.71 ile bir adım daha ileri gidilerek genel tehlike sorumluluğu yasal bir temele kavuşturulmuştur. Bu durumda göstermektedir ki, eBK md.51 hükmü modern sorumluluk hukukuna ters düşmekteydi. Zira tehlikeli bir faaliyeti gereği sorumlu olan kişilerle kusurdan sorumlu olan kişiler bir arada bulunduğu bütün zararı kusurlu sorumlu taşımaktaydı³⁵⁹. Oysa haksız fiil sorumlusu tesadüfi sebeplerle zarara sebep olabilirken, tehlike sorumlusunun yürüttüğü faaliyet gereği ortaya çıkabilecek zarar riskleri çoğunlukla önceden öngörülebilmektedir.

Diğer taraftan kusurun hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğunun şartlarından biri olması itibariyle³⁶⁰, eBK md.51'de yer alan rücu düzeninde kusurun

³⁵⁷ Aksi görüşe göre ise, sorumluluk hukuku sistemimiz, eskiden olduğu gibi yine kusur esasına dayanmaktadır (*Kapancı*, s.528).

³⁵⁸ BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.51 N.11; Casanova, s.156; Strub, s.88 vd.; Kırca, s.665 vd.

³⁵⁹ Kırca, s.666.

³⁶⁰ Aksi görüşe göre ise, sözleşme ile sorumlu olan kişinin kusurlu davranışı haksız fiil sorumlusuna göre daha az şiddetle takdir edilir (*Kapancı*, s.526).

belirleyici olması bir diğer ifadeyle kusur kriterinin dikkate alınması elverişli değildi³⁶¹.

Sonuç olarak yukarıda yapmış olduğumuz eleştiriler ışığında eBK md.51 hükmü değiştirilmeye muhtaçtı. TBK ile bu hüküm kaldırılmış ve md.62 ile modern hukukunun gereklerini de göz önüne alan isabetli bir hüküm getirilmiştir.

2.3.2 TBK'da yer alan Düzenleme

2.3.2.1 Genel Olarak

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi TBK ile eksik teselsül- tam teselsül ayrımı kaldırılmış ve bu doğrultuda borçlular arasındaki iç ilişkiye yönelik eski sistemde var olan ikili yapı da isabetli bir biçimde ortadan kaldırılmış bulunmaktadır³⁶². Bu durum TBK md.61'de, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır, şeklinde ifade edilmiştir. Bu değişiklik paralel olarak, eBK md.51'de yer alan sıralama da kaldırılmıştır³⁶³. Tarafların nihai olarak zararın hangi kısmına katlanacağı ise TBK

³⁶¹ Aksi görüş için bkz. *Kılıçoğlu*, Sorumluluk, s.171; *Kapancı*, s.526 vd. Yazara göre, bir başkasına kusurlu bir hareketle (haksız fiil) zarar verilmesi kınanması gereken bir davranışken, kusursuz sorumlu olan kişinin sorumluluğu onun iradesine değil kanuna dayandığı için, bu kişinin kınanacak bir fiili bulunmamaktadır. Sistem dahilinde kusursuz sorumluluk sebepleri zarar gören için fazladan teminat vazifesi görür. Aynı doğrultuda bkz. *Nomer*, Haksız Fiiller, s.59.

³⁶² Aksi görüşe göre ise, her ne kadar TBK md.62 ile eskiden var olan ikili yapı ortadan kaldırılmış olsa da, söz konusu hükmün uygulanmasında yine de teorik bir ayrım yapılmalıdır (*Kapancı*, s.523). *Nomer*'e göre ise, her ne kadar eBK md.51'de yer alan sıralama kaldırılmış olsa da sistem de bir değişiklik olmamıştır (*Nomer*, Haksız Fiiller, s.60).

³⁶³ Eski BK md.51'de yer alan sıralamanın kaldırılmasının doğru olmadığına ilişkin olarak bkz. *Kılıçoğlu*, Sorumluluk, s.171. Yazara göre, TBK md.62'de yer alan "kusur" ve "yaratılan tehlikenin yoğunluğu" kriterleri tam teselsül için doğrudur. Ancak değişik hukuksal nedenlere dayanan sorumlulukta bu ölçü tek başına yeterli değildir. Bu tür sorumluluklarda rücu, kusur ve yaratılan tehlikenin yoğunluğuna değil, eBK md.51'de olduğu gibi bir sıraya tabi tutulmalıdır. Bu doğrultuda

md.62'de düzenlenmiştir. Buna göre, tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Burada bir anlamda eBK döneminde tarafların ortak kusurla zarara sebebiyet vermeleri halinde hakimin zararın dağılımını nasıl yapacağına ilişkin kuralla paralel bir durum söz konusudur. Zira aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olunması halinde, eBK md.51'de olduğu şekilde sorumluluk sebeplerine göre hakime yol gösterici bir rücu düzeni artık söz konusu değildir.

TBK md.62 hükmü İsviçre Ön Tasarısı md.53c'den alınmıştır. Ön Tasarıda "karakteristik riskin yoğunluğu" ifadesi TBK md.62'de "yarattıkları tehlikenin yoğunluğu"³⁶⁴ olarak ifade edilmiştir³⁶⁵.

TBK md.62 hükmü ile eBK md.51 kapsamındaki sorumluluk düzeni bırakılmış ve rücu hakimin takdirine tabi tutulmuştur. Bu doğrultuda rücu bütün durum ve koşullar dikkate alınarak her bir borçlunun payı oranında gerçekleşecektir. Bu noktada da belirleyici kriter olan kusur ve tehlike ilkesi eş değer kriterler olarak ele alınacaktır³⁶⁶. Öte yandan TBK md.62/II'de kendi payından fazla ödemede bulunan

yazar eBK md.51'de yer alan son derece mantıklı ve hakkaniyete uygun sıralama varken, bunun kaldırılıp rücu hakkı konusunu hakimin takdirine bırakılmasının hakimin işinin ağırlaştırılması sonucunu doğuracağını ifade etmektedir (*Kılıçoğlu*, Sorumluluk, s.171 vd.). Aynı doğrultuda bkz. *Kapancı*, s.527 vd.

³⁶⁴ Öğretide "tehlikenin yoğunluğu" ifadesinin hukuksal ifade olmaktan uzak ve anlamının belirsiz olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte bu durumun yargısal ve bilimsel içtihat kültürünün gelişmesine, sorumluluk türlerinde paylaşım eğilimlerine açık kapı oluşturmakla, yararlı gözükebileceği belirtilmektedir (*Acar*, s.345).

³⁶⁵ Bu noktada belirtmek gerekir ki, yine İsviçre Ön Tasarısından alınmış olan, tehlike sorumluluğunu düzenleyen TBK md.71 hükmünde de isabetsiz bir biçimde karakteristik risk ifadesi yer almamaktadır.

³⁶⁶ Aksi görüş için bkz. *Eren*, s.824 vd.; *Nomer*, Haksız Fiiller, s.59.

borçluya rücu alacağı yanında halefiyet alacağı da tanınmıştır³⁶⁷. Böylece rücu halefiyet ile tamamlanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, TBK md.62 hükmü ile eski sistemde bazı sorumlulara ayrıcalık tanıyan düzenlemeye son verilmesi isabetli olmuştur. Zira yeni hükümle birlikte zarar sorumluluk sebeplerinin sınıflandırılmasına göre değil, bütün sebepler dikkate alınarak paylaştırılacaktır. Bu doğrultuda zarara sebep olanların, ortak kusurları hareket ettikleri veya zararın ortaya çıkmasında farklı hukuki sebeplerin mi söz konusu olduğu ayrımı artık önem arz etmemektedir.

Bu doğrultuda aşağıda TBK md.62 kapsamında denkleştirmeyi ele almadan önce kısaca Almanya ve İsviçre hukuku ile bir karşılaştırma yapıp, ardından mevcut sistemde hakimin denkleştirmede takdir hakkını nasıl kullanması gerektiği ele alınacaktır. Bu kapsamda ayrı bir başlık altında sigortacının dahil olduğu durumlarda denkleştirmeye de değinilecektir.

2.3.2.2 Alman ve İsviçre Hukuku İle Karşılaştırma

2.3.2.2.1 Alman Hukuku

Alman hukukunda müteselsil borca³⁶⁸ ilişkin temel düzenleme BGB § 421 vd. da yer almaktadır. Bu noktada İsviçre/Türk hukuku ile paralel olarak alacaklı kendi seçimine göre her bir borçludan kural olarak borcun tamamının ifasını talep edebilmektedir. Müteselsil borcun sorumluluk hukukunda düzenlenişi ise BGB § 840'da yer almaktadır. Burada sorumluluk sebebinin kusur veya tehlike sorumluluğu olmasından bağımsız olarak haksız fiilden dolayı meydana gelen zarardan birden çok

³⁶⁷ TBK md.168/I hükmü varken, ayrıca bu hükmün TBK md.62/II'de tekrarlanmasının gereksiz olduğuna ilişkin olarak bkz. *Kılıçoğlu*, Sorumluluk, s.172; *Kırca*, s.667.

³⁶⁸ BGB'de İBK'dan farklı olarak müteselsil borç için "*Gesamtschuld*" kavramı kullanılmaktadır.

kişinin müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür³⁶⁹. Müteselsil borçlular arasındaki ilişki ise esasen BGB § 426'da yer almaktadır. Bu hükümde hem rücu yükümlülüğü hem de halefiyet düzenlenmiştir. Bir diğer ifadeyle, alacaklıya ödemede bulunan borçluya ödemiş olduğu fazla kısım için İsviçre/Türk hukukunda olduğu gibi iki yol öngörülmüştür³⁷⁰. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda İsviçre/Türk hukukundan farklı olarak rücu kavramı yerine (*Regress/Rückgriff*) denkleştirme (*Ausgleich*) kavramı kullanılmaktadır. Kanaatimizce de isabetli olan kavram denkleştirmedir. Zira daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi esasında müteselsil borçluların kendi aralarındaki ilişkide söz konusu olan, tazminatın kendi payından fazlasını ödeyen kişinin, bu fazla kısmı diğer borçlulardan talep etmesi bir diğer anlamda tazminatın denkleştirilmesidir.

BGB § 426 hükmüne göre aksi kararlaştırılmadığı sürece borçlular eşit paylarla sorumludur. İkinci fıkrada ise alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlunun diğer borçlulardan denkleştirme talep edebileceği ve alacaklının alacağının bu borçluya geçeceği düzenlenmiştir.

Denkleştirme alacağı İsviçre/Türk hukukundan farklı olarak müteselsil borç ilişkisinin kurulduğu anda doğmaktadır ve zamanaşımı da bu anda işlemeye başlamaktadır³⁷¹. Zira Alman hukukunda İsviçre/Türk hukukundan farklı olarak, müteselsil borçlular arasında katılım/işbirliği talebinin (*Mitwirkungsanspruch*) - ifaya katılma yükümlülüğünün (*Mitwirkungspflicht*³⁷²) varlığı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda her bir borçlunun diğer borçlulardan bu ifayı kendisiyle birlikte iç ilişkide

³⁶⁹ MünchKomm/Wagner, §840 N.4; Strub, s.42-43.

³⁷⁰ MünchKomm/Bydlinski, §426 N.1.

³⁷¹ MünchKomm/Bydlinski, §426 N.12; BGH WM 2007, 2289.

³⁷² BGB §426/T'den bu tarz bir yükümlülüğün çıkarılmasının isabetli olmadığına ilişkin olarak bkz. Altay, s.402, dpn.19'da yer alan yazarlar.

kendisine düşen pay oranında gerçekleştirerek, kendisinin payını aşan oranda ifade bulunmak zorunda bırakılmamasına yönelik talebi, borçtan kurtarılma talebi (*Befreiungsanspruch*) olarak adlandırılmaktadır³⁷³. Alacaklı tarafından kendisinden talepte bulunulan borçlu, katılım hakkı sayesinde diğer borçlulardan alacaklının tatmin edilmesine katılmalarını talep eder³⁷⁴. Alman hukukunda denkleştirme alacağı sadece rücu alacağını değil, katılım talebini de kapsadığı için ve katılım talebi müteselsil borç ilişkisi kurulduğu anda var olduğu için, denkleştirme alacağının müteselsil borç ilişkisinin kurulduğu anda doğduğu kabul edilmektedir³⁷⁵. Müteselsil borcun kurulması ile var olan katılım talebi, borçlulardan birinin alacaklıya ödemedede bulunması ile rücu/denkletirme talebine dönüşmektedir³⁷⁶.

*Altay'a göre*³⁷⁷, İsviçre/Türk hukukunda da TBK md.167 (İBK md.148) hükmünden yola çıkılarak ve müteselsil borçlular arasında borcun doğumuyla birlikte oluşan iç ilişkinin varlığı da göz önüne alınarak, borçluların birbirlerine karşı, borç muaccel olduğunda alacaklıya yapılacak ifaya iç ilişkideki payları oranında katılmakla ve bu oranda birbirlerini borçtan kurtarmakla yükümlü oldukları, bunu yapmayan müteselsil borçlunun alacaklıya karşı tek başına kalan ve payından fazla ifade bulunan ya da bulunamadığı için zarara uğrayan borçlunun uğradığı tüm zararları borca aykırılık hükümlerine göre tazmin etmekle yükümlü olduğu sonucuna varılmalıdır. Yazara göre bu sonuç, müteselsil borcun doğrudan kapsamına girmediği için diğer borçlulardan talep edilip edilemeyeceği tereddütlü olan tazminat ve ifa masraflarının da rücu aşamasında diğer borçlulardan istenebilmesine de imkan sağlayacaktır.

³⁷³ *Altay*, s.402.

³⁷⁴ *Casanova*, s.179; *Altay*, s.401.

³⁷⁵ *MünchKomm/Bydlinski*, §426 N.12.

³⁷⁶ *MünchKomm/Bydlinski*, §426 N.12.

³⁷⁷ *Altay*, s.411.

Kanaatimizce yazarın Alman hukukundan esinlenerek İsviçre/Türk hukuku açısından varmış olduğu bu görüşe TBK md.167 hükmünün açık lafzı karşısında katılmak pek mümkün değildir. Alman hukukunda BGB § 426/I cümle 1³⁷⁸’in yorumundan çıkarılan ifaya katılma yükümlülüğü her ne kadar kanunda açıkça yazmasa da, buna engel olacak bir ifade de yer almamaktadır. Oysa TBK md.167/II hükmünde, müteselsil borçlarda, sadece payından fazla ödemede bulunan borçlunun iç ilişkide ödediği bu fazla kısım için diğer borçlulara başvurabileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık alacaklıya ödemede bulunulmadan önceki safhada, alacaklının kendisinden talepte bulunması durumunda diğer borçlulara karşı borcun ifasına katılma talebi düzenlenmemiştir. Bu çerçevede, kanımızca, İsviçre/Türk hukukunda denkleştirme alacağının, Alman hukukunda kabul edildiği şekliyle, müteselsil borcun kurulması ile borcun ifasına katılım talebi şeklinde ortaya çıkan ve borçlulardan birinin alacaklıya ödemede bulunması ile rücu talebine dönüşen türden bir talep hakkı olduğu da kabul edilemeyecektir.

BGB § 840/II ve III, § 426’da yer alan iç ilişkide eşit paylaşım ilkesinin istisnalarından birini teşkil etmektedir. Zira buna göre, eğer iç ilişkide ispatlanmış veya karineten var olan kusur durumunda tehlike sorumlusu zararı taşımamaktadır. Bir başka ifadeyle iç ilişkide tehlike sorumlusu veya karineten kusurlu sayılan kişi, kusuru ispatlanmış kişiye karşı ayrıcalıklı durumdadır³⁷⁹. Zira nihai olarak zararın tamamı kusuru ispatlanmış sorumlu üzerinde kalmaktadır. Bu durum İsviçre hukuku ve eBK sistemi ile bir anlamda örtüşmektedir. Zira İsviçre hukukunda da kural olarak iç ilişkide haksız fiil sorumlusu kusursuz sorumludan önce zarardan sorumlu

³⁷⁸ Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

³⁷⁹ MünchKomm/Wagner, §840 N.16.

tutulmaktadır. Böylece öğretide³⁸⁰ BGB § 840/II ve III'de yer alan rücu düzeninin kısmen İBK md.51'de yer alan sorumluluk piramidine benzerlik gösterdiği ifade edilmektedir.

2.3.2.2.2 İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunu ele aldığımızda ise, halihazırda mevcut olan hükümler eBK hükümlerinin mehası olduğu için, çalışmamız kapsamında eBK hükümlerini ele aldığımız her durumda İBK hükümlerini de ele almaya çalıştık. Bu nedenle tekrara düşmemek için mevcut İBK hükümlerini değil, İsviçre 2020 tasarısını ele almanın yerinde olacağı kanaatindeyiz.

İsviçre BK 2020 tasarısı md.204'de müteselsil borçlular arasındaki ilişki düzenlenmiştir. Bu hükme göre, müteselsil borçlular arasındaki ilişkiden aksi anlaşılmadıkça alacaklıya yapılan ödemeden her bir borçlu eşit paylarla sorumludur. Maddi tazminatta ise her bir borçlunun payının somut durumun şartları ve her birinin yükümlülük ihlalinin ağırlığına göre belirleneceği öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme ile İBK md.51/II'de yer alan rücu düzeni de kaldırılmış, yerine her bir borçlunun zarardan sorumlu olacağı payın somut durumun şartları ve her birinin yükümlülük ihlalinin ağırlığına göre belirleneceği öngörülmüştür. Böylece farklı sorumluluk sebepleri eş değerde görülmüş ve artık kusurun belirleyici olması ilkesinden vazgeçilmiştir³⁸¹.

İsviçre BK 2020 tasarısı md.205'te ise rücu yer almaktadır. Bu hükme göre, müteselsil borçlulardan biri kendi payından fazla ödemede bulunursa, fazla kısım için diğer borçlulara rücu hakkına sahiptir. Hükümün ikinci fıkrasında, rücu hakkına sahip

³⁸⁰ Casanova, s.179-180.

³⁸¹ Furrer/Körner, Art.204 N.2 vd.

olan borçlunun alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde onun haklarına halef olacağı öngörülmüştür. Hükümün üçüncü fıkrasında, alacaklı ve rücu hakkına sahip olan borçlunun, müteselsil borçlulardan birinin durumunu diğerlerinin aleyhine iyileştiremeyeceği öngörülmüştür. Son olarak dördüncü fıkra ise, bir müteselsil borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'i ve itirazları, rücu hakkı olan borçluya karşı da ileri sürebileceği düzenlenmiştir.

Böylece 2020 tasarısı ile İsviçre hukukunda var olan müteselsil sorumluluk hakkında önemli değişiklikler yapılmıştır. Yukarıda ele almış olduğumuz Tasarı kapsamında müteselsil borçluların kendi aralarındaki ilişki bakımından Türk hukuku ile bir ölçüde paralellik bulunmaktadır. Zira her iki hukuki sistem bakımından da en önemli değişiklik İBK md.51'de (eBK md.51) yer alan hiyerarşinin kaldırılmasıdır. Bir diğer önemli husus ise, eksik - tam teselsül ayrımının kaldırılmasına bağlı olarak halefiyetin müteselsil sorumluluğun bütün hallerinde kabul edilmesidir.

2.3.2.3 TBK md.62 Kapsamında Hakimin Takdir Hakkını Kullanması Meselesi

Daha öncede de belirtmiş olduğumuz gibi TBK ile eBK md.51'de yer alan sıralama kaldırılmış ve müteselsil sorumlular arasında rücunun nasıl yapılacağı hakimin takdirine tabi tutulmuştur. Her ne kadar hükmün lafzında açıkça hakim takdir eder gibi bir ifade yer almasa da, zımnen bu sonuca varılmaktadır. Peki hakim müteselsil borçlular arasında zararın dağılımını³⁸² yani alacaklının talep ettiği tazminatın dağılımını nasıl yapacaktır? Bir diğer anlatımla hakim takdir hakkını nasıl kullanacaktır?

³⁸² Belirtmek gerekir ki, hakim zararın kimin üzerinde kalacağını değil, zararın nasıl/hangi oranda paylaşılabileceğini takdir etmelidir. Bir diğer anlatımla hiçbir şart altında müteselsil sorumlulardan biri iç ilişkide tamamen sorumluluktan kurtarılmamalıdır. Aynı doğrultuda bkz. *Oğuzman/Öz*, s.290.

Bu noktada kanaatimizce somut olayda yer alabilecek sorumluluk türlerine göre olay gruplarından hareket edilmesi yerinde olacaktır. Zira hakimin dikkate alması gereken ilk husus sorumlu kişilerin, sorumluluk sebeplerini tespit etmek olmalıdır. Bu doğrultuda aşağıda birden çok kusur sorumlusu, birden çok kusursuz sorumlu ve kusur ve kusursuz sorumlunun birlikte yer aldığı olay grupları ele alınacaktır.

2.3.2.3.1 Birden Çok Kusur Sorumlusunun Varlığında Rücu

Kusur sorumlusu dediğimizde yani kusurun, sorumluluğun şartlarından biri olduğu hallerde haksız fiil, sözleşme ve güven sorumluluğu akla gelmektedir. Bu sorumluluk sebepleri gereğince sorumlu olan birden çok kişinin müteselsil sorumluluğunda (örneğin birden çok haksız fiil sorumlusu veya sözleşme ve haksız fiil sorumlusu gibi) hakimin temel alacağı ilk kriter kusurun ağırlığıdır³⁸³. Zira TBK md.62'de müteselsil sorumlulardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığının göz önünde tutulacağı ifade edilmektedir. Ancak sözleşmesel sorumluluk bakımından kusurun ağırlığını tespit etmek haksız fiildeki kadar kolay olmayabilir. Zira sözleşmesel sorumlulukta, sorumlu olan kişi kusursuz olduğunu ispat etmedikçe sorumlu tutulduğu için, kusurun ağırlığını tespit etmek kolay olmayacaktır. Bu durumda, yani her bir sorumluya isnat edilen kusurun ağırlığının açıkça tespit edilemediği durumlarda, kanaatimizce hakim sorumluluk paylarını eşit takdir etmelidir³⁸⁴.

³⁸³ Bu noktada belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda İsviçre/Türk hukukundan farklı olarak, tazminatın hesaplanmasında sorumlu kişinin kusurunun ağırlığı dikkate alınmamaktadır. Bir diğer anlatımla, kusurun derecesi tazminattan indirim yol açmamaktadır. Bu durumun "*Alles oder Nichts*" prensibinin sonucu olduğu ifade edilmektedir (Rey, N.396; Honsell, §1 N.70; Körner, N.239).

³⁸⁴ Birden çok sözleşmesel sorumlu arasında eşit paylaşım yapılmasına yönelik olarak bkz. BeKomm/Brehm, Art.51 N.107.

Kusurun ağırlığının tespit edilebildiği hallerde ise (ağır, orta, hafif) hakim sorumluluk paylarını somut durumun bütün şartlarını da göz önünde tutarak takdir edecektir. Bir diğer anlatımla kusur dereceleri farklı ise, hakim kusur derecelerini ve somut olayın diğer şartlarını da dikkate alarak denkleştirme yapmalıdır³⁸⁵. Bu durumda da somut durumun şartları aksini gerektirmediği sürece her bir sorumluluk derecesine belirli bir yüzde vererek zarar sorumlular arasında paylaştırılabilir. Örneğin ağır kusur ve hafif kusur halinde %70 -%30, ağır kusur ve orta kusur halinde %60 - %40 şeklinde bir dağılım yapılabilir. Her ne kadar kusurun matematiksel dağılımı hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilse de, belirli bir uygulamayı yerleştirmek adına bir ölçüde buna yer vermenin yanlış olmayacağı kanaatindeyiz.

Kanun gereğince yani kusursuz olarak sorumlu tutulan kişiye aynı zamanda kusur da isnat edilebiliyorsa, bu durumda söz konusu sorumlu kusur sorumlusu olarak değerlendirilmelidir. Örneğin motorlu araç işleteninin ve motorlu aracı kullanan kişinin sorumlu tutulduğu kazada işleten KTK gereğince kusursuz, aracı kullanan ise (gerekli şartların var olduğu kabul edilerek) TBK md.49 gereğince kusurlu olarak sorumlu tutulmaktadır. İşleten aynı zamanda kusurlu ise, bu durumda sorumlular arasında denkleştirmede önce her iki tarafın kusuru dikkate alınmalıdır. Ancak daha sonra hem KTK md.88/II hem de TBK md.62 gereğince işletene yüklenecek işletme tehlikesi de ayrıca dikkate alınmalı ve nihai paylaşım yapılmalıdır³⁸⁶. Ancak tekrar

³⁸⁵ Eren, s.823.

³⁸⁶ Aynı doğrultuda bkz. SVGKomm/Giger, Art.60 N.9. Aksi görüşte olan Eren'e göre ise, tehlike sorumlusu ile kusur sorumlusunun birlikte bulunduğu durumda tehlike sorumlusunun aynı zamanda ek kusuru da varsa, iç ilişkide sadece kusur derecelerine göre paylaşım yapılmalıdır. Ayrıca tehlikelilik durumu dikkate alınıp, kusura bir miktar işletme tehlikesi eklenip zararın büyük bir kısmından sorumlu tutulamaz (Eren, s.718). Kanaatimizce işletme tehlikesinin ayrıca dikkate alınamayacağını kesin bir dille reddetmek TBK md.62'nin amacına aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle kesin bir red yerine bu konuyu hakimın takdirine bırakmak kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

belirtmekte fayda var ki, somut olayda hakim takdir yetkisini kullanırken, somut durumun tüm koşullarını dikkate almalı ve ona göre bir paylaşım yapmalıdır. Bu takdirde yukarıda ifade etmiş olduğumuz durumda işletme tehlikesini ayrıca dikkate almak hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecekse, hakim sadece kusur derecelerine göre de bir paylaşım yapabilir.

2.3.2.3.2 Birden Çok Kusursuz Sorumlunun Varlığında Rücu

Kusursuz sorumlu dediğimizde, yani kusurun sorumluluğun şartlarından biri olmadığı hallerde ise olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu akla gelmektedir. Bu noktada somut olayda birden çok olağan sebep sorumlusu, birden çok tehlike sorumlusu veya olağan sebep ve tehlike sorumlusunun varlığı durumlarını ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. İlk olarak birden çok olağan sebep sorumluluğuna göre sorumlu olan kişiler arasında rücu meselesini ele aldığımızda, bu noktada kanaatimizce, eğer somut olayın şartları sorumlulardan biri lehine veya biri aleyhine farklı bir paylaşımı gerektirmediği sürece eşit paylarla sorumluluğun takdir edilmesi gerekmektedir³⁸⁷. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, somut durumun şartlarını takdir edecek kişi hakimdir. Burada bizim kanaatimiz tavsiyeden öteye gidemeyecektir. Somut olayda hem olağan sebep hem de tehlike sorumluluğuna göre sorumlu olan kişiler varsa, bu noktada TBK md.62'den hareketle tehlike sorumlusunun daha fazla payla sorumlu tutulabileceği sonucuna varılabilir³⁸⁸. Zira söz konusu hükümde her bir sorumlunun yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağı ifade edilmektedir. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi rücuda kusur ve tehlike ilkesi belirleyici olmaktadır. Somut olayda kusur olmadığına göre

³⁸⁷ Aynı doğrultuda bkz. *Rey*, N.1536; *BeKomm/Brehm*, Art.51 N.131 vd. *Eren*'e göre ise, sorumluluk sebebinin zararın doğumuna yaptığı katkı oranında karar verilmelidir (*Eren*, s.824).

³⁸⁸ Bu doğrultuda bkz. *Eren*, s.826; *Kapancı*, s.529.

belirleyici olan kriter tehlike ilkesidir. Bu nedenle de olağan sebep ve tehlike sorumlusu arasında zararın paylaşılmasında tehlike sorumlusunu daha fazla payla sorumlu tutmak kanaatimizce yanlış olmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, salt tehlike sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğu ayırımına dayalı olarak, tehlike sorumlusunu zararın paylaşılmasında daha fazla payla sorumlu tutmak, sorumluluk sebeplerinin eş değer tutulması ilkesine aykırılık teşkil edecektir³⁸⁹. Bu nedenle de her iki sorumluluk sebebinin aynı oranda değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılması TBK md.62'ye aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu doğrultuda kimin hangi oranda sorumlu olacağını hakim takdir edecektir. Son olarak birden çok tehlike sorumlusu arasında rücu ele aldığımızda, kanaatimizce burada da sorumlular arasında eşit paylaşım yapılması gerekmektedir. Öte yandan sorumluların üstlenmiş oldukları karakteristik riskin yoğunluğu belirlenebiliyorsa, yani tehlikenin yoğunluğu sorumlulardan biri lehine veya aleyhine farklı tespit edilebiliyorsa, hakim bu durumu da dikkate almak zorundadır. Ancak belirtmek gerekir ki, özel kanunlarla tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü hallerde, ilgili kanunlardaki rücu kuralı uygulama alanı bulacaktır.

2.3.2.3.3 Kusur ve Kusursuz Sorumlunun Varlığında Rücu

Daha önceki sistemde, zararın nihai olarak kusur sorumlusunun üzerinde kalması, bu anlamda kusursuz sorumlunun kusur sorumlusuna göre avantajlı durumda olmasını eleştirmiş, bu anlamda TBK ile getirilen sisteminin, sorumluluk sebeplerini eşit ele alması bakımından isabetli olduğunu ifade etmiştik. Somut olayda kusur sorumlusu (örneğin haksız fiil sorumlusu) ve kusursuz sorumlunun (örneğin adam çalıştıran veya yapı malikinin sorumluluğu) varlığı halinde eski sistemden gelen alışkanlıklar nedeniyle, hakim zararın tamamından veya büyük kısmından kusur

³⁸⁹ Casanova, s.216.

sorumlusunu sorumlu tutması kanaatimizce TBK md.62'ye aykırılık teşkil edecektir³⁹⁰. Bu noktada elbette hakim takdir hakkını kullanmada serbesttir. Ancak somut olayda sorumlulardan biri kusurlu diye daha en baştan zararın tamamından onu sorumlu tutmak kanaatimizce isabetli olmayacaktır. Bu noktada kanaatimizce olması gereken her iki sorumluluk sebebine eşit yaklaşp, somut durumun gerektirdiği ölçüde paylaşım yapılmasıdır. *Eren*'e göre ise, birden çok kişinin farklı sebeplerle sorumluluğunda, sözleşme gereği sorumlu olan kişi rücu ilişkisinde kusur sorumlularından sonra kusursuz sorumlulardan önce gelmelidir. Kusursuz (sebeup) sorumlularından önce gelmelerinin nedeni tazmin yükümlülüğünü yaptıkları sözleşmede bir ivaz karşılığında iradi olarak sorumluluğu üstlenmiş olmalarıdır³⁹¹. Bu nedenle sözleşmesel sorumlu ek kusuru yoksa sebep sorumlusuna rücu edemez³⁹².

2.3.2.3.4 Sigortacının Varlığında Rücu

Günümüzde hemen hemen bütün sorumluluk olayları kapsamında, sigortacının da yer aldığı görölmektedir. Bu doğrultuda sigortacının dahil olduğu müteselsil sorumluluk durumlarında sigortacının kime/kimlere rücu edip edemeyeceği meselesi tartışmalara konu olmuştur. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi eBK md.51 kapsamında yer alan sıralamada sigortacı ikinci basamakta, yani sözleşmesel sorumluluk kategorisinde konumlandırılmaktaydı³⁹³. Bu doğrultuda da sigortacının kusursuz sorumluya rücu edemeyeceği, ancak haksız fiil sorumlusuna rücu edebileceği

³⁹⁰ Aksi görüşte olan *Eren*'e göre ise, birden çok kişi farklı sebeplerle sorumlu ise, dış ilişkide zararı kim tazmin ederse etsin, rücu ilişkisinde zararın giderilmesi ilke olarak kusur sorumlusunun üzerinde kalmalıdır (*Eren*, s.824). Yazara göre kusur sorumlusu sözleşmeye göre sorumlu olan kişiye veya ek kusuru olmayan sebep sorumlusuna rücu edemez (*Eren*, s.825). Kanaatimizce bu görüşün varlığı kabul edilmiş olursa eBK md.51'de yer alan sıralamanın kaldırılmış olmasının da bir anlamı kalmayacaktır.

³⁹¹ Bu konudaki görüşümüz için bkz. §5, IV, A, 2.3.2.3.4.

³⁹² *Eren*, s.825-826.

³⁹³ *Eren*, s.825; *Kılıçoğlu*, s.444; *Nomer*, s.252-253, 256.

kabul edilmekteydi. TBK md.62 ile bu sıralama kaldırıldığı için, halihazırda sigortacının varlığında rücuyla ilişkin tartışmalı durum da ortadan kalkmış bulunmaktadır. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, belirtmiş olduğumuz tartışmalar, sigortacının konumunu sözleşmesel sorumluluk kategorisine dahil etmeye bağlı olarak yapılmış olanlardı. Öte yandan madalyonun diğer yüzünde, gerek sigorta hukukundaki hakim görüş³⁹⁴ gerekse Yargıtay kararları çerçevesinde sigortacı sözleşmesel sorumluluk kategorisine dahil edilmemekte, bu konuda eTTK md.1301 hükmü uygulanmaktaydı³⁹⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda ele alınan açıklamalar özel sigortalardan zarar sigortaları ile ilgilidir. Zira meblağ sigortalarında³⁹⁶ zarar gören hem sigortacıya hem de sorumlulara başvurma imkanına sahip olduğu için, sigortacının sigortalıya yaptığı ödemeyi diğer sorumlulara rücu etmesi söz konusu olmaz³⁹⁷. Ayrıca bu doğrultuda belirtmek gerekir ki meblağ sigortalarında taleplerin yarışması değil, taleplerin yığılması söz konusu olduğundan burada zenginleşme yasağı ilkesi de geçerli değildir³⁹⁸.

Kanaatimizce sigortacının da yer aldığı haksız fiilden dolayı birden çok kişinin müteselsil sorumluluğuna ilişkin bir durumda, müteselsil sorumlular arasında söz konusu olan iç ilişkide, sigortacı yer almamaktadır. Zira sigortacı TBK md.61 anlamında yer alan sorumlulardan biri değildir. Bir diğer ifadeyle sigortacının zarar görenin zararını karşılaması durumunda, sigortacı sigorta sözleşmesinden doğan

³⁹⁴ Kender, s.297; Omağ, s.58 vd.; Çeker, s.118; Tekil, s.126-127; Arğıllı, s.80 vd.

³⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Buz, s.29 vd.

³⁹⁶ Öğretide meblağ sigortalarına örnek olarak hayat (can) ve kaza sigortaları verilmektedir (Bu doğrultuda bkz. Omağ, s.104 vd.; Tekil, s.113). Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Çeker, s.217 vd.

³⁹⁷ Casanova, s.146; Strub, s.49 vd.; Kılıçoğlu, Sigorta, s.424; Buz, s.15 vd., Kender, s.297; Omağ, s.105; Çeker, s.120; Kapancı, s.411; Tekil, s.126; Arğıllı, s.89; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıtop, s.211.

³⁹⁸ Kılıçoğlu, Sigorta, s.406; Arğıllı, s.83.

edimini ifa etmektedir. Bu anlamda da kanaatimizce haksız fiil faili veya sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal eden kişi veya kanunen kusursuz olarak sorumlu tutulan kişi ile aynı kefede yer almamaktadır. Dolayısıyla sigortacının zararı karşılaması halinde münhasıran TTK md.1472 (mal sigortaları) ve md.1481 (sorumluluk sigortaları) hükümleri uygulanmalıdır. Böylece müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu bir olayda eğer sigortacı da yer alıyorsa ve zarar sigortacı tarafından karşılanmışsa, TBK md.62 değil; TTK md.1472 hükmü uygulanmalıdır. Bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki, TTK md.1472 TBK md.62'ye göre özel nitelikte bir hüküm olduğu için değil, sigortacı TBK md.61 anlamında sorumlu kişi olmadığı için bu sonuca varılmalıdır.

Sigortacının müteselsil sorumlulukta TBK md.62 hükümlerine tabi olmadığı görüşünde olan *Buz'a*³⁹⁹ göre, sigortacı iç ilişkinin değil, dış ilişkinin bir parçasıdır. Sigortacı zararı karşıladığı oranda zarar görene halef olur. Böylece sigortacının zararı karşılamasından önce "zarar gören-müteselsil sorumlular" arasında söz konusu olan dış ilişki, sigortacı zararı karşıladığında "sigortacı-müteselsil sorumlular" şekline bürünür. Bu doğrultuda yazar iç ilişkide yer almayan sigortacıya karşı kısmi değil, müteselsil sorumluluğun söz konusu olacağını ve sigortacının iç ilişkiden kaynaklanan ve bağımsız nitelikte bir rücu hakkına sahip olmayacağını, bu anlamda sigortacının TTK md.1472 anlamında sahip olduğu halefiyetin rücu talebini güçlendiren bir halefiyet değil, temelinde rücu hakkını gerektirmeyen salt halefiyet olduğunu ifade etmektedir⁴⁰⁰.

Kanaatimizce de zarar sigortasında, sorumluluğu doğuran olay gerçekleştiğinde, zarar görenin (sigortalının) zararını karşılayan sigortacı hukuken

³⁹⁹ *Buz*, s.36 vd.

⁴⁰⁰ *Buz*, s.38.

sigortalının yerine geçtiği için, sigortacı dış ilişkisinin bir parçasıdır. Bu andan itibaren diğer sorumluların zarar görene karşı olan sorumluluğunda olduğu gibi sigortacıya karşı da müteselsilen sorumlu olduklarını kabul etmek, kısmi sorumluluğun kural olduğu göz önüne alındığında isabetli olarak görülmeyebilir. Zira müteselsil sorumluluk ya tarafların bunu açıkça kararlaştırmaları ya da kanunen öngörülmesi durumunda söz konusu olabilir. Sigortacının zarar görenin yerine geçeceğini öngören TTK md.1472 ve md.1481'de ise, sorumluların sigortacıya karşı da müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmediği için, bu noktada kısmi sorumluluğu kabul etmek gerekebilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, sigortacı yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi dış ilişkisinin bir parçasıdır. Diğer bir anlatımla sigortacı iç ilişkiye hiç dahil olmamıştır. Hal böyle olunca da sigortacının zarar görene halef olması ile TBK md.62 anlamında sorumlulardan birinin zarar görene halef olması arasında fark vardır. Zira TBK md.62 anlamında halefiyet için rücu hakkına sahip olmak gerekmektedir. Yani TBK md.62 anlamında zarar görene halef olan kişi iç ilişkiye dahildir. Bu nedenle TBK md.62 anlamında zarar görene halef olan rücu alacaklısına karşı diğer borçlular müteselsilen sorumlu tutulamaz. Oysa sigortacının halefiyetinde kanaatimizce de sigortacının TTK md.1472 anlamında sahip olduğu halefiyetin rücu talebini güçlendiren bir halefiyet değil, temelinde rücu hakkını gerektirmeyen salt halefiyet olduğu kabul edilmelidir⁴⁰¹. Bu doğrultuda sigortacı zarar görenin sahip

⁴⁰¹ Aynı doğrultuda bkz. *Nomer*, *Zamanaşımı*, s.252. Aksi görüşte olan *Kapancı*'ya göre ise, sigortacının halefiyetten faydalanabilmesi için sigortalının zararından sorumlu olan üçüncü kişiden özel rücu hakkına dayalı olarak talepte bulunabilir olması gerekir (*Kapancı*, s.415). Halefiyet ve rücu arasında fer'i bir ilişkinin olduğunu kabul eden yazara göre rücu alacağı olmazsa halefiyette olmayacağı için, sigortacının mutlaka rücu hakkına da sahip olması gerekmektedir. Biz her iki hak arasında yarışma olduğunu kabul ettiğimiz için, sigortacının sadece halefiyet alacağı olduğunu kabul ediyoruz. Zira aksi bir durum TTK hükümlerinden de çıkarılamamaktadır. Ayrıca kanaatimizce halefiyetin olduğu her durumda rücu hakkının varlığına gerek duyulmaz, bazı hallerde örneğin TTK md.1472 kapsamında olduğu gibi, halef olan kişinin borçluya rücu etmesi halefiyetin temelinde yatan bir rücu hakkının değil,

olduğu konumu, sorumlular ile arasındaki müteselsil borç ilişkisi dahil olmak üzere, kanuni temlik sayesinde birebir elde etmelidir. Zira tekrar belirtmekte fayda var ki, sigortacı iç ilişkiye hiç dahil olmamıştır. Bu nedenle de kanaatimizce de halefiyet neticesinde zarar görenin konumunu birebir elde eden sigortacıya karşı diğer borçluların zarar görene olduğu gibi müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmelidir.

Sosyal sigortalar bakımından konuyu ele aldığımızda ise, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda iş kazası ve meslek hastalığı bakımından md.21, ölüm veya malullük bakımından md.39, genel sağlık sigortası bakımından md.76 hükümlerinde sosyal sigortalar kurumunun yaptığı ödemeler sebebiyle işveren ve üçüncü kişilerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler incelendiğinde md.21'de "*Kurumca işverene ödettirilir*", md.39'da "*Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir*", md.76'da "*Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri işverene tazmin ettirilir*", "*işveren, Kurumun bu nedenle yaptığı her türlü sağlık hizmeti giderini ödemekle yükümlüdür*" ifadeleri yer almaktadır. Bu doğrultuda öncelikle söz konusu maddelerde halefiyetin düzenlenmediğinin tespiti gerekmektedir⁴⁰². Öte yandan kurumun işverene rücu edebilmesi de kusur esasına bağlı olarak düzenlenmiştir⁴⁰³. Böylece kurumun çalışan veya bakmakla yükümlü olduğu kişilere yaptığı ödemeler nedeniyle kusursuz sorumlulara rücu etmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu noktada

halefiyetin sonucudur (Bu doğrultuda bkz. *Kılıçoğlu*, Halefiyet, s.14). *Kender*'e göre de, TTK kapsamında sigortacının sigorta ettirenin haklarına halef olacağını öngördüğü hallerde başkaca maddelere gitmeye gerek olmaksızın sadece TTK'nın ilgili maddelerinden doğmaktadır (*Kender*, s.297). Yazar bu görüşüyle kanaatimizce TTK'nın öngördüğü halefiyetin temelinde rücunun olmadığına işaret etmektedir.

⁴⁰² Kurumun rücu hakkının halefiyete dayanmadığı kabul edilmektedir (*Nomer*, Zamanaşımı, s.253). 506 sayılı kanun döneminde kurumun halefiyet hakkına mı rücu hakkına mı sahip olduğuna ilişkin tartışmalar hakkında bkz. *Kılıçoğlu*, Sigorta, s.427 vd.

⁴⁰³ *Buz*, s.39, dpn.103.

İsviçre Sosyal Sigorta Kanunu (ATSG) ile bir karşılaştırma yaptığımızda, ATSG md.72/I'de, sigorta kapsamındaki olaydan sorumlu olan üçüncü kişiye karşı, sigortacının olayın meydana geldiği anda⁴⁰⁴ kanuni edim miktarına kadar sigortalının ve geride bıraktıklarının haklarına sahip olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca ATSG md.72/II'de birden çok sorumlunun sigortacının denkleştirme alacağına karşı müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir⁴⁰⁵. Bu nedenle İsviçre öğretisinde⁴⁰⁶ sosyal sigorta alanında, sigortacının halefiyet alacağını İBK md.51'den farklı olarak bütün sorumlulara karşı ileri sürebileceğinden hareketle, bu halefiyet integral halefiyet (*Integrale Subrogation*) olarak adlandırılmaktadır. Bu noktada Yargıtay 10.HD'i bazı kararlarında⁴⁰⁷ ATSG'nin açıkça düzenlemiş olduğu sonucu kabul etmiştir. Söz

⁴⁰⁴ Sosyal sigortadan farklı olarak özel sigortada halefiyet, zarara sebebiyet veren olayın gerçekleştiği anda değil, zarar görene ödeme anında gerçekleşmektedir (*Strub*, s.65).

⁴⁰⁵ Bu noktada yukarıda belirtmiş olduğumuz, *Buz*'un özel sigortalar bakımından kabul etmiş olduğu görüşünün, İsviçre sosyal sigortalar hukukunda açıkça düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. İsviçre hukukunda özel sigortalar bakımından ise sigortacının rücu hakkı Sigorta Sözleşmeleri Kanunu md.72/I'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre sigortalının haksız fiil nedeniyle üçüncü kişiye karşı olan tazminat alacağı, sigortacı bu tazminatı ödemediğinde sigortacıya geçer. Buradan hareketle VVG md.72 ve İBK md.51 birlikte ele alınıp, sigortacının sosyal sigortanın aksine sadece kusurlu sorumluya rücu edebileceği kabul edilmektedir. Ancak İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunun değiştirilmesine ilişkin tasarı (Entwurf zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes) md.76'da sigortacının bütün sorumlulara rücu edebileceği öngörülmüştür. Ancak tasarıda sosyal sigortalarda olduğu gibi sorumluların sigortacıya karşı müteselsilen sorumlu olacaklarına dair bir hüküm bulunmamaktadır. *Casanova*'ya göre, ATSG md.72'de açıkça öngörülen husus tasarıda yer almadığı için bu durum yani sorumluların sigortacıya karşı müteselsilen sorumlu olması reddedilmelidir (*Casanova*, s.177). Ayrıca ATSG md.72/II'de yer alan müteselsil sorumluluğun eleştirisi için bkz. *BeKomm/Brehm*, Art.51 N.89b. Yazar müteselsil sorumluluğun sadece zarar görenin korunması amacıyla öngörüldüğünü, sosyal sigortacının zarar gören olmadığını ve bu nedenle bu ayrıcalıklardan yararlandırılmasının mantıksız olduğunu ifade etmiş ve bu hükümden vazgeçilmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁴⁰⁶ *Casanova*, s.22-23, 177; *Fellmann*, s.21; *Strub*, s.84, 101; *BaKomm/Heierli, Schnyder*, Art.51 N.25.

⁴⁰⁷ Yarg. 10. HD 09.06.2011 tarih ve E.2011/5477, K.2011/8486; 10. HD 25.05.2010 tarih ve E.2009/2248, K.2010/7342 (*Buz*, s.34, dpn.96); aynı doğrultuda bkz. HGK 3.2.2010 tarih ve E.2010/10-20, K. 2010/58; 10. HD. 21.6.2013 tarih ve E. 2012/21654, K. 2013/14088; 10. HD. 26.2.2013 tarih ve

konusu kararlarda Yargıtay Kuruma karşı sorumluların müteselsilen sorumlu olacağını kabul etmiştir. Gerekçe olarak da 506 sayılı Kanunda teselsüle ilişkin bir hüküm bulunmadığını bu nedenle eBK md.50 ve md.51'in uygulanmasında yasal bir engel bulunmadığını ifade etmiştir. Ayrıca kararda teselsüle dayanan davalarda, Kurumun, zararının tümünün tazminini bütün sorumlulardan birlikte veya sorumluların her birinden ayrı ayrı ya da sadece birinden istemek hakkına sahip olduğu, tazmin sorumlularından her birinin Kuruma karşı zararın tamamından, fakat birbirlerine karşı ise kendi kusurları oranında sorumlu olacağına yer verilmiştir. Kanaatimizce bu konuda Yargıtay'ın gerekçesi isabetli değildir. Zira 506 sayılı Kanunda teselsüle ilişkin bir hüküm yoksa bu konuda müteselsil sorumluluk değil, bilakis kısmi sorumluluğun varlığı kabul edilmelidir. Zira TBK md.61 ve md.62'nin (eBK md.50 ve md.51) öngörmüş olduğu müteselsil sorumluluk, birden çok kişinin zarar görene karşı olan sorumluluğuna ilişkindir. TBK zarar görenin yerine geçecek olanlara karşı müteselsil sorumluluğu öngörmemiştir. Bu nedenle ATSG örneğinde olduğu gibi (bir istisna⁴⁰⁸ dışında) kanunda açıkça müteselsil sorumluluk öngörülmediği sürece, kanaatimizce bu sonuca varılamayacaktır.

B. Hesaplama

1. Denkleştirme Alacağının Borçlusu ve Alacaklısı

İfade bulunan müteselsil borçlunun diğer borçlulara karşı denkleştirme alacağına sahip olup olmadığı, birbiriyle ilişkili iki unsura bağlıdır⁴⁰⁹. İlk unsur

E. 2013/2124, K. 2013/3255 (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.03.2014).

⁴⁰⁸ Söz konusu istisnayı yukarıda ele almış olduğumuz TTK md.1472'ye göre sigortacının halefiyeti teşkil etmektedir.

⁴⁰⁹ *Gautschi*, s.92.

denkleştirme ilişkisine göre borçlunun sorumlu olduğu paydır. İkinci unsur ise borçlunun müteselsil borç ilişkisinde gerçekte ifa etmiş olduğu edimin kapsamıdır.

Müteselsil borç ilişkisinde ifada bulunan borçlu için denkleştirme alacağının söz konusu olması, ancak borçlunun ifa etmiş olduğu edimin TBK md.167/I'de yer alan sorumluluk oranını aşmış olmasına bağlıdır⁴¹⁰. Bir diğer anlatımla, alacaklıya ödemede bulunan borçlu, denkleştirme ilişkisinde sorumlu olduğu orandan daha fazla ifada bulunursa denkleştirme alacağına sahip olur. Aksi halde yani denkleştirme ilişkisinde sorumlu olduğu oran kadar veya sorumlu olduğu orandan daha az ifada bulunursa denkleştirme alacağına sahip olamaz.

Denkleştirme alacağına sahip olan borçlu, bu alacağını, denkleştirme ilişkisinde borcun tamamı veya bir kısmından nihai olarak sorumlu olması gereken ve bu borcunu alacaklıya karşı ifa etmemiş olan (alacaklı tarafından kendisinden talepte bulunulmamış olan) borçluya karşı ileri sürebilir. Bir diğer anlatımla, denkleştirme hakkına sahip olan borçlu, müteselsil borç ilişkisinde iç ilişkide sorumluluk oranına uygun edimde bulunmuş olan borçluya karşı denkleştirme alacağına sahip değildir. Zira bu borçlu zaten nihai olarak üstlenmesi gereken oranı alacaklıya ifa etmiştir.

2. Halefiyet Alacağının Hesaplanması

Halefiyet sonucu denkleştirme, ifada bulunan müteselsil borçluya, ona TBK md.167'ye göre ait olandan daha fazla bir hak bahşetmez⁴¹¹. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi ifada bulunan borçluya alacaklının hakları sadece denkleştirme ilişkisinden kaynaklanan denkleştirme alacağı kapsamında geçer, alacaklıya yapmış olduğu ifa ile aynı kapsamda geçmez. Denkleştirme alacağı, müteselsil borç ilişkisinde

⁴¹⁰ BeKomm/Becker, Art.148 N.1; Eren, Haftung, s.415; Merz, s.112; Guhl/Koller, §6 N.21; Fellmann, s.13; Schwenger, N.88.36.

⁴¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.321; Reisoğlu, s.441; Hatemi/Gökyayla, s.339.

yapılmış olan ifa ile denkleştirme ilişkisine göre sorumlu olunan kısım arasındaki farka uygun düşmektedir⁴¹². Halefiyet sadece alacaklının haklarına halef olan borçlunun rücu hakkına sahip olduğu ölçüde meydana gelir⁴¹³. İfada bulunan müteselsil borçlu, kendi sorumlu olduğu miktara uygun olarak ifada bulunmuşsa, denkleştirme ilişkisinde herhangi bir denkleştirme alacağı söz konusu olmayacağı için, alacaklının yerine geçmez, yani alacaklının haklarına halef olmaz. Alacaklıya kısmen ifada bulunulması halinde ifada bulunan borçlu sadece alacağın bu kısmı için halef olur. Ancak belirtmek gerekir ki, kısmi ifa halinde de ödenmiş olan miktar, ödemede bulunan borçlunun iç ilişkideki sorumluluk oranını aşmalıdır.

Halefiyet yoluyla kazanılan alacak ve rücu alacağının kapsamı birbirinden farklı olabilir⁴¹⁴. Genellikle halefiyet alacağı rücu alacağından daha az olmaktadır. Zira her iki alacak için işleyecek olan faizin süresi farklıdır⁴¹⁵. Aynı şekilde TBK md.164/II'ye göre, müteselsil borçlu bütün borçlulara ait olan ortak def'ileri ileri sürmekle yükümlüdür. Bu kurala kusurlu olarak uymazsa, diğerlerine karşı sorumlu olur. Alacaklı tarafından ödeme için kendisine dava açılan borçlu tarafından alacaklıya karşı TBK md.164/I anlamında ortak def'i ve itirazlar ileri sürülmüşse, (davanın kaybedilmesi halinde) yargılama sürecinde ortaya çıkan avukatlık ve yargılama masraflarının da rücu alacağı yanında diğer borçlulardan talep edilebileceği kabul edilmektedir⁴¹⁶. Kanaatimizce de alacaklı tarafından kendisine dava açılan borçlu

⁴¹² *Gautschi*, s.93.

⁴¹³ *Schwenzer*, N.88.40.

⁴¹⁴ *von Tuhr/Escher*, s.318.

⁴¹⁵ Öğretide denkleştirme alacağının faiz getirdiği kabul edilmektedir. Bu faizin başlangıcı ise alacaklıya ödemede bulunulduğu gündür (*Casanova*, s.109).

⁴¹⁶ *von Tuhr/Escher*, s.314; *Merz*, s.113; *Bucher*, s.497; *Keller*, II, s.184; *Gauch/Schlupe/Emmeneger*, N.3744; *Fellmann*, s.13 vd.; *Gautschi*, s.95; *BaKomm/Heierli/Schnyder*, Art.148 N.4; *Kapancı*, s.426. Aksi görüş için bkz. *BeKomm/Becker*, Art.148 N.4. Yarg. 4. HD. 14.5.2013 tarih ve E 2012/12915, K. 2013/9309 sayılı kararında "*Davacı, müteselsil sorumlu sıfatıyla üçüncü kişiye ödediği paranın haleflik*

davayı kaybetmiş olsa bile sadece kendi menfaatini gözetmemekte, bilakis diğer borçluların da menfaatlerini gözettiği için, söz konusu masrafların da karşılanması gerekmektedir. Bu noktada bu masrafların talep edilebilmesinin hukuki dayanağı olarak vekaletle ilişkin TBK md.510 (İBK md.402) veya vekaletsiz iş görmeye ilişkin TBK md.529 (İBK md.422) hükümlerinin dikkate alınabileceği kabul edilmektedir⁴¹⁷.

3. Rücu Alacağının Hesaplanması

TBK md.167/II'ye göre, kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlu, diğer borçlulara karşı rücu alacağına sahiptir. Rücu alacağı sadece borçlunun ödediği fazla miktarı kapsar⁴¹⁸. Böylece rücu alacağı, borçlunun alacaklıya karşı yaptığı ödeme ile denkleştirme ilişkisinde sorumlu olduğu tutar arasındaki farka uygun düşmektedir⁴¹⁹. Rücu alacağı, borçlunun müteselsil borç ilişkisinde yapmış olduğu ödemedi, denkleştirme ilişkisinde sorumlu olduğu tutar çıkarılarak hesaplanır. Örneğin A, B, C ve D X'e karşı 10.000 TL'den eşit paylarla müteselsilen sorumludur. X borcun tamamını A'dan talep etmiş ve A 8000 TL ödemede bulunmuştur. Bu durumda A'nın diğer borçlulara rücu edebileceği meblağ ödemiş olduğu tutardan iç

esasınca rücu tahsilini istediğine ve davalılar önceki davada davaya dahil bulunmadığına göre iadenin kapsamı, kural olarak davacının mahkum olup ödediği para ile kendisi hakkında açılan davanın sonunda verilen hükmün kesinleşmesine kadar işleyecek faiz ve önceki davada hükmedilen avukatlık ücreti ile yargılama giderleri ve bir de davacı aleyhine ödetme kararı alan üçüncü kişinin hüküm kesinleşmezden önce alacağını tahsil için ilamı icraya koymuş olması halinde hükmün kesinleşmesine kadar yapılan icra giderleri ve avukatlık ücreti ile aynı güne kadar gerçekleşen faizden ibarettir. Kendi kusurlu davranışı ile icranın sürüp gitmesine yol açan davacı, bu savsaması nedeniyle artan icra giderlerinin ve hükmün kesinleşmesinden sonra geçen sürenin faizini isteyemez. Bu ilkelere aykırı düşüncelerle isteğin tümünün hüküm altına alınmış bulunması usul ve yasaya aykırıdır." diyerek bu görüşe katılmaktadır (Karara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.03.2014).

⁴¹⁷Keller, II, s.184; Gauch/Schlupe/Emmeneger, N.3744; Koller, §75 N.47; Gautschi, s.95; Weiss, s.132; Eren, s.1211.

⁴¹⁸Schwenzer, N.88.36.

⁴¹⁹von Büren, s.98; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.148 N.4; Fellmann, s.13.

ilişkide sorumlu olduğu tutar çıkarılarak yani $8000-2500 = 5500$ TL hesaplanır. Haksız fiilden doğan müteselsil sorumlulukta ise, birden çok kişi zarar görene karşı maddi veya manevi tazminatın tamamından sorumludur. Burada sözleşmesel sorumlulukta olduğu gibi eşit paylarla sorumluluk ilkesi geçerli olmadığından tespit edilecek ilk unsur zarar görene yapılmış olan ödemedir. Burada zarar görenin talebi tazminata ilişkindir. Zarar görenin sorumlulara veya içlerinden birine karşı açmış olduğu tazminat davasında, zarar görenin uğramış olduğu maddi veya manevi kayıp yani zarar ile tazminat eş değerde değildir. Bir diğer ifadeyle zararın hesaplanması ile maddi tazminatın hesaplanması farklı hususlardır. Önce zarar hesaplanacak, ardından tazminat miktarı belirlenecektir⁴²⁰. Zira hakim tazminattan indirim sebeplerini de dikkate alarak tazminat miktarını belirleyecek ve hakimın takdir etmiş olduğu miktar, müteselsil borcun konusunu oluşturacaktır. Bu doğrultuda zarar görenin talep edeceği meblağ da hakimın takdir etmiş olduğu miktardır ve dikkate alınacak ilk unsur olan zarar görene yapılmış olan ödeme bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ardından müteselsilen sorumlu olan kişiler arasındaki denkleştirme ilişkisinde her bir sorumlunun zararın hangi kısmından sorumlu olması gerektiği belirlenmelidir. Bu belirlemeyi hakim yapacaktır. Bu noktada hakim karşısında sadece kusur sorumluları, sadece tehlike veya olağan sebep sorumluları veya her ikisi birlikte bulunabilir. TBK md.62 gereği hakim sorumluların nihai olarak tazminatın ne kadarından sorumlu olması gerektiğini belirlerken bütün durum ve koşullar, özellikle kusurun ağırlığı ve tehlikenin yoğunluğu durumlarını dikkate alacaktır. Her bir sorumlunun denkleştirme ilişkisindeki payı belirlendikten sonra son aşamada, ödemede bulunan borçlunun zarar görene ödemiş olduğu meblağ kendi sorumlu olduğu miktarı aşıyorsa, aşan kısım kadar rücu alacağına sahip olduğu tespit edilir ve böylece denkleştirme ilişkisinde

⁴²⁰ Körner, N.231 vd.

hakim tarafından tespit edilen paylar oranında diğer borçlulara rücu alacağı için talepte bulunabilir.

4. Denkleştirme İlişkisinde Kısmi veya Müteselsil Borç?

Teselsül borçlular arasındaki ilişkide değil, sadece alacaklı ile olan ilişkide söz konusudur. Diğer bir anlatımla, müteselsil borçlular denkleştirme alacaklısı olan borçluya karşı müteselsilen sorumlu değildir⁴²¹. Her bir müteselsil borçlu denkleştirme alacaklısına karşı sadece iç ilişkideki sorumluluk oranları ile sorumludur. Böylece her bir borçlu sadece kendi payından sorumludur. Bundan dolayı denkleştirme alacağına sahip olan müteselsil borçlu, diğer müteselsil borçlulardan denkleştirme alacağının tamamını talep edemez. Tam tersine, denkleştirme alacaklısı diğer borçluların her birini, iç ilişkide sorumlu oldukları pay tutarında sorumlu tutabilir.

Bu sonuç öncelikle TBK md.162 hükmünden çıkarılmaktadır. Zira bu maddede aksi kanun veya tarafların anlaşması ile öngörülmemişse, karineten kısmi borçluluk öngörülmüştür. Diğer taraftan TBK md.167 hükmü de müteselsil sorumluluğu

⁴²¹ BGE 103 II 137/139; Yarg. 4. HD. 14.5.2013 tarih ve E 2012/12915, K. 2013/9309; 4. HD. 21.3.2011 tarih ve E.2011/339, K. 2011/2940; 4. HD. 23.3.2010 tarih ve E. 2009/4929, K. 2010/3231; 4. HD. 7.10.2008 tarih ve E. 2007/12591, K. 2008/11346; 17. HD. 2.6.2008 tarih ve E. 2008/1463, K. 2008/2904; 4. HD. 27.12.2005 tarih ve E. 2004/15531, K. 2005/14145; 3. HD. 17.10.2005 tarih ve E. 2005/10403, K. 2005/10196; 4. HD. 8.4.2003 tarih ve E. 2002/14005, K. 2003/4287; 4. HD. 8.4.2002 tarih ve E. 2001/13332, K. 2002/4397; 4. HD. 21.3.2002 tarih ve E. 2001/12098, K. 2002/3349; 4. HD. 18.3.2002 tarih ve E. 2001/12348, K. 2002/3116. Yargıtayın isabetsiz biçimde rücu ilişkisinde müteselsil sorumluluğu kabul ettiği kararlara ilişkin olarak bkz. HGK 28.11.2007 tarih ve E. 2007/7-867, K. 2007/890; HGK 26.12.2001 tarih ve E. 2001/11-1011, K. 2001/1183 (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 28.02.2014).

von Tuhr/Escher, s.316; BeKomm/Becker, Art.148 N.3; Keller/Schöbi, s.16; Keller, II, s.183; Merz, s.113; Larenz, §37 III, s.644; Rey, N.1506; Honsell, §11 N.30; BeKomm/Brehm, Art.50 N.60, Art.51 N.89; Gauch/Schluep/Emmeneger, N.3741; Fellmann, s.14; Schwenger, N.88.36; Berger, s.846; Gautschi, s.96 vd.; BaKomm/Heierli/Schnyder, Art.50 N.18, Art.51 N.18, Art.148 N.5; Huguenin, N.2311; Strub, s.27, 47; Weiss, s.124; Körner, N.69; Casanova, s.49; Eren, s.1211, 1212; Kılıçoğlu, s.445; Oğuzman/Öz, s.464; Hatemi/Gökyayla, s.338; Ayar/Engin, s.1293-1294; Nomer, s.250.

öngörmemiştir. TBK md.167'nin kenar başlığı "Paylaşım" dır ve md.167/I ve 167/II "Pay" kavramını dikkate alarak, her bir müteselsil borçlunun payını ödemek zorunda olduğunu öngörür. TBK md.167/III'ün yorumlanması da bizi aynı sonuca götürmektedir. Eğer denkleştirme alacaklısı, denkleştirme alacağının tamamını, diğer borçlulardan birine karşı ileri sürebilme imkanına sahip olsaydı, md.167/III'ün varlığına gerek kalmazdı. Ancak müteselsil borçlular denkleştirme ilişkisinde teselsülü kararlaştırma imkanına sahiptirler, fakat uygulamada bu duruma nadiren rastlanmaktadır.

Halefiyet halinde de aynı hukuki durum söz konusudur. Yani halefiyet halinde alacaklının haklarına halef olan müteselsil borçluya karşı diğer borçlular müteselsilen sorumlu değildir. Her bir müteselsil borçlu halefiyet alacaklısı olan borçluya karşı sadece kendi sorumlu olduğu pay kadar sorumludur⁴²². Halefiyet, müteselsil borç ilişkisinde ifada bulunan borçluya, TBK md.167 kapsamında sahip olduğu haktan daha fazlasını vermez. Bu görüşü savunan yazarlar ayrıca müteselsil sorumluluğun esasen alacaklının hukuki durumunun korunmasına ve güçlendirilmesine hizmet ettiği ve alacaklının tatmin edilmesiyle de bu amacın ortadan kalmış olacağını haklı olarak ifade etmektedirler. Ancak İsviçre sosyal sigorta hukukundaki halefiyet sisteminde farklı bir durum söz konusudur. ATSG md.72/II'ye göre⁴²³, sigorta işletmesinin denkleştirme alacağı için sorumluların müteselsil sorumluluğu açıkça öngörülmüştür, yani denkleştirme ilişkisinde müteselsil sorumluluk kabul edilmiştir.

⁴²² Keller/Schöbi, s.25; von Tuhr/Escher, s.318; von Büren, s.101 vd.; Fellmann, s.19; Gautschi, s.97; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.149 N.1a; Kapancı, s.392 (Yazar üçüncü bir kişinin alacaklıya karşı müteselsil borcu ifa etmesi halinde TBK md.127'ye göre halefiyet gerçekleşiyorsa, yani bütün müteselsil borç için verilmiş bir rehin hakkı varsa, mal üzerinde aynı hak sahibi olan üçüncü kişiye karşı da müteselsil borçluluğun olduğunu kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir).

⁴²³ ATSG md.72/II: Mehrere Haftpflichtige haften für Rückgriffsansprüche der Versicherungsträger solidarisch.

Denkleştirme ilişkisinde kısmi sorumluluğun varlığı sonucunda, müteselsil borç ilişkisinden farklı olarak, denkleştirme borçlularından birinin borcunu ödemesi diğerleri üzerinde herhangi bir etki yapmayacaktır.

C. Doğuş Anı

1. Halefiyetten Kaynaklanan Alacağın Geçiş Anı

Müteselsil borçlulardan biri iç ilişkide sorumlu olduğu tutardan daha fazla ifade bulunursa, alacaklının yerine geçer⁴²⁴. Bu andan itibaren halefiyet sonucu kazanmış olduğu alacağa ve bu alacağa bağlı diğer haklara sahip olur⁴²⁵.

2. Rücu Alacağının Doğuş Anı

Müteselsil borçlulardan hiç biri alacaklıya karşı ifade bulunmadığı sürece, rücu alacağı da söz konusu olmaz. Rücu alacağı ancak, müteselsil borçlulardan birinin iç ilişkide sorumlu olduğu tutardan daha fazla ifade bulunması durumunda ortaya çıkar⁴²⁶. Bu doğrultuda rücu alacağı, borçlulardan birinin ifade bulunması ile ortaya çıkacaktır. İfade bulunulmaksızın herhangi bir rücu alacağı da ileri sürülemeyecektir. Ancak öğretide TBK'nın kefilin asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşsa borçtan kurtarılmasını isteyebileceği halleri düzenleyen md.595'in (İBK md.506) bu duruma istisna teşkil edebileceği, yani bu durumda müteselsil borcun ifasından önce rücu hakkının ileri sürülebileceği ifade edilmektedir⁴²⁷.

⁴²⁴ Casanova, s.61.

⁴²⁵ ATSG md.72/I'e göre, halefiyetin zarar verici olayın gerçekleştiği anda var olacağı kabul edilmiştir.

⁴²⁶ BGE 133 III 6, 12; 127 III 257, 266; 115 Ib 274, 291; von Büren, s.98; von Tuhr/Escher, s.314; Gauch/Schluep/Emmeneger, N.3743; Fellmann, s.13; BaKomm/Heierli, Schnyder, Art.148 N.43; Casanova, s.59, 108; Schwenger, N.88.39; Eren, s.1209.

⁴²⁷ BeKomm/Becker, Art.148 N.7; Gautschi, s.99, dñn.369.

§ 6 Denkleştirme ve Eksik-Tam Teselsül Ayrımı

I. Rücu ve Eksik-Tam Teselsül Ayrımı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi halihazırda eksik teselsül - tam teselsül ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Ancak eBK zamanında kabul edilmiş bu ayrıma bağlı olarak, rücu ve halefiyete bağlanan sonuçlar da değişmekteydi. Hatta bu şekilde bir ayrım olduğu ya da olması gerektiği kısmen denkleştirme ve rücu ile ilgili olarak ileri sürülmekteydi⁴²⁸. Eski BK md.146/I denkleştirme kapsamında sadece tam teselsül için uygulanmaktaydı. Eksik teselsül halinde eBK md.51 dışında rücu sadece denkleştirme ilişkisine dayanmaktaydı. Denkleştirme ilişkisinin eksikliğinde ise birden fazla kişinin farklı hukuki sebepten sorumluluğunda, ifada bulunan borçlunun eBK md.51 olmadan bir rücu alacağının varlığı kabul edilmemektedir. *Becker*'e göre⁴²⁹, eksik teselsülde birden fazla borçlu arasında ortaklık veya vekalet benzeri bir ilişki olmadığı için, bu borçlular arasında bir iç bağıllık da bulunmamaktadır. Müteselsil borç ilişkisinde ne denkleştirme ilişkisinin ne de bu ilişkinin ortaya çıkış türü ve biçiminin önemli olduğu, tam tersine borçlular tarafından alacaklının ifa menfaatinin ön planda tutulduğu gerekçesiyle bu argümana karşı çıkmaktadır⁴³⁰. Bütün müteselsil borç ilişkilerinde, borcun tamamı ödeninceye kadar bütün borçluların sorumluluğu devam etmektedir ve borçlulardan birinin yaptığı ifa veya takas ile diğer borçlular da borçtan kurtulmaktadır. *Becker* tarafından aranan iç bağıllık ifa menfaatlerinin ortak olmasında görülmektedir. O halde rücu hakkının ancak kanun tarafından öngörülmesi durumunda doğacağı ve bunun borç ilişkisinin eksik veya tam müteselsil borç ilişkisi olmasına bağlı olmadığı kabul edilmesi

⁴²⁸ *von Tuhr/Escher*, s.320; *BeKomm/Becker*, Art.144 N.5.

⁴²⁹ *BeKomm/Becker*, Art.144 N.5.

⁴³⁰ *Gautschi*, s.100.

gerekir. Bu tür bir kanuni rücu hakkı, kanun koyucu tarafından eBK md.146/I'de düzenlenmiştir. Bir borç ilişkisi müteselsil borç ilişkisi olarak nitelendiriliyorsa ve borçlular arasındaki ilişkiden başka türlü anlaşılmadıkça, TBK md.167'de yer alan kanuni rücu ilişkisi uygulama alanı bulur ve her bir borçlu borçtan eşit paylarla sorumlu olur.

II. Halefiyet ve Eksik-Tam Teselsül Ayrımı

Eksik ve tam teselsül ayrımının hukuki öneminin, eksik teselsülde, alacaklıya ifada bulunan müteselsil borçlunun alacaklının haklarına halef olmayacağını kabulünde olduğu görüşü ileri sürülmekteydi. Eski BK md.147'de öngörülmüş olan halefiyetin sadece tam teselsülde uygulanabilir olduğu kabul edilmekteydi⁴³¹. Eksik teselsülde denkleştirme alacaklısı olan borçlu denkleştirmeyi sadece rücu hakkına dayanarak yapabilmekteydi.

Bununla birlikte eBK zamanında, eksik-tam teselsül ayrımına bağlı olarak halefiyetin bütün müteselsil borç ilişkilerinde kabul edilmemesini anlamak mümkün değildir. Gerek eBK gerek İBK kapsamında eksik ve tam teselsül şeklinde bir ayrım olduğu kabul edilmiş olsa bile, kanımızca bunun halefiyete ilişkin olarak herhangi bir etkisi yoktur. Nitekim İsviçre kanun koyucusunun eksik teselsül olarak nitelendirilen bir çok durumda özel hükümler vasıtasıyla rücu alacağını halefiyet ile güçlendirmiş olması da bu görüşü desteklemektedir. Sigortacının İBK md.51 kapsamında

⁴³¹ Yarg. HGK 3.2.1999 tarih ve E. 1999/9-42, K. 1999/51 sayılı kararında bu durumu açıkça ifade etmiştir (Karara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.03.2014). Ayrıca bu konuda bkz. *von Tuhr/Escher*, s.320; *BeKomm/Becker*, Art.149 N.2; *Bucher*, s.498, dpn.67; *BaKomm/Heierli,Schnyder*, Art.149 N.1; *Fellmann*, s.18; *Strub*, s.47; *Casanova*, s.44; *Nomer*, s.249; *Acar*, s.341; *Kurt*, s.141; *Weiss*, s.67-68 (Yazar açıkça bu durumun isabetsiz olduğuna işaret etmektedir, s.149).

sözleşmesel sorumluluk kategorisine dahil edildiği İsviçre öğretisinde⁴³² bu duruma örnek olarak İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG) md.72/I⁴³³ verilmektedir. VVG md.72/I'e göre, sigortalının haksız fiil nedeniyle üçüncü kişiye karşı olan tazminat alacağı, sigortacı bu tazminatı ödediğinde sigortacıya geçer.

Nitekim TBK ile öğretilde eBK zamanında hakim olan halefiyetin eksik teselsül halinde söz konusu olmadığı görüşüne son verilmiş ve TBK md.62/II ile de bu durum açıkça hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce eBK zamanında da borç ilişkisinin eksik veya tam teselsül olarak nitelendirilmesinden bağımsız olarak, kanunen öngörülen durumlarda halefiyetin varlığı kabul edilmeliydi. Bu şekilde bir yasal devrin dayanağı olarak eBK md.147 gösterilebilir. Eski BK md.147'de eksik ve tam teselsül şeklinde bir ayırım yapılması gerektiğine ilişkin bir kriter yer almamaktadır. Söz konusu hükme göre, bir borç ilişkisi müteselsil borç ilişkisi olarak nitelendiriliyorsa ve borçlular arasındaki ilişkiden başka türlü anlaşılmadıkça, alacaklıya karşı ifada bulunan borçlu alacaklının haklarına halef olur.

⁴³² Bu konuda bkz. *Casanova*, s.55; *Körner*, N.79.

⁴³³ VVG md.72/I: Auf den Versicherer geht insoweit, als er Entschädigung geleistet hat, der Ersatzanspruch über, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİREYSEL İNDİRİM SEBEPLERİ ve ZAMANAŞIMI

§7 Bireysel İndirim Sebepleri ile Müteselsil Sorumluluğun Sınırlandırılması

Birden çok kişinin aynı zarardan dolayı müteselsil sorumluluğunda, her bir sorumlunun zarar verici fiile belirsiz olan katkısına rağmen sorumluluğun doğması ve bütün zarar verenlerin zararın tamamından sorumlu tutulduğu bir müteselsil sorumluluk, sadece alacaklının menfaatine hizmet etmektedir. Bir diğer ifadeyle, müteselsil sorumluluk ile ilk planda zarar görenin/alacaklının korunması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda müteselsil sorumluların menfaati arka planda kalmakta ve sorumlular arasındaki iç ilişkide denkleştirme yapılmazsa veya yapılamazsa sorumluların menfaatinin korunması da söz konusu olmamaktadır.

Öğretinin bir kısmı müteselsil sorumlukta zarar veren ve zarar görenin menfaatleri arasında bir dengesizlik olduğunu kabul etmektedir. Bundan dolayı dış ilişkide her bir zarar veren için duruma göre uyarlanmış sorumluluk miktarlarının mümkün olduğu bir sorumluluğun geçerliliğini savunmaktadır. Burada amaçlanan şey, bütün müteselsil sorumluların tam sorumluluğunu gevşetmektir⁴³⁴. Bu amaca ulaşılması ise TBK md.51 ve md.52 kapsamında bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide geçerliliği ile mümkündür. İsviçre/Türk borçlar hukukunda müteselsil sorumlulukta bireysel indirim sebeplerinin tam sorumluluğun gevşetilmesi için doğru bir çözüm olup olmadığı ve bu gevşetmenin gerekli olup olmadığı noktasında bir görüş birliği söz konusu değildir. Bir diğer anlatımla zarar gören/alacaklı ile müteselsil

⁴³⁴von Büren, s.91.

sorumlular arasındaki dış ilişkide, sorumluların bireysel indirim sebeplerini ileri sürebilir süremeyecekleri hususu öğretide tartışmalı hususların başında gelmektedir.

TBK md.61'e göre birden çok kişinin müteselsil sorumluluğunda, müteselsil borçluların tamamına ait olan indirim sebeplerinin dikkate alınacağında şüphe yoktur. Ancak bireysel indirim sebeplerinin söz konusu olması durumunda, nasıl davranılacağına da ele alınması gerekmektedir. Bireysel indirim sebepleri, sorumlu olan kişi ile yakın bir bağ içindedir⁴³⁵, örneğin hafif kusur nedeniyle tazminatın indirilmesi, uzak illiyet bağı, üçüncü kişinin kusuru, zarar görenin kusuru, hatır fiili. Bu bireysel indirim sebepleri müteselsil borç ilişkisi kapsamında dış ilişkide dikkate alınmalı mıdır ve bu durum müteselsil borçlunun sorumluluğunun azaltılmasında etkili olur mu? Bu soruya olumlu cevap verilirse, müteselsil borçlu örneğin hafif kusurunu ileri sürebilecek ve zarar gören zararın tamamını ona yükleyemeyecektir. Böylece alacaklı indirim oranında bir diğer borçluya başvurmak zorunda kalacağından, yani bireysel indirim sebebini ileri sürmüş olan borçluyu tek başına sorumlu tutma imkanına sahip olamayacağından, alacaklının hukuki durumu kötüleşmiş olacaktır⁴³⁶. Buna karşılık müteselsil borçlunun müteselsil borç ilişkisinde bireysel indirim sebeplerini ileri süremeyeceği kabul edilirse, bu durumda alacaklının zararın tamamı için sorumlu tutmuş olduğu borçlu, tazminat alacağının tamamını üstlenmek zorunda kalacaktır. Bu durumda da müteselsil borçlu daha kötü bir hukuki durumda yer almaktadır. Zira bireysel indirim sebepleri ancak denkleştirme ilişkisinde dikkate alınabilecek ve böylece borçlu özellikle diğer borçluların ödeme güçsüzlüğü riskini taşımış olacaktır⁴³⁷.

⁴³⁵ *Rey*, N.1459.

⁴³⁶ *Gautschi*, s.115.

⁴³⁷ *Oftinger/Stark*, §10 N.12.

Bu doğrultuda aşağıda uzun zamandan beri sürdürülen bu tartışma incelenecek ve buna ilişkin argümanlar ele alınacaktır.

I. Bireysel İndirim Sebeplerinin Dış İlişkide İleri Sürülebilir/Sürülemezliği ile İlgili Tartışma

A. Sorumluluğun İsnadı ve Kapsamı Probleminin Çözümü Olarak Bireysel İndirim Sebeplerinin Uygunluğu

Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesi (geçerliliği), müteselsil borç ilişkisinde zarar görenin korunmasının ağırlığı karşısında katı sorumluluk şartlarını dengelemek ve zarar verenlerin çıkarlarını yeniden dikkate almak için basit ve uygun bir araçtır⁴³⁸. Zarar görene karşı birden çok zarar verenden her biri, daha az kusurunun bulunduğu, mali durumunu veya hatır amaçlı bir fiilde bulunmuş olduğunu ileri sürülebiliyorsa, tazminatın belirlenmesi her bir fail için yeniden yapılır ve böylece tazminat her biri için farklı bir şekilde belirlenir. Bu durum sorumluluğun ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaz, sadece tam sorumluluğun gevşetilmesine olanak sağlar. Müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebileceğinin kabulü, ortaya çıkan zarar bakımından her bir sorumlu için tazminatın belirlenmesinde adaletli bir denkleştirme yapılmasına yol açar.

B. Öğretide Bireysel İndirim Sebeplerine İlişkin Kabul Edici Tutumlar

İsviçre hukukunda öğretinin büyük bir kısmı⁴³⁹, her bir müteselsil borçlunun hem eksik teselsülde hem de tam teselsülde alacaklıya karşı bireysel indirim

⁴³⁸ Körner, N.464.

⁴³⁹ von Büren, s.64 vd.; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3728; Rey, N.1459 vd.; Keller/Gabi, s.139 vd.; Keller, s.179; Otfinger/Stark, §10 N.33; Forstmoser, s.370; Guhl/Koller, §6 N.14;

sebeplerine dayanabilmesi gerektiği görüşündedir. Bir kısmı⁴⁴⁰ ise sadece eksik teselsülde bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebileceğini kabul etmektedir.

Bireysel indirim sebeplerinin müteselsil sorumlulukta dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi gerektiğini kabul eden yazarlar, bunu aşağıdaki gerekçelere dayandırmaktadırlar.

- Zarar veren bu zarara tek başına sebebiyet vermiş olsaydı, hafif kusurunda TBK md.52'ye (İBK md.43/eBK md.44) dayanabilecek ve sonuçta indirilmiş zarardan sorumlu tutulacaktı. Ayrıca çoğu durumda hafif kusurla kusursuzluk arasındaki mesafe oldukça kısadır⁴⁴¹. Buna rağmen bir kişiyi hafif kusurlu olduğu için zararın tümünden sorumlu tutmak, kusursuz sayılınca hiçbir şey ödetmemek, tatmin edici değildir⁴⁴². Bundan dolayı müteselsil sorumlunun yükümlü tutulacağı tazminat miktarı, tek başına sorumlu olması durumunda yükümlü tutulacağı tazminat miktarı kadar olmalıdır⁴⁴³. Bu görüşe göre, zararın ortaya çıkmasına diğer kişilerle birlikte sebep olduğu için, müteselsil sorumlunun durumunun neden ağırlaştırıldığını anlamak mümkün değildir. Bu nedenle müteselsil sorumlu, tek başına sorumlu olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha zor bir durumda bırakılmamalıdır⁴⁴⁴.

Schaffhauser/Zellweger, N.1453; *Schwenzer*, N.88.19; *Eren*, Haftung, s.421; *Casanova*, s.41; *Weiss*, s.75; *Huquenin*, N.2307. Eski BK dönemine ilişkin olarak da aynı görüşte *Eren*, s.820; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.703; *Kırca*, s.657; *Tekinay*, s.209, 220.

⁴⁴⁰ *Weber*, einheitliche Lösung, s.356 vd. .Eski BK dönemine ilişkin olarak aynı görüşte *Akıntürk*, s.138 vd.; *Helvacı*, s.232; *Oğuzman/Öz*, s.288, dpn.25 (Bununla birlikte yazar TBK kapsamında artık tam teselsül-eksik teselsül ayrımı olmadığı için artık dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir (*Oğuzman/Öz*, s.288).

⁴⁴¹ *Tekinay*, s.213.

⁴⁴² *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.703; *Eren*, s.821.

⁴⁴³ *von Büren*, s.64; *Honsell*, §11 N.20; *Eren*, s.820.

⁴⁴⁴ *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3728; *Oftinger/Stark*, §10 N.33; *Rey*, N.1465; *Eren*, Haftung, s.413, 421; *Tekinay*, s.210 vd.; *Widmer/Wessner*, s.168; *Kırca*, s.657. Aksi görüşte olan *Gautschi*'ye göre ise,

- Bireysel indirim sebeplerinin kabulü, borcun niteliği konusunda hakim olan çokluk görüşüne de uygundur. Zira her borç diğerlerinden bağımsız olduğuna ve somut olayda bunlardan biri hakkında indirim sebebi bulunduğu göre, lehine böyle bir sebep bulunan sorumlunun bu indirimden dış ilişkide de yararlanması gerekir⁴⁴⁵.

- Bu prensip daha önce İsviçre Şirketler Hukukunun revizyonu sırasında İsviçre BK'a alınmıştır. İBK md.759/I'e göre, birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. TTK md.557/I'de de aynı hükme yer verilmiş bulunmaktadır⁴⁴⁶. Söz konusu hükme göre, birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır.

Daha öncede ifade etmiş olduğumuz üzere, bireysel indirim sebepleri ile ilgili olan ve tasarıda yer alan hüküm kanun metnine alınmamıştır. Aynı tarihte yürürlüğe giren her iki Kanun arasında (TTK ve TBK) neden böyle bir farklılığa yer verilmiş olduğunu anlamak mümkün değildir⁴⁴⁷. Kanaatimizce kanun koyucu müteselsil

bu argümanın kabul edilmesi, alacaklının hukuki durumunu müteselsil borçlulardan biri lehine zorlaştırmak anlamına gelmektedir. Tazminatın hesaplanmasında bireysel indirim sebeplerinin dikkate alınması tazminat miktarının indirilmesine neden olur ve böylece müteselsil borç ilişkisinde yer alan alacaklının korunması fonksiyonunda bir delik açılmış olur (*Gautschi*, s.124). Aynı doğrultuda bkz. *BeKomm/Brehm*, Art.50 N.43.

⁴⁴⁵ *Eren*, Haftung, s.414; *Casanova*, s.39; *Eren*, s.821; *Kırca*, s.657 vd.; *Nomer*, Haksız Fiiller, s.57.

⁴⁴⁶ *Çamoğlu*'na göre, TTK md.557, yürürlükteki alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesini alacaklı lehine bozan mutlak teselsül kuralını terk etmiş, bunun yerine sorumluluk hukukunun temel ilkelerine, dolayısıyla da adalet düşüncesine daha uygun olan farklılaştırılmış teselsül ilkesini getirmiştir (*Çamoğlu*, s.415).

⁴⁴⁷ Aynı yönde eleştiri için bkz. *Kapanıcı*, s.40.

sorumluluk bakımından adeta kaşık ile verdiğini kepçe ile geri almaktadır. Zira isabetli bir biçimde eksik ve tam teselsül ayrımını ortadan kaldırmış, ancak aynı paralelde öğreti tarafından uzun yıllardır eleştirilen iki sorunlu hususu değiştirme gereğini görmemiştir. Bunu anlayabilmek mümkün değildir. Bunlardan ilki bahsetmiş olduğumuz bireysel indirim sebepleri ile ilgili olan husustur. Diğeri ise, bir sonraki kısımda ele alacağımız zamanaşımının kesilmesi ile ilgili olan hükümdür.

- Müteselsil sorumluluk ile amaçlanan mümkün olduğunca alacaklının tam tatmini ile, bütün masrafların müteselsil borçlulardan biri üzerinde bırakılmaması, bilakis borçlular arasında paylaşılmasıdır⁴⁴⁸. Zira müteselsil borç ilişkisinde bireysel indirim sebeplerinin kabul edilmemesi, esasen borçlulardan birini olumsuz etkileyecektir. Kendisinden talepte bulunulan müteselsil borçlu, yanında bir diğer borçlu da sorumlu olduğu için, bireysel indirim sebebini ileri sürememektedir. Bu durumda da borçlunun durumu, sırf birden çok kişi ile birlikte sorumlu olduğu için ağırlaştırılmaktadır. Oysa zarar görenin tazminat alacağının tam karşılanmaması durumunda, zarar gören bir diğer müteselsil sorumluya başvurarak, zararının kalanını elde edebilecektir.

Müteselsil sorumluların bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide ileri sürebilmesinin kabul edilmesi durumunda, her bir borçlunun sorumlu olacağı tutar birbirinden farklı olabilecektir. Bu durumda müteselsil sorumluluk en düşük tazminat tutarında söz konusu olur⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3729.

⁴⁴⁹ *Keller/Schöbi*, s.5 vd.; *Oftinger/Stark*, §10 N.33; *Schaffhauser/Zellweger*, N.1453; *Forstmoser*, s.370; *Weber*, einheitliche Lösung, s.357; *Casanova*, s.38; *Kırca*, s.657.

C. Öğreti ve İctihatlarda Yer Alan Reddedici Tutumlar

Öğretide müteselsil sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin olarak bir uzlaşma olmadığı için, bireysel indirim sebeplerinin uygunluğuna ilişkin tartışma hala günümüzde devam etmektedir. Bu doğrultuda eğer müteselsil sorumluluk, her bir borçlunun sadece alacaklıyı korumaya yönelik davrandığı ve alacağın mümkün olduğu kadar basit ve tam olarak ifasını sağlamaya yönelik olan mutlak tam sorumluluk ile bir tutulursa, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesi mümkün olmaz. Zira dış ilişkide zararın tazminin bireysel indirim sebeplerine dayanılarak indirilmesi, alacaklının her bir borçludan borcun tamamını talep etmesini engeller. Bu durumda alacaklı, talebini tamamıyla karşılatmak için birden çok borçluyu dava etmek zorunda kalabilir. Buna karşın müteselsil sorumluluk her ne kadar alacaklıyı korumakla birlikte farklı miktarda sorumluluk meblağlarının varlığını devam ettirecek şekilde ve zarar verenlerin menfaatlerini belli bir dereceye kadar dikkate alacak şekilde anlaşılacak olursa, bu durumda bireysel indirim sebepleri müteselsil sorumluluğa engel teşkil etmez.

Bugüne kadar bireysel indirim sebeplerinin müteselsil sorumluluğa uygun olup olmadığı ve müteselsil sorumlulukta da tek zarar verenin bulunduğu olaylarda olduğu gibi aynı ilke ve kuralların geçerli olup olmayacağı öğretide tartışmalıdır. Öğretinin bir kısmı bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesini hem eksik teselsül hem de tam teselsülde kabul etmemektedir⁴⁵⁰. Bu görüşle paralel bir biçimde İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da bireysel indirim sebeplerine ilişkin reddedici bir eğilim görülmektedir. Federal Mahkeme eski kararlarında bir kaç defa müteselsil sorumluluğa ilişkin maddi tazminatı bireysel indirim sebepleri dolayısıyla azaltmış

⁴⁵⁰ Merz, s.107 vd.; BeKomm/Brehm, Art.50 N.43, Art.51 N.29 vd.; Zellweger, s.74; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.50 N.12, Art.51 N.9; Gautschi, s.120; Kılıçoğlu, Sorumluluk, s.172.

veya en azından böyle bir imkandan bahsetmiştir⁴⁵¹. Yeni kararlarında ise böyle bir indirim genellikle reddedilmiş veya bu indirim imkanı teorik olarak değerlendirilmiştir.

Bireysel indirim sebeplerinin müteselsil sorumlulukta dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürülebilmesini kabul etmeyen yazarlar, bunu esasen aşağıdaki gerekçelere dayandırmaktadırlar.

- Bireysel indirim sebepleri TBK md.62'nin (İBK md.50/II ve md.51/I) açık hükmüne göre dış ilişkide dikkate alınmamalıdır. Bu hükümler sadece denkleştirme ilişkisi (iç ilişki) ile ilgilidir ve borçluların kendi aralarındaki sorumluluk oranlarını tespit eder.

- Müteselsil borç ilişkisinin zarar görene sağladığı avantaj, tazminatın tamamı ödeninceye kadar bütün borçluların zarar görene karşı sorumluluklarının devam etmesidir ve gerekirse müteselsil borçluların sorumluluklarının ağırlaştırılması alacaklının tam tatmini bakımından göze alınmalıdır⁴⁵². Denkleştirme ilişkisi, müteselsil borç ilişkisinde kendi sorumlu olduğu tutardan fazla miktarda ödemede bulunan borçluya, bu durumu düzeltme imkanı sağlar. Bu durumda borçlu diğer borçluların ödeme güçsüzlüğü riskini taşır. Ancak bu durum, zarar görenin bu riski taşımasına göre daha az hakkaniyete aykırıdır. Bireysel indirim sebeplerinin müteselsil borç ilişkisinde ileri sürülebilmesi kabul edilirse, zarar gören birden fazla sorumluya başvurmak zorunda kalacaktır ve bu da müteselsil sorumluluğun yapısı ile uyumlu olmayacaktır⁴⁵³.

⁴⁵¹ Körner, N.466.

⁴⁵² Gautschi, s.118.

⁴⁵³ BeKomm/Brehm, Art.50 N.43.

Yukarıda ele aldığımız genel açıklamalardan sonra aşağıda bireysel indirim sebeplerinin kabul edilmemesine ilişkin gerekçeler ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

1. Öğretide Bireysel İndirim Sebeplerini Reddeden Görüşün Gerekçeleri

1.1 Müteselsil Sorumluluğun Koruma Fonksiyonu

Müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceğine ilişkin temel argüman müteselsil sorumluluğun alacaklıyı mümkün olduğunca basit ve tam olarak tatmin etmesi amacını taşıyan koruma fonksiyonudur⁴⁵⁴. Bu görüş kapsamında, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide uygulanmasının müteselsil sorumluluğun, zarar göreninin konumunun güçlendirilmesine yönelik olan özüne aykırı olacağı vurgulanmaktadır⁴⁵⁵. Zira müteselsil sorumlulardan biri zarar görene karşı kendisinin daha hafif kusurunu ileri sürebilir ve bundan da sorumluluğunun indirilmesi sonucunu elde ederse, zarar gören geri kalan zararının tazminini sağlamak için diğer sorumlulara da başvurmak zorunda kalacaktır. Bu şekilde borçluların ödeme gücü riski zarar görene aktarılmış olur ve böylece zarara uğrayan kişinin zararının bir kısmı tazmin edilmiş olmaz. Zarar verenlerin çok hafif derecede bir kusurları olsa bile, sonuçta zarara bunlar sebep olmuştur⁴⁵⁶.

Karşı görüşte olan yazarlara⁴⁵⁷ göre ise, bu sonuç bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesinin adalete aykırı olduğunu savunmaya esas olamaz. Sorumlulardan birinin sadece başkaları da kendisi ile birlikte sorumlu olduğu için zarar görene karşı daha ağır bir hukuki duruma düşürülmesindeki adaletsizlik çok daha ağır olup, bu

⁴⁵⁴ Reichwein, s.130; Gautschi, s.124.

⁴⁵⁵ BeKomm/Brehm, Art.50 N.43; Merz, s.109; Reichwein, s.130; BeKomm/Fellmann, Art.403 N.87; Gautschi, s.124 vd.; Helvacı, s.232; Ağdağ Güney, s.1219.

⁴⁵⁶ Zellweger, s.70; Merz, s.109; BeKomm/Brehm, Art.50 N.43.

⁴⁵⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.702; Kırca, s.657.

adaletsizliğin rücu sırasında giderilebileceğini düşünmek de yanıltıcıdır. Kanaatimizce bu ödenmeyen kısım, her zaman için zarar verenlerin üzerine yıkılmaktadır ve bu nedenle bu gerekçeye katılmak mümkün değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanaatimizce dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi halinde de, müteselsil sorumluluğun zarar göreni korumaya yönelik işlevi devam etmektedir. Zira zarar görenin birden fazla zarar vereni dava edebilmesi yoluyla, zaten zarar görene karşı zararının tam tazmini büyük oranda garanti edilmiş olmaktadır⁴⁵⁸. Bu suretle, bireysel indirim sebeplerini ileri sürmüş olan ve tazminat yükümlülüğü azaltılmış olan müteselsil borçludan elde edilemeyen kısım, diğer borçlulardan talepte bulunularak karşılanabilecektir. Açığı kapatma yükümü (*Überschussdeckung*) olarak da adlandırılan bu durum, yani indirim sebebiyle zarar görenin alacağını tam olarak elde edememesi halinde diğer borçluların alacaklı tam tatmin edilinceye kadar yükümlü olmaya devam etmesi, bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi halinde geçerlidir⁴⁵⁹. Aynı durum bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceğinin kabulü halinde de geçerlidir. Örneğin zarar görenin zararının tamamını talep etmiş olduğu borçlu, ödeme gücü nedeniyle tazminatın bir kısmını ödemiş olsa, bu durumda da zarar gören kalan kısım için diğer borçluları sorumlu tutacaktır⁴⁶⁰. Dolayısıyla da müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi, bu anlamda zarar görenin korunmasına yönelik bir kısıtlama getirmemektedir.

⁴⁵⁸ Rey, N.1479; Forstmoser, s.370; Hablützel, s.113.

⁴⁵⁹ Hoffmann Nowotny/von der Crone, s.264; von Büren, s.105 vd.; Körner, N.617; Böckli, §18 N.516; Ağdağ Güney, s.1222. TTK md.557 hükmüne ilişkin gerekçede de açıkça, teselsül tavanı içinde müteselsil sorumluluk gereği açığı kapama yükümünün aynen devam edeceği belirtilmektedir.

⁴⁶⁰ Otfinger/Stark, §10 N.101.

1.2 Zarara Yol Açan Fiile Yapılan Katkının Dikkate Alınmaması

Müteselsil sorumluluk, öğretinin bir kısmı için sadece çok hafıf kusuru olan bir kişinin bile dış ilışkide bütün zararı karşılamak zorunda olması anlamına gelmektedir⁴⁶¹. Bu görüşe göre, bu durum kısmen İBK md.50'nin lafzından anlaşılmaktadır. Zira söz konusu hükme göre, teşvik eden, asıl fail ve yardım eden arasında bir ayırım yapılmaksızın, fiile katılanlar eşit olarak sorumlu tutulur. Teşvik eden fiili gerçekleştiren asıl fail gibi aynı katkı ile zarara neden olmayacağı için, bu durumdan her bir zarar verenin fiile katkısının biçimi ve yoğunluğunun dikkate alınmayacağı sonucu ortaya çıkarılmaktadır. Aynı şekilde teşvik eden veya yardım eden de daha az kusuru olduğuna dayanamaz. Bu görüşe göre, indirim sebeplerinin belirlenmesinde de söz konusu olan hakimın takdir yetkisini iç ilışki ile sınırlandıran İBK md.50/II ile de bu prensip teyit edilmektedir⁴⁶².

1.2.1 Zarara Yol Açan Fiilin *Ortak Kusurla* İşlenmesi Halinde Her Bir Zarar Vereninin Katkısının Dikkate Alınmaması

Birden fazla zarar verenin ortak kusurla zarara birlikte sebep olduğu hallerde, zarar verenlerin katkısının aynı şekilde görülmesi ve genel bir bakış açısı ile değerlendirilmesi, ortak kusurdan dolayı haklılık taşıır⁴⁶³. Ortak kusur çeşitli faillerin katkılarının bir tutulmasına neden olur ki, bu genel bir bakış açısı ile değerlendirmeyi haklı gösterir. Bunun yanında birden fazla zarar verenin işbirliği yapması durumunda, zarar gören büyük risklerle karşı karşıya kalabilir. Zarar görenin bu şekilde ağırlaşmış şartlardan muzdarip olmaması için, birden fazla zarar verenin birlikte ele alınması haklıdır. Birlikte hareket eden zarar verenlerin kusurlarının bu şekilde ağır bir biçimde

⁴⁶¹ Merz, s.107 vd.; Reichwein, s.129.

⁴⁶² Merz, s.108.

⁴⁶³ Körner, N.469.

ele alınması, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide dikkate alınmamasına yol açar⁴⁶⁴. Her bir zarar verenin hafif kusuruna dayanması düşünülemez, zira onun kusuru ortak irade nedeniyle hiç bir zaman hafif görülemez.

Bu görüş İsviçre 2020 Tasarısında da benimsenmiştir. Tasarının 200. maddesi kapsamında sorumluluğun kapsamına ilişkin bir ayırım yapılmıştır. Böylece tasarıda müteselsil borçluların ortak bir kararla mı zarara sebebiyet veren fiili işledikleri ve birlikte isteyerek mi hareket ettikleri ile zarara birbirinden bağımsız olarak mı sebebiyet verdikleri arasında bir ayırım yapılmıştır. Bir diğer ifade ile burada birbirinin yanında ve birlikte sorumlu olma durumları arasında bir ayırım yapılmıştır. Bunun sonucunda da birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet vermişse, bunların dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri süremeyeceği ifade edilmektedir⁴⁶⁵. Böylelikle bunların bireysel sorumluluğu ancak iç ilişkide tespit edilebilecektir.

1.2.2 Zarara Yol Açan Fiilin Farklı Sebeplerle Dayanan Fillerle İşlenmesi Halinde Her Bir Zarar Veren Katkısının Dikkate Alınmaması

Birbirinden bağımsız hareket eden birden fazla zarar verenin bir zarara yol açması halinde, ortak kusur isnadında bulunulamaz. Eğer birbirinden bağımsız fiiller zarara sebep olursa, kural olarak sorumlulardan her biri ayrı olarak ele alınmalı ve kusurları bireysel olarak değerlendirilmelidir. Buna rağmen bütün zarar verenlerin tam sorumluluğu için bir çözüme varmak açısından öğretinin bir kısmı, zarar ve sebep arasındaki uygun illiyet bağı teorisine başvurmaktadır⁴⁶⁶.

Birbirinden bağımsız olarak zarara yol açan birden çok kişinin müteselsil sorumluluğunda, bir kişi tek başına veya kendisinin yanında başka bir kişi ya da

⁴⁶⁴ Weber, einheitliche Lösung, s.356 vd. Aksi görüş için bkz. Keller/Gabi, s.134.

⁴⁶⁵ Furrer/Körner, Art.200 N.5 vd.

⁴⁶⁶ Körner, N.470.

şartların, oluşan zarara neden olup olmadığından bağımsız olarak sorumlu tutulur. Bu bağlamda sorumlulardan her birinin zarara yol açan fiile bir katkısının olması, yani sorumluluğun doğması için kısmi bir nedenin ortaya konması yeterlidir⁴⁶⁷. Bu kapsamda birbirinden bağımsız hareket edenlerin, birlikte hareket edenlerin müteselsil sorumluluğunda olduğu gibi zararın tamamından sorumlu tutulmasına ilişkin olarak, kısmi sebeplerin zararın tamamı ile uygun illiyet bağı içinde olabileceği görüşü savunulmaktadır⁴⁶⁸. Eğer zararın meydana gelmesi için her bir kısmi sebep aynı derecede önemli görülürse, kısmi sebepte bulunan her bir zarar verenin aynı miktarda sorumlu olması yani zararın tamamından sorumlu olması sonucu ortaya çıkar⁴⁶⁹. Müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin uygunluğuna ilişkin tartışma çerçevesinde bir görüşe⁴⁷⁰ göre ise, müteselsil sorumluluğun sınırlandırılması ancak her bir fiilin sebep olduğu zarar açıkça birbirinden ayrılabilirse mümkün olabilir. Buna karşılık zarar bir bütünlük arz ediyorsa ve münferit zararlar belirli bir katkıya isnat edilemiyorsa, zarar görenin korunması anlamında bütün zarar verenlerin zararın tamamından sorumlu olması haklı görülebilir.

Kanaatimizce de eğer zarar verenlerden birinin zararın tamamına sebep olmadığı tespit edilebiliyorsa ve diğer sebeplerle birleşince zarara sebep olmuşsa, bu durumda zarar vereni zararın tamamından sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle somut olayda zarara yol açan sebeplerin aynı derecede zararın meydana gelmesine katkıda bulunup bulunmadığı incelenmeli ve bu doğrultuda her zaman için zarara yol açan sebepler aynı şekilde değerlendirilmemelidir⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Weber, einheitliche Lösung, s.342.

⁴⁶⁸ Bu konuda bkz. Widmer/Wessner, s.164.

⁴⁶⁹ Oftinger/Stark, §3 N.83.

⁴⁷⁰ Roberto, Haftpflichtrecht, N.550.

⁴⁷¹ Weber, einheitliche Lösung, s.343.

1.3 Dış İlişki ve İç İlişkinin Birbirine Karışması ve Bu Bağlamda Rücunun Geçersizliği

Öğretide bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebilmesini reddeden yazarlar⁴⁷², dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin uygulanmasının müteselsil borçlular arasında rücuyla geçersiz kılacağına işaret etmektedir. Eğer müteselsil sorumlular, zarar görene karşı sorumluluğun indirilmesine dayanabilirse zararın dağıtılması çoktan yapılmış olur⁴⁷³. Hakimin dış ilişkide tazminatın miktarını her bir zarar veren için tam olarak somut biçimde tespit edip edemeyeceği sorusunun yanı sıra, rücunun kanunen öngörüldüğü ve müteselsil sorumluluğun bir parçası olduğu vurgulanmaktadır. Rücunun varlığı müteselsil sorumlular arasında sorumluluğun iç paylaşımı yanında, zarar görenin bilinçli hareket tarzı ile borçlular arasında zararın nihai olarak paylaşılmasını etkilemesini engelleyebilir⁴⁷⁴.

Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesine ilişkin tartışmaya ilişkin olarak rücu problemi çerçevesinde, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide kabulünün müteselsil borç ilişkisinde iç ve dış ilişkinin birbirine karışmasına yol açabileceği de ifade edilmektedir. Oysa müteselsil sorumlulukta dış ilişki ve iç ilişki kapsamında farklı problem çevresi söz konusu olduğu için⁴⁷⁵, bu ilişkiler birbirinden kesin olarak ayrı ele alınmalıdır⁴⁷⁶. Bu gerekliliğin bir taraftan doğrudan usul hukukundan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Zira dış ilişkideki bir hüküm esas itibarıyla dava arkadaşlarının birbiri arasındaki iç ilişkiye karşı herhangi bir hukuki etki doğurmaz, çünkü bu ilişki asıl davanın konusu değildir. Diğer taraftan da asli ve

⁴⁷² Merz, s.108; BeKomm/Brehm, Art.51 N.30.

⁴⁷³ Hartmann, s.154 vd.

⁴⁷⁴ BeKomm/Brehm, Art.51 N.16.

⁴⁷⁵ Merz, s.109; Gautschi, s.82.

⁴⁷⁶ Müteselsil sorumlulukta her iki hukuki ilişkinin katı bir biçimde birbirinden ayrılması Roma hukukundaki müteselsil borç anlayışından kaynaklanmaktadır (Bentele, s.45).

rücu ilişkilerinin birlikte ele alınması arzu edilmez, çünkü davalı kendini kurtarmak için diğerine suç atmak zorunda kalacaktır. Bu durumdan da muhtemelen zarar gören faydalanacaktır.

Kanaatimizce dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi, iç ilişki ve dış ilişkinin birbirine karışmasına yol açmaz. Zira her iki hukuki ilişki kapsamında farklı problem çevreleri söz konusudur. Bu doğrultuda eğer hakim dış ilişkide nihai olarak zarar dağıtımını yaparsa, dış ilişki ve iç ilişki birbirine karışmış olur. Oysa bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesi ile hakim sadece bireysel olarak tazminat miktarını belirleyecektir. Zararın nihai dağılımı ise yine iç ilişkide yapılacaktır. Tekrar belirtmek gerekirse, dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi, dış ilişkide zararın nihai olarak dağılımının yapılacağı anlamına gelmemektedir⁴⁷⁷. Örneğin A, B ve C'nin müteselsilen sorumlu olduğu bir durumda, A ve B'nin ileri sürebileceği bir indirim sebebi olmadığı için, dış ilişkide zarar görene karşı zararın %100'den sorumludurlar. C ise, hatır fiili nedeniyle zarara ihmali bir davranışla sebep olmuştur ve bundan dolayı zararın %60'dan zarar görene karşı sorumludur. Örnek olayda söz konusu olan bu oranlar sadece dış ilişkide geçerlidir. İç ilişkide farklı oranlar söz konusu olabilecektir. Bu nedenle de iç ilişki ve dış ilişki birbirine karışmamaktadır. Aksine bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi halinde de, dış ilişki ve iç ilişki birbirinden kesin olarak ayrı ele alınmalıdır. Zira daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi her iki hukuki ilişkinin ele aldığı problem farklıdır. Bu doğrultuda hakim öncelikle her bir zarar verenin zarara yol açma sebebini ve zarara katkısını tam olarak tespit edebilmek için, her bir zarar verenin davranışını bireysel olarak ele almalıdır. Ancak bununla birlikte hakimin tazminattan indirime karar verebilmesi için zarar verenin davranışını genel bir bakış açısı ile de ele alması

⁴⁷⁷ Casanova, s.35 vd.

gerekir. Bir diğerk anlatımla, hakimın dış ilışkide zarar verenlerden biri için tazminattan indirim karara verebilmesi için, dış ilışkide birden fazla zarar verenin davranışı arasında bir karşılaştırma yapması gerekir. Zarar verenlerin fiilleri arasında dış ilışkide bir karşılaştırma yapılması, aynı zamanda i ilışkide ele alınacak rücu problemi için de yardımcı olacaktır. Bu nedenle her ne kadar dış ilışkide önce bireysel değerlendirme ardından genel değerlendirmenin yapılması hakimın iş yükünü artıracak olsa da, bu yapmış olduğu değerlendirme i ilışki bakımından adeta bir ön hazırlık olacak ve hakimın işini kolaylaştıracaktır.

Müteselsil sorumlulukta dış ilışkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi, i ilışkide ileri srlmeyeceği anlamına da gelmemektedir. Zira müteselsil borçlular arasında nihai zarar paylarının tespitinde bireysel indirim sebepleri yine dikkate alınacaktır. Bu doğrultuda hakim i ilışkide farklı bir zarar dağılımı yapabilir. Zira zararın müteselsil borçlular arasında nihai olarak belirlendiği yer i ilışkidir.

1.4 Hukuki Yargılama

Zarar gören karşısında birden fazla sorumlunun yer alması halinde, zarar gören zararın tazmini için kendi seçimine göre, İBK md.144/I'e (TBK md.163/I) kapsamında borçlulardan birini veya birden fazlasını dava edebilir. Mahkeme tarafından müteselsil sorumluluk re'sen dikkate alınmaz. Zarar gören sorumluları müteselsilen dava edebilir⁴⁷⁸. Ancak böyle bir talepte bulunulmazsa hakim sadece her bir zarar verenin sorumlu olduğu paya göre zararın dağılımını yapar⁴⁷⁹. Müteselsil sorumluluk tek bir zarar verici olaya ve böylece tek bir hadiseye dayandığı için birden fazla müteselsil borçluya karşı açılacak davalar İsviçre Medeni Usul Kanunu (ZPO) md.71'e ve HMK

⁴⁷⁸ *Gautschi*, s.156.

⁴⁷⁹ *BeKomm/Brehm*, Art.51 N.7. Aksi görüş için bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altp*, s.704.

md.57'e göre ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin kurallara tabidir⁴⁸⁰. Dava arkadaşlığına rağmen her bir davalı davayı diğerlerinden bağımsız olarak yürütebilir⁴⁸¹. Dava işlemleri, iddialar veya karşı iddiaların kabulü kural olarak diğer davalıları etkilemez. Ancak hakimin delilleri değerlendirmesi çerçevesinde ispata ilişkin hususlar bütün davalıları etkiler. Birden fazla sorumluya karşı müteselsilen dava açılması ve sorumluların dava arkadaşlığı halinde de farklı davalar birbirinden bağımsızdır. Bunun sonucunda da her bir müteselsil borçlu kendi davasında bağımsız olarak delilleri ortaya koyabilir ve ispat sürecini bağımsız olarak yönetebilir. Zarar gören sadece zarar verenlerden birini dava ediyorsa, kendisine karşı dava açılan zarar veren ZPO md.78/I'e ve HMK md.61/I'e göre diğerlerine bu davayı ihbar edebilir (*einfachen Streitverkündung*). Müteselsil sorumlulukta davanın ihbarı özellikle rücu sürecine ilişkin olarak önem taşımaktadır⁴⁸². Davayı ihbar edenin davayı kaybetmesi halinde, davaya çağrılan kişinin zarar görene karşı açılan davaya katılmasında özel bir menfaati vardır. Davaya katılmaya çağrılan kişinin kural olarak davanın ihbarına uymak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Ancak müteselsil sorumlulardan biri diğer bir sorumluyu ihbar davası yoluyla (*Streitverkündungsklage*-ZPO md.81)⁴⁸³ davaya dahil ederse, davaya çağrılan kişi bu çağrıya uymak zorundadır⁴⁸⁴.

Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesine karşı yapılan dogmatik itirazların yanında, uygulamadaki güçlükler de bunların reddine gerekçe olarak sunulmaktadır. Zira İBK md.43 ve md.44'ün (TBK md.51 ve md.52) dış ilişkiye ilişkin davalarda uygulanmasının, mahkemeye çok ciddi bir yük getireceği

⁴⁸⁰ Körner, N.475; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.480.

⁴⁸¹ Guldener, s.301 vd; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.484.

⁴⁸² Körner, N.475.

⁴⁸³ Belirtmek gerekmektedir ki, HMK'da ihbar davası yoluyla, davaya katılmaya çağrılan kişiye bu konuda yükümlülük yüklenmesine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır.

⁴⁸⁴ Klett/Bielmann, s.311.

ifade edilmektedir⁴⁸⁵. Bu görüşe göre dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi kabul edilirse, mahkemeler yargılama sürecine katılan kişilere göre bireysel sorumluluk miktarını iki defa tespit etmek zoruna kalacaktır⁴⁸⁶. Mahkeme ilk olarak zarar görenin açmış olduğu davaya ilişkin yargılamada, daha sonra müteselsil sorumlular arasındaki rücu yargılamasında bireysel indirim sebeplerini dikkate alarak her bir zarar veren için tazminat miktarını belirleyecektir. Bunun dışında zarar görenin ciddi bir yargılama rizikosuna ile karşı karşıya bırakılmakta olduğu da ileri sürülmektedir⁴⁸⁷. Zira zarar gören zararının tazmini için duruma göre birden fazla kişiye karşı birden fazla dava açmak zorunda kalabilecektir. Ayrıca kendisine İBK md.43'e göre daha az kusur isnat edilebiliyorsa, her bir zarar verenle kusurun ağırlığı konusunda mücadele etmek zorunda kalacaktır. Bu durumun ise alacaklının, zararın tamamının zarar gören üzerinde bırakılmasına karşı korunduğu müteselsil sorumluluğun ruhuna ters düştüğü ileri sürülmektedir⁴⁸⁸.

Birden fazla zarar verenin olması durumunda yargılama masrafları sıklıkla güçlüklerle yol açmaktadır. Dava masraflarının paylaştırılması ilke olarak davacı veya davalıya davayı kaybetme ölçüsünde yüklenmektedir (ZPO md.106/HMK md.326). Burada hakim kural olarak her somut durumda bu masrafları takdir edebilir. Çoğu durumda davacı birden fazla müteselsil borçluya karşı açtığı davada her bir davalıya

⁴⁸⁵ Zellweger, s.74. *Kapancı*'ya göre, hakimin işinin zorlaşması bireysel indirim sebeplerinin reddine ilişkin bir gerekçe olarak kabul edilemez (*Kapancı*, s.42).

⁴⁸⁶ Zellweger, s.74 vd.

⁴⁸⁷ Zellweger, s.74 vd. Yazara göre, dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesi kabul edilirse, alacaklı, kısmi borçluluktaki alacaklının hukuki durumuna göre bile daha kötü bir duruma düşürülmüş olmaktadır. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Müteselsil sorumluluk kapsamında alacaklı hiçbir zaman kısmi borçluluğa oranla daha kötü bir duruma düşmez. Zira zarar gören müteselsil borçluların birinden alınamayan miktar için daima diğer borçluları sorumlu tutabilecektir. Oysa kısmi borçlulukta borçluların birinden alınamayan kısım için diğer borçlulara başvurmak mümkün değildir.

⁴⁸⁸ Körner, N.476.

karşı yargılama masrafları rizikosunu tam anlamıyla üstlenmiş olmaktadır. Dava arkadaşlığında her bir davanın bağımsız olmasına ilişkin olarak, her bir davanın harcı da davanın uyuşmazlık değerine göre tespit edilmektedir. Ancak mahkeme masrafları farklı zarar verenlere karşı açılan davaların birleştirilmesi yoluyla önemli ölçüde indirilebilir. Bu sebeple her bir dava için bütün mahkeme masraflarının ödenmesi zorunlu değildir. Buna karşılık tarafların ödeyeceği vekalet ücreti davanın tek bir avukatla temsil edilip edilmemesine bağlıdır (ZPO md.72).

Bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesine karşı olan görüşe göre, zarar verenlerin zarar görene karşı bireysel indirim sebeplerini ileri süreme imkanı, muhtemelen sık sık dış ilişkide müteselsil borçlular arasında menfaat çatışmasına yol açacaktır. Bu sebeple bütün sorumluların tek bir avukatla temsil fiili olarak mümkün değildir. Bu yüzden dava açan zarar gören, her durumda zarar verenlere karşı yargılama masrafları rizikosunu kendisi taşıyacaktır. Burada zarar göreni dava açmaktan vazgeçmeye veya tüm zararının tazmin edilememe riskini taşıyarak sadece bir zarar görene dava açmaya iten gerçeklikten kaygı duyulmaktadır⁴⁸⁹.

2. Federal Mahkemenin Bireysel İndirim Sebeplerine İlişkin Tutumu

Müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkin olarak Federal mahkeme kararları⁴⁹⁰ incelendiğinde, mahkemenin mutlak bir müteselsil sorumluluk (*absolute Solidarität*) anlayışından hareket etmekte olduğu görülmektedir⁴⁹¹. Müteselsil sorumlulukta alacaklı/zarar gören (sözleşme ile kararlaştırılmasından veya kanunen öngörülmüş olmasından bağımsız

⁴⁸⁹ Körner, N.477.

⁴⁹⁰ BGE 127 III 257, 113 II 331, 98 II 103, 93 II 322.

⁴⁹¹ Casanova, s.32; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.50 N.12; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N.503; Hoffmann Nowotny, s.432.

olarak) her bir borçludan zararının sadece bir kısmını ya da tamamını talep edebilir. Bu temel ilke İBK md.144'e dayanmaktadır ve Federal mahkeme bu ilkedan hareketle kural olarak bireysel indirim sebeplerinin müteselsil sorumlulukta dış ilişkide ileri sürülmesini reddetmektedir. Federal mahkeme bireysel indirim sebeplerinin geçerliliğine karşı temel argüman olarak, müteselsil sorumluluğun işlevinin alacaklıyı korumak olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca İBK md.144 ile zarar görenin talebinin mümkün olduğunca tam biçimde karşılanmasının amaçlandığı, böylece zarar gören karşısında birden çok kişinin yer almasının dezavantajlı durumunu dengelediği de belirtilmektedir.

Federal mahkemeye göre, müteselsil borçluların tam sorumluluğu, zarar göreni birden çok zarar verenin bulunması halinde korumak ve böylece de teselsülün anlam ve ruhunu yerine getirmek için bir araçtır. Federal mahkeme zarar verenlerin menfaatlerinin iç ilişkide denkleştirme imkanı ile dikkate alındığını ifade etmektedir⁴⁹². Sorumluların ödeme güçsüzlüğü riskinin zarar verenler tarafından taşınması gerekir. Eğer zarar gören, zararın meydana gelmesinde bir kusuru olmadığı halde bu riski taşımak durumunda kalırsa, bu hakkaniyete aykırıdır⁴⁹³.

Federal mahkeme müteselsil sorumluların ödeyeceği tazminatın indirilmesindeki bu çekincesini genellikle üçüncü kişinin kusuruna dayanmanın uygun olmaması bağlamında gerekçelendirmiştir⁴⁹⁴. Mahkemeye göre, zarar verenlerden biri, müteselsil borç ilişkisinde diğer borçluların kusurunu, kendi sorumluluğundan kurtulmak veya kendi sorumluluğunu azaltmak için ileri süremez⁴⁹⁵. Bununla birlikte üçüncü kişinin davranışının, davalının davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağı

⁴⁹² *Huguenin*, N.2307.

⁴⁹³ BGE 113 II 331, 112 II 144, 93 II 322, 89 II 122 vd.

⁴⁹⁴ *Casanova*, s.32; *Huguenin*, N.2307.

⁴⁹⁵ BGE 130 III 603, 115 II 44 vd., 113 II 330 vd., 112 II 143 vd., 97 II 343 vd.

ortadan kaldıracak kadar ağır olması⁴⁹⁶ söz konusu durumun istisnası olarak gösterilmektedir. Eğer üçüncü kişinin kusuru zarar gören tarafından sorumlu tutulan kişi için illiyet bağıını keserse, davalının sorumluluğu da ortadan kalkar. Bu istisnai durum, sorumluluğun ortadan kalkmasına yol açacağı ve sorumluluğun indirilmesine yol açmayacağı için, sadece dış ilişkide zararın indirilmesi imkanı bakımından şartlı olarak önem arz etmektedir⁴⁹⁷.

Federal mahkeme yukarıda da ayrıntılı olarak açıklamış olduğumuz üzere, kural olarak dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini dikkate almamaktadır⁴⁹⁸. Buna ilişkin temel gerekçesi de, müteselsil sorumluluğun temel işlevinin alacaklıyı korumak ve bu nedenle de İBK md.144 gereğince sorumluların borcun tamamından sorumlu olduğudur. Bununla birlikte Federal mahkeme bireysel indirim sebeplerini ele alırken bir orta yol bulmak adına eksik teselsül-tam teselsül ayırımından hareket etmektedir⁴⁹⁹. Bu doğrultuda aşağıda Federal mahkemenin eksik teselsül ve tam teselsül durumlarında bireysel indirim sebeplerine karşı tutumu ayrı ayrı ele alınacaktır.

⁴⁹⁶ BGE 93 II 322.

⁴⁹⁷ Tekinay, s.218.

⁴⁹⁸ Yargıtay 11.HD'i 29.1.2007 tarih ve E.2007/420, K.2007/1032 sayılı kararında her ne kadar açıkça bireysel indirim sebeplerini ele almamış olsa da, *"Davalılar, yukarıda açıklandığı üzere somut olayda davacılara karşı muhtelif sebeplere binaen mesul olduklarından, BK'nun 51/1. maddesi hükmü gözetilerek, zarardan talep gibi müteselsilen (zararın tamamından) sorumlu tutulmaları gerekirken, sorumluların ancak iç ilişkide birbirlerine açacakları rücu davalarında uygulama yeri olan kusur oranında tahsile karar verilmiş olması doğru görülmemiştir"* ifadesi ile bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülemeyeceğini ifade etmiş olmaktadır. Aynı doğrultuda bkz. 11.HD 11.1.2010 tarih ve E.2008/8845, K.2010/133; 21. HD 24.5.2005 tarih ve E.2005/3538, K.2005/5401; 21. HD 10.3.2008 tarih ve E.2007/15547, K.2008/3764 sayılı kararlar (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.03.2014).

⁴⁹⁹ Gautschi, s.118.

2.1 Tam Teselsül Durumlarında Federal Mahkemenin Tutumu

Federal Mahkeme yerleşmiş içtihatlarında⁵⁰⁰ tam teselsül halinde dış ilişkide zarar görene karşı bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesini kabul etmemektedir⁵⁰¹. Mahkemeye göre, kişisel kusurun hafifliği veya birlikte sorumlu olduğu kişinin kusurunun ağırlığı tazminat yükümlülüğünün indirimi için bir sebep olarak kabul edilemez. Bununla birlikte tam teselsülde, bütün borçluların tam sorumluluğu Federal Mahkeme tarafından ortak kusurla veya aynı hukuki sebepten dolayı sorumlulukla gerekçelendirilmemektedir. Bireysel indirim sebeplerinin kabul edilmemesi daha ziyade eksik teselsüle ilişkin yargı içtihatlarında dile getirilmekte ve bu kararlarda⁵⁰² sadece eksik teselsül durumlarında ve istisnai durumlarda indirim olanağının var olduğunu vurgulanmaktadır⁵⁰³. Söz konusu kararlara göre, kural olarak dış ilişkide zarar görenin korunması bütün borçluların tam sorumluluğunu gerektirmektedir⁵⁰⁴. Dış ilişkide indirim sebeplerinin değerlendirilmesinde kural

⁵⁰⁰ BGE 127 III 265, 113 II 331, 112 II 144, 98 II 104, 93 II 322, 89 II 122, 57 II 35, 55 II 315.

⁵⁰¹ Weiss, s.69.

⁵⁰² BGE 127 III 265. Söz konusu kararda Federal mahkeme eksik teselsül durumlarında bireysel indirim sebeplerinin her ne kadar reddedilmese de, bu konuda çekinceli bir tutumlarının olduğunu, zira aksi takdirde alacaklının istediği zarar verene başvurmasına imkan sağlayan teselsül ilkesinin bir anlamının kalmayacağını ifade etmektedir ("*...Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Herabsetzung nach Art. 43 Abs. 1 OR im externen Verhältnis der unechten Solidarität zwar nicht ausgeschlossen, doch ist dabei grosse Zurückhaltung angezeigt, weil andernfalls der Grundsatz der Solidarität, der es dem Geschädigten auszuwählen erlaubt, gegen welchen Schädiger er vorgehen will, in Frage gestellt würde...*"). Karara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.03.2014).

⁵⁰³ BeKomm/Brehm, Art.50 N.44; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N.503; Tekinay, s.218.

⁵⁰⁴ BGE 93 II 322 vd. Söz konusu kararda Federal mahkeme, hem tam teselsül hem de eksik teselsül de, zarar görene karşı zarar verenlerden birinin sorumluluğunun, aynı zarardan bir başkasıyla birlikte sorumlu olduğu için, kural olarak azaltılamayacağını, sorumluların zarar görene karşı zararın tamamından sorumlu olduğunu, bu kanuni düzenlemenin amacının da zarar görenin mümkün olduğunca tam tatmini olduğunu ifade etmektedir ("*...Gleich wie bei echter Solidarität wird auch bei blosser Anspruchskonkurrenz die Haftung eines Schädigers gegenüber dem Geschädigten grundsätzlich nicht dadurch vermindert, dass für den gleichen Schaden auch noch ein Dritter einzustehen hat. Jeder der*").

olarak, birden fazla zarar verenin zarara birlikte veya birbirinden bağımsız olarak sebep olup olmadığı esas alınmamaktadır⁵⁰⁵ ve bundan dolayı eksik ve tam teselsül arasında bir ayırım yapılmasına gerek yoktur. Buna rağmen Federal mahkeme bu ayırımı yapmaya ısrarla devam etmektedir⁵⁰⁶.

2.2 Eksik Teselsül Durumlarında Federal Mahkemenin Tutumu

İBK md.51'e göre zarara sebep olunan durumlarda Federal mahkeme kural olarak aynı şekilde mutlak tam sorumluluğu dikkate almış ve bireysel indirim sebeplerini uygulamamıştır. Bununla birlikte Federal mahkemenin bu tutumunun istisnaları da bulunmaktadır. Federal mahkeme bazı eski kararlarında⁵⁰⁷ zarar verenlerden birinin tazminat yükümlülüğünü daha dış ilişkide indirmiştir. Söz konusu durumlarda davalının kusuru genel olarak üçüncü kişinin veya zarar görenin ağır kusuru gibi diğer faktörler nedeniyle hafif görülmüştür⁵⁰⁸. Federal mahkeme bu kararlarda tazminat yükümlülüğünü azaltmış olsa da, neden mutlak teselsül prensibinden ayrıldığını açıkça belirtmemiştir.

Federal mahkeme müteselsil sorumluluğa ilişkin diğer kararlarında⁵⁰⁹ her ne kadar indirim olanağına işaret etmiş olsa da, bunu uygulamamıştır. Tam sorumluluk ilkesinin istisnaları sadece büyük çekincelerle ve sadece özel şartların varlığı halinde geçerlidir⁵¹⁰. Bundan dolayı özel şartlar altında kural olarak indirme imkanından söz

beiden Verantwortlichen haftet dem Geschädigten für den ganzen Schaden. Diese gesetzliche Regelung will dem Geschädigten eine möglichst vollständige Befriedigung für seinen Anspruch...". Karara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 22.03.2014).

⁵⁰⁵ BGE 104 II 229 vd.

⁵⁰⁶ Körner, N.480.

⁵⁰⁷ BGE 95 II 107 vd, 59 II 43 vd.

⁵⁰⁸ Weiss, s.69.

⁵⁰⁹ BGE 127 III 265, 112 II 143 vd., 93 II 317 vd., 89 II 123, 66 II 118 vd.

⁵¹⁰ BGE 93 II 323.

edilmesinin yerinde olup olmayacağı sorusunun sorulması gerekir. Ancak, eğer davalının kusuru, dış ilişkide tüm zararı üstlenmek zorunda olmasını son derece haksız gösterecek kadar az ise ve üçüncü kişinin kusuru ile orantısız şekilde ise, Federal mahkemenin içtihadına göre bir indirim yapılabilir. Federal mahkeme⁵¹¹ indirme imkanının tamamen teorik olduğunu vurgulamaktadır ve böyle bir indirimi son dönemlerde artık uygulamamaktadır⁵¹². Tazminat yükümlülüğünün kapsamını belirlemek için zarar verenlerin ortak kusurlu olarak mı veya birbirinden bağımsız olarak mı hareket ettikleri önemsizdir. Federal mahkeme her ne kadar birbirinden bağımsız zarar verenler arasındaki bağı ortak kusurla hareket edenler arasındaki bağa oranla daha ender olarak tespit etse de, bu durumu sadece zamanaşımının kesilmesine ilişkin olarak İBK md.136/I'i sadece tam teselsülde uygulamak için kullanmaktadır⁵¹³.

Federal mahkeme kararlarında, birden fazla zarar verenin müteselsil sorumluluğunda sebebe bağlılık ilkesi nedeniyle sorumluluğu sınırlandırdığına dair çok az işaret bulunmaktadır. Örneğin komşu taşınmaz üzerinde kazı ve inşaat yoluyla taşınmaza zarar verilmesine ilişkin bir kararında⁵¹⁴, müteselsil borçlu olarak sorumlu olan kişiye isnat edilen sorumluluğun kapsamının sınırlandırılmasına hükmedilmiştir⁵¹⁵. Söz konusu karara göre, eğer bir kişi, kendi davranışı meydana gelen zararın tamamı için uygun illiyet bağına sahip olmadığı için sorumlu değilse veya zararın sadece bir kısmı ile sorumluysa, diğer birlikte zarar verenlerin yanında müteselsil borçlu olarak kendi sorumluluğu nedeniyle yükümlü olacağından daha fazla miktarda sorumlu olamaz. ("*...Haftet jemand von vornherein überhaupt nicht oder nur*

⁵¹¹ BGE 112 II 144 (Körner, N.482).

⁵¹² Körner, N.482.

⁵¹³ BGE 104 II 231 vd.

⁵¹⁴ BGE 127 III 262 vd.

⁵¹⁵ Söz konusu kararın değerlendirmesi için bkz. Fellmann, HAVE 2002, s.113 vd.

für einen Teil des Schadens, weil sein Verhalten nicht für den gesamten eingetretenen Schaden adäquat-kausal ist, hat er auch nicht als Solidarschuldner neben anderen Mitschädigern für mehr einzustehen, als er aufgrund seiner eigenen Haftung verpflichtet ist..."). Anılan kararda Federal mahkeme bireysel indirim sebeplerine dayanmamış, bilakis sorumluluğu tek zarar kavramı üzerinden sınırlandırmıştır. Müteselsil sorumlulukta birden fazla kişinin aynı ve tek zarardan sorumlu olması bakımından, zarar verenlerin tam sorumluluğu söz konusudur.

Federal mahkeme SVG md.60'a ilişkin daha yeni bir kararında⁵¹⁶ şöyle bir tespitte bulunmuştur. Müteselsil sorumluluk her bir sorumlu için, sanki tek başına sorumlu olsaydı yükümlü tutulabileceği tazminat miktarına kadardır. ("*...Die Solidarität reicht für jede der haftpflichtigen Parteien aber nur bis zu dem Ersatzbetrag, den sie zu leisten hätte, wenn sie allein haftpflichtig wäre...*"). Federal Mahkeme, kusurlu sorumlu olan sürücünün, dış ilişkide sadece kendisinin kişisel sorumluluğu (müteselsil sorumluluktan bağımsız olarak) zararın tazmini bakımından yeterli olacağı için, kusuru nedeniyle sorumlu araç sürücüsünün zarar görene karşı tazminat yükümlülüğünü kusurundan dolayı indirmiştir. Buna karşılık müteselsilen birlikte sorumlu olan işletenin indirim sebepleri itirazında bulunamayacağı ve zararın tamamından sorumlu olacağı ifade edilmiştir (SVG md.58/I). Federal Mahkeme bu kararı ile tazminat yükümlülerinin farklı oranda sorumlu tutulmalarına yer vermiştir. Böylece müteselsil borçluların aynı oranda sorumlu olmalarına ilişkin benimsenmiş olan kuraldan ayrılmıştır. Burada Federal Mahkeme sorumluluğunun indirilmesi için sorumluluğun türünü esas almış gibi görünmektedir. Zira kararda kusur sorumluluğunda dış ilişkide sorumluluğun indirilmesi mümkün görünmekte iken, tehlike sorumluluğunda mümkün görünmemektedir. Mahkemenin kendi ilkelerinden

⁵¹⁶ BGE 6S.346/2005 (nicht publizierte Entscheide).

sapmasının nedeni SVG'de yer alan özel düzenlemelere göre bir sorumluluğun söz konusu olması olabilir. *Körner*'e⁵¹⁷ göre, SVG'nin ilk halinde bir sürücü, işleten ile birlikte sorumlu ise, müteselsil tam sorumluluğa açıkça bir istisna öngörmüştü. (1958 tarihli SVG md.60/3). 1975 tarihli revizyon çerçevesinde, 1958 tarihli SVG md.60/3 uygulamada kendini kanıtlamadığı için kaldırılmıştır.

SVG kapsamında söz konusu olan tehlike sorumluluğu ile kusur sorumluluğunun bir araya gelmesi hali dışında Federal Mahkeme katı tutumunu devam ettirmişe benzetilmektedir. Anonim şirketler hukukunda, müteselsil sorumlulukta dış ilişkide İBK md.43 ve md.44'ün uygulanabilmesine açıkça izin veren farklılaştırılmış teselsülün (*differenzierte Solidarität*) uygulanması (İBK md.759/I) bu konuda herhangi bir değişiklik yaratmamıştır⁵¹⁸. Federal Mahkeme sadece BGE 127 III 453 sayılı kararında denetim kurulunun tazminat yükümlülüğünün indirilmesini kabul etmiştir. Burada da (daha önceki kararlarında olduğu gibi) davalının kusuru sadece diğer şartlar (davacının kendi kusuru ve denetim kurulunun daha az karşılık elde etmiş olması) bağlamında hafif olarak değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında, Federal mahkemenin müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkin olarak, müteselsil borçluların zararın/borcun tamamından sorumlu olmalarını esas almaya devam ettiği ve müteselsil sorumluları bir kaç istisna dışında kural olarak dış ilişkide zararın tamamından sorumlu tuttuğu yönünde bir tespitte bulunmak mümkündür.

⁵¹⁷ *Körner*, N.484.

⁵¹⁸ *Körner*, N.485.

Müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmasında, dayanak noktalarından birini anonim şirketler hukukundaki İBK md.759 hükmü teşkil etmektedir. Zira mevcut durumda İsviçre anonim şirketler hukukunda müteselsil sorumluların dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürebilmesi yasal bir zemine kavuşturulmuştur. Bu doğrultuda İsviçre/Türk öğretisinde bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesi gerektiğini savunan yazarlar anonim şirketler hukukunda kabul edilmiş olan bu hususun borçlar hukukunda da kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu nedenle Türk hukukunda müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmasında eksik bir yön bırakmamak adına, aşağıda İsviçre anonim şirketler hukukunda bireysel indirim sebeplerinin yasal bir zemine nasıl kavuştuğu inceleme konusu yapılacaktır.

C. İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Kapsamında Bireysel İndirim Sebeplerinin Ele Alınması

Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin geçerliliği, özellikle anonim şirketler hukukunda müteselsil sorumluluk bağlamında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İsviçre öğretisindeki karşı duruşa rağmen 1981 tarihli anonim şirketler hukukuna ilişkin revizyon çerçevesinde yapılan tartışmalar, kanun değişikliğine sebep olmuştur. Bu değişiklikle birlikte anonim şirketler hukukunda müteselsil borçluların dış ilişkide bireysel indirim sebeplerine dayanmasına açıkça izin verilmiştir. Farklılaştırılmış teselsül olarak adlandırılan, müteselsil borçluların dış ilişkide bireysel indirim sebeplerine dayanabilmesi ile birlikte, müteselsilen sorumlu olan organlar, sorumluluklarını daha dış ilişkide indirme imkanına kavuşmuşlardır.

1. Anonim Şirketler Hukuku Revizyonundan Önceki Durum

Anonim şirketler hukuku revizyonundan önce eİBK md.759, birden fazla kişinin aynı zarardan sorumlu olması halinde bunların müteselsilen sorumlu olacaklarını öngörmekteydi⁵¹⁹. Anonim şirketler hukukunda, ortaya çıkan zararlardan sorumlu olma bakımından, aksi kanunen öngörülmedikçe, kural olarak genel sorumluluk hukukundaki kurallar geçerlidir. Zira anonim şirketler hukukunda sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmektedir⁵²⁰. Eski duruma göre kural olarak zarar görene karşı tüm zarardan müteselsilen sorumlu olanlar, zarar verici olayın gerçekleşmesindeki her bir katkının büyüklüğü ve kusurdan bağımsız olarak sorumlu tutulmaktaydı. Anonim şirketler hukukuna ilişkin sorumlulukta şirketin yönetim organı ile anonim şirketin faaliyetlerini denetleyen denetim kurulu, İBK md.754/I kapsamında olası tazminat yükümlüsü olarak kabul edilmekteydi.

Türk/İsviçre anonim şirketler hukukunda eTTK ve eİBK ile şirket organlarının müteselsilen sorumlu tutulmaları öğretide farklı gerekçelerle eleştirilmekteydi. Bu eleştirilerden öne çıkanı anonim şirketin yönetim kurulunda tek kişi bulunsaydı İBK md.43 ve md.44'te yer alan bireysel indirim sebeplerinden yararlanabilmesi, ancak yönetim kurulunun birden fazla kişiden oluşması halinde bu indirim sebeplerini ileri sürememesi⁵²¹ ile denetim kurulunun çoğunlukla ihmali ile zarara sebep olmasına rağmen genelde fiilen zararı nihai olarak taşımasıdır⁵²².

⁵¹⁹ *Hablützel*, s.37; *Karayalçın*, s.115; *Helvacı*, s.226.

⁵²⁰ *HandKomm/Binder,Roberto*, Art.752 N.3; *Körner*, N.488.

⁵²¹ *Ağdağ Güney*, s.1214.

⁵²² *BeKomm/Brehm*, Art.50 N.45b; *Göktürk/Can*, s.265 vd.

1.1 Sorumluluğun Denetim Kurulunun⁵²³ Üzerine Kaydırılması

Anonim şirketler hukukunda zarar görenin/alacaklının, müteselsil sorumlulukta her bir sorumluya zararın tamamı için dava açabilme imkanı, uygulamada yönetim kurulu yanında çoğunlukla (hatta bazen sadece) denetim kuruluna karşı da dava açılmasına neden olmuştur⁵²⁴. Zira çoğunlukla sigortalı tek organ denetim kuruludur ve böylece de ödeme gücüne sahip davalı olarak zararın tamamı için tazminat ödemek zorunda kalmaktadır⁵²⁵. Sıklıkla tüzel kişi olarak şekillenen ve belirli şirket malvarlığına sahip olan ve ayrıca da sigortalanan denetim kurulu, diğer sorumlulara nazaran alacaklı için sağlam (güvenilir) bir borçlu olarak görünmektedir. Alacaklı tarafından kendisinden talepte bulunulan ve ödeme yapan denetim kurulunun, iç ilişkide şirketin diğer sorumlu organ üyelerine rücu etmesi ise sıklıkla sonuçsuz kalmıştır ve bu durum da denetim kurulunun, nihai olarak fiilen zararın tamamını taşımasına sebep olmuştur⁵²⁶. Özellikle İsviçre öğretisinde denetim kurulunun da diğer organlarla birlikte müteselsilen sorumlu tutulması ağır eleştirilere sebep olmuştur. Bu nedenle aşağıda ayrıntılı olarak denetim kurulunun sorumluluğu ve farklılaştırılmış teselsülün kabul edilmesine ilişkin süreç ele alınacaktır.

⁵²³ TTK ile artık anonim şirket organları arasında denetim kurulu yer almamaktadır. Bu görev bağımsız denetçiler tarafından yerine getirilmektedir (TTK md.397 vd.). Bu kısımda denetim kurulu ile ilgili olarak ele almış olduğumuz tartışmalar İsviçre anonim şirketler hukuku ile ilgilidir. Çalışmamız kapsamında bu husus, TTK md.557 hükmü İBK md.759 hükmünden alınmış olduğu için, İBK md.759'a giden süreci anlamak adına ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır.

⁵²⁴ BGE 97 II 403 vd., 93 II 22 vd., 86 II 171 vd.

⁵²⁵ *Forstmoser*, s.370; *Linder/von der Crone*, s.493.

⁵²⁶ *Böckli*, §18 N.182a.

1.2 Denetim Kurulunun Sorumluluğu ve Sebebe Bağlılık

Denetim kurulunun müteselsil tam sorumluluğu özellikle illiyet bağı açısından problemlidir⁵²⁷. Zira anonim şirketler hukukunda ortaya çıkan zarar, sıklıkla farklı sebeplerden kaynaklanan, birden fazla kısmi zarardan oluşmaktadır. Zararı meydana getiren bu sebeplerden denetim kurulu sadece bir kısmına yol açmış olmaktadır⁵²⁸. Bu durumda da denetim kurulunun ortaya çıkan zararın tamamından müteselsilen sorumlu tutulması, her bir zarar verenin kendi davranışı ile arasında uygun illiyet bağı bulunan zarardan sorumlu olması ilkesi ile çelişmiş olmaktadır.

Denetim kurulunun sorumluluğu, ya inceleme yapmaması nedeniyle zararın büyümesine katkıda bulunmasına ya da zararın zamanında sınırlanmasını engellediği iddiasına dayanmaktadır. Bu nedenle de denetim kurulu çoğu durumda pozitif, kusurlu davranış nedeniyle değil, aksine ihmali bir davranışı nedeniyle sorumlu tutulmaktadır⁵²⁹. Bu durum sebebe bağlılık öğretisinde, sadece varsayımlarla tespit edilebilen ihmal ile zarara yol açmanın zor bir problem olduğunun ileri sürülmesine neden olmuştur⁵³⁰. Bu nedenle hakim, denetçilerin yükümlülüklerine uygun bir şekilde davranmış olması halinde zararın meydana gelmeyeceği veya aynı ölçüde olup olmayacağını incelemek zorundadır. Hakim burada sadece karinelere ve genel hayat tecrübelerine dayanabilir. Olayların varsayımsal akışının genel hayat tecrübelerine dayanılarak değerlendirilmesi ise, ilk olarak uygun illiyet bağının incelenmesinde önem arz eden normatif bir değerlendirme içerir. Bu durum Federal Mahkemenin

⁵²⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. *Forstmoser*, s.371-371.

⁵²⁸ *Körner*, N.490.

⁵²⁹ *Linder/von der Crone*, s.493.

⁵³⁰ *Körner*, N.491; *Linder/von der Crone*, s.493.

bilgisinin hukuki meselelerle sınırlı olması ve doğal illiyet bağının konuyla ilgili bir mesele olarak artık incelenmemesi bakımından önem taşımaktadır⁵³¹.

Denetim kurulunun şirketin uğramış olduğu zararlardan sorumlu tutulmasına ilişkin şartların var olup olmadığı meselesi yanında, aynı zamanda onların sorumluluğunun kapsamını da (müteselsil tam sorumluluk) dogmatik olarak gerekçelendirmek zordur. Zira denetim kurulu nadiren zararın meydana gelmesine yol açmaktadır, bir çok durumda ise olsa olsa bu zararı artırmaktadır. Denetim kurulu, yükümlülüklerine uygun davranırsa bile bir zararı ancak gerçekleştikten sonra fark edebilir. Bu doğrultuda denetim kurulunun zararın tamamından sorumlu olması, doğrudan sebep olmadıkları, bilakis en fazla artırdıkları veya sınırlandıramadıkları bir zarardan sorumlu tutulmaları bakımından uygun illiyet bağına ters düşmektedir⁵³². Yönetim kurulunun özellikle kriz zamanlarında denetim kurulunu tam olarak bilgilendirmeme eğiliminde olması da bu durumu ağırlaştırmaktadır. Böylece kontrol makamının gerektiğinde yükümlülüğe aykırı davranıldığını tespit edememesi riski de artmaktadır⁵³³. Bu nedenlerden dolayı Federal mahkeme eski bir kararında⁵³⁴, denetim kurulunu şirket yönetimi yoluyla sebep olunan zararlardan birlikte sorumlu tutmamış, öğreti ile uyumlu olarak sadece bu zararı artırmasından dolayı sorumlu tutmuştur.

⁵³¹ Körner, N.491.

⁵³² Forstmoser, s.371.

⁵³³ Linder/von der Crone, s.493; Bertschinger, s.78.

⁵³⁴ BGE 86 II 182. Federal mahkeme söz konusu kararında, denetim makamının yükümlülüğüne aykırı davranışının, meydana gelen zarar açısından asli sebep olmadığını, denetim kurulunun sadece zararın ilerlemesine ve artmasına neden olduğunu ifade etmiştir ("...Dies ist um so mehr am Platze, als ja die Pflichtverletzung der Kontrollstelle nicht die primäre Schadensursache darstellt; sie haftet nicht schlechthin für den ursprünglich durch die Verwaltung verursachten Schaden, sondern nur für seine Fortdauer und Vergrößerung zufolge mangelhafter Orientierung der Generalversammlung...". Karara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 24.03.2014).

Fakat Federal mahkeme daha sonraki kararlarında⁵³⁵ bu görüşünden ayrılmış ve hatta son olarak sebebe bağıllık olmaksızın tam sorumluluğu kabul etmiş gibi görünmektedir.

Denetim kurulu, sorumluluktan sadece yükümlülüğünün ihlali ile zararın meydana gelmesi arasındaki illiyet bağının yönetim kurulunun ağır yükümlülük ihlali ile kesildiğini veya denetim incelemesinden önce meydana gelen bir zararın olmadığını ileri sürerek kurtulabilir⁵³⁶. Fakat Federal mahkeme⁵³⁷ illiyet bağının kesilmesini oldukça çekinceli bir şekilde kabul etmektedir. İlliyet bağı sadece, denetim kurulunun usulüne uygun bir şekilde vermiş olduğu raporlarla yönetim kurulunun davranışında bir etkileme olmadığı durumda reddedilmektedir⁵³⁸.

2. 1991 Tarihli Anonim Şirketler Hukuku Revizyonu

Federal meclisin anonim şirketler hukuku reformuna ilişkin 1983 tarihli raporunda, denetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin eleştiri açıkça ifade edilmiştir⁵³⁹. Denetim kurulunun tam müteselsil sorumluluğuna yönelik Federal mahkeme içtihatları ise rahatsız edici olarak bulunmuştur⁵⁴⁰. Çünkü denetim makamı, idarenin ve yönetimin işleyişini denetleme, değerlendirme veya ona etkide bulunmaya ne yetkilidir ne de denetim makamının böyle bir yükümlülüğü vardır. 1983 tarihli raporda yer alan kanun tasarısında (md.759/II'de), ihmal halinde denetim makamının sorumluluğunun, iç ilişkide ödemek zorunda olduğu meblağ ile sınırlandırılması

⁵³⁵ BGE 4C.118/2005 (nicht publizierte Entscheide); BGE 129 III 134 vd.

⁵³⁶ *Linder/von der Crone*, s.493. Denetim kurulunun sorumluluktan kurtulmasına ilişkin olarak ayrıca bkz. *Bertschinger*, s.81 vd.

⁵³⁷ BGE 127 III 457 vd.

⁵³⁸ BGE 129 III 134 vd. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. *Linder/von der Crone*, s.494.

⁵³⁹ *Körner*, N.494.

⁵⁴⁰ *Karayalçın*, s.115.

öngörülmüştür⁵⁴¹. Parlamento bu öneriyi benimsemiş, tartışmış ve bir çok noktada değiştirmiştir. Nihai düzenleme ise 1991 yaz sezonunda, tabiri caizse son dakikada yapılmıştır. O değişiklikten sonra İBK md.759/I⁵⁴² hükmünün sorumluluk düzenlemesi aşağıdaki şekildedir⁵⁴³.

Bir zararı birden fazla kişi tazminatla yükümlü ise, bunlardan her biri yalnızca bu zarara kendi kusuruyla sebep olduğu ve şartlardan dolayı kendisine kişisel olarak isnat edilebildiği ölçüde diğerleriyle müteselsilen sorumludur.

Bu hüküm kapsamında, müteselsil sorumluluğun temel kuralı muhafaza edilmiş ve denetim kurulu şirketin diğer organlarıyla birlikte müteselsilen sorumlu olarak kalmaya devam etmiştir. Şirket organlarının kısmi sorumluluğu zarar gören lehine kabul edilmemiştir. Böylece zarar gören, zararının tazmini için her bir zarar veren kişiye ayrı ayrı başvurmak zorunda kalmayacaktır. Farklılaştırılmış teselsül olarak adlandırılan bu yeni düzenleme ile anonim şirketler hukukunda müteselsil sorumluluğun kapsamı bakımından bir yenilik getirilmiştir. Bu kapsam yalnızca her bir zarar verenin kişisel olarak sorumlu tutulabileceği zarar miktarı ile sınırlıdır. Tazminat miktarının belirlenmesi için her bir zarar verene İBK md.43/I ve md.44/II kapsamında bireysel indirim sebeplerini ileri sürme imkanı tanınmıştır. Bu nedenle hakim, bireysel indirim sebeplerini daha dış ilişkide dikkate almak zorundadır. Böylece farklılaştırılmış teselsül ile esasen alacaklının menfaatlerini koruyan mutlak

⁵⁴¹ Hablützel, s.40.

⁵⁴² İBK md.759/I: "Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist".

⁵⁴³ Aynı doğrultuda olan TTK md.557/I hükmüne göre ise, "Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur".

teselsül ile borçlunun menfaatini koruyan iç ilişkideki paya göre sorumluluk arasında kalan bir çözüm yolu öngörölmüş olmaktadır⁵⁴⁴.

İBK md.759 hükmü ile getirilmiş olan farklılaştırılmış teselsül kapsamına hem yönetim hem de denetim kurulu girerken, TTK md.557 ile getirilmiş olan farklılaştırılmış teselsül açısından bu sonuç kolaylıkla kabul edilmemektedir. Zira daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi TTK ile anonim şirket organları arasında denetim kurulu yer almamakta, bunun yerine getirilmiş olan denetçi sisteminde ise denetçilerin sorumluluğu ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır⁵⁴⁵ (TTK md.404, md.554).

2.1 Maddi Olarak Farklılaştırılmış Teselsül

Farklılaştırılmış teselsül kapsamında da sadece, yükümlölüğü ihlal edici davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağı olan kişiler sorumlu tutulabilmektedir. Anonim şirketler hukukunda bir yükümlölük ihlali kanuna ya da şirket ana sözleşmesine aykırılık olduğunda söz konusu olabilir ve bu da yalnızca aktif bir hareket ile değil, yükümlölüğe aykırı ihmali bir hareket ile de gerçekleştirilebilir⁵⁴⁶. Birden fazla organ, yükümlölüklerini ihlal ederse ve böylece bir zarara sebebiyet verirse, bunlar müteselsilen sorumludur. Müteselsilen sorumlu organın davranışı ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı varsa, hakim her bir zarara katılanın bireysel tazminat yükümlölüğünü tespit etmek zorundadır⁵⁴⁷. Hakim burada her bir organ kişisini sanki onlar tek başına sorumluymuş gibi değerlendirir. Burada müteselsil

⁵⁴⁴ *Hablützel*, s.53.

⁵⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. *Odman Boztosun*, s.1 vd.

⁵⁴⁶ BGE 110 II 394.

⁵⁴⁷ *Pulaşlı*, s.45 vd.

sorumluluğun sınırı her bir sorumlu kişi için mevcut sorumluluk şartları ile yükümlü tutulması ölçüsündedir⁵⁴⁸.

Bireysel sorumluluk genel maddi tazminatın hesaplanmasına ilişkin kurallara göre, yani İBK md.43 ve 44'e (TBK md.51 ve md.52) göre belirlenir. Hakim burada özellikle her bir zarara sebebiyet veren kişinin kusurunun ağırlığını dikkate alır, ancak aynı zamanda da sorumluluğun yer aldığı genel kapsamı da göz önünde bulundurur. Tazminat yükümlülüğü sadece, eğer zarar verenlerden biri daha hafif kusurlu olduğunu ispat ederse indirilebilir. Öğretideki hakim görüşe göre ağır kusur halinde indirim mümkün olmayıp, sadece hafif veya çok hafif ihmal indirim sebebi olarak kabul edilebilir⁵⁴⁹. Bununla birlikte bazı yazarlar orta ihmal halinde de indirim yapılmasını kabul etmektedir⁵⁵⁰.

2.2 Farklılaştırılmış Teselsülün Uygulanmasına İlişkin Öneri

Yükümlülüğünü ihlal eden her bir organ kişinin bireysel sorumluluğunu tespit edebilmek için, toplam zararın, zarara neden olma alanlarına (*Verursachungskreise*) bölünmesi önerilmektedir⁵⁵¹. Örneğin şirket yöneticisi yanlış yatırım yapıyor. Yönetim kurulu üyeleri B ve C tehlikeyi görüyor ama hiçbir şey yapmıyor. Denetim kurulu ise, bilançonun incelenmesinde yatırıma ilişkin değerlendirme raporu olmadığını yani bu konuda değerlendirme yapılmadığını gözden kaçırıyor⁵⁵². Söz konusu örnek üzerinden zararın bölünmesi yapılacak olursa; yanlışlıkla yatırım ile zarara yol açılıyor, müdahale etmeme ile zarar büyütülüyor, değerlendirme raporunun yapılmamış olmasının gözden kaçırılması ile zarar artıyor.

⁵⁴⁸ Körner, N.496; Göktürk/Can, s.259; Helvacı, s.229.

⁵⁴⁹ Böckli, §18 N.447; von Büren/Stoffel/Weber, N.1280.

⁵⁵⁰ BeKomm/Brehm, Art.43 N.79.

⁵⁵¹ Hablützel, s.55.

⁵⁵² Örnek için bkz. Körner, N.498.

Hakim her bir görev bakımından sorumlu kişinin, kişisel olarak kendisine verilen görevi kusurlu bir şekilde ihlal ederek birlikte zarara neden olup olmadığını incelemelidir. Burada yönetim kurulu üyelerinin işlevleri (şirket yönetiminde yetkili olup olmamaları da dikkate alınarak) ile denetçilerin işlevleri arasında bir ayırım yapılmalıdır. Zarara sebep olma sadece her bir organ için değil her bir sorumlu için ayrı ayrı belirlenmelidir. İBK md.759 göre kişisel isnad edilebilirlik İBK md.754 kapsamında söz konusu olan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile örtüşmelidir. Anonim şirketler hukukunda yönetim kurulu üyelerinin ve özellikle denetim kurulunun yükümlülükleri kanunda veya esas sözleşmede belirlenmiştir. Eğer her zarar sonucu açıkça, belirli zarara sebebiyet veren davranışlara dayandırılabilirse, zarar bölünebilir. O zaman müteselsil sorumluluk, bu sorumluluğun bir şartı olan bütün borçluların sorumlu olduğu "tek bir zarar"ın gerekliliği nedeniyle sadece bu zarara sebebiyet verme alanı içinde uygulama alanı bulur⁵⁵³. Denetim kuruluna, yönetim kurulunun ya da hakimin, yanlış yatırım ile üzeri örtülü bir borca batıklık konusuna dikkatini çekmediği suçlaması yapılırsa, bununla birlikte yönetimde bulunanlara diğer yükümlülük ihlalleri suçlamasında bulunulursa denetim kurulu sadece zararın artmasından dolayı sorumlu tutulabilir⁵⁵⁴. Zararın geri kalanı için denetim kurulu yönetimdeki kişilerle birlikte müteselsilen sorumlu tutulamaz. Sorumluluğun kendi yükümlülükleri bakımından sınırlandırılması, özellikle denetim kurulu için büyük önem taşımaktadır. Davacı, denetim kurulunun belli yükümlülükleri olduğunu, bu yükümlülükleri ihlal ettiğini ve nasıl ihlal ettiğini ve yükümlülük ihlalinin ortaya çıkan zarar için uygun bir illiyet bağı teşkil ettiğini ortaya koymalıdır.

⁵⁵³ Körner, N.499.

⁵⁵⁴ Böckli, §18 N.183.

Denetçilerin yükümlülükleri zamansal ve konu bakımından sınırlıdır⁵⁵⁵. Bir çok durumda artık denetim kurulu revize edilmiş İBK md.759/I nedeniyle kendi yükümlülük ihlalinin eksikliği ve zarara sebep olduğu kısım sınırlandırıldığından dolayı, müteselsil sorumluluk alanına dahil edilememektedir. Buna rağmen denetim kurulunun yönetim kurulu ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu durumlarda, denetçiler sıklıkla hafif kusurları nedeniyle sorumluluktan kurtulma sebeplerine dayanabilmektedir. Çok nadiren de denetim kurulu kasti olarak zararın artmasına katkıda bulunmaktadır. Çoğunlukla denetim kuruluna sadece, değerlendirme raporunun imzalanmasından önceki detaylı incelemede zararı fark edebilecekleri ve böylece zararın meydana gelmesini önleyebilecekleri suçlamasında bulunmaktadır⁵⁵⁶.

Zararın sebep olma alanları içinde bölünmesi yönetim kurulu için de önem taşımaktadır. Örneğin karar alınırken mazereti gereği hazır bulunmayan ve müdahale imkanı olmayan bir yönetim kurulu üyesi, zararın sebep olma alanları içinde bölünmesi fikrine göre, ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulamaz⁵⁵⁷.

Her bir zarar verenin bireysel tazminat yükümlülüğünün tespitinde kusur ve illiyet sorunları iç içe geçmiştir. Bir taraftan zarar, zararla illi bir bağ kurulan sebep olma alanı içinde bölünmeye çalışılmakta, diğer taraftan bu alan içinde sorumluların kusuru ve diğer şartlar değerlendirilmektedir⁵⁵⁸. Eğer bir organ kişisi sadece hafif

⁵⁵⁵ Körner, N.499.

⁵⁵⁶ Körner, N.499.

⁵⁵⁷ Aynı doğrultuda bkz. BGE 119 V 406.

⁵⁵⁸ Bu tarz bir değerlendirme için bkz. BGE 2A.252/2002, 3.2.2.1 (nicht publizierte Entscheide). Federal mahkeme söz konusu kararında zararın uygun illiyet bağı ile isnadı çerçevesinde, farklılaştırılmış teselsülün müteselsilen sorumlu olanların dış ilişkide bile bireysel indirim sebeplerine dayanabilmesi anlamına geldiğini, özellikle İBK md.43/I anlamında hafif kusura ve maddi durumdaki güçlük gibi diğer özel şartların tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacağını ifade etmektedir

kusurlu ise veya diğer şartlar sorumluluğunu azaltmayı destekliyorsa, bu organın tazminat yükümlülüğü azaltılmaktadır. Böylece farklılaştırılmış teselsülün, zararın sebep olma alanları içinde bölünmesi ve ilaveten İBK md.43 ve 44'ün uygulanmasının önerilmesi, özellikle denetim kurulu için sorumluluğun azaltılması sonucunu doğurmaktadır.

2.3 Farklılaştırılmış Teselsülün Usul Hukuku Bakımından Ele Alınması

2.3.1 Ortak Dava

İBK md.759'a ilişkin parlamentoda yapılan tartışmalar süresince maddi yeniliklerin yanı sıra usule ilişkin değişiklikler de kararlaştırılmıştır. Usul hukuku bakımından getirilen yenilikler, farklılaştırılmış teselsülün uygulanması ile eski düzenlemeye oranla daha az korunan⁵⁵⁹ zarar görene usul alanında bir koruma sağlamaktadır. Zarar görene usul hukuku bakımından bir koruma sağlayan İBK md.759/II hükmüne⁵⁶⁰ göre; *davacı birden fazla tarafa müştereken, tüm zararın tamamı için dava açabilir ve hakimden aynı davada her bir davalının tazminat yükümlülüğünü tespit etmesini talep edebilir*. Bu düzenleme, hakimin bütün davalıların bireysel tazminat yükümlülüklerinin belirlenmesini daha dış ilişkide ele almak zorunda kalmasına yol açmıştır. İlk bakışta bu hüküm davacı için son derece

[*"...Rahmens kausaler Schadenszurechnung bedeutet die neu eingeführte differenzierte Solidarität aber vor allem, dass der solidarisch Haftpflichtige sich nun sogar im Aussenverhältnis (und nicht mehr bloss im Rahmen des Regressprozesses) auf persönliche Reduktionsgründe berufen kann. Insbesondere können nach Art. 43 Abs. 1 OR bei der Bemessung des Schadenersatzes ein geringeres individuelles Verschulden und besondere Umstände des einzelnen Haftpflichtigen (z.B. das Vorliegen einer Notlage) Beachtung finden..."*. Karara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 25.03.2014].

⁵⁵⁹ Böckli, §18 N.496.

⁵⁶⁰ İBK md.759/II: "Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt". Aynı doğrultuda olan TTK md.557/II hükmüne göre, "Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir".

elverişli görünmektedir, zira davacı birden fazla davalıyı müştereken dava edebilmektedir. Bu yeni düzenleme Amerika'daki topluluk davası (*class action*) ile aynı değildir⁵⁶¹. Burada kastedilen ihtiyari dava arkadaşlığı şeklinde dava açılmasıdır. Bu hükmün amacı, müşterek kavramı ile bütün davalıların usul hukuku açısından tek bir taraf olarak görülmesi ve bu şekilde davacının dava masrafı riskini bütün davalılara karşı değil, bilakis tek bir tarafa karşı üstlenmesidir⁵⁶². Başlangıçta Federal Mahkeme İBK md.759/II'nin yorumlanması ile hakime dava masraflarının dağıtılmasında belirli bir hareket sahası vermiştir. Ancak daha sonra bu düzenlemenin, sadece birden fazla davalıya karşı aynı suçlamada bulunuluyorsa ve müşterek temsil olanaksız değilse meşruiyet zeminine sahip olacağı yönünde tespitte bulunulmuştur⁵⁶³. Federal mahkemeye göre, davalıların birbirleriyle bir menfaat çatışması içinde bulunduğu ve müşterek temsilin yetkili mahkeme ile ilgili sebeplerden dolayı yasak olduğu durumlarda bu düzenleme tatmin edici olmaktan uzaktır⁵⁶⁴. Bu çerçevede, İBK md.759/II'nin davacı lehine olması artık davalılar arasında menfaat çatışmasının olmadığı davalarla sınırlıdır. Bu davalar ise uygulamada istisnaidir. Özellikle bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide kabul edilmesi, davalıların farklı menfaatlere sahip olmasına yol açmıştır. Ayrıca İBK md.759/II hükmü, iç ilişkide borçlular arasındaki rücu davasında dava masraflarının nasıl dikkate alınacağı sorusuna ise cevap vermemektedir.

2.3.2 Toplam Zarar

İBK md.759/II, zarar görene uğramış olduğu zararın tamamı için, birden fazla sorumlu kişiyi müştereken dava etme hakkı vermektedir. Bu noktada belirtmek gerekir

⁵⁶¹ Körner, N.503.

⁵⁶² Pulaşlı, s.48. Ayrıca bu yönde bkz. BGE 122 III 325.

⁵⁶³ Hoffmann Nowotny, s.444.

⁵⁶⁴ BGE 125 III 140.

ki, öğretide toplam zararın kapsamı tartışmalıdır⁵⁶⁵. Hangi açıdan bakıldığına bağlı olarak toplam zararın kapsamı sadece birden fazla sorumlunun her birinin tam kapsamlı olarak uygun illiyet bağı ile yol açmış oldukları zararı (dar anlamda toplam zarar) veya birden fazla sorumlunun tam kapsamlı olmamakla birlikte en azından kısmi olarak uygun illiyet bağı ile yol açmış oldukları zararların toplamı⁵⁶⁶ (geniş anlamda toplam zarar) ya da bütün davalıların kısmen ya da tamamen uygun illiyet bağı çerçevesinde kendi görevleri ile ilgili yol açmış oldukları zararın toplamını⁵⁶⁷ (en geniş anlamda toplam zarar) kapsar.

Hakim her bir zarar veren için tazminatın kapsamını belirlemek zorunda olmasına rağmen İBK md.759/II zarar görene toplam zarara ilişkin olarak bir ispat yükü yüklememektedir⁵⁶⁸. Zarar gören uğramış olduğu toplam zararın varlığını ve miktarını genel ispat kurallarına göre ortaya koymak zorundadır. Ancak zarar görene, önceden hangi davalının hangi miktarla sorumlu tutulması gerektiğini belirlemek zorunda kalmaması açısından bir kolaylık tanınmıştır⁵⁶⁹. Zarar gören sadece kaba bir çizgi ile zarara sebep olma alanlarını ve sorumluları göstermelidir.

Kanun koyucu İBK md.759/II'yi davacının korunması amacıyla kabul etmiştir. Burada amaç davacının işlemin nasıl gerçekleştiğine ilişkin bilgi eksikliğini dengelemektir. Çoğu sorumluluk davası, ilk olarak şirketin iflasında söz konusu olmaktadır (İBK md.757, TTK md.556). İflas idaresi aktif dava ehliyeti olan davacı gibi şirketin bütün dosyaları ve protokolleri üzerinde tasarruf edebilir. Alacaklılar da

⁵⁶⁵ Toplam zarardan ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak ayrıca bkz. *Hoffmann Nowotny*, s.433 vd.; *Hablützel*, s.258 vd.; *Göktürk/Can*, s.255.

⁵⁶⁶ *Hoffmann Nowotny*, s.433.

⁵⁶⁷ *Böckli*, §18 N.501.

⁵⁶⁸ *Hoffmann Nowotny*, s.440 vd; *Körner*, N.505.

⁵⁶⁹ *Böckli*, §18 N.496.

aynı şekilde inceleme hakkına (SchKG⁵⁷⁰ md.8a/I) ve şirket hakkında bilgi sahibi olma hakkına sahiptir. Bu nedenle iflas aşamasında davacının şirket içindeki durumları bilmesi halinde esasa ilişkin sebepleri açıklama yükümlülüğüne ilişkin daha ciddi şartlar aranmaktadır. Bundan dolayı İBK md.759/II davanın kabul edilme şansını yükseltmemiş, ancak davanın reddedilmesinde dava masraflarını azaltmıştır⁵⁷¹.

2.4 Farklılaştırılmış Teselsülde Rücu

İBK md.759'un revizyonu çerçevesinde müteselsil borçlular arasında rücuyla ilişkin hüküm içerik olarak netlik kazanmıştır. Söz konusu hükme⁵⁷² göre, zarara katılan birden çok kişi arasındaki rücu, hakim tarafından bütün şartlar dikkate alınarak belirlenir. Böylece hakim İBK md.759/III hükmü kapsamında, müteselsil borçlular arasındaki rücuyu, sadece bireysel kusura göre değil, aynı zamanda somut olayın şartları içinde değerlendirmelidir. Rücu davası zarar görenin müteselsil borçlulara karşı zararının tazmini için açmış olduğu ilk davadan ayrı bir süreçtir. Ayrıca ilk davaya ilişkin verilen hüküm rücu davası bakımından herhangi bir etki doğurmamaktadır⁵⁷³. Bu nedenle müteselsil borçlular arasında söz konusu olan rücu ilişkisinde zararın paylaşılmasının tamamıyla farklı olması mümkündür.

Anonim şirketler hukukunda rücu, genel sorumluluk hukukunda olduğu gibi İBK md.50/II hükmüne tabidir. Rücuyu ancak dış ilişkide kendisinden talepte bulunulmuş ve zarar görene iç ilişkide sorumlu olduğu tutardan fazla ödemede bulunan kişi talep edebilir. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, iç ilişkide

⁵⁷⁰ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs – İsviçre İcra ve İflas Kanunu.

⁵⁷¹ Böckli, §18 N.498; Körner, N.505.

⁵⁷² İBK md.759/III: "Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird vom Richter in Würdigung aller Umstände bestimmt". Aynı doğrultuda olan TTK md.557/III hükmüne göre, "Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir".

⁵⁷³ Çamoğlu, s.416; Göktürk/Can, s.271.

borçlular arasında teselsül söz konusu değildir, her bir borçlu zararın bir kısmı için tazminatla yükümlüdür. Bu durum zarar göreni tatmin eden borçlunun artık birlikte borçlu olduğu kişilerin iflas riskini taşıması ve ayrıca hepsini birlikte dava edememesi, bilakis ayrı ayrı dava edebilmesine yol açmaktadır. Hakim iç ilişkide özellikle her bir borçlunun kusur derecesini dikkate alarak zarar paylarını belirler, bununla birlikte aynı zamanda da diğer koşulları örneğin mali ve sosyal durumları da dikkate alır. Zarar verenin zarar görene karşı ilişkisini değerlendirdiği dış ilişkideki kusurun dikkate alınmasından farklı olarak, hakim iç ilişkide nihai bir zarar paylaşımını sağlayabilmek için iç ilişkide her birinin kusurunu diğer zarar verenlerin kusuru ile karşılaştırır. Burada rücu ilişkisinde dava edilen zarar verenlerin daha önceden zarar görene karşı açılan davaya katılıp katılmadıkları önemli değildir⁵⁷⁴.

3. Uygulamada Farklılaştırılmış Teselsül

3.1 Denetim Kurulunun Sorumluluğunda Bir İyileştirmenin Olmaması

1991 tarihli Anonim şirketler hukuku revizyonunun ve getirilen iyileştirmelerin arzu edilen sonucu ortaya koymadığı görülmektedir. Hukuki gerçeklik, tazminat davalarının çoğu durumda ancak anonim şirketin ödeme güçlüğü içinde olması halinde açıldığını göstermektedir. Şirketin, zarara rağmen ödeme gücü varsa, çoğu davada -ağır ihmalle zarara sebebiyet vermiş oldukları durum da dahil- sorumlular açısından hukuki bir sonuç yaratmamıştır. İflasta da, çoğu anlaşmazlık uzlaşma veya tahkim kararları vasıtasıyla bir sonuca bağlanmıştır.

Devlet mahkemeleri tarafından karar verilen tazminat davaları kapsamında, revize edilmiş hukuk anlamında sorumluluğun zarar verenler arasında dağıtılmadığına

⁵⁷⁴ Körner, N.507.

ilişkin bir eğilim görülmektedir⁵⁷⁵. Davranışı ile genellikle asli olarak zarara sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri, şirketin iflası veya ödeme gücünden yoksun olduğu durumlarda, görevi bırakmakta ya da daha az ödeme gücüne sahip oldukları için, zararın karşılanmasına çok az bir meblağ ile katkıda bulunmaktadırlar. Buna karşılık denetim kurulu sigortalı tüzel kişi olarak İBK md.44/II'ye göre maddi durumunun tehlikeye düşmesine ilişkin argümana dayanamamaktadırlar. Denetim kurulu sıklıkla davalılar arasında fiilen tek malvarlığı sahibi olarak kalmaktadır. Böylece denetim kurulu zararın meydana gelmesinde daha az kusurlu olmasına rağmen tazminatın büyük kısmını üstlenmektedir⁵⁷⁶.

Federal mahkeme anonim şirketler hukukuna ilişkin sorumluluk davalarını hükme bağlarken farklılaştırılmış teselsülü şimdiye kadar hiç tam olarak uygulamamıştır. Gerçi Federal Mahkeme farklılaştırılmış teselsülü esas almış ve uygulama şartlarını incelemiş olsa da özellikle dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin dikkate alınmasında göstermiş olduğu çekincesini devam ettirmiştir⁵⁷⁷. Federal Mahkeme her ne kadar muhtemel indirim sebebi olarak hafif kusurdan bahsetmiş olsa da, anonim şirketler hukukuna özgü diğer indirim sebeplerini ve özellikle sebep olma alanlarına göre zararın dağılımını incelememiştir. Bununla birlikte Federal Mahkeme bir kararında⁵⁷⁸ denetim kurulunun tazminat yükümlülüğünü daha dış ilişkide indirmiş ama indirim sebebi olarak davacının kişisel kusuru bağlamında, sadece denetçilerin düşük olan ücretini dikkate almıştır. Böylece indirim sebebi olarak hafif kusur tek başına sorumlu bir kişiye tamamıyla hiçbir

⁵⁷⁵ Körner, N.509.

⁵⁷⁶ Linder/von der Crone, s.493.

⁵⁷⁷ BGE 133 III 116, 132 III 564, 122 III 324; Böckli, §18 N.182 vd.; Hoffmann Nowotny, s.432.

⁵⁷⁸ BGE 127 III 457 vd.

zaman yüklenmemiştir⁵⁷⁹. Bununla birlikte bir davada denetim kurulunun sorumluluğu, davranışı ve zarar arasında uygun illiyet bağı ispatlanamadığı için reddedilmiştir⁵⁸⁰. Federal mahkeme farklılaştırılmış teselsül düzenlemesi ile artık davranış ve zarar arasındaki etkileme bağına daha büyük bir önem atfetmektedir. Bununla birlikte bireysel indirim sebeplerinin uygulanması şimdiye kadar uygulamada yerleşmemiştir.

3.2 Farklılaştırılmış Teselsülün Kabul Edilmemesinin Sebepleri

Hukuki gerçeklik dikkate alındığında, anonim şirketler hukukunda dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin dikkate alınmasının uygulamada mümkün olup olmadığı mı ya da mahkemenin müteselsil sorumlulukta tazminat miktarını indirme iradesinin eksik olup olmadığı mı sorularının ele alınması gerekmektedir. Bireysel indirim sebeplerinin uygulanmamasına ilişkin başarısızlığın sebeplerinden biri, hakimin dış ilişkide İBK md.759/I'e göre yapmak zorunda olduğu değerlendirmenin türüne ilişkin olabilir⁵⁸¹. Hakim her bir sorumlunun kusurunun ağırlığını karşılaştırmamakta, bilakis her bir zarar vereni sanki tek sorumluymuş gibi değerlendirmektedir. Kusur objektif, nitelikli özen ölçüsü dikkate alınarak değerlendirilmekte, bu sebeple hafif kusur veya kusurun olmamasının sebepleri neredeyse hiç söz konusu olmamaktadır⁵⁸². Bu durum özellikle ayrı incelemede nadiren çok hafif kusurun isnat edildiği denetim kurulu için geçerlidir⁵⁸³. Federal mahkeme bir kararında⁵⁸⁴, şirket işlerini icra yetkisi olmayan ve

⁵⁷⁹ Roberto, s.34; Böckli, §18 N.112.

⁵⁸⁰ BGE 129 III 134 vd.

⁵⁸¹ Körner, N.511.

⁵⁸² Böckli, §18 N.430.

⁵⁸³ Federal mahkemenin katı değerlendirme kıstaslarına ilişkin olarak bkz. BGE 4C.506/1996 (SZW 1998 s.207 vd.).

⁵⁸⁴ BGE 4C.358/2005 (133 III 116). Söz konusu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hoffmann Nowotny/von der Crone, s.261 vd.

kusuru diğer davalılarla karşılaştırıldığında hafif görünen, ama ayrı ele alındığında hafif olarak değerlendirilemeyen yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu, davalı yönetim kurulu üyesinin şirketin mali durumu hakkında bilgi almak için ciddi çaba sarf etmediği gerekçesiyle indirmemiştir.

Anonim şirketler hukukuna ilişkin revizyondan sonra da denetim kurulunun katı sorumluluğuna ilişkin olarak öğretilerde haklı eleştiriler yapılmıştır⁵⁸⁵. Denetim kurulunun inceleme yükümlülüğünün yönetim kurulu ile karşılaştırıldığında, denetim kurulunun sorumluluğu kapsamında çok katı değerlendirilmesi, eleştirilmiştir⁵⁸⁶. Denetim kurulunun yükümlülüklerinin çok katı değerlendirilmesi, hafif kusurun çok hızlı bir şekilde göz ardı edilmesine ve bundan dolayı bir sorumluluk indiriminin dikkate alınmamasına yol açmıştır⁵⁸⁷. Değerlendirmedeki katılığın sebebi denetçilerin mesleki normlarının ayrıntılı biçimde düzenlenmesidir⁵⁸⁸. Bu durum da, yükümlülükleri kanuni olarak tam olarak belirlenmeyen yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerini ihlal etmesine nazaran, ihmali bir davranışın daha kolay tespit edilmesine yol açmaktadır. Ayrıca denetim kurulunun inceleme ve rapor verme kapsamı ile ilgili yanlış bilgi verebileceğine ilişkin düşünce de "expectation gap" (beklenti boşluğu) sorumluluğu artırıcı bir etki yapmaktadır⁵⁸⁹. Oysa denetim kurulunun hazırlamış olduğu rapordan ne işletmenin mali durumu ne de yönetimin niteliği ile ilgili bir sonuca varmak mümkündür⁵⁹⁰. Bu nedenle bu raporlara dayanarak verilecek satın alma veya yatırım kararları bu yolla uğranılan zararlara ilişkin tazminat davası açma hakkını vermez. Objektif açıdan haksız bir biçimde yaratılan bir beklenti,

⁵⁸⁵ von der Crone, s.3.

⁵⁸⁶ Körner, N.512.

⁵⁸⁷ Linder/von der Crone, s.494; Hablützel, s.176 vd.

⁵⁸⁸ Böckli, §18 N.191e.

⁵⁸⁹ Körner, N.512.

⁵⁹⁰ Böckli, §18 N.191h.

salt denetim kurulunun kusuru olarak görülemez, bilakis yanlış bir yatırım ya da alacaklı kararından doğan zararın tazmini hakkını ortadan kaldırır.

Öğretide ayrıca, hafif ihmalle faaliyette bulunan organların birlikte sorumlu olduğu kişilerin ödeme gücü riskinden kurtulmadığı sürece, dış ilişkide hafif kusurun dikkate alınmasının da arzu edilen sorumluluk indirimine yol açmayacağı vurgulanmaktadır⁵⁹¹. Bundan dolayı hafif kusur halinde sorumluluğun meblağ bakımından sınırlandırılması veya müteselsil sorumluluktan tamamen vazgeçilmesi ve dış ilişkide paya göre sorumluluğun (kısmi borçluluk) kabul edilmesi önerilmektedir⁵⁹². Müteselsil sorumluluğun kural olarak veya tam olarak kaldırılması, gösteri, grev ya da çevre zararları ile karşılaştırma yapılarak gerekçelendirilmektedir. Zira bu durumlarda rücu, birlikte sorumlu tutulan kişiler birbirini tanımadığı için başarısız olurken, anonim şirketlerdeki sorumluluk durumlarında rücu, kural olarak yöneticilerin mütevazı maddi kaynaklarından dolayı başarısız olmaktadır⁵⁹³. Eğer müteselsil sorumlular arasında rücu gerçekçi ise, teselsül, sorumluluğun denkleştirilmesi düşüncesi kapsamında bir anlam kazanır. Aksi takdirde ödeme gücü riski tamamen zarar verenlerin üzerine kaydırılmış olur ve aynı zamanda zarar gören/alacaklı davalıyı seçerek tazminat talebini nihai olarak kimin taşıyacağını belirler.

⁵⁹¹ *Hablützel*, s.155; *Roberto*, s.36-37.

⁵⁹² Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. *Böckli*, §18 N.192c vd.

⁵⁹³ *Roberto*, s.39.

4. Anonim Şirketler Hukukunda Yeni Revizyon

4.1 Denetim Kurulunun Sorumluluğuna İlişkin Diğer Değişiklikler

4.1.1 2007 Ön Tasarısı

2007 tarihli Anonim Şirket ve Bilanço Hukukunun bir diğer revizyonuna ilişkin ön tasarısı kaleme alanlar, hafif kusur halinde denetim kurulunun sorumluluğunu meblağa göre mutlak bir biçimde sınırlandırmıştır⁵⁹⁴. Sınırlandırma miktarı şirketin iktisadi önemine bağlanmıştır. Borsaya kota edilmemiş olan şirketlerde bu miktar 10 milyon İsviçre Frankıyla sınırlandırılmışken, hisseleri borsaya kota edilmiş veya ekonomik olarak önem arz eden anonim şirketlerde ise bu miktar 25 milyon Frank tutarındadır⁵⁹⁵. Bu önerilen düzenlemeye ilişkin olarak da tartışmalar yapılmıştır. Bu düzenlemeye ilişkin görüşlerin büyük çoğunluğunda, denetim kurulunun sorumluluğunun sınırlandırılmasının diğer organlara karşı aşırı imtiyaz sağlaması kaygısı ifade edilmektedir.⁵⁹⁶

Federal Konsey, sorumluluğun mutlak olarak sınırlandırılması için çeşitli alternatifleri incelemiştir. Ortaya çıkan zararın belirli bir yüzdeyle sınırlandırılması ve aynı şekilde şirketin ana sözleşmesinde yapılacak bir anlaşma ile sorumluluğun sınırlandırılması önerisi ya da denetim kurulunun aldığı paranın katları ile sınırlandırılması önerisi dikkate alınmamıştır. Federal Konsey Ön Tasarı çerçevesinde sorumluluğun sınırlandırılmasının götürü bir şekilde belirlenmesini maddi açıdan yetersiz bulmuş ve sözleşme özgürlüğü ile belirlenen sorumluluk sınırlandırılmasının ise alacaklının durumunu önemli ölçüde zarara uğratacağından korkmuştur⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Linder/von der Crone, s.494; Pulaşlı, s.43.

⁵⁹⁵ Körner, N.514; Linder/von der Crone, s.494.

⁵⁹⁶ Linder/von der Crone, s.494 vd.

⁵⁹⁷ Aksi görüş için bkz. Linder/von der Crone, s.496.

4.1.2 2007 Tasarısı

Yukarıda belirtmiş olduğumuz tartışmalara dayanarak yayımlanan İBK'nun değişikliğine ilişkin tasarı şimdiye kadar geçerli olan farklılaştırılmış teselsülü sınırlandırmalarla birlikte koruyan esnek bir çözüm öngörmüştür⁵⁹⁸. Denetçilerin sorumluluğuna tabi olan kişiler, zarara ihmalle sebep olmaları halinde en fazla rücu ilişkisinde üstlenmek zorunda oldukları meblağa kadar sorumlu tutulacaklardır. Tasarı toptancı bir yaklaşımla kusurdan bağımsız bir şekilde sorumluluğun sınırlandırılmasından kaçınmış ve bütün ihmali zarara sebep olma durumlarını da kapsamına almıştır⁵⁹⁹. Uygulamada hafif, orta ve ağır ihmal arasında bir ayrım yapılamayacağından hareketle ihmalin farklı dereceleri arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Ancak ihmalin derecesi, rücu alacağının belirlenmesinde dikkate alınması bakımından önem taşımaktadır. Önerilen düzenleme bireysel zarara sebep olma katkısının maddi tazminat yükümlülüğü ile uyumlaştırılması uğruna denetim kurulunun sorumluluğunun azaltılmasına neden olmaktadır⁶⁰⁰.

4.2 Tasarının Olumlu ve Olumsuz Yönleri

4.2.1 Denetim Kurulu İçin Sorumluluk Riskinin Azaltılması

Denetim kurulunun sorumluluğunun rücu ilişkisinde sorumlu olacağı pay ile sınırlandırılması, bugünkü düzenlemeye nazaran bazı avantajlar sağlamaktadır. Bir taraftan bu sınırlama sorumluluk riskinin gerçek bir şekilde sınırlandırılmasına yol açabilir. Çünkü denetim kurulu artık zararın sadece kendisinin sebep olduğu kısmı için sorumlu tutulmaktadır. Bu kısım sadece illiyet bağına göre değil, aynı zamanda zarara

⁵⁹⁸ Esasında 2007 tarihli tasarı ile getirilen öneri, 1983 yılında anonim şirketler hukukundaki ilk revizyon için yapılan öneri ile uyumludur. Ancak o zaman bu öneri kabul edilmemiştir.

⁵⁹⁹ Bu durumun eleştirisi için bkz. *Hablützel*, s.215 vd.

⁶⁰⁰ *Körner*, N.516.

sebebiyet veren diğer sorumlulara kıyasla iç ilişkideki kurallara göre belirlenir. Bu sınırlandırmanın amacı, denetim kurulunun bu sınırlamayı bilerek üstü kapalı önlemlere daha az başvurmada ve çok yüksek bir sigorta himayesi uygulamasında kendisini daha az zorunlu hissetmesi ve yeniden de kendi görevine daha fazla konsantre olabilmesidir⁶⁰¹. Bu bağlamda yeni düzenleme iç ilişkide denetim kurulunun diğer zarar verenlerin daha az ödeme gücünden dolayı kural olarak üstlenmek zorunda kaldığı ödememe riskini de dikkate almaktadır. Denetim kurulunun sorumluluğunun rücu payı ile sınırlandırılması, diğer müteselsil borçlularla denkleştirmenin kural olarak ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Zira dış ilişkide, rücu ilişkisinde nihai olarak ödemek zorunda kalacağı meblağ ile sorumlu tutulan denetim kurulu, kendi payını ifa etmiş olacağından diğer borçlulara başvurmasına da gerek kalmayacaktır. Zarar gören, bu durumda da zarar verenlerin menfaatlerinin daha fazla dikkate alınmasına rağmen, paya göre sorumluluktan (kısmi borçluluk) daha fazla korunmaktadır. Denetim kurulu haricinde sorumlu organlar herhangi bir değişiklik olmadan müteselsilen sorumlu olmaya devam ederler, zarar gören zararın arta kalan kısmı için ayrıca daha fazla kişiye başvurma imkanına sahiptir. Böylece zarardan öncelikle sorumlu olan kişileri dava etme ve ödeme gücü yüksek olan borçluya zararın yıkılmasının önüne geçilmesi teşvik edilmiş olmaktadır.

4.2.2 İç ve Dış İlişkinin Birbirine Karışması Problemi

Denetim kurulunun sorumluluğunun sınırlandırılarak bir anlamda ona ayrıcalık tanınması, müteselsil sorumluluktaki dengeye müdahale ederek iç ve dış ilişki mekanizmalarının artık, şimdiye kadar olduğu gibi ele alınamamasına sebep olmaktadır. Müteselsil sorumluluk artık bütün sorumlular için eşit olmayacaktır, zira denetim makamı daha dış ilişkide kendi payına göre sorumlu tutulmakta ve böylece bu

⁶⁰¹ Körner, N.518.

payların oranı iç ilişkideki kurallara göre belirlenmektedir. Bu değerlendirme müteselsil sorumlulukta iç ve dış ilişkinin belli oranda birbirine karışmasına neden olmaktadır. Çünkü müteselsil sorumlular arasında söz konusu olan rücu ilişkisi/iç ilişki belli oranda, sanal olarak dış ilişkiye yansıtılmaktadır (*virtuelle Projektion des Regressverhältnisses auf das Aussenverhältnis*)⁶⁰². Oysa daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi, müteselsil sorumluluğa ilişkin genel sisteme göre, iç ve dış ilişki birbirinden katı biçimde ayrılmaktadır. Dış ilişkide esasen zarar görenin uğradığı zararın tazmin edilmesi söz konusuysa, iç ilişkide zarar bütün zarar verenler arasında paylaştırılır.

Öğretide tasarı ile getirilen önerinin, hakimin artık her bir sorumluyu dış ilişkide sanki tek başına zarara sebebiyet vermiş gibi ele alması bakımından memnuniyetle karşılanması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁰³. Hakim daha dış ilişkide, denetim makamının sorumluluk payını belirlemek için, zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olan davalıların kusur oranları arasında bir karşılaştırma yapmak zorundadır. Yönetim kurulu üyeleri, şirket yöneticileri ve denetim kurulu üyeleri arasında kusur oranları karşılaştırıldığında, daha az bir kusurun isnat edilmesi bakımından denetim kurulunun şansı daha yüksek görünmektedir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, bu payların doğru biçimde tespiti için iç ilişkinin bütün taraflarının dış ilişkiye ilişkin davaya katılmaları veya en azından bir görüş bildirme imkanına sahip olmaları gerekir. Böyle bir durumda ise zarar gören, bir veya daha az sayıdaki karşı taraf yerine aniden çok sayıda karşı tarafla yüz yüze gelir. Zarara ilişkin kendi payını mümkün

⁶⁰² Böckli, §18 N.191n.

⁶⁰³ Körner, N.520. *Pulaşlı*, bu tarz bir hükmün TTK md.557'ye de eklenmesi gerektiğini ifade etmekte ve söz konusu maddeye ayrı bir fıkra olarak, denetim sorumluluğuna tabi olan kişiler bir zarara sadece ihmalle birlikte sebep olmuşlarsa, bunlar, rücu sonucunda ödemek zorunda kalacağı miktar kadar sorumlu olurlar, hükmünün eklenmesini önermektedir (*Pulaşlı*, s.44).

olduğunca düşük tutmak için mümkün olduğu kadar birden fazla zarar verenin dava içine çekilmesi burada davalı olacak olan denetim kurulunun menfaatinedir⁶⁰⁴.

4.2.3 Mevcut Diğer Problemlerin Çözünsüz Kalması

Anonim şirketler hukukundaki sorumluluğa ilişkin önerilen değişiklik, teorik olarak denetim kurulunun konumunun iyileştirilmesine yol açmaktadır. Fakat kusurun derecesinin ve diğer indirim şartlarının değerlendirilmesine ilişkin günümüzde farklılaştırılmış teselsülde mevcut olan diğer problemler varlığını sürdürmektedir. Zarar verenlerin kusur oranları nedeniyle maddi tazminatın indirilmesi, her zaman zorlukları da beraberinde getirmektedir. Bu zorlukların yeni düzenlemeyle birlikte nasıl aşılabacağı tasarıdan anlaşılamamaktadır. Eski İBK md.759/I sorumluluk ayrıcalıklarını ihmalin bütün türleri için açıkça geçerli kılmaktaydı. Bununla birlikte İBK md.759/III'e göre her bir sorumluluk payının değerlendirilmesinde kusur derecesinin dahil edilmesi hususu netliğe kavuşturulmuştur. Anonim şirketler hukukunda kusur derecesi yükümlülük tanımlarının detaylı biçimde yapılması nedeniyle özellikle denetim kurulu için kural olarak kolaylıkla indirilemez. Bir yükümlülük ihlali kural olarak ağır ihmalle eş tutulmaktadır. Bununla birlikte organlar arasındaki farklı kusur derecelerinin tam olarak belirlenmesi, önerilen hüküm çerçevesinde gereklidir ve ancak yönetim kurulunun ve diğer şirket organlarının yükümlülükleri denetim kurulunun yükümlülüklerinde olduğu gibi detaylı olarak tespit edilirse ve her iki organ tipinde de değerlendirme kıstası aynıysa yapılabilir. Sadece bu temelde tüm organların yükümlülük ihlalleri aynı şekilde değerlendirilebilir.

⁶⁰⁴ Körner, N.520.

Bu reform önerisi her ne kadar maddi hukuk bakımından denetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun azaltılması sonucunu getirmiş olsa da, yargılama masraflarının dağılımı sorun olmaya devam etmektedir. Bu konuya yeni kanun tasarısı da değinmemiştir. Mevcut yasal düzenleme, (İBK md.759/II) zarar görenin bir davada birden çok kişiye karşı dava açabilmesini ve böylece kendisine daha fazla yargılama masrafları yüklenmemesini öngörmektedir. Bu kural ise Federal mahkeme kararları ile son derece göreceli hale getirilmiş ve yargılama masraflarının artırılmaması konusundaki kural sadece tek bir avukatla temsil edilmesi hali ile sınırlandırılmıştır. Oysa ki, şirketin yönetim kurulu ve denetim kurulu arasındaki anlaşmazlıklarda menfaat çatışmaları nedeniyle bu pek mümkün olmamaktadır. Bu durum davalıların zarar gören ile olan davalarında, kendi sorumluluk paylarının kusur dereceleri ile karşılaştırarak daha düşük tutmaya çalışmaları bakımından pek mümkün değildir. Her bir davalı daha dış ilişkide kendi kusurunun diğerlerine kıyasla önemli ölçüde daha düşük olduğunu göstermeye çalışacaktır. Böylece davalı taraflar arasındaki menfaat çatışması deyim yerindeyse önceden programlanmıştır. Bu nedenle İBK md.759/II ile amaçlanan zarar görenin yüksek yargılama masraflarına karşı korunması hayal ürünüdür⁶⁰⁵.

4.2.4 Sadece Denetim Kurulu İçin Getirilen Sorumluluk Ayrıcalığı

Tasarı denetim kurulunun sorumluluğunu daha dış ilişkide sınırlandırmış, fakat diğer organların müteselsil sorumluluğunu muhafaza etmiştir. Denetim kurulu üyelerine tanınan bu ayrıcalığının gerekçesi, denetim kurulu üyelerinin sıklıkla zararın küçük bir kısmından sorumlu olmalarına rağmen uygulamada öncelikle kendilerine karşı dava açılmasıdır⁶⁰⁶. Oysa şirket işlerini icra yetkisi olmayan yönetim kurulu

⁶⁰⁵ Körner, N.522.

⁶⁰⁶ Hablützel, s.215.

üyeleri için de buna benzer bir problem vardır. Kural olarak bu üyelerin zarara sebep olmada fiilen katkıları bulunmamakta, sadece sınırlı bir müdahale imkanı olan denetim yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu durumlarda da zarara sebep olma ve sorumluluk arasında, tasarındaki düzenlemenin kapsamına alınmayan bir dengesizlik söz konusudur⁶⁰⁷.

5. Anonim Şirketler Hukukunda Müteselsil Sorumluluğa İlişkin Gelişmelerin Değerlendirilmesi

5.1 Anonim Şirketler Hukukunda Müteselsil Sorumluluğun Gelişimi

Anonim şirketler hukukunda bütün sorumluların müteselsilen sorumlu olmalarına ilişkin yapılan düzenleme, sorumluluğun denetim kurulunun üzerine yıkılmasına yol açmıştır⁶⁰⁸. Bu gelişmeyi engellemek için şirketin tazminatla yükümlü tutulan organlarına daha dış ilişkide İBK md. md.759/I kapsamında bireysel indirim sebeplerini ileri sürme imkanı veren farklılaştırılmış teselsül uygulamaya konulmuştur. Ancak denetim kurulunun sorumluluğunun amaçlanan şekilde azaltılmasına, farklılaştırılmış teselsül ile ulaşılammıştır. Uygulama, denetim kurulunun sorumluluk davalarında ilk olarak tercih edilen davalı olduğunu ve ödeme gücü nedeniyle sıklıkla tüm zararın kendilerinden talep edildiğini göstermektedir. Bu durumun nedeni, bir taraftan detaylı bir şekilde tanımlanan yükümlülük kategorilerinin farklı olması nedeniyle hakimin denetim kuruluna sadece hafif kusur isnat etmesinin zor olmasıdır. Diğer taraftan zarar görenlerden birinin davranışı zarar görene karşı bireysel bir değerlendirme yapıldığında, nadiren bir indirime yol açmaktadır. Farklılaştırılmış teselsülün her bir zarar vereni sanki tek başına zarar vermiş gibi

⁶⁰⁷ *Hablützel*, s.216.

⁶⁰⁸ Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi bu husus İsviçre öğretisi tarafından dile getirilmektedir. Türk hukukunda anonim şirketler hukukundaki müteselsil sorumluluğa ilişkin eleştiriler daha çok yönetim kurulu ile ilgili olarak ele alınmıştır.

dikkate alma düşüncesi, fiili zarara sebep olma durumlarına uygun olmayan yorumlara yol açmıştır⁶⁰⁹. Farklılaştırılmış teselsül, bir organın davranışını, birden fazla kişi zarara sebep olduğu için, gerçeğe uygun biçimde tespit edememektedir. Bu doğrultuda tazminatın indirimi, eğer zarar verenlerin kusur dereceleri birbirinden ayrı olarak tespit edilebilirse, isabetli bir biçimde yapılabilir.

Anonim şirketler hukukunda müteselsil sorumluluğa ilişkin değişiklik ile bu husus dikkate alınmıştır. Sorumluluğun denetim kurulu üzerine yıkılması geniş ölçüde bertaraf edilmiştir. Sorumluluk ve sorumluluğun kapsamı arasındaki denge, daha dış ilişkide sorumlular arasındaki kusur derecelerinin doğrudan karşılaştırılması yoluyla tesis edilmelidir. Bununla birlikte İsviçre Tasarısı sorumluluğu sadece denetim kurulu için sınırlandırmıştır. Bu yeni öneri kapsamında başta kusur derecelerinin belirlenmesi olmak üzere eski problemler varlığını devam ettirmiştir. Ayrıca bu çözüm ile zarar görenin olumsuz etkilenip etkilenmediğin sorusunun da ele alınması gerekir. Denetim kurulunun sorumluluğunun sınırlandırılması ile zarar gören zararın sadece bu kısmını belli bir oranda tazmin etme imkanına sahip olacaktır. Uygulama diğer borçlulara sıklıkla zor dava açıldığını ya da ödeme aczinden dolayı hiç dava açılmadığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle müteselsil sorumluluğun temel düşüncesinden biri olarak zarar görenin korunması tasarısı ile göreceli hale getirilmiştir.

5.2 Farklılaştırılmış Teselsül Doğru Bir Çözüm Müdür?

Farklılaştırılmış teselsül, zarar görenin korunmasında herhangi bir azaltılma olmaksızın şirket içinde sorumluların farklı fonksiyonlarının dikkate alınmasına katkı sağlamaktadır. Farklılaştırılmış teselsül, yönetim kurulu üyeleri arasındaki ve diğer organlar arasındaki var olan farklılıkları göstermeli ve bu şekilde zarar gören ve zarar

⁶⁰⁹ Körner, N.525.

verenlerin menfaati arasında bir denkleştirmeye olanak sağlamalıdır. Denetim kuruluna ilişkin önerilen sorumluluk ayrıcalığı ile müteselsil sorumluluk sisteminde başka değişiklikler de yapılmıştır. Özellikle şimdiye kadar müteselsil sorumluluğu karakterize eden, dış ve iç ilişki arasındaki katı bir ayrım, kural olarak ortadan kalkmaktadır. Bununla birlikte buna bağlı olarak ortaya çıkan usul hukukuna ilişkin güçlükler de bir tarafa bırakılmaktadır. Yargılama masraflarının paylaşılması kapsamında 2007 tasarısındaki düzenlemenin uygulamada bir şansının olabilmesi için açık bir düzenleme yapılması son derece önem taşımaktaydı. Dış ilişkide zarar verenlerin kusur dereceleri arasında yapılacak bir karşılaştırmanın işlevini yerine getirmesi için davaya birden fazla tarafın katılması gerekir⁶¹⁰. Ayrıca zarar gören, yüksek dava masraflarına karşı etkin bir şekilde korunmalıdır. Buna uygun bir düzenleme yapılmadığı sürece, sorumluluk davaları zarar görenin çoğu durumda bir davaya karar verecek şekilde yüksek dava masraflarıyla bağlantılı olur.

Günümüzde geçerli olan farklılaştırılmış teselsül kapsamında kusur derecelerinin belirlenmesinde mahkemeler güçlüklerle karşılaşmaktadır. Bir anonim şirketin yönetim organı için aynı şekilde detaylı görev tanımları söz konusu olmadığı sürece, yeni düzenleme çerçevesinde de herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Hakim ancak bu şekilde farklı organ kişilerinin yükümlülük ihlali olup olmadığını yeknesak bir kıstas kullanarak değerlendirebilir.

Anonim şirketler hukukunda müteselsil sorumlulukta sürekli tekrar eden sorunlar ve mutlak teselsülden giderek uzaklaşılması nedeniyle, sorumluluğun isnat edilmesi aşamasında bile tam sorumlu olarak teselsül düşüncesinden daha bariz bir şekilde uzaklaşılmasının gerekip gerekmeyeceği sorusu sorulabilir⁶¹¹. Farklılaştırma,

⁶¹⁰ Böckli, §18 N.192v.

⁶¹¹ Körner, N.530.

toplam zararın belirlenmesi aşamasında yapılmalıdır. İlliyet bağı aşamasında yapılan farklılaştırma, zarar gören ve zarar verenlerin menfaatleri arasında bir denkleştirme çabasını da beraberinde getirebilir⁶¹². Eğer denetim kurulu tutarlı bir biçimde sadece zararın artmasından uygun illiyet bağı ile sorumlu olursa, sorumluluğu daha sorumluluğun isnadı aşamasında sınırlandırılır. Bu durumda müteselsil sorumluluk, karmaşık değerlendirmeye ve kusur derecelerinin karşılaştırmasına gerek olmaksızın sadece bu meblağ tutarında dikkate alınmış olurdu.

5.3 Farklılaştırılmış Teselsülün Sorumluluk Hukukuna Aktarılıp Aktarılamayacağı Meselesi

Anonim şirketler hukukuna ilişkin müteselsil sorumluluk tartışmasına genel sorumluluk hukuku açısından bir anlam yükleyebilmek için, anonim şirketler hukukunda söz konusu olan farklılaştırılmış teselsül yapısının genel sorumluluk hukukuna aktarılıp aktarılamayacağının tespit edilmesi gerekmektedir. Esasında İBK md.754 (TTK md.553) kapsamında anonim şirketler hukukuna ilişkin sorumluluğun işlevi, İBK md.41 vd. (TBK md.49 vd.) kapsamında genel sorumluluk hukukunun işlevinden farklı değildir. Her ikisinin de amacı, zarar görenin hukuka aykırı, zarar verene karşı isnad edilebilen bir fiil sonucunda uğramış olduğu zararı tazmin etmektir⁶¹³. Genel sorumluluk hukukunda hukuka aykırılık, mutlak hukuki varlıklara karşı yapılan bir ihlal veya davranış normlarına karşı yapılan bir ihlal nedeniyle söz konusu olmaktadır⁶¹⁴. Anonim şirketler hukukunda söz konusu olan yükümlük ihlali ise, kanunen veya şirket ana sözleşmesi ile öngörülmüş olan bir yükümlülük ihlalinden

⁶¹² Körner, N.530; Reichwein, Kausalzusammenhang, s.350.

⁶¹³ Böckli, §18 N.487 vd.; Rey, N.12; Oftinger/Stark, §1 N.9 vd.; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N.4 vd.

⁶¹⁴ Rey, N.682 vd.; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N.146 vd.

ibarettir⁶¹⁵. İBK md.41'e göre kusur subjektif bir unsura (kişinin ayırt etme gücü) ve objektif bir unsura (kasıt veya ihmal, burada ihmal objektif bir kıstasa göre değerlendirilir) göre belirlenir⁶¹⁶. Anonim şirketler hukukundaki kusur önceden belirlenmiş olan yükümlülükleri içeren bir özen standardının ihlalini oluşturur⁶¹⁷. Özen yükümlülüğünün ihlali de, aynı iş çevresindeki özenli ve makul bir kişinin esas alındığı objektif bir kıstasa göre belirlenir (TTK md.369).

Anonim şirketler hukuku özellikle denetim kurulu için ayrıntılı biçimde öngörülen görev ve yükümlülük tanımı ile karakterize olmaktadır⁶¹⁸. Her bir potansiyel sorumlu kişi için belirli hükümler ve yetkiler öngörülmüştür. Bu şekilde açıkça tanımlanmış yükümlülükler, bir zararın meydana gelmesi halinde, hangi zararın kim tarafından hangi yükümlülük ihlali ile sebebiyet verildiğinin tam olarak tespit edilebilmesine imkan sağlamaktadır⁶¹⁹. Bu durum zararın sebep olma alanlarına bölünmesine imkan sağlamakta ve bunun sonucunda bu sebep olma alanı içinde ancak birden fazla kişi aynı sebep olma alanındaki zarardan sorumlu olursa, müteselsil sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulmaktadır⁶²⁰. Yükümlülüklerin bu şekilde ayrıntılı biçimde belirlenmesi, zararın belirli bir kişiye tam olarak yüklenmesine ve bu kişinin davranışının tam olarak değerlendirilmesine imkan sağlamaktadır. Bu şekilde zarar veren kişinin davranışının tam olarak değerlendirilebilmesi, genel sorumluluk hukukunda daha zordur. Anonim şirketler hukukunda yükümlülüklerin belirlenmesi, hakimin sorumluların davranışlarını değerlendirme görevini kolaylaştırmakta ve farklılaştırılmış teselsülün uygulanmasında ortaya çıkacak indirim sebeplerini daha

⁶¹⁵ Böckli, §18 N.378.

⁶¹⁶ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N.204 vd.

⁶¹⁷ Böckli, §18 N.430.

⁶¹⁸ Körner, N.532; Hablützel, s.134.

⁶¹⁹ Hablützel, s.133-134.

⁶²⁰ Hablützel, s.134.

kolay değerlendirmesine yardımcı olmaktadır. Genel sorumluluk hukukunda olduğu gibi yükümlölük ihlalinde bulunulup bulunulmadığının daha az kesin olarak belirlenebilir olması halinde kabul edilmelidir ki, aynı durum indirim sebeplerinin değerlendirilmesinde de geçerlidir. Fakat kusurun değerlendirilmesinde hem anonim şirketler hukukunda hem de genel sorumluluk hukukunda da uygulamada tam olarak bir tespitte bulunmanın zor olacağı dikkate alınmalıdır. Mahkeme her durumda soyutlama yapmak zorundadır. Genel sorumluluk hukukundan farklı olarak, anonim şirketler hukukunda yükümlölüklerin detaylı biçimde belirlenmesi ile ihlal edici davranışın tam olarak belirlenmesi mümkündür⁶²¹. Bununla birlikte her iki hukuk alanında da benzer kriterler yardımıyla değerlendirme yapılır. Genel sorumluluk hukukunda zarara sebep olma alanları anonim şirketler hukukuna göre daha az tam olarak belirlenebilir durumdadır ve buna uygun olarak da hakimin takdir yetkisi daha geniştir.

Her iki hukuk alanında da objektif kıstaslara göre değerlendirilen kusur, en önemli indirim sebeplerinden birini teşkil etmektedir. Anonim şirketler hukukunda yükümlölüklerin detaylı olarak tanımlanması, hafif kusurun, genel davranış yükümlölüğüne karşı bir yükümlölük ihlaline oranla daha az sıklıkla tespit edilebilmesine yol açar. Bu durum özellikle denetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin yargılamada ortaya çıkmaktadır. Denetim kurulunun yükümlölüklerinin ve onlardan beklenen niteliklerin çok katı bir biçimde tanımlanmasından dolayı, mahkemeler kesin bir sorumluluk kıstası uygulamaktadırlar. Bu durum denetim kuruluna neredeyse hiçbir zaman hafif kusurun isnat edilememesine yol açmaktadır. Genel sorumluluk hukukunda ise davranış biçimleri daha az detaylı tanımlandığı için, sorumlu kişilere hafif kusur isnadı daha kolay yapılabilir.

⁶²¹ Körner, N.532.

Gautschi'ye göre ise, tazminatın hesaplanmasında bireysel indirim sebeplerinin dikkate alınmayacağı sonucuna, İBK md.759/I (TTK md.557/I) ile de ulaşılabilir⁶²². Bu hükme göre, birden çok yönetim kurulu üyesinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. Yazara göre, İsviçre şirketler hukukunun revizyonu kapsamında kanuna eklenen bu hüküm, kanun koyucunun nispi teselsülü (farklılaştırılmış teselsül) genelleştirmeyi istediğine ilişkin bir kanıt olarak, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebilmesi gerektiğini kabul edenlerce ileri sürülmektedir. Yazar bu argümana bir yandan, kanun koyucunun İBK md.759'un açık hükmüne rağmen bu tür bir düzenlemeyi hala İBK md.50'de öngörmediği gerekçesiyle, diğer yandan da İBK md.759/I hükmüne genelleme sağlayacak bir fonksiyon yüklenmeyeceği gerekçesiyle karşı çıkmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda öngörülmüş olan bu hüküm genel sorumluluk hukukunda İBK md.50 anlamında birden fazla zarar verenin sorumluluğuna uygulamak doğru değildir⁶²³. Dayanışma ilkesi nedeniyle yönetim kurulu üyelerinden biri kendi iradesinin aksine müteselsilen sorumlu tutulabilir, çünkü, yönetim kurulu üyesi çoğunluğun kararına uymazsa, üçüncü kişiye zarar verilmesinin sebebi olur. Buna karşılık İBK md.50'ye göre birden çok kişinin sorumluluğunda durum farklıdır. Her kim zarara sebebiyet verilen eyleme katılmamışsa, ortaya çıkan zarardan müteselsilen sorumlu tutulamaz.

⁶²² *Gautschi*, s.121.

⁶²³ Aynı doğrultuda düşünen *Brehm*'e göre de, İBK md.759 hükmü, İBK md.50 kapsamında dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilip sürülemeyeceğine ilişkin tartışma bakımından yol gösterici değildir (BeKomm/*Brehm*, Art.50 N.45b).

Körner'e göre, bu gerekçeye katılmak mümkün değildir⁶²⁴. Zarar verici davranış gören bir yönetim kurulu üyesi de zarar verme sebeplerinden uzak durabilir. Anonim şirketler hukukunda davranış ve zarar arasındaki illiyet bağı genel sorumluluk hukukunda olduğu gibi aynı şekilde değerlendirilir. Zarara sebebiyet verici davranışa katılmayan hatta buna açıkça karşı çıkan biri, illiyet bağı olmadığından dolayı zarardan sorumlu tutulamaz. Yazara göre, genel sorumluluk hukukunun kriterleri bu şekilde anonim şirketler hukukunda da uygulanabilir. Bu noktada aradaki fark olarak, genel sorumluluk hukukunun aksine anonim şirketler hukukunda yükümlülüklerin detaylı biçimde belirlenmiş olması gösterilebilir. Ancak bu şekilde yükümlülüklerin belirlenmiş olması sadece hukuka aykırı davranışların tam olarak değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır. Yoksa bu durum farklılaştırılmış teselsülün işlevini yerine getirmesine ilişkin bir sebep teşkil etmemektedir. Dış ilişkide her bir sorumlunun davranışının ayrı ayrı değerlendirilmesi sadece anonim şirketler hukukunda değil, aynı zamanda sorumluluk hukukunda da mümkündür. Hatta farklılaştırılmış teselsül genel sorumluluk hukukunda daha kolay uygulanabilir. Zira yükümlülüklerin katı bir biçimde tanımlanması hatta hiç tanımının yapılmaması nedeniyle hafif kusur bazen daha kolay tespit edilebilir ve hakime de daha geniş bir takdir yetkisi tanır. Bu husus da hafif kusur halinde tazmin yükümlülüğünün azaltılması imkanını ilke olarak teşvik eder.

Türk hukuku bakımından konuyu ele aldığımızda, kanaatimizce TTK md.557 hükmünün borçlar hukuku anlamında kıyasen uygulanarak farklılaştırılmış teselsülün borçlar hukukunda da kabul edilmesine gerek bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu husus borçlar hukuku bağlamında açıkça düzenlenmemiş olsa bile mevcut hükümler nedeniyle de bu sonuca varılabilecektir. Zira tazminattın belirlenmesine ilişkin TBK

⁶²⁴ *Körner*, N.534.

md.51 ve indirilmesine ilişkin md.52 sadece tek bir zarar verenin bulunduğu durumlarda değil, aynı zamanda birden çok kişinin müteselsil sorumluluğuunda da uygulanabilecektir. Bu nedenle hakimin dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini kabul etmesi açısından TTK md.557'ye başvurmasına gerek yoktur. Olması gereken açısından TBK'da da TTK'da olduğu gibi açık bir hükmün düzenlenmiş olması gerekirdi. Ancak tekrar belirtmek gerekirse kanaatimizce TBK'da bu konuya ilişkin açık bir hükmün yer almamış olması, borçlar hukuku kapsamında müteselsil sorumlulukta bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülemeyeceği anlamına gelmemektedir.

D. İsviçre Ön Tasarısı Kapsamında Haksız Fiil Hukukunda Bireysel İndirim Sebepleri

Ön Tasarı md.53b/II hükmü, müteselsil sorumlulukta dış ilişkiye ilişkin olarak önemli bir yenilik içermekteydi. Bu yenilik Ön Tasarının farklılaştırılmış teselsülü genel sorumluluk hukukuna uygulamış olmasıdır. Söz konusu hükme göre, müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, zarardan tek başına sorumlu olsaydı yükümlü tutulacağı tazminat miktarını kapsar. Yani zarar veren kişi dış ilişkide de ancak bireysel sorumluluğu nedeniyle zarar kendisine isnat edilebildiği ölçüde müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Ön Tasarıyı kaleme alanlar İsviçre öğretisindeki hakim görüşü benimsemişler ve müteselsil sorumluluğuun, sorumlu kişinin sırf kendisiyle birlikte başka kişilerin de sorumlu olmasından dolayı daha fazla ödemek zorunda kalmasına yol aamayacağını vurgulamıřlardır⁶²⁵. Ayrıca bu hükümle müteselsil sorumlulukta başkasının davranışından dolayı sorumlu tutulmanın engellenmeye çalışıldığı da ifade

⁶²⁵ Widmer/Wessner, s.169.

edilmiştir⁶²⁶. Farklılaştırılmış teselsül, zarar veren kişinin bütün zarar verenlere ait ortak defiler yanında kişisel defilere de dayanabilmesini gerektirir. Böylece her bir zarar veren kendi kusurunun hafifliğine, kendisine isnat edilen riskin düşük olmasına ve bütün zararın tazmini için sorumlu tutulursa düşeceği zor duruma dayanabilir. Ön Tasarı farklılaştırılmış teselsülün uygulanması ile birlikte sorumluluk hukukunun genel kısmında da açıkça müteselsil sorumlulukta maddi tazminatın hesaplanmasına ilişkin kuralların uygulanacağını hükme bağlamıştır. Her bir zarar veren doğrudan bütün zarardan sorumlu değildir. Ön Tasarı md.52'ye göre, maddi tazminat her bir zarar veren için somut olayın şartları değerlendirilerek belirlenir. Eksik ve tam teselsül arasındaki ayrımın kaldırılması ile zarar verenin meydana gelen zarara birlikte mi veya bağımsız olarak mı yol açtığına bakılmaz. İndirim sebepleri birden fazla kişinin zarara sebebiyet verdiği her durumda ileri sürülebilir.

Ön tasarıyı kaleme alanlar isabetli olarak müteselsil borçlular arasındaki rücu imkanlarını borçluları aşırı yükten etkin bir şekilde koruyamayacak kadar belirsiz kabul etmişlerdir⁶²⁷.

Aslında TBK'da müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler İsviçre Ön Tasarısından alınmıştır. Bu nedenle de Ön Tasarıda yer alan bu hüküm TBK'nın tasarı metninde aynen yer almaktaydı. Bizdeki tasarıda, Ön Tasarıdan aynen alınan hükme göre, her bir müteselsil sorumlunun yükümlü tutulacağı tazminat miktarı, tek başına sorumlu olması durumunda yükümlü tutulacağı tazminat miktarından fazla olamaz,

⁶²⁶ Widmer/Wessner, s.169.

⁶²⁷ Widmer/Wessner, s.169. Aksi görüşte olan *Gautschi*'ye göre ise, müteselsil sorumlulukta kendi sorumlu olduğu miktardan daha fazla oranda ödemedede bulunan borçlunun menfaati, denkleştirme ilişkisinde yeterli derecede korunmaktadır. Müteselsil borç ilişkisinde, sorumlu olduğu tutardan daha fazla ödemedede bulunan borçlunun, diğer borçluların ödeme güçlüğü riskini taşıması, hukuken hakkaniyete aykırı olarak görünmemektedir. Müteselsil borçlular alacaklıya zarar vermiş olduğu için, alacaklının ödeme güçlüğü riskini taşıması her durumda daha haksızdır (*Gautschi*, s.125).

şeklindeydi. Tasarının bu maddeye ilişkin gerekçesinde de, müteselsil sorumlulardan her birinin, kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenlerin, dış ilişkide göz önünde tutulmasının hakkaniyete uygun olacağı, böylece her bir müteselsil sorumlunun kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenleri, sadece iç ilişkide diğer sorumlulara karşı ileri sürmesi yerine, bunu dış ilişkide zarar görene karşı da ileri sürme olanağının sağlandığı belirtilmiştir. Ancak sonradan bu hüküm çıkarılmış ve kanun metnine alınmamıştır.

TBK Tasarısında yer alan hükmü isabetli bulmayan *Kılıçoğlu*'na göre, bu hükümle zarardan sorumlu tutulan kişinin, zararın tamamından değil, sorumluluk miktarıyla sınırlı olarak sorumlu olacağı kabul edilmiş olmaktadır⁶²⁸. Yazara göre bu durumu müteselsil sorumluluğun niteliği ve kabul ediliş gerekçesiyle bağdaştırmak güçtür. Müteselsil sorumlulukta sorumlulardan her birinin borcun tamamından sorumlu olması esastır; Tasarı bu hükümle borcun tamamından değil, kendi payıyla sınırlı olarak sorumlu tutulmayı yani kısmi sorumluluğu kabul etmiştir⁶²⁹.

E. Sonuç

Maddi tazminatın bireysel olarak belirlenmesi yoluyla sorumluluğun müteselsil borçlular için sınırlandırılması fikri yeni değildir. İsviçre'de uzun zamandır dış ilişkide

⁶²⁸ *Kılıçoğlu*, Sorumluluk, s.172. Ayrıca yazar tasarıdaki hükmün ancak kusur sorumluluğunda uygulanabileceğini, kusursuz sorumlular ile sözleşme nedeniyle sorumlu tutulan kişiler için uygulanamayacağını da ifade etmektedir.

⁶²⁹ Aksi görüşte olan *Kırca*'ya göre ise, dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi ile meydana gelen borcun kısmi borç olmasına neden olmaz. Kısmi borcun söz konusu olması için birden çok borçlunun alacaklıya karşı borcun sadece bir kısmını ifa ile yükümlü olması gerekir ve kısmi sorumlulukta zarar verenlerin her biri zarara sebep oldukları oranda sorumlu olurlar. Oysa burada birden çok borçlunun alacaklıya karşı borcun sadece bir kısmı ile yükümlü olması değil, borcun tamamından sorumlu olmasıyla birlikte somut olayda tek başına sorumlu olsaydı ileri sürebileceği indirim sebeplerini ileri sürebilmesi söz konusudur (*Kırca*, Yenilikler, s.44).

İBK md.43 ve md.44'ün uygulanması ile ilgili tartışma yürütülmektedir. Anonim şirketler hukukunda bireysel indirim sebeplerinin uygunluğu 1991'den beri kanunen tanınmaktadır. İBK md.759/I kapsamında müteselsil borçlular bireysel indirim sebeplerini ileri sürerek sorumluluklarını daha dış ilişkide indirebilmektedirler. Bununla birlikte farklılaştırılmış müteselsil sorumluluğun uygulanması günümüze kadar çeşitli güçlüklerle karşılaşmıştır. Bu güçlükler özellikle dış ilişkide her bir borçlunun sanki o zarara tek başına sebebiyet vermiş gibi ele alınmasına dayanır. Fakat bu durum fiili zarara yol açma durumuna uygun düşmemekte ve fiili duruma uygun bir sonuca götürmemektedir⁶³⁰. Birlikte borçluların davranışı ile karşılaştırma yapılmaması müteselsil borçluya nadiren hafif kusurun veya diğer sorumluluğu azaltıcı şartların isnat edilmesine yol açmaktadır. Anonim şirketler hukukunda farklılaştırılmış teselsül problemi, ağırlıklı olarak denetim kurulunun müteselsilen sorumlu tutulması ile sonucunda söz konusu olan katı sorumluluğu etrafında dönmektedir. Bundan dolayı anonim şirketler hukukunun revizyonuna ilişkin tasarıda, uygulamada çok zor uygulanabilir olan ve kural olarak da denetçiler için iyileştirme getiren sorumluluk değişikliği öngörülmüştür.

Farklılaştırılmış teselsülün genel sorumluluk hukukuna aktarılmasına, kural olarak bir engel yoktur. Ön tasarı bu bağlamda farklılaştırılmış teselsülü genel haksız fiil hukuku için de öngörmüştür. Bu öneri esasen isabetli görünmektedir. İsviçre haksız fiil hukuku, esnek sistemi içerisinde İBK md.43 ve md.44 ile zarar verenin ödeyeceği tazminatın bireysel olarak belirlenmesi imkanı sunmaktadır. Maddi tazminatın bireysel olarak belirlenmesi birden çok sorumlunun bulunduğu durumlarda da uygulama alanı bulmaktadır. Müteselsil sorumluluk, borçluların farklı tutarlardan sorumlu olması halinde de mevcut olabileceği için, teselsül müessesesi tazminatın

⁶³⁰ Körner, N.542.

bireysel olarak belirlenmesine herhangi bir engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte sorumluluk hukukuna ilişkin uygulamada farklılaştırılmış teselsüle ağırlık vermek için uyarlamalar gereklidir.

II. Sınırlandırılmış Müteselsil Sorumluluk Modeli

A. İki Aşamada Sorumluluğun Sınırlandırılması

Birden fazla zarar verenin sorumluluğunun indirilmesine ilişkin uygulanacak model, illiyet aşamasında sorumluluğun sınırlandırılması ve müteselsil sorumlulukta bireysel indirim sebeplerinin uygulanması kombinasyonuna dayanmaktadır⁶³¹.

1. Sorumluluğun Doğması⁶³² Aşamasında Sınırlandırma

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, sebep ile zarar arasındaki illiyet bağı kurulamamasına rağmen çok geniş olarak anlaşılan illiyet kavramı nedeniyle birden fazla zarar veren çoğunlukla birlikte sorumlu tutulmaktadır. Birden fazla zarar verenin bulunması halinde sorumluluğun giderek genişletilmesi eğilimi uygulamada görülmektedir. Sorumluluğun bu şekilde genişletilmesine sebebe bağlılık aşamasında rastlanabilir⁶³³. Bu noktada genel olarak sorumluluğun doğup doğmayacağı ve eğer doğuyorsa hangi şekli alacağı sorusuna yönelik belirsizlikler ortaya çıkmaktadır.

İlliyet bağının türü zarara sebep olma durumu ile belirlenir, bundan dolayı birden fazla kişinin zarara nasıl yol açtığı incelenmelidir. Genel sebebe bağlılığa

⁶³¹ Körner, N.545.

⁶³² Haksız fiilden dolayı birden çok kişinin sorumluluğunda da tek kişinin sorumluluğunda olduğu gibi, TBK md.49 vd. hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Bu doğrultuda sorumluluğun meydana gelmesi için, hukuka aykırı bir fiil, zarar, kusur ve illiyet bağı şartlarının mevcut olması gerekir. Bununla birlikte illiyet bağı bakımından, her bir zarar verenin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağı belirsizdir. Eğer bu bağ belirlenebiliyorsa zaten kısmi sorumluluk söz konusu olmaktadır.

⁶³³ Körner, N.546.

ilişkin kuralların dolanılması veya i inin boşaltılması sadece belirsiz sebebe bağlılık durumlarında dikkate alınmalıdır. Diğer taraftan sadece belirsiz sebebe bağlılık halinde zararın yeknesaklaştırılması mümkün olabilir. Belirsiz sebebe bağlılık hem zarar verenlere sorumluluk isnadı için hem de müteselsil sorumluluğun ortaya çıkışı için belirleyicidir. Zaten birden çok zarar verenin bulunduğu hallerde, bunlardan her birinin zarar ile olan illiyet bağı tam olarak tespit edilemediği için müteselsil sorumluluk gündeme gelmektedir.

Zarar görenin bizzat kendisinin mi yoksa zarar verenlerin mi zararın meydana gelmesine yol açıp a madığına ilişkin olarak şüphe varsa, hemen zarar görenin korunması söz konusu olmaz. Bu durumlarda zarar görenin kendi kusur payı da belirlenmeli ve ileri süreceği talep miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. TBK md.52/I'e göre ( BK md.44/I) zarar görene isnat edilen kısım için zarar verenlerin sorumluluğu yoktur. Her bir zarar verenin sorumluluğunun kapsamının gerektiğinde sonradan sınırlandırılması daima indirilmiş sorumluluk paylarına iliřkindir⁶³⁴. Zarar görenin kendi kusurunun hesaplanması aynı şekilde zarara sebep olma türüne yöneliktir. Yani zarar verenlerin birlikte hareket etmesi halinde zarar görenin kişisel kusur payı tüm zarar verenlere karşı genel bir bakış açısı ile karşılaştırma yaparak tespit edilir. Buna karşılık eğer zarar verenler birbirinden bağımsız olarak hareket etmişse zarar görenin kişisel kusur payı her bir zarar verene karşı ayrı ayrı tespit edilir. Daha sonra da toplam bir bakış açısı ile zarar görenin hangi kusur payını nihai olarak taşımak zorunda olduğu tespit edilir.

⁶³⁴ Weber, s.127.

2. Tazminatın Belirlenmesi Aşamasında Sınırlandırma

Birden fazla kişi tarafından zarara sebebiyet verilmesi halinde, bunların davranışı ile zarar arasında belirsiz illiyet bağı ve böylece tek bir zarar varsa, bu durumda zarar verenler müteselsilen sorumlu olmaktadır. Müteselsil sorumluluk birden fazla zarar verenin olması halinde zarara göreni en iyi koruyan sorumluluk türüdür. Buna karşılık zarar verenler için çok katı bir sorumluluk türüdür. Birden fazla zarar verenin sorumluluğu illiyet bağı şüphesine dayandığı için bu sorumluluk farklılaştırılmalıdır. Bu dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi ile gerçekleşebilir.

2.1 Bireysel İndirim Sebeplerinin Uygulanmasında Müteselsil Sorumluluk Kavramı

2.1.1 Kanun ya da Müteselsil Sorumluluk Sistemi ile Bireysel İndirim Sebeplerinin Dışlanmaması

Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde de belirtmiş olduğumuz üzere İsviçre/Türk hukukunda mutlak teselsül kavramı ne açıkça kanunen öngörülmüş ne de sadece mutlak teselsülün uygulanmasına ilişkin bir belirlemede bulunulmuştur. Bilakis zarar verenlerin müteselsil tam sorumluluğu, zarar görenin en iyi biçimde korunması düşüncesine dayanmaktadır. Bununla birlikte sorumluluk hukuku sisteminin amacı, zarar gören için bir denkleştirme olduğu için ve zarar görenin daha iyi bir konuma getirilmesi olmadığı için, zarar verenlerin menfaati de belirli bir çerçevede dikkate alınmak zorundadır. Müteselsil borçlular arasındaki rücu imkanı, zarar verenleri aşırı katı bir sorumluluğa karşı koruyabilmek için yeterli değildir. Etkili bir koruma sağlayabilmek için borçluların sorumluluğu daha dış ilişkide indirilebilmelidir. Bu husus İsviçre/Türk hukuku bakımından (de lege lata) dış ilişkide zarar görene karşı bireysel indirim sebeplerinin uygulanması ile mümkün görünmektedir. Dış ilişkide

bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi kanunen yasaklanmamıştır ve müteselsil sorumluluk durumlarında uygulanması da imkansız değildir⁶³⁵.

Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesi, kanaatimizce TBK md.163'e de (İBK md.144) aykırı değildir. Zira TBK md.163/T'de yer alan borcun tamamı ifadesinden bütün zarardan sorumluluk değil de, tazminatın belirlenmesine ilişkin genel kurallara göre tespit edilen meblağ anlaşılırsa, alacaklı/zarar gören her bir borçluyu sorumlu oldukları meblağ tutarınca dava edebilir. Bu doğrultuda her bir borçlu için kendi sorumlu olacağı tutar, borcun tamamını teşkil edecektir⁶³⁶. Bununla birlikte alacaklı borçludan, borçlunun sorumlu olduğu sorumluluk tutarından daha az bir tutar talep etmekte serbesttir.

Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesine karşı çıkan *Gautschi*'ye göre ise, bireysel indirim sebeplerinin alacaklıya karşı ileri sürülebilmesinin kabulü, İBK md.145/T'de öngörülen hükme uymamaktadır⁶³⁷. Yazara göre, İBK md.145'te borçluların savunmalarına ilişkin olarak tamamlayıcı bir kural öngörülmüştür. Buna göre, müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir. Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesi ise İBK md.145/T'de öngörülen bu düzenlemeye uygun düşmemektedir.

⁶³⁵ Aksi görüş için bkz. *Yağcıoğlu*, s.173 vd. Yazara göre TBK md.61 hükmü dikkate alındığında hukukumuzda sınırlandırılmış ya da farklılaştırılmış müteselsil sorumluluğun kabulü mümkün değildir.

⁶³⁶ Aynı doğrultuda bkz. *Tekinay*, s.210 vd. Yazara göre, tazminatın tek bir kalem halinde ve sadece sorumluluk derecesi en yüksek olan zarar veren esas alınarak belirlenmesinin hiçbir yasal dayanağı yoktur. Böyle bir durum tek başına sorumlu olsaydı daha düşük bir tazminat ödeyecek olan zarar verenin sorumluluğunu teselsül perdesi altında artırmak ve en yüksek derecede kusurlu zarar veren için hesaplanan tazminat düzeyine çıkarmak anlamına gelir. Bu ise geniş ölçüde başkasının kusurundan dolayı sorumluluğu, bir başka ifadeyle kusursuz sorumluluğu ifade eder (*Tekinay*, s.210).

⁶³⁷ *Gautschi*, s.122.

Zira bireysel indirim sebeplerinde İBK md.145 anlamında borçlunun alacaklı ile arasındaki kişisel ilişkiden kaynaklanan defiler söz konusu değildir, bilakis bireysel indirim sebepleri sadece borçlunun şahsından kaynaklanmaktadır, alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkiden doğmamaktadır. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece kanun başka anlama gelebilecek bir hüküm öngörmemiştir. İBK md.145'te yer alan düzenlemeye göre müteselsil borç ilişkisinde tazminatın hesaplanmasında bireysel indirim sebepleri dikkate alınamayacaktır.

2.1.2 Bireysel İndirim Sebepleri ile Birlikte Müteselsil Sorumluluk Kavramı

Bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebildiği müteselsil sorumluluk kavramını daha iyi bir şekilde anlamayı sağlamak için aşağıda bazı hususlara değinmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, müteselsil sorumlulukta zarar görene karşı birden fazla borçlu aynı borç/zarar için sorumludur. Zarar gören birden fazla borçlu arasında, borçlular kendisine karşı aynı miktarda sorumlu olduğu sürece, seçim yapma imkanına sahiptir. Zarar verenlerden birinin ifası diğerlerinin borcunu da sona erdirir⁶³⁸. Bütün borçluların ortak biçimde sorumlu olduğu kısmı aşan meblağlar için zarar gören sadece bu meblağ için sorumlu olan zarar verenlere başvurabilir. Zarar gören zarar verenleri uğramış olduğu zarar tamamen karşılanıncaya kadar sorumlu tutabilir. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere müteselsil sorumluluk ne borç sebeplerinin aynı olmasını ne de ifa kapsamının aynı olmasını gerektirir⁶³⁹. Böylece müteselsil sorumluluk her bir zarar veren için ortaya konulan sorumluluk şartları ve

⁶³⁸ Bkz. §1 III, C, 2.

⁶³⁹ Bkz. §1 III, B.

tazminatın bireysel olarak hesaplanması yoluyla yükümlü olacağı tutar kapsamdadır⁶⁴⁰.

Öğretide birden fazla müteselsil borçlunun sorumluluklarının farklı miktarda olduğu durumda kısmi teselsülden (*Teilsolidarität*) bahsedilmektedir⁶⁴¹. Bu durumda alacaklıya karşı müteselsil sorumluluk sadece ifanın bir kısmı (farkı tutarlardan en azı tutarında) için söz konusudur. Alacaklı sadece bütün müteselsil borçluların sorumlu olduğu kısım için kendi seçimine göre borçluların hepsine başvurabilir. Bir diğer anlatımla zarar verenler arasında teselsül, bütün borçluların ortak olarak üstlendiği miktardan sadece en küçük miktar kadardır⁶⁴². Müteselsil borçlular için kısmi teselsülün farklı etkileri vardır⁶⁴³. Alacaklının hangi borçluyu sorumlu tutacağına göre ve bu borçlunun ne kadar ödediğine göre, diğer borçlular teselsülden faydalanacak veya faydalanmayacaktır. Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak: G 100 liralık bir zarara uğramıştır ve bu zarar için de A, B ve C tazminatla yükümlüdür. Dış ilişkide tazminatın hesaplanması sonucunda, A hafif kusuru nedeniyle sadece 50 liradan sorumludur; B 80 lira için ve C de mali güçlük içinde olması nedeniyle 20 liradan sorumludur. G, B'ye başvurursa ve B de 80 lirayı öderse A sadece 20 lira için sorumlu tutulabilir. Teselsül A için 30 lira tutarında etkide bulunmuştur. C için B tarafından yapılan ödeme herhangi bir etki doğurmamıştır. C hala tüm sorumlu olduğu meblağ ile borçludur. Eğer B, G'ye sadece 50 lira öderse A ve C, G tamamen tatmin edilinceye kadar, kendi sorumlu oldukları meblağ ile borçlu olmaya devam ederler. Bu durumda teselsül A ve C için herhangi bir etki göstermemiş olur. Müteselsil borçlulardan

⁶⁴⁰ von Tuhr/Escher, s.298; Keller, s.179; Keller/Gabi, s.139; Weber, einheitliche Lösung, s.358; Körner, N.554.

⁶⁴¹ Bu konuda bkz. Koller, §75 N.34.

⁶⁴² von Tuhr/Escher, s.298; Keller/Gabi, s.137.

⁶⁴³ Hablützel, s.58 vd.

birinin kısmi ifası, müteselsil olarak borçlanılan ifa payına mahsup edilmez⁶⁴⁴. B 50 liradan fazla ödese bile G 100 lirayı almadığı sürece A tamamen sorumluluktan kurtulamaz. Kanaatimizce de, kısmi teselsül halinde, alacaklının zarara uğramaması açısından indirim yapılması nedeniyle karşılanmayan alacağın geri kalanı için, alacaklının diğer borçlulara başvurabilmesi gerekir⁶⁴⁵. Zira müteselsil sorumlulukta dış ilişkide zarar gören tamamen tatmin edilinceye kadar sorumluluk devam etmektedir⁶⁴⁶. Ancak *Zellweger* bu görüşe karşı çıkmaktadır⁶⁴⁷. Yazar bir örnekle durumu şu şekilde açıklamaktadır. A ve B tarafından 10.000 TL'lik bir zarar verilmiş olsa ve dış ilişkide TBK md.51/T'in (İBK md.43/I) uygulanması ile A zararın 7500 TL'lik kısmından, B ise 5000 TL'lik kısmından sorumlu olsa, bu durumda teselsül sınırı 5000 TL'dir⁶⁴⁸. Zarar gören önce A'ya başvursa ve 7500 TL'yi alsın, geri kalan kısım olan 2500 TL için B'ye başvuramayacaktır. Zira teselsül tüm borçluların müteselsil borcun tamamı için sorumlu olmasını gerektirir. Yazara göre teselsül ilkesinden vazgeçilmedikçe bu sonuç kabul edilemez.

⁶⁴⁴ *von Büren*, s.105; *Guhl/Koller*, §6 N.17; *Keller/Gabi*, s.140; *Weber*, einheitliche Lösung, s.358; *Körner*, N.555; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.703; *Kırca*, s.659-660; *Göktürk/Can*, s.264.

⁶⁴⁵ *Koller* ise bu sonuca TBK md.100/II (İBK md.85/II) hükmünün kıyasen uygulanması ile varmaktadır (*Koller*, §75 N.49). Söz konusu hükme göre, alacaklı, alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya başka bir güvence almış ise, borçlu kısmen yaptığı ödemeyi, güvence altına alınan veya güvencesi daha iyi olan kısma mahsup etme hakkına sahip değildir.

⁶⁴⁶ *Karayalçın* ise bu görüşe başka bir açıdan yaklaşmaktadır. Yazarın vermiş olduğu örnekte, A'nın toplam zararı 3000'dir ve bu zarardan B1 2000, B2 600 ve B3 400 ile sorumludur ve B1'in ödeme gücü yoktur. Bu durumda alacaklı B2'den 600 ve B3'ten 400 birim tahsil edebilir. Alacaklı ayrıca B2'den 600 ve B3'ten 400 ödenmesini müteselsil borçlu sıfatıyla talep edebilir. Yazarın vermiş olduğu bir başka örnekte ise, A'nın zararı 2000'dir ve B1 700, B2 500, B3 300 kişisel sorumlu olduğu tutarı yani 1500'ü A'ya ödedikten sonra A ayrıca aynı tutara kadar müteselsil borçlulardan 500 daha ödemesini talep edebilecektir (*Karayalçın*, s.119).

⁶⁴⁷ *Zellweger*, s.69-70.

⁶⁴⁸ Aksi görüşte olan *Tekinay*'a göre, genel prensibe göre müteselsil borçlulardan birinin yaptığı ödeme miktarında diğerlerinin de borçtan kurtulmaları, zarar görenin alacağını aşan bir tazminat elde etmesine engel olmak içindir. Böyle bir sakınca bulunmadıkça kısmi ödeme diğer borçluları borçtan kurtarmaz (*Tekinay*, s.215).

Kanaatimizce müteselsil sorumlulukta hem alacaklının ve hem de borçluların menfaatlerini gözetecek şekilde bir denge sağlanmalıdır⁶⁴⁹. Bu nedenle borçluların mutlak bir biçimde tam sorumlu olduğu mutlak teselsül anlayışı yerine, dış ilişkide özellikle hafif kusur olmak üzere, bireysel indirim sebeplerine dayanılabilmelidir. Ancak bu noktada her bir borçlu için farklı tutarların söz konusu olması halinde, zarar görenin menfaatini korumak adına da indirim yapılması nedeniyle karşılanmayan alacağın geri kalanı için, alacaklının diğer borçlulara başvurabilmesi kabul edilmelidir. Böylece müteselsil sorumluluk kapsamında sadece zarar görenin menfaatleri değil, aynı zamanda borçluların da menfaatlerinin gözetildiği bir sistem kabul edilmiş olur.

2.2 Tam Sorumluluğun İstisnası Olarak Bireysel İndirim Sebepleri

Müteselsil borçlulardan biri dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürme hakkına sahip olursa, bu durum uygulamada çeşitli sonuçlar meydana getirecektir. Bir taraftan mahkeme davada zarar görenle birlikte her bir dava edilen borçlu için bireysel sorumluluk oranını (dış ilişki için) tespit etmek zorunda kalacaktır. Meydana gelen zarar için ispat yükü zarar görendedir. Mahkeme re'sen maddi tazminatının indirimini ele almak zorundadır⁶⁵⁰. Mahkeme dava edilen borçlunun maddi tazminat yükümlülüğünü indirirse, bu durum zarar görenin her bir borçludan tüm zararın tazminini talep edememesine yol açar. Ayrıca zarar gören kendisinin de kusurlu olduğunun veya zarar verenlere ait indirim sebeplerinin ileri sürmesi ile karşılaşabilir. Müteselsil borçluların farklı tutarda sorumlu olmaları, zarar görenin zararını tamamen tazmin etmek için, birden fazla borçluyu dava etmek zorunda kalmasına yol açabilir. Bununla birlikte bu tehlike bütün müteselsil borçlular tazminat tutarının tamamından

⁶⁴⁹ Aynı doğrultuda bkz. *Karayalçın*, s.110.

⁶⁵⁰ *BeKomm/Brehm*, Art.43 N.46; *Körner*, N.556.

sorumlu olsalar ve her bir borçlu maddi anlamda zararın tamamını karşılayamıyorsa veya diğer nedenlerden dolayı sorumlu tutulamıyorsa da söz konusu olur.

Diğer taraftan bireysel indirim sebeplerini daha dış ilişkide ileri sürme imkanı, zarar verenler için sorumluluk rizikosunun indirilmesi anlamına gelir. Zarar verenler kendileri yanında başka zarar verenler de aynı zarardan sorumlu diye, zararın tamamı için doğrudan olarak sorumlu olmazlar. Özellikle büyük zararlarda indirim imkanı müteselsil borçlular için büyük bir mali kolaylık sağlar.

Bireysel indirim sebeplerinin sonuçları istisnai karakteri dolayısıyla görecelidir. İndirim sebeplerinin uygulama alanı en baştan daraltılmıştır. TBK md.51 ve md.52 (İBK md.43 ve md.44) ile yapılan maddi tazminattan indirim, zararın tam karşılanması ilkesi için bir istisna oluşturur. Sorumluluk hukukunun zararı denkleştirme işlevi, hafif ihmalle hareket edenin de kural olarak bütün zarardan sorumlu olacağı sonucunu ortaya koymaktadır⁶⁵¹. Zarar verenin kusur oranı nispeten az olsa bile, birçok durumda zarar görenin kusurundan daha büyüktür ve bu sebeple de zarar görenin zararı yüklenmesi hakkaniyete uygun olmaz⁶⁵². TBK md.51 ve md.52'in uygulanmasında, en baştan itibaren dikkatli olunması gereken düzeltici ve istisnai bir durum söz konusudur. Söz konusu maddelerden kaynaklanan indirim sebeplerinin değerlendirilmesi, bir indirimin hakkaniyete göre yapılıp yapılamayacağına ilişkin hakimın takdir yetkisine dayanır⁶⁵³. Hakimın takdir yetkisi ile vereceği kararların gerekçelendirilmesi ise zordur.

Müteselsil sorumlulukta bireysel indirim sebeplerine ilişkin kararlarda, maddi tazminattan indirimin çoğunlukla sadece birden fazla indirim sebebinin varlığında ve

⁶⁵¹ Rey, N.399; *Oftinger/Stark*, §7 N.12.

⁶⁵² *Fellmann*, HAVE 2002, s.114 vd.

⁶⁵³ *BeKomm/Brehm*, Art.43 N.47-48.

özellikle zarar görenin kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda yapıldığı ifade edilmektedir⁶⁵⁴. Son zamanlarda Federal mahkemenin bireysel indirim sebepleri nedeniyle maddi tazminatı indirdiği kararları artık neredeyse yoktur. Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin uygulanmasının açıkça hükme bağlandığı İBK md.759/I kapsamında anonim şirketler hukukuna ilişkin farklılaştırılmış teselsül alanında da, Federal mahkemenin maddi tazminatı indirdiği çok az kararı bulunmaktadır. İndirimler özellikle zarar görenin kusurunun tazminat miktarının azaltılmasını haklı gösterdiği durumlarda uygun görülmüştür⁶⁵⁵. Federal mahkeme istisnai olarak zarar verenin maddi tazminat yükümlülüğünü indirdiği hallerde, bu tazminat talebi hiçbir zaman tazminatın üçte birinin üzerine çıkmamıştır. İndirimin kapsamına ilişkin olarak bireysel indirim sebeplerinin önemi her durumda çok az görünmektedir⁶⁵⁶.

Bireysel indirim sebeplerinin uygulamada nispeten az önemli olması, müteselsil sorumluluğun koruma fonksiyonun bu yolla ortadan kaldırıldığı endişesinin yersiz olduğunu göstermektedir. Bu nedenle müteselsil sorumlulukta bireysel indirim sebeplerine ilişkin çekinceli tutum, indirim imkanın tamamen kabul edilmemesine ilişkin bir sebep olarak kabul edilemez.

2.3 Tazminattan İndirim Sebepleri

Müteselsil sorumlulukta bütün indirim sebepleri aynı şekil ve biçimde dikkate alınmaz. Bu nedenle indirim sebepleri arasında ayırım yapmak gereklidir.

⁶⁵⁴ Körner, N.559. Ayrıca bkz. *Hablützel*, s.125.

⁶⁵⁵ BGE 4C.506/1996 (SZW 1998 s.207 vd.); 127 III 453.

⁶⁵⁶ Anonim şirketler hukukuna yönelik olarak bkz. *Hablützel*, s.67.

2.3.1 Zarar Göreni İlgilendiren Durumlar

Zarar görenin kişiliğinden kaynaklanan indirim sebepleri arasında özellikle zarar görenin kişisel kusuru (TBK md.52) yer almaktadır⁶⁵⁷. Zarar görenin de neden olduğu özen veya tehlike sorumluluğu ya da bünyevi istidadı, kendi kusuru gibi aynı şekilde ele alınmaktadır. Zarar verenlerin zarara iradi olarak birlikte yol açıp açmadığı veya birbirinden bağımsız hareket edip etmedikleri konusu indirimin değerlendirilmesi hususunda dikkate alınır. Birlikte hareket edilmesi halinde zarar görene ayrıcalık yapılması haklıdır. Zarar görenin davranışı bütün zarar verenlerin davranışları ile birlikte ele alınır ve bunun sonucunda olası bir indirim yapılıp yapılamayacağı belirlenir. Ancak bu şekilde genel bir bakış içinde değerlendirme yapılması, zarar verenlerin birbirinden bağımsız hareket ile zarara yol açtıkları hallerde doğru çözüm olmaz. Bu durumda, her bir zarar veren bir diğerrinin davranışını ne desteklediği ne de göze aldığı için, zarar görenin davranışı öncelikle her bir zarar verene karşı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bireysel bakış açısı ile her bir müteselsil borçlu için tazminatın miktarı zarar görenin kusur oranı düşüldükten sonra tespit edilir. Bundan sonra yapılacak genel bakış ile birbirinden bağımsız hareket eden zarar verenlerin olması halinde zarar gören için maddi tazminatın azami miktarı tespit edilir. Zarar görenin davranışına dayanılarak metotlar arasında ayırım yapılması alman hukukunda birlikte ve fer'i fail durumlarının değerlendirilmesine dayanır⁶⁵⁸.

2.3.2 Zarar Verenleri İlgilendiren Durumlar

2.3.2.1 Kusur

Anonim şirketler hukukunda uygulanan farklılaştırılmış teselsüle göre, her bir zarar veren zarar görene karşı kendi hafif kusurunu ileri sürme imkanına sahiptir.

⁶⁵⁷ Weber, s.124; Hablützel, s.107.

⁶⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Körner, N.431 vd.; Tekinay, s.213 vd.

Uygulamada bu şekilde sorumluluğun sınırlandırılmasının başarısız olmasını engellemek için -anonim şirketler hukukunda gözlemlendiği gibi- farklılaştırılmış teselsül değiştirilerek uygulanmalıdır. Her bir müteselsil sorumluyu, tek başına zarar vermiş olsaydı sorumlu olacağı kadar sorumlu tutmak anlamına gelen farklılaştırılmış teselsül düşüncesi, fiili şartlar nedeniyle başarısız olmaktadır. Zira müteselsil sorumluluk durumlarında zarara sadece tek bir zarar veren değil, birden fazla zarar veren sebep olmaktadır.

Müteselsil borçlulardan biri ayrı değerlendirildiğinde, kendisine neredeyse hiç hafif kusur isnat edilememektedir. Yani müteselsil borçlu tek başına ele alınırsa, kusuru nadiren hafif olarak değerlendirilmektedir⁶⁵⁹. Buna rağmen her bir zarar verenin ayrı ele alınması, zarar verenin katkısının ne şekilde olduğunu ve hangi kişisel saikle fiili işlediğini bulmak için önemlidir. Bununla birlikte her bir zarar verenin fiilinin değerlendirilmesi sadece genel bakış açısı çerçevesinde yapılabilir⁶⁶⁰. İlk olarak zarar verenlerden birinin fiili ile diğer zarar verenlerin fiilleri karşılaştırılarak, hangi sorumluya daha çok kusurun isnat edilebileceği veya hangisinin fiilinin zararın daha büyük bir kısmını teşkil ettiği tespit edilebilir⁶⁶¹. Genel bakış ve kusur derecelerinin karşılaştırılması her bir zarar verenin maddi tazminat yükümlülüğünün hesaplanmasında da uygulanır. Kişisel kusurun değerlendirilmesinde sadece zarar görenin ve zarar verenin kusur derecelerinin karşılaştırılması ile bir sorumluluk indirimi mümkün olur. Ancak birden fazla fail olması halinde genel bir bakış, üçüncü kişinin kusurunun zarar veren için sorumluluğunun indirilmesine yol açmaz⁶⁶². Genel

⁶⁵⁹ Körner, N.564.

⁶⁶⁰ Körner, N.565.

⁶⁶¹ Bu konuda karşılaştırma yapılamayacağına ilişkin olarak bkz. Ağdağ Güney, s.1222.

⁶⁶² BeKomm/Brehm, Art.43 N.81; Oftinger/Stark, §7 N.40; Rey, N.414; Merz, s.222; Honsell, §9 N.20; Ağdağ Güney, s.1223.

bakış sadece her bir zarar verenin kusurunu daha iyi takdir edebilmek amacıyla her birinin fiillerin karşılaştırılmasına olanak sağlar.

Bireysel ve genel bakış metotları, alman hukukunda §840 BGB kapsamında fer'i faillik durumunda zarar görenin kişisel kusurunun değerlendirilmesinde sergilenen hareket tarzına dayanır⁶⁶³. Bireysel ve genel bakış metotlarının kombinasyonu, sadece bireysel bakış, fiili durumu yanlış ortaya çıkarabileceği için gereklidir⁶⁶⁴. Müteselsil sorumlulukta aynı zarara birden fazla sebep yol açtığı için, zarar verenlerin sorumluluğunun değerlendirilmesinde bu durum genel bakış ile dikkate alınmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre, kişisel kusurun değerlendirilmesinden farklı olarak hesaplama artık zarar görenin açısından değil, bilakis zarar verenlerin açısından uygulanır olması bakımından değişikliğe tabi tutulmuştur⁶⁶⁵. Zarar görenin davranışı zarar verenlerden birine veya hepsine karşı değerlendirilmez, bilakis öncelikle her bir zarar verenin davranışı ayrı ayrı değerlendirilir (bireysel bakış) ve daha sonra her birinin zarar verici fiile katkısı toplam meydana gelen zarar bağlamında değerlendirilir (toplam bakış). Bu kombinasyon yöntemi daha dış ilişkide zararın meydana gelmesinde her bir zarar verenin durumunun dikkate alınmasına yol açar ve böylece farklı hareket tarzları ve saikler dikkate alınır. Sonuç zarar görene karşı müteselsil sorumluluk olsa da, her bir zarar vereninin sorumlu olacağı tutar bağlamında kişisel durumları da dikkate alınır.

⁶⁶³ Weber, s.124.

⁶⁶⁴ Körner, N.566.

⁶⁶⁵ Körner, N.567.

Bireysel ve toplam bakış yöntemlerinin bira arada ele alınmasının sonuçlarını bir örnekle⁶⁶⁶ açıklayacak olursak: Aynı ırmak kenarında bulunan fabrikalardan A firması uzun zamandır bilerek kendi atık suyunu ırmağa akıtmaktadır. Diğer fabrika olan B firması ise atık suyunu ırmağa akıtmaktan kaçınmak için bütün önemleri almış olmasına rağmen, bir çalışanın ihmali neticesinde bir yarım gün boyunca çok zehirli atık suları ırmağa boşaltmıştır. Bir diğer fabrika C firması ise, A firmasının atık suları ırmağa boşalttığını bilmekte ve masraflardan kaçınmak için kendisi de atık sularını ırmağa akıtmaktadır. A, B ve C firmasının yanı sıra 4 firma daha aynı ırmağın kenarında faaliyette bulunmaktadır. Bu firmaların atık sularını nehre akıtıp akıtmadıkları ise belirsizdir. Irmak tamamen kirlenmiştir ve burada yaşayan bütün balıklar zehirli atık sonucunda ölmüştür.

Ortaya çıkan zarardan bütün firmalar müteselsil olarak sorumludur ve böylece bir firmanın zarar görene karşı ifada bulunması, diğer firmaları da sorumluluktan kurtaracaktır. Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebileceğinin kabulü ile her bir davalı zarar verenin, zarar görene karşı zararın hangi kısmından sorumlu olması gerektiği ayrı ayrı incelenmelidir. Bireysel ve genel (toplu) bakış metotlarına göre, öncelikle her davalının nasıl davrandığı ve hangi sebeple zarara yol açtıkları incelenmelidir.

A firması kendi atık sularını bilerek nehre akıtmıştır, bundan dolayı ağır kusuru bulunmaktadır. A firması atık suları uzun süre nehre akıttığı için, muhtemelen nehre büyük oranda atık su boşaltmıştır. A firması, hakimin maddi tazminattan indirim yapmasına neden olacak başka bir indirim sebebi ileri sürmezse, ağır kusuru nedeniyle ve uzun süre atık su boşaltması nedeniyle bireysel bakış ile zararın tamamından

⁶⁶⁶ Örnek için bkz. *Körner*, N.18 vd.

sorumlu tutulacaktır. B firmasının fiili her ne kadar nehrin kirlenmesine katkı sağlasa da, şartlar A firmasına göre daha farklıdır. B firması ayrı ele alındığında, firmanın atık su ile çevre kirliliğinden kaçınmak için bütün önlemleri almış olduğu tespit edilebilir. Buna rağmen bir çalışanın dikkatsizliği ile (bu çalışanın davranışı B firmasına isnat edilebilir) saatlerce, zararın meydana gelmesine uygun zehirli maddelerin sızmasına sebep olunmuştur. Zarara yol açan durum öğrenildikten sonra derhal kanallar kapatılmıştır. Bu nedenle B'nin kusur derecesi sadece ihmal olarak değerlendirilir, bu da hakime maddi tazminatın bireysel olarak hesaplanmasında indirim yapma imkanı sağlar. C'nin durumu değerlendirildiğinde A'ya benzer bir şekilde ağır kusurlu olduğu sonucuna varılır. Zira C zehirli maddeleri nehre masraflarını azaltmak amacıyla akıtmıştır. Bu noktada A'nın da zehirli çöplerin bertaraf edilme yöntemini kullandığı bilgisi indirim sebebi olarak değerlendirilmez.

Bireysel bakıştan sonra bütün davalı zarar verenler (A, B ve C) arasında yapılacak genel bakış yöntemi ile, A'nın başta B olmak üzere diğerlerine kıyasla ağır kusurlu olduğu sonucuna varılır. Bundan dolayı dış ilişkide A'nın tam sorumluluğu haklı görülür. Diğer zarar verenlere kıyasla B'nin kusuru daha hafiftir. Zira A ve C kendi zehirli atık sularını bilerek nehre akıtmıştır. Ayrıca nehre zehirli atıkların bırakıldığı zaman karşılaştırılırsa B'nin ki en kısadır. B firması sadece yarım gün zehirli atıkları nehre bırakmıştır, oysa ki A ve C nehri daha uzun süre kirlletmiştir. B'nin bıraktığı zehrin sonuçları tam olarak tespit edilememesine rağmen B'nin, A ve C'ye göre daha az zarara yol açması muhtemeldir. B'nin maddi tazminat yükümlülüğünün dış ilişkide azaltılması ve %60'a indirilmesi (takdiren) doğrudur. A %100, B %60 ve C %100 oranda sorumludur. Zarar gören A veya C'ye başvurabilir ve her birinden zararın tamamını talep edebilir. B'ye başvurursa zararın en fazla

%60'ından sorumlu tutabilir, bu oranın ifası aynı zamanda diğer davalıları da sorumluluktan kurtarır.

*Körner'e göre*⁶⁶⁷, kümülatif illiyet durumlarında her bir zarar veren zararın tamamına yol açmışsa, kural olarak her biri zararın tamamından sorumlu tutulur. Zarara sebebiyet verme tespit edilemediği için ve birden fazla zarar veren söz konusu olacağı için gerçek durumlara uygun düşmemesine karşın, sorumluluğun zarar verenler arasında bölünmesi yerindedir. Daha sonra indirim yapılarak sadece potansiyel zarar verenlerin de sorumlu olması, zarar göreni koruduğu ve zarar verenlerin menfaatlerini de dikkate aldığı için hakkaniyete uygundur. Fakat sorumluluğun paylaşılmasının takdir yetkisine dayanması ve fiili durumun yansıtılamamasının da dikkate alınması gerekir.

2.3.2.2 Tazminatın Ödenmesinin Zarar Vereni Zor Duruma Düşürmesi

Borçlunun finansal açıdan zor duruma düşme tehlikesi, objektif olarak tespit edilebilen ve her zaman sadece belli bir borçluya ilişkin olan kişisel bir indirim sebebidir. Bu durum zarar verenin davranışından ve aynı şekilde diğer zarar verenlerin davranışından da bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Zor durumun değerlendirilmesi zarar verenlerin sadece bireysel olarak ele alınması halinde söz konusu olabilir⁶⁶⁸. Öğretide bu tür bir indirim sebebinin ancak zarar verenin hafif kusuru halinde

⁶⁶⁷ *Körner*, N. 572. Yazar vermiş olduğu örnekte, fabrikalardan her biri tarafından nehre akıtılan suların zararları sonucu tek başına doğrumaya elverişli mi olduğu (yarışan illiyet), yoksa tek başına yeterli olmayıp bir araya gelmeleri suretiyle mi zararlı sonuca sebebiyet verdikleri (ortak illiyet) konusuna bir açıklık getirmemektedir. Bu noktada ister ortak illiyet isterse yarışan illiyet olsun, birden çok zarar veren müteselsilen sorumlu tutulacaktır (Bu konuda bkz. *Eren*, s.546 vd.). Ancak belirtmek gerekir ki, nehre su akıtıp akıtmadıkları belirlenemeyen diğer firmaların, kanaatimizce sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

⁶⁶⁸ *Körner*, N.573.

uygulanabileceği ifade edilmektedir⁶⁶⁹. Bu görüşe göre, zarar veren zarara hafif kusuruyla sebebiyet verir, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse, hakim tazminattan indirim yoluna gidebilir.

2.3.2.3 Hatır İşleri

Benzer durum hatır için yapılan bir fiil için de geçerlidir. Zarara sebebiyet veren davranışın hatır için yapılıp yapılmadığı her bir zarar veren bakımında ayrı ayrı tespit edilebilir. Bu durum özellikle birbirinden bağımsız olarak zarara sebep olma halinde mümkündür. Bununla birlikte birden fazla borçlu birlikte hatır için yapılan fiili gerçekleştirmişse ve bu fiil sırasında zarara birlikte sebep olmuşlarsa, hatır fiili ortak def'i olarak kabul edilir. Böylece özel zarara sebep olma durumu esas alınır ve o durum ile bireysel ve genel bakış arasında ayırım yapılır.

2.3.3 Zarar Verenler ve Zarar Görenden Bağımsız Durumlar

2.3.3.1 Tesadüfi Durumlar

Taraflardan bağımsız olan ve onların etkileyemediği bir durum olarak tesadüf⁶⁷⁰, bir çok durumda borçlulara ait ortak bir def'i teşkil eder. Bundan dolayı tesadüf İBK md.145/I çerçevesinde bütün borçlular tarafından ileri sürülebilir ve genel bakış içinde değerlendirilir.

2.3.3.2 Üçüncü Kişinin Kusuru

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi Federal mahkeme ve hakim öğreti isabetli olarak üçüncü kişinin kusurunun kural olarak maddi tazminatın indirilmesine

⁶⁶⁹ Eren, s.770; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.592; Oğuzman/Öz, s.120.

⁶⁷⁰ Tesadüfi bir durumun indirim sebebi sayılabilmesi için, bunun mücbir sebep niteliğinde olmaması gerekir. Zira mücbir sebep indirim sebebi değil, illiyet bağımlı kestiği için sorumluluktan kurtaran bir sebeptir (Eren, s.771; Oğuzman/Öz, s.121).

ilişkin bir def'i olarak dikkate alınamayacağını savunmaktadır. Zira eğer üçüncü kişinin kusuru zarar ve zarar verenlerin davranışı arasındaki illiyet bağına tamamen kesmişse sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁶⁷¹. Bu nedenle üçüncü kişinin kusuru kural olarak tazminattan indirim sebebi teşkil etmemektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin kusuru sorumlu kişinin davranışıyla birlikte zararlı sonucu doğurmuşsa, sorumlu müteselsil sorumluluk kurallarına göre zararın tamamından sorumlu olacaktır. Bununla birlikte müteselsil sorumlular dışında üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle sorumluların kusuru hafiflemiş ise, bu gibi istisnai hallerde üçüncü kişinin kusuru indirim sebebi olarak kabul edilmektedir⁶⁷².

2.3.3.3 Uzak (Zayıf) İlliyet Bağı

Uzak illiyet bağı, tazminatın indirilmesine ilişkin farklı şartların değerlendirilmesinin bir sonucudur⁶⁷³. Uzak illiyet bağı nedeniyle indirim yapabilmek için, hakim somut olaya ilişkin bütün şartları incelemek zorundadır. Özellikle de zarar verenlerin kusuru burada önemli bir rol oynamaktadır. Bundan dolayı zarara yol açan durumlara ve ele alınan indirim sebeplerine göre bireysel bakış ve genel bakış veya her iki bakış açısının birlikte ele alınması söz konusu olabilir.

2.3.3.4 Mesleki Riziko

Tipik sözleşmesel indirim sebebi olarak meslek rizikosu mevcut sözleşmeler ve zarara yol açan durumların yardımıyla her bir zarar veren için ayrı ayrı tespit edilir⁶⁷⁴. Meslek rizikosu nedeniyle indirim somut olayın şartlarına göre bütün zarar verenleri birlikte ilgilendirilebilir veya sadece birini ilgilendirebilir.

⁶⁷¹ Eren, s.821.

⁶⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.708.

⁶⁷³ Eren, s.773.

⁶⁷⁴ Körner, N.578.

2.3.4 Bireysel İndirim Sebeplerinin Kabul Edildiği Müteselsil Sorumlulukta Rücu İlişkisi

2.3.4.1 Mevcut İlkelerin Değişmemesi

Müteselsil sorumluların yer aldığı ve iç ilişkide söz konusu olan rücu davasında çoğunlukla, zarar görenin yer aldığı davada yer alan aynı kişiler yer almamaktadır. Bu nedenle dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesi bakımından rücu davasına ilişkin bir değişiklik bulunmamaktadır. Bundan dolayı dış ilişki ve iç ilişki arasındaki ayırım bireysel indirim sebeplerinin uygulanmasında da önemlidir. Dış ilişkide tazminatın bireysel olarak belirlenmesi, zarar görene karşı müteselsil borçluların nihai olarak taşıyacağı zarar payları bakımından belirleyici olacağı anlamına gelmez⁶⁷⁵. Sadece, zarar görenin dış ilişkide bütün zarar verenleri dava etmiş olduğu durumlarda, hakim aynı davada maddi tazminatın nihai olarak paylaşımına ilişkin karar verebilir⁶⁷⁶. Bununla birlikte kural olarak borçlular arasındaki iç ilişkiye ilişkin davada kesin zarar payları karara bağlanır. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkide müteselsil borçluluk yoktur⁶⁷⁷. Bundan dolayı mahkeme her bir borçlu için sorumluluk oranını tespit etmek zorundadır. Müteselsil borçlu, rücu alacaklısına karşı bireysel olarak tespit edilmiş sorumluluk miktarından daha fazla miktarda sorumlu olmaz.

Dış ilişkide maddi tazminatın bireysel olarak hesaplanması, iç ilişki için geçerli olan genel ilkelerin değiştirilmesine sebep olmaz. Bir müteselsil borçlu ancak dış ilişkide kendisinin iç ilişkide sorumlu olduğu miktardan daha fazla tutarda ödeme yaparsa diğer borçlulara karşı rücu hakkına sahip olur. Zarar gören tarafından ne kadar

⁶⁷⁵ Göktürk/Can, s.271.

⁶⁷⁶ Körner, N.579.

⁶⁷⁷ Bkz. §5 IV, B, 4.

çok borçlu dava edilirse, bir borçlunun iç ilişkide sorumluluk payının farklı olma şansı da o kadar düşüktür. Buna karşılık örneğin zarar gören toplamda 8 borçludan sadece 2 borçluyu dava etmişse ve bunlar %50 şer olarak borcun tamamını ödemişse, iç ilişkide zararın paylaşılması farklı oranları ortaya çıkaracaktır⁶⁷⁸. İç ilişkideki oranları aşan her tutar için zarar verenler rücu edebilir.

Su kirliliği ile daha önce ele almış olduğumuz yarışan (kümülatif) illiyet örneğinde, birden fazla fabrikanın dış ilişkide sorumluluk dağılımı iç ilişkide aşağıdaki sonuçları ortaya çıkaracaktır. Zarar gören maddi tazminat alacağının tazmini için kural olarak en fazla tazminat elde edebileceği zarar verene yönelir. Bu kişi ya ödeme gücü en fazla olan ya da zararın en büyük kısmından sorumlu olandır. Örneğin zarar gören tazminat talebini, C firması dış ilişkide zararın tamamından sorumlu olduğu için ve ödeme gücünden emin olmadığı A firmasına göre C firması daha fazla ödeme gücüne sahip olduğu için, C'ye karşı ileri sürmüş olabilir. Bu durumda C maddi tazminatın tamamını öder. Dış ilişkideki sorumluluk payları iç ilişkideki paylarla örtüşmediği için, C diğer borçlulara karşı rücu hakkına sahiptir. C rücu için üretim yerleri aynı şekilde aynı nehir kenarında bulunan bölgedeki diğer firmalara karşı başvurabilir. A ve C firmaları iç ilişkide zararın tamamından sorumlu değildir, bu nedenle zarar bütün sorumlular arasında dağıtılır ve C diğer zarar verenlerden dış ilişkide iç ilişkideki payını aşan kısmı geri alabilir. Zarar gören dış ilişkide tazminatın tamamından sorumlu olan bir zarar vereni dava ederse ve böylece tazminatın tamamını elde ederse, mutlak teselsüle kıyasla herhangi bir değişiklik olmayacaktır.

Örnek olayda firma A ve C ödeme güçlüğü içinde bulunursa, mutlak teselsül söz konusu olmayacak, indirilmiş teselsül söz konusu olacaktır. Bu durumda zarar

⁶⁷⁸ Aynı yönde bkz. *Ağdağ Güney*, s.1223.

görene karşı, dış ilişkide zararın %60'ından sorumlu olan borçlu B kalmaktadır. Zira B diğerlerine kıyasla hafif kusurludur. Ödeme güçsüzlüğü nedeniyle zarar gören A ve C'den zararının geri kalanı için tazminat elde edemez. Bu nedenle zarar gören zararın %60'ının tazmini ile yetinmek zorundadır. Aynı şekilde borçlu B de rücu konusunda diğer borçlular A ve C'den herhangi bir denkleştirme alacağı elde edemez. Borçlu B'ye karşı sadece davaya katılmayan diğer fabrikalar kalır. B'nin diğer fabrikalara karşı rücu yoluna başvurması da sonuçsuz kalırsa, B kendi payı iç ilişkide daha az olsa bile zararın %60'ını nihai olarak ödemiş olur. Farklılaştırılmış teselsülün avantajı, zarar veren B'nin iç ilişkide payına uygun düşenden daha fazlasını ödemekle birlikte, dış ilişkide zararın %100' ünden sorumlu olmasına göre daha az tutarda ödeme yapmış olmasıdır. Zira farklılaştırılmış teselsül uygulanmasaydı, yani B dış ilişkide hafif kusurunu ileri sürememiş olsaydı, mutlak teselsül gereği zararın tamamını ödeyecek ve diğer borçluların ödeme güçsüzlüğü nedeniyle rücu sonucunda bir şey elde edemeyecekti.

2.3.4.2 Müteselsil Borç Yapısının Bozulması Sorunu

Dış ilişkide bireysel indirim sebepleri alman hukukundaki sorumluluk ayrıcalığı problemi ile benzer niteliktedir. Sorumluluktan kurtulma ayrıcalığında her bir zarar veren dış ilişkide sözleşmesel veya kanuni düzenlemeler sebebiyle müteselsil sorumluluktan kurtulmakta, bir diğer ifadeyle müteselsil sorumluluk alanından ayrılmaktadır⁶⁷⁹. Bu noktada ayrıcalığın iç ilişkide de etki doğurup doğurmayacağı sorusu ele alınmaktadır.

Müteselsil sorumlulukta dış ilişkide tazminatın bireysel olarak hesaplanması yoluyla borçlular arasındaki teselsül varlığını korumakta, sadece tazminat

⁶⁷⁹ MünchKomm/Wagner, §840 N.30 vd.

yükümlülerinin sorumluluk kapsamı değişmektedir. Böylece dış ilişkide zararın sadece küçük bir kısmından sorumlu olan zarar verenin iç ilişkide de en fazla bu meblağa kadar sorumlu olup olmayacağı sorusu ele alınmaktadır. Bu durum kural olarak maddi tazminatın bireysel hesaplanmasının amacından ve anlamından anlaşılmaktadır ve çoğu indirim sebebi bakımından problemsiz olarak uygulanır. Bireysel indirim sebeplerinin değerlendirilmesinde, örneğin zarar görenin kişisel kusuru, tazminatın ödenmesinin zarar vereni zor duruma düşürmesi ve uzak illiyet bağında olduğu gibi, dış ilişkide zaten genel (toplu) bakış yapılacağı ve diğer zarar verenler de bu bakış kapsamında ele alınacağı için, indirim iç ilişkide için de geçerli olacaktır. Bireysel ve genel bakışın bir arada yapılması ile bireysel indirim sebepleri sadece zarar görene karşı değil, aynı zamanda diğer zarar verenlere karşı da geçerli olur. İç ilişkide sorumluluk oranlarının farklı bir şekilde olması, sadece iç ilişkiye muhtemelen daha fazla zarar verenin katılması hususu ile ortaya çıkar. Bir diğer anlatımla zarar görenin de yer aldığı dış ilişkiye ilişkin davada, iç ilişkinin tarafı olan müteselsil borçlulardan ne kadar çok kişi yer almışsa, dış ilişkide belirlenen paylar ile iç ilişkide belirlenen paylar birbirine o kadar yakın olacaktır. Buna karşılık dış ilişkiye ilişkin davada iç ilişkin tarafı olan borçlulardan biri ve bir kaç yer almışsa, dış ilişkide belirlenen paylar ile iç ilişkide belirlenen paylar birbirinden farklı olacaktır.

Bununla birlikte sorun teşkil eden husus, zarar verenlerin hatır fiilleri veya meslek riski nedeniyle söz konusu olan indirim sebepleridir. Bu indirim sebepleri sadece zarar görenle olan ilişkide geçerlidir ve müteselsil borçluların kendi aralarındaki ilişkide geçerli değildir. Buna göre ilgili borçlular iç ilişkide kendi ayrıcalıklarını kaybedecekleri için, iç ilişkide sorumluluk indirimi (hatır fiili veya meslek riski nedeniyle) artık önemli değildir. Bu indirim sebeplerinin iç ilişkiye de aktarılması, ayrıcalıklı olmayan zarar verenler açısından olumsuz bir durum teşkil

eder. Dış ilişkide sorumluluk sınırlandırmasının anlam ve amacının gereğini yerine getirmek için, ayrıcalıkların iç ilişkide de geçerli olması savunulabilir. Bu yüzden ayrıcalıklı borçlu iç ilişkide de artık dış ilişkide borçlu olduğundan daha fazla ödemek zorunda değildir⁶⁸⁰. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, dış ilişkiye ilişkin davada verilmiş olan karar iç ilişkide etkili değildir. Bu nedenle dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri süren borçlu için belirlenen tazminat tutarı, iç ilişki açısından bağlayıcı olmamalı, söz konusu borçlu gerekirse bu tutarın üzerinde iç ilişkide nihai olarak sorumlu tutulabilmelidir. Aksi durumun kabulü kanaatimizce, dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin kabul edildiği müteselsil borçlulukta, zarar gören ve zarar verenler arasında sağlanan dengenin, zarar verenler lehine bozulması anlamına gelecektir.

B. Birlikte ve Bağımsız Zarar Verme Hareketleri Arasındaki Ayrımın Önemi Kaybetmesi

Öğretide bireysel indirim sebeplerinin geçerliliğine ilişkin görüşler birbirinden ayrılmaktadır. Bazı yazarlar⁶⁸¹ müteselsil sorumluluktan, dış ilişkide maddi tazminatın bireysel hesaplanmasının kabul edilmediği bütün zarar verenlerin tam sorumluluğunu anlamaktadır. Diğer yazarlar birden fazla zarar verenin bulunduğu bütün durumlarda bireysel indirim sebeplerinin geçerli olması gerektiğini savunmaktadırlar⁶⁸². Diğer bir kısım yazarlar⁶⁸³ ise, teselsülün türleri arasında ayrım yapmaktadır. Buna görüşte olanlara göre, eksik teselsülde bireysel indirim sebepleri kabul edilirken, tam teselsülde kabul edilmemektedir. Federal Mahkeme de kural olarak tam teselsülde maddi tazminatın bireysel hesaplanmasını kabul etmemektedir, ancak eksik teselsülde

⁶⁸⁰ Körner, N.585.

⁶⁸¹ Zellweger, s.74; Reichwein, s.130; Merz, s.107-108; BeKomm/Brehm, Art.50 N.43.

⁶⁸² Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3728; Keller/Gabi, s.137 vd.

⁶⁸³ Otfinger/Stark, §10 N.33, dpn.61; Weber, s.127.

bunu teorik olarak mümkün görmektedir⁶⁸⁴. Ancak burada da indirim imkanı mutlak istisnai durumlarla sınırlandırılmıştır. Federal mahkemenin içtihatlarına göre, kanunen öngörülen durumlarda ve borçluların aynı hukuki sebepten dolayı sorumlu oldukları durumlarda tam teselsül söz konusu olur. Müteselsil sorumluluğun doğrudan kanundan kaynaklanmamakla birlikte, uygulama şartları İBK md.51'de öngörülen haller eksik teselsül kapsamına girer. Zarar verenler eksik teselsülde kural olarak farklı hukuki sebepler nedeniyle sorumlu tutulmaktadır.

Federal mahkemenin eksik ve tam teselsül arasında bu şekilde bir ayırım yapması bireysel indirim sebeplerinin uygunluğunun değerlendirilmesinde tatmin edici olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Kanun müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemesinde, zarara sebebiyet vermenin fiili şartlarını esas almadığı için, bireysel indirim sebeplerinin eksik teselsülde kabul edilmesi ihtiyari görünmektedir. Birden çok kişi birbirinden bağımsız olarak zarara yol açarsa, sorumlulukları İBK md.51 kapsamına girmesi halinde, bireysel indirim sebeplerini (teorik olarak) ileri sürebilirler. Eğer zarar verenler özel bir kanuna göre (KTK gibi) sorumlu iseler, zarara aynı şekilde birbirinden bağımsız olarak yol açmış olmalarına rağmen, bireysel indirim sebeplerine dayanamazlar. Zira bu durum kanunen öngörüldüğü için tam teselsül olarak nitelendirilmektedir. Sorumluluk kapsamına ilişkin ortaya çıkan dogmatik güçlüklerin bilincinde olarak, Federal mahkeme her ne kadar eksik ve tam teselsül ayırımını devam ettirmekle birlikte, kural olarak eksik ve tam teselsül arasında sorumluluğun kapsamına ilişkin olarak bir fark olmadığını vurgulamaktadır⁶⁸⁵. Her iki durumda da zarar verenler zarar görene karşı zararın tamamından sorumludur. Federal

⁶⁸⁴ BGE 127 III 265, 113 II 331, 112 II 144, 98 II 104, 93 II 322, 89 II 122, 57 II 35, 55 II 315.

⁶⁸⁵ BGE 104 II 229 vd.

mahkeme eksik ve tam teselsül arasında sadece zamanaşımının kesilmesine ilişkin olarak bir fark görmektedir⁶⁸⁶.

Eksik ve tam teselsül arasında dış ilişkide maddi tazminatın bireysel hesaplanmasına ilişkin olarak bir ayrım yapmanın anlamlı olabilmesi için, sadece fiili zarara sebebiyet verilmesi hususunun esas alınması gerekir. Bu durumda ortak kusurla isteyerek birlikte zarar verme ve farklı kişilerin birbirinden bağımsız olarak zarar vermesi arasında ayrım yapılır. Bu ayrıma göre tam teselsülde bireysel indirim sebeplerinin kabul edilmemesi ortak kusura dayandırılır. Ortak kusura bireysel kusura göre daha çok önem verilir. Bu ağırlıklı kusur suçlaması, fiilde birlik sağlamak için, diğerlerinin katkılarını zarar verenlere isnat etme bakımından doğru kabul edilebilir. Bu fiildeki birlik bireysel indirim sebeplerinin uygulanmasına artık izin vermemektedir⁶⁸⁷. Fakat zarar verenlerin birlikte hareket etmesi halinde bireysel indirimin kategorik olarak hariç tutulması, zarar verenlere karşı adeta sorumluluk hukukuna ilişkin bir yaptırımın uygulanmasına yol açar. Zarar verenlerin birlikte hareket etmesi her bir zarar verenin sorumluluğunun ağırlaştırılmasına yol açar. Bununla birlikte sorumluluk hukuku özellikle, zarar verenin zararının tazmin edilmesine yardımcı olan bir denkleştirme işlevine sahiptir. Bundan dolayı zarar verenlerin sorumluluğunun zarar görene tazmin imkanı sağlaması bakımından ağırlaştırılması söz konusudur. Fakat diğer taraftan sorumluluğun ağırlaştırılması, sorumluluk hukukunun işveli ile örtüşmez. Bu nedenle zarar verenlerin birlikte hareket etmesi halinde maddi tazminatın bireysel olarak hesaplanmasına ilişkin olarak bireysel indirim sebeplerinin kategorik olarak kabul edilmemesi reddedilmelidir. Tersine, bu durumlarda fiili şartlar dikkate alınmalı ve zarara birlikte sebebiyet verme

⁶⁸⁶ BGE 104 II 229.

⁶⁸⁷ Weber, s.124.

halinde de bireysel indirim sebeplerini ileri sürme imkanı tanınmalıdır. Bu durum maddi tazminatın hesaplanmasının doğası gereğidir. Her bir tazminat yükümlüsü bakımından ödeyecekleri maddi tazminatın miktarının hesaplanması, somut durumun şartlarına göre bireysel olarak tespit edilir. Bu usul birden çok kişinin sorumluluğunda da takip edilmelidir. Maddi tazminatın olası indirimine ilişkin belirleyici nitelikte zarara sebep olan şartlar, müteselsil sorumluluğun doğası değildir. Bu bağlamda ortak kusur halinde maddi tazminatın bireysel hesaplanmasını kabul etmeyen yazarlar da, finansal açıdan zor durumda olmayı birlikte zararın verilmesine rağmen indirim sebebi olarak kabul etmektedir⁶⁸⁸.

Uygulamada zarar verenlerin birlikte ve bilinçli hareket etmesi halinde indirim sebepleri nadiren uygulanmaktadır. Bundan dolayı dış ilişkide bütün zarar verenler zararın tamamı için sorumlu tutulmaktadır. Hakim kararını verirken ortak kusurun dar anlamdaki anlayışını esas almalıdır. Sadece zarar verici fiile birlikte karar vermişlerse ve zarara sebebiyet verme birlikte, isteyerek gerçekleşmişse, hafif kusur gibi bireysel indirim sebepleri dikkate alınmamalıdır. Buna karşılık zarar verenlerden biri ihmali davranmışsa veya sadece hatır için bir fiilde bulunmuşsa, bu zarar verene diğer zarar verenlerle birlikte hareket etmesi halinde de, hafif kusurunu ileri sürebilme imkanı tanınmalıdır⁶⁸⁹. Hakim genel değerlendirme çerçevesinde, diğer zarar verenlere karşı maddi tazminattan indirimin haklı olup olmadığını tespit edebilir. İhmali olarak hareket eden zarar veren, zarara diğerleriyle birlikte sebep olup olmadığı veya diğerlerinden bağımsız olarak sebep olup olmadığından bağımsız olarak, maddi açıdan zor duruma düşme tehlikesi gibi objektif indirim sebeplerini ileri sürebilmelidir. Uygulamada bu durumların istisna teşkil etmesine rağmen, zarar

⁶⁸⁸ BeKomm/Brehm, Art.51 N.30a; Zellweger, s.80-81.

⁶⁸⁹ von Büren, s.65.

verenlerin birlikte hareket etmesi halinde yani tam teselsülde bireysel indirim sebeplerini ileri sürme imkanı baştan tamamen hariç bırakılmamalıdır⁶⁹⁰.

Birden çok zarar verenin birbirinden bağımsız olarak zarar vermesi halinde, bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesi istisnasız olarak kabul edilmelidir. Bu durumlarda müteselsil borçluların maddi tazminatlarının bireysel olarak hesaplanmasının kabul edilmemesi için bir sebep bulunmamaktadır. Her bir zarar veren diğerlerinden bağımsız olarak hareket ettiği için, kendi fiili bireysel olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte hakimin bireysel indirim sebeplerini genel bir bakış ile değerlendirmesi çerçevesinde, maddi tazminatın bireysel olarak hesaplanmasına rağmen birden fazla zarara yol açanın olduğu gerçeği de dikkate alınmalıdır.

III. Bireysel İndirim Sebeplerinin Kusursuz Sorumluluk ve Sözleşmesel Sorumluluk Bağlamında Ele Alınması

A. Kusursuz Sorumluluk Bağlamında Ele Alınması

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar daha çok haksız fiile ilişkin birden çok kişinin müteselsil sorumluluğunda bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkindi. Oysa müteselsil sorumluluk birden çok borçlunun alacaklıya karşı sözleşmeyle borç altına girmeleri halinde ve kusur sorumluluğu dışında birden çok kişinin kusursuz sorumluluğu durumlarında da söz konusu olabilmektedir. Bu doğrultuda öncelikle, aceba kusursuz sorumlu birden çok kişinin müteselsil sorumluluğunda, dış ilişkide bireysel indirim sebepleri ileri sürülebilir mi, sorusunun ele alınması gerekir.

⁶⁹⁰ Körner, N.590.

Kusur sorumluluğunda olduğu gibi kanaatimizce kusursuz sorumluluk durumlarında da dış ilişkide TBK md.51 ve md.52 kapsamında bireysel indirim sebepleri ileri sürülebilmelidir⁶⁹¹. Ancak belirtmek gerekir ki, her türlü bireysel indirimi sebebi değil, uygun olan indirim sebepleri ileri sürülebilmelidir. Örneğin sorumluluğun indirilmesi için hafif kusura dayanılması, sorumluluğun kurucu unsurları arasında zaten kusur olmadığı için, mümkün değildir⁶⁹². Buna karşılık hatır fiilleri, uzak illiyet bağı, tazminatın ödenmesi durumunda finansal açıdan zor duruma düşülecek olması veya zarar görenin bünyevi istidatı gibi indirim sebepleri kusursuz sorumluluk durumlarında da ileri sürülebilmelidir⁶⁹³. Ancak sorumluluğu doğuran neden kapsamında yer alabilecek tesadüfi veya umulmayan durumlar, indirim sebebi olarak dikkate alınmaz. Örneğin motorlu araç işletenin sorumluluğunda, araçta bulunan bir bozukluk KTK md.86 kapsamında yer aldığı için, indirim sebebi olarak ileri sürülemeyecektir⁶⁹⁴.

Bu açıklamalar ışığında özen veya tehlike sorumluluğu gereğince birden çok kişinin müteselsil sorumluluğunda, sorumlular her zaman için zarar görenin talep ettiği toplam tazminat miktarı tutarında sorumlu olmayacaktır. Bu doğrultuda somut duruma uygun düşen indirim sebepleri varsa hakim, her bir müteselsil sorumlu için tazminattan indirim yapılması gerekip gerekmediğini, öncelikle bireysel bakış açısı ile daha sonra da toplu (genel) bakış ile ele alarak tespit etmelidir. Bu noktada hakimin işini zorlaştıracak durum, somut olayda hem kusurlu hem de kusursuz sorumluların bulunmasıdır. Zira bu durumda bazı borçlular hafif kusura dayanabilecekken, bazıları dayanamayacaktır.

⁶⁹¹ Schaffhauser/Zellweger, N.1301.

⁶⁹² BeKomm/Brehm, Art.43 N.41; Eren, s.821.

⁶⁹³ BeKomm/Brehm, Art.43 N.43.

⁶⁹⁴ Schaffhauser/Zellweger, N.1309.

B. Sözleşmesel Sorumluluk Bağlamında Ele Alınması

Sözleşmesel müteselsil borçlulukta, her bir borçlunun sorumlu olduğu meblağ, sözleşme ile kararlaştırılan edim tutarındadır. Eğer borçluların tamamı aynı edim için veya aynı kapsamda borçlanmışsa, alacaklı alacağının tamamı için kendi seçimine göre istediği borçludan talepte bulunabilir. Ancak bununla birlikte her bir borçlunun, yükümlülük altına girdiği edim veya kapsam farklı olabilir. Müteselsil borçlulardan her biri ifadan kaçınmak için TBK md.164 gereğince, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir. Yani borçlular ortak ve kişisel defileri alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Kişisel defiler arasında özellikle zamanaşımı def'i ve borcun ibra edilmiş olduğuna ilişkin def'iler yer almaktadır. Bu def'ilerin ileri sürülmesi durumunda, artık bütün borçlular sözleşmeyle borç altına girmiş olsa bile, borcun tamamından sorumlu tutulamayacaktır.

Sözleşme ile üstlenilen ifanın, hiç yerine getirilmemesi veya kötü ifası halinde meydana gelecek tazminat yükümlülüğünde ise, durum daha farklıdır. Bu durumda sorumluluğun kapsamına ilişkin olarak TBK md.114/II gereğince, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır. Böylece TBK md.114/II aracılığıyla tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümler olan TBK md.51 ve md.52 sözleşmesel sorumluluk alanında da uygulama alanı bulacaktır⁶⁹⁵. Ayrıca gerektiğinde TBK md.61 ve md.62 hükümleri müteselsil borçluluk durumlarında uygulama alanı bulabilecektir⁶⁹⁶. Sözleşmesel sorumluluk

⁶⁹⁵ von Büren, s.53; Brunner, N.200; BeKomm/Brehm, Art.43 N.38; Bucher, s.348-349; Tekinay, s.216.

⁶⁹⁶ Kapancı'ya göre, sözleşmeye aykırılık halinde eğer zarar verici fiil salt borca aykırılık oluşturuyor, paralel olarak yarışan bir haksız fiil sorumluluğuna yol açmıyor ise, TTK md.557 kıyasen uygulanabilmelidir. Yazar bu görüşünü şu şekilde temellendirmektedir. Normal şartlar altında sözleşmeler hukuku alanında borca aykırılıktan dolayı teselsülün öngörüldüğü hallerde haksız fiil

alanında genellikle hafif kusur, düşük ivaz veya tesadüfi durumlar tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır⁶⁹⁷. Ancak haksız fiil sorumluluğuna kıyasla sözleşmesel sorumlulukta tazminattan indirim yapılmasına çekinceli yaklaşılmaktadır.

Sözleşmesel sorumlulukta özellikle mesleki riziko, zarar veren işçinin işverene karşı tam sorumluluktan kurtulmak için ileri sürülebileceği bir indirim sebebidir. Somut olayın şartlarına göre, mesleki riskin büyüklüğü ve işçinin hafif kusuru gibi faktörler nedeniyle, hakim işçinin sorumluluğunu takdir hakkını kullanarak indirmelidir⁶⁹⁸.

Kanaatimizce sözleşme dışı sorumlulukta olduğu gibi, sözleşmesel sorumlulukta da, özellikle müteselsil borcun yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklının zarara uğraması durumunda, dış ilişkide bireysel indirim sebepleri ileri sürülebilmelidir. Bu bağlamda özellikle sözleşmeye aykırı davranan borçlunun hafif kusurunu ileri sürebilmesi, en çok uygulanabilecek indirim sebebidir. Bu doğrultuda hakim her bir borçlunun kusurunun ağırlığını öncelikle bireysel bakış açısı ile tespit etmeli, böylece alacaklı/zarar gören ile olan sözleşmesel bağlılık durumunu dikkate almalıdır. Daha sonra yapılacak genel bakış ile de, eğer borçlulardan biri diğerlerine oranla daha az kusurlu ise, bu borçluyu diğerleri ile birlikte bütün zarardan müteselsilen sorumlu tutmak, hakkaniyete uygun olmayacaktır⁶⁹⁹.

hükümlerine gönderme yapan ve kıyasen uygulamadan bahseden TBK md.114/II bizi TBK md.61'e götürmektedir. Ancak bu hükmün burada da uygulanması bir örtülü boşluğun oluşmasına yol açacaktır. Zira bu kadar geniş kapsamlı bir uygulama adaletli bir sonuç vermemekte, özellikle TTK md.557'nin kabulüyle sistemin bütünsel değerlendirmesinde bir çelişki meydana getirmektedir. İşte bu örtülü boşluk TTK md.557'nin kıyasen uygulanması ile doldurulabilir (*Kapancı*, s.45).

⁶⁹⁷ BeKomm/Brehm, Art.43 N.38.

⁶⁹⁸ Brunner, N.246.

⁶⁹⁹ Körner, N.601.

IV. Sonuç

Müteselsil sorumluluk kapsamında, dış ilişkide zarar görene/alacaklıya karşı bireysel indirim sebeplerinin (özellikle hafif kusur, uzak illiyet bağı gibi) ileri sürülüp sürülemeyeceği uzun zamandır İsviçre/Türk öğretisinde tartışmalı olan hususların başında gelmektedir. Bu tartışmanın odak noktası ise kanaatimizce öğretilerde yerleşmiş olan mutlak teselsül anlayışıdır. Bu anlayışa göre, alacaklı borcun tamamını kendi seçimine göre, borçluların birinden veya hepsinden talep edebilir. Borçlulara ait bireysel indirim sebepleri varsa bu ancak iç ilişkide dikkate alınır ve böylece dış ilişkideki adaletsiz sonuç da giderilmiş olur.

Öğretilerde yerleşmiş olan mutlak teselsül anlayışı zaman içinde sorgulanır hale gelmiş ve bazı yazarlarca hem eksik hem tam teselsülde borçlulara ait olan bir indirim sebebi varsa bunun daha dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi gerektiği görüşü savunulmuştur. Bazı yazarlar ise sadece eksik teselsül durumlarında bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide de ileri sürülebileceğini kabul etmişlerdir. Bireysel indirim sebeplerini kabul eden yazarların temel dayanak noktası ise, müteselsil borçluların sırf başkalarıyla birlikte sorumlu olması nedeniyle tek başına sorumlu olduğu durumdan daha kötü bir duruma düşürülmesinin adaletsiz sonuçlara yol açmasıdır.

Borçlar hukukunda yapılan bu tartışmalara paralel olarak anonim şirketler hukukunda da aynı konu ele alınmış ve bu doğrultuda 1991 yılında İBK md.759 hükmünde bir yeniliğe gidilmiş ve anonim şirket organlarının müteselsil sorumluluğu bakımından farklılaştırılmış teselsül düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı doğrultuda İsviçre Ön Tasarısı md.53b ile birden çok kişinin haksız fiil sorumluluğunda farklılaştırılmış teselsül kabul edilmiştir. Bu düzenlemeleri örnek alan Türk kanun

koyucusu TBK ve TTK tasarısında farklılaştırılmış teselsül yani dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesini kabul etmiştir. TTK kapsamında söz konusu hüküm md.557 ile düzenleme altına alınırken TBK kapsamında söz konusu hüküm kanun metnine alınmamıştır. Gerekçe olarak da bu düzenlemenin daha ilk bakışta müteselsil sorumluluğun yapısına aykırı görülmesi ve uygulamada sorun doğurmaya elverişli olması gösterilmiştir. İsviçre hukuku açısından ise Ön Tasarı kanun yapma gündemine alınmadığı için halihazırda haksız fiil hukukunda eski sistem geçerliliğini devam ettirmektedir. Bununla birlikte İsviçre 2020 Tasarısı md.200/I'e göre, birden çok kişi birbirinin yanında bir zarardan sorumlu ise, bunlar zarar görene karşı, zararın meydana gelmesi için her birine isnat edilebilecek sorumluluk sebebi bakımından müteselsilen sorumludur. Böylece 2020 Tasarısı kapsamında müteselsil borçluların, tek başına sorumlu olsaydı alacaklıya karşı ileri sürebileceği indirim sebeplerini dış ilişkide de ileri sürebilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁰⁰. Bunun sonucunda 2020 tasarısı ile bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesini kabul eden görüş benimsenmiş görünmektedir.

Türk borçlar hukuku bakımından durumu tekrar ele alacak olursak, mevcut durum açısından ele alınması gereken ilk husus, aceba bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebilmesini öngören hükmün kanun metnine alınmamış olması ile kanun koyucunun iradesinin bunun reddinden yana olduğu ve bu konuda kanunen bir değişiklik yapılana kadar haksız fiillerde dış ilişkide müteselsil sorumluların bireysel indirim sebeplerini ileri süremeyeceği sonucuna mı varılacağıdır. Kanaatimizce söz konusu hükmün kanun metnine alınmaması artık bireysel indirim sebeplerinin ileri

⁷⁰⁰ *Furrer/Körner*, Art.200 N.6.

sürülemeyeceği anlamına gelmemektedir⁷⁰¹. Bu doğrultuda öğretide, tarihsel yorumun kanun koyucunun bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesini tercih etmediği şeklinde bir görüşe dayanak oluşturabileceği, ancak TBK md.51 ve md.52 yürürlükte olduğu ve dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm olmadığı göz önüne alındığında yapılacak amaçsal, sistematik ve lafzi yorum ile mevcut durumda bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁷⁰². Kanaatimizce de TBK'da müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Tazminattan indirim sebeplerinin sadece tek zarar verenin bulunduğu durumlarda uygulanacağını kabul eden bir hüküm bulunmadığı gibi, indirim sebeplerine ilişkin maddelerden de bu yönde bir sonuç çıkarılamamaktadır⁷⁰³. Bu nedenle ister tek bir zarar verenin bulunduğu sorumluluk durumlarında isterse birden çok kişinin müteselsilen sorumlu olduğu durumlarda tazminatın belirlenmesine ilişkin olarak aynı maddeler uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda hakim önüne gelen davada ister tek bir zarar veren isterse birden fazla zarar veren bulunsun TBK md.51 ve 52'yi uygulayacaktır. Bu noktada müteselsil sorumlulukta müteselsil borçlulara ait indirim sebepleri varsa bunlar daha dış ilişkide ileri sürülebilmelidir. Zira müteselsil borçlunun tek başına sorumlu olsaydı dayanabileceği indirim sebebini başkalarıyla birlikte müteselsilen sorumlu oldu diye ileri sürememesi kanaatimizce adaletsiz sonuçlara yol açacaktır.

⁷⁰¹ Aksi görüş için bkz. *Kapancı*, s.39. Yazara göre, bugün gelinen noktada bütün sorumlular tazminatın üst limitinden sorumlu olacaklar ve bireysel indirim sebeplerini ileri süremeyeceklerdir. Ayrıca bu husus tüm teselsül hallerinde söz konusu olacaktır. Çünkü kanun koyucunun isteği bu yöndedir. Bu belirlemeyle birlikte yazar kanun metninin şüphe içerdiğini de belirtmektedir.

⁷⁰² *Kırca*, Yenilikler, s.42.

⁷⁰³ Aksi görüş için bkz. *Ağdağ Güney*, s.1221, dpn.42.

Müteselsil borçlunun dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürmesi kanaatimizce buna karşı olan yazarların ifade ettiği gibi müteselsil sorumluluğun alacaklının korunması amacına aykırılık teşkil etmemektedir. Zira alacaklı bireysel indirim sebebinin ileri süren ve bunun sonucunda sorumluluğu azaltılan borçludan alamadığı miktarı, diğer borçlulardan daima talep edebilecektir. Dış ilişkide alacaklının tam tatmini sağlanmadığı sürece bütün müteselsil borçlular sorumlu kalmaya devam edeceği için, bu konuda alacaklı bir zarara uğratılmış olmamaktadır. Ancak indirim nedeniyle alacağını tam elde edemeyen alacaklının diğer borçlulara başvurduğunda, borçluların ödeme gücü olmadığı için kalan kısmı elde edememiş olursa, bu oranda zarara uğrayacağı doğrudur. Ama aynı durum alacaklıya tam ödemede bulunan borçlunun rücu için diğer borçlulara başvurduğunda, kendi sorumlu olduğu tutardan fazlası için elinin boş kalması bakımından da geçerli olacaktır. Bu noktada söz konusu riske alacaklının değil, borçlunun katlanması gerektiği gerekçesiyle bireysel indirim sebeplerine karşı çıkılabilir olsa da, kanaatimizce sırf bu nedenle bireysel indirim sebeplerini kabul etmemek isabetli değildir⁷⁰⁴. Çünkü bu bir risktir ve bu riske daha en baştan alacaklı katlansın ya da borçlu katlansın diye bir belirlemede bulunarak bireysel indirim sebeplerine karşı çıkmak, olaya sadece

⁷⁰⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki, TTK md.557 hükmünün gerekçesinde yer alan örnek de bu görüşü destekler niteliktedir. Söz konusu örneğe göre, A, B, C, D, E adlı üyelerden oluşan bir yönetim kurulunda bu üyelerin tek başlarına ve birlikte verdikleri toplam zarar 4000 ise ve bunun 2000'i bu beş kişi tarafından birlikte verilmiş, geriye kalan 1000'i A, 500'ü D ve 500'ü de E'ye tek başına isnat edilmektedir. Bu durumda zarar gören yani davacı, ispat ettiği 4000 tutarındaki zararının 2000'ini A, B, C, D, E'den müteselsilen, 1000'ini A'dan, 500'ünü D'den ve 500'ünü de E'den alacaktır. Böylece zararın tümü karşılanacaktır. D ve E'nin ödeme güçleri bulunmadığı için 1000'in tahsil edilememesi, davacının zararının tümünü elde etmesine engel olur. Ancak bu durum farklılaştırılmış teselsülün sonucu değildir. Bu kayıp D ve E'nin durumundan kaynaklanmaktadır. Bunlar tek başına dava edilmiş olsalardı da zarara uğrayan yine bu kayıpla karşılaşacaktı. Eski anlayışta 1000 de A, B ve C'den istenebiliyordu, Ancak bu müteselsil sorumluluk kavramı ile açıklanamayan haksız bir uygulamaydı. Zira A, B ve C bu suretle nedensellik ilkesi dışında sorumlu tutulmaktadır.

alacaklının menfaati açısından yaklaşmak olur. Oysa alacaklının elinde istediği oranda istediği borçluya başvurmak gibi bir imkan varken kanaatimizce alacaklı yeterince korunmaktadır. Bu anlamda öğretide de ifade edildiği gibi alacaklıyı hukuki paşa konumuna getiren mutlak teselsül anlayışı sadece alacaklının korunmasına hizmet etmektedir. Bu nedenle alacaklı ve borçlular arasında bir denge sağlanmalı ve borçlular dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürebilmeli ve alacaklıda indirim nedeniyle elde edemediği kısım için diğer borçluların kişisel sorumluluk tavanları içinde onlara başvurabilmelidir. TBK ile eksik teselsül tam teselsül ayrımı kaldırıldığı için söz konusu durum bütün müteselsil sorumluluk durumlarında geçerli olmalıdır.

§ 8 Zamanaşımı

Müteselsil borçluluk/müteselsil sorumluluk kapsamında zamanaşımına ilişkin olarak karşımıza başlıca iki problem alanı çıkmaktadır: Bu doğrultuda aşağıda ilk olarak müteselsil borç ilişkisinde asıl alacağa ilişkin olarak zamanaşımı süresinin işleyişinin ne şekilde olacağı ve müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesinin diğer borçlular üzerinde ne şekilde etkili olacağı inceleme konusu yapılacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, zamanaşımı bağlamında en tartışmalı hususların başında TBK md.155 hükmü gelmektedir. Eski BK md.134'e tekabül eden söz konusu hüküm, öğretide yer alan eleştirilere rağmen TBK'da da aynen korunmuştur. Eski BK zamanında öğretide yapılan eksik-tam teselsül ayrımına bağlı olarak söz konusu hükme farklı sonuçlar tanınmaktaydı. Oysa TBK ile bu ayrım kaldırıldığı için artık söz konusu hüküm bütün teselsül durumlarında etki doğuracaktır. Ancak halen İsviçre öğretisinde söz konusu ayrım devam ettiği için, bu bağlamda TBK md.155 (İBK md.136) düzenlemesinin eksik-tam teselsül ayrımında farklı uygulanmasının doğru olup olmadığı da ele alınacaktır. Diğer yandan denkleştirme ilişkisinde öncelikle rücu alacağı ve halefiyet alacağına ilişkin zamanaşımı sürelerinin

türü ve işleyişi incelenecek, daha sonra müteselsil borçluya ait olan müteselsil borç ilişkisinden kaynaklanan zamanaşımı def'inin denkleştirme alacaklısına karşı ileri sürülebilip sürülemeyeceği ele alınacaktır.

I. Dış İlişkide Zamanaşımı

A. Birbirinden Bağımsız Birden Çok Alacağın Ayrı Zamanaşımına Tabi Olması

Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde de ifade etmiş olduğumuz gibi, müteselsil borçluluk/müteselsil sorumluluk kapsamında alacaklının her bir borçluya karşı borcun tamamına ilişkin diğerinden bağımsız bir alacağı bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla müteselsil borç ilişkisinde alacaklıya ait, her bir müteselsil borçluya karşı bireysel alacaklar söz konusudur ve alacaklıya ait olan alacakların sayısı, müteselsilen sorumlu olan borçluların sayısı ile uyum içindedir. Yani alacaklı, karşısında yer alan borçlu sayısı kadar alacağa sahiptir. Bu alacaklar birbiriyle yarışmaktadır ve bundan dolayı alacaklının sadece bir defa tatminine sebep olmaktadır.

Alacaklının her bir müteselsil borçlu ile arasında olan borç ilişkisi diğerlerinden bağımsızdır. Bununla birlikte hukuki işleme dayalı müteselsil borç ilişkisinde, borçluların her birinin yükümlülüğü farklı şartlara tabi tutulabilir⁷⁰⁵. Ayrıca borçluların yükümlülükleri farklı zamanlarda doğabilir ve her biri için farklı muacceliyet tarihi öngörülebilir. Bu nedenle her bir alacağın zamanaşımı TBK md.149'a (İBK md.130) göre farklı zamanlarda başlayabilir⁷⁰⁶. Zamanaşımı süreleri

⁷⁰⁵ von Tuhr/Escher, s.298; Gautschi, s.126.

⁷⁰⁶ von Tuhr/Escher, s.298, dpn.17; Akıntürk, s.188.

farklı olabileceği için zamanaşımının işleyişi ve özellikle TBK md.153'e göre durması, her bir borç ilişkisi bakımından ayrı hesaplanmalıdır⁷⁰⁷.

Alacaklının her bir borçluya karşı alacağı diğerlerinden bağımsız olduğu için kural olarak dış ilişkide her bir alacak kendi zamanaşımı süresine tabidir⁷⁰⁸. Bu nedenle zamanaşımının sonuçları sadece kendi alacağı alacaklıya karşı zamanaşımına uğramış olan borçlu için gündeme gelecektir. Bir diğer anlatımla, zamanaşımını etkileri kural olarak bütün borçlular için etkide bulunacak şekilde mutlak değil, şahsidir⁷⁰⁹. Bu doğrultuda alacaklıya ait olan alacaklardan birinin zamanaşımına uğramış olması, diğer alacakları etkilemez. Zamanaşımı, alacaklıya ait alacaklardan sadece biri için dolmuşsa, bundan dolayı zamanaşımı def'i sadece ilgili müteselsil borçluya aittir. Zira zamanaşımı def'i kişisel bir def'idir ve TBK md.164/T'e göre diğer borçlular buna dayanamaz.

Zamanaşımının ayrı ayrı işlemesi prensibi temelini TBK md.160/II'de bulmaktadır⁷¹⁰. Buna göre müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımından feragat etmiş olması, diğerlerine karşı ileri sürülemez. Bu durum, kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan birinin kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağını düzenleyen TBK md.165 hükmüne de uygundur.

⁷⁰⁷ *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3721; *Gautschi*, s.127.

⁷⁰⁸ *von Tuhr/Escher*, s.311; *Gautschi*, s.127; *Weiss*, s.87; *Ernst*, s.177; *Jung*, s.301; *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3720; *Schwenzer*, N.88.27; *Huguenin*, N.2308; *Koller*, §75 N.210; *BaKomm/Heierli/Schnyder*, Art.147 N.5; *BeKomm/Becker*, Art.147 N.9; *MünchKomm/Bydlinski*, §425 N.22; *Eren*, s.1207.

⁷⁰⁹ *Ernst*, s.177; *Weiss*, s.103; *Akıntürk*, s.188. Bu noktada belirtmek gerekir ki, TBK md.155 (İBK md.136) müteselsil borçlulukta zamanaşımının şahsi etkide bulunmasının istisnasını teşkil etmektedir.

⁷¹⁰ *Gautschi*, s.128.

Müteselsil sorumlulukta, zarar görenin/alacaklının her bir sorumluya karşı olan alacağına ilişkin olarak, kanunen özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemişse⁷¹¹, kanun tarafından öngörülen genel zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, zarar gören karşısında yer alan sorumlulardan biri TBK md.49'a göre haksız fiilden, diğeri TBK md.112'ye göre sözleşmeden dolayı sorumlu olduğunda; ilk borçlu açısından TBK md.72 hükmü, ikinci borçlu açısından TBK md.146 hükmü belirleyici olacaktır. Bunun dışında eğer alacaklının müteselsil borçlulara karşı sahip olduğu alacağa ilişkin kanunen bir zamanaşımı öngörülmemişse, bu durumda söz konusu alacağı meydana getiren hukuki sebep tespit edilip, söz konusu hukuki sebebe ilişkin öngörülmüş olan genel zamanaşımı hükümleri uygulanmalıdır⁷¹².

B. Zamanaşımının Kesilmesi (TBK md.155 Hükümünün Eleştirisi)

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu başlık altında zamanaşımının kesilmesine ilişkin detaylı bir incelemeden ziyade, çalışma konumuzla doğrudan ilgili olan TBK md.155/I hükmü gereğince, zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmesinin diğeri borçlulara karşı da etkili olmasının sonuçları inceleme konusu yapılacaktır.

TBK, tarafların birlikte borç üsteleneceklerini kararlaştırmamaları halinde veya müteselsil borç ilişkisinin kanun tarafından öngörülmediği hallerde, kısmi borçluluğun söz konusu olacağına ilişkin kanuni bir karine öngörmüştür. Kendi menfaatlerinin korunması her bir alacaklıya veya borçluya bırakılmış olduğu için, TBK md.154'e göre zamanaşımının kesilmesi kural olarak sadece ilgili taraflar arasındaki hukuki

⁷¹¹ Kanunen müteselsil sorumluluk bakımından özel olarak öngörülen zamanaşımı sürelerine ilişkin olarak bkz. Weiss, s.89 vd.

⁷¹² Weiss, s.89.

ilişkide etkilidir⁷¹³. Bununla birlikte TBK md.155'te müteselsil borçlular aleyhine bu kurala istisna teşkil eden bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre, zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur.

TBK md.155'te (eBK md.134) yer alan bu istisnai düzenleme, hem yargı kararları hem de öğreti tarafından eleştirilmektedir. Federal mahkeme söz konusu hükmü içerik açısından yeterince gerekçelendirilmemiş olması bakımından eleştirmekte ve bu nedenle hükmün istisnai bir karaktere sahip olduğunu ifade etmektedir⁷¹⁴. Öğretide de söz konusu hüküm hakkaniyete aykırı olması ve içerik açısından gerekçesiz olması bakımından eleştirmektedir⁷¹⁵. Kanaatimizce de hem eBK'da hem de TBK'da yer alan bu hüküm eleştirilmeye mahkumdur. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi müteselsil sorumluluğa ilişkin olarak öğretideki eleştiriler dikkate alınarak eksik-tam teselsül ayrımı kaldırılmış, ancak aynı tutum eleştirilen diğer hususlarda gösterilmemiştir. Bu nedenle kanun koyucunun TBK'da neden bu hükme yer vermiş olduğunu anlamak mümkün değildir⁷¹⁶. Doğru olanı, bu hükmün kaldırılmasıdır. Bununla birlikte söz konusu hüküm yürürlükte olduğu sürece mümkün olduğunca uygulama alanı daraltılmalıdır.

1. Zamanaşımının Kesilmesinin Sınırlanması

1.1 Genel Olarak Zamanaşımını Kesen İşlemler

Bir alacağa ilişkin zamanaşımı borçlunun işlemleri ile (TBK md.154, b.1) veya alacaklının işlemleri ile (TBK md.154, b.2) kesilebilir⁷¹⁷. Bu işlemlere uygun olarak

⁷¹³ BeKomm/Becker, Art.136 N.1.

⁷¹⁴ Bu doğrultuda bkz. BGE 104 II 233; 55 II 316.

⁷¹⁵ *Guhl/Koller*, §39 N.50; *Bucher*, s.495; *Keller/Schöbi*, s.157; *Merz*, s.103; *von Tuhr/Escher*, s.308, 320; *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3721.

⁷¹⁶ Aynı yönde bkz. *Kırca*, Yenilikler, s.44.

⁷¹⁷ *von Tuhr/Escher*, s.225; *Bucher*, s.463; *Schwenzer*, N.84.27; *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N.3340.

zamanaşımı süresinin işlemiş kısmı dikkate alınmayacak ve zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlayacaktır⁷¹⁸.

1.1.1 Zamanaşımını Kesen İşlemlerden Borçlunun İkrarı

TBK md.154, b.1 kapsamında borç ikrarından anlaşılan, borçlunun (ikrar edenin) alacaklıya karşı yönelttiği ve alacağın varlığının açık bir şekilde anlaşıldığı her davranıştır⁷¹⁹. Bunun yanında asıl önemli olan ise, borçlu tarafından yapılan ikrarın alacaklıya karşı yöneltilmiş olmasıdır⁷²⁰. Böylece borcun ikrarı, ikrar edenin aktif bir davranışını gerektirmektedir⁷²¹. Buna karşılık alacaklı sadece ikrar beyanını kabul etmesiyle sona eren pasif bir durum içindedir.

Kanun tarafından TBK md.154, b.1'e göre zamanaşımını kesici bir etkiye sahip olan borç ikrarı için özel bir şekil şartı öngörülmemiştir ve özellikle faiz ödemek, kısmen ifada bulunmak, rehin vermek, kefil göstermek borç ikrarı olarak adlandırılmıştır⁷²². Belirtmek gerekir ki, TBK md.154/I'de yer alan özellikle ifadesinden de, ikrar olarak sayılan bu davranışların tahdidi olmadığı anlaşılmaktadır.

1.1.2 Alacaklı Tarafından Alacak Hakkının Takip Edilmesi

TBK md.154, b.2 kapsamında, alacaklının zamanaşımını kesici işlemleri, alacaklının dava veya defi yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurusu, icra takibinde bulunması ya da iflas masasına başvurusudur. Borçlu ifa yükümlülüğünü yerine getirmezse ve alacağın zamanaşımına uğrama tehlikesi varsa, alacaklı hakkın

⁷¹⁸ *Krauskopf*, s.182; *Weiss*, s.102.

⁷¹⁹ *Krauskopf*, s.181; *von Tuhr/Escher*, s.225; *von Büren*, s.436; *Keller/Schöbi*, s.154; *Bucher*, s.463; *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N.3341.

⁷²⁰ *Krauskopf*, s.169, 182.

⁷²¹ *Gautschi*, s.130.

⁷²² *Krauskopf*, s.181; *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N.3341; *Schwenzer*, N.84.28; *von Tuhr/Escher*, s.225; *Bucher*, s.463.

korunması yollarına başvuracağından bir anlamda zamanaşımını kesici nitelikteki işlemleri yapmış olacaktır. Alacaklının hakkın korunmasına ilişkin yollardan birine başvurması aktif bir davranışı gerektir⁷²³. Bunun karşılığında borçlu ise bu durumda pasif bir konumdadır.

1.2 Borç İkrarına Genel Nitelikte Bir Etkinin Tanınmaması

Öğretide hakim olan görüşe⁷²⁴ göre, sadece alacaklının zamanaşımını kesici işlemleri değil, aynı zamanda borçlunun borcu ikrar eden işlemleri de bütün müteselsil borçlular için zamanaşımını kesici etkiye sahip olmalıdır. Bunun yanında söz konusu hükmün uygulama alanının, hem İsviçre öğretisinde hem de eBK döneminde Türk hukukunda, tam teselsül durumları ile sınırlı olması gerektiği ifade edilmektedir⁷²⁵. Öğretinin bir kısmı⁷²⁶ ise TBK md.155/I (İBK 136/I) hükmünün eksik teselsülde de uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak bu görüş İsviçre öğretisinde hakim görüş olarak kabul edilmemiştir.

Federal mahkeme⁷²⁷ ve Yargıtay⁷²⁸ da öğretideki hakim görüş ile paralel bir biçimde, İBK md.136/eBK md.134 hükmünün istisnai bir nitelik olduğunu ve bu nedenle sadece tam teselsül durumlarında uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.

⁷²³ Gautschi, s.131.

⁷²⁴ Schwenzer, N.88.22; von Büren, s.97; Bucher, s.495; BeKomm/Becker, Art.136 N.3, 4; Guhl/Koller, §6 N.19; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3721; Eren, s.1209; Kılıçoğlu, s.734; Oğuzman/Öz, s.458; Reisoğlu, s.439; Kapancı, s.154 vd.

⁷²⁵ BeKomm/Becker, Art.136 N.4; Bucher, s.495, 498; Zellweger, s.46-47; BaKomm/Heierli, Schnyder, Art.147 N.5; Schwenzer, N.88.46; Huguenin, N.2314; Kılıçoğlu, s.446; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.326.

⁷²⁶ von Büren, s.105; Koller, §75 N.41, 210.

⁷²⁷ BGE 133 III 11, 127 III 264, 115 II 46 vd.; 106 II 254, 104 II 232, 89 II 419 vd., 55 II 313 vd.

⁷²⁸ Yargıtay HGK 9.10.2013 tarih ve E. 2013/9-1559, K. 2013/1461 sayılı kararında, "818 sayılı Kanun'un konuya ilişkin 134. maddesi, "Müruruzaman müteselsilen borçlu olanlardan veya taksimi kabil olmayan bir borcun müşterek borçlularından birine karşı katedilmiş olunca diğerlerine karşı da

Kanaatimizce borçlu tarafından yapılan ikrarın, TBK md.155/I'de öngörüldüğü gibi bütün müteselsil borçlulara karşı zamanaşımını kesici bir etkiye sahip olduğuna ilişkin görüşe katılmak mümkün değildir⁷²⁹. Zira her ne kadar eBK döneminde öğretide kabul edilen eksik-tam teselsül ayırımına katılmıyor olsak da, zamanaşımının kesilmesinin sadece tam teselsül ile sınırlı olması bakımından, söz konusu ayırım isabetli görülebilirdi. Ancak TBK ile bu ayırım kaldırıldığı için artık TBK md.155 hükmü teselsülün bütün türlerinde uygulanabilecek ve bu doğrultuda hükmün kapsamı eskiye nazaran daha da genişlemiş olacaktır. Bu doğrultuda kanaatimizce böyle kapsamlı bir etki, en azından TBK md.154, b.2'ye göre alacaklı tarafından yapılan, zamanaşımını kesen işlemler ile sınırlandırılmalıdır. Bundan dolayı TBK md.154, b.1 kapsamında borçlunun zamanaşımını kesen işlemleri TBK md.155/I kapsamına dahil edilmemelidir. Bunun aksi, ancak özel bir hükümde bu şekilde zamanaşımının kesilmesine geniş bir etki tanınmış olması halinde ileri sürülebilirdi⁷³⁰.

katedilmiş olur" kuralını içermektedir. Bu maddeye göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımını keser. Ancak, yukarıda da açıklandığı üzere halefiyette, rücu hakkını kullanan kişi alacaklının yerine geçerek, aynen alacaklının konumuna sahip olduğundan; alacaklının alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır. Diğer bir ifade ile halefiyetten yararlanan rücu hakkı sahibinin, diğer borçlulara rücu hakkı alacaklının sahip olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır. Bunun sonucu olarak 818 sayılı Kanun'un 134. maddesi hükmünün haksız fiillerden doğan müteselsil sorumlulukta sadece tam teselsülde yani BK'nun 50. maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulacağı; buna karşın eksik teselsülde yani BK'nun 51. maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulmayacağı kabul edilmelidir" şeklinde görüşünü ifade etmiştir. Aynı doğrultudaki kararlar için bkz. 7. HD. 17.6.2013 tarih ve E. 2013/3878, K. 2013/11402; 4. HD. 8.5.2003 tarih ve E. 2003/4489, K. 2003/6052; HGK 7.3.1986 tarih ve E. 1984/10-250, K. 1986/205; HGK 11.5.1977 tarih ve E. 1976/4-3068, K. 1977/468 (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 18.04.2014).

⁷²⁹ Aynı görüşte bkz. Merz, s.103, dpn.6; Keller/Schöbi, s.157; Koller, §75 N.210; Gautschi, s.132 vd.; BaKomm/Däppen, Art.136 N.3; Weiss, s.109 vd.; Akıntürk, s.204; Tekinay, Zamanaşımı, s.170.

⁷³⁰ Aynı doğrultuda bkz. Gautschi, s.132.

Kanaatimizce TBK md.154/I hükmüne göre, borçlunun zamanaşımını kesici nitelikteki ikrarının, TBK md.155 kapsamında yer almaması sonucuna, söz konusu hükmün yorumu ile varılabilir. Bu doğrultuda aşağıda buna ilişkin gerekçelerimiz ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır.

1.2.1 Lafzi Yorum

TBK md.155/I hükmüne göre, zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Hükmün anlamına göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımını kesen bir işlemin yapılmış olması, diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda TBK md.155/I hükmü gereğince diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımının kesilmesi için, borçlu aleyhine yani alacaklı tarafından borçluya karşı zamanaşımını kesen bir işlemin yapılmış olması gerekir. Dolayısıyla md.155/I hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için alacaklı tarafından zamanaşımını kesen bir işlemin yapılmış olmalıdır.

TBK md.154, b.1'de yer alan borçlunun borcu ikrar etmesi durumu, borçlu tarafından alacaklıya karşı yöneltilmiş olan zamanaşımını kesen bir işlemdir. Burada alacaklı sadece pasif konumdadır ve kendine yöneltilmiş olan ikrar beyanını kabul etmekle bu konumu sona ermektedir. Bu doğrultuda yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere TBK md.155/I hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için alacaklı tarafından borçluya karşı yöneltilen bir işlemin varlığı aranacağından, TBK md.154/b.1, TBK md.155/I kapsamında değerlendirilemeyecektir⁷³¹. Böylelikle TBK md.155/I hükmünün kapsamına sadece md.154/ b.2'de yer alan ve alacaklı tarafında hakkın korunmasına ilişkin olarak yapılan, zamanaşımını kesen işlemler girmelidir ve bu

⁷³¹ İsviçre hukuku açısından aynı doğrultuda bkz. *Merz*, s.103, dpn.6; *Gautschi*, s.133; *BaKomm/Däppen*, Art.136 N.3.

işlemler neticesinde zamanaşımının kesilmesi bütün müteselsil borçlulara karşı etkili olacaktır.

Sonuç olarak kanaatimizce TBK md.154, b.1'de yer alan borçlunun borcu ikrar etmesi TBK md.155/I kapsamında değerlendirilmemelidir.

1.2.2 Sistematik Yorum

TBK md.155/I hükmü, Borçlar Kanunun, Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımına ilişkin hükümlerin düzenlendiği üçüncü bölümünde yer almaktadır. Bu nedenle TBK md.155/I hükmü müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerle özellikle de TBK md.165 hükmü ile birlikte ele alınmalıdır. TBK md.165'e göre, "Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz". TBK md.154, b.1'de yer alan borçlunun ikrarı, TBK md.155/I kapsamında yer alırsa, bu durum md.165'te yer alan kurala aykırı olacaktır⁷³². Eğer borçlunun borcu ikrar etmesi ile zamanaşımının kesilmesinin diğer müteselsil borçlulara karşı da etkili olacağı kabul edilirse, bu diğer borçluların durumunun ağırlaştırılması sonucunu doğuracaktır.

TBK md.165 hükmüne göre, aksi kanun veya sözleşme ile belirlenmedikçe müteselsil borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz. Bu durumda şu soruyu sormak gerekmektedir, aceba TBK md.155/I hükmü, md.165'te yer alan kanuni istisnalardan biri olabilir mi? Kanaatimizce bu soruya hayır cevabı verilmelidir, çünkü TBK md.155/I hükmü, borç ikrarı yoluyla zamanaşımının kesilmesinin diğer müteselsil borçlulara karşı da etkili olacağını ve böylelikle de diğer borçluların durumunu ağırlaştırabileceğini öngörmemektedir. Bir diğer ifadeyle TBK md.155/I hükmü, md.165 kapsamında öngörülen kanuni

⁷³² Aynı doğrultuda bkz. *Merz*, s.103, dñn.6.; *Keller/Schöbi*, s.157; *Gautschi*, s.134.

istisnalarından birini teşkil etmemektedir⁷³³. Ayrıca kanaatimizce TBK md.154, b.1 kapsamında borç ikrarı yoluyla zamanaşımının kesilmesinin TBK md.165 hükmünde belirtilen istisnai durumlardan biri olduğu kabul edilseydi ve TBK md.155/I hükmü geniş yorumlanarak bu çıkarım teyit edilmiş olsaydı, bu makul bir çıkarım olmazdı. Zira müteselsil borçlulardan biri borcu ikrar ettiği için diğer müteselsil borçluların kendi durumlarının ağırlaştırılmasını kabul etmek zorunda olmaları açıklanamaz.

Kanaatimizce borç ikrarı ile zamanaşımının kesilmesinin diğer müteselsil borçlulara karşı da etkili olacağı ancak ikrar eden borçlunun diğer müteselsil borçlular tarafından borç ikrarı yoluyla zamanaşımının kesilmesi için yetkilendirilmiş olması halinde kabul edilebilir⁷³⁴. Ancak bu durum hiçbir surette TBK md.165 kapsamındaki karinelere biri olarak değerlendirilemez.

1.2.3 Teleolojik (Amaçsal) Yorum

TBK md.155/I hükmünün isabetli olduğunu kabul etmemekle birlikte, hükmün konuluş amacının alacaklının durumunu haksız bir biçimde güçleştirmeme çabasında yatmakta olduğunu söylemek mümkündür. *Bucher* ve *von Büren*'e göre⁷³⁵, eğer alacaklı borçlulardan birine başvurduğunda, diğer borçlulara karşı alacağı zamanaşımına uğramasın diye bütün borçlulara başvurmak zorunda kalırsa, bu alacaklının durumunu güçleştirmek anlamına gelecektir. Bu amaçtan hareketle TBK md.155/I'nin uygulama alanı, alacaklının hakkını korumak için TBK md.154, b.2

⁷³³ Aksi görüş için bkz. *Guhl/Koller*, §6 N.19; *BaKomm/Heierli, Schnyder*, Art.146 N.3; *Berger*, s.844; *Huguenin*, N.2306; *Kapancı*, s.154, 156; *Kılıçoğlu*, s.734; *Oğuzman/Öz*, s.458; *Hatemi/Gökayla*, s.337; *Eren*, s.1209 (Yazara göre TBK md.155'te zamanaşımını kesen sebepleri arasında bir ayırım yapılmadığı için, borçlulardan biri kendi fiiliyle zamanaşımını kesse ve bu nedenle diğerlerinin durumunu ağırlaştırmış olsa bile, zamanaşımı onlara karşı da kesilmiş olur). Aksi görüş için bkz. *Tekinay*, *Zamanaşımı*, s.170.

⁷³⁴ Aynı doğrultuda bkz. *von Tuhr/Escher*, s.308, dnp.76.

⁷³⁵ *Bucher*, s.495; *von Büren*, s.105.

kapsamında yer alan davranışlarıyla sınırlanmalıdır⁷³⁶. Ancak bu durumda TBK md.155/I'in konuluş amacı anlam kazanacaktır. Borçlulardan birinin borcu ikrar etmesi durumunda, diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımı işlemesin diye, borç ikrarı ile bütün müteselsil borçlulara karşı zamanaşımının kesileceği kabul etmek, alacaklının durumunu güçleştirmeme amacı ile bağdaşmamaktadır. Alacaklı alacağına kavuşmak için hukuki yollara başvurmuyorsa, bilakis pasif bir tutum içindeyse, bu durumda alacaklının korunmaması hakkaniyete aykırı olmayacaktır.

1.3 Sadece, Alacaklının Hakkını Takip Ettiği Durumlarda (TBK md.154, b.2) TBK md.155/I'in Uygulama Alanı Bulacağıın Kabulü

TBK md.154, b.2 anlamında alacaklının zamanaşımını kesen işlemlerinin, TBK md.155/I'in uygulama alanında yer aldığına ilişkin zaten bir tartışma bulunmamaktadır. Alacaklı, alacak hakkını ileri sürmek ve takip etmek için çaba gösterirse, bu işlemler nedeniyle md.154, b.2'ye göre kesilen zamanaşımı bütün müteselsil borçlulara karşı etkili olacak, yani zamanaşımı bütün müteselsil borçlulara karşı kesilmiş olacaktır⁷³⁷. Yukarıda da açıklamış olduğumuz gerekçelerle, md.154, b.1 anlamında borçlu tarafından borcun ikrarı halinde kesilen zamanaşımı, diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Diğer bir ifadeyle TBK md.155/I'in uygulama alanında sadece alacaklının zamanaşımını kesen işlemleri yer almalıdır, borçlunun zamanaşımı kesen işlemleri yer almamalıdır. Bu görüşün benimsenmesi halinde daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi kaldırılması gereken bir madde olan TBK md.155/I'in uygulama alanı bir nebze de olsa sınırlanmış olacaktır. Özellikle TBK ile tam teselsül-eksik teselsül ayrımı kaldırıldığı için, bu sınırlama eskiye oranla daha çok önem taşımaktadır.

⁷³⁶ Keller/Schöbi, s.157.

⁷³⁷ Guhl/Koller, §6 N.19; Schwenger, N.88.23; BeKomm/Becker, Art.136 N.3, 4; Gautschi, s.137; Weiss, s.106.

2. TBK md.155/I'in Kaldırılması Gerekliliği

Kanaatimizce TBK md.155/I hükmü, olması gereken hukuk bakımından Borçlar Kanunumuzdan tamamen kaldırılmalıdır⁷³⁸. Zira bu madde, müteselsil borçlulukta kanunda hakim olan çokluk görüşüne ve bu görüşle bağlantılı, her bir alacağa ilişkin zamanaşımının ayrı işlemesi prensibine aykırılık teşkil etmektedir⁷³⁹. Zamanaşımının kesilmesi sadece ilgili taraflar arasında söz konusu olmalıdır. Bu nedenle TBK md.155/I hükmü TBK md.162 vd. anlamında müteselsil borçluluk kapsamında kabul edilemez bir hükümdür. Zira TBK md.162 vd. hükümler bağlamında, müteselsil borç ilişkisinde bütün borçlulara karşı alacaklıya ait tek bir alacak hakkı değil, bilakis her bir borçluya karşı ayrı ayrı ileri sürebileceği alacak hakkı söz konusudur. Bu nedenle de TBK md.155/I hükmü bu sisteme aykırılık teşkil etmektedir. Her bir müteselsil borçlunun yükümlülüğü diğer borçlularınkinden bağımsızdır ve böylece alacaklı ile her bir borçlu arasında bağımsız bir borç ilişkisi söz konusudur. Bundan dolayı her bir borçluya karşı zamanaşımı ayrı işlemelidir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, birbirinden bağımsız borç ilişkileri çerçevesinde, zamanaşımının borçlulardan birine karşı kesilmesi durumunda, bunun alacaklı ile diğer müteselsil borçlular arasındaki bağımsız borç ilişkileri üzerinde de etkili olacağının kabul edilmesi, anlaşılamamaktadır⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Aynı yönde bkz. *Eren*, s.822; *Yağcıoğlu*, s.237. Eski BK döneminde TBK md.155'e karşılık gelen md.134'ün, olması gereken hukuk bakımından kaldırılmasına ilişkin olarak bkz. *Eren*, *Haftung*, s.414, 423.

⁷³⁹ *Casanova*, s.29; *Kırca*, *Yenilikler*, s.45.

⁷⁴⁰ *Gautschi*, s.138. Aksi görüş için bkz. *Bucher*, s.499; *von Büren*, s.95, 105; *Keller/Schöbi*, s.157. Yazarlara göre, söz konusu hükmün varlığı, müteselsil borçluluk kapsamında alacaklının hukuki durumunun güçlendirilmesine hizmet etmektedir. Zira bu hükümle birlikte alacaklı en azından müteselsil borçlulardan birine karşı alacağının ifası talebinde bulunmuşsa, diğer borçlulara karşı zamanaşımının hesabını yapmak zorunda kalmayacaktır. Böylece alacaklının karşısında birden çok borçlunun yer almasının dezavantajlı durumu dengelenmiş olmaktadır. Kanaatimizce bu görüşe

Mevcut durumda olduğu gibi zamanaşımının kesilmesinin bütün müteselsil borçlulara karşı etkili olacağının kabulünün, çoktandır modası geçmiş olan teklik görüşünün bir kalıntısı olduğu ifade edilmektedir⁷⁴¹. Teklik görüşüne göre, alacaklı ile her bir müteselsil borçlu arasında birbirinden bağımsız borç ilişkisi bulunmamakta olup, bilakis alacaklı ile bütün borçlular arasında tek bir borç ilişkisi vardır. Bu doğrultuda alacaklı tek bir alacak hakkına sahiptir. Bu nedenle teklik görüşünün kabul edildiği sistemde TBK md.155/I hükmünün varlığı kabul edilebilir olsa da, halihazırda çokluk görüşünün benimsenmiş olduğu Borçlar Kanunumuzda md.155/I'in varlığını kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir.

İsviçre Ön Tasarısında da söz konusu hüküm korunmuş olup, Ön Tasarı'ya ilişkin açıklayıcı raporda, bu hükmün varlığının adeta alacaklı ile müteselsil borçlular arasında tek bir borç ilişkisi olduğu izlenimini yarattığını, bu nedenle bu düzenlemenin atipik olduğu ifadelerine yer verilmiştir⁷⁴². Buna rağmen bu hükmün Ön Tasarıda muhafaza edilmesinin nedeni, alacaklının her bir borçluya karşı zamanaşımını kesen işlemleri yapmak ile mücadele etmekten kurtararak, alacak hakkının daha iyi korunması gerekliliği olarak ifade edilmiştir⁷⁴³. Buna karşılık İsviçre 2020 Tasarısı ise söz konusu hükmü kaldırmış bulunmaktadır. 2020 Tasarısı md.158'e göre⁷⁴⁴, zamanaşımı süresinin müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmesi, diğer müteselsil

katılmak mümkün değildir, zira madem söz konusu hükmün amacı müteselsil borçlulukta alacaklıyı korumak, o zaman Federal mahkeme ve hakim öğretinin sadece tam teselsülde söz konusu hükmün uygulanmasını kabul eden görüşüne göre, alacaklı sadece tam teselsülde korunmuş olmaktadır. Bu durum ise alacaklının neden eksik teselsülde korunmadığına ilişkin açıklayıcı bir gerekçe ortaya koymamaktadır.

⁷⁴¹ von Tuhr/Escher, s.311; Gautschi, s.139; BaKomm/Heierli,Schnyder, Art.146 N.3; Casanova, s.17; Akıntürk, s.66; Eren, s.1209.

⁷⁴² Widmer/Wessner, s.166.

⁷⁴³ Widmer/Wessner, s.166.

⁷⁴⁴ 2020 Tasarısı md.158: "Die Unterbrechung der Verjährungsfrist gegen einen Solidarschuldner wirkt nicht gegen die übrigen Solidarschuldner".

borçlulara karşı etkili değildir. Kanaatimizce TBK açısından da olması gereken söz konusu hükmün kaldırılmasıdır. Ancak hükmün yürürlükte kaldığı süre boyunca uygulama alanını daraltmak adına, sadece alacaklının zamanaşımını kesen işlemlerinin diğer borçlulara karşı etkili olması gerektiği kabul edilmelidir.

C. Zamanaşımından Feragat

TBK md.160/I'e (İBK md.141) göre, zamanaşımından önceden feragat edilemez. TBK md.148 hükmünde olduğu gibi, bu hükümde de borçlunun korunması amaçlanmaktadır. TBK md.160/I hükmüyle getirilen bu yasak sözleşmenin kurulması anında geçerlidir ve TBK md.148'den farklı olarak her türlü zamanaşımı bakımından uygulanabilir⁷⁴⁵. Bu hükme aykırı olan anlaşmalar ise, TBK md.27/I gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır⁷⁴⁶.

TBK md.160/II hükmüne göre ise, müteselsil borçlulardan birinin feragat etmiş olması, diğerlerine karşı ileri sürülemez. Söz konusu hüküm, borçlulardan birinin kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştırmayacağını öngören TBK md.165 ile de uyum içindedir.

Bucher'e göre, borçlunun zamanaşımından geçerli bir biçimde feragat etmesi İBK md.135/I (TBK md.154/I) anlamında borcun ikrarı niteliğinde olup zamanaşımı kesen bir işlemdir⁷⁴⁷. Bu görüş kabul edilirse, borçlu tarafından yapılan zamanaşımı kesen işlemlerin TBK md.155'in kapsamına girdiğini kabul eden görüş kapsamında, borçlunun zamanaşımından feragati ile zamanaşımı diğer müteselsil borçlulara karşı da kesilmiş olacaktır. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira borç

⁷⁴⁵ BGE 132 III 239. BaKomm/Däppen, Ar.141 N.2; Weiss, s.111; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3378; Kılıçoğlu, s.871.

⁷⁴⁶ Kılıçoğlu, s.871.

⁷⁴⁷ Bucher, s.448.

ikrarı ile zamanaşımından feragat birbirinden farklı işlemlerdir⁷⁴⁸. Borçlunun bir açıklaması veya bir işlemi ile borcu ikrar etmesi ile birlikte alacaklıya karşı, borçlunun belirli bir edim yükümlülüğü olduğu açıklanmış olmaktadır⁷⁴⁹. Oysa zamanaşımından feragat durumunda böyle bir açıklığa kavuşma durumu söz konusu değildir. Feragat ile borçlu sadece alacaklının bir alacağı olduğunu iddia ettiğini kabul etmektedir. Ancak bu alacak tartışmalı olabilir.

Sonuç olarak borçlunun zamanaşımından geçerli bir şekilde feragat etmesi TBK md.154/I anlamında borçlunun zamanaşımını kesen işlemi olarak nitelendirilemez. Bununla birlikte bu görüş kabul edilse bile, kanaatimizce borçlunun zamanaşımını kesen işlemleri TBK md.155/I kapsamına girmediği için, bu durum diğer borçlulara karşı zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaz.

D. Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesi

TBK md.161 (İBK md.142) hükmü gereğince, zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hakim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz. Bu nedenle zamanaşımının dolması alacağı sona erdiren bir sebep değildir⁷⁵⁰. Bilakis borçluya, alacağın dava ve takip edilmesini engellemeye yönelik bir defi ileri sürme imkanı verir. Bu nedenle eğer borçlu, dava sırasında zamanaşımının dolmuş olduğunun dikkate alınmasını istiyorsa bunu usulüne uygun bir biçimde ileri sürmelidir. Bu noktada öğretide zamanaşımı definin TBK md.164 (İBK md.145) anlamında ortak bir defi mi yoksa kişisel bir defi mi olduğu tartışılmıştır. Öğretinin büyük bir kısmı⁷⁵¹ zamanaşımı def'ini bu

⁷⁴⁸ Weiss, s.116.

⁷⁴⁹ von Tuhr/Escher, s.225; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3341; BaKomm/Däppen, Ar.145 N.2.

⁷⁵⁰ von Tuhr/Escher, s.230 vd.; von Büren, s.437; Schwenzer, N.85.01.

⁷⁵¹ von Tuhr/Escher, s.305 vd.; Bucher, s.494; BaKomm/Heierli/Schnyder, Art.145 N.1 vd.; BeKomm/Becker, Art.145 N.1 vd.; Schwenzer, N.88.19; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3711 vd.

kategorilerden birine dahil etmezken, bazıları⁷⁵² ortak def'i bazıları⁷⁵³ ise kişisel def'i kategorisinde değerlendirmektedir. BGB §425/II'de⁷⁵⁴ ise zamanaşımı def'inin açıkça kişisel bir def'i olduğu belirtilmiştir. Bu nitelendirme TBK md.164/II bakımından önem taşımaktadır. Zira söz konusu hükme göre, müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olacaktır. Kanaatimizce daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi zamanaşımı def'i kişisel bir def'idir ve bunun ileri sürülmemiş olması sadece ilgili borçlu bakımından sonuç doğurur.

II. Denkleştirme İlişkisinde Zamanaşımı

Müteselsil borçlular arasındaki denkleştirme ilişkisinde öncelikle ele alınması gereken husus, rücu alacağı ve halefiyet alacağına ilişkin zamanaşımı sürelerinin ne zaman başlayacağı ve bu sürelerin işleyişinin nasıl olacağıdır. Bu doğrultuda öncelikle rücu alacağı ve halefiyet alacağına ilişkin zamanaşımı süreleri ayrı ayrı ele alınacak, daha sonra ise, alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki dış ilişkide söz konusu olan zamanaşımı süreleri ile borçlular arasındaki ilişkide söz konusu olan zamanaşımının birbirine etkisi olup olmadığı hususu ele alınacaktır.

⁷⁵² Merz, s.106; Keller/Schöbi, s.9; Guhl/Koller, §6 N.12; Tekinay, Zamanaşımı, s.175.

⁷⁵³ Gautschi, s.20; Weiss, s.122; Koller, §75 N.53; BeKomm/Becker, Art.147 N.9; Berger, s.842; Eren, s.1207; Kapancı, s.175, 263.

⁷⁵⁴ BGB §425: "(1)Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

(2)Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzug, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteil".

A. Rücu Alacağına İlişkin Zamanaşımı

TBK md.73 ile birlikte rücu isteminde zamanaşımı özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *"Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."*

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar".

Eski BK döneminde ise rücu alacağına ilişkin zamanaşımını öngören bu tarz genel bir hüküm bulunmamaktaydı⁷⁵⁵. Bu nedenle de eBK döneminde öğretilde rücu alacağına ilişkin zamanaşımının başlaması ve işleyişine ilişkin birbirinden farklı görüşler ve çözüm tarzları bulunmaktaydı. Belirtmek gerekir ki, bu konudaki görüşler çoğunlukla eksil teselsül durumunda söz konusu olan rücu alacağına ilişkindir. Bu doğrultuda rücu alacağının TBK md.82 (eBK md.66) kapsamında sebepsiz zenginleşmedeki zamanaşımına veya md.72 (eBK md.60) kapsamında haksız fiildeki zamanaşımına veya md.146'daki (eBK md.125) genel zamanaşımı süresine tabi olabilmesine ilişkin görüşler ileri sürülmekteydi. TBK md.73 hükmü ile öğretilde bu konuda yer alan tartışmalara bir son verilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte İBK'da rücu alacağının tabi olduğu zamanaşımına ilişkin bir hüküm olmadığı için İsviçre öğretisinde halen bu konudaki tartışmalar devam etmektedir. Bu nedenle TBK

⁷⁵⁵ Ancak KTK md.109/IV gibi özel bazı hükümler bulunmaktaydı. Söz konusu hükme göre, "Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar".

md.73'ü incelemeye geçmeden önce eBK döneminde ve İsviçre öğretisinde yer alan çözüm tarzlarına kısaca değinmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

1. Rücu Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımına İlişkin Olarak Eski BK Döneminde ve İsviçre Öğretisinde Yer Alan Görüşler

1.1 Zarar Görenin Rücu Yükümlüsüne Karşı Olan Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin Belirleyici Olması

İsviçre öğretisinin büyük bir kısmı⁷⁵⁶ alacaklının, kendisine ödemede bulunan müteselsil borçlunun rücu yoluyla talepte bulunmuş olduğu borçluya karşı, yani rücu yükümlüsüne karşı olan alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresinin, rücu alacağı için belirleyici olması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Bu görüşe göre, rücu yükümlüsü dış ilişkide daha uzun bir zamanaşımına tabi ise (örneğin haksız fiilden dolayı ceza zamanaşımı), bu durumda eğer alacaklıya ödemede bulunan borçlunun rücu alacağı daha kısa bir zamanaşımı süresine tabi olursa (örneğin sebepsiz zenginleşme), bu sonucun hakkaniyete aykırı olacağı ifade edilmektedir⁷⁵⁷. Zira bu durumda rücu alacağı daha kısa bir zamanaşımına tabi olduğu için zamanaşımına uğramış olduğunda, alacaklının rücu yükümlüsüne karşı olan alacağı hala zamanaşımına uğramamış olacaktır. Ancak bu görüşe dogmatik gerekçelerle karşı çıkmaktadır. Bu görüşe karşı çıkanlara göre, rücu alacağı dış ilişkide söz konusu olan alacaklardan bağımsız bir alacak olduğu için, rücu alacağına ilişkin zamanaşımı süresini değerlendirirken neden alacaklının rücu yükümlüsüne karşı olan alacağına ilişkin zamanaşımı süresine bağlı kalındığını anlaşılamamaktadır⁷⁵⁸. Ayrıca zarar görenin

⁷⁵⁶ von Büren, s.426; Otfinger/Stark, §10 N.82; Rey, N.1717; Keller, s.289; Krauskopf/Müller, s.325; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3743; Schwenzer, N.88.39. Eski BK dönemine ilişkin olarak aynı görüş için bkz. Kılıçoğlu, Halefiyet, s.135 vd.

⁷⁵⁷ Krauskopf/Müller, s.325.

⁷⁵⁸ Weiss, s.158; Fellmann, s.14-15; Casanova, s.112.

alacağının tabi olduğu zamanaşımının belirleyici olmasının rücu alacağının hukuki niteliğine aykırı olduğu ve rücu alacağı için bağımsız bir çözüm bulma çabalarını yanlış değerlendirdiği de ifade edilmektedir⁷⁵⁹. Kanaatimizce de bu çözüm tarzı isabetli değildir. Zira bu çözüm kabul edilirse hem rücu alacaklısı hem de rücu borçlusu için belirsiz bir durum söz konusu olacaktır. Örneğin rücu alacaklısı birden çok borçluya karşı rücu hakkına sahip olsa ve dış ilişkide rücu borçlularından biri haksız fiil diğer sözleşmeden dolayı sorumlu olsa, bu durumda rücu alacaklısı borçlulardan birine karşı haksız fiil zamanaşımı diğerine karşı sözleşmesel zamanaşımına tabi olacak ve bu da beraberinde hukuki güvensizliği getirecektir.

Sonuç olarak rücu alacağı dış ilişkiye yani müteselsil borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiye bağlı olmadığı için, zamanaşımı süresi de asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımı ile bağlı olmamalıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, ifade etmiş olduğumuz gibi alacaklının her bir borçluya karşı sahip olduğu alacağı farklı zamanaşımı süresine tabi olabilir. Bu nedenle rücu hakkı sahibi birden çok borçluya karşı rücu hakkına sahip olursa her birine karşı farklı zamanaşımı süresi söz konusu olabilir. Bu sonuç ise hem hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği zedelemekte hem de hukuksal eşitsizliğe yol açmaktadır.

1.2 İBK md.127'de (eBK md.125) Yer Alan Genel Zamanaşımı Süresinin Belirleyici Olması

İsviçre öğretisinde yer alan bir diğer görüşe⁷⁶⁰ göre, İBK md.127'e göre (eBK md.125) rücu alacağının tabi olduğu zamanaşımına ilişkin kanunda bir hüküm bulunmadığı için genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre uygulama alanı

⁷⁵⁹ Jung, s.303; BeKomm/Brehm, Art.51 N.143; Widmer/Wessner, s.223 vd.; Gautschi, s.147.

⁷⁶⁰ Gautschi, s.146 vd.; Ernst, s.178; Jung, s.303. Eski BK dönemine ilişkin olarak aynı görüş için bkz. Kurt, s.147; Kapancı, s.557 vd., dpn.2375.

bulmalıdır. Bazı yazarlar⁷⁶¹ ise bu görüşten, bunu bir çözüm olarak kabul etmeksizin, sadece bahsetmektedirler.

Bu görüşe karşı çıkanlara göre ise, İBK md.127'de yer alan genel zamanaşımı süresi, öncelikle ve kural olarak sözleşmeden doğan alacaklarda uygulama alanı bulmaktadır. Her ne kadar kanun diğer hukuki sebeplerden doğan alacaklarda bu sürenin uygulanmasını hariç tutmamış olsa da, rücu alacağının sözleşmeye değil, kanuna dayanan bir alacak olduğunun göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶². Ayrıca 10 yıllık zamanaşımı süresinin rücu yükümlüsü bakımından olumsuz sonuçları olabileceği, zira dış ilişkide haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme nedeniyle daha kısa zamanaşımı süresine tabi olan borçluyu, rücu borcu bakımından 10 yıllık süreye tabi tutmanın isabetsiz olduğu vurgulanmakta; 10 yıllık sürenin çok uzun olduğuna da dikkat çekilmektedir.

1.3 İBK md.67'da (eBK md.66) Yer Alan Sebepsiz Zenginleşmeye İlişkin Zamanaşımı Süresinin Kıyasen Uygulanması

Rücu alacağının tabi olacağı zamanaşımına ilişkin olarak bazı yazarlar⁷⁶³ ise sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresinin kıyasen uygulanmasını önermektedir. Bu görüşe karşı çıkanlara göre ise, müteselsil borçlulardan birinin alacaklıya karşı kendi payından fazla ifada bulunması durumunda, diğer borçluların malvarlıklarının pasifinde bir azalma olduğu ve bu nedenle zenginleştikleri kabul edilse bile, bu zenginleşme haksız yani sebepsiz bir zenginleşme değildir. Bu nedenle

⁷⁶¹ Koller, §75 N.215; BeKomm/Brehm, Art.51 N.143.

⁷⁶² Weiss, s.161; BeKomm/Brehm, Art.51 N.143; Casanova, s.112.

⁷⁶³ Fellmann, s.15; BeKomm/Brehm, Art.50 N.64, Art.51 N.143; Casanova, s.113 vd., 117 vd. Eski BK dönemine ilişkin olarak aynı görüş için bkz. Nomer, s.250 vd.

sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresinin kıyasen rücu alacağına uygulanması tatmin edici bir çözüm olmaktan uzaktır⁷⁶⁴.

Genel olarak üç başlık altında toplanabilecek bu görüşler dışında ayrıca rücu alacağının tabi olacağı zamanaşımı bakımından, alacaklının rücu alacaklısı olan müteselsil borçluya karşı ileri sürmüş olduğu alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresinin belirleyici olacağı görüşü⁷⁶⁵ ve haksız fiile ilişkin zamanaşımının rücu alacağına ilişkin zamanaşımı bakımından uygulanabileceği görüşü de yer almaktadır. TBK md.73 ile bu konudaki tartışmalara bir son verildiği için, bu konuda daha fazla detaya girmemek adına bütün görüşleri ayrıntılı olarak ele almaktan kaçınmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz.

1.4 İsviçre Ön Tasarısı ve 2020 Tasarısında Rücu Alacağına İlişkin Zamanaşımı

İsviçre Ön Tasarısı md.55c'de⁷⁶⁶ rücu istemine ilişkin zamanaşımı özel olarak düzenlenmiştir. TBK md.73 hükmü ile paralel olan hükme göre, rücu talebi tazminat yükümlülüğünün tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu olduğu kişileri öğrendiği tarihten başlayarak üç yıl ve her durumda zarar verici olayın gerçekleştiği veya sona erdiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. İkinci fıkraya göre ise, tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi bu durumu birlikte sorumlu

⁷⁶⁴ Weiss, s.163 vd. Bu konudaki eleştiriler için ayrıca bkz. *Krauskopf/Müller*, s.325; Rey, N.1723; *Gautschi*, s.148.

⁷⁶⁵ Roberto, *Haftpflichtrecht*, N.575.

⁷⁶⁶ Ön Tasarı md.55c: "Rückgriffsansprüche (Art. 53_ Abs. 2, Art. 54_ Abs. 1, Art. 54_, Art. 54_ Abs. 2) verjähren in drei Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem die Ersatzleistung vollständig erbracht worden ist und die mithaftpflichtige Person bekannt wurde; sie verjähren in jedem Fall in 20 Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat.

Wird eine Person auf Schadenersatz in Anspruch genommen, so hat sie dies jenen Personen anzuzeigen, die sie für mithaftpflichtig hält; ansonsten beginnt die Verjährung an dem Tage zu laufen, an dem die Anzeige nach Treu und Glauben hätte gemacht werden sollen".

olduğu kişilere bildirmek zorundadır, aksi takdirde zamanaşımı bu bildirimin dürüstlük kuralına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar. İsviçre öğretisinde Ön Tasarı ile rücu alacağına ilişkin nispi ve mutlak zamanaşımı sürelerinin öngörülmesi isabetli görülmüştür⁷⁶⁷. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi Ön Tasarı kanun yapma gündemine alınmadığı için, mevcut durumda İsviçre borçlar hukukunda rücu alacağına ilişkin tartışmalar devam etmektedir.

Ön Tasarının aksine 2020 Tasarısında rücu alacağına ilişkin zamanaşımı özel olarak düzenlenmemiştir. Bu durumda rücu alacağına ilişkin genel zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı ifade edilmektedir⁷⁶⁸.

2. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın Rücu Alacağının Tabi Olacağı Zamanaşımına İlişkin İçtihatları

Federal Mahkeme eski tarihli bir kararında⁷⁶⁹ eksik teselsül durumunda (İBK md.51) rücu alacağının tabi olacağı zamanaşımına ilişkin olarak, alacaklının rücu yükümlüsüne karşı olan alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresinin belirleyici olacağına karar vermiştir. Daha sonraki bir kararında⁷⁷⁰ ise, yine İBK md.51 kapsamında rücu alacağı bakımından bir yıllık sürenin geçerli olduğunu ve bu süre bakımından İBK md.60'ın mı veya vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresinin mi uygulanacağını önemsiz olduğunu ifade etmiştir⁷⁷¹. Bir diğer ifadeyle Federal mahkeme bu kararında rücu alacağına ilişkin zamanaşımı süresi bakımından hukuki sebebi açıkça ortaya koymamıştır. Bununla birlikte kararda,

⁷⁶⁷ Weiss, s.168.

⁷⁶⁸ Furrer/Körner, Art.205 N.10.

⁷⁶⁹ BGE 55 II 118.

⁷⁷⁰ BGE 115 II 42.

⁷⁷¹ Aynı doğrultuda bir diğer karar için bkz. BGE 133 III 6. Söz konusu karar hakkında bkz. Weiss, s.169 vd.

rücu alacağının her halde İBK md.60'daki on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu⁷⁷² ve bu sürenin zararın meydana geldiği günden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir⁷⁷³. Ancak öğretide on yıllık sürenin alacağın tamamının ödenmesi ile başlaması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷⁴.

Yargıtay⁷⁷⁵ ise, eksik teselsül durumlarında rücu hakkının tabi olduğu zamanaşımı bakımından kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle eBK md.125'te yer alan on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte söz konusu kararlarında açıkça, zarar gören ile asıl davada sorumlu tutulan arasındaki ilişkiye uygulanan zamanaşımı süresinin rücu davası yönünden uygulanamayacağını belirtmektedir.

⁷⁷² Federal mahkemenin bir yıllık süre yanında ayrıca bir de on yıllık mutlak süreyi uygulamasının eleştirisi için bkz. Koller, §75 N.216.

⁷⁷³ "Die schädigenden Auswirkungen der ungenügenden Hangsicherung endeten am 17. Juli 1973 mit dem letzten Erdrutsch. An diesem Tag begann nicht nur die allgemeine Frist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR wegen Verletzung des Vertrages (BGE 113 II 267 E. 2b), sondern auch die absolute Frist des Art. 60 Abs. 1 OR zu laufen, falls die Streitfrage nach der Deliktshaftung zu entscheiden wäre, wie das Kantonsgericht angenommen hat und die Klägerin noch mit der Berufung behauptet. Die Frist des Art. 127 OR wurde gegenüber dem Beklagten innert zehn Jahren nie unterbrochen; sie lief daher am 17. Juli 1983 ab. Nach der Deliktshaftung lief der Klägerin vom 23. September 1981 an, als sie von der Mitverantwortung des Architekten und des Ingenieurs Kenntnis erhielt, gemäss Art. 60 Abs. 1 OR eine einjährige Frist, um ihnen den Streit zu verkünden oder sie direkt zu belangen. Ähnlich verhielte es sich, wenn man davon ausgehend, dass der Grund der Rückgriffsforderung in einer Geschäftsführung oder einer Bereicherung zu erblicken sei, Art. 67 OR analog anwenden wollte, wie dies SPIRO (S. 482 ff). und BUGNON (S. 144 ff). vorschlagen. Die Klägerin hat nicht nur die relative Frist von einem Jahr, sondern auch die absolute Frist von zehn Jahren unbenützt verstreichen lassen, weshalb ihrer Betreibung vom 18. April 1986 keine unterbrechende Wirkung mehr zukam" (BGE 115 II 49, Karara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 18.04.2014).

⁷⁷⁴ Jung, s.302 vd.

⁷⁷⁵ Yargıtay HGK 28.11.1979 tarih ve E. 1978/15-560, K. 1979/1401; 4. HD. 13.2.2006 tarih ve E. 2005/1282, K. 2006/1010 (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 18.04.2014).

3. TBK md.73'de Öngörülen Rücu Alacağına İlişkin Zamanaşımı

TBK öncesinde rücu alacağının tabi olduğu zamanaşımı ile ilgili olarak İsviçre öğretisi ile paralel bir biçimde öğretide farklı görüşler ve çözüm önerileri yer almaktaydı. Ancak TBK md.73 ile bu tartışmalara son verilmiş ve artık rücu alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi açıkça düzenlenmiştir. Bu noktada İBK ve BGB'de açıkça düzenlenmemiş olan bu hususun TBK ile düzenlemeye kavuşması olumlu bir gelişmedir. Bu düzenlemeye göre, rücu alacağı bakımından iki yıllık nispi/kısa ve on yıllık mutlak/uzun zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. İki ve on yıllık sürelerin öngörülmüş olması, rücu yükümlüsünden talepte bulunabilme süresinin, mutlak bir süre ile sınırlandırılması bakımından isabetli olmuştur. Ancak bu noktada ele alınması gereken husus söz konusu sürelerin başlama anıdır. Bu nedenle aşağıda zamanaşımının başlangıcına ilişkin öngörülen tarihler ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

3.1 Zamanaşımının Başlangıcı

Rücu alacağına ilişkin iki yıllık süre bakımından zamanaşımının işleyeceği an olarak, TBK md.73 ile tazminatın tamamının ve birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenildiği tarih öngörülmüştür. Kanaatimizce bu isabetli olmamıştır. Zira rücu alacağının doğması için, alacaklıya ödemede bulunan borçlunun iç ilişkide sorumlu olduğu paydan daha fazla miktarda ödemede bulunması yeterlidir. Yoksa rücu alacağı bakımından alacaklının tam tatmini şart değildir⁷⁷⁶. Oysa TBK md.73/I ile getirilen şart nedeniyle tazminat tamamen değil kısmen ifa edilmişse bu süre işlemeye başlamayacaktır⁷⁷⁷. Rücu hakkına sahip olan kişi tazminatın bir kısmını ödemiş, kalanını diğer sorumlular ödemiş olsa bile, zamanaşımı son kısmın tamamen ödendiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu nedenle olması gereken, iki yıllık sürenin

⁷⁷⁶ Aynı yönde bkz. *Nomer*, Zamanaşımı, s.254; *Kapancı*, s.558.

⁷⁷⁷ *Kılıçoğlu*, s.488.

müteselsil borçlunun kendi payından fazla oranda alacaklıya ödemede bulunduğu ve birlikte sorumlu olduğu kişiyi öğrendiği tarihten itibaren başlamasıdır.

İsviçre öğretisinin büyük bir kısmı⁷⁷⁸, rücu alacağına ilişkin zamanaşımının rücu alacaklısı tarafından alacaklıya yapılan ödeme ile başlayacağı görüşünü savunmaktadır. Bu görüşe göre, bir alacağa ilişkin zamanaşımı, alacak tam olarak doğmadan önce işlemeye başlayamaz. Rücu alacağı, borçlu alacaklıya ifada bulunduğu anda doğar ve İBK md.70'e göre (TBK md.90) o anda muaccel olur ve İBK md.130'a göre (TBK md.149) o anda rücu alacağına ilişkin zamanaşımı işlemeye başlar.

Rücu alacağına ilişkin zamanaşımının başlayacağı an bakımından Federal mahkemenin içtihatlarına bakıldığında, bu konuda verilmiş kararların uzun bir süre istikrar kazanmamış olduğu görülmektedir⁷⁷⁹. Fazla detaya girmeden, bu konuda öne çıkan kararları ele alacak olursak, Federal mahkeme 1989 tarihli bir kararında rücu alacağının ilk olarak rücu hakkına sahip olan borçlu tarafından alacaklının tatmin edildiği anda doğduğunu, fakat rücu alacağına ilişkin zamanaşımının rücu hakkı sahibinin kendi rücu alacağının varlığından haberdar olduğu anda başlayacağını ifade etmiştir⁷⁸⁰. Federal mahkeme 2001 tarihli bir kararında ise aynı şekilde, rücu

⁷⁷⁸ Krauskopf/Müller, s.324; BeKomm/Brehm, Art.50 N.64, Art.51 N.141; Oftinger/Stark, §10 N.82; Fellmann, s.14; Schwenzer, N.88.39; Gautschi, s.148; Roberto, Haftpflichtrecht, N.575; Ernst, s.179; Jung, s.302. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Karayalçın, Zamanaşımı, s.379.

⁷⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Weiss, s.179 vd.

⁷⁸⁰ "Der Ausgleichsanspruch entsteht zwar erst mit der Zahlung des Regressberechtigten, was aber nicht heisst, dass er unbekümmert darum, ob konkurrierende Ansprüche des Geschädigten gegenüber einem andern Haftpflichtigen bereits verjährt oder (z.B. infolge unterbliebener Mängelrüge) verwirkt seien, noch gegen einen Mitschuldner durchgesetzt werden könne. Davon kann jedenfalls dann keine Rede sein, wenn der Regressberechtigte von der Möglichkeit, auf einen andern zurückzugreifen, rechtzeitig Kenntnis erhält, aber nichts unternimmt" (BGE 115 II 48, Karara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 18.04.2014).

alacağının ilk olarak rücu alacaklısının yaptığı ödeme ile başlayacağını vurgulamış, bununla birlikte bir alacak doğmadan önce zamanaşımına uğramayacağı için, rücu alacağına ilişkin zamanaşımının bu anda başlayacağını ifade etmiştir⁷⁸¹. Federal mahkeme zamanaşımı süresine ilişkin olarak yukarıda değinmiş olduğumuz bir ve on yıllık zamanaşımı süresini kabul etmiş olduğu 2006 tarihli kararında ise, bir yıllık sürenin zarar görenin tazminatı fiilen elde etmiş olduğu ve ifada bulunan yani rücu alacaklısının birlikte sorumlu olduğu kişiyi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağını ifade etmiştir⁷⁸². Böylelikle TBK md.73'ün öngörmüş olduğu gibi, Federal mahkeme de nispi zamanaşımı süresinin başlayacağı an bakımından kümülatif bir şekilde iki şart öngörmüş bulunmaktadır. Aynı kararda Federal mahkeme on yıllık sürenin başlayacağı an bakımından ise, zarar verici olayın gerçekleştiği veya sona erdiği anı esas almıştır.

Tekrar TBK md.73 hükmüne dönecek olursak, kanaatimizce iki yıllık sürenin işleyeceği an bakımından kümülatif bir biçimde alacaklıya ifada bulunulmuş olması ve birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenilmesi şartının aranması isabetli olmuştur. Ancak alacaklıya ifada bulunma bakımından tazminatın tamamının ödenmesi şartının öngörülmesi isabetli olmamıştır. Zira rücu alacağının doğması için, borçlu tarafından alacaklıya tam ödemede bulunulmuş olması değil, kendi payından fazla ödemde bulunmuş olması yeterlidir. Bu doğrultuda söz konusu hüküm, zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağını öngören TBK md.149 hükmü ile çelişki içindedir. Çünkü rücu alacağı, borçlunun kendi payından fazla oranda alacaklıya ödemede bulunmasıyla doğmakta ve muaccel olmakta iken, zamanaşımı alacaklıya tazminatın tamamının ödenmesi ile, yani alacağın muaccel olduğu tarihten

⁷⁸¹ BGE 127 III 266.

⁷⁸² BGE 133 III 6. Karar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Weiss, s.180 vd.

sonraki bir tarihte işlemeye başlamaktadır. Bu nedenle TBK md.73/I'in olması gereken bakımından, iki yıllık sürenin, rücu alacaklısı tarafından alacaklıya ödemedede bulunulmuş olması ve birlikte sorumlu olduğu kişiyi öğrenmesi anından itibaren başlaması şeklinde yorumlanması gerekir. İki yıllık sürenin başlaması için öngörülen birlikte sorumlu kişinin öğrenilmesi şartı nedeniyle, birden çok rücu borçlusunun bulunması durumunda, bunların her birine yöneltilecek rücu alacağı bakımından zamanaşımının işlemeye başlayacağı an farklı olabilecektir. Bu anın tespit edilmesi bakımından ise, rücu alacaklısının gerekli özeni gösterseydi birlikte sorumlu olduğu kişiyi öğrenebileceği an değil, birlikte sorumlu kişiyi fiilen öğrendiği anın esas alınması gerekmektedir⁷⁸³.

10 yıllık sürenin başlangıcı bakımından ise, iki yıllık süre ile paralel bir biçimde, tazminatın tamamının ödendiği tarihin öngörülmüş olması, bu sürenin Ön Tasarı veya Federal mahkemenin kabul etmiş olduğu gibi zarar verici olayın gerçekleştiği andan itibaren başlamasına göre daha isabetli olmuştur. Zira aksi durumda rücu alacağı doğmadan on yıllık süre işlemeye başlayacaktı. Ancak bu noktada da tazminatın tamamının değil, rücu alacaklısı tarafından ifada bulunulmuş olma şartının aranması kanaatimizce daha uygun olurdu.

TBK md.73/II'de, kendisinden talepte bulunulan borçlunun, bunu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorunda olduğunun öngörülmesi ise kanaatimizce isabetli olmamıştır. Esasen bu fıkraya gerek yoktur. Zira ilk fıkroda iki ve on yıllık sürelerin öngörülmüş olması ile hem rücu alacaklısı hem de rücu yükümlüsünün menfaatleri dikkate alınmış ve her iki taraf açısından da bir denge sağlanmıştır. Ancak ikinci fıkra ile rücu alacaklısı için bir külfet getirilmiş ve bu külfete aykırılık halinde

⁷⁸³ Aynı doğrultuda bkz. *Kurt*, s.153.

iki yıllık zamanaşımının başlayacağı an, bildirimin dürüstlük kuralına göre yapılabilceği tarihe kaydırılmıştır. Peki alacaklı tarafından kendisinden talepte bulunulan borçluya, TBK md.73/II ile getirilmiş olan bildirim/ihbar külfetinin yapılacağı tarih nasıl belirlenecektir? Söz konusu hükümde bu anın belirlenmesi bakımından dürüstlük kuralına atıf yapılmıştır. Bu nedenle bu konuda genel geçer bir kriter koymak pek mümkün görünmemektedir. Zira dürüstlük kuralına göre belirlenecek an, her somut olay bakımından değişecektir. Ancak şüphesiz kendisinden talepte bulunulan kişi, birlikte sorumlu olduğu kişileri ve alacaklının bu kişi/kişilerden talepte bulunmadığını biliyor olmalıdır. Bununla birlikte söz konusu hükmün belirsizlikler içerdği de göz önünde alınmalıdır. Zira kendisinden talepte bulunulan borçlunun bu bildirim ne şekilde yapması gerektiğine ilişkin bir kriter de TBK md.73/II'de yer almamaktadır. Bu noktada kanaatimizce, bir şekil şartı öngörülmediği için herhangi bir biçimde bildirim yapılması yeterli görülmelidir. Bu konuya ilişkin olarak, borçlunun ancak kendisine karşı tazminat davası açılması durumunda zarar görenin diğer sorumlulara başvurmadığını öğrenebileceğinden, kendisinden ancak tazminat davasının açıldığı tarihten itibaren gecikmesizin davayı diğer sorumlulara ihbar etmesinin beklenebileceği ifade edilmektedir⁷⁸⁴. Bu doğrultuda bildirimin şekli bakımından da HMK 'da yer alan tazminat davasının ihbarı bakımından bu konuda genel düzenleme olan hükümlerin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir⁷⁸⁵. Kanaatimizce TBK md.73/II hükmünden bu sonucu çıkarmak mümkün değildir. Zira zarar gören muhtemel rücu alacaklısından dava açılmaksızın talepte bulunmuş olabilir ve rücu alacaklısı birlikte zarar vermiş olduğu diğer sorumludan talepte bulunulmamış olduğunu da dava dışında diğer bir şekilde öğrenmiş olabilir. Bu nedenle her somut olay bakımından söz konusu bildirimin yapılması gereken an münferiden tespit

⁷⁸⁴ Kurt, s.155.

⁷⁸⁵ Aksi görüş için bkz. *Kapancı*, s.556, dpn.2370.

edilmelidir. Bildirimin şekli konusunda HMK md.61 vd. hükümlerin uygulama alanı bulması elbette mümkündür, ama HMK md.62'de yazılı bildirim arandığı için, kanaatimizce TBK md.73/II bakımından mutlaka yazılılık şartını aramak isabetli değildir. Bununla birlikte rücu alacaklısının ispatlayabileceği bir şekilde bildirim yapmış olması yeterli görülmelidir.

Bu konuda ele alınması gereken bir diğer husus ise, bildirimin içeriği ne şekilde olmalıdır. Bu soruya da TBK md.73/II bir cevap vermemektedir. Kanaatimizce söz konusu hüküm rücu alacağına ilişkin zamanaşımını düzenlediği için, kendisinden talepte bulunulan borçlu, birlikte sorumlu olduğu kişiye, açık bir biçimde, alacaklıya karşı birlikte sorumlu olduklarını, alacaklının kendisinden talepte bulunduğunu ve alacaklıya ödeme yapması durumunda kendisine başvuracağını bildirmelidir. Bir diğer ifadeyle, birlikte sorumlu olunan kişi, kendisine yapılan bildirimden dolayı, rücu alacağı ile karşılaşabileceği sonucuna varmış olmalıdır.

İsviçre Ön Tasarısı md.55c/II ile paralel olan söz konusu hükmün, rücu hakkına sahip olan borçlunun, rücu yükümlüsüne çok geç başvurması veya hareketsiz kalması halinde, rücu yükümlüsüne getireceği olumsuz sonuçlardan kaçınmak olduğu, özellikle de rücu yükümlüsünün, kendisine geç başvurulması halinde ispat araçlarını kısmen veya tamamen kaybedebileceğinin göz önüne alındığı ifade edilmektedir⁷⁸⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, bu fıkra ile rücu alacaklısı ve rücu yükümlüsü arasında sağlanan denge, rücu alacaklısı aleyhine bozulmuştur. Zira bildirimin yapılmamış olması halinde, zamanaşımının başlayacağı tarihin belirlenmesi için öngörülen tarih son derece belirsiz ve hukuki öngörülebilirliği zedeleyecek niteliktedir. Bu nedenle kanaatimizce bu hüküm olması gereken açıdan kaldırılmalıdır. Öğretide de söz

⁷⁸⁶ Widmer/Wessner, s.226.

konusu hükmü eleştiren yazarlara⁷⁸⁷ göre, bildirimin yapılmamasının müeyyidesi olarak zamanaşımının erken işletilmeye başlanması, rücu alacağı muaccel olmadan önce zamanaşımının işlemesi anlamına gelecek ve bu durum TBK md.149 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle bildirim külfetinin yerine getirilmemesi durumunda Federal Mahkemenin kabul etmiş olduğu gibi, hakkın kötüye kullanımı nedeniyle rücu talebinin reddedilmesinin daha uygun bir çözüm olduğu ifade edilmektedir⁷⁸⁸.

Bu başlık altında ele alınması gereken bir diğer husus ise, acaba TBK md.73 ile rücu alacağı bakımından öngörülen zamanaşımı süresi, sözleşmesel müteselsil borçlulukta da uygulanabilecek midir? TBK md.167/II'de tarafların kendi iradeleri ile müteselsil borçluluk altına girdikleri durumlarda, kendi payından fazla ifade bulunan borçlunun diğer borçlulara rücu hakkı öngörülmüştür. Ancak TBK md.162 vd.'da söz konusu rücu hakkı bakımından ayrıca bir zamanaşımı öngörülmemiştir. Bu durumda TBK md.73 müteselsil borçlulukta da uygulanabilecek midir? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap verilmelidir. Zira birden çok kişinin müteselsil sorumluluğunda söz konusu olan rücu hakkının yasal temeli TBK md.167 hükmüdür. Hem haksız fiilden dolayı müteselsil sorumlulukta hem de sözleşmesel müteselsil borçlulukta söz konusu olan rücu hakkı aynı niteliktedir ve aynı amaca hizmet etmektedir. Bu nedenle TBK md.167/II kapsamında söz konusu olan rücu hakkına ilişkin olarak da TBK md.73 hükmünde öngörülen zamanaşımı süreleri geçerli olmalıdır. Bununla birlikte eğer müteselsil borçlular arasında vekalet, vekaletsiz iş görme veya adi ortaklık gibi özel

⁷⁸⁷ Kurt, s.158; Kırca, Yenilikler, s.50; Kapancı, s.560.

⁷⁸⁸ Kurt, s.158. Kırca'ya göre ise, diğer sorumlulara bildirimde bulunmak dürüstlük kuralının bir gereği ise, bunun yaptırımını zamanaşımı süresinin başlangıcını değiştirmek değil, genel kuralları uygulamak olmalıdır (Kırca, Yenilikler, s.51).

bir hukuki ilişki varsa, zamanaşımı bakımından bu ilişkiler bakımından öngörülen süreler uygulama alanı bulacaktır⁷⁸⁹.

3.2 Zamanaşımının Durması ve Kesilmesi

TBK md.73 ile rücu alacağı için öngörülen zamanaşımı sürelerinin durması ve kesilmesi bakımından TBK md.153 ve md.154 uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada ilk olarak belirtilmesi gereken husus, dış ilişkide alacaklının veya müteselsil borçluların asıl alacağa ilişkin olarak zamanaşımını kesen davranışları, rücu alacağına ilişkin zamanaşımı süresinin kesilmesine yol açmayacağıdır⁷⁹⁰. Zira rücu alacağı bağımsız bir alacaktır ve bu nedenle asıl alacağa bağlı değildir. Müteselsil borçlulardan biri tarafından alacaklıya ifada bulunulduğu ve birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenildiği tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacağından, TBK md.154'de yer alan zamanaşımını kesen sebepler söz konusu olabilecektir.

3.3 Zamanaşımından Feragat

Rücu alacağının tabi olduğu zamanaşımından feragate ilişkin olarak TBK md.160 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda alacaklıya ifada bulunan borçlu, birlikte borçlu olduğu kişilerden birden fazlasına karşı rücu hakkını elde etmişse, bu durumda rücu yükümlülüklerinden birinin zamanaşımından feragat etmesi, diğerlerine karşı ileri sürülemeyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu sonucun gerekçesi TBK md.160/II hükmü değildir. Zira iç ilişkide müteselsil borçluluk yoktur. Her bir rücu alacağı diğerlerinden bağımsız olduğu için bu sonuca varılmaktadır.

⁷⁸⁹ Jung, s.303; Kapancı, s.554, dpn.2361.

⁷⁹⁰ İsviçre öğretisinde ise, kural olarak aynı durum söz konusu olmakla birlikte, ZPO md.81'de yer alan ihbar davası yoluyla, müteselsil borçlulardan biri kendisine karşı dava açılması durumunda bir diğer sorumluya karşı ihbar davası açarsa, bu durumun rücu alacağına ilişkin on yıllık zamanaşımı süresini keseceği ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Weiss, s.210 vd.

B. Halefiyet Alacağına İlişkin Zamanaşımı

Eğer müteselsil borçlulardan biri alacaklıya kendi sorumlu olduğu paydan daha fazla miktarda bir ödemede bulunursa, TBK md.168 gereğince alacaklıyı tatmin ettiği oranda onun haklarına halef olur. Alacaklıya ifada bulunan borçlu ile diğer müteselsil borçlular arasında, alacaklının yerine geçmesi nedeniyle, kendisine ifada bulunulan alacaklı ve müteselsil borçlular arasında önceden var olduğu şekliyle aynı hukuki durum söz konusu olur⁷⁹¹. Tabi ki bu noktada bir istisna vardır, o da müteselsil borçlular halefiyet alacaklısına karşı müteselsilen sorumlu değildirler. Böylece halefiyet alacağına ilişkin zamanaşımı, alacaklının alacağının tabi olduğu zamanaşımına tabidir. Alacaklının hakları kanunen ifada bulunan borçluya geçtiği için, ilgili zamanaşımı süresi ve işleyişi de değişmemektedir. İfade bulunan borçlu ifa ettiği oranda asıl alacağı, işleyen zamanaşımı ile birlikte kazanır⁷⁹². Böylece halefiyet alacağı için sadece kalan zamanaşımı süresi işlemeye devam eder. Bu nedenle çoğu durumda halefiyet alacağı rücu alacağından önce zamanaşımına uğramış olacaktır⁷⁹³.

C. Denkleştirme İlişkisinde Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesi

1. Halefiyet ve Zamanaşımı Def'i

Halefiyet ile birlikte ifada bulunan müteselsil borçlu alacaklının yerine geçmektedir. Bu nedenle halefiyet alacaklısı ile diğer müteselsil borçlular arasında önceden alacaklı ile müteselsil borçlular arasında var olduğu gibi aynı hukuki durum söz konusu olur. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi halefiyet alacaklısına karşı

⁷⁹¹ Fellmann, s.18.

⁷⁹² von Tuhr/Escher, s.318; Bucher, s.568, dpn.120; Rey, N.1715; Gautschi, s.149; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3476; Schwenger, N.88.40; Koller, §75 N.209; Krauskopf/Müller, s.325-326; Fellmann, s.18-19; Jung, s.302; Ernst, s.180-181; BeKomm/Brehm, Art.50 N.63; Weiss, s.228; Kılıçoğlu, s.488; Nomer, Zamanaşımı, s.251; Kapancı, s.540.

⁷⁹³ von Tuhr/Escher, s.318; Schwenger, N.88.40; Weiss, s.230.

müteselsil borçluluk durumu söz konusu değildir. Bu istisna dışına hukuki ilişkinin bütün modaliteleri aynıdır. Çünkü alacaklıya ait haklar bütün yönleriyle birlikte ifade bulunan borçluya geçmektedir. Bundan dolayı halefiyet alacaklısına karşı diğer borçlular kendilerine müteselsil borç ilişkisi nedeniyle ait olan bütün ortak ve kişisel def'ileri ileri sürebilirler⁷⁹⁴. Dış ilişkide alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilecek olan müteselsil borçlu, bu def'iyi halefiyet alacaklısına karşı da ileri sürebilir.

Denkleştirme alacağına sahip olan müteselsil borçlu, rücu alacağının korunması bakımından halefiyet ile güçlendirilmiştir. Ancak alacaklının diğer müteselsil borçlulara karşı olan alacakları zamanaşımına uğramışsa, bu durumda halefiyet alacaklısı kendi alacağını ancak diğer borçlular zamanaşımı def'ini ileri sürmezse talep edebilir⁷⁹⁵. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanaatimizce rücu alacağı ve halefiyet alacağı arasında fer'ilik ilişkisi olmadığı için, zamanaşımı bakımından birbirlerine herhangi bir etkileri bulunmamaktadır⁷⁹⁶. Bir diğer anlatımla halefiyet alacağı zamanaşımına uğramışsa bile rücu alacağı ileri sürülebilir veya rücu alacağı zamanaşımına uğramışsa halefiyet alacağı ileri sürülebilir⁷⁹⁷.

2. Rücu ve Zamanaşımı Def'i

Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan müteselsil borçlu, rücu alacağı bakımından TBK md.167 ile korunmuştur. Kanaatimizce rücu alacağına sahip olan borçluya karşı diğer borçlular kendi zamanaşımı def'ini ileri sürememelidirler. Buna

⁷⁹⁴ *Gautschi*, s.150; *Schwenzer*, N.88.40.

⁷⁹⁵ *Gautschi*, s.150.

⁷⁹⁶ Aksi görüş için bkz. *Kapancı*, s.540. Yazara göre rücu alacağı zamanaşımına uğramışsa onun fer'isi olan halefiyet alacağı da reddedilmelidir. Bununla birlikte yazar tersi durumda, yan, halefiyet alacağı zamanaşımına uğradığında rücu hakkının ileri sürülebileceğini kabul etmektedir.

⁷⁹⁷ *Gautschi*, s.153; *Weiss*, s.322 vd.; *Kurt*, s.145; *Nomer*, Zamanaşımı, s.251.

göre, alacaklının asıl alacağı zamanaşımına uğrasa bile, rücu borçluları kendi sorumluluk oranlarını üstlenmek zorundadır. Bir diğer ifadeyle, müteselsil borç ilişkisinde alacaklının borçlulara karşı sahip olduğu hak zamanaşımına uğramış olsa bile, rücu alacağına sahip olan borçluya karşı diğer borçlular bu zamanaşımı def'ini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaklardır. Aşağıda söz konusu durum ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

III. Zamanaşımı Bakımından Dış İlişki ve İç İlişkinin Birbirine Etkisi

A. Alacaklıya İfa Anında Rücu Alacaklısının Borcunun Zamanaşımına Uğramaması, Rücu Yükümlüsünün Borcunun Zamanaşımına Uğraması

Dış ilişkide geçerli olan zamanaşımı def'inin iç ilişkide rücu alacaklısına karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği hususunu daha net bir şekilde ortaya koyabilmek adına, bir örnek üzerinden hareket edecek olursak; A ve B'nin, C'ye karşı vermiş oldukları zarardan A haksız fiil nedeniyle B ise sözleşme nedeniyle sorumludur. C zararının tamamını sözleşme gereği sorumlu olan B'den talep etmiştir. Davanın açılmasından kısa bir süre sonra C'nin A'ya karşı olan alacağı zamanaşımına uğramıştır (TBK md.72/I). B tazminatın tamamını C'ye ödemiştir. Bu durumda B'nin A'ya karşı rücu alacağı doğmuş bulunmaktadır. B, A'ya karşı rücu yoluna başvurduğunda A, kendisinin C'ye karşı olan borcunun zamanaşımına uğramış olduğu def'isini B'ye karşı ileri sürebilecek midir? Bir diğer anlatımla acaba zarar görenin rücu yükümlüsüne karşı olan alacağının zamanaşımına uğraması, rücu hakkı sahibinin rücu alacağı üzerinde etkili olacak mıdır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mevcut borçlar hukuku sistemimizde C tarafından B'ye karşı dava açılması ile TBK md.154/II gereğince B'ye karşı kesilen zamanaşımı, TBK md.155/I gereğince A'ya karşı da kesilmiş olacaktır. Çalışmamız

kapsamında kanaatimizce TBK md.155/I hükmünün kaldırılması gerektiğini savunduğumuz için, bir yandan söz konusu hükmün kaldırılmış olması durumunda çözümün ne olacağını ortaya koymak adına, diğer yandan hem İBK hem de eBK döneminde eksik teselsül olarak nitelendirilen örneğimizde zamanaşımının kesilmesinin diğer borçlulara karşı etkili olmayacağı kabul edildiğinden, söz konusu kanunlar çerçevesinde durumu ortaya koymak adına, bu tartışmaya çalışmamızda yer vermiş bulunuyoruz. Ancak yinede TBK ile eksik teselsül tam teselsül ayrımı kalkmış olduğu için ve TBK md.155/I hükmü mevcut olduğu sürece bütün teselsül durumlarında uygulama alanı bulacağı için bu tartışmanın TBK açısından pratik bir sonucu olmayacağı düşünülebilir. Bu durumda bir başka örnek üzerinden söz konusu durumun TBK açısından da gündeme gelebileceği ifade edilebilir. Örneğin⁷⁹⁸ kendisini aldatan kocasından intikam almak isteyen A, arkadaşı B ile anlaşır ve birlikte bir plan yaparak kocası C'nin arabasına zarar verirler. Bu durumda hem A hem de B haksız fiil gereğince sorumlu olacakları için, zamanaşımı bakımından TBK md.72/I hükmü uygulanacaktır. TBK md.72'ye göre tazminat istemi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl sonra zamanaşımına uğrayacaktır. Bu durumda C zarar verici olayın ertesi günü karısının zarar verdiğini öğrense bile TBK md.153/I b.3 gereğince karısına karşı zamanaşımı, evlilikleri devam ettiği için, işlemeye başlamayacaktır. Zarar verici olaydan üç ay sonra karısının arkadaşı B'nin de zarar verdiğini öğrendiğinde zamanaşımı B'ye karşı işlemeye başlayacak ve iki yıl sonra zamanaşımı dolmuş olacaktır. B'ye karşı zamanaşımı dolduktan sonra taraflar boşanmış olduğunda, yine ilk örnekteki durum ortaya çıkacaktır. C zararın tamamını karısı A'dan almış olacak, bununla birlikte C'nin

⁷⁹⁸ Örnek için bkz. Weiss, s.305.

B'ye karşı olan alacağı zamanaşımına uğramış olacaktır. Bu durumda B zamanaşımı def'ini A'ya karşı ileri sürebilecek midir?

Azınlıkta olan bir görüşe göre⁷⁹⁹, bu soruya olumlu cevap verilmeli ve böyle bir durumda alacaklı aleyhine bir çözüme varılarak zarar görenin alacağının zamanaşımına uğramış olduğu rücu yükümlüsünün iç ilişkide sorumlu olduğu pay kadar, rücu alacaklısı zarar görene karşı sorumluluktan kurtulmalıdır. Zira bu duruma bir anlamda alacaklı, rücu yükümlüsüne karşı hareketsiz kalarak, sebebiyet vermiştir. Örnek üzerinden durumu ortaya koyacak olursak, B'nin iç ilişkide sorumlu olduğu pay kadar, A C'ye karşı sorumluluktan kurtulmalıdır. Bu görüşe müteselsil sorumlulukta alacaklının seçme hakkı olduğu ve bu nedenle istediği borçluya başvurabileceği gerekçesiyle karşı çıkılmaktadır⁸⁰⁰.

Bir an için alacaklının diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanacağını öngören TBK md.168/II hükmü gereğince, yukarıda belirtmiş olduğumuz durumun sonuçlarına alacaklının katlanması gerektiği düşünebilecek olsa da, öğretide bu görüşe karşı çıkılmaktadır. Bu noktada öncelikle TBK md.168/II'in uygulama alanına halefiyet alacağının girdiği ve bu nedenle rücu alacağı bakımından uygulanamayacağı ifade edilmektedir⁸⁰¹. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, alacaklıyı tatmin eden borçlu halefiyet gereği alacağa ilişkin teminatları da alacakla birlikte kazanmaktadır ve eğer alacaklı bu teminatları serbest bırakırsa işte o zaman TBK md.168/II'nin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir⁸⁰². Bu nedenle de söz konusu hükmümde düzenlenmiş olan

⁷⁹⁹ Jung, s.305. Bu görüşte olan başka yazarlar için bkz. Weiss, s.242, dpn.1180.

⁸⁰⁰ Weiss, s.243, 247; Ernst, s.186 vd.

⁸⁰¹ Weiss, s.246.

⁸⁰² Keller/Schöbi, s.24; Bucher, s.498, dpn.62; von Tuhr/Escher, s.318, dpn.163; Schwenger, N.88.40; BaKomm/Heierli, Schnyder, Art.149 N.2; BeKomm/Becker, Art.149 N.14; Oğuzman/Öz, s.460.

alacaklının sorumluluğu, oldukça dar bir uygulama alanına sahiptir⁸⁰³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 168/II'nin uygulama alanı bulabilmesi için alacaklının kusuru gereklidir. Oysa alacaklı rücu yükümlüsüne karşı olan alacağının zamanaşımına uğramasında çoğu durumda kusurlu olmayacağından, bu nedenle de söz konusu hüküm bir gerekçe olarak kabul edilemeyecektir⁸⁰⁴.

Öğretide yer alan hakim görüşe⁸⁰⁵ göre ise, zarar görenin rücu yükümlüsüne karşı olan alacağının zamanaşımına uğraması durumunda, rücu yükümlüsü bu zamanaşımı def'i rücu alacaklısına karşı ileri süremeyecektir. Bu görüşte olanlara göre, dış ilişki ve iç ilişki birbirinden katı bir biçimde ayrılmaktadır ve alacaklının borcun tamamını müteselsil borçlulardan birinden talep etmesi halinde bu durum iç ilişkide düzeltilmektedir. Dış ilişkide alacaklıya tanınan bu ayrıcalıklı durum nedeniyle iç ilişki alacaklının bütün müdahalelerine karşı korunmuştur. Eğer alacaklının rücu yükümlüsüne karşı olan alacağı zamanaşımına uğramışsa ve rücu yükümlüsü bunu rücu alacaklısına karşı ileri sürebilirse, müteselsil borçluların nihai olarak üstleneceği sorumluluk paylarına alacaklı etkide bulunmuş olacaktır. Bu sonuç ise müteselsil sorumluluğun amacı ile uyuşmamaktadır. Öte yandan dış ilişki ve iç ilişki kapsamında söz konusu olan alacaklara için zamanaşımı durumunun birbirinden ayrı ele alınması gerektiği, zira rücu alacağının bağımsız bir alacak olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi zamanaşımı def'i kişisel bir def'i'dir. Eğer rücu yükümlüsü alacaklı ile kendi arasındaki ilişkide söz konusu olan zamanaşımı def'ini, rücu alacaklısına karşı ileri sürebilirse, bu durumda zamanaşımı def'i kişisel olma niteliğine aykırı düşecektir.

⁸⁰³ Oğuzman/Öz, s.460.

⁸⁰⁴ Weiss, s.247.

⁸⁰⁵ Ernst, s.190 vd.; Gautschi, s.151; Weiss, s.250 vd.; Koller, §75 N.218; Casanova, s.124; BaKomm/Heierli, Schnyder, Art.51 N.12a.; Huguenin, N.2314. Aynı yönde bkz. BGE 133 III 6.

Yukarıda açıklamış olduğumuz gerekçelerle kanaatimizce alacaklının rücu yükümlüsüne karşı olan alacağının zamanaşımına uğraması, rücu alacaklısına karşı ileri sürülemeyecektir. Zira müteselsil borç ilişkisi (dış ilişki) ve denkleştirme ilişkisi iki ayrı hukuki ilişkidir. Alacaklıya karşı kendi payından fazla ifade bulunan müteselsil borçlu TBK md.167 ile korunmuştur ve bu borçlu sadece müteselsil borçlular arasındaki ilişkide hak sahibidir. Bu iki hukuki ilişki birbirine yabancı olduğundan dolayı, müteselsil borç ilişkisinde söz konusu olan zamanaşımı def'i rücu alacaklısına karşı ileri sürülemeyecektir. Öte yandan dış ilişkide her bir borçluya karşı zamanaşımı ayrı işlediği için zamanaşımı def'i kişisel def'i olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle alacaklının hakkı hangi borçluya karşı zamanaşımına uğramışsa, sadece o borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. Zamanaşımı def'i sadece ilgili alacağın takibini engellediği için, dış ilişkide diğer borçlular alacaklıya karşı alacağın tamamından sorumlu olmaya devam eder. Dış ilişkide her bir borçlu TBK md.164/I gereğince diğerine ait zamanaşımı def'inden faydalanamaz. Bundan dolayı alacaklıya ifade bulunan borçlu rücu yoluyla diğer borçlulara başvurduğunda, diğer borçlular zamanaşımı def'ini ileri süremeyecektir.

İsviçre Federal mahkemesi de kural olarak dış ilişkide alacaklının rücu yükümlüsüne karşı olan alacağının zamanaşımına uğramış olmasının, rücu alacaklısına karşı ileri sürülemeyeceği görüşündedir. Bununla birlikte Federal mahkeme böyle bir durumda rücu alacaklısının birlikte sorumlu olduğu kişiye başvurma imkanı olduğunu zamanında öğrenmesine rağmen, başvurmuyorsa, birlikte sorumlu olduğu kişinin hukuki durumunu güçleştirdiği ve bu durumun hakkın kötüye

kullanımı olduğu gerekçesiyle, rücu yoluna başvuramayacağını kabul etmektedir⁸⁰⁶. Zira böyle bir durumda rücu yükümlüsü dış ilişkide borcu zamanaşımına uğramış olduğu ve rücu alacaklısı uzun bir süre kendisine başvurmadığı için, artık buna ilişkin ispat araçlarına ihtiyacı olmadığı gerekçesiyle bunları elinden çıkarabilecektir. Federal mahkemenin bu konuya ilişkin kararlarını ele almadan önce bir kaç noktaya değinmek gerekmektedir.

Rücu alacağı zamanaşımı bakımından halefiyet alacağından ayrı bir kadere sahiptir. Halefiyet alacağı rücu alacağına göre daha önce zamanaşımına uğrayabilir. Bundan dolayı, halefiyet alacağı zamanaşımına uğramışsa, denkleştirme alacaklısı, diğer borçlular kendisine zamanaşımı def'i ileri sürmeksizin kendi alacağını rücu yoluyla diğer borçlulara karşı ileri sürebilir mi sorusunun ele alınması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, halefiyet alacağı zamanaşımına uğramışsa borçlu rücu yoluna başvurabilecek midir?

Federal Mahkeme 115 II 48 numaralı kararında, eğer rücu alacaklısı bir diğer borçluya başvurma imkanından zamanında haberdar olmuş ama buna rağmen başvuramışsa, bu durumda Federal Mahkeme rücu yoluna başvurulamayacağını kabul etmektedir. Söz konusu karara göre, böyle durum ancak, eğer rücu alacaklısı, alacaklının alacağı zamanaşımına uğramışsa ve kendisine karşı açılan dava çerçevesinde bu uyuşmazlıktan ne diğer borçluları bilgilendirmişse, ne diğer borçluları kendisi sorumlu tutmuşsa ne de mahkemede rücu alacağını ileri sürmüşse söz konusu olabilir. Federal Mahkeme BGE 127 III 267 sayılı kararında⁸⁰⁷ ise bir önceki kararına

⁸⁰⁶ BGE 115 II 42, 127 III 257, 133 III 6. Söz konusu kararların değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. *Ernst*, s.191 vd.; *Jung*, s.304; *Gautschi*, s.153 vd.; *Weiss*, s.258 vd.; *Koller*, §75 N.216, 218; *Krauskopf/Müller*, s.327; *Casanova*, s.123 vd.; *Fellmann*, HAVE 2002, s.119 vd.

⁸⁰⁷ "Die Verjährung einer Forderung kann nicht zu laufen beginnen, bevor überhaupt die Forderung entstanden ist (vgl. VON TUHR/ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*,

atıf yaparak, rücu alacaklısının bu şekilde davranarak sebepsiz bir biçimde diğer borçluların hukuki durumunu ağırlaştırması nedeniyle hukuken korunmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu durumda Federal Mahkeme MK md.2 kapsamında hakkın kötüye kullanıldığına dikkat çekmiş ve rücu alacağı zamanaşımına uğramamış

Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, § 80 IV S. 217 f.). Bei der unechten Solidarität tritt der rückgriffsberechtigte Mitschuldner nicht gemäss Art. 149 Abs. 1 OR in die Gläubigerrechte des Geschädigten ein, sondern es steht ihm lediglich ein Ausgleichsanspruch gegen seine Mitschuldner zu, der im Zeitpunkt der Zahlung an den Geschädigten entsteht (BGE 115 II 42 E. 2a S. 48). Ist demnach der Ausgleichsanspruch noch nicht verjährt oder hat dessen Verjährung noch nicht einmal zu laufen begonnen, während konkurrierende Forderungen des Geschädigten gegen andere Mitschuldner bereits verjährt sind, hätte dies zur Folge, dass diese im Innenverhältnis dennoch für einen Teil des Schadenersatzes aufkommen müssten. Damit gingen sie letztlich der mit der Verjährung des Hauptanspruchs einhergehenden Privilegierung verlustig, könnten sie nicht auch dem regressberechtigten Mitschuldner die Verjährungseinrede entgegenhalten. Obwohl der Ausgleichsanspruch ein selbständiges Recht ist, versagt deshalb das Bundesgericht dem Regressberechtigten bei Verjährung konkurrierender Ansprüche des Geschädigten die Durchsetzung seiner Ausgleichsforderung, wenn der Regressberechtigte von der Möglichkeit, auf einen anderen Haftpflichtigen zurückzugreifen, rechtzeitig Kenntnis erhält, aber dennoch nichts unternimmt. Dies war der Fall bei einem Regressberechtigten, der bei noch offener Verjährung des konkurrierenden Anspruchs weder im Rahmen des vom Geschädigten gegen ihn angehobenen Prozesses dem Mitschuldner den Streit verkündet noch selber diesen belangt, noch dem Richter beantragt hatte, das Regressrecht festzusetzen (BGE 115 II 42 E. 2a S. 48 f.). Verschlechtert der Regressberechtigte dergestalt grundlos die Position eines anderen Haftpflichtigen, verdient er in der Tat keinen Rechtsschutz. Vielmehr ist Art. 2 Abs. 2 ZGB als rechtsbegrenzendes Korrektiv heranzuziehen und der Regressforderung ungeachtet ihrer noch nicht eingetretenen Verjährung die Durchsetzung zu versagen. Das Bundesgericht hat in anderem Zusammenhang mehrfach darauf hingewiesen, dass unter qualifizierten Umständen das zu lange Zuwarten mit der Erhebung eines Anspruches eine rechtsmissbräuchliche Verzögerung darstellen kann (BGE 94 II 37 E. 6b-d S. 41 f.; 116 II 428 E. 2 S. 431). Nicht entschieden wurde damit die Frage, wie es sich verhielte, wenn der Regressberechtigte vor der Verjährung konkurrierender Forderungen des Geschädigten gegen andere Mitschuldner keinerlei Veranlassung hatte, seinen Ausgleichsanspruch zu erheben oder ihn gar nicht geltend machen konnte, weil er von der Rückgriffsmöglichkeit nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt hat. Es kann ihm dann unter solchen Umständen kein treuwidriges Verhalten vorgehalten werden, wenn er erst nach Verjährung der anderen Ersatzforderungen seinen Ausgleichsanspruch anmeldet. Da es im vorliegenden Fall nicht um die Beurteilung eines Ausgleichsanspruchs der Beklagten 3 geht, besteht kein Anlass, zur Frage der Durchsetzbarkeit unverjährter Ausgleichsansprüche bei gleichzeitiger Verjährung konkurrierender Ansprüche des Geschädigten abschliessend Stellung zu nehmen" (BGE 127 III 266 vd., Karara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 18.04.2014).

olmasına rağmen, bunun talep edilemeyeceğini kabul etmiştir. Buna göre eğer denkleştirme alacaklısı bu alacağını rücu yoluyla ileri sürmek istiyorsa, halefiyet alacağına ilişkin zamanaşımının işleyişini dikkate almadan, rücu alacağına ilişkin zamanaşımının ayrı işlediğine güvenmemelidir.

Federal mahkemenin bu içtihadı, rücu alacağının sadece borçlular arasındaki ilişkide söz konusu olan, bağımsız bir hak olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸⁰⁸. Bundan dolayı rücu alacaklısına karşı sorumlu olan borçluların dış ilişkiden kaynaklanan zamanaşımı defisini ileri sürememesi gerektiği ifade edilmektedir. *Gautschi*'ye göre, Kanun'un haksız sonuçları önlemek için uygun araçlara sahip olması dolayısıyla bu karar isabetli değildir⁸⁰⁹. Federal Mahkeme daha sonraki bir kararında⁸¹⁰ ise İBK md. 419 vd. ile bağlantılı olarak İBK md.146 (TBK md.165) bağlamında haksız sonuçların önüne geçilebileceğini ifade etmiştir. Eğer denkleştirme alacaklısı, alacaklıya ifada bulunarak diğer borçluların menfaatine işlem yapmadığı algılanır ve böylece diğer borçluların durumunu ağırlaştırması ile suçlanırsa, rücu alacağını kaybedecektir.

B. Alacaklıya İfa Anında Rücu Alacaklısının Borcunun Zamanaşımına Uğraması, Rücu Yükümlüsünün Borcunun Zamanaşımına Uğramaması

Bu duruma ilişkin olarak öncelikle belirtilmesi gereken husus, rücu alacaklısının alacaklıya karşı olan borcu zamanaşımına uğramış olduğu halde alacaklıya zamanaşımı def'ini ileri sürmemiş olması nedeniyle rücu alacağına sahip olmasıdır. Burada ilk olarak TBK md.164/II (İBK md.145/II) kapsamında, müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur

⁸⁰⁸ *Gautschi*, s.154.

⁸⁰⁹ Federal mahkemenin MK md.2'yi gerekçe göstermesinin eleştirisi için bkz. *Casanova*, s.130 vd.

⁸¹⁰ BGE 133 III 6.

hükümünü ele almamız gerekmektedir. Zira bu hüküm gereğince kusurlu bir biçimde ortak def'i ve itirazları ileri sürmeyen borçlunun diğer borçlulara rücu hakkını kaybedeceğini daha önce belirtmiştik. Bu nedenle eğer zamanaşımı def'i ortak def'i kabul edilirse, dış ilişkide bunu ileri sürmeyen borçlu diğer borçlulara rücu yoluyla başvuramayacaktır. Ancak kanaatimizce zamanaşımı def'i kişisel bir def'i olduğu için, rücu alacaklısı bunu ileri sürmemiş olsa bile, rücu yükümlüsüne başvurabilecektir⁸¹¹. Zira rücu alacaklısı bu def'iyi ileri sürmek zorunda değildir. Bununla birlikte eğer alacaklıya ifa anında hem rücu alacaklısının hem de rücu yükümlüsünün borcu zamanaşımına uğramışsa ve buna rağmen rücu alacaklısı ödemedede bulunmuşsa, borçlulardan birinin kendi davranışıyla diğerlerinin durumunu ağırlaştıramayacağını öngören TBK md.165 gereğince, rücu alacaklısı rücu yükümlüsüne başvurmayacaktır⁸¹². Böyle bir durumda TBK md.165'e göre zamanaşımı def'inin kişisel niteliğine⁸¹³ ve rücu alacağının dış ilişkiden bağımsız olmasına göre daha fazla önem verilmelidir.

⁸¹¹ Weiss, s.299; Koller, §75 N.217.

⁸¹² Weiss, s.303; Koller, §75 N.221.

⁸¹³ Akıntürk, borcun bütün borçlular bakımından zamanaşımına uğramış olmasını, ortak def'i olarak nitelendirmektedir (Akıntürk, s.166).

SONUÇ

Bir borç ilişkisinin borçlu tarafında alacaklıya karşı her birinin borcun tamamından sorumlu olduğu birden fazla borçlunun yer aldığı ve de her bir borçludan, alacaklının kısmen mi yoksa tamamen mi ifasını talep edeceğine ilişkin seçim hakkının olduğu ve tamamının sadece bir defa ifa edileceği bir borcun üstlenildiği borç ilişkisi olarak tanımlanabilen müteselsil borç ilişkisi çalışma konumuzu teşkil etmektedir.

Esasında birlikte borçluluk türlerinden biri olan müteselsil borçluluk TBK md.162 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler ışığında borçlar hukuku sistemimizde İsviçre hukukunda olduğu gibi, kural kısmi borçluluktur. Müteselsil borçluluk ya tarafların kararlaştırmaları veya kanunen öngörülmesi halinde söz konusu olabilmektedir.

TBK md.162 vd. hükümleri incelendiğinde müteselsil borçluluğun karakteristik unsurları birden fazla borçlu, borçlulardan her birinin borcun tamamından sorumlu olması, ödemenin tekliği ve alacaklının dilediği borçluya başvurabilmesidir.

Kanunen öngörülen müteselsil borçluluk durumlarından öne çıkanı ise, TBK md.61 vd. hükümlerde düzenlenmiş olan birden çok kişinin haksız fiilden dolayı müteselsil sorumluluğudur. Esasında haksız fiilden dolayı müteselsil sorumluluk, müteselsil borçluluğun kanunen düzenlenmiş olan görünüm biçimlerinden biridir. Ancak sorumluluk hukukunun amacı farklı olduğundan dolayı, kullanılan kavramlar da değişmektedir.

TBK md.162 vd. da yer alan hükümler tamamlayıcı nitelikte olduğu için, taraflarca değiştirilmeleri mümkündür. Bu doğrultuda örneğin taraflar, alacaklının ilk olarak borçlulardan birine başvuracağını, ardından diğerlerine başvuracağını kararlaştırabilirler.

6098 sayılı TBK ile müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemli olanı, eBK döneminde öğreti ve yargı kararlarınca kabul edilen, eksik teselsül-tam teselsül ayrımının kaldırılmış olmasıdır. Kanaatimizce eBK döneminde de söz konusu ayrıma ilişkin ileri sürülen kriterler sağlam bir temelden yoksundu. Ayrıca kanunun lafzından da bu tarz bir ayrıma gitmek olanaklı değildi. Bu nedenle söz konusu ayrımın kaldırılmış olması kanaatimizce son derece isabetli olmuştur. Bununla birlikte eBK md.51'de yer alan müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkide rücu bakımından öngörölmüş olan sıralama da kaldırılmıştır. Aslında hakime yol gösterici olan söz konusu sıralama, uygulayıcılar tarafından adeta mutlak bir kural olarak kabul edilmiştir. Kanaatimizce müteselsil borçlular arasında yapılması gereken denkleştirmenin özüne de uymayan sıralamanın kaldırılmış olması da isabetli olmuştur.

Alacaklıya karşı kendi sorumlu olduğu tutardan fazla ödemedede bulunan borçlu, kendi payını aşan kısım için diğer borçlulara başvurabilecektir. Bu bakımından borçlunun elinde rücu ve halefiyet gibi iki ayrı imkan bulunmaktadır. Bu doğrultuda alacaklıya ifada bulunan borçlu isterse rücu yoluyla isterse halefiyet yoluyla diğer borçlulara başvurabilecektir.

Müteselsil borçlular ile alacaklı arasında söz konusu olan dış ilişkide geçerli olan teselsül ilkesi, borçluların kendi arasındaki ilişkide olmadığı için, rücu veya halefiyet yoluna başvuran borçlu, diğerlerine sadece payları oranında

başvurabilecektir. Bu doğrultuda alacaklıya ödemede bulunan borçlu ile diğer borçlular arasında bir denkleştirme yapılmış olmaktadır. Bu nedenle borçlular arasındaki ilişki, kanaatimizce Alman hukukunda olduğu gibi, denkleştirme ilişkisi olarak adlandırılmalıdır.

Borçlular arasındaki denkleştirmenin nasıl yapılacağı ise, özellikle haksız fiilden dolayı müteselsil sorumlulukta önem taşımaktadır. Zira müteselsil borçluluk açısından TBK md.167 gereğince eşit paylaşım karinesi söz konusu iken, müteselsil sorumluluk bakımından TBK md.62 hükmü gereğince bu durum hakimın takdirine tabi kılınmıştır.

Birden çok kişinin haksız fiilden dolayı müteselsil sorumluluğunda, zarar gören zararını sorumlulardan birinden talep etmişse ve tazminatın tamamını elde etmişse, alacaklıyı tatmin eden sorumlunun diğerlerine ne oranda başvurabileceğini hakim takdir edecektir. Burada hakim bütün durum ve koşulları, özellikle zarar verenlerden her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu göz önünde bulunduracaktır. Bu noktada kanaatimizce somut olayda yer alabilecek sorumluluk türlerine göre olay gruplarından hareket edilmesi yerinde olacaktır. Zira hakimın dikkate alması gereken ilk husus sorumlu kişilerin, sorumluluk sebeplerini tespit etmek olmalıdır. Bu doğrultuda birden çok kusur sorumlusunun varlığında eğer her bir sorumluya isnat edilen kusurun ağırlığı açıkça tespit edilemiyorsa, kanaatimizce hakim sorumluluk paylarını eşit takdir etmelidir.

Kusurun ağırlığının tespit edilebildiği hallerde ise (ağır, orta, hafif) hakim sorumluluk paylarını somut durumun bütün şartlarını da göz önünde tutarak takdir edecektir. Bir diğer anlatımla kusur dereceleri farklı ise, hakim kusur derecelerini dikkate alarak denkleştirme yapmalıdır. Bu durumda da somut durumun şartları aksini

gerektirmediği sürece her bir sorumluluk derecesine belirli bir yüzde vererek zarar sorumlular arasında paylaştırılabilir. Örneğin ağır kusur ve hafif kusur halinde %70 - %30, ağır kusur ve orta kusur halinde %60 - %40 şeklinde bir dağılım yapılabilir. Her ne kadar kusurun matematiksel dağılımı hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilse de, belirli bir uygulamayı yerleştirmek adına bir ölçüde buna yer vermenin yanlış olmayacağı kanaatindeyiz.

Kanun gereğince yani kusursuz olarak sorumlu tutulan kişiye aynı zamanda kusur da isnat edilebiliyorsa, bu durumda söz konusu sorumlu kusur sorumlusu olarak değerlendirilmelidir.

Birden çok kusursuz sorumlunun varlığında ise, somut olayda birden çok olağan sebep sorumlusu, birden çok tehlike sorumlusu veya olağan sebep ve tehlike sorumlusunun varlığı durumlarını ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. İlk olarak birden çok olağan sebep sorumluluğuna göre sorumlu olan kişiler arasında rücu meselesini ele aldığımızda, bu noktada kanaatimizce, eğer somut olayın şartları sorumlulardan biri lehine veya biri aleyhine farklı bir paylaştırmayı gerektirmediği sürece eşit paylarla sorumluluğun takdir edilmesi gerekmektedir. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, hakim bu konuda takdir hakkını istediği şekilde kullanmada serbesttir ve somut durumun şartlarını takdir edecek kişidir. Burada bizim kanaatimiz tavsiyeden öteye gidemeyecektir. Somut olayda hem olağan sebep hem de tehlike sorumluluğuna göre sorumlu olan kişiler varsa, bu noktada TBK md.62'den hareketle tehlike sorumlusunun daha fazla payla sorumlu tutulabileceği sonucuna varılabilir. Zira söz konusu hükümde her bir sorumlunun yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağı ifade edilmektedir. Rücuda kusur ve tehlike ilkesi belirleyici olmaktadır. Somut olayda kusur olmadığına göre belirleyici olan kriter tehlike ilkesidir. Bu nedenle de olağan sebep ve tehlike sorumlusu arasında zararın paylaştırılmasında

tehlike sorumlusunu daha fazla payla sorumlu tutmak kanaatimizce yanlış olmayacaktır. Bu doğrultuda kimin hangi oranda sorumlu olacağını hakim serbestçe takdir edecektir. Son olarak birden çok tehlike sorumlusu arasında rücu ele aldığımızda, kanaatimizce burada da sorumlular arasında eşit paylaşım yapılması gerekmektedir. Öte yandan sorumluların üstlenmiş oldukları karakteristik riskin yoğunluğu belirlenebiliyorsa, yani tehlikenin yoğunluğu sorumlulardan biri lehine veya aleyhine farklı tespit edilebiliyorsa, hakim bu durumu da dikkate almak zorundadır. Ancak belirtmek gerekir ki, özel kanunlarla tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü hallerde, ilgili kanunlardaki rücu kuralı uygulama alanı bulacaktır.

Somut olayda hem kusur hem de kusursuz sorumlunun bulunması halinde ise, kanaatimizce sorumlulardan biri kusurlu diye daha en baştan zararın tamamından onu sorumlu tutmak isabetli olmayacaktır. Bu noktada olması gereken her iki sorumluluk sebebine eşit yaklaşp, somut durumun gerektirdiği ölçüde paylaşım yapılmasıdır.

Müteselsil sorumluluk bakımından öğretilde yerleşmiş olan düşüncelerden ve belki de yıkılması en zor olan düşüncelerden biri de, müteselsil sorumluluğun alacaklıyı korumaya hizmet ettiği ve bu nedenle alacaklının istediği borçludan ister borcun tamamını isterse bir kısmını talep edebileceğidir. Bir diğer anlatımla mutlak bir müteselsil sorumluluktan hareket edilmektedir. Son zamanlarda yaşanan gelişmeler ile birlikte mutlak tam sorumluluk sorgulanır hale gelmiş ve bu bağlamda dış ilişkide müteselsil borçluların bireysel indirim sebeplerini ileri sürerek sorumluluklarını daha dış ilişkide indirmeleri tartışılır hale gelmiştir.

İsviçre anonim şirketler hukukunda 1991 yılında kabul edilen bu durum 6102 sayılı TTK md.557 ile Türk hukuku bakımından da kabul edilmiştir. Bununla birlikte TBK Tasarısında yer alan hüküm kanun metnine alınmamıştır.

TBK kapsamında müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilip sürülemeyeceği tartışması bakımından kanaatimizce TTK md.557 hükmünün borçlar hukukuna aktarılmasına gerek yoktur. Mevcut durum açısından ele alınması gereken ilk husus, aceba bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebilmesini öngören hükmün kanun metnine alınmamış olması ile kanun koyucunun iradesinin bunun reddinden yana olduğu ve bu konuda kanunen bir değişiklik yapılana kadar haksız fiillerde dış ilişkide müteselsil sorumluların bireysel indirim sebeplerini ileri süremeyeceği sonucuna mı varılacağıdır. Kanaatimizce söz konusu hükmün kanun metnine alınmaması artık bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu doğrultuda öğretide, tarihsel yorumun kanun koyucunun bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesini tercih etmediği şeklinde bir görüşe dayanak oluşturabileceği, ancak TBK md.51 ve md.52 yürürlükte olduğu ve dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm olmadığı göz önüne alındığında yapılacak amaçsal, sistematik ve lafzi yorum ile mevcut durumda bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Kanaatimizce TBK'da müteselsil sorumlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Tazminattan indirim sebeplerinin sadece tek zarar verenin bulunduğu durumlarda uygulanacağını kabul eden bir hüküm bulunmadığı gibi, indirim sebeplerine ilişkin maddelerden de bu yönde bir sonuç çıkarılamamaktadır. Bu nedenle ister tek bir zarar verenin bulunduğu sorumluluk durumlarında isterse birden çok kişinin müteselsilen sorumlu olduğu durumlarda tazminatın belirlenmesine ilişkin olarak aynı maddeler uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda hakim önüne gelen davada ister tek bir zarar veren isterse birden fazla zarar veren bulunsun TBK md.51 ve 52'yi uygulayacaktır. Bu noktada müteselsil sorumlulukta müteselsil borçlulara ait

indirim sebepleri varsa bunlar daha dış ilişkide ileri sürülebilmelidir. Zira müteselsil borçlunun tek başına sorumlu olsaydı dayanabileceği indirim sebebini başkalarıyla birlikte müteselsilen sorumlu oldu diye ileri sürememesi kanaatimizce adaletsiz sonuçlara yol açacaktır.

Müteselsil borçlunun dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürmesi kanaatimizce buna karşı olan yazarların ifade ettiği gibi müteselsil sorumluluğun alacaklının korunması amacına aykırılık teşkil etmemektedir. Zira alacaklı bireysel indirim sebebini ileri süren ve bunun sonucunda sorumluluğu azaltılan borçludan alamadığı miktarı, diğer borçlulardan daima talep edebilecektir. Dış ilişkide alacaklının tam tatmini sağlanmadığı sürece bütün müteselsil borçlular sorumlu kalmaya devam edeceği için, bu konuda alacaklı bir zarara uğratılmış olmamaktadır. Ancak indirim nedeniyle alacağını tam elde edemeyen alacaklının diğer borçlulara başvurduğunda, borçluların ödeme gücü olmadığı için kalan kısmı elde edememiş olursa, bu oranda zarara uğrayacağı doğrudur. Ama aynı durum alacaklıya tam ödemde bulunan borçlunun rücu için diğer borçlulara başvurduğunda, kendi sorumlu olduğu tutardan fazlası için elinin boş kalması bakımından da geçerli olacaktır. Bu noktada söz konusu riske alacaklının değil, borçlunun katlanması gerektiği gerekçesiyle bireysel indirim sebeplerine karşı çıkılabilir olsa da, kanaatimizce sırf bu nedenle bireysel indirim sebeplerini kabul etmemek isabetli değildir. Çünkü bu bir risktir ve bu riske daha en baştan alacaklı katlansın ya da borçlu katlansın diye bir belirlemede bulunarak bireysel indirim sebeplerine karşı çıkmak, olaya sadece alacaklının menfaatini açısından yaklaşmak olur. Oysa alacaklının elinde istediği oranda istediği borçluya başvurmak gibi bir imkan varken kanaatimizce alacaklı yeterince korunmaktadır. Bu anlamda öğretide de ifade edildiği gibi alacaklıyı hukuki paşa konumuna getiren mutlak teselsül anlayışı sadece alacaklının korunmasına

hizmet etmektedir. Bu nedenle alacaklı ve borçlular arasında bir denge sağlanmalı ve borçlular dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürebilmeli ve alacaklıda indirim nedeniyle elde edemediği kısım için diğer borçluların kişisel sorumluluk tavanları içinde onlara başvurabilmelidir.

Müteselsil borçlulukta alacaklı karşısında yer alan borçlu sayısı kadar borç ilişkisi olduğu için, dış ilişkide her bir borç bakımından zamanaşımı ayrı ayrı değerlendirilecektir. İç ilişki bakımından ise, halefiyet alacağı bakımından asıl alacağa ilişkin zamanaşımı ile birlikte alacak kazanıldığı için ayrıca bir değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır. Rücu alacağı bakımından ise, TBK ile bu konuda eBK döneminde yapılmış tartışmalara son verilmiş ve TBK md.73 ile rücu alacağına ilişkin zamanaşımı ayrıca düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümle rücu alacağı bakımdan iki ve on yıllık süreler öngörülmüştür. Kanaatimizce rücu alacağına ilişkin zamanaşımının düzenlemeye kavuşturulması isabetli olmakla birlikte, iki yıllık sürenin tazminatın tamamının ödendiği andan itibaren işlemeye başlaması isabetli olmamıştır. Zira rücu alacağı, alacaklıya kendi payından fazla ödemedede bulunulması ile doğmaktadır. Bu nedenle olması gereken bakımından iki yıllık sürenin, müteselsil borçlunun alacaklıya kendi payından fazla ödemedede bulunması ile başlamasıdır. Ayrıca TBK md.73/II hükmü ile, kendisinden talepte bulunulan borçluya bildirim külfetinin getirilmesi ve bunun ihlali halinde zamanaşımının bu bildirimin dürüstlük kuralına göre yapılması gereken tarihte başlayacağının öngörülmesi isabetli olmamıştır. Zira söz konusu hüküm bu haliyle bir çok belirsizlik içermektedir.

Zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince diğerlerine karşı da kesilmiş olacağını öngören TBK md.155/I hükmü kanaatimizce kaldırılmalıdır.

Zira söz konusu hüküm çokluk görüşüne aykırılık teşkil etmekte ve bu doğrultuda müteselsil borçlulukta her bir borçlunu diğerlerinden bağımsız olması durumu ile çelişmektedir. Bu nedenle olması gereken bakımından TBK md.155/I kaldırılmalıdır. Ancak söz konusu hüküm kaldırılincaya kadar en azından, sadece alacaklının zamanaşımını kesen işlemleri bakımından uygulama alanı bulmalıdır.

ÖZET

Esasen TBK md.162 vd. hükümlerinde düzenleme alanı bulan müteselsil borçluluk, alacaklı karşısında birden çok borçlunun yer aldığı birlikte borçluluk durumlarından birini teşkil etmektedir. Her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu olması, borçluların tam ödemeye kadar sorumlu kalması ve alacaklının dilediği borçluya başvurabilmesine ilişkin seçim hakkı, müteselsil borçluluğun karakteristik özellikleridir. Müteselsil borçluluk istisnai bir karakterde olduğu için, ya taraflarca kararlaştırılması ya da kanunen düzenlenmesi halinde söz konusu olmaktadır. Birden çok kişinin haksız fiilde bulunması halinde müteselsilen sorumlu olacaklarını öngören TBK md.61 vd. hükmü de, kanunen düzenlenmiş müteselsil borçluluk durumlarından biridir. TBK ile söz konusu hükümde önemli değişiklikler yapılmış, öğreti ve yargı kararlarınca kabul edilmiş olan eksik-tam teselsül ayrımı ile eBK md.51'de yer alan ve eksik teselsül olarak nitelendirilen durumlarda rücu ilişkisinde söz konusu olan sıralama kaldırılmıştır. Bu değişiklikle birlikte eBK döneminde söz konusu ayrıma ilişkin farklı sonuçlar da ortadan kalkmış bulunmaktadır. TBK ile müteselsil sorumluların kendi aralarında söz konusu olan rücu ilişkisinde, hangi borçlunun ne kadarlık bir pay ile sorumlu olacağı hakimın takdirine tabi tutulmuştur. Hakim takdir hakkını kullanırken tehlikenin yoğunluğu ve kusurun ağırlığı kıstaslarından yararlanacaktır. Müteselsil sorumluluk bağlamında uzun zamandır tartışmalı bir konu olan, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi ise, Tasarıda yer almasına rağmen TBK metnine alınmamıştır. Kanaatimizce her ne kadar bu husus kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmamış olsa da, buna engel bir durum mevcut değildir.

Abstract

Essentially, joint and several liability which is designated under Art. 162 of Turkish Code of Obligations (TCO), constitutes to be a kind of joint liability where a multiple number of debtors can be held liable against the creditor. The characteristic features of joint and several liability are as follows; each debtor is considered to be liable of the total amount of the debt, all the debtors remain liable until the full payment of the debt and the creditor has the option to request the payment from any of the debtors. As the joint and several liability is of an exceptional nature, it should be either agreed upon by the parties or should be specified by law. Art. 61 of TCO, which states that if two or more persons commit a tort, they all should be held liable, can demonstrate to be an example for a lawful designation of several liability. Some significant amendments have been made through TCO on the aforementioned designation, and the distinction between the incomplete succession and full succession, made by the doctrine and court decisions as well as the order stated by Former TCO Art. 51 in case of incomplete successions, have been abrogated. Due to this amendment, different consequences related to the mentioned distinction at the time of Former TCO have been abrogated as well. Within the relation to recourse between the joint and several debtors, the matter of the determination of the percentage of the liability of each debtor is left upon the discretion of the judge. The judge should be expected to consider the immensity of the danger and the severity of negligence when exercising his/her judicial discretion. Although the draft code included the matter of whether individual deduction reasons can be claimed within the external relationship, this issue is not designated under TCO. In our opinion, although this issue has not been lawfully designated, there is no obstacle for its existence.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk: "Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayırımı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s.339 vd.

Ağdağ Güney, Necla: "Bankalar Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art.759'da Yeralan Farklılaştırılmış Teselsül (Differenzierte Solidarität) Düzenlemesi ile Karşılaştırılması", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.II, İstanbul 2007, s.1207 vd.

Akıntürk, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.

Altay, Sabah: "Müteselsil Borçlulukta Rücu Hakkının Doğumundan Evvel Borçtan Kurtulma Talebi" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C.17, S.1-2, s.394 vd.

Arğılı, İslim: "Sigorta Hukukunda Halefiyet", İstanbul Barosu Dergisi 2013, C.87, S.4, s.80 vd.

Ayar, Ahmet/Engin, Hande: "Teselsülde Rücu", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s.1293 vd.

Becker, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR,

- H. Becker, Bern 1945. (*BeKomm/Becker*)
- Bentele, Florian:** Gesamtschuld und Erlass, Tübingen 2006.
- Berger, Bernhard:** Allgemeines Schuldrecht, Bern 2012.
- Bertschinger, Urs:** "Neue Entwicklungen in der Haftung der aktienrechtlichen Revisionsstelle", SZW 1999, s.78 vd.
- Binder, Andreas/ Roberto, Vito:** Art. 530-771 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Zürich 2012.
- Böckli, Peter:** Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009.
- Brehm, Roland:** Art. 41-61 OR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, , Bern 2006. (*BeKomm/Brehm*)
- Brunner, Hans Ulrich:** Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Fribourg 1991.
- Bucher, Eugen:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988.
- Buz, Vedat:** "Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu" BATİDER 2012, C.28, S.3, s.5 vd.
- Bydlinski, Peter:** §§ 414-432 BGB, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, München 2012. (*MüncKomm/Bydlinski*)
- Canbolat, Ferhat:** "Müteselsil Borcun Sona Erme Sebepleri, Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi İle Birlikte" Ankara Barosu Dergisi 2008, Yıl 66, S.3, s.68 vd.
- Canyürek, Murat:** Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003.

Casanova, Gion Christian: Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung: Die Regressregelung von Art. 51 OR, Zürich 2010.

Çamoğlu, Ersin: "Yeni Türk Ticaret Kanun'unda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s.407 vd.

Çeker, Mustafa: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011.

Däppen, Robert K: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Auflage, Basel 2011. (*BaKomm/Däppen*)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2012.

Eren, Fikret: Haftung mehrerer Schädiger für den gleichen Schaden, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Band II, Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Zürich 1981, s. 403 vd. (*Eren, Haftung*)

Ernst, Wolfgang: Solidarschuld und Verjährung, in: Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich von Roger Zäch et al., Zürich/Basel/Genf 2006, s. 175 vd.

Fellmann, Walter: Art.394-406 OR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht Band VI/2/2, Bern 1992. (*BeKomm/Fellmann*)

Fellmann, Walter: Solidarische Haftung und Verjährung des Ausgleichsanspruchs bei unechter Solidarität, in: HAVE 2002, s. 113 vd. (*Fellmann, Haftung*)

Fellmann, Walter: "Regress und Subrogation": Allgemeine Grundsätze, in: Alfred

Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungstagung 1999, St.Gallen 1999, s.1 vd.

Forstmoser, Peter: "Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SJZ 1982, s.369 vd.

Furrer, Andreas/Körner, Alexandra: Art. 198-208 OR/CO 2020, Schweizerischer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/ Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, Herausgeber: Claire Huguenin, Reto M. Hilty, Zürich/Basel/Genf 2013.

Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008. *(Gauch/Schluep/Emmenegger)*

Gautschi, Alain: Solidarschuld und Ausgleich, Zürich/St.Gallen 2009.

Giger, Hans: SVG Kommentar, Strassenverkehrsgesetz, Zürich 2008. *(SVGKomm/Giger)*

Göktürk, Kürşat/Can, Mehmet Çelebi: "Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C.II, s.2, s.247 vd.

Guhl, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 6. Auflage, bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Zürich 1972. *(Guhl/Merz/Kummer)*

Guhl, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder

und Jean Nicolas Druey, Zürich 2000. (*Guhl/Koller*)

Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979.

Gümüş, Alper: "Bir Borç İlişkisinde Müteselsil Borçlulardan Birinin İbrasının Diğer Müteselsil Borçlular Üzerindeki Etkisi", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'a Armağan, İstanbul 1999, s.311 vd.

Hablützel, Oliver: Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich/St. Gallen 2009.

Hartmann, Alfred: Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen, Bern 1942.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.

Heierli, Christian/Schnyder, Anton K.: Art. 143-150 OR, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Auflage, Basel 2011. (*BaKomm/Heierli,Schnyder*)

Heierli, Christian/Schnyder, Anton K.: Art. 41-61 OR, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Auflage, Basel 2011. (*BaKomm/Heierli,Schnyder*)

Helvacı, Mehmet: "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759.Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2001, s.219 vd.

Hoffmann Nowotny, Urs Henryk: "Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden

- Versuch einer prozessualen Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR", Vertrauen
- Vertrag - Verantwortung - Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, s.428 vd.

Hoffmann Nowotny, Urs Henryk/von der Crone, Hans Caspar: "Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.358/2005 (BGE 133 III 116) vom 12. Februar 2007 i.S. X. (Beklagter und Berufungskläger) gegen Y. (Kläger und Berufungsbeklagter)", SZW 2007, s.261 vd.

Honsell, Heinrich: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012.

Jung, Peter: "Regressprobleme bei privilegierung eines Solidarschuldners", Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par Peter Gauch et al., Zürich/Basel/Genf 2008, s.285 vd.

Kapancı, Kadir Berk: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014.

Karayalçın, Yaşar: İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ankara Barosu Dergisi 2007, Yıl 65, S.4, s.107 vd.

Karayalçın, Yaşar: "Rücu Davalarında Zamanaşımının İşlemeye Başlayacağı Tarih", Karar Tahlili "HGK 22.3.1978, E. 1976/ 9-3592, K.255", Yargıtay Dergisi 1979, C. 5, S.2, s. 373 vd. (*Karayalçın, Zamanaşımı*)

Kaser, Max/Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht, München 2014.

Keller, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, Bern 1998. (*Keller II*)

Keller, Max/ Gabi, Sonja: Das schweizerische Schuldrecht, Band II,

- Haftpflichtrecht, zweite korrigierte Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988.
- Keller, Max/Schmied-Syz, Carole:** Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen, Zürich 2001.
- Keller, Max/Schöbi, Christian:** Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, 2. unveränderte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1984.
- Kender, Rayegan:** Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2008.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** "Özel ve Sosyal Sigortalarda Rücu" AÜHFD 1974, C.31, s.1-4, s.395 vd. (*Kılıçoğlu, Sigorta*)
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979. (*Kılıçoğlu, Halefiyet*)
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** "Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler", Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, s.164 vd. (*Kılıçoğlu, Sorumluluk*)
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Kırca, Çiğdem:** "Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.641 vd.
- Kırca, Çiğdem:** "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler" Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s.23 vd. (*Kırca, Yenilikler*)
- Klett, Barbara/ Biemann, Yves:** "Die Streitverkündungsklage – Segen oder Fluch?", HAVE 2013, s.310 vd.
- Koller, Alfred:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Bern 2009.

Körner, Alexandra: Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis, Zürich/Basel/ Genf 2011.

Krauskopf, Frédéric: "Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht", Recht 2005, s.169 vd.

Krauskopf, Frédéric/Müller, Alexander: "Die Verjährung von Regressrechten im Haftpflichtund Privatversicherungsrecht", HAVE 2006, s.321 vd.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

Kurt, Leyla Müjde: "Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücu Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011 (95), s.135 vd.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldsrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München 1987.

Linder, Tatjana/von der Crone, Hans Caspar: "Die Revisionsstelle in der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung", SZW 2007, s.489 vd.

Meier, Sonja: Gesamtschulden, Tübingen 2010.

Merz, Hans: Schweizerisches Privatrecht, 6. Band, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, Einleitung § § 1-3; Entstehung, allgemeine Charakterisierung; Die Obligation § § 4-20, Basel 1984.

Nomer, Haluk N.: "Halefiyet ve Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü" İÜHFM 1997, C.LV, S.3, s.243 vd.

Nomer, Haluk N.: "Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m.73)" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof. Dr.

- Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s.249 vd. (*Nomer, Zamanaşımı*)
- Nomer, Haluk N.:** "Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s.53 vd. (*Nomer, Haksız Fiiller*)
- Odman Boztosun, N. Ayşe:** "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçinin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?", Elektronik Nehir Dergi, (<http://arslanlibilimarsivi.com/>).
- Oftinger, Karl/Stark, Emil W.:** Schweizerisches Haftpflichtrecht - Band I: Allgemeiner Teil, Zürich 1995.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012.
- Omağ, Merih Kemal:** Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 2011.
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm:** Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, 2. Auflage, Zürich 1929. (*ZüKomm/Oser,Schönenberger*)
- Pulaşlı, Hasan:** "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu", BATİDER 2009, C.XXV, S.1, s.27 vd.
- Rado, Türkan:** Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2006.
- Reichwein, Heinz:** "Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung", SJZ 1968, s.129 vd.
- Reichwein, Heinz:** "Das Verhältnis des adäquaten Kausalzusammenhanges zur Solidarhaftung bei der aktiennrechtlichen Verantwortlichkeit", SJZ 1985, s.349 vd. (*Reichwein, Kausalzusammenhang*).

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.

Rey, Heinz: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008.

Roberto, Vito: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002. (*Roberto, Haftpflichtrecht*)

Roberto, Vito: "Probleme der differenzierten Solidarität", GesKR 2006, s.29 vd.

Schaffhauser, René/Zellweger, Jakob: Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band II: Haftpflicht und Versicherung, Bern 1988.

Schnyder, Anton K./Portmann, Wolfgang/Müller Chen, Markus: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2008.

Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009.

Somer, Pervin: Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul 2008.

Strub, Yael: Der Regress des Schadenversicherers de lege lata-de lege ferenda, Zürich 2011.

Tahiroğlu, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2009.

Tekil, Fehiman: "Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.113 vd.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi: "Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I.Sempozyumu, Ankara

21-22 Ekim 1977, s.205 vd.

Tekinay, Selahattin Sulhi: "Müteselsil Borçlarda Zamanaşımının Rolü", İstanbul Barosu Dergisi 1964, C.38, S.1-4, s.168 vd. (*Tekinay, Zamanaşımı*)

Topuz, Murat: İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.

Tschäni, Rudolf: Art. 175-183 OR, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Auflage, Basel 2011. (*BaKomm/Tschäni*)

Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010, Rome 2010.

von Büren, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

von Büren, Roland/ Stoffel, Walter A./Weber, Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts, Zürich/Basel/Genf 2011.

von der Crone, Hans Caspar: "Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit", SZW 2006, s.2 vd.

von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Auflage, Zürich 1974.

Wagner, Gerhard: §§ 823–838 BGB, Münchener Kommentar zum BGB, Band 5, München 2013. (*MünchKomm/Wagner*)

Weber, Rolf H.: Art. 68-96, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband, 2. Auflage, Bern 2005. (*BeKomm/Weber*)

Weber, Stephan: Kausalität und Solidarität - Schadenszurechnung bei einer Mehrheit von tatsächlichen oder potenziellen Schädigern, in: HAVE 2010, s.115 vd.

Weber, Stephan: "Eine einheitliche Lösung für eine Mehrheit von Ersatzpflichtigen?", Liber amicorum Pierre Widmer, Wien 2003, s.341 vd. (*Weber, einheitliche Lösung*)

Weiss, Andreas W.: Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, Zürich 2011.

Widmer, Pierre/ Wessner, Pierre: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, erläuternder Bericht, Bern 2000.

Winter, Henry: Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld, Zur Konzeption der §§ 420ff. BGB, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Frankfurt am Main 1985.

Yağcıoğlu, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara 2014.

Zellweger, Hans Jakob: Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Bern 1972.