

**TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISINDA YER  
ALAN HAKSIZ FİİLLERDE TESELSÜL  
DÜZENLEMESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER**

Ar. Gör. Pelin ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN\*

**GİRİŞ**

Borçlar Kanunu sisteminde sözleşmeden doğan borçlarda olduğu gibi, haksız fiillerden doğan borçlar da öncelikle tek kişinin sorumluluğu esas alınarak düzenlenmiştir. Bununla beraber birden fazla kişinin zarardan sorumlu olması hali de unutulmamış ve Borçlar Kanunu'nun 50 ve 51. maddelerinde özel olarak bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Buna göre, bir haksız fiilden sorumlu olan birden fazla kişi ortaya çıkan zarardan müteselsilen sorumlu olacaktır. Böylece haksız fiil mağduru bu faillerden herhangi birinden zararının tamamını talep edebilecektir.

Adalet Bakanlığı'nın oluşturduğu bir komisyon tarafından hazırlanarak görüşe sunulan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da haksız fiilden birden fazla kişinin sorumlu olması halini müteselsil sorumluluk yan başlığı altında 75 ve 76. maddelerinde düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak bu düzenleme mevcut hükümlere nazaran farklılıklar içermektedir. Bu çalışmamızın esas hedefi mevcut sistemi ayrıntısıyla ele almaktan ziyade söz konusu farklılıkların ortaya konulmasıdır. Bu amaçla bir mukayese yapabilmek için, öncelikle mevcut Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumluluğun nasıl düzenlendiğini ele alacak, daha sonra da Tasarı ile getirilmek istenen hükümleri inceleme konusu yaparak konuyla ilgili düşüncelerimizi ortaya koyacağız.

**I- Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumluluğu düzenleyen hükümler**

Borçlar Kanunu'nda birden fazla kişinin haksız fiilden müteselsilen sorumluluğu iki madde ile düzenlenmiştir. Bunlar tam teselsülü düzenleyen BK md. 50 ve eksik teselsülü düzenleyen BK md. 51 hükümleridir. Esas itibarıyla doktrinde tam ve eksik teselsül ayırımının terk edilmesi gerektiği değişik gerekçeler ile ileri sürülmektedir. Bazı yazarlar<sup>1</sup> bunun sebebi olarak BK md. 51'de esasen bir teselsül halinin öngörülmemesini ileri sürerken; diğer

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Bu yazarlar için bkz. Haluk TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akıt Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961, s. 380, dph. 6.

bazı yazarlar<sup>2</sup> ise, hukuki bir sebebe ve güvenilir bir kritere dayanmayan bu ayırımın terk edilerek hem ortak kusur hem de bağımsız kusur hallerine teselsül hükümlerinin aynı şekilde uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

## 1. Haksız fiilden sorumlulukta tam teselsül (BK md. 50)

### a. Dış İlişki

Birden fazla kişinin 50. madde hükmüne göre sorumlu olması için bir haksız fiili *birlikte* işlemiş olmaları gerekmektedir. Burada kullanılan "*birlikte*" ifadesinin ne anlama geldiği doktrinde çeşitli şekillerde açıklanmaktadır. Bir görüşe göre burada faillerin *aynı hukuki sebepten* dolayı sorumlu olması aranmaktadır<sup>3</sup>.

Bazı yazarlar ise mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metnini esas alarak bu kişilerin *ortak kusurla* hareket etmiş olmaları gerektiğini söylemektedir<sup>4</sup>. Ortak kusurdan ne anlaşılması gerektiği de yine tartışmalı bir konudur. Bu konuda ortaya atılan ve failer arasında kasıt birliği arayan görüş, maddenin uygulama alanını daralttığı; failerin birbirinden habersiz bile olsalar sorumlu olacaklarını belirten objektif iştirak görüşü ise, bu alanı fazlasıyla genişlettiği için eleştiri almıştır<sup>5</sup>. İkisini uzlaştıran karma bir görüş bugün genellikle kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Buna göre, faillerin en geç fiil işlendiği sırada birbirlerinden haberdar olmaları bunların tam teselsül halinde sorumlu tutulmaları için yeterli olacak ve failer ihmal dere-

<sup>2</sup> Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (*Borçlar Genel* olarak kullanılacaktır), Gözden geçirilmiş sekizinci bası, İstanbul 2003, s. 777. Yazar müteselsil sorumluluk terimini davaların yarışması anlamında kullandığını belirtmektedir. Ayrıca Henri DESCHE-NAUX/Pierre TERCIER, Sorumluluk Hukuku, Salim Özdemir çevirisi, Ankara 1983, s. 238'de yazarlar sistemin bütünlüğünü korumak amacıyla davaların yarışması ilkesini genelleştirmek gerektiğinden bahsetmektedirler. Von TUHR ise, iki kimsenin aynı zarardan mesul olduğu bütün hallerde tam teselsülü kabul etmenin tereddütleri ortadan kaldıracığı görüşünü savunmaktadır, bkz. Andreas von TUHR Borçlar Hukuku, Cevat Edege çevirisi, Ankara 1983, s. 409.

<sup>3</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 778. Yazar aynı sebepten "aynı tür sebebin" anlaşılması gerektiğini ve bunun da kusur, sözleşme ve kanun olarak üçe ayrılacağını söylemektedir.

<sup>4</sup> TANDOĞAN, s. 368; Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş dördüncü bası, İstanbul 2005, s. 705; Pierre ENGEL, *Traité des Obligations en droit suisse*, 2<sup>e</sup> édition, Berne 1997, s. 563.

<sup>5</sup> Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, s. 368 vd.; Fikret EREN, Haftung mehrerer Schädiger für den gleichen Schaden, in *Die Verantwortlichkeit im Recht*, II, Zurich 1982, s. 407 vd. (naklen EREN, Borçlar Genel, s. 778 dpn. 13).

<sup>6</sup> TANDOĞAN, s. 370; OĞUZMAN/ÖZ, s. 677; EREN, Borçlar Genel, s. 778; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş yedinci bası, İstanbul 1993, s. 697.

cesinde kusurlu olsalar dahi sorumluluk gerçekleşecektir<sup>7</sup>. Esasen BK md. 41'de öngörülen haksız fiil sorumluluğu için ihmal derecesinde bir kusur yeterli olduğuna göre, failer arasındaki ortak kusurun kasıt derecesinde olmasını aramanın gereği de yoktur. Birbirinden tamamen habersiz olarak hareket eden kişiler arasında ise tam teselsül oluşmayacaktır<sup>8</sup>.

Haksız fiili birlikte işleyen kimselerin asıl fail, yardımcı (fer'an medhali olan) fail ve teşvik eden (müşevvik) gibi değişik sıfatlar almaları mümkündür. Ancak bu madde hükmüne göre, bu sıfatların sorumluluğun derecesi açısından bir önemi yoktur. Asıl fail ile onu haksız fiili ika etmeye teşvik eden kimse ya da fiilin işlenmesini kolaylaştırarak yardımcı olan kimse aynı derecede ve müteselsilen sorumlu olurlar.

Asıl fail, zararı kendi hareketiyle bizzat meydana getiren kişi; müşevvik, asıl failin haksız fiili işlemesi için onu cesaretlendiren, bu fikrin onun hayatında canlanmasına neden olan kimsedir<sup>9</sup>. Yardımcı ise asıl failin haksız fiili işlemesi için ona kolaylık sağlayan bir kişidir. Bu kişi haksız fiil işlendiği sırada fizik gücüyle yardımda bulunabileceği gibi, haksız fiilin planlanması aşamasında gerekli aletleri sağlamak suretiyle de işe karışmış olabilir. Buna göre adam öldürmesi için asıl faile silah sağlayan bir kişi gibi, soygun sırasında ağır bir kasanın taşınmasına yardım eden kişi de yardımcı fail olarak nitelendirilecektir.

BK md. 50/1'de zikredilen failer dışında, aynı maddenin ikinci fıkrasında bir de yataklık edenin sorumluluğu düzenlenmiştir. Yataklık eden esas olarak haksız fiil faili değildir, çünkü olaya karışması ancak fiilin sona ermesiyle gerçekleşmektedir<sup>10</sup>. Onun sorumluluğu haksız fiil sonucunda elde edilen kârdan bir hisse alması ya da onun katılmasıyla bir zarar meydana gelmesi

<sup>7</sup> TANDOĞAN, s. 370; OĞUZMAN/ÖZ, s. 705; EREN, Borçlar Genel, s. 779; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 697.

<sup>8</sup> TANDOĞAN, s. 371; OĞUZMAN/ÖZ, s. 706; Turgut AKINTÜRK, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 128; EREN, Borçlar Genel, s. 780; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 697; Yargıtay da tam teselsül hali için failer arasında önceden bir anlaşma olmasını aramaktadır: "...Bunlar kusurlu haksız eylemleri akta ve kanuna aykırı davranışları konusunda önceden anlaşmış ve bilerek ve isteyerek hareket etmiş degillerdir. Hareketleri ihmali niteliktedir. Birbirlerinin eylemlerinden haberdar degillerdir. Bu nedenle olayda Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde düzenlenen birden fazla şahsın müsterek kusurlarıyla bir zarara yol açmaları, diğer bir deyimle tam teselsül hali yoktur. Aksine bu gibi hallerde BK'nın m. 51'de görülen eksik teselsül hali söz konusudur ve bu yön Hukuk Genel Kurulu'nun 29.4.1983 t. ve 2264/444 sayılı kararında da vurgulanmıştır." Yargı HGK 7.3.1986, E. 1984/10-250 K. 1986/205 (Yargıtay kararları için ayrıca belirtilmedikçe bkz. www.kazanci.com.tr).

<sup>9</sup> TANDOĞAN, s. 373.

<sup>10</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 700.

halinde ortaya çıkacaktır<sup>11</sup>. Bu şartlardan biri gerçekleşmeden yataklık etmek başlı başına bir haksız fiil oluşturmaz. Bu sebeple bir katili evinde saklamak, ceza hukukundaki esaslardan farklı olarak, yataklık teşkil etmez<sup>12</sup>. Asıl, fer'i, müşevvik fail ve yataklık eden kişi gibi tanımlamalar için borçlar hukukunda kabul edilen esaslar ceza hukukundan farklıdır ve hâkim faillerin sıfatlarını ve sorumluluklarını değerlendirirken ceza hukukundaki esaslarla bağlı değildir<sup>13</sup>.

### b. İç İlişki

Her ne kadar bu kişiler arasında, BK md. 141/2'de belirtildiği şekilde kanun tarafından öngörülen bir müteselsil borçluluk ilişkisi doğmuş olsa da, failer arasındaki iç ilişki açısından müteselsil borçlulukla ilgili hükümlerin uygulanışında bu hükümlere nazaran bir farklılık oluşmaktadır. Gerçekten de BK md. 141 vd. hükümleri kapsamında bir müteselsil borçluluk ilişkisi oluşturulduğunda, aksi anlaşılmadıkça müteselsil borçlulardan her birinin eşit birer hisseden sorumlu olacağı BK md. 146/1'de belirtilmiştir. Oysa haksız fiilde failerin sorumlu olduğu zarar bölünemediğinden ve her birinin bu zarara sebebiyet verme dereceleri de çoğunlukla aynı olmayacağından rücu ilişkisiyle ilgili olarak farklı bir esas benimsenmesi gerekmiştir<sup>14</sup>.

Buna göre BK md. 50/1 c.2 hükmünce hâkim, failerin birbirlerine rücu hakları olup olmadığını ve varsa bu hakkın içeriğini takdir edecektir. Böylece hâkim, takdir yetkisini hem rücu imkânının varlığı hem de kapsamı açısından kullanacaktır. Bir olayda rücu etme imkânını tanıyabilecek ve bu kapsamda hangi failin, ne kadar bir miktar için, kime rücu edebileceğini hükme bağlayacak olan hâkim; bir başka durumda zararın tamamını karşılayan failin diğerlerine hiç rücu edemeyeceği yönünde karar verebilecektir.

BK md. 147'de rücu imkânından yararlanan borçlunun ifa ettiği borç nisbetinde alacaklının haklarına halef olacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun koyucu, haksız fiillerin niteliği icabı, rücu imkânı konusunda bahsedildiği şekilde farklı bir yol izlediğine göre, acaba rücu imkânından faydalanan bir failin diğer failere karşı alacaklıya halef olması durumu da kabul edile-

<sup>11</sup> Bkz. aynı yönde Yarg. 4. HD. 21.11.1978, E. 1978/1304 K. 1978/12911.

<sup>12</sup> von TUHR, s. 409; TANDOĞAN, s. 374; OĞUZMAN/ÖZ, s. 705; EREN, Borçlar Genel, s. 781; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 700.

<sup>13</sup> TANDOĞAN, s. 374; ENGEL, s. 562; Yarg. HGK 10.1.1975, E.1971/406 K.1975/1.

<sup>14</sup> Zararın bölünememesi ile ilgili bkz. TANDOĞAN, s. 375; EREN, Borçlar Genel, s. 777; Yarg. 3 HD, 28.6.2004, E.2004/4484 K.2004/5158 kararında müteselsil borçlulardan her birinin eşit pay almak zorunda olduğu ancak haksız fiil ve KTK kapsamına giren birden fazla kişinin sorumluluğu hallerinde özel hüküm gereği bu kuralın uygulanamayacağı belirtilmiştir.

bilecek midir? Doktrinde bu soru hiç tartışılmadan olumlu yanıtlanmakta ve rüçü imkânından faydalanan bir failin, diğer faillere karşı alacaklının haklarına halef olacağı kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Bu görüşün sonucu olarak da, örneğin bir kişiyi diğerini dövmesi için teşvik eden bir kimse, dayak yiyenin zararını tazmin ettikten sonra, hâkimin rüçü imkânını kabul etmesiyle birlikte, payından fazla yapmış olduğu ödemeyi kendi teşviki sonucu dayak yiyen kişiye halef olarak, yine bu fiili kendi teşviki sonucu gerçekleştiren kişiden talep edebilecektir. Böylece kendi alacağı için mağdurun sahip olduğu teminatlardan faydalanması imkânı da hâsil olacaktır. Bu çözüm pek adil gözükme de, kanunkoyucu rüçü imkânında olduğu gibi farklı bir yolu tercih ettiğini açıkça belirtmediğine göre halefietin doğduğu kabul edilecektir.

BK md. 50 kapsamında düzenlenen teselsül halinin 141 vd. maddelerde düzenlenen teselsül hükümlerinden diğer bir farkı da, faillerin kişisel savunma imkânlarını tazminat talep eden mağdura karşı ileri sürememeleridir. Ancak bu husus doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bazı yazarlar<sup>16</sup> burada da bir fark gözetmeden kişisel savunmaların (defilerin) ileri sürülebileceğini söylemektedirler. Buna karşın, burada borcun tekliği prensibinin kabul edildiği görüşünde olan yazarlarsa bu defilerin dış ilişkide kullanılmasına imkân tanımamakta ve mağdura karşı ancak ortak savunmaların ileri sürülebileceğini belirtmektedir<sup>17</sup>. Gerçekten de bu maddede tam teselsül hali açık bir şekilde öngörülmüş ve böylelikle mağdurun korunması amaçlanmıştır<sup>18</sup>. Bu nedenle faillerden biri hafif kusurlu olsa dahi zararın tamamını karşılamakla yükümlü olacak ve BK md. 43/1 gereği tazminatın kendi açısından tenkisini talep edemeyecektir. Bunun gibi yine BK md. 44/2'de yer alan borçlunun müzayakaya düşeceği savunması da mağdura karşı ileri sürülemez<sup>19</sup>. Bu gibi durumlar ancak hâkim tarafından fa-

<sup>15</sup> Ahmet KILIÇOĞLU, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiet, Ankara 1979, s. 71; von TUHR, s. 411; TANDOĞAN, s. 384; ENGEL, s. 568.

<sup>16</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 785 ve dpn. 32'de anılan diğer yazarlar.

<sup>17</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.708 ve dpn. 26'da anılan diğer yazarlar; Aynı yönde Yarg. 4. HD, 21.11.1974, E. 1974/8361 K. 1974/16061.

<sup>18</sup> Bu görüşte Emil W. Stark (naklen Selahattin Sulhi TEKİNAY, Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 208. Atıf yapılan eser belirtilmemiştir.); AKINTÜRK de alacaklının istediği borçluya müracaat edebilmesinde bir teminat işlevi görmektedir, bkz. s. 153; TANDOĞAN, s. 368; EREN, Borçlar Genel, s. 783; ENGEL, 561; aynı yönde Yaşar KARAYALÇIN, İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s. 654; Yarg HGK 7.3.1986, E. 1984/10-250 K. 1986/205 karşı oy yazısında "Teselsül hükümleri gereğince sorumluluk getirilmesindeki amacın alacaklıyı korumak olduğu konusunda şüphe edilmemelidir." demek suretiyle bu husus belirtilmiştir. Aynı şekilde Federal Mahkeme de kararlarında teselsül esasının mağduru korumaya yönelik bir amaç taşıdığını ifade etmektedir. Bu kararlara örnek olarak bkz. ATF 117 II 50, ATF 93 II 329, ATF 89 II 118.

<sup>19</sup> ENGEL, s. 562; aksi yönde EREN, Borçlar Genel, s. 784.

iller arasındaki iç ilişkide nazara alınacaktır, aksi halde mağdurun korunması amacıyla sapılmış olacaktır. Belirtmek gerekir ki, bu tip bir uygulamanın hakkaniyete uygun olmadığı yönünde görüşler de mevcuttur<sup>20</sup>. Buna göre failin sırf başkalarıyla beraber sorumlu olduğu için tek başına yararlanabileceği bir imkândan mahrum kalması ve daha ağır bir hukuki duruma düşürülmesi adaletsizlik yaratmakta ve rücu ilişkisi çerçevesinde durumun hâkim tarafından nazara alınması da bu adaletsizliği gidermeye yetmemektedir.

## 2. Haksız fiilden sorumlulukta eksik teselsül (BK md. 51)

### a. Dış ilişki

BK md. 51 birden fazla kimsenin bir haksız fiili birlikte ika etmemekle birlikte, bu fiilden farklı hukuki sebeplerle sorumlu olmaları durumunu düzenlemektedir. Yanında adam çalıştıran kişinin BK md. 55 veya 100, kusuruyla zarara sebep olan müstahdemin ise BK md. 41 gereğince sorumlu olması halinde olduğu gibi; mağdur zararını adam çalıştırandan talep edebileceği gibi, müstahdemin kendisinden de farklı hukuki sebeplere dayanarak talep edebilecektir. Burada taleplerin yarışması (hakların telâhuku) söz konusudur<sup>21</sup>. Bu kişilerin sorumlulukları ile ilgili olarak BK md. 51'de "... birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur." demek suretiyle BK md. 50 hükmüne atıf yapılmaktadır<sup>22</sup>. Dolayısıyla her ne kadar sorumluluklar farklı hukuki sebeplere dayansa da, bu kişiler de zarar görene karşı teselsül halinde olacaklar, ancak bu teselsül BK md. 141 vd. hükümlerine göre bazı farklılıklar arz edecektir. Bu nedenle de *eksik teselsül* olarak nitelendirilmektedir.

<sup>20</sup> Bu görüşler ilk olarak Oftinger tarafından ileri sürülmüştür, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. baskı 1940, s. 198, 252-3, 254, 261-265, 276-277 vd. (naklen KARAYALÇIN, s. 656); aynı yönde bkz. TEKİNAY, s. 209 ve s. 212; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 701 vd.; EREN, Borçlar Genel, s. 786.

<sup>21</sup> Von TUHR, s. 409; TANDOĞAN, s. 380; KARAYALÇIN, s. 660; ENGEL, s. 561; Metin GÜRKANLAR, Bir zarara birlikte neden olan birden çok kişinin sorumluluğu (BK md. 50), Gazi Üniversitesi Yayınları No:1, 1982; s. 4.

<sup>22</sup> Türk Borçlar Kanunu m. 51/1'de, İsviçre Borçlar Kanunu m. 50'deki rücu hakkındaki hükümlerin kıyasen "par analogie" uygulanacağını yer almaması nedeniyle sorunlar oluşmuştur, bkz. KARAYALÇIN, s. 661; aynı şekilde İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metnini esas alarak, bu atfın sorumluların birbirlerine rücu hakkı bakımından kıyasen BK md. 50'nin uygulanmasına ilişkin olduğu konusunda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 710; ENGEL, s. 565; ayrıca bkz. AKINTÜRK, s. 130 vd.; TANDOĞAN s. 385 dipnot 21'de anılan yazarlar ise BK md. 51'in mehzaz kanundan farklı düzenlenmiş olması ve yapılan atfın sadece rücu bakımından değil, genel olarak yapılmış bir atıf olması dolayısıyla bu görüşe karşı çıkmaktadırlar.

Bu hüküm gereğince de mağdur, uğramış olduğu haksız fiil karşısında zararının tamamını sorumlulardan herhangi birine başvurarak talep edebilecektir. Tazminatı ödeyen kişi ise diğer sorumluları, ödemesi oranında borçtan kurtarmış olacak ve imkân halinde bunlara karşı rücu hakkını kullanacaktır. Ancak tam teselsülden farklı olarak, lehine tenkis sebebi mevcut olan bir şahıs tazminatın tenkis edilmiş miktarı ile sorumlu olacaktır. Böylece örneğin, hafif ihmaliyle bir zarara sebebiyet veren müstahdem, onu yanında çalıştıran ve bu nedenle kusursuz olarak zarardan sorumlu olan kişiye nazaran daha az bir miktar tazminat ödemekle yükümlü tutulabilecektir. Bu halde lehine tenkis sebebi mevcut olan bu şahsın müteselsilen sorumlu olduğu miktar, tazminatın tenkis edildiği miktar kadar olacaktır<sup>23</sup>. Bunun yanı sıra borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğerlerine etki etmeyecektir<sup>24</sup>. Hâkim tarafından rücu imkânı tanınmış olsa dahi, bu imkândan yararlanan kişi, tam teselsülün aksine BK md. 147'de yer alan halefiyetten faydalanamayacaktır<sup>25</sup>. Buna bağlı olarak, mağdur borçlulardan birini ibra etse ve böylece bir teminatı ortadan kaldırsa dahi, bu diğer borçlulardan alacağın tamamını talep etmesine engel teşkil etmeyecektir<sup>26</sup>. Halbuki tam teselsül halinde borçlulardan birini ibra eden mağdur, diğer borçluların rücu hakkını tehlikeye düşürdüğü oranda buna şahsen katlanmak zorunda kalacaktır<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> TANDOĞAN, s. 382; OĞUZMAN/ÖZ, s. 684; DESCHENAUX/TERCIER, s. 242.

<sup>24</sup> Yarg. 4. HD, 21.11.1974, E. 1974/8361 K. 1974/16061; Yarg. 10. HD 11.6.1980, E. 1980/3867 K. 1980/4279; Yarg. HGK 7.3.1986 E. 1984/10-250 K. 1986/205; Farklı yönde kararlar için bkz. AKINTÜRK, s. 137 dpn. 87. Tam teselsül halinde borcun tekliği prensibi gereğince, borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğerlerine karşı da kesilmesi sonucunu doğurur. Eksik teselsüldeki bu durum ise borçların çokluğu prensibiyle bağdaşmaktadır bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.711, 840; AKINTÜRK, s. 137. Karş. EREN, Borçlar Genel, s. 787; Ayrıca tam teselsül – eksik teselsül ayrımı yapmadan her türlü müteselsül borçta, borçlulardan birinin zamanaşımı definden diğerlerinin yararlanamayacağı görüşü için bkz. TANDOĞAN, s. 383 dpn. 16'da anılan yazarlar.

<sup>25</sup> Von TUHR burada esas olarak bir teselsül hali değil sadece bir borç telahuku olması sebebiyle halefiyet olamayacağını söylemektedir, s. 411; aynı yönde TANDOĞAN, s. 384; ENGEL, 568; ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 391'de anılan diğer yazarlar. Aksi görüşte EREN, Borçlar Genel, s. 791; KILIÇOĞLU, s. 71. Yazarlar burada da tam teselsül halinde olduğu gibi halefiyetin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler.

<sup>26</sup> TANDOĞAN, s. 384; AKINTÜRK, s. 138. Yargıtay da eksik teselsül halinde kurtuluş sebeplerinin şahsi olduğunu belirterek faillerden sadece birinin mağdur tarafından ibra edilebileceğini ve bu ibranın diğer failleri etkilemeyeceğini kabul etmiştir: Yarg. 14. HD 27.4.1987, E. 1987/2240 K. 1987/3203.

<sup>27</sup> BK md. 147/2'nin bu açıdan uygulanmasıyla ilgili açıklama için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 858; ayrıca AKINTÜRK, s. 160.

### b. İç ilişki

Yukarıda belirtildiği gibi bu madde hükmü gereğince de borçlular arasında rücu imkânı, maddenin ilk fıkrasında BK md. 50'ye yapılan atıfla tanınmıştır. Şu halde hâkim takdir yetkisini kullanarak, önüne gelen olayda tazminatı ödemiş olan borçlunun rücu hakkı olup olmadığını tayin ettikten sonra bunun kapsamını da belirleyecektir.

Ancak maddenin ikinci fıkrasında, hâkime bu yetkisini kullanırken yol gösterici mahiyette olmak üzere, bir rücu sırası belirlenmiştir. Buna göre zarara haksız fiiliyle bizzat sebep olan kişi zarardan nihai olarak sorumlu olacaktır. Bir başka deyişle zarardan bir sözleşme sebebiyle ya da bir kusursuz sorumluluk sebebiyle sorumlu olan kişiler, haksız fiiliyle zarara yol açana rücu edebilecek; buna karşın kusursuz sorumlu olan kişiye karşı diğerlerinin rücu etme imkânı olmayacaktır. Belirtildiği gibi hükümde bu şekilde bir sıranın düzenlenmiş olması emredici nitelikte değildir<sup>28</sup>, yalnızca hâkime takdir yetkisini kullanırken yol gösterme amacı taşımaktadır. Hâkim dilerse bundan farklı bir yol da izleyebilecektir, ancak bunun için sağlam gerekçelerinin bulunması gerekmektedir<sup>29</sup>. Esasen bu sıralama hukuk mantığına ve adalete de uygundur. BK md. 41 gereği sorumlu olan kişinin fiili hukuk düzenine aykırı ve onun tarafından kınanan bir fiildir. Oysa, haksız fiilden bir kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olan kişinin bu yönde iradi bir fiili yoktur, onun sorumluluğu kanundan kaynaklanmaktadır. Sözleşme ilişkisi sebebiyle sorumlu olan kişinin fiili de esasen iradi olarak nitelendirilebilir, ancak bu fiil hukuk düzeni tarafından genel davranış kurallarına aykırı bir fiilde olduğu kadar ağır şekilde kınanmamaktadır. Bu nedenle zarardan sözleşme sebebiyle sorumlu tutulan kişi, haksız fiili ile zararı meydana getiren kişiye rücu edebilecektir<sup>30</sup>.

## II- Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda müteselsil sorumluluğun düzenlenmesi

Haksız fiilden birden fazla kişinin sorumlu olması hali Tasarı'nın 75 ve 76. maddelerinde müteselsil sorumluluk yan başlığı altında düzenlenmiştir.

Tasarı önce 75. maddesinin ilk fıkrasında "*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uy-*

28 TANDOĞAN, s. 389; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 711; ENGEL, s. 568.

29 Federal Mahkeme de hâkimin bu sıralamadan ayrılmasında büyük ihtiyat göstermesi gerektiğini belirtmektedir ATF 76 II 387.

30 TANDOĞAN, s. 389.



*gulanır” ve ikinci fıkrasında “Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlıdır.” demek suretiyle dış ilişkiyi düzenlemektedir.*

Tasarı 76. maddesinde ise iç ilişkiyi düzenlemiştir. 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.*

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

### 1. Dış ilişki (Tasarı md. 75)

Bu maddenin ilk fıkrasında getirilen düzenlemeyle Borçlar Kanunu'nda yer alan tam ve eksik teselsül ayırımı kaldırılarak her iki halin de müteselsil sorumluluk hükümlerine tabi olacağı belirtilmektedir. Böylece birden fazla kişi ortak kusurla veya farklı hukuki sebeplere dayanarak bir haksız fiil ika ettiğinde tabi olacağı esas farklılık göstermeyecektir. Müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uyarınca borçların çokluğu prensibi kabul edilmiş olacak ve böylece her müteselsil borçlunun dış ilişkide ortak defilerin yanı sıra kişisel defileri de mağdura karşı ileri sürebilme; payından fazlasını ödemediği takdirde, yaptığı ödeme oranında diğerlerine rücu etme ve yine bu oranda alacaklının haklarına halef olma gibi hakları ortaya çıkacaktır. Buna paralel olarak hâkimin rücu hakkının varlığı konusunda mevcut takdir yetkisi de kaldırılmıştır. Böylece rücu imkânı her durumda kabul edilmiş olmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise bir kişinin müteselsil sorumluluk miktarının, bu kişi tek başına sorumlu olsaydı yükümlü tutulacak olduğu miktarla sınırlandığı görülmektedir. Buna göre, zarar gören zararın tamamını sorumluların her birinden isteyebilecektir. Ancak bu durum müteselsil sorumluyu haksız fiili tek başına ika etmiş olması ihtimalinden daha kötü bir durumda bırakmamalıdır. Böylece yukarıda eksik teselsül hali için açıkladığımız, bir kişiye ait tenkis sebebinin dış ilişkide mağdura karşı da ileri sürülebilmesi imkânı, tüm teselsül halleri için kabul edilmiş olmaktadır.

Bunun yanı sıra BK md. 50'de yer alan asıl fail, yardımcı ve teşvik eden kavramları bunların ceza hukuku kavramları olduğu gerekçesiyle; yataklık eden kavramı da yeni düzenleme karşısında gereksiz bulunarak Tasarı kapsamına alınmamıştır.

## 2. İç ilişki (Tasarı md. 76)

Müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen bu maddenin ilk fıkrasında hâkimin tazminatı paylaştırırken (rücû oranlarını belirlerken) bütün durum ve koşulları değerlendireceği belirtilmiştir. Hâkim özellikle her bir sorumlunun kusurunun ağırlığı ve yarattığı tehlikenin yoğunluğunu da göz önünde tutacaktır.

Bir önceki madde hükmüne uygun olarak burada hâkimin takdir yetkisi sadece rücû hakkının kapsamıyla ilgilidir. Nitekim maddenin ikinci fıkrasında payından fazla ödemede bulunan kişinin diğer sorumlulara rücû edebilme imkânı hâkimin takdir yetkisinden bağımsız olarak kabul edilirken, aynı zamanda bu kişinin zarar görenin haklarına halef olacağı da açıkça ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi bu madde kapsamında hem her durumda rücû imkânı kabul edilmiş, hem de birden fazla kimsenin haksız fiilden muhtelif sebeplerle sorumlu olması halinde BK md. 51'de yer alan rücû sırası gözetilmemiştir.

## III- Yeni düzenlemeyle ilgili düşünceler

Tasarıda düzenlendiği şekliyle haksız fiillerde teselsül ile sözleşmeye dayanan müteselsil borçluluk ilişkisi arasında çok büyük paralellik kurulmuştur. Bu durum 75. maddede "...haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır." demek suretiyle de ortaya konmuştur. Böylece, yukarıda da ele alınan, doktrindeki bazı görüşler paralelinde teselsül hali bir bütün olarak değerlendirilmiş ve aynı hükümlere tabi tutulmuş olmaktadır.

BK m. 50/1 hükmünde yer alan "*müşevvik ile asıl fail ve fer'an medhali olanlar, tefrik edilmeksizin*" şeklindeki ibarenin Tasarı'da yer almaması, bu kişiler arasında sorumlulukların derecesi açısından bir ayırım yapılmadığı için pek mühim sayılmayabilir, ancak bunun gerekçesi olarak bu kavramların ceza hukuku kavramlarını içerdiğinin ileri sürülmüş olması yerinde olmamıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi ceza hukukunda benzer kavramlar yer almaktadır, fakat bunlar hem içerik olarak hem de sorumluluk açısından farklı esaslara göre değerlendirilmektedir ve hukuk hâkimi de bu esaslarla bağılı değildir<sup>31</sup>.

Bununla birlikte BK m. 50/2'de düzenlenen yataklık eden kişinin sorumluluğunun Tasarı'da yer almaması daha önemlidir. Bu maddede geçen "*yataklık eden*" kavramı da yine ceza hukukundan farklıdır. Borçlar Kanunu anla-

<sup>31</sup> Bkz. dipnot 13'de anılan yazarlar ve Yargıtay kararı.

mında yataklık, kişiye değil eşyaya yöneliktir<sup>32</sup>. Bir başka deyişle çalıntı malı değil, hırsız saklayan kimse sorumlu tutulmaz ancak bu durum cezai sorumluluğunu doğurabilir. Çalıntı malı da sadece saklamakla yetinir ve bundan dolayı bir kâr elde etmez veya malı hasara uğratmazsa yine hiçbir sorumluluğu doğmaz. Yataklık edenin hukuki bir sorumluluğu olup olmadığının belirlenmesi için bir düzenleme gereksiz olmadığı gibi, aksine böyle bir düzenleme getirilmesinin, anılan sebepler dolayısıyla, oldukça önemli olduğu görülmektedir. Tasarı'nın düzenlemesine göre ise yataklık eden kişinin akıbeti belirsizdir. Bu kişinin haksız fiilin oluşumunda bir rol oynamadığı düşünülürse, herhalde diğer sorumlularla aynı şekilde bir değerlendirmeye tabi tutulmaması, başka bir deyişle onlarla birlikte müteselsilen sorumlu olmaması gereklidir. Bununla birlikte hiçbir sorumluluğunun olmaması da hakkaniyete uymayan sonuçlar meydana getirebilir. Kanun koyucu tarafından bu durumun açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır.

Bir başka yenilik, ikinci fıkrada müteselsil sorumlulardan her birinin kendi sorumluluğunu azaltacak nedenleri dış ilişkide de ileri sürebilmesi imkânının getirilmiş olmasıdır. Tasarı'yla getirilen bu düzenleme karşısında mevcut tartışmalar sona erdirilmekte ve kanun koyucu bu konuda her bir sorumluya ait kişisel savunma imkânlarının mağdura karşı da ileri sürülebileceği görüşünü benimsemiş olmaktadır. Bu durum ise, özellikle faillerin ortak kusurla ve birlikte hareket ederek bir haksız fiil işlemleri halinde mağduru koruyan yaklaşıma ters düşmektedir. Dış ilişkide mağdura karşı bu failler bir bütün arz etmektedir. Bunlardan birinin fiilinin bütünden çıkartılması sonucunda belki de haksız fiil hiç oluşmayacaktır. Dışarıya karşı böyle bir görüntü arz eden kişilerin ancak bu bütünlükle ilgili savunmaları ortak defiler olarak ileri sürebilmeleri gereklidir. Ortak defiler mağdurun durum ve davranışına ilişkin, herkes tarafından kullanılabilen savunma imkanlarıdır<sup>33</sup>. Buna göre faillerin, örneğin mağdurun rızası olduğu yahut müterafik kusuru olduğu yönünde savunmaları yapmaları mümkünken, içlerinden birinin ödeme gücüyle ilgili bir savunmanın dış ilişkide ileri sürülememesi gerekmektedir. Böyle bir olumsuz duruma katlanması gereken kişi mağdur değil, ihmâl derecesinde de olsa bir haksız fiil ika eden şahıstır. Bu nedenlerle getirilen düzenlemenin isabeti ile ilgili düşünceleri paylaşmamaktayız.

Sorumlular arasındaki iç ilişkiyle ilgili olarak mevcut düzenlemenin aksine rüçü imkânı konusunda hâkimin takdir yetkisinin kaldırılması ve her durumda rüçü imkânı olacağı kabul edilmesi de Tasarı'nın getirdiği bir yenilik olarak göze çarpmaktadır. Ancak 76. maddenin gerekçesinde birinci

32 Bkz. dipnot 10 vd. yer alan yazarlar.

33 --EREN, Borçlar Genel, s. 784.

fıkroda "tazminatın nasıl ve hangi esaslara göre paylaştırılacağı, müteselsil sorumluların birbirlerine ne zaman ve hangi oranda başvurma hakkına sahip olacakları"nın düzenlendiği belirtilse de, madde metninde bu soruların cevapları açık bir şekilde yer almamaktadır. Bu fıkroda sadece "bütün durum ve koşullar"ın özellikle de "onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu"nın göz önünde tutulacağı belirtilmiştir. Bu maddenin uygulanması söz konusu olduğunda, hâkimin "durum ve koşulları değerlendirmesi" kapsamında tarafların kusuruna göre rüçü sırasını da belirleyebileceği söylenebilecektir. Buna göre, mevcut düzenlemedeki gibi öncelikle zarara kusuruyla sebep olan kişi, son planda da zarardan kusursuz olarak sorumlu olan kişi tazminat yükünü taşımalıdır. Lâfzen açık olmasa da, madde gerekçesindeki ifadeler bu şekilde yapılacak bir yorumun yanlış olmayacağı izlenimini uyandırmaktadır.

Bununla beraber, maddenin ikinci fıkrasına bakıldığında sorumlular arasında böyle bir ayırım gözetilmediği ortaya çıkmaktadır. Bu fıkranın düzenlenmesine göre, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödeme oranında diğer müteselsil sorumlulara karşı rüçü hakkına sahip kılınmakta ve ayrıca zarar görenin haklarına da halef olacağı belirtilmektedir. Başka bir deyişle bu fıkranın ifadesine göre, tazminatı ödeyen kişinin kusur durumu önem taşımamaktadır. Rüçü hakkının varlığı hususunda hâkimin takdir yetkisi de kaldırılmış olduğuna göre, zararın doğmasına kendi kusuruyla sebep olmuş bir sorumlu da, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödemediği takdirde, örneğin bir kusursuz sorumluluk haliyle zarardan sorumlu olan bir başka müteselsil sorumluya rüçü edebilecek, hatta daha da ötesinde bu fazla ödeme oranında zarar görenin haklarına halef olacak ve bu durumda mevcut teminatlardan yararlanabilecektir. Bir sözleşme ilişkisi kapsamında müteselsil borçlu olan kişinin diğer borçlulara bu şekilde başvurabilmesi ve alacaklının haklarına halef olarak rüçü hakkını verilmiş bulunan teminatlarla güvence altına alması düşünülebilse de; kendi kusuruyla bir haksız fiil işlemiş ve bunun sonucunda bir zarara sebep olmuş bir kişinin, bu zarardan "nihai ve kat'i surette"<sup>34</sup> sorumlu olması gerekirken, aynı zarardan kanun ya da sözleşme gereği sorumlu olan kişilere rüçü edebilmesi adilâne gözükmemektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyle elde etmeyi amaçladığı çözüm de bu olmasa gerektir. Yorum yoluyla bu tip sakıncalı bir sonucun doğmasının engelleneceği ileri sürülebilir olsa da kanun hükmünün açık ifadesi karşısında buna imkân kalmamaktadır. Yeni yapılan bir kanunda bu tip arzulanmayan sonuçları engelleyecek daha net ifadelerin kullanılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

34 Von TUHR, s. 411.

## SONUÇ

Görüldüğü gibi, birden fazla kişinin haksız fiilden sorumlu olması hususunun tek bir kalem altında incelenmesi doğru değildir. Birlikte hareket eden ve ortak kusurla bir haksız fiil işleyen kişiler ile farklı hukuki sebeplerle bir haksız fiilden sorumlu olması gereken kişilerin tabi olacakları esaslar aynı hükümlerle düzenlenmemelidir. Bir durumda tek bir zarar ve bunu meydana getiren tek bir sebep varken, diğer durumda tek bir zarar olmasına rağmen bununla ilgili birden fazla sebep vardır. Doktrinde sorumluluklar arasında ayırım yapılmaması taraftarı olan yazarlar dahi, kendi eserlerinde açıklama yaparken bu iki hali ayrı ayrı incelemek zorunda kalmaktadır.

Tam teselsül halinde faillerden biri bile o olaya karışmasa fiil gerçekleşmeyecek ve zarar da doğmayacak ya da bu boyutta olmayacaktır. Bu nedenle faillerin sorumluluğunun ayrı ayrı değerlendirilmesi imkânı yoktur. Mevcut kanun maddesinin ifadesi de bunu doğrular niteliktedir. Yukarıda da belirtildiği gibi BK md. 50'de asıl fail, teşvik eden ve yardımcı arasında sorumluluk açısından bir fark gözetilmemiştir. Bu kimseler dışarıya, yani mağdura karşı, tek bir kişi gibi görünürler; herbirinin hareketi birleşerek tek bir fiil oluşturur ve bu fiil de zararı ortaya çıkartır. Haksız fiil işlenirken mağdura karşı bir güç birliğine giren faillerin zararın tazmini esnasında kişisel nitelikteki savunma imkânlarını kullanmaları da bu nedenle âdil olmaz, çünkü esasen sorumluluk tek bir faile ait olarak doğmamaktadır. Doktrinde bu sistemin adaletsiz sonuçlar doğurduğunu ortaya koymak amacıyla verilen örnekler de kanımızca yerinde değildir. Buna göre, faillerden daha az kusurlu olan biri zararı tazmin ettikten sonra asıl faile rücû etmek ister ve asıl failin aciz halinde olmasından dolayı payından fazla yaptığı ödemeyi geri alamazsa, bu durumun ödemeyi yapan fail açısından âdil olmadığı ileri sürülmektedir<sup>35</sup>. Bu görüş kendi içinde bakıldığında haklı gibi görünse de, zarara uğrayan kişi açısından bakıldığında pek de haklı görünmemektedir. Eğer faillerden biri aciz halindeyse, âdil olan çözüm bunun sonuçlarına mağdurdan ziyade diğer faillerin katlanması değil midir? Getirilmek istenen düzenlemede ise bu sonuca katlanması ve uğradığı zararı tazmin edememesi mağdurdan beklenmektedir. Dolayısıyla, bu husus gözetilmeden yapılan düzenleme yerinde değildir.

İsviçre'de de sorumluluk hukukunun revizyonu ve birleştirilmesi alanında yapılan çalışmalarda<sup>36</sup> buna benzer bir düzenleme yapılması öngörülmüş, bu kapsamda tartışmalı olan tam ve eksik teselsül ayırımı da kaldırılmıştır.

<sup>35</sup> Bu örnek ve görüş için bkz. TEKİNAY, s. 212.

<sup>36</sup> Bu konudaki çalışmaların kapsamı ve hazırlanan ön tasarı için bkz. KARAYALÇIN, s. 651-652; diğer tespitler için bkz. s. 663-664.

Yine Tasarı'da yapıldığı gibi, müteselsil borçluların sorumluluğu "*borçlunun tek başına sorumlu olsa idi ödemesi gereken tutarla*" sınırlandırılmış bulunmaktadır. Fakat bununla beraber, hem müteselsil sorumluluk alanında usul, ispat ve dava giderleri konusunda yeni hükümler getirilmesi hem de sorumluluk ve özel sigorta ilişkilerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Bu şekilde bir yandan açılacak bir davada alacaklının ve borçluların aciz riski belirlenmiş olurken, diğer yandan da zarar gören alacaklının riskinin sigorta kapsamında sigortacı tarafından karşılanmasına olanak tanınmıştır. Böylece zarar gören kişinin korunması sağlanmıştır. Tasarı'da getirilmek istenen düzenleme ise bu tip koruyucu hükümleri göz ardı ettiğinden, zarar gören kişinin bu zararını karşılaması her zaman mümkün olmayacak gibi gözükmektedir.