

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**BİRLİKTE BORÇLULUKTA
BORÇLULAR ARASI İLİŞKİLER**

DOKTORA TEZİ

Kadir Berk KAPANCI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Turgut ÖZ

EKİM 2013

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**BİRLİKTE BORÇLULUKTA
BORÇLULAR ARASI İLİŞKİLER**

DOKTORA TEZİ

Kadir Berk KAPANCI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Turgut ÖZ

EKİM 2013

ÖNSÖZ

Çalışmamızın amacı birlikte borçluluk üst kavramı altında yer alan farklı borçluluk türlerinde borçlular arası ilişkiler hakkında toplu bir değerlendirme yapılması ve her bir borçluluk türünde meydana gelebilecek farklılıkların vurgulanmasıdır.

Yapılan incelemede temel olarak Türk-İsviçre Hukuk sistemlerindeki düşüncelerden yola çıkılmış, bunun yanında gerekli görüldüğünde Alman ve Fransız Hukuklarında benzer durumlarla ilgili karşılaştırmalar yapılmış, ayrıca PECL, PEL, DFCR ve UNIDROIT İlkeleri gibi hukuk uyumlaştırılması çalışmalarında tespit edilen sonuçlara da yer yer özel olarak değinilmiştir.

Doktora araştırma ve yazım çalışmalarının bir kısmı Türkiye’de, bir kısmı da Fribourg Üniversitesi’nden sağlanan doktora araştırma bursu desteği ile İsviçre’de gerçekleştirilmiştir.

İşbu çalışmanın yapılmasında tüm emeği geçenlere, özellikle sağladığı burs desteği için Fribourg Üniversitesi’ne teşekkürlerimi sunarım.

Kadir Berk Kapancı
İstanbul, Eylül 2013.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR CETVELİ	xv
RESUME	xvii
ABSTRACT	xxii
ÖZET.....	xxvii
GİRİŞ	1
§ 1. BİRLİKTE BORÇLULUK KAVRAMI VE TÜRLERİ	4
I. Birlikte Borçluluğun Kavramsal Çerçevesi	4
II. Hukukî Sebep ve Birlikte Borçluluk Bakımından Anlamı	6
III. Gerçek Anlamda (Aynı Hukukî Sebep) Birlikte Borçluluk Türleri	8
A. Elbirliği Borçluluğu	8
1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları	8
2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu	12
3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu	14
B. Kısmi Borçluluk	16
1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları	16
2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu	18
3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu	19
C. Müteselsil Borçluluk	22
1. Borçluluk Yapısı	22
a. Genel Olarak	22
b. Tam-Eksik Teselsül Ayrımı	29
c. Farklılaştırılmış Teselsül	35
2. Borçluluk Kaynakları	43
a. Hukukî İşlem	43
b. Kanun	44
c. Mahkeme Kararı	46
3. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu	46

4.	Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu	51
D.	Mevcut Borca Katılma ile Oluşan Birlikte Borçluluk.....	55
1.	Borçluluk Yapısı ve Kaynakları.....	55
2.	Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu	60
3.	Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu	60
E.	Bölünemeyen Nitelikte Edimden Dolayı Birlikte Borçluluk	62
1.	Borçluluk Yapısı ve Kaynakları.....	62
a.	Genel Olarak	62
b.	<i>Özel Olarak:</i> Paylı Mülkiyet Konusu, Maddî Olarak Bölünemez Bir Edimin Verilmesinin Yüklenilmesinde Durum	64
2.	Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu	68
3.	Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu	73
IV.	Gerçek Olmayan Anlamda (Farklı Hukukî Sebeplerle) Birlikte Borçluluk Türleri	74
A.	Kümülatif Borçluluk	74
1.	Borçluluk Yapısı ve Kaynakları.....	74
2.	Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu	76
3.	Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu	76
B.	Kefalet Sözleşmesiyle Oluşan Birlikte Borçluluk.....	77
1.	Borçluluk Yapısı ve Kaynakları.....	77
a.	Genel Olarak	77
b.	Alacaklı Karşısında Aynı Asıl Borç İçin Birden Fazla Kefilin Olması	82
i.	Toplu Bakış	82
ii.	Bağımsız Toplu Kefalet	82
iii.	Kısmi Kefalet	83
iv.	Birlikte Kefalet.....	84
2.	Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu	88
3.	Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu	90
C.	Garanti Sözleşmesiyle Oluşan Birlikte Borçluluk	96
1.	Borçluluk Yapısı ve Kaynakları.....	96
a.	Genel Olarak	96
b.	Alacaklı Karşısında Aynı Risk İçin Birden Fazla Garanti Vereninin Bulunması	103

2.	Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu	104
3.	Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu	106
D.	Sigorta Sözleşmesiyle Oluşan Birlikte Borçluluk	109
1.	Borçluluk Yapısı ve Kaynakları	109
a.	Genel Olarak	109
b.	Zarar Gören Sigortalı Karşısında Birden Çok Sigortacının Olması	112
i.	Toplu Bakış	112
ii.	Müşterek Sigorta	112
iii.	Çifte Sigorta	114
iv.	Kısmi Sigorta	116
2.	Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu	117
3.	Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu	119
§ 2.	ALACAKLI TATMİN EDİLMEYEN ÖNCE BORÇLULAR ARASI İLİŞKİLER.....	121
I.	Borçluların Borç İlişkisinin Konusunu Oluşturan Edimden Sorumlulukları	121
A.	Gerçek Anlamda Birlikte Borçluluk Türlerinde	121
1.	Elbirliği Borçluluğu Bakımından	121
2.	Kısmi Borçluluk Bakımından	122
3.	Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçluluk Bakımından	122
a.	Genel Olarak	122
b.	Farklılaştırılmış Teselsülde	127
B.	Gerçek Olmayan Birlikte Borçluluk Türlerinde	129
1.	Kümülatif Borçluluk Bakımından	129
2.	Kefalet Sözleşmesi Bakımından	129
3.	Garanti Sözleşmesi Bakımından	131
4.	Sigorta Sözleşmesi Bakımından	133
II.	Borçluların Bireysel Hareketlerinin Diğerlerine Etkisi	134
A.	Gerçek Anlamda Birlikte Borçluluk Türlerinde Durum	134
1.	Elbirliği Borçluluğunda	134
2.	Kısmi Borçlulukta	135
3.	Müteselsil Borçluluk ve Borca Katılmada	135

4. Bölünemeyen Borçlulukta.....	144
B. Gerçek Olmayan Birlikte Borçluluk Türlerinde Durum	146
1. Kümülatif Borçlulukta	146
2. Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinde.....	146
3. Sigorta Sözleşmesinde	147
III. Defi ve İtirazların İleri Sürülmesi	147
A. Genel Olarak Defi ve İtiraz Kavramları.....	147
B. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçluluk Bakımından	151
1. Ortak Defi ve İtirazlar	151
a. Genel Olarak	151
b. Borcun Doğumuna İlişkin Olanlar	153
c. Borcun Talep Edilememesi veya Sona Ermesine İlişkin Olanlar	154
2. Kişisel Defi ve İtirazlar	155
a. Sözleşmeye Dayalı Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta.....	155
i. Genel Olarak	155
ii. Bir Kişisel Defi veya İtirazın Diğer Borçluların Durumunu Dolaylı Olarak Etkilediği Haller	157
b. Haksız Fiilden Kaynaklanan Müteselsil Borçlulukta.....	159
c. Farklılaştırılmış Müteselsil Borçlulukta.....	160
3. Ortak Defi ve İtirazların Alacaklıya Karşı İleri Sürülmemesinin Sonuçları	162
a. Genel Olarak	162
b. Bütün Borçlulara Karşı Dava Açıldığı Durumda.....	164
c. Sadece Bir Borçluya Karşı Dava Açıldığı Durumda	165
C. Kefalet Sözleşmesinde	166
1. Kefilin Asıl Borç İlişkisinden Kaynaklanan Savunmaları.....	166
a. Genel Olarak	166
b. Borcun Doğumuna ve Geçerliliğine İlişkin Olanlar	169
c. Borcun Talep Edilememesi ve Sona Ermesine İlişkin Olanlar	170
2. Kefil ve Alacaklı Arasındaki Kişisel İlişkilere Dayanan Savunmalar.....	173

3.	Asıl Borç İlişkisinden Kaynaklanan Savunmaların Alacaklıya Karşı İleri Sürülmemesinin Sonuçları	176
D.	Garanti Sözleşmesinde	178
1.	Garanti Verenin Asıl Borç İlişkisinden Kaynaklanan Bir Savunması Olabilir mi?	178
2.	Garanti Verenin Alacaklı ile Arasındaki İlişkilere Dayanan Savunmaları.....	180
E.	Sigorta Sözleşmesinde	181
1.	Sigortalının Üçüncü Kişi İle Olan Borç İlişkisinden Kaynaklanan Savunma Sebepleri.....	181
2.	Sigorta Sözleşmesinden Kaynaklanan Savunma Sebepleri	182
IV.	Borçtan Kurtulma.....	183
A.	Müteselsil Borçluluk, Borca Katılmada ve Bölünemeyen Borçluluk Bakımından	183
1.	Genel Olarak	183
2.	Borçtan Kurtulmanın Mutlak Etkili Olduğu Haller	184
a.	Alacaklı İfa ile Tatmin Edilerek Borçtan Kurtulma.....	184
i.	Müteselsil Borçlulardan Birinin İfası.....	184
ii.	Müteselsil Borçlu Çevresi Dışında Bir Üçüncü Kişinin İfası	187
aa.	Genel Olarak Üçüncü Kişinin İfası	187
bb.	Özel Olarak: Üçüncü Kişinin Borcu Kötü İfasının Sonuçları ...	189
b.	Alacaklı İfa ile Tatmin Edilmeksizin Borçtan Kurtulma	191
i.	Bir Borçlunun Takas İleri Sürmesi	191
ii.	Bir Borçlunun Yaptığı İfa Yerine Edim Anlaşması.....	194
iii.	Bir Borçlunun Yaptığı İfa Uğruna Edim Anlaşması.....	196
iv.	Bütün Borçlular Nezdinde Sorumlu Olunmayan İfa İmkânsızlığı.....	198
v.	Bir Borçlunun Meydana Getirdiği ve Sorumlu Olduğu İfa İmkânsızlığı.....	199
vi.	Bir Borçlunun Alacaklı Temerrüdü Sonuçlarına Göre Borçtan Kurtulmasının Etkisi	200
vii.	İkale Sözleşmesi (<i>Contrarius Consensus</i>)	205
3.	Borçtan Kurtulmanın Duruma Göre Mutlak veya Kısmi Etkili Olabileceği Haller	206

a.	İbra Anlaşması	206
b.	Sorumsuzluk Anlaşması.....	213
c.	Sulh Anlaşması	216
d.	Konkordato.....	220
e.	Teselsülün Bağının Kaldırılması.....	224
f.	Tecdit (Yenileme) Anlaşması	226
g.	Borçlu ve Alacaklı Sıfatlarının Birleşmesi	232
h.	Zamanaşımı	236
i.	Aşırı İfa Güçlüğü.....	242
j.	Sözleşmeden Dönme.....	245
k.	Borcun Nakli	249
l.	İrade Sakatlıkları	252
m.	Ehliyetsizlik	256
4.	<i>Özel Olarak:</i> Müteselsil Borçluların Birbirlerine Önceden Borçtan Kurtarılmaya Yönelik Bir Talebi Olabilir mi?.....	260
B.	Kefalet Sözleşmesinde	266
1.	Kefilin Asıl Borca Bağlı Olarak Borçtan Kurtulması	266
a.	Genel Olarak	266
b.	İfa, İfa Yerine Edim ve Takas	268
c.	İmkânsızlık.....	269
d.	Sözleşmeden Dönme.....	270
e.	İbra Anlaşması	271
f.	Borçlu ve Alacaklı Sıfatlarının Birleşmesi	273
g.	Aşırı İfa Güçlüğü.....	274
h.	Tecdit (Yenileme) Anlaşması	276
i.	Borcun Nakli	277
j.	Asıl Borçlu Hakkında Verilmiş Olan Kesin Hüküm.....	279
k.	Zamanaşımı	279
2.	Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebepler.....	280
a.	Genel Olarak	280
b.	Kararlaştırılan Kefalet Süresinin Dolması (TBK m. 600)	282
c.	Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Sözleşmenin TBK m. 601'e Göre Sona Ermesi	284

d. Alacaklının Kefilin Ödeme Teklifini Reddetmesi (Alacaklı Temerrüdü).....	287
e. Alacaklının Elindeki Teminatları Korumaması	290
f. Kanunda Öngörülen Azamî Sorumluluk Süresinin Dolması.....	293
g. Kefalet Sözleşmesinden Dönme	298
3. Kefilin Asıl Borçludan Borçtan Kurtarma veya Teminat Gösterilmesi Talebinde Bulunabileceği Haller.....	302
4. <i>Özel Olarak</i> : Birlikte Kefalette TBK m. 587 f.3 uyarınca Borçtan Kurtulma	307
C. Garanti Sözleşmesinde	310
1. Asıl Borç İlişkisinde Gelişen Durumların Garanti Sözleşmesine Etkisi	310
2. Garanti Sözleşmesine Özgü Sebepler	312
a. Genel Olarak	312
b. Garanti Süresinin Dolması	313
i. Belirli Süreli Garanti Sözleşmesinde	313
ii. Belirsiz Süreli Garanti Sözleşmesinde	315
c. Garanti Sözleşmesinden Dönme	316
D. Sigorta Sözleşmesinde	317
1. Sigortalının Üçüncü Kişiyle Olan İlişkinden Doğan Sebepler	317
2. Sigorta Sözleşmesine Özgü Sebepler.....	318
a. Genel Olarak	318
b. Kararlaştırılan Sürenin Dolması.....	318
c. Sigortalanan Menfaatin Ortadan Kalkması	320
d. Riskin Gerçekleşme Olasılığının Kalmaması	320
e. Sigorta Sözleşmesinden Cayma	321
f. Sigorta Sözleşmesinin Feshi	321
§ 3. ALACAKLI TATMİN EDİLDİKTEN SONRA BORÇLULAR ARASI İLİŞKİLER.....	322
I. Kavramsal Çerçeve	322
A. İfade Bulunan (<i>Solvens</i>) Birlikte Borçlunun Diğerlerine Başvurması: Rücu Hakkı.....	322
B. Özel ve Genel Rücu (<i>Halefiyet</i>) Haklarının Karşılaştırılması.....	325
C. Genel Rücu (<i>Halefiyet</i>) Hakkının Sağladığı Özel Avantajlar	335

D. Özel Rücu Hakkının Genel Rücu Hakkını (Halefiyeti) Sınırlayıcı Özelliği.....	337
E. “ <i>Nemo Subrogat Contra Se</i> ” (Alacaklı Zararına Halefiyet Olmaz) İlkesi.....	340
F. Rücu Haklarına İlişkin Anlaşmalar	346
II. Genel Rücu Hakkı (<i>Halefiyet</i>).....	349
A. Kavram ve Görünüş Biçimleri	349
B. Şartları.....	353
1. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta...	353
a. Toplu Bakış	353
b. Müteselsil Borçlulukta	354
i. Genel Olarak	354
aa. Teselsül İlişkisinin Varlığı.....	354
bb. Alacaklının Tatmin Edilmiş Olması.....	354
cc. Özel Rücu Hakkının Varlığı.....	355
ii. Özel Olarak	359
aa. Haksız Fiillerden Doğan Teselsülde.....	359
bb. Farklılaştırılmış Teselsülde	360
c. Mevcut Borca Katılmada	361
d. Bölünemeyen Borçlulukta.....	361
2. Kefalet Sözleşmesinde	362
a. Genel Olarak	362
i. Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Varlığı.....	362
ii. Alacaklının Tatmin Edilmiş Olması.....	363
iii. Özel Rücu Hakkının Varlığı.....	366
b. Özel Olarak	369
i. Toplu Bağımsız Kefalette	369
ii. Birlikte Kefalet Türlerinde.....	370
aa. Adi Birlikte Kefalette	370
bb. Müteselsil Birlikte Kefalette	371
iii. Kısmi Kefalette	372
iv. Açığa, Kefile ve Rücua Kefalette.....	373
3. Sigorta Sözleşmesinde	375
a. Geçerli Bir Sigorta Sözleşmesinin Varlığı.....	375

b.	Üçüncü Kişinin Sorumluluğunu Gerektiren Bir Halin Varlığı	377
c.	Sigortalının Tatmin Edilmiş Olması	378
d.	Özel Rücu Hakkının Varlığı.....	379
4.	Garanti Sözleşmesiyle Oluşan Birlikte Borçlulukta TBK m. 62 f.2 Çerçevesinde Halefiyetin Oluşacağından Söz Edilebilir mi?	380
C.	Talebin Kapsamına Giren Değerler	384
1.	Genel Olarak	384
2.	Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta... 384	
a.	Alacaklıya Olan Borcun İç İlişkideki Payı Aşan Kısmı.....	384
b.	Faiz ve Diğer Masraflar	388
3.	Kefalet Sözleşmesinde	390
a.	Genel Olarak	390
b.	Asıl Borç Değeri	392
c.	Asıl Borçlunun Kusur ve Temerrüdünün Kanuni Sonuçları.....	393
d.	Faiz ve Diğer Masraflar	394
4.	Sigorta Sözleşmesinde	396
D.	Hükümleri	399
1.	Alacak Hakkının Kanuni Devri (<i>Cessio Legis</i>).....	399
2.	Alacağa Bağlı Hakların Devri	405
a.	Ferî Haklar	405
i.	Teminatlar	405
aa.	Genel Olarak.....	405
bb.	Kefilin Halefiyetinde Teminatlar Bakımından Öngörülen Kısıtlamalar	409
ii.	Sözleşme Cezası.....	412
iii.	Faiz.....	416
b.	Yenilik Doğuran Haklar	419
c.	Rüçhan, Dava ve İcra Takibi Hakları.....	421
d.	Ferî Olmayan Diğer Teminatların Durumu	424
3.	Alacaklının Hareketleriyle Kendisine Halef Olacak Birlikte Borçlunun Durumunu Kötüleştirmesine Bağlanan Sonuçlar	428
a.	Genel Olarak	428
b.	Müteselsil Borçluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta..	429
c.	Kefalet Sözleşmesinde	431

d.	Sigorta Sözleşmesinde	433
E.	<i>Özel Olarak</i> : Farklı Birlikte Borçluluk Türlerinin Bir Arada Bulunduğu Kurgularda Halefiyet.....	434
III.	Özel Rücu Hakkı.....	437
A.	Genel Olarak	437
B.	Dayanakları, Şartları ve Uygulanacak Hükümler	439
1.	Sözleşme İlişkisi	439
a.	Toplu Bakış	439
b.	Vekâlet Sözleşmesi	439
i.	İlişkinin Yapısı ve Özellikleri	439
ii.	İlişki Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler.....	441
aa.	Yapılan Masrafların Karşılanması Talebi.....	441
bb.	Faize İlişkin Talep.....	444
cc.	Zararın Karşılanması Talebi	445
c.	Adi Ortaklık	448
i.	İlişkinin Yapısı ve Özellikleri	448
ii.	İlişki Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler.....	453
aa.	Yapılan Masrafların Karşılanması Talebi.....	453
bb.	Faize İlişkin Talep.....	455
cc.	Zararın Karşılanması Talebi	456
d.	<i>Özel Olarak</i> : Karşı Garanti (<i>Kontrgaranti</i>) Verilmesi ve Anlamı... 456	
i.	İlişkinin Yapısı ve Özellikleri	456
ii.	Karşı Garantinin Diğer Birlikte Borçlu Tarafından Verilmesi	457
iii.	Karşı Garantinin Üçüncü Kişi Tarafından Verilmesi.....	459
2.	Vekâletsiz İş Görme	461
a.	İlişkinin Yapısı, Şartları ve Özellikleri	461
b.	İlişki Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler.....	465
i.	Masrafların Karşılanması Talebi.....	465
ii.	Faize İlişkin Talep.....	467
iii.	Zararın Karşılanması Talebi.....	467
c.	<i>Özel Olarak</i> : TBK m. 531'in Anlamı	468
3.	Sebepsiz (Haksız) Zenginleşme	469
a.	İlişkinin Yapısı, Şartları ve Özellikleri	469
b.	İlişki Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler.....	474

i.	İade Talebi.....	474
ii.	Faize İlişkin Talep.....	475
4.	Hâkimin Kararıyla Oluşan İç İlişki	476
a.	Haksız Fiilden Kaynaklanan Teselsülde	476
b.	Farklılaştırılmış Teselsülde	484
5.	Bazı Birlikte Borçluluk Türlerinde Kanunda Borçlular Arasındaki İlişkinin İçeriğine İlişkin Hükümler Bulunmasının Anlamı ve Örnekleri ...	486
IV.	Rücu Haklarının Tabi Olduğu Zamanaşımı	490
A.	Genel Olarak	490
B.	Genel Rücu Hakkı (<i>Halefiyet</i>) Bakımından	491
1.	Toplu Bakış	491
2.	Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta...	493
3.	Kefalet Sözleşmesinde	497
4.	Sigorta Sözleşmesinde	499
C.	Özel Rücu Hakkı Bakımından	500
1.	Sözleşme İlişkisinde.....	500
2.	Sebepsiz Zenginleşmede	501
3.	Vekâletsiz İş Görmede	502
4.	Hâkim Kararıyla Oluşan İç İlişkide	504
a.	Haksız Fiilden Kaynaklanan Teselsülde	504
b.	Farklılaştırılmış Teselsülde	510
V.	Rücu Hakkından Önceden Vazgeçilmesi ve Hakkın Kaybedilmesi	510
A.	Haktan Önceden Vazgeçilmesi	510
1.	Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta...	510
2.	Kefalet Sözleşmesinde	512
3.	Garanti Sözleşmesinde	514
4.	Sigorta Sözleşmesinde	514
B.	Hakkın Kaybedilmesi.....	515
1.	Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta...	515
a.	Ortak Defi ve İtirazların İleri Sürülmemiş Olması	515
b.	İfanın Diğer Borçlulara Bildirilmemiş Olması	517
2.	Kefalet Sözleşmesinde	518
a.	Asıl Borçluya Ait Savunmaların (Defi ve İtirazlar) İleri Sürülmemiş Olması	518

b. İfanın Asıl Borçluya Bildirilmemiş Olması	519
3. Garanti Sözleşmesinde	522
4. Sigorta Sözleşmesinde	523
VI. Usûl Hukuku Açısından Rücu Davası	523
A. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	523
1. Genel Olarak	523
2. Genel Rücu Hakkına (<i>Halefiyete</i>) Dayalı Açılan Davada.....	526
3. Özel Rücu Hakkına Dayalı Açılan Davada.....	526
B. Rücu Davasında İspat.....	527
1. Genel Rücu Hakkına (<i>Halefiyete</i>) Dayalı Açılan Davada.....	527
2. Özel Rücu Hakkına Dayalı Açılan Davada.....	528
C. Esas Davanın İhbarı ve Davaya Ferî Müdahalenin Rücu Davasına Etkisi	529
1. Davanın İhbarı.....	529
a. Genel Olarak Davanın İhbarının Anlamı ve Şartları.....	529
b. İhbarın Yapılması Usûlü	532
c. İhbarın Yapılmasının Etkisi	533
i. İhbara Cevapsız Kalınması	533
ii. İhbar üzerine Ferî Müdahil Olarak Davaya Katılma.....	535
d. İhbarın Yapılmamasının Etkisi	536
2. Davaya Ferî Müdahale	537
a. Genel Olarak Ferî Müdahalenin Anlamı ve Şartları	537
b. Ferî Müdahalede Bulunulması Usûlü	539
c. Ferî Müdahalede Bulunulmasının Etkisi.....	540
SONUÇ	542
KAYNAKÇA	551
ÖZGEÇMİŞ	578

KISALTMALAR CETVELİ

ATF	: Arrêts (principaux) de Tribunal Fédéral Suisse.
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi.
b.	: Bend.
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
BATİHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
BasKom.	: Basler Kommentar.
BerKom.	: Berner Kommentar.
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch.
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.
BGHZ	: Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen.
Bkz.	: Bakınız.
C.	: Cilt.
c.	: Cümle.
CO	: Code des obligations suisse.
CoRo.	: Commentaire romand.
Çev.	: Çeviren.
DFCR	: Draft Frame of Common Reference.
Dn.	: Dipnot.
E.	: Esas.
EBK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu.
Ed. / Eds.	: Editör / Editörler.
EMK	: 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsi.
ETTK	: 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu.
FJS	: Fichier Juridique Suisse.
Fransız MK	: Fransız Medeni Kanunu.
HD.	: Hukuk Dairesi.
HGK	: Hukuk Genel Kurulu.
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.
HPD	: Hukukî Perspektifler Dergisi.
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı.
İİK	: 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu.
İKİD	: İlmî ve Kazâî İçtihatlar Dergisi.
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
JdT	: Journal des Tribunaux.
K.	: Karar.
Karş.	: Karşılaştırmız.
m.	: Madde.
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi.
MünKom.	: Münchener Kommentar.
N.	: Numara.
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift.

OR	: Schweizerisches Obligationenrecht.
PECL	: Principles of European Contract Law.
PEL Pers. Sec.	: Principles of European Law on Personal Security.
RDS	: Revue de droit suisse.
RG	: Resmî Gazete.
RKD	: Resmî Kararlar Dergisi.
s.	: Sayfa.
T	: Tarih.
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu.
TD	: Ticaret Dairesi.
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu.
v.	: versus.
vb.	: ve bunun gibi.
vd.	: ve devamı.
Vol.	: Volume.
Yarg.	: Yargıtay.
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi.
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
ZürKom.	: Zürcher Kommentar.

RESUME

Notre thèse de doctorat avec le sujet “*Les relations entre les débiteurs collectives*” est composée de trois grandes parties.

Dans la première grande partie, le concept de dette collective est traité d’une manière générale. La dette collective peut être utilisé non seulement pour assurer la risque du créancier en ce qui concerne la performance, mais aussi pour l’avantage des débiteurs envers le créancier. Quand on parle de la dette collective, il ne s’agit pas d’un concept seule et unique, mais on doit prendre en considération qu’il y a plusieurs sous-types qui sont différents les uns des autres. Ces différents types sont classifiés en deux parties selon un autre concept: c’est le sort (causa) de la dette. Quand le sort de la dette collective est un seul pour le tout, on parle de la dette collective parfaite, tandis que quand il y a plusieurs sorts pour les dettes, on parle de la dette collective imparfaite. Donc dans cette première partie, on a d’abord expliqué le concept de dette collective, puis le concept de sort, et en suite on a passé aux différents types de dettes collectives. Pour chacun de ces types on a élaboré les sujets suivants d’un point de vue générale pour donner une idée fondamentale: la structure et les sources, les relations entre le créancier et les débiteurs, et les relations entre les débiteurs.

La dette collective parfaite comprends cinq différents types qui sont la dette commune, la dette partielle, la dette solidaire, la reprise de dette cumulative et la dette indivisible. Dans la dette commune, les débiteurs se trouvent collés les des autres, ils doivent coopérer pour la performance, personne ne peut agir soi-même envers le créancier, et le créancier doit poursuivre tous les débiteurs en une seule fois pour acquérir sa créance. Dans la dette partielle, chacun des débiteurs n’est responsable qu’une quote-part spécifique et égale –par principe- de la dette. Ils sont tous indépendents les uns des autres, le seul lien entre eux c’est l’unique sort de la dette. Lorsque la dette est divisible et il y a plusieurs débiteurs, s’il y a aucune autre indication, on admet qu’il est le cas de la dette partielle. Dans la dette solidaire, chacun est responsables pour l’intégralité de la dette et le créancier profite d’un droit de choix entre plusieurs débiteurs. Il élit la partie à son gré. Le créancier peut poursuivre les débiteurs jusque son entière satisfaction. Mais avec le désintéressement du créancier par un des débiteurs les autres se libèrent aussi. On peut dire qu’il s’agit encore une indépendance entre les débiteurs mais cette fois-ci relative. Une fois que la dette est éteinte pour l’un, ça va de soi la même pour les autres. Dans la reprise de dette cumulative, il s’agit d’une dette solidaire pas au début mais ensuite, avec l’adhésion de l’autre débiteur à une relation déjà existante. Dans la dette indivisible, plusieurs débiteurs sont tenus pour l’intégralité de la dette, cette fois-ci en raison du sujet de la dette par un principe de la loi. La situation se ressemble à celle de la dette solidaire. D’autres parts, la dette collective imparfaite comprends la dette cumulative, et les relations formées par le contrat de cautionnement, le contrat de garantie et le contrat d’assurance. Dans la dette cumulative, il y a autant de dette distincte que le nombre de débiteurs. Chacun des

débiteurs est responsable de sa dette distincte envers le créancier, indépendamment de celles des autres. Dans les contrats de garantie et cautionnement, le caution et le garant assure les risques qui peuvent se passer en ce qui concerne la créance principale avec lequel le débiteur principale est tenu. Ces contrats forment des dettes subsidiaires, c'est à dire que pour que la dette de la caution ou du garant soit née, la dette principale n'est pas dûment exécutée. Donc l'inexécution de la dette principale fonctionne comme une condition. La différence entre le cautionnement et la garantie est que la première a la caractère accessoire, tandis que la deuxième est plutôt indépendante. Dans le contrat d'assurance, l'assureur entreprends une certaine risque envers l'assuré (le créancier), mais a –normalement- aucun lien avec l'autre débiteur collective. Celui-ci apparaît éventuellement, à la suite d'un acte délictuel, et il est responsable pour le dommage qu'il a causé. Le lien entre les débiteurs se forme à la suite du paiement de l'assureur.

La deuxième grande partie de la thèse est consacré aux relations entre les débiteurs avant le desintéressement du créancier. En premier lieu, on explique l'étendue de la dette dans chacun des différents types de la dette collective. Dans la dette commune, les débiteurs sont tenus ensemble pour l'intégralité de la dette. Le créancier ne peut pas intenter une poursuite contre un seul débiteur pour une partie ou le total de la dette, elle doit agir en même temps envers tous. Dans la dette partielle les débiteurs ne sont tenus indépendamment qu'une partie spécifique de la dette. Le créancier ne peut agir envers un des débiteurs que pour la partie que le débiteur est tenu et pas plus. Dans la dette solidaire, chacun des débiteurs est responsable pour l'intégralité de la dette. Le créancier peut poursuivre un débiteur soit pour une partie soit pour la totalité de la dette. Cette situation continue jusque la satisfaction complète du créancier. Donc chacun des débiteurs a le rôle de "garant" pour les dettes des autre, si on peut le dire. Dans la reprise de la dette cumulative, il s'agit de la même chose avec la dette solidaire, ainsi ce type n'est qu'une dette solidaire formée postérieurement. Dans la dette indivisible la situation est semblable avec celle de la dette solidaire. Chacun des débiteurs est tenu individuellement pour l'intégralité de la dette envers le créancier. Mais il se peut que le sujet de la dette nécessite la participation de toutes le débiteurs ensemble pour l'exécution. Dans une telle situation il est impossible pour le créancier de faire une telle demande à l'individu d'un seul débiteur. Dans la dette cumulative, chacun des débiteurs est tenu individuellement pour la dette et les conditions prévues pour lui. Il est totalement indépendant des autres. Ainsi la situation est d'un point semblable à celle de la dette partielle, avec une majeure différence: cette fois-ci les sorts de l'obligation sont distinctes et séparées. Dans le contrat de cautionnement, l'étendue de la dette de la caution est spécifié à la loi. Il est responsable de la dette à condition que la dette principale n'est pas exécutée. A l'antérieur de l'occurrence de cette condition, la responsabilité de la caution est en suspens. La situation se ressemble dans le contrat de garantie. Mais l'étendue de la dette du garant n'est pas spécifié par la loi. Les parties peuvent le considérer entre eux, dans l'absence d'un accord de ce genre, on conclut que le garant est tenu pour les dommages-intérêts positives, dûes à l'inexécution de la dette principale. Dans le contrat d'assurance, l'assureur est responsable selon le contrat d'assurance, ce qui est important pour la responsabilité c'est la réalisation de la risque dont l'assureur est tenu. A part cela, on peut dire sa relation avec la personne qui commet l'acte délictuel envers le lésé (le créancier) est de la coïncidence. Dans un deuxième lieu, encore dans la deuxième grande partie, on étudie l'impact des comportement personnelles des débiteurs sur les autres. Dans la dette commune, le sujet manque d'importance puisque les débiteurs doivent agir

ensemble envers le créancier et le contact individuel ne se pose pas. Dans la dette partielle, l'indépendance qui existe entre les dettes ne donne pas lieu qu'un comportement personnelle affecte les autres. Donc il n'y a pas d'interaction entre les débiteurs partiels. Dans la dette solidaire, -sauf stipulation contraire- le sujet est pris en considération par Art. 165 CO, qui prévoit que le comportement personnelle d'un des débiteurs ne peut pas aggraver la position des autres. La portée de cette règle et ses exceptions sont traitées. Pour la reprise de dette cumulative et la dette indivisible, vu la ressemblance à la dette solidaire l'estimation est faite de manière semblable. Dans la dette cumulative, la situation est semblable à celle de la dette partielle, comme il y a une totale indépendance entre les débiteurs, il n'y a pas d'impact des comportements individuels. Dans les contrats de cautionnement et de garantie il n'y a pas de principe spéciale (quand même il y a certaines précisions pour la situation de la caution) dans la loi en ce qui concerne le sujet, donc il faut évaluer les comportements des débiteurs collectives selon la relation interne qui se trouve entre eux. Cette relation peut varier de contrat de mandat, à une gestion d'affaires ou l'enrichissement injuste.

Dernièrement dans cette deuxième grande partie on traite les sujets d'opposition des exceptions et les raisons d'extinction de la dette. Chacun des sujets sont classifiés selon l'impact: il se peut l'impact soit sur un des débiteurs ou sur plusieurs. Il y a une relation proche entre ces deux sujets. On a donné des explications surtout en ce qui concerne la dette solidaire, la reprise de dette cumulative, la dette indivisible, le contrat de cautionnement, de garantie et d'assurance. D'autres parts pour la dette commune, la dette partielle et la dette cumulative, les sujets n'ont pas de spécialité. Une fois pour le cas de la dette commune, les exceptions sont opposable qu'ensemble des débiteurs, et les raisons d'extinction ne fonctionnent que pour la totalité des débiteurs. Encore pour les cas de dette partielle et dette cumulative, les demandes du créancier diffèrent pour chacun des débiteurs, dû à l'indépendance qui existe.

La troisième et la dernière grande partie de la thèse est consacrée aux relations entre les débiteurs qui vont se produire après le désintéressement du créancier. La première sous-partie s'est concentrée sur le cadre conceptuel du droit de recours. Le droit de recours remplit la fonction d'équilibrer les quote-parts des débiteurs pour lesquels ils seront tenus finalement. Ainsi on ne peut parler de droit de recours dans certains types de la dette collective. Pour qu'on puisse parler d'un droit de recours, il faut un déséquilibre dans le compte finale. C'est à dire que le débiteur a exécuté plus qu'il doit tolérer. Par l'intermédiaire du droit de recours, l'équilibre des quote-parts est rétabli.

Dans la dette solidaire, la reprise de dette cumulative et la dette indivisible, chacun des débiteurs n'est tenu qu'une partie de la dette au final. Donc normalement, il y aura lieu aux relations de recours. Cela va continuer jusqu'à ce que chacun des débiteurs n'ait performé que sa quote-part et pas plus. Certaines fois, en premier lieu, le créancier peut demander la performance partielle, en considérant les quote-parts des débiteurs. Dans ces cas on ne parle de droit de recours comme l'équilibre est déjà établi au début. Ce type de situation ne peut pas réaliser, dans la dette indivisible, vu la caractère de la dette elle-même: elle ne peut pas être exécutée partiellement en quote-parts.

Dans les contrats de cautionnement et de garantie, étant tous les deux, des contrats de sûreté personnelle, assure l'exécution de la dette principale. Donc la fonction de la caution et de garant soit avec une qualité accessoire, soit indépendamment est empêcher le résultat de dommage qui peut survenir à cause de l'inexécution de la dette principale. Mais en principe la caution et le garant ne propose des sûreté pour le bien-être du débiteur, donc ils veulent achever l'équilibre (qui était cassé par la sacrifice faite) par l'usage de leur droit de recours. Dans le contrat d'assurance, avec la réalisation de la risque l'assureur fait un paiement au l'assuré (lesé). Mais la charge finale de ce paiement doit être entrepris par la personne qui a commis l'acte délictuel et a causé le dommage au lesé. Dans ce type spécifique de dette collective, il n'y a pas de relation conscient entre les débiteurs au début, mais elle se produit avec le paiement du débiteur. Donc les relations sont réduites aux droits de recours. De l'autre côté, en principe il ne se pose pas de relation de recours dans la dette commune, la dette partielle et la dette cumulative. Les raisons sont les suivantes: En ce qui concerne la dette commune, les débiteurs agissent dans un ensemble, donc l'équilibre des charges ne se cassera pas. Dans la dette partielle et la dette cumulative, l'indépendance des quote-parts des débiteurs supprime en premier lieu une relation de recours. Le créancier poursuit chacun séparément. Il ne s'agit pas de responsabilité pour le tout. Chacun doit exécuter une performance "totale" mais seulement pour le montant de son quote-part.

Les droits de recours sont classifiés en deux types: D'une part il y a le droit de recours générale (subrogation) qui n'est que prévu dans des cas spéciaux, d'autres part il y a le droit de recours spéciale qui résulte de la relation interne. Les deux droits sont des droits distinctes provenant des différentes sources, u cas où les deux de droits de recours, sont prévus en même temps, ils sont dans une proche relation et en concours. Le but des deux droits est la même: restabiliser l'équilibre des charges finales. Le débiteur collective qui a fait une sacrifice aura la chance de procurer l'équilibre par l'intermédiaire des droits de recours. Mais aussi il peut y avoir une probabilité où l'un des débiteurs collective agit pour le but d'une donation. Dans ces cas on ne peut parler de droit de recours puisqu'il n'y a pas de tracas à l'équilibre déjà prévu. Comme on l'a déjà dit, le droit de recours spéciale et générale (c'est à dire la subrogation) est en concours: Une fois qu'un des droit est utilisé, l'autre sera aussi extinct. Mais certaines fois l'étendue du droit de recours spéciale peut être plus augmentée en comparaison avec le droit de recours générale (le contraire n'est pas possible parce que le droit de recours générale n'est qu'une accessoire du droit de recours spéciale). Ces fois-la, les droits de recours peuvent être cumulés. C'est à dire, si c'est le cas le montant en excès peut être demandé séparément. Dans certaines cas, quand la loi n'a pas prévu la subrogation, la voie de recours spéciale est le seul moyen. Ainsi dans la deuxième et troisième sous-parties de cette grande partie, on a donné des explications sur les deux droits.

En premier lieu, on a parlé de la subrogation qui le droit de recours générale. Un ne peut se bénéficier de ce droit que s'il est prévu explicitement dans la loi. Il a la caractère exceptionnelle. Donc il faut respecter ses conditions dans chaque cas spécial. Avec la subrogation, le débiteur passe à la place du créancier. Donc il ne s'agit pas d'un nouveau droit, mais celui existant du créancier est passé au débiteur par l'intermédiaire d'une cession légale. Pour profiter de la subrogation le débiteur collectif n'a qu'à prouver qu'il a fait sa performance dans la relation extérieur avec le créancier et cette relation donne lieu à la subrogation. Quant au droit de recours spéciale, le débiteur doit tout prouver: la relation interne et son droit de recours

provenant de cette relation. Comme on parle d'une sorte cession de créance dans la subrogation, on peut dire que profite de ses droits en ce qui concerne la dette en cause. La modalité la plus avantageuse sera les sûreté dont le créancier pouvait profiter quand il était en charge. Mais Il ne faut pas oublier aussi que le débiteur à qui on fera le recours, profite également des droits et des exceptions qu'il peut utiliser envers le créancier en premier lieu. Ainsi, il sera aussi protégé et n'entrera pas dans une situation où sa position est aggravée à cause de la subrogation. Le droit de recours spéciale forme le cadre de la subrogation. Comme la subrogation est de caractère accessoire, son étendue ne peut pas celle du droit de recours spéciale. Au contraire, la loi accorderait des droits que les parties n'ont pas prévu, et ceci ne serait pas logique ou correct. Parmi les types des dettes collectives, la loi a prévu la subrogation pour la dette solidaire, la reprise de dette cumulative, la dette indivisible et les cas de contrats de cautionnement et le contrat d'assurance. Dans les autres types de dette collective la subrogation ne peut se poser que par l'intermédiaire de Art. 129 CO, qui prévoit des conditions spéciales (la notification du débiteur sur la subrogation, en avance de l'exécution de la dette). Mais il faut indiquer que le champ d'application de cette article ne seraient pas limité pour les cas des dettes collective.

En deuxième lieu, le droit de recours spéciale forme un nouveau droit dans la patrimoine du débiteur collectif qui a procuré la performance dans la relation externe avec le créancier. Il est totalement indépendant de la relation externe. La caractère juridique de cette relation peut varier: Parfois c'est une relation contractuelle (comme par exemple un contrat de mandat, un contrat de société simple ou un contrat atypique), ou parfois une relation provenant de la gestion d'affaires ou d'enrichissement illégitime. La "proximité" des positions des débiteurs avouera la caractère juridique. Si on concrétise: La relation sera contractuelle quand il s'agit des débiteurs qui se connaissent et entre dans la relation externe tout en considération la présence de l'un de l'autre. S'il n'y a pas une relation si proche entre les débiteurs, il s'agit ou une relation basée sur la gestion d'affaire ou l'enrichissement illégitime. S'il y a un débiteur qui entre dans la relation avec le créancier pour le bien de l'autre mais sans l'informer, il peut y avoir une gestion d'affaire. Ou quand l'un des débiteurs n'a aucun but que la satisfaction du créancier –même il peut entrer dans la relation au contraire de la volonté du premier- on peut parler d'un cas d'enrichissement illégitime. Puisque le premier débiteur sera libéré de la dette et s'enrichit, la deuxième peut demander la restitution par l'intermédiaire de droit de recours spéciale basé sur la cause d'enrichissement illégitime. Et enfin parfois le droit de recours est procuré par l'intermédiaire du juge, qui est le cas dans la relation interne de plusieurs personnes qui ont causé un dommage à autrui. La quatrième et la cinquième sous-partie dans cette troisième grande partie, sont consacré aux durées de prescriptions des droits de recours, la renonciation à et la perte de ces droits.

Enfin dans la dernière sous-partie de la troisième grande partie, on a fait des évaluation des droits de recours en ce qui concerne le droit procédurale. Dans cette cadre on a donné des explications sur les tribunaux en charge et a examiné le fardeau de la preuve dans le déroulement de la procédure, et l'intervention accessoire à et l'appel de l'action principale (avec le créancier).

ABSTRACT

Our PhD. thesis with the subject of “*Relations Between Collective Debtors*” is composed of three major parts.

In the first major part, the concept of collective debt is examined with a general approach. The collective debt may be used not only for the insurance of the risks of the creditor with regard the performance, but also to advantage of the debtors facing the creditor. Again the concept of collective debt is not a sole and unique concept however it comprises several types, every single one different comparing to each other. This different types are classified in accordance with the concept of the “*causa*” of the debt. When there is only one *causa* for the whole debt relations, one may talk about the perfect collective debt and when there are more than one *causa* for the whole debt relations, the concept of imperfect collective debt arises. Thus in this first major part, it is firstly explained the concept of collective debt and the concept of debt *causa*, then it is continued with the different types of collective debts. For each and every type the following subjects are developed in a general point of view to give a basic idea with regard thereof: The structure and the sources, relations between the creditor and debtors and the relations between the debtors.

The perfect collective debts comprises five different types which are communal debt, partial debt, joint and several debt, cumulative assumption of debt and indivisible debt. In the communal debt, all of the debtors are considered like only “one person”, they have to cooperate for the performance, and also the creditor cannot take actions against one debtor but all. In the partial debt, each of the debtors is liable only with a specific and –principally- equal share towards the creditor. Each debtor is independent from other ones. When the debt is divisible and there are several debtors, without any other indication, it is accepted that it is a case of partial debt. In the joint and several debt, each and every debtor is liable for the whole debt and not just for a specific share. The creditor benefits from a right to choose between the different debtors. At his own discretion, he may choose the debtor against which he will take action. This situation continues until the total satisfaction of the creditor. However with the satisfaction of the creditor by one of the debtors, the other ones are released of their liabilities. It may be said that there is certain independence between debtors however relative. For once that the debt is extinct for one of the debtors, it will be the same for the others. In the cumulative assumption of debt, it is about a joint and several debt, however formed later, with the adhesion to an existing debt. In the indivisible debt, several debtors are liable for the whole amount, this time due to the law itself, there is a special provision regarding thereof. The situation is similar to the one in the joint and several debt. On the other hand, the imperfect collective debt comprises, cumulative debt, and the relations formed via the contract of guarantee, independent indemnity and insurance. In the cumulative debt, there are different debts as many as the number of the debtors, they exist independently one from another. Each of the debtors is liable with his distinct debt towards the creditor, without any dependence to the others. In the contracts of guarantee and independent

indemnity the guarantee and indemnity providers secure the risks that may occur regarding the the principal debt (with which the principal debtor is liable). This contracts form subsidiary debts, that is to say, so as the creation of the debts of guarantee and indemnity providers, the principal debt has not been duly executed. Thus the inexecution of the principal debt functions as a condition. The difference between two contracts is that the first one has an accessory character, whereas the second one is rather independant. In the contract of insurance, the insurer undertakes to secure a certain risk towards the insuree (the creditor), however –normally- he has no link at all with the other collective debtor. This one comes out in the afterwards of a tort, and is liable with the damages he has caused to the victim. Therefore the link between the debtors is formed in the afterwards of the payment of insurance sum by the insurer.

The second major part of the thesis is concentrated on the relation between the debtors prior to the satisfaction of the creditor. Firstly, it has been explained the extent of the debt, in different types of the collective debt. In the communal debt, the debtors are liable all together for the whole debt. The creditor cannot take action against one specific debtor for the whole or just a part of the debt, he has to go against all of the debtors at one time. In the partial debt each debtor is only liable with one specific share and that is all. The creditor can take actions against one of the debtors only for the amount of share that he is liable with and not for more. In the joint and several debt, each and every debtor is liable, as single persons, for the whole amount of the debt. The creditor can take actions or for the whole or just one part against any debtor that he wishes. This situations continues until the creditor is fully satisfied. Each of the debtors have a security function for the debts of others, if one may say so. In the cumulative assumption of debt, the case is similar to the one in the joint and several debt as this former constitutes a joint and several debt subsequently. In the indivisible debt, again the situation has similarities with joint and several debt, that is to say, each of the debtors are individually liable for the whole amount of debt towards the creditor. However, there may be a case where the participation of all debtors is indispensable for the performance. In such a case, it is impossible for the creditor to take action only to one single debtor. In the cumulative debt, each of the debtors is liable individually only with the debt and conditions that have been intended for him. The debtors are totally independant one from another. Thus the case of cumulative debt is somewhat similar to the one of the partial debt but with one major difference: This time the debts are separate and distincts. In the contract of guarantee, the extent of the debt is specified in the law. The guarantor is liable provided that the principal debt is not duly performed. Prior of the occurrence of this condition, the debt of the guarantor is pending. The situation is similar in the contract of independent indemnity. However the extent is not clearly specified by law. The parties may state special provisions with regard thereof, and in the absence of such stipulation, the indemnity provider is liable for the positive damages, due to the non-performance of the principal debt. In the insurance contract what is important in the liability of the insurer is the realization of the risk stipulated in the contract. Besides that, on emay say that the relation of the insurer with the tortfeasor is coincidental, he does not know him prior the realization of the risk that has caused damages to the victim. Secondly, again in the second major part, it is examined the impact of the individual conduct of one debtor to the others. In the communal debt, the subject lacks of importance as the debtors must take their course all together and the individual conduct does not come into being. In the partial debt, the independance which exists between the different shares of the debt, does not give rise neither an

individual conduct nor an impact thereof. There is no interactions between the debtors. In the joint and several debts, except there is a contrary stipulation with regard thereof, the subject must be taken into consideration with the Art. 165 CO, which provides that the individual conduct of the debtors cannot aggravate the position of others. The significance of this rule and its exceptions are examined. In the cumulative assumption of debt or the indivisible debt, taken into account the similarities, the assessment is made in a similar way. In the cumulative debt, the situation is parallel to the one of the partial debt, as there is a total independence between debtors, there is no impact of the individual conduct of one amongst each other. In the contracts of guarantee and independent indemnity, there are no basic principles with regard the subject in the law (nevertheless there are some indirect and guiding stipulation with regard the guarantor), thus one must evaluate the conducts of collective debtors, taking into account the internal relation between them. This relation may vary from a contractual one (mandate) to agency without authority or to unjust enrichment.

Finally, in this second major part, it is examined the subject of opposition of exceptions and the reasons of debt extinction. Each of these subjects are classified in accordance with their impact: The impact may only be on one debtor or also effective for others. There is a close relation between these two subjects. It is given explications especially with regard the joint and several debt, cumulative assumption of debt, indivisible debt and the contracts of guarantee, independent indemnity and insurance. On the other hand, in the communal debt, partial debt and cumulative debt the subject has no speciality. For once, in the case of communal debt, the exceptions can be opposable only with the participation of each debtor and the reasons for extinction operate for every debtor. Other than that in the partial debt and cumulative debt, the actions that the creditor can take against each debtor are separate and distinct, due to the existing independence.

The third and last major part of the thesis is concentrated on the relations between the debtors in the afterwards of the satisfaction of the creditor. The first subsection of this part, is devoted to the conceptual framework of the right of recourse. The right of recourse complete the function balancing the shares of the debtors that they will be liable in the final place. Thus each and every type of collective debts does not give rise to a right of recourse. For the existence of the right of recourse, there must an imbalance in the final count. That is to say that one debtor has made a payment beyond his share. Through the intermediary of right of recourse, the balance between the shares of the debtors is restabilized.

In the joint and several debt, the cumulative assumption of debt and the indivisible debt, each and every debtor is finally liable, in the internal relation for the specific share. Therefore, normally, the right of recourse will be needed after the whole performance made. This will continue to the limit where each of the debtor has only performed his share and not more. Sometimes, in the first place, the creditor may take action only for a partial performance, taking into consideration the shares of the debtors. In this kind of situation there will be no need of a right of recourse, as the balance has already been settled at the beginning. This kind of situation cannot be realized in the indivisible debt, as it cannot be partially performed by shares due to the strict character of the debt.

In the contracts of guarantee and independent indemnity, being each one of them, contract of suretyship, they secure the risk of performance with regard the principal debt. Thus with this contracts, either with an accessory or and independent character, it is targeted to prevent damages that may occur due to the non-performance of the principal debt. However, in principle, neither the guarantor nor the indemnity provider does not act for the sake and well being of the principal debtor but they only provides a surety. Thus they would like to compensate their payment made and stabilize balance with the principal debtor via the use of right of recourse. In the insurance contract, with the realization of the risk, the insurer makes a payment to the insured (victim). However the final charges of this payment must be undertaken by the tortfeasor who has caused the damage. In this specific type of collective debt, there is no prior –conscient- link between the insurer and the tortfeasor, being the collective debtors. However the link produces via the payment of the insurer, and the relation is reduced to the usage of the right of recourse. On the other hand, in principle, there is no recourse relation in the case of communal debt, partial debt and cumulative debt. The reasons for that, are the following ones: With regard the communal debt, as all of the debtors are playing their role all together, the balances of charges will not be broken anyhow. In the partial debt and cumulative debt, the independence that exists between the shares and the debts of the debtors suppress in the first place, a relation of recourse. Since each of the debtor is only liable with one specific part of the debt and not for the whole, there is no need for a right of recourse.

The rights of recourse are classified into two type: Firstly, there is the general right of recourse which also referred as subrogation. Subrogation is only provided with special provision of law and it has an exceptional character. Secondly, there is the special right of recourse which is provided by internal relations of the debtors. This two rights are arisen from different sources. Whereas they are provided all in once, they are in close relation and are competitive in the usage. The aim of the rights are the same: restabilize the balance of charges through the intermediary of right of recourse in the final place. The debtor who has made a sacrifice, has the change the maintain the balance with the usage of rights of recourse. However, there may be the also a different situation where the collective debtor has acted for a donation to the other one. In such a situation, one cannot talk about the right of recourse as the balance is not bothered in the first place. As it has been already told, the rights of recourse are in a competitive manner: Where one has been used and has satisfied the debtor, the other one will be extinct as well. However, certain times, the extent of the special right of recourse is more ample comparing to the one with the subrogation (the contrary is not possible since the general right of recourse is just an accessory right in relation with the special one). Thus the rights can be used cumulatively in such situations. That is to say the amount in excess may be claimed without any limit. The law has not stipulated a right of subrogation for every single case of collective debts, whether it is the case the only way to maintain the balance is the special right of recourse. Thus in the second and third sub-sections of this major part, explications are given on the said rights of recourse.

In the first place, it is examined the subrogation which is the general right of recourse. A collective debtor can only benefit from this right if it is stipulated in the law. It has an exceptional character. Thus he must respect the conditions stipulated in the law for each specific case. With the subrogation the debtor passes to the place of the creditor. That is to say, there is no a new right however the existing one of the

creditor, it has passed to the debtor via a legal cession. To benefit from the subrogation the collective debtor has to prove only the performance made in the external relationship with the creditor and this relation is providing a case of subrogation via a specific provision of law. As for the special right of recourse, the debtor must prove the internal relation between the other ones and his right of recourse originating from this relation. As it has been told, the subrogation is a sort of legal cession, he benefits all of the rights originating from the debt in the external relation. The modality that is most advantageous will be the suretyships from which the creditor may benefit in the first place. However it must not be forgotten that besides these advantages, the debtor to whom it will be taken action via the general right of recourse, can oppose all of his exceptions that he could in the first place towards the creditor. That way, he also be protected and he will not be in an aggravated position due to the occurrence of subrogation. The special right of recourse draw the framework of subrogation. Since the subrogation has an accessory character, its extent cannot exceed the one of the special right of recourse. On the contrary, the would provide advantages that the parties have not envisaged, and this will be neither logical nor correct. Among the different types of collective debts, the law has provided the right to subrogation for the joint and several debts, cumulative assumption of debt, indivisible debt and the cases of contract of guarantee and insurance. With the other types of collective debts, the right to subrogation may only occur via intermediary of Art. 129 CO, which provides special conditions (notification of the debtor with regard subrogation, in advance of the performance of the debt).

Secondly, the special right of recourse forms a new right in the assets of the collective debtor who has provided the performance in the external relation with the creditor. It is totally independent from this relation. The legal character of this right may vary: Sometimes it is contractual relation such as mandate, simple society or innominated contracts, or sometimes it is arisen out of an agency without mandate or unjust enrichment. The proximity of the positions of the debtors shall confess the legal character. If we come in concrete examples: The relation will be based on contracts whereas the debtors know about each other and entered into the external relation taking into consideration the presence of the other. Whether the relation is not that close, there may be a relation based on agency without mandate or unjust enrichment. If there is a debtor who has entered into relation with the creditor for the sake of the other but without telling him, it can be said there is a relation based on agency without mandate. Other than that, when a debtor has done nothing but satisfied the creditor –even this situation may be on the contrary of the will of the other debtor-, it can be said there is a relation based on unjust enrichment. Since the first debtor will be released of the debt and an enrichment has occurred in his assets, the second one may claim the restitution through the intermediary of the special right of recourse based on unjust enrichment. Also sometimes, the special right of recourse is provided via the judge's decision, which is the case in the internal relation of several tortfeasors. The fourth and the fifth sub-sections under the third major part are devoted to the prescription periods, the waiver and loss of rights of recourse.

Finally, in the last sub-section, it has been evaluated the rights of recourse in procedural law perspective. In this framework, explications have been given on the tribunals in charge, the burden of proof in the procedural part. Also the impact of accessory intervention and appeal procedures with regard the principal trial have been examined.

ÖZET

“*Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*” başlıklı tezimiz, üç temel bölümden oluşmaktadır.

Tezin ilk bölümünün ilk kısmında birlikte borçluluk kavramı genel olarak ele alınmaktadır. Birlikte borçluluk genel olarak alacaklı karşısında borcun ödenmemesi riskinin teminat alınmasına hizmet edebileceği gibi, borçluların alacaklı karşısında daha avantajlı bir durumda bulunmalarına da hizmet edebilir. Birlikte borçluluk, tek ve yeknesak bir kavram değildir. Çeşitli alt ayrımları bünyesinde barındıran geniş bir üst yapıdır. Bu üst yapının alt ayrımları ise hukukî sebep kavramı üzerinden şekillendirilecektir. Nitekim ilk bölümün ikinci kısmı genel olarak hukukî sebep kavramına ayrılmıştır. Birlikte borçluluk, kendi içinde borçluların aynı veya farklı hukukî sebeplerle borç altına girmelerine göre iki ana başlığa ayrılmaktadır: Gerçek ve gerçek olmayan birlikte borçluluk. Dolayısıyla, ilk bölümün izleyen üçüncü ve dördüncü kısımlarında da gerçek ve gerçek olmayan birlikte borçluluk türleri özel olarak ele alınmış, ortaya çıkan farklı birlikte borçluluk türleri borçluluk yapıları, borçlular ve alacaklılar arasındaki ilişkiler ve borçluların kendi aralarındaki ilişkiler ortaya koyulmuştur.

Gerçek anlamda birlikte borçluluk başlığı altında beş farklı borçlu çokluğu hali yer almaktadır. Bunlar elbirliği borçluluğu, kısmi borçluluk, müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma ve bölünemeyen edimden ötürü birlikte borçluluk halleridir. Bu başlıktaki ilk borçluluk hali olan elbirliği borçluluğu, borçluların alacaklıya karşı âdeta tek vücut halinde, tek kişiymişçesine birlikte sorumlu oldukları bir birlikte borçluluk türüdür. İkinci borçluluk hali olan kısmi borçlulukta, borçluların her biri aynı hukukî işlemde doğan yapı içinde borcun münferit bir bölümünden dolayı sorumlu bulunmaktadır. Bu yapı çerçevesinde her bir kısmi borçlunun alacaklıyla arasında kendi özel ilişkisi dâhilinde sorumludur. Edim bölünebilir olduğu müddetçe birden fazla borçlunun bulunduğu olasılıklarda esas alınacak borçluluk hali kısmi borçluluktur. Üçüncü olarak müteselsil borçlulukta, borçlulardan her biri alacaklıya karşı nispi-bağımsızlık taşıyan borçlu sayısı kadar borç ilintisi içindedir. Öyle ki borçluların alacaklıyla olan bu girift ilişki yapısı, onun borçlulardan biri –veya birkaçı- tarafından tam olarak tatmin edilmesine kadar süregelir. Dördüncü birlikte borçluluk hali olan borca katılma ile oluşan birlikte borçlulukta ise, sonradan bir müteselsil borçluluk yapısı meydana gelmektedir. Başlık kapsamındaki son birlikte borçluluk hali olan bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçlulukta, borçluluk yapısı edimin özelliğinden ötürü ileri gelmektedir. Borçlular, kanun hükmü uyarınca borçlanılan edimin tamamından alacaklıya karşı bireysel olarak ve ayrı ayrı sorumludur. Gerçek olmayan anlamda birlikte borçluluk başlığı altında ise, kümülatif borçluluk, kefalet sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluk, garanti sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluk ve son olarak sigorta sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluk halleri incelenecektir. Kümülatif borçlulukta, alacaklı karşısında borçlu sayısı kadar geniş ve dar anlamda borç ilişkisinin varlığı söz konusudur. Borçlulardan her biri bağımsız olarak alacaklıya karşı sorumludur. Kefalet ve garanti

sözleşmeleriyle oluşan birlikte borçluluk ilişkilerinde ise, kefil ve garanti veren sıfatıyla borç altına giren birlikte borçlular, diğer (asıl) birlikte borçlunun edimini teminat altına almaktadır. Asıl borç ilişkisinde alacak ne olursa olsun, kefalet ve garanti sözleşmelerinden doğan alacak buna yabancı başka bir alacak hakkı oluşturmaktadır. Bu alacak haklarından kefalet sözleşmesinden doğan ferî özellik taşıırken, garanti sözleşmesinden doğan bağımsız özellik taşımaktadır. İlişkilerin ortak yönü ise, gerek kefil gerekse garanti verenden alacaklının talepte bulunabilmesinin aslı “şartını”, asıl borçlunun borcunu yerine getir(e)memesinin oluşturmaktadır.

Tezin ikinci bölümünde alacaklının tatmin edilmesinden önce birlikte borçlular arasındaki ilişkiler incelenmektedir. İlk olarak birlikte borçluların borcun konusunu oluşturan edimden dolayı sorumlulukları ele alınmaktadır. Elbirliği borçluluğunda, borçlular edimin tamamından birlikte sorumlu bulunur. Alacaklı sadece bir borçluya başvuruda bulunarak borçlanılan edimi elde edemez. Kısmi borçlulukta, borçlular edimin sadece bağımsız bir parçasından dolayı sorumludur. Alacaklı her bir borçluya yalnızca onun sorumlu olduğu borç kısmı için başvuruda bulunabilir. Eğer aksine bir kararlaşırma yoksa her bir borçlu borcun eşit bir kısmından dolayı sorumlu olacaktır. Müteselsil borçlulukta, borçlulardan her biri borcun tamamından bireysel olarak sorumlu bulunmaktadır. Alacaklı dilediği borçluya başvuruda bulunarak edimin tamamı ya da dilerse bir bölümü için talep ileri sürebilir. Borçluların borçtan sorumlulukları, alacaklı tamamıyla tatmin edilinceye kadar devam eder. Dolayısıyla borçlulardan birinin borcu yerine getirememesi riski diğerleri tarafından âdeta güvence altına alınmış bulunmaktadır. Borca katılma, sonradan ortaya çıkan bir müteselsil borçluluk yarattığı için, borçluların borçtan dolayı sorumlulukları müteselsil borçlulukta olduğu gibidir. Bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçluluk, alacaklı ile borçlu arasındaki hukukî ilişkiden değil, bizzat edimin mahiyetinden kaynaklanan bir borçluluk türüdür. Borçluların hepsi bölünmez edimin tamamı için alacaklıya karşı bireysel olarak sorumluluk altında bulunmaktadır. Alacaklı dilediği borçluya başvuruda bulunarak edimin tamamını talep edebilir. Yalnız bazı durumlarda alacaklının bunu yapması teknik olarak imkânsızdır. Zira borcun bütün birlikte borçluların ortak hareketiyle yerine getirilebilir olması söz konusudur. Kümülatif borçlulukta borçlular ayrı hukukî sebeplerle alacaklıya karşı ayrı ayrı ve herhangi bir yarışma olmaksızın taahhüt ettikleri edimlerden bağımsız olarak sorumludur. Kefalet sözleşmesinde, ayrı bir hukukî sebeple borç altına giren kefil alacaklı karşısında asıl borçlu ile yarışan bir sorumluluk altındadır. Kefilin borcunun kapsamı kanunda özel olarak belirtilmektedir. Kefilin sorumlu olabilmesi için, asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesi asıldır. Bu durum gerçekleşene kadar kefilin sorumluluğunun askıda olduğu söylenebilir. Garanti sözleşmesinde de benzer bir durum söz konusu olur. Yalnız garanti verenin sorumluluğunun kapsamı kanunda öngörülmemiştir. Garanti verenin genel olarak alacaklının müspet zararını karşılamakla yükümlü olduğu kabul edilir. Onun da sorumluluğu asıl borç ihlal edilene kadar askıdadır. Sigorta sözleşmesinde, alacaklı (zarar görene) karşı sigortacının sorumluluğu sigorta tazminatı bakımındandır. Sigortacı ve üçüncü kişi arasındaki birlikte borçluluk ilişkisi kendisini alacaklı sigortacı tarafından tatmin edildikten sonra gösterir. Zira zarar veren üçüncü kişinin alacaklı ile olan ilişkisi - çoğunlukla- tesadüfî mahiyetteki haksız fiil ilişkisidir. Yine bu bölüm altında, ikinci olarak ise her bir borçlunun bireysel hareketlerinin diğerlerine etkisi değerlendirilmektedir. Elbirliği borçluluğunda borçlulara birlikte başvuru gereği, onların bireysel olarak alacaklıyla temas etmelerini gerektirmeyeceğinden bu borçluluk türü bakımından bu tarz hareketlerin bir etkisi veya önemi

bulunmamaktadır. Kısmi borçlulukta borçluların birbirlerinden bağımsız olmaları, bireysel hareketlerinin sadece kendileri bakımından hüküm doğurmasına yol açar. Borçlular arasında herhangi bir etkileşim olmaz. Müteselsil borçlulukta konu, açık kanun hükmü (TBK m. 165) çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu hüküm, borçluların bireysel hareketlerinin birbirlerine etkili olmayacağını bildirmektedir. Hükümün getirisi ve istisnaları özel olarak ele alınmaktadır. Borca katılma ve bölünemeyen borçlulukta da yapı benzerliği çerçevesinde müteselsil borçluluğa benzer değerlendirmeler yapılabilir. Kümülatif borçlulukta durum, kısmi borçlulukla yakın benzerlik göstermektedir. Borçluların birbirlerinden bağımsız olmaları bireysel davranışlarının birbirlerini etkilemesine zaten engeldir. Hatta bu borçluluk yapısında dar anlamda borçların ayrı ayrı geniş anlamda borç ilişkisinden doğmaları bu sonucu daha da kesin bir hale getirmektedir. Kefalet ve garanti sözleşmelerinden doğan birlikte borçlulukta, borçluların bireysel hareketlerinin birbirlerine etkisi, borçlular arasında bir sözleşme ilişkisi(vekâlet) bulunduğu bu çerçevede, borçlular birbirlerinden habersiz olduklarında ise sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görme şartlarının oluşabilmesi bakımından değerlendirmeye alınmalıdır. Bunun yanında kanunda kefilin durumu bakımından ilişkinin türü ne olursa olsun, genele yaydırılmış bazı yükümlülükler öngörülmektedir.

İkinci bölümün son iki kısmı ise, birlikte borçluluk kapsamında defa ve itirazların ileri sürülmesi bakımından söz konusu olacak özellikler ve borçtan kurtulma sebeplerinin borçluların hepsini veya sadece bir bölümünü etkilediği durumlara ayrılmıştır. Bu konular birbiriyle bağlantı içermektedir. Söz konusu kısımda özel olarak müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma, bölünemeyen borçluluk, kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi ve sigorta sözleşmesi özelindeki durumlar ele alınmıştır. Elbirliği borçluluğu, kısmi borçluluk ve kümülatif borçluluk ilişkilerinde bu hususlar özel bir öneme sahip bulunmamaktadır. Zira elbirliği borçluluğunda alacaklı borçluların hepsine tek vücut halinde başvurabilmekte, diğer kalan iki borçluluk türünde ise alacaklının talepleri birbirinden bağımsızlaşmaktadır.

Tezin üçüncü ve son bölümünde ise alacaklının tatmin edilmesinden sonra birlikte borçlular arasındaki ilişkiler ele alınacaktır. Bu bölümün ilk kısmı rücu hakkının kavramsal çerçevesine ayrılmıştır. Rücu hakkı, bir kimsenin bir başkası için yaptığı fedakârlık nedeniyle geriye dönerek ona başvuruda bulunması ve bunun karşılanmasını istemesidir. Her bir birlikte borçluluk yapısında rücu hakkının doğacağından bahsedilemez. Rücu hakkının doğabilmesi için borçluların aralarında tespit ettikleri iç ilişkideki nihai borç yüklerinin üzerinde ifade bulunmuş olmaları şarttır. Rücu hakkı sayesinde bozulan bu denge yeniden sağlanmış olmaktadır.

Müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma ve bölünemeyen edimden birlikte borçlulukta, borçlulardan her biri alacaklıya karşı edimin tamamından dolayı sorumludur. Dolayısıyla normal bir kurguda rücu ilişkisinin oluşması doğal karşılanacaktır. Zira borçlular nihai olarak iç ilişkide kendi paylarına düşen borç oranı kadar sorumlu olacaktır. Payından fazla ifade bulunan borçlu, diğerlerinden talepte bulunacaktır. Meğerki alacaklı borçluların her birinden payı oranında kısmi ifa talep etmiş olsun. Tabii böyle bir olasılık, yapısı itibariyle bölünemeyen borçlulukta hiçbir zaman gündeme gelemeyecektir.

Kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi kişisel teminat sözleşmeleri olarak, asıl borçlunun borç ilişkisindeki borcunu veya bundan soyut şekilde edimini teminat altına almak için mevcuttur. Borçlu bir şekilde ifayı gerçekleştirmediğinde,

alacaklıyı teminat vermiş olan bu kişiler tatmin edecek, onun zarara uğramasını engelleyecektir. Ancak gerek kefil gerekse de garanti veren bunu salt asıl borçluya bir fayda sağlamak için yapmazlar, alacaklıyla hesaplaşma sona erdikten sonra asıl borçluya yapılan fedakârlığın karşılanması, ilgili masrafların giderilmesi için başvuruda bulunurlar. Meğerki aralarındaki iç ilişki daha farklı bir kurgu öngörmüş olsun. Sigorta sözleşmesinde, riskin gerçekleşmesiyle sigortacı, sigortalıya zararının karşılanması için bir ödemede bulunur. Ancak yapılan bu ödemenin nihai yükünü taşıması gereken kişi sigortacı olmayıp, zararın verilmesine sebep olan kişidir. Bu sözleşme türünde zararı veren “asıl borçlu” ile sigortacı arasında doğrudan bir ilişki bulunmamakta, sigortacının taraf olduğu sözleşme uyarınca ödemeyi gerçekleştirmesiyle birlikte bu kişiye başvurusu keyfiyeti hasıl olmaktadır.

Buna karşılık elbirliği borçluluğu, kısmi borçluluk ve kümülatif borçlulukta rücu ilişkisi kural olarak gündeme gelmez. Elbirliği borçluluğunda alacaklı borçluların hepsine başvurmalıdır, bu onun ifa menfaatine ulaşması için bir zorunluluktur. Kısmi borçlulukta, her bir borçlu borcun sadece bir kısmından sorumludur, alacaklı zaten borcun tamamı için başvuruda bulunamaz. Kümülatif borçlulukta ise ayrı hukukî sebeplerle ayrı ayrı sorumlu olan kişiler bulunmaktadır. Bunlardan birinin ifasının diğerini etkilemesi söz konusu olmaz, zira her ikisi de birbirinden bağımsız olarak “tam” bir ifayı gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır.

Rücu hakkı, iç ilişkiye dayanan özel rücu hakkı ve kanunda sadece özel bazı hallerde öngörülmüş olan genel rücu hakkı, yani halefiyet olmak üzere ikiye ayrılabilir. Borcun nihai yükünün doğru şekilde paylaşılmasına yarayan ve özünde birbirinden farklı hukukî kavramlar olan genel ve özel rücu hakları –beraber öngörüldükleri bir olasılıkta- birbirleriyle yakından ilişki içindedir. Zira ikisi de aynı amaca hizmet etmektedir. İkisinde de takip edilen amaç, başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin, bu kişiye karşı olan alacak hakkına dayalı talebinin sonuçlandırılması, bu şekilde borcun mali yükünün esas sorumlusuna aktarılmasıdır. Bir diğerinin borcunu yerine getiren birlikte borçlu, sadece alacaklının durumunu iyileştirmekte, onu düzlüğe çıkarmaktadır. Yoksa başkasının borcunu yerine getiren birlikte borçlunun, normal şartlarda onu ihya etmek gibi bir amacı bulunmamaktadır. Halefiyet ve özel rücu hakkı birlikte ortaya çıktıklarında, örtüşen kapsamaları bakımından birbirleriyle yarışma halindedir. Dolayısıyla taleplerden birinin ileri sürülerek başarıya ulaştırılması diğerinin de dolaylı olarak sona ermesine yol açar. Bazı durumlarda ise, özel rücu hakkı borçlunun nihai yük denkleştirmesini yapabileceği tek aracı olacaktır. İşte üçüncü bölümün ikinci kısmında öncelikle halefiyete ilişkin değerlendirmeler yapılmış, bunu üçüncü kısımda özel rücu hakkına ilişkin açıklamalar izlemiştir.

Ayrımın ilk ayağını oluşturan genel rücu hakkı olan halefiyet, yalnızca kanunda öngörülen hallerde veya iradeyle tanınmak istenildiğinde kanunda belirtilen şartların yerine gelmesiyle faydalanılabilecek bir rücu yoludur. Dolayısıyla nitelik itibarıyla istisnaidir. Zira ifayı gerçekleştiren borçlu, âdeta alacaklının tahtına oturmakta, onun yetkilerinden faydalanabilmektedir. Yani özel rücu hakkında bahsedilenden farklı olarak, buradaki rücu hakkı başka bir ilişkiden doğan yeni bir hak değildir. Alacaklıya yapılan ifanın borcu sona erdirdiği kuralının bir istisnası olarak, ifade bulunan borçluya alacaklının hakkı kanunen aktarılmaktadır. Halefiyete dayalı talepte bulunulabilmesi için, özel rücu hakkında söz konusu olacağı gibi diğer borçluya olan ilişkinin tespit ve ispat edilmesi de gerekmez. İspat edilmesi gereken tek husus, halefiyet sonucu bağlanan geçerli bir ilişkiye dayalı olarak ifade

bulunulmuş olmasıdır. Dolayısıyla bunları ortaya koyabilen birlikte borçlu, genel rücu hakkı avantajıyla, âdetâ alacak kendisine temlik edilmişçesine alacaklının alacağına bağlı olarak ileri sürebileceği tüm talepleri ileri sürebilme hakkıyla donatılmış olur. Tabi alacaklının hakkı devralınmış olduğu üzere, onun alacağına bağlı haklardan nasıl yararlanılıyorsa, onun alacağının tabi olduğu kısıtlamalara aynen tabi tutulması da söz konusu olur. Kanunda böyle bir varsayımda bulunulmasının nedeni, ifade bulunan borçlunun daha fazla korunabilmesi düşüncesidir. Dolayısıyla halefiyetle sağlanan rücu yolunda borçlu, varsa alacak için birinci planda verilmiş olan teminatlardan faydalanabilecektir. Yalnız halefiyetle sağlanan bu imkânın sınırlarını bir üst paragrafta değindiğimiz özel rücu hakkının çerçevesi çizmektedir. Genel rücu hakkına, özel olanın ferisinden öte bir rol yüklenemez. Zira kanunun birlikte borçluların kendi aralarındaki özel iç ilişkinin ötesinde bazı sonuçlar öngörmesi irade serbestisinin kabul edildiği borçlar hukuku sisteminde kabul edilemez. Birlikte borçluluk türleri özelinde müteselsil borçluluk, borca katılma ile oluşan birlikte borçluluk, bölünemeyen borçluluk, kefalet sözleşmesi ile oluşan birlikte borçluluk ve son olarak sigorta sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluk hallerinde halefiyet öngörülmektedir. Halefiyetin kanunen öngörülmediği birlikte borçluluk türlerinde ise, bu sonucun dolaylı olarak sağlanması ancak TBK m. 127 f.2'deki borçlunun bu konudaki ihbarı usûlünün yerine getirilmesi ile mümkün olabilir.

Özel rücu hakkı ise, buna hak kazananın malvarlığında alacaklıyla olan ilişkinin tamamen dışında başka bir ilişkiden doğan ve bağımsız bir özellik gösteren yeni bir borç meydana getirmektedir. Bu ilişki duruma göre bir sözleşme ilişkisi, bir vekâletsiz iş görme ilişkisi veya sebepsiz zenginleşme olabilecektir. Öyle ki rücu hakkı sahibi ile bunu yerine getirmekle sorumlu olan kişi arasındaki yakınlık bu ilişkinin tespitinde esas alınacaktır. Somutlaştırılacak olursa, zaten birbirinden haberdar olan ve edim planının bu şekilde gerçekleşmesini arzu eden iki birlikte borçlunun arasında çoğunlukla bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu söylenebilir. Böyle yakın bir ilişki bulunmuyorsa, geriye iki olasılık kalacaktır. Şayet diğerrinin zaten gerçekleştireceği asıl olan bir borcu ifa ederek onun yerine iş üstlenen başka bir borçlu varsa, bunlar arasındaki ilişki vekâletsiz iş görme olacaktır. Buna karşılık birbirinden hiç haberdar olmayan iki borçlu arasında ise, ifade bulunmakla yükümlü olanın borcu yerine getirmek yönünde hiçbir kaygısının da olmadığı bir ihtimalde, normalde olması gerekenden daha iyi bir malvarlığı durumunda bulunan kişinin durumu gözetilerek ancak bir sebepsiz zenginleşme ilişkisi bulunduğundan söz açılabilir. Bahsi geçen ilişkiler ve doğan rücu haklarının kapsamı, bunlara dayanan kişi tarafından ispat edilmelidir. Bazı özel hallerde ise, kanun özel rücu ilişkisinin türünü ve kapsamını tayin etme yetkisini hâkime vermiş bulunmaktadır. Nitekim haksız fiillerden ötürü kanundan doğan teselsül ilişkisinde durum böyledir. Üçüncü bölümün dördüncü ve beşinci kısımları ise, rücu haklarının tabi olduğu zamanaşımı süreleri ile rücu haklarından önceden vazgeçilmesi ve bu hakların kaybedilmesine ayrılmıştır.

Üçüncü bölümün son kısmında, usûl hukuku bakımından yapılan değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu kapsamda, farklı rücu davası türlerinde görevli ve yetkili mahkemeler, açılacak davalarda ispat faaliyetinin nasıl gerçekleştirileceği, alacaklıyla olan dış ilişkideki davanın ihbarı ve ferî müdahale kurumlarının rücu davasındaki etkileri özel olarak incelenmiştir.

GİRİŞ

Toplu halde yaşama kültürü, kişiler arası etkileşimi yoğunlaştırmaktadır. Bu etkileşim kimi zaman zıtlaşma kimi zamansa işbirliği şeklinde kendisini göstermektedir. Hangi türde ortaya çıkarsa çıksın, bu etkileşim borç ilişkileri yoluyla sağlanmaktadır. Bu anlamda borç ilişkileri ekonomik hayatın vazgeçilmez bir unsurudur.

Bir borç ilişkisinde sıklıkla karşılaşılan durum bir alacaklı bir de borçlunun bulunmasıdır. Bununla beraber, alacaklı ya da borçlu tarafında veya her ikisinde de birden fazla kişinin olması olasıdır. Borçlu tarafın birden çok kişiden oluştuğu durumlarda birlikte borçluluktan söz etmek gerekecektir. Nitekim birden fazla kişi bir evi kiraladığında veya birden fazla kişi bir başkasına zarar verdiğinde, alacaklı karşısında her zaman birden fazla “borçlu” olacaktır.

Yalnız birlikte borçluluk denildiğinde tek ve alt ayrımları olmayan yalın bir kavram akla gelmemelidir. Zira birlikte borçluluk pek çok farklı türde ortaya çıkabilir. İşbu farklı birlikte borçluluk türleri, farklı amaçlara hizmet edebilir.

Nitekim birlikte borçluluk türlerinin büyük çoğunluğunda alacaklı bundan yarar sağlayacak kişi olacaktır. Öyle ki onun karşısında alacağını elde edebileceği birden fazla malvarlığı bulunacaktır. Dolayısıyla alacaklının ciddi bir güvenlik ve kolaylıktan istifade edebileceği rahatlıkla söylenebilir. Müteselsil borçluluk, borca katılmadan doğan birlikte borçluluk, bölünemeyen borçluluk, kefalet, garanti ve sigorta sözleşmelerinden doğan birlikte borçluluk türlerinde durum böyledir.

Ne var ki her zaman durum bu şekilde cereyan etmeyebilir. Bazı durumlarda da, avantajlı olan borçluların tarafı olacaktır, öyle ki alacaklı borçlulara bireysel olarak başvuramayacak mutlaka her bir borçludan aynı anda talepte bulunmakla

zorunlu kılınacaktır. Nitekim elbirliği borçluluğunda alacaklı karşısında daha avantajlı olan taraf borçluların tarafı olacaktır.

Yine diğer bazı başka durumlarda birlikte borçluluk ne alacaklı ne de borçlular tarafına özel bir katkı sağlamaz. Borçlular âdetâ tek başlarına borçlularmışçasına sorumlu olurlar. İşte gerek kısmi borçluluk gerekse de kümülatif borçluluk hallerinde borçlu çokluğundan ne alacaklı ne de borçlular özel bir yarar sağlarlar.

Alacaklıyla olan bu ilişkilerin yanında, bir de birlikte borçlular arasında söz konusu olacak iç ilişkilerden de bahsedilmek gerekir. Bu ilişkiler, alacaklıyla olan dış ilişkiden tamamen bağımsız ve ayrı bir özellik taşımaktadır. Alacaklıya tamamen yabancı olan bu ilişkilerde salt borçlular kendi başlarına taraf olarak bulunmaktadır.

İşte birlikte borçlulukta borçlular arası bu iç ilişkileri özel olarak konu alan çalışmamız üç temel bölümden oluşmaktadır.

İlk bölüm (§1) altında, öncelikle birlikte borçluluk kavramına genel olarak yer verildikten sonra, birlikte borçluluğun alt ayrımlarının yapılmasında önem taşıyan hukukî sebep kavramı ele alınacak ve gerçek-gerçek olmayan anlamda birlikte borçluluk ayrımı çerçevesinde farklı birlikte borçluluk türlerindeki borçluluk yapısı, alacaklı karşısında borçluların durumu ve genel olarak borçluların birbirlerine karşı durumu incelenecektir. Bu borçluluk türleri, elbirliği borçluluğu, kısmi borçluluk, müteselsil borçluluk, mevcut borca katılmadan doğan birlikte borçluluk, bölünemeyen borçluluk, kümülatif borçluluk ve son olarak kefalet, garanti ve sigorta sözleşmelerinden doğan birlikte borçluluktan oluşmaktadır.

İkinci ve üçüncü bölümler altında ise birlikte borçluların kendi aralarındaki ilişkilere yoğunlaşılacak ve kronolojik bir ayırım üzerinden değerlendirmeler yapılacaktır. Bu bağlamda ikinci bölümde (§2), alacaklının tatmin edilmesinden önceki süreçte borçlular arasındaki ilişkiler ele alınacaktır. Söz konusu bölüm altında özellikle borçluların borçlanılan edim(ler)den alacaklıya karşı sorumluluğu, bireysel hareketlerinin birbirlerine etkisi, borç ilişkisindeki defî ve itirazların ileri sürülmesi ve son olarak farklı olasılıklarda ortaya çıkabilecek borçtan kurtulma halleri değerlendirilecektir.

Üçüncü bölüm (§3) ise, alacaklı tatmin edildikten sonraki dönemde borçlular arası ilişkilere odaklanmaktadır. Bu ilişkiler rücu ilişkileri olarak da adlandırılabilir. Bu bölüm altında ayrıntılarıyla farklı (genel/özel) rücu hakları üzerinde durulacak ve son olarak usûl hukuku bakımından rücu davası incelenecektir.

§ 1. BİRLİKTE BORÇLULUK KAVRAMI VE TÜRLERİ

I. Birlikte Borçluluğun Kavramsal Çerçevesi

Bir borç ilişkisinde borçlu taraf bir veya birden fazla kişiden meydana gelebilecektir. İlişkideki borçlu adedi bakımından borçluluk durumu “*tek başına borçluluk*” ve “*birlikte borçluluk*” olarak ikiye ayrılır¹.

Tek başına borçlulukta, borçlu taraf tek kişiden ibaret bulunmaktadır². Esasen borç ilişkilerinde normal olan budur. Alacaklının karşısında tek başına bulunan borçlu borcu ifa ile yükümlüdür. Borç tamamen yerine getirilmedikçe veya bir sona erme sebebi bulunmadıkça borçtan kurtulma mümkün değildir³.

Birlikte borçlulukta ise, alacaklı karşısında borçluların birden fazla olması söz konusudur⁴. Birlikte borçluluk esasen bir üst kavramdır, borçluların birden fazla olduğu tüm farklı halleri kapsar. Borçluların birden fazla olmasına yol açan sebepler

¹ Yaptığımız ayrımı (ve alt ayrımları) temel itibarıyla Akıntürk'ten (Turgut Akıntürk, **Müteselsil Borçluluk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1971, s. 3 vd.) ödünç almış bulunmaktayız. Doktrinde farklı ayrımlar yapan yazarlar da bulunmaktadır. Bunlardan Eren (Fikret Eren, **Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 1147 vd.), temel ayrımı ferdi borç ilişkisi ve elbirliği halinde borç ilişkisi olarak benimsemiş, ferdi borç başlığı altında ise bölünemez borç, müteselsil borç, kümülatif borç, kısmi borç ve tali borç ayrımlarını yapmıştır. Söz konusu ayrım aşağıda temel aldığımız (hukukî sebep eksen alınarak) yapılan ayrıma da yabancılık göstermektedir. Zira özellikle tali borç türü olarak kefalet ve garanti sözleşmelerinden doğan borç ile müteselsil borçluluğun aynı üst başlık altında yer alması öngördüğümüz sınıflandırma ile uyum içinde bulunmamaktadır.

² Edouard Béguelin, “Obligations solidaires I: Généralités et Conditions”, **FJS**, N. 872, Genève, 1945, s. 1.

³ Alacaklının birden fazla olduğu durum özellik arz etmektedir. Ortada bir müteselsil alacaklılık durumu söz konusu ise borçlu alacaklılardan herhangi birine ifada bulunarak borcundan kurtulabilecektir, buna karşılık bölünmez alacaklılık durumunda ise söz konusu sonuç ancak alacaklıların hepsine birden ifada bulunulduğunda gerçekleşebilecektir. Diğer taraftan kısmi alacaklılıkta ise, borçlu alacaklılardan her birine ifada bulunmalı, ancak bu ifayı kısmen gerçekleştirilmelidir. Bkz. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 4.

⁴ Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz, **Le Droit des Obligations**, 5e Edition, Editions Romandes, Genève – Zurich – Bâle: Schulthess, 2012, N. 1600; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Bern: Staempfli Verlag AG, 2012, N. 88.01; Henry Moreau, **De la Solidarité**, Paris: Librairie des Juris-Classeurs – Editions Godde, 1930, s. 18.

ise çeşitlilik gösterebilecektir. Bu çeşitliliğin sonucu olarak uygulanacak hükümler her zaman aynı olmayacak, gerek birlikte borçluların alacaklıyla olan ilişkileri (dış ilişki) gerekse de kendi aralarındaki ilişki (iç ilişki), farklı düzenlemelere tabi tutulabilecektir. Birlikte borçluluk türlerini ayırt etmede temel kriteri alacaklı ile olan ilişki ortaya koymaktadır. Diğer bir deyişle, birlikte borçluluğun hangi türünün söz konusu olduğunun anlaşılması, alacaklı ile borçlular arasındaki ilişkinin (dış ilişki) tahlil edilmesiyle mümkündür. Öte yandan, birlikte borçluluk, taraf iradelerinden, borçlanılan edimin mahiyetinden veya kanun hükmünden doğabilir.

Özetle gerek uygulanacak hükümler gerekse de doğuş sebepleri bakımından birlikte borçluluk türleri⁵ çeşitlilik göstermektedir.

Biz, birlikte borçluluk kavramı bakımından yapacağımız incelemede birlikte borçluluğun doğuş sebebine göre bir ayırım yapmayı tercih ediyoruz. Buna göre birlikte borçluluk, aynı hukukî sebepten (*causa*)⁶ doğuyorsa gerçek anlamda, farklı hukukî sebeplerden doğuyorsa gerçek olmayan anlamda birlikte borçluluk olmak üzere iki alt gruba ayrılmaktadır.

Gerçek anlamda birlikte borçluluk hallerinde hukukî sebep bir ve aynıdır. Bunlar, elbirliği borçluluğu, kısmi borçluluk (ve bir alt türü olarak paylı borçluluk), müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma ve bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçluluktan oluşur.

Gerçek olmayan anlamda birlikte borçlulukta ise, borcun hukukî sebebi aynı olmayıp farklılık göstermektedir. Bunlar kümülatif borçluluk, garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi ve sigorta sözleşmesinden doğan birlikte borçluluk halleri olarak sayılabilecektir. Söz konusu ilişkilerin ilk gruba göre farklılık yaratan noktası, ilk gruptaki ilişkilerde ilişkinin temelindeki sebep tek ve ortak iken, burada farklı bir

⁵ Akıntürk (a.g.e., s. 5), birlikte borçluluk türlerinde ortak yönün alacaklı tarafından bir defa ifa talebinde bulunulabilmesi olduğunu ifade etmektedir. Buna göre alacaklının iki farklı birlikte borçludan ifa talep edememesi yönünden kümülatif borçluluk sınıfdışı kalmaktadır. Biz, çalışmamızda birlikte borçluluğun aynı veya farklı hukukî sebeplerden doğmasına göre ayırım yaparak kümülatif borçluluğu da gerçek olmayan anlamda birlikte borçluluk olarak değerlendirmiş bulunmaktayız. Dolayısıyla yaptığımız ayırım, bu noktada Akıntürk'ünkünden farklılık göstermektedir.

⁶ Hukukî sebep kavramı, hukukî işlemde doğan birlikte borçluluk türleri bakımından bir ayırım kriteri teşkil etmektedir. Çalışmamızı bu temele (hukukî işlem) oturtarak yol almak istedik. Öte yandan haksız fiilden veya kanundan doğan diğer birlikte borçluluk durumlarında hukukî sebep teknik anlamıyla (*causa finalis* olarak) bir işlev göremeyecektir. Bu durumlarda hukukî sebep talep temeli, veya bir diğer deyişle borcun kaynağı olarak anlaşılmalıdır.

sebepten doğan bir ilişkinin söz konusu olmasıdır. Şöyle ki, ilk borç ilişkisinde sebep, alacak sebebi olabilecekken, ikinci ilişkide sebep bir teminat sebebi olabilecek ve bu yönüyle farklılık gösterebilecek, dolayısıyla tabi olduğu hükümler de ilkinde göre farklılaşacaktır.

II. Hukukî Sebep ve Birlikte Borçluluk Bakımından Anlamı

Birlikte borçluluk türlerini analitik olarak gruplandırabilmek için hukukî sebep kavramı iyi bir başlangıç noktası oluşturur. Bir kazandırıcı işlem olarak her borçlandırıcı işlemin bir sebebi bulunur⁷. Zira her hukukî işlem belli bir amaca (*causa finalis*) yönelik olarak yapılmaktadır⁸. Tarafların üzerinde anlaştıkları işlemi tipikleştiren bu amaç hukuk sistemi tarafından önemsenir ve bu aynı zamanda işlemin yapılmasına sebebiyet verdiği için hukukî sebep olarak adlandırılır⁹.

Hukukî sebebi olmayan bir hukukî işlemden söz edilemez¹⁰. Zira bu durum mantığa uygun olmaz ve işlemin neden meydana getirildiği açıklanamaz¹¹. Bu açıdan TBK m. 18’de düzenlemesi olan soyut (sebepten yoksun) borç ikrarına geçerlilik tanınması sadece şeklî anlamda anlaşılmalı ve ispat hukuku çerçevesinde değerlendirilmelidir. Yoksa maddî anlamda (sübjektif olarak sebepten) soyut bir hukukî işlemden söz edilemeyecektir¹².

⁷ Hukukî sebep, objektif ve sübjektif anlamda hukukî sebep olmak üzere ikiye ayrılır. Buna göre, hukukî sebep, bir açıdan yapılan bir kazandırmanın en yakın hukukî amacı (*sübjektif anlamda*) anlamına gelirken, diğer açıdan, bir tasarruf işleminden önce gelen ve bu tasarruf işleminin temelini oluşturan borçlandırıcı işlem anlamını taşır (*objektif anlamda*). Bkz. Antoine Favre, **Essai sur la cause des obligations en droit suisse**, Fribourg: Imprimerie St. Augustin, 1927, s. 36.

⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu, (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008, s. 116-117; Eric Muster, **La reconnaissance de dette abstraite, Art. 17 CO et 82 ss LP: Etude historique et droit actuel**, Genève-Zürich-Bâle: Schulthess, 2004, s. 64; Judith Rochfeld, **Cause et Type de Contrat**, Paris: LGDJ, 1999, s. 73; Henri Deschenaux, **Partie générale du droit des obligations**, Premier cahier, 2. édition revue et complétée, Fribourg: 1977, s. 61; Halûk Tandoğan, **Notions préliminaires à la théorie générale des obligations**, Genève: Librairie de l’Université, Georg & Cie S.A., 1972, s. 88.

⁹ Pierre A. Gillieron, **Les Garanties Personnelles en Matière Bancaire**, Genève: Librairie Droz, 1969, s. 65; Favre, **a.g.e.**, s. 36; Rochfeld, **a.g.e.**, s. 84; Deschenaux, **Partie I**, s. 61; İsmet Sungurbey, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957, s. 3 vd.; Tandoğan, **Notions préliminaires**, s. 89; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁰ Muster, **a.g.e.**, s. 65; Eren, **a.g.e.**, s. 191. Nitekim bu hususa Fransız MK m. 1131 açık olarak işaret etmiştir (Bkz. Rochfeld, **a.g.e.**, s. 83).

¹¹ Rochfeld, **a.g.e.**, s. 112.

¹² François Dessemontet, “Suretés, Garanties et Abstraction”, **Suretés et Garanties Bancaires**, CEDICAC, éd. Nicolas Iynedjian, Lausanne, 1997, s. 72-120, s. 78-79; Eren, **a.g.e.**, s. 191. Bu konuda ileri sürülen farklı görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 121.

Hukukî sebepler çeşitlilik gösterebilecektir: Alacak sebebi (*causa credendi*)¹³, bağışlama sebebi (*causa donandi*), ifa sebebi (*causa solvendi*), teminat sebebi, tespit sebebi, yenileme sebebi vb. Bunun yanında hukukî sebebin mutlaka bunlardan birisi olması ve hatta yapılan her bir işlem için bir tane olması da gerekli değildir¹⁴. Bazı durumlarda kazandırmanın sebebi atipik (*causa sui generis*) olabileceği gibi¹⁵, aynı kazandırma birden çok sebebe de dayanabilecektir¹⁶.

Hukukî sebep, kazandırmada güdülen tipikleşmemiş diğer amaçlardan yani saiklerden ayrılır. Hukuk sistemi, hukukî sebebe önem vermekle beraber saikleri kural olarak dikkate almaz¹⁷. Örnek olarak taraflar satım sözleşmesi kurduklarında bu işleme karakterini veren sebep alacak sebebi olacak ve satım sözleşmesine uygulanacak kuralların tespitinde etkili bir rol oynayacaktır. Oysa tarafların bu satım sözleşmesini aslında iş hayatına yeni atılmış olan satıcıya destek amacıyla yapmış olmaları hukuk sistemince nazara alınmaz. Saikler ancak şart düzeyinde tasarlandığında (TBK m. 170 vd.) veya esaslı bir saik hatası (TBK m. 32) oluşturabilecek karakterde olduklarında bir önem taşır ve işlevsel özellik kazanırlar¹⁸.

Çalışmamız açısından hukukî sebep kavramı önemli bir yere sahip bulunmaktadır¹⁹. Zira yaptığımız temel ayırım (gerçek – gerçek olmayan anlamda birlikte borçluluk) hukukî sebebin aynı veya farklı olmasına dayanmaktadır²⁰. Hukukî sebep birden fazla ve farklı olduğunda, ortada birden fazla hukukî işleme dayanan bir birlikte borçluluk durumunun varlığından söz edilmek gerekir.

¹³ Alacak sebebi kendi içinde farklı alt kategorilere ayrılmaktadır: iade alacağına sahip olma amacı, rücu alacağına sahip olma amacı, bir karşı edim alacağına sahip olma amacı (Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 171).

¹⁴ Roma Hukukunda yapılan bu üçlü tasnif (*credendi, donandi, solvendi*) sınırlı sayıda değildir, yukarıda da belirttiğimiz üzere kazandırma başka çeşitli amaçlarla da yapılabilecektir. (Bkz. Sungurbey, **a.g.e.**, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 117; Deschenaux, **Partie I**, s. 61-62)

¹⁵ Gillieron, **a.g.e.**, s. 67.

¹⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 185; Tandoğan, **Notions préliminaires**, s. 89-90.

¹⁷ Gillieron, **a.g.e.**, s. 65; Deschenaux, **Partie I**, s. 61; Favre, **a.g.e.**, s. 54; Sungurbey, **a.g.e.**, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 118.

¹⁸ Sungurbey, **a.g.e.**, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 118-119; Favre, **a.g.e.**, s. 56. Şart ve hukukî sebep kavramları arasında karşılaştırma için bkz. Rochfeld, **a.g.e.**, s. 231.

¹⁹ Çalışmamızda hukukî işlemleri temel alarak bir ayırmalandırma yapmış bulunmaktayız, birlikte borçluluğun kaynağı her bir ihtimalde hukukî işlem olmayabilir (haksız fiil ve kanunda yer alan diğer borç kaynakları), bu tür durumda da sebep kavramını geniş anlamıyla talep temeli olarak kullanmayı yeğliyoruz.

²⁰ Bkz. aynı yönde ayırım için Burak Özen, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 9 dn. 21.

III. Gerçek Anlamda (Aynı Hukukî Sebep) Birlikte Borçluluk Türleri

A. Elbirliği Borçluluğu

1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları

Bir birlikte borçluluk türü olarak elbirliği borçluluğu (*la dette commune*, *Obligation zur gesamnten Hand*), borçluların hepsinin birlikte hareket ederek yerine getirmekle yükümlü oldukları tek bir borcun söz konusu olduğu bir borçluluk yapısı meydana getirmektedir²¹, ²². Öte yandan alacaklı da sadece borçlulardan biri veya

²¹ François Guisan, **La Notion de Gesamte Hand ou de Conjonction**, Lausanne: Imprimeries Georges Bridel et Cie, 1905, s. 108; Henning von Prollius, **Ausgleich bei der Gesamtschuld**, Güstrov i. Meckl: Boy, 1931, s. 8; Alain Gautschi, **Solidarschuld und Ausgleich**, Zürich - St. Gallen: Dike Verlag AG, 2009; s. 78; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht**, 3. Auflage, Berne: Staempfli Verlag AG, 2009, s. 1201; Théo Guhl, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Auflage, (beartbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey), Zurich: Schulthess, 2000, s. 35; Henri Deschenaux, **Partie générale du droit des obligations**, Second cahier, Fribourg: 1975, s. 128; Hans Merz (çev. Giovannoni, Pierre) **Droit des obligations, Partie générale**, Tome I, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, Imprimerie Saint Paul, 1993, s. 95; Ahmet Hakan Dağdelen, **818 Sayılı ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Borçlular Arasında Teselsül**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011, s. 195; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, s. 503; Necmeddin Feyzi Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977, s. 298; Philippe Malinvaud / Dominique Fenouillet, **Droit des obligations**, LexisNexis, Paris: Litec, 11ème Edition, 2010, s. 352.

²² PECL Art. 10:101-3, elbirliği borçluluğuna ilişkin bir hüküm sevketmektedir. Ancak düzenleme sadece bundan ibarettir, pratikte bu borçluluk türünün çok söz konusu olmaması ayrıntılı bir düzenleme getirilmemesine yol açmıştır (Nicolas Rouiller, **Droit Suisse des Obligations et Principes du Droit Européen des Contrats**, CEDICAC, Lausanne: Litec, 2007, s. 57; Marcel Fontaine, "The New Provisions On Plurality of Obligors and of Obligees in the UNIDROIT Principles 2010", **Revue de Droit Uniforme**, 2011, s. 549-562, s. 551-552).

Paralel şekilde DFCR Art. III – 4:102:(3)'te de, elbirliği borçluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Düzenlemede elbirliği borçluluğunda alacaklının zorunlu olarak borçlulardan birlikte talepte bulunabileceği ve borçluların da ancak bir araya gelerek borcu ifa edebilecekleri belirtilmektedir (Christian von Bar / Eric Clive (eds), **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Frame of Common Reference (DFCR) Full Edition, Volume I, Prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)**, Munich: Sellier, European Law Publishers, 2009, s. 971).

UNIDROIT Principles 2010 ise, bu borçluluk türüne hiç yer vermemiştir, düzenlemesinde birlikte borçluluk türlerinden müteselsil borçluluk ve kısmi borçluluğa ilişkin hükümler getirmiştir. Bununla birlikte –düzenleme altına alınmamakla beraber- başka borçluluk türlerinin de bulunabileceği Art. 11.1.1 Comment 4'te ifade edilmiştir (Fontaine, **New Provisions**, s. 552; UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law**, Rome: UNIDROIT, 2010, Art. 11.1.1, Comment 4, s. 369). UNIDROIT Principles 2010'da bu borçluluk türüne yer verilmemesinin gerekçesi, milli hukuklarda bile söz konusu

birkaçından talepte bulunamaz, o talebini borçluların hepsine birden yöneltmelidir²³ (*in totum, sed non totaliter*). Borçlular da ifayı tek başlarına yapamazlar, birlikte hareket etmeleri şarttır²⁴. Ya da hepsinin aralarından birine temsil yetkisi vermeleri ve bu kişinin hepsi adına hareket etmesi gerekir²⁵. Dolayısıyla birden fazla borçlu, sanki hepsi birlikte tek kişiymiş gibi muamele görmektedir²⁶.

Türk Hukukunda elbirliği borçluluğun var olup olamayacağı konusunda öğretide bir tartışma söz konusudur.

Bir görüşe göre elbirliği borçluluğu, bir borcun birden fazla kişinin arasında elbirliği ortaklığı bulunduğu hallerde söz konusu olabilecek bir birlikte borçluluk halidir. Böyle bir durum söz konusu olmadığında ise, elbirliği ile borçtan veya borçluluktan zaten söz edilemeyecektir. Elbirliği ortaklığı halleri ise, Türk-İsviçre Hukukunda sadece kanunun belirttiği hallerde doğmakta ve sınırlı olarak öngörülmektedir. Bunlara verilebilecek başlıca örnekler, eşler arasındaki yasal mal rejimi olarak mal ortaklığı (TMK m. 257 f.2), aile malları ortaklığı (TMK m. 376), miras ortaklığı (TMK m. 640) ve adi ortaklık (TBK m. 520) halleridir²⁷. Söz konusu görüşe göre, elbirliği ortaklığına ait olan hak ve borçlar parçalanmaksızın bir bütün halinde bulunurlar²⁸. Dolayısıyla elbirliği halinde bir borç, borçlularının elbirliği halinde ortak oldukları malvarlığı değerlerine dâhil ve bu değerlerden yerine

borçluluk türüne uygulanacak hükümler hakkında tam bir açıklık olmaması ve farklı hukuk sistemlerinde bu borçluluk türünün farklı kategorilerde değerlendiriliyor olmasıdır (Bkz. Marcel Fontaine, **Position Paper on Plurality of Obligors and / or Obligees, Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd) Second Session**(Çevrimiçi), Rome: UNIDROIT, 4-8 June 2007, s. 11).

²³ Guisan, **a.g.e.**, s. 109; von Prollius, **a.g.e.**, s. 8; Gautschi, **a.g.e.**, s. 78; Koller, **a.g.e.**, s. 1201; Claire Huguenin, **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zurich: Schulthess, 2004, s. 224, Pierre Engel, **Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO**, 2ème Edition, Berne: Staempfli Editions SA, 1997, s. 828; Isabelle Romy, CO Art. 143-150, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, éds. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhaln, 2012, Intro Art. 143-150, N. 1; Peter Gauch / Walter R. Schlupe / Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 9. Auflage, Zurich: Schulthess, 2008, N. 3694; Ulrike Schwedhelm, **Das Gesamtschuldverhältnis, Entstehung-Wirkung-Ausgleich**, Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2003, s. 24; Bucher, **a.g.e.**, s. 503; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 88.07.

²⁴ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 194; Bucher, **a.g.e.**, s. 504; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 298; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 88.07; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 436.

²⁵ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1607.

²⁶ Guisan, **a.g.e.**, s. 106.

²⁷ Başka elbirliği ortaklığı örnekleri için bkz. Faruk Acar, **Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arasında Teselsül**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003, s. 89, dn. 222.

²⁸ Nüşin Ayiter, **Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları: İştirak Halinde Mülkiyet**, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1961, s. 101.

getirilecek olan bir borçtur²⁹. Öte yandan bundan başka, borçluların kendi kişisel malvarlıkları içinde yer alan şahsî borçlar da var olabilir. Bunlar elbirliği ortaklığının malvarlığı içinde yer almaz³⁰.

Durum böyle olmakla beraber, elbirliği ortaklığı öngörülen hallerde kanun, borçluları genel olarak başka bir sorumluluk rejimine, müteselsil sorumluluğa tabi tutmuş bulunmaktadır³¹. Türk-İsviçre Hukukunda elbirliği ortaklığı halinde bulunan kişilerin, elbirliği ortaklığının borçlarından ötürü birlikte borçlu olmaları durumunda, bunların müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilir³². Böyle olunca da, alacaklı karşısında bulunan elbirliği ortaklığına dâhil kişilerden dilediğine başvurarak ifa talebinde bulunabilecektir, borcun yerine getirilmesi için mutlaka her bir ortağı birlikte takip etmesine gerek bulunmamaktadır. Bu esasın kabul edilmesinden hareket eden ilgili görüş taraftarları, Türk Hukukunda ve kaynak İsviçre Hukukunda elbirliği halinde borcun genel olarak kabul edilmediğini ileri sürmektedir³³. Bu görüş taraftarlarından bazılarının göre, bir tek belki mirasçılardan sorumluluğu bakımından, belli bir kabullenme ekseninde, elbirliği borçluluğunun gündeme gelebileceği Eski Medeni Kanun zamanında ileri sürülebilirdi, ancak bu sonuç da kendi içinde başka tartışmaları barındırmaktadır. İleri sürülen ayrık durum, EMK m. 582'deki bir ifadeden ("*[m]üteveffanın borçları*") kaynaklanmakta idi. Buna göre, kanunda sadece murisin borçlarından ötürü müteselsil borçluluk esası öngörülmüştür. Oysa bunun dışında kalan bazı borçlar bulunmaktadır. Bunlar mirasın intikalinden doğan borçlar ile müteveffanın borcu olmayan başka birtakım borçlardır (örnek olarak terekede yer alan bir binanın veya bir hayvanın verdiği zarardan ötürü söz konusu olabilecek borçlar vb.). Dolayısıyla, sözü edilen bu son borçlar bakımından teselsül söz konusu olmayacaktır, çünkü teselsül sadece kanunun özel olarak belirttiği

²⁹ Guisan, **a.g.e.**, s. 101; Andreas W. Weiss, **Solidaritaet nach Art 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung**, Zürich – Basel – Genf: Schulthess, 2011, s. 32; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 438; Murat Canyürek, **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 8; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 20; Ayiter, **a.g.e.**, s. 101.

³⁰ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 20.

³¹ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1609; Engel, **Partie Générale**, s. 828; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 35.

³² Gautschi, **a.g.e.**, s. 79; Deschenaux, **Partie II**, s. 128; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3696; Canyürek, **a.g.e.**, s. 8; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 23. Bu durum, ortaklık malvarlığının bağımsızlığı prensibi ile çelişki göstermektedir. Ancak bu şekilde bir kabullenme, gerek işlem hayatındaki hız ve güvenlik bakımından isabet taşımakta, gerekse de alacaklının daha iyi korunmasına hizmet etmektedir. Zira özellikle borçlu sayısı fazla olduğunda elbirliği ile borçluluk bir sürü problemi beraberinde getirecektir (Bkz. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 24).

³³ Bkz. Guhl, **Obligationenrecht**, s. 41; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 21.

hallerde söz konusu olur. Böyle olunca da, bu borç grubu bakımından akla gelecek birlikte borçluluk türü elbirliği halinde olmalıdır³⁴. Ne var ki, bu görüş çoğunlukla kabul edilmemekte idi. Aksi görüş taraftarları ortada bir kanun boşluğu olduğundan yola çıkarak mirasçılarının mirasın borçları dışındaki diğer borçlardan da müteselsil borçluluk esasının benimsenmesi gereğine işaret etmekteydi³⁵. Zira böyle bir ayrılık, herhangi mantıkî bir temele dayanmamakta, sadece kanun maddesinin sözünden yola çıkılarak ortaya koyulmaktadır, amaç bakımından ise karışıklık yaratmaya elverişlidir. Ayrıca kanun koyucunun diğer elbirliği ortaklıklarında böyle bir ayrıma herhangi bir şekilde yer vermiyor olması da bu görüşü desteklemektedir. Belli ki, kanun koyucu alacaklıların menfaatlerini koruma amacıyla müteselsil borçluluk öngörerek hareket etmiştir³⁶, burada ise söz konusu prensipten ayrılmayı gerektirecek bir gerekçe mevcut bulunmamaktadır. Nitekim EMK m. 582'nin yerini alan TMK m. 641, “[t]ereke borçlarından” müteselsil sorumluluğu öngörmüş ve tartışmaya bu şekilde son vermiştir.

Diğer taraftan, borçlar hukukunda irade ve sözleşme özgürlüğü bulunduğundan hareketle, alacaklı ve birlikte borçluların anlaşarak elbirliği borçluluğu meydana getirilebileceğini ileri süren başka bir görüş daha bulunmaktadır³⁷. Söz konusu görüş uyarınca, tarafların bu anlaşmasının hüküm ifade edebilmesi için herhangi bir elbirliği ortaklığı yapısının bulunmasına da gerek bulunmamaktadır, tamamen sözleşmesel olarak böyle bir yapının meydana getirilmesi olanaklıdır³⁸. Elbirliği ortaklığının kanunda sınırlı sayıda hal bakımından öngörülmesi de bu yapının oluşturulmasına engel teşkil etmez, zira söz konusu ilke, malvarlığının aktifi bakımından geçerlidir, elbirliği halinde hak sahipliğine ilişkindir. Burada ise malvarlığının pasif değerleri bakımından bir değerlendirme yapılmakta, bir başka deyişle sözleşme serbestisinin hâkim olduğu borçlar hukuku alanında çalışılmaktadır.

³⁴ Ayiter, **a.g.e.**, s. 220;

³⁵ Zahit İmre, **Türk Miras Hukuku**, 2. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 1968, s. 642; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 24.

³⁶ Esas itibarıyla, kanun koyucunun elbirliği ortaklığının borçları bakımından elbirliği borçluluğu yerine müteselsil borçluluğu öngörmesi ortaklık malvarlığının bağımsızlığı prensibi ile çelişki içindedir, ancak bu noktada alacaklıların menfaatinin korunması ağır basmıştır. Zira elbirliği ile borçlulukta alacaklıların bütün borçlulara birden başvurmaları alacaklı açısından büyük güçlük yaratacaktır (Bkz. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 24).

³⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1148; Max Keller/ Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV**, Basel/Frankfurt: Lichtenhahn, 1984, s. 4; Deschenaux, **Partie II**, s. 128; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 95; Pio Caroni, “Geschichte und Dogmatik der Gesamthaftung”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, 1967, Band 103, s. 289-328, s. 309 vd.

³⁸ Caroni (**a.g.e.**, s. 310), elbirliği borçluluğunu diğer birlikte borçluluk türlerinden tamamen ayrı olarak değerlendirilmesi gereken *sui generis* bir yapı olarak kabul etmektedir.

Nitekim elbirliği ortaklığı öngörülen haller bakımından, ortaklık borçlarından ötürü müteselsil sorumluluk esasının kabul edilmiş olması da emredici bir kural değildir, dolayısıyla elbirliği ortaklıklarının borçları özelinde de, alacaklılarla anlaşmak kaydıyla, elbirliği ile borçluluk öngörülerek hak ve borç eksenleri paralel hale getirilebilecektir. Örneğin bir adi ortaklığının malvarlığında bulunan bir taşınmaz satıldığında, alacaklıya borçluların her birine talepte bulunma yükümlülüğü getirilebilir. Böyle bir kabullenme olmadığı takdirde ise alacaklı, müteselsil borçluluk esasını kabul ettiğinden borçluların her birinden talepte bulunabilecektir (TBK m. 638).

Kanaatimizce, taraflar arasında bir elbirliği borçluluğu ilişkisi kararlaştırıldığında zaten borçlular arasında alacaklının birlikte tatmin edilmesi amacına yönelik geçici bir ortaklık ilişkisinin kurulması söz konusu olacaktır, bu ortaklığın da malvarlığı düzeni, elbirliği ortaklığı malvarlığı düzeni olacaktır. Dolayısıyla elbirliği ile borçluluğun bulunduğu her bir durumda zaten dolaylı olarak elbirliği ortaklığının meydana geldiği söylenebilir. Hatta alacaklıyla yapılan anlaşmada elbirliği borçluluğunun öngörülmesi, zorunlu olarak bir elbirliği ortaklığı malvarlığı yapısını gerektirir, zira borç yerine getirilemediğinde alacaklı bu malvarlığına başvuruda bulunacaktır³⁹.

Bu borçluluk türünün alacaklıya ciddi külfetler yüklemesi nedeniyle uygulamada çok tercih edilmediği söylenebilir, hatta belki varlığına bile rastlamak çok olası olmayabilir⁴⁰, ancak sırf bu yüzden böyle bir kurumun hukuk sistemimize yabancı olduğu düşüncesini paylaşamıyoruz. Belli durumlarda, alacaklıyı razı edebilecek olan birlikte borçlular kendileri açısından daha avantajlı bu birlikte borçluluk türünü tercih edebilirler⁴¹.

2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu

Elbirliği ile borçlulukta, borçlular borcun tamamından sorumlu olurlar. Ne var ki alacaklı borçluların herhangi birinden borcu talep etmeye yetkili bulunmamaktadır. Alacaklının tatmin sağlayabilmesi için borçluların hepsini birden

³⁹ Guisan, **a.g.e.**, s. 105; Engel, **Partie Générale**, s. 828.

⁴⁰ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1608; Fontaine, **Position Paper**, s. 9.

⁴¹ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 95.

takip etmesi zorunluluğu bulunmaktadır⁴². Diğer bir deyişle, alacaklı borçlu temerrüdü sonuçlarından faydalanmak için gerekiyorsa borçluların her birine temerrüt ihtarında bulunmalı, alacağını alabilmek için ise hepsini birden dava etmelidir. Böylece ortaklığa ait tek bir borcun etkisini bölünmeksizin her bir ortakta göstermekte olduğu söylenebilir⁴³. Bu durumun usûl hukukundaki yansıması, elbirliği halinde borçluların zorunlu dava arkadaşı olmalarıdır. Alacaklı yalnızca bir borçluyu dava edemeyecektir^{44, 45}.

Elbirliği borçlularının hepsine karşı alacaklı tarafından ilamlı veya ilamsız icra ile takip yapıldığında, talep yerine getirilemezse borçlular arasında bulunan elbirliği ortaklığının malvarlığı değerleri haczedilerek paraya çevrilebilecektir⁴⁶. Bunun dışında borçlulara bireysel olarak başvurulması mümkün olmadığından, kural olarak onların kişisel malvarlığı değerlerine doğrudan başvuruda bulunulamaz. Ancak eğer elbirliği ortaklığının malvarlığında bulunan değerler borcu karşılamaya elverişli değilse, her bir borçluya oluşturulacak farazi paylar çerçevesinde takip yapılabileceği de ileri sürülmektedir^{47, 48}. Esasen bu düşünce, birlikte borçluların her biri ile alacaklı arasındaki asli edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlerinin ihlaline dayandırılabilir⁴⁹. Şöyle ki, bu birlikte borçluluk türünün varlığı, zorunlu olarak borçlular arasında bir elbirliği ortaklığı yapısı bulunmasını gerekli kılmaktadır. Alacaklı karşısında elbirliği borçluluğu ilintisi içinde bulunan birlikte borçlulardan her biri alacaklıya karşı, dolaylı olarak borcun

⁴² Guisan, **a.g.e.**, s. 105; Deschenaux, **Partie II**, s. 128; Engel, **Partie Générale**, s. 828 Ayiter, **a.g.e.**, s. 147; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 20.

⁴³ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 194; Bucher, **a.g.e.**, s. 504; Fezyioğlu, **a.g.e.**, s. 298; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 88.07.

⁴⁴ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. III, 6. Baskı, Demir & Demir Yayınları, İstanbul, 2001, s. 3286.

⁴⁵ Öte yandan Akıntürk (**a.g.e.**, s. 77), elbirliği borçlularına ayrı ayrı açılmış davalarla her birinin ayrı ayrı ifaya mahkûm edilmesinin de mümkün olabileceğini savunmaktadır. Yazarın bu görüşüne tam olarak katılmıyoruz. Zira bu durum ilk planda mümkün olamaz, ancak alacaklı elbirliği ortaklığı malvarlığından bütün borçlulara birlikte talepte bulunulduğunda gerekli tatmini sağlayamıyorsa, aşağıda da belirtileceği üzere birlikte borçlulara bireysel olarak talepte bulunabilecektir.

⁴⁶ Guisan, **a.g.e.**, s. 105; Engel, **Partie Générale**, s. 828.

⁴⁷ Guisan, **a.g.e.**, s. 105; Caroni, **a.g.e.**, s. 314.

⁴⁸ Ayrıca bkz. ve karş. PECL Art. 10:104, elbirliği borçluluğunda borcun yerine getirilmemesi durumunda bu durumdan bütün borçluların müteselsil olarak sorumlu olacakları kabul edilmektedir (Rouiller, **a.g.e.**, s. 59).

Benzer yönde bir düzenleme için bkz. DFCR Art. III - 4:105. İlgili düzenlemede de, borcun ifa edilmemesi bakımından yerine getirilecek tazminat edimi bakımından borçluların müteselsilen sorumlu olacağına işaret edilmektedir (von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 981).

⁴⁹ Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ile ilgili olarak bkz. Rona Serozan, ““Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, 1968, s. 108-129.

ifa edileceği bir elbirliği ortaklığı malvarlığı oluşturmak⁵⁰ ve borcun konusunu oluşturan değeri bu malvarlığına aktarmak yükümlülüğü altına girmiş olurlar. Zira borç, bu –elbirliği ortaklığının- malvarlığındaki değerlerden karşılanacaktır. İşte birlikte borçlular salt borcun ifa edilmesi bakımından bir adi ortaklık ilişkisinin tarafı olarak bulunacaktır. Söz konusu elbirliği ortaklığı malvarlığı yapısının oluşturulmaması veya ilgili değerın söz konusu malvarlığına aktarılmaması durumunda ise, borçlulardan her biri borca aykırı hareket etmiş olarak bundan – oluşturulan eşit farazi pay çerçevesinde- kişisel olarak sorumlu olur (TBK m. 112).

Bundan başka, yukarıda anılan borçluların bireysel olarak sorumluluğu paylaşacakları son durumda, alacaklı bir borçlunun ödeme güçsüzlüğü nedeniyle alacağını elde edemiyorsa, bu kez onun payı için diğer borçlulara başvuruda bulunabileceği kabul edilmektedir⁵¹. Bu noktada yapılan kabullenme, tam anlamıyla olmasa da bir noktada (diğer borçluların ödeme gücünün temin edilmesi) müteselsil borçluluk yapısıyla benzerlik göstermektedir. Açıkçası bu düşünceye tam olarak katılmıyoruz. Zira borçlular arasında bu koşullarda oluşacak ilişki, (farazi paylar oluşturulması suretiyle) kısmi borçluluk olacaktır. Kısmi borçlulukta ise, borçluların birbirlerinin ödeme güçsüzlüklerinden ötürü sorumlu olmaları söz konusu olmaz. Her borçlu kendi sadece kendi payının yerine getirilmesinden sorumludur.

3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu

Elbirliği borçluluğunda, olağan bir kurguda alacaklı olan ilişki tamamlandıktan sonra borçlular arasında bir iç hesaplaşma durumu olmayacağı düşünülebilir⁵². Bunun sebebi borçluların alacaklıya karşı dış ilişkide ancak “el ele” hareket edebilir durumda olmalarıdır⁵³. İşbu elbirliği borçluları arasında herhangi bir iç hesaplaşma olmayacağı varsayımı, onlardan her birinin dış ilişkide tam olarak üzerine düşen sorumluluğu yerine getirdiği durumlarda doğrudur. Sonuçta elbirliği borçluluğunda oluşacak iç ilişkide, borçluların hepsi alacaklıya karşı borcun tamamı için sorumluluk

⁵⁰ Eğer borçlular arasında hâlihazırda zaten böyle bir ortaklık yapısı varsa zaten ayrıca bir işlem yapılmasına –yeniden ayrı bir ortaklık daha kurulmasına- gereklilik bulunmamaktadır. Örneğin borçlular alacaklı karşısında bir adi ortaklık çatısı altında bir araya gelmişlerse böyle bir durum söz konusudur. Bilindiği üzere, adi ortaklıkta borçlardan sorumlulukta esas alınan yapı müteselsil borçluluktur, ancak bunun değiştirilmesine bir engel olmadığı için borçlardan sorumluluğun elbirliği borçluluğu çerçevesinde tasarlanmasına bir engel bulunmamaktadır.

⁵¹ Guisan, **a.g.e.**, s. 105.

⁵² Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1608.

⁵³ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 194.

altına girseler de, her bir borçlu nihai olarak edimin sadece bir kısmından sorumludur. Aksi kararlaştırılmadığı suretle elbirliği borçluları iç ilişkide borçtan eşit paylarla sorumlu olacaktır.

İstisnai bazı durumlarda ise, elbirliği borçluluğu bakımından da borçlular arası bir iç hesaplaşma söz konusu olabilir. Nitekim eğer dış ilişkide elbirliği borçluluğu olarak ifade bulunulurken, birlikte borçlulardan biri ön plana çıkararak, iç ilişkide taşınması gereken mali yükten daha fazlasını yüklediye rücu ilişkileri gündeme gelecektir. Örneğin A'ya karşı B1 ve B2 2.000 TL için elbirliği ile borçlu olsunlar. Bu durumda A, ifa talebini zorunlu olarak her iki borçluya da yöneltecektir. Talep karşısında B1 ve B2, 1.000'er TL kısmi katkıda bulunarak A'ya toplam ifayı gerçekleştirebilirler. Bu durumda herhangi bir rücu ilişkisi gündeme gelmez. A'ya yapılacak birlikte yapacakları ifanın mali yükünü olduğu gibi B1 taşıdığında ise, onun B2'den fazladan yüküne katlandığı 1.000 TL için rücu talebi olabilecektir.

Elbirliği borçluluğunda rücu ilişkisine yol açabilecek bir başka olasılık borcun ihlal edilmesi halinde ortaya çıkar⁵⁴. Bu borçlulukta borcun tamamından sorumluluk esas olduğu için, borcun ihlal edilmesi durumunda, alacaklı karşısında sanki tek bir borçlu varmışçasına, zararını elbirliği borçlularının hepsinden birlikte talep edebilecektir. Borçlular arasındaki iç ilişkide ise, borcun ihlal edilmesine yol açan borçlular, bir başka borçlu dış ilişkide bu yüke katlandığı ölçüde ona karşı sorumludur. Somutlaştıracak olursak, A'ya karşı B1, B2 ve B3 3.000 TL borç için elbirliği ile borçlu olsunlar. Bu durumda özel bir kararlaştırma yoksa borçluların her biri 1.000 TL için nihai sorumluluk yükü altındadır. Ancak eğer borçlulardan biri kendi yükü bakımından alacaklının talebine karşılık veremediği için borç vadesinde ifa edilemezse, tüm elbirliği borçluluğu birliği âdeta alacaklı karşısında tek bir borçlu varmışçasına temerrüde düşecek ve temerrüt faizinin tamamından ona karşı dış ilişkide tek vücut olarak sorumlu olacaktır⁵⁵. İç ilişkide ise, sebep olmadıkları halde sorumluluğun yüküne katlanan borçlu veya borçlular son tahlilde bunun asıl sorumlusuna rücu ederler.

Aynı durum, elbirliği borcunun konusunu oluşturan asli edim yükümlülüğünün imkânsızlaşarak yerini bir tali (ikincil) edim yükümlülüğü alması durumunda da

⁵⁴ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1608.

⁵⁵ Guisan, **a.g.e.**, s. 106.

geçerlidir. Böyle bir durum, sadece borcun konusunu sonradan kusuruyla imkânsız hale getiren bir elbirliği borçlusunun sorumlu tutulmasına, diğer borçluların borçtan kurtulmasına yol açmaz. Elbirliği borçluluğunda, borçlular bir birlik olarak tazminat borcundan tamamıyla sorumlu olur. Dış ilişkideki hesaplaşma tamamlandıktan sonra ise, iç ilişkide diğer borçlular imkânsızlıktan sorumlu olan borçluya karşı rücu talebinde bulunabilecektir. Yine bir örnekle somutlaştıralım. A'ya karşı B1, B2 ve B3 elbirliği ile antika bir arabanın mülkiyetini geçirmeyi borçlanmış olsunlar. A borç muaccel olduğunda zorunlu olarak bütün borçlulara başvurmalıdır. Tek bir borçludan dış ilişkide herhangi bir talepte bulunulamayacaktır. Borçlular hep birlikte borcunun bütününe yerine getirmekle yükümlüdür. Buna karşılık sadece B1 kusuruyla arabanın yanmasına sebep olursa, bu durum elbirliği borçlularının borçtan kurtulmasına ve B1'in tek başına sorumlu olmasına yol açmaz. Alacaklı karşısında hepsine birlikte başvurabildiği bir borçlu birliği olduğu için, borçluların sadece birine yani B1'e ait olan kusur, dış ilişkide âdeta üçüne birden izafe edilmiş olacaktır. İç ilişkide ise, sadece kusuruyla zarara yol açan birlikte borçlu borcun nihai yüküne katlanacağından, dış ilişkide borcun ifasının mali yükünü taşıyan diğer borçlular (B2 ve B3) B1'e rücu edebilecektir.

B. Kısmi Borçluluk

1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları

Kısmi borçluluk (*Teilschuld, dette partielle / conjointe divisible*)⁵⁶ aslında bizatihi borçlanılan edimin özelliği ile ilgili bir birlikte borçluluk türüdür⁵⁷. Kısmi borçluluğun söz konusu olabilmesi, borcun konusunu oluşturan edimin bir bütün teşkil etmesine rağmen bölünebilir olmasına bağlı bulunmaktadır⁵⁸. Bölünebilir bir edim ile kastedilen, edimin özelliğinde veya tabi tutulduğu ekonomik amaçta bir

⁵⁶ Bu borçluluk türü için “müşterek borçluluk” veya “paylı borçluluk” ifadeleri de kullanılmaktadır. Biz yaptığımız ayırmada, “müşterek” sıfatının birliktelik ifade ederek daha üst bir başlığı kapsadığını düşündüğümüzden, öte yandan paylı borçluluk kavramını da aşağıda kısmi borçluluğun bir alt türünü ifade etmek için kullandığımızdan bu “kısmi borçluluk” ifadesini tercih ediyoruz.

⁵⁷ Schwedhelm, **a.g.e.**, s. 21; von Prollius, **a.g.e.**, s. 7; Bucher, **a.g.e.**, s. 487; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 191.

⁵⁸ Walter Selb, **Mehrheiten von Glaubigern und Schuldner**, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, s. 20; Horst Jürgens, **Teilschuld–Gesamtschuld–Kumulation**, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, s. 18; von Prollius, **a.g.e.**, s. 7; Weiss, **a.g.e.**, s. 24; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.03; Nouhad Sbai, **La solidarité entre les débiteurs en droit suisse et français**, Université de Genève, Genève: Imprimerie Genevoise, 1950, s. 12; Hugo Oser / Wilhelm Schönenberger, **Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183**, 2. Auflage, Zurich: Schulthess & Co., 1929, Vorb. Art. 143-150, N. 2; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 437; Canyürek, **a.g.e.**, s. 9.

eksilme olmaksızın edim parçalarına ayrılabilmesinin mümkün olmasıdır⁵⁹. Eğer bir şekilde başlangıçta bölünebilir bir edim daha sonra bölünmez hale gelirse borçluluk yapısının da değişeceğine, borçluların artık bölünemeyen borçluluk hükümlerine (TBK m. 85) göre edimin tamamından sorumlu olacaklarına da dikkat çekilmelidir⁶⁰. Bunun yanında söz konusu birlikte borçluluğun doğumu için olumsuz bir şart, kanundan veya taraf anlaşmasından kaynaklanan bir müteselsil borçluluk durumunun bulunmuyor olmasıdır⁶¹.

Kısmi borçlulukta, borcun tek bir hukukî sebebi bulunmakta⁶², borçlar doğuşları bakımından birbirine bağlı bulunmaktadır⁶³. Dolayısıyla birer birer kısmi borçların varlığı, bütünü teşkil eden tümel borcun varlığına bağlıdır⁶⁴. Geniş anlamdaki borç ilişkisi tek olmakla beraber, bundan doğan dar anlamda kısmi borçlar kompartımanlar (birimler) halinde yer almaktadır⁶⁵, ⁶⁶. Böylece borçlar doğduktan sonra, kaderleri birbirinden bağımsızlaşır⁶⁷. Alacaklı her bir borçluya karşı, onun kendi payı kadar talepte bulunabilecektir, yoksa alacağının tamamını tek bir borçludan talep edemez⁶⁸. Aynı şekilde, bir borçlunun yaptığı ifa, diğerinin borcuna

⁵⁹ Selb, **a.g.e.**, s. 21; Peter Bydliniski, §§ 414-432 BGB, **Münchener Kommentar zum BGB, Band 2**, 6. Auflage, München: C.H. Beck, 2012, BGB § 420, N. 4; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 14.

⁶⁰ Deschenaux, **Partie II**, s. 127.

⁶¹ Gautschi, **a.g.e.**, s. 74.

⁶² Weiss, **a.g.e.**, s. 25; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 80; Bucher, **a.g.e.**, s. 487; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1604; Gauch / Schluep / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3688; Antoine Hontebeyrie, **Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français**, Paris: Edition Economica, 2004, s. 302; Andreas Von Tuhr (çev. Cevat Edege), **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C.I-II, Ankara: Yeni Matbaa, 1952, s. 778.

⁶³ Selb, **a.g.e.**, s. 19.

⁶⁴ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 80; Eren, **a.g.e.**, s. 1198; Canyürek, **a.g.e.**, s. 10.

⁶⁵ Selb, **a.g.e.**, s. 18; von Prollius, **a.g.e.**, s. 7; Deschenaux, **Partie II**, s. 127; Koller, **a.g.e.**, s. 1201; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 29; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.03; Gauch / Schluep / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3687; Moreau, **a.g.e.**, s. 18; Fontaine, **Position Paper**, s. 10.

⁶⁶ PECL Art. 10:101-2, kısmi borçluluğa ilişkin hüküm getirmektedir. Düzenlemede her bir borçlunun diğerinden bağımsız şekilde alacağın bir bölümü için alacaklıya karşı sorumlu olacağı ve alacaklının da ancak bu oranda kısmi borçluların her birinden talepte bulunabileceği kabul edilmektedir (Bkz. Rouiller, **a.g.e.**, s. 57-58; Fontaine, **New Provisions**, s. 551).

Bunun yanında DFCR Art. III - 4:102:(2) ve III - Art. 4:104 de, kısmi borçluluğa ilişkin hükümler sevkettirmektedir. Söz konusu düzenlemelerde her bir borçlunun sadece kendi payından sorumlu olacağı ve aksi öngörülmedikçe payların eşit olacağı öngörülmektedir (von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 972-973).

Art. 11.1.1 (b) UNIDROIT Principles 2010 da kısmi borçluluğa ilişkin düzenleme getirmektedir. UNIDROIT düzenlemesinin hukuk sistemimizden farklı özelliği genel bir teselsül karinesini öngörmüş olmasıdır (Art. 11.1.2), buna göre aynı borcu borçlanan birden fazla borçlu arasında aksine bir belirtme bulunmuyorsa müteselsil borçluluk esasları uygulama alanı bulacaktır (Fontaine, **New Provisions**, 552; Art. 11.1.1, Comment 3, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 369).

⁶⁷ Weiss, **a.g.e.**, s. 24; Selb, **a.g.e.**, s. 18; Paul Gadmer, **Solidarschuldner und Bürge nach Schweiz Obligationenrecht**, Zurich: Buchdr. AG, 1929, s. 40; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 29; Deschenaux, **Partie II**, s. 127; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.03; Bucher, **a.g.e.**, s. 487; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 193; Engel, **Partie Générale**, s. 829; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 778.

⁶⁸ Weiss, **a.g.e.**, s. 24; Gautschi, **a.g.e.**, s. 73; Koller, **a.g.e.**, s. 1201; Engel, **Partie Générale**, s. 829; Jürgens, **a.g.e.**, s. 11; Hontebeyrie, **a.g.e.**, s. 315; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 435.

hiçbir etkide bulunmayacak, onun borcunun kapsamını değiştirmeyecektir⁶⁹. Alacaklı da bir borçludan elde edemediği borç kısmını, diğer borçlulardan talep edemeyecektir⁷⁰. Bu perspektiften bakıldığında, kısmi borçluluğun alacaklı açısından pek güvence içermeyen bir birlikte borçluluk türü olduğu açıktır⁷¹.

Türk Hukukunda bölünebilen bir edimin birden fazla borçlusunu arasında kabul edilen temel birlikte borçluluk ilişkisi kısmi borçluluktur⁷². Ticari işler dışında teselsül karinesine yer verilmemiştir (Bkz. TTK m. 7). Bu sonuca TBK m. 162 hükmünden hareketle varılmaktadır⁷³. Söz konusu kural, Roma Hukukundan devralınmıştır. Roma Hukukundaki ifadesiyle her bir borçlu belli bir borç payından (*pro rata, pro parte*) sorumlu olur. Bunun sebebi, teselsülün alacaklılar için olumlu yapısına rağmen borçlular üzerinde aşırı bir yük oluşturmasıdır. Alman Hukukunda ise durum tam tersidir. Her ne kadar BGB § 420 hükmünde bölünebilen bir edim açısından kısmi borçluluğun söz konusu olacağı belirtilmekte ise de, § 427 hükmü bir teselsül karinesi öngörmektedir. Dolayısıyla söz konusu hukuk sistemi bakımından bizdekine ters olarak, müteselsil borçluluk kural, kısmi borçluluk ise istisnadır⁷⁴.

2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu

Kısmi borçlar, hukukî sebepleri tek olmak ve doğuşları bakımından birbirlerine bağlı bulunmakla birlikte, bu aşamadan sonra kaderleri birbirlerinden (kapsam ve ifa yönünden) bağımsızdır⁷⁵. Buna göre her bir borçlu diğer borçlununkinden ayrı ve parçalanmış bir borç üstlenmiş olur⁷⁶. Bunun çeşitli sonuçları olacaktır: Kısmi borçlulardan biri bir şekilde borcunu ödeyemediğinde ve acze düştüğünde alacaklının diğer kısmi borçlulara başvurma olanağı bulunmaz⁷⁷. Yine alacaklı bir kısmi

⁶⁹ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 80; Koller, **a.g.e.**, s. 1201; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 17.

⁷⁰ Gautschi, **a.g.e.**, s. 73; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 29; Jürgens, **a.g.e.**, s. 11.

⁷¹ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 193.

⁷² Eren, **a.g.e.**, s. 1199; Canyürek, **a.g.e.**, s. 10.

⁷³ Weiss, **a.g.e.**, s. 25; Engel, **Partie Générale**, s. 829; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 81; Gadmer, **a.g.e.**, s. 39.

⁷⁴ Marcel Haillecourt, **Des obligations solidaires en droit allemand et en droit français**, Bordeaux: Imprimerie Nouvelle F. Pech & Cie, 1911, s. 38-39; Martin Schmidt-Kessel, "Glaebiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel", **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilgesetzes**, Berlin: Sellier –de Gruyter, 2012/2013, s. 361-404, s. 391; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 15.

⁷⁵ Engel, **Partie Générale**, s. 829; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.03.

⁷⁶ Selb, **a.g.e.**, s. 18; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N.1604; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Vorb. Art. 143-150, N. 2; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.03; Huguenin, **a.g.e.**, s. 220.

⁷⁷ Selb, **a.g.e.**, s. 26.

borçluya karşı haiz olduğu def'i hakkını, bir diğerine karşı ileri süremez. Örnek olarak, bir borçlunun borcunu ödememesi neticesinde ödemezlik def'i ileri sürme hakkı (TBK m. 97) kazanan alacaklı, bunu bir diğer kısmi borçluya karşı ileri süremeyecektir⁷⁸. Son olarak bağımsızlığın bir neticesi olarak, kısmi borçlardan birini sona ermesi diğerlerini etkilemez⁷⁹.

Kısmi borçlulukta borçlulardan her birinin borcunun kapsamı tespit edilirken taraflar arasındaki anlaşmaya bakılacaktır, şayet taraflar arasında özel bir anlaşma yoksa bu durumda –TBK m. 167 f.1'den kıyasen- her bir borçlu sayısının eşit paylarla alacaklıya karşı sorumlu olacağı sonucuna varılmalıdır^{80, 81}.

Kısmi borçluluk, alacaklı açısından şüphesiz elverişsiz (dezavantajlı) bir yapı meydana getirmektedir. Zira alacaklı borçluların her birine karşı borcun ancak bir kısmı için ayrı ayrı takipler yapmak zorunda kalır⁸². Diğer taraftan alacaklının borçluların birinden elde edemeyeceği alacak parçası bakımından diğer borçlulara başvuramaması da bu borçluluk türündeki diğer önemli bir riski oluşturmaktadır⁸³.

3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu

Kısmi borçlulukta borçlulardan her biri alacaklıya karşı edimin tamamından sorumlu değildir. Alacaklı, borcun tamamı için bir borçluya başvurduğu durumda

Bu durumun aksine anlaşma yapılması mümkündür. Bazı durumlarda kanun koyucu da durumun farklı şekilde düzenlenmesini öngörmüş olabilir. Nitekim adi birlikte kefillerin sorumluluğu bakımından durum böyledir. Şöyle ki bunlar alacaklıya karşısından bir tür kısmi borçlu olarak bulunmaktadır. Kanun koyucu olağan durumdan farklı olarak, adi birlikte kefillerin kendi hisseleri bakımından adi kefil, diğer kefillerin hisseleri açısından ise kefile kefil gibi sorumlu olacaklarını öngörmektedir (TBK m. 587). Dolayısıyla genel kuraldan farklı olarak, adi birlikte kefillerden birinin ödeyemediği kefalet borcundan ötürü diğer kefiller bir noktaya kadar sorumlu olacaktır (Özen, **Kefalet**, s. 315-316).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin nafaka borçları açısından benzer yaklaşımı için bkz. BGE 60 II 236.

⁷⁸ Alman Hukukunda bu konuda bir istisna öngörülmektedir. BGB § 320'ye göre alacaklı bir kısmi borçluya karşı sahip olduğu ödemezlik def'i ileri sürme hakkını diğerlerine karşı da kullanabilecektir.

⁷⁹ Engel, **Partie Générale**, s. 829; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 18.

⁸⁰ Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Vorb. Art. 143-150, N. 2; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.04; Selb, **a.g.e.**, s. 25; Moreau, **a.g.e.**, s. 18.

⁸¹ Alman Hukukunda da kısmi borçlulukta borçlu sayısına göre eşit paylaşım yapılacağına ilişkin bir hüküm BGB § 420'de yer almaktadır (Selb, **a.g.e.**, s. 25; Jürgens, **a.g.e.**, s. 11; von Prollius, **a.g.e.**, s. 7, Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 420, N. 1; Béguelin, **FJS 872**, s.1).

PECL Art. 10:103'te de kısmi borçlulukta aksi kararlaştırılmamışsa borçluların eşit paylardan sorumlu olacakları kabul edilmektedir (Rouiller, **a.g.e.**, s. 59).

Aynı yönde bkz. DFCR Art. III - 4:104 (von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 980).

⁸² Ancel, Pascal, **Droit des sûretés**, Paris: Litec, 1998, s. 19.

⁸³ Ancel, **a.g.e.**, s. 19.

bölme defii (*beneficium divisionis*) ileri sürülebilir. Buna bağlı olarak olağan bir kurguda borçluların fazla ödeme yapmak zorunda kalarak iç ilişkide hesaplaşmaları söz konusu olmaz⁸⁴, ⁸⁵. Öte yandan borçlular alacaklı ile olan ilişkide ne oranda sorumlu olacaklarını diledikleri gibi belirleyebilirler⁸⁶. Eğer herhangi bir anlaşma bulunmuyorsa kısmi borçlular eşit oranda sorumlu olurlar⁸⁷. Bundan başka, borcun nihai yüküne kimin katlanacağı da iç ilişkide farklı olarak öngörülebilir⁸⁸. İşte eğer alacaklı ile olan dış ilişkide, borçluların kendi aralarındaki oranlamanın yansıtılması yapılmadıysa, alacaklı kısmi borçlulardan her birine eşit oranda başvurabilir. Bu durumda iç ilişkideki payından daha fazlasını ödemek zorunda kalan borçlu, ödediği bu fazlalık için yükü asıl taşıması gereken borçluya rücu eder. Söz konusu rücu ilişkisi, vekâlet veya başka bir sözleşme ilişkisine, vekâletsiz iş görmeye veya sebepsiz zenginleşmeye dayanabilecektir.

Kısmi borçluluğun özel bir alt türü, paylı borçluluktur. Paylı borçluluk, aralarında paylı hak sahipliği ilişkisi bulunan kişiler açısından söz konusu olur. Paylı borçlular, aksi kendi aralarında kararlaştırılmadıysa, iç ilişkide borcun paylı hak sahipliği yapısı içindeki payları kadar sorumlu olacaklardır. Bununla beraber yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, söz konusu paylı hak sahipliği yapısındaki oranlar alacaklıyla olan dış ilişkiye yansıtılmadıysa ve bunun bir şekilde dışarıdan anlaşılması mümkün değilse, alacaklı her bir paylı borçluya eşit oranda gidebilme imkânına sahip olacaktır. Böyle bir durumda da paylı borçlular daha sonra aralarındaki iç ilişkide hesaplařacaklardır⁸⁹.

Buraya kadar değindiğimiz özellikleri bir örnekle somutlaştırabiliriz: Beyaz eşya satıcısı A, B1 ve B2'ye 6.000 TL karşılığında bir televizyon satsın. Bu durumda, aksi sözleşmede veya kanunda belirtilmedikçe, A B1'den borcun yalnızca 3.000 TL'lik kısmını isteyebilecektir. Bu durum, B1 aciz haline düştüğünde dahi değişiklik göstermez, onun ödeyemediği bağımsız kısım, B2'den istenemez. B1 ve

⁸⁴ Weiss, **a.g.e.**, s. 25; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 81; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1605.

⁸⁵ Bir kısmi borçlu, bir diğerinin borcunu ifa ettiği durumda üçüncü kişinin ifasına ilişkin hükümler uyarınca hareket edilecektir. Borçlunun kişiliği ile alakalı olmayan edimlerin üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmesi mümkündür, hatta alacaklı buna karşı da çıkamaz. Böyle bir durumda, daha sonra rücu edeceğini düşünerek ifada bulunan kısmi borçlu diğerine duruma göre vekâlet sözleşmesi, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme talep temellerinden birine dayanarak talepte bulunabilir.

⁸⁶ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 17; Canyürek, **a.g.e.**, s. 10.

⁸⁷ Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3687.

⁸⁸ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 17; Eren, **a.g.e.**, s. 1198.

⁸⁹ Selb, **a.g.e.**, s. 26.

B2 ise, aralarında daha önceden yaptıkları anlaşma ile televizyona B1'in 1/3, B2'nin ise 2/3 oranında paylı malik olacağını kararlaştırmış olabilirler. Bunu A'ya bildirmediği takdirde, B1 kendisinden yalnızca 2.000 TL istenebileceği şeklinde bir savunma yapamaz. Sonuçta bu durum, tamamen B2 ile aralarındaki özel ilişkiye dayanmaktadır. Ne var ki, A'ya 3.000 TL ödendikten sonra, B1, B2'den iç ilişkide kendi payı bakımından fazlalık teşkil eden 1.000 TL için talepte bulunabilecektir.

Kısmi borçlulukta, borçlular arası ilişkiye yol açabilecek bir diğer olasılık kısmi borçlulardan birinin tüm borç tutarını alacaklıya ödemesi hali olabilir. Kısmi borçlunun bu şekilde alacaklıya bulunacağı ifa esas itibarıyla üçüncü kişinin ifasından başka bir şey değildir. Alacaklı böyle bir durumda diğerlerinden birinin de payını ödemek isteyen kısmi borçlunun teklifini kısmi ifa teklifi olduğu gerekçesiyle reddedemez. Zira her bir borçlunun ifa etmesi gereken kısım, bağımsız olarak kendi açısından tam ifanın şartlarını karşılamaktadır. Üçüncü kişinin ifasıyla birlikte, kural olarak borç sona erer. Bu durumda kısmi borçlu diğerlerine bağışlamada bulunma kastıyla da hareket etmemişse, bir rücu ilişkisi gündeme gelebilecektir. Bu rücu ilişkisi, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi varsa buna dayanabilecektir, ancak böyle bir ilişki de yoksa kısmi borçlu ya vekâletsiz iş görme temeline ya da sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak diğerlerine rücuda bulunabilecektir. Bu bağlamda akla gelebilecek bir başka hal de, diğer kısmi borçluların söz konusu borcun ifa edileceğini ve ifada bulunacak kısmi borçlunun kendisine halef olacağını alacaklıya önceden ihbarda bulunmalarıdır. Bu durumda TBK m. 127'ye göre borç sona ermez. Kısmi borçlu alacaklının yerine geçerek diğerlerinden talepte bulunabilir.

Kısmi borçluluğun özel bir görünümü olan adi birlikte kefalette durum, burada yapılan genel açıklamalara kıyasla farklılık arz etmektedir, aşağıda bu konuya da ayrıca değinilecektir⁹⁰.

⁹⁰ Bkz. aşağıda §1, IV, B, 3 altında adi birlikte kefaletteki rücu ilişkilerine dair açıklamalarımız.

C. Müteselsil Borçluluk

1. Borçluluk Yapısı

a. Genel Olarak

Müteselsil borçlulukta (*Solidarschuld / Gesamtschuld*⁹¹, *dette solidaire*) yapı olarak alacaklı karşısında aynı hukukî sebeple borç altına girmiş birden fazla borçlu birlikte, âdeta birbirlerine bir kısıpçla tutturulmuş şekilde bulunmaktadır⁹². Öyle ki bunların her biri alacaklıya karşı bir borcun tamamından asıl borçlu sıfatıyla sorumludur, ancak içlerinden herhangi biri veya birkaçı ifada bulunduğu ve borcu sona erdirdiği durumda, ifa edilen miktar oranında diğer borçlular da borçtan kurtulmaktadır⁹³. Öyle ki borçluların bir araya gelmelerindeki amaç alacaklıyı tatmin etmek noktasında tipikleşmektedir⁹⁴.

Borçlanılan edimin bölünebilir olması, bütün borçluların borcun tamamından sorumlu olması sonucunu değiştirmez. Borç ister bölünebilir, isterse bölünemez olsun⁹⁵, teselsül yapısı kurulabilir, borcun mahiyeti bakımından bir gereklilik söz konusu deđildir⁹⁶. Alacaklıyla olan ilişkilerinde borçlular arasındaki teselsül ilişkisi, borcun tamamen sona ermesine kadar devam eder⁹⁷.

⁹¹ Almanca terimlerden ilki İsviçre Hukukunda, ikincisi ise Alman Hukukunda aynı kavramı ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

⁹² Weiss, **a.g.e.**, s. 11-12; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 81; Haillecourt, **a.g.e.**, s. 8.

⁹³ Romy, **CoRo.**, Intro Art. 143-150, N. 1; Christian Heierli / Anton K. Schnyder, Art. 143-150 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 143, N. 1; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 30; Hermann Becker, **Berner Kommentar zum ZGB, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, Bern: Verlag Staempfli & Cie, 1917, Vorb. Art.143-150, N.1; Weiss, **a.g.e.**, s. 13; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Vorb. Art. 143-150, N. 1; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1600-1601; Huguenin, **a.g.e.**, s. 220; Canyürek, **a.g.e.**, s. 11; Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 353; Zahit Çandarlı, "Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımı Kesimi", **Adalet Dergisi**, Aralık 1945, Yıl 36, Sayı 12, s. 1288-1295, s. 1288, Haillecourt, **a.g.e.**, s. 8.

⁹⁴ Gautschi, **a.g.e.**, s. 12; Michel Cabrillac / Christian Mouly / Séverine Cabrillac / Philippe Pétel, **Droit des sûretés**, 9ème Edition, LexisNexis, Paris: Litec, 2010, s. 334; Bydliński, **MünKom.**, BGB § 421, N. 4.

⁹⁵ Normal şartlarda, teselsül kararlaştırılmadığı surette böyle bir durumda teselsüle bazı noktalarda benzer sonuçlar içeren bir bölünmez edimden dolayı birlikte borçluluk ilişkisi ortaya çıkacaktır. Ancak bu durum taraflar arasında özel olarak teselsülün kararlaştırılmasına engel değildir, bazen de bu sonuç kendiliğinden kanun hükmü gereği söz konusu olacaktır (Bkz. aşığıda §1, III, E,1, a altındaki açıklamalarımız).

⁹⁶ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 191.

⁹⁷ Romy, **CoRo.**, Art. 144, N. 7.

Tüm birlikte borçluluk türleri arasında müteselsil borçluluk, alacaklıyı en rahat ve teminat altında bulunduran borçluluk türüdür, hatta bu açıdan müteselsil borçluluğun bir nevi kişisel teminat ilişkisi oluşturduğu da söylenebilir⁹⁸, ⁹⁹. Alacaklının bu ayrıcalıklı durumunu ifade etmek için doktrinde Alman Hukukçu **Heck**, ona “*juristischen Pascha*”(Hukuk Paşası) yakıştırmasında bulunmaktadır¹⁰⁰. Sonuçta alacaklı bir borçludan alamadığı borç tutarını diğer borçlulardan talep edebilecek ve bu şekilde borcun ifa edilmemesi rizikosunu en düşük seviyede tutacaktır. Bu durum, alacaklının tamamen tatmini sağlanana kadar devam eder¹⁰¹. Borçlular açısından ise aynı rahatlıktan bahsedilemez. Teselsül, borçlular için tam tersine ciddi bir dezavantaj oluşturur¹⁰². Zira tek başına borçlu olduğu bir kurgudan farklı olarak, müteselsil borçlunun dış ilişkide alacaklıya ifada bulduktan sonra bir de iç ilişkide diğer borçlulara rücu talebinde bulunması gerekecektir¹⁰³.

Müteselsil borçlulukta, alacaklıyla borçluların ilişkisini kapsayan dış ilişki ve borçluların kendi aralarındaki iç ilişkiden oluşan bir bütün bulunmaktadır¹⁰⁴.

⁹⁸ Romy, **CoRo.**, Art. 143, N. 2; Gautschi, **a.g.e.**, s. 14; Béguelin, **FJS 872**, s. 1; Hoang Hoai, **Des effets de la solidarité passive dans les rapports entre le créancier et le débiteur**, Paris: Les éditions Domat-Montchrestien, 1934, s. 12; Haillercourt, **a.g.e.**, s. 8; Yaşar Karayalçın, “İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 65, Sayı 4, 2007, s. 107-119.

s. 109; Weiss, **a.g.e.**, s. 21; Virgile Rossel, **Manuel du droit fédéral des obligations**, Tome Premier, Lausanne – Genève: Librairie Payot & Cie, 1920, s. 205; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Vorb. Art. 143-150, N.1; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1617; Sbai, **a.g.e.**, s. 14; Manuella Bourassin / Vincent Brémond / Marie-Noelle Jobard-Bachelier, **Droit des sûretés**, 3ème Edition, Paris: Sirey, Dalloz, 2012, s. 201-202; Alain Bénabent, **Droit des obligations**, 13ème Edition, Paris: Montchrestien, 2012, s. 574; Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 333; Boris Starck, **Droit civil, Obligations**, Paris: Librairies Techniques, 1972, s. 556; Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 421, N. 2. Müteselsil borçluluğun teminat işlevi ile ilgili olarak bkz. BGE 93 II 329.

⁹⁹ Bu özellik bir başka birlikte borçluluk türü olan kısmi borçlulukla karşılaştırma yapıldığında daha iyi anlaşılacaktır. Kısmi borçlulukta alacaklı, borçluların her birine borcun belli bir miktarı için gidebilmekte dolayısıyla tam ve randımanlı şekilde bir ifayı sağlayabilme riski alacaklı bakımından güçleşmektedir (Weiss, **a.g.e.**, s. 21).

Ayrıca müteselsil borçluluğun teminat işlevi ile ilgili olarak bkz. Art. 11.1.2, Comment 3, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 370.

¹⁰⁰ Bkz. Philipp Heck, **Grundriss des Schuldrechts, unveränderte Nachdruck**, Tübingen: JCB Mohr, 1958, s. 232. Benzer bir yakıştırma için bkz. Schwenzer, **a.g.e.**, N. 88.18; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art 144, N.1.

¹⁰¹ François Terré / Philippe Simler / Yves Lequette, **Droit civil, Les Obligations**, 10ème Edition, Paris: Dalloz, 2009, s. 1231; Selb, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁰² Çandarlı, **a.g.e.**, s. 1289

¹⁰³ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1618; Çandarlı, **a.g.e.**, s. 1289.

¹⁰⁴ Gadmer, **a.g.e.**, s. 46; Romy, **CoRo.**, Art. 143, N. 11; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 143, N. 8; Koller, **a.g.e.**, s. 1213; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 32; Becker, **BerKom.**, Art. 143, N. 3; Edouard Béguelin, “Obligations solidaires II: Effets”, **FJS**, N. 873, Genève, 1945, s. 1; Weiss, **a.g.e.**, s. 14; Şevket Günay Bigat, **Teselsülde Dış İlişkide Borçluların Def’ileri**, (Çevrimiçi), s. 1-50, 2009, s. 1.

Müteselsil borçluluğun dış ilişkideki yapısının açıklanmasında, dar anlamda¹⁰⁵ tek bir borç ilişkisi mi yoksa borçlu sayısı kadar mı borç ilişkisi olduğu noktasında önemli bir tartışma bulunmaktadır¹⁰⁶. Bir görüşe göre, müteselsil borçluluk, pasif tarafı birden fazla kişiden oluşan dar anlamda bir tek bir borç ilişkisi meydana getirmektedir. Bu görüş, teklik görüşü (*Einheitstheorie*) olarak anılır¹⁰⁷. Görüşün temelinde Roma Hukukundaki korreal borç kavramı bulunmaktadır¹⁰⁸. Bu teoriyi

¹⁰⁵ Dar anlamda borç ilişkisi ile kastedilen geniş anlamda borç ilişkisinden doğan tekil borçlardır (Bkz. Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 33; Tandoğan, **Notions préliminaires**, s. 1).

Ele alınacak tartışmada ileri sürülen görüşlerden hangisi kabul edilecek olursa olsun geniş anlamda borç ilişkisi her zaman bir tane olacaktır. Dolayısıyla gerek teklik gerekse çokluk teorisi kabul edildiğinde dar anlamda borcun (/borçların) meydana geldiği hukukî sebep bir ve aynıdır.

¹⁰⁶ Bu görüşlerin yanında bir de, daha az popüler bir görüş olarak, Fransız Hukukunda teselsülün yapısını açıklamakta kullanılan karşılıklı temsil ilişkisi görüşü bulunmaktadır. Buna göre borçlulardan biri tarafından yapılan ifa veya diğer bir hukukî işlemin diğerleri bakımından da kısmen veya tamamen etki doğurması, onların birbirlerini karşılıklı olarak temsil ettikleri fikrine dayandırılabilir. Bu görüşün kabul edilmesine gerekçe olarak Fransız MK. m. 1205 ve 1206 gösterilir. Bu hükümlerde borçlulardan birine gönderilecek temerrüt ihtarının her birini temerrüde düşüreceği ve borçlulardan sadece birine karşı kesilecek zamanaşımının diğerlerine karşı da kesileceği düzenlenmektedir (bu son düzenleme TBK m. 155 hükmü ile bizim kanun sistemimizde yer almaktadır). Bu teori için bkz. Haillecourt, **a.g.e.**, s. 153vd.; Hontebeyrie, **a.g.e.**, s. 57 vd.; Pierre Plissonneau-Duquêne, **Des effets de la solidarité passive**, Bordeaux: Imprimerie Y Cadoret, 1898, s. 66vd.; Pierre Seiler, **L'autorité de la chose jugée en matière de la solidarité passive**, Paris: Les éditions Domat-Montchrestien, 1933, s. 36 vd.; Sbai, **a.g.e.**, s. 75 vd.; Ancel, **a.g.e.**, s. 25; Daniel Mainguy / Jean Louis Respaud, **Droit des obligations**, Paris: ellipses, 2008, s. 365; Moreau, **a.g.e.**, s. 38-39; Paul Proust, **Des effets secondaires de la solidarité passive**, Paris: Imprimerie des facultés, 1907, s. 34 vd.; Philippe Delebecque / Frédéric Jérôme Pansier, **Droit des obligations, Régime générale**, 5ème Edition, LexisNexis, Paris: Litec, 2009, s. 141; Selahattin Sulhi Tekinay, **Alacaklı ile Borçlular Arasındaki Akdî Münasebette Tevliid Ettikleri Netice Bakımından Müteselsil Borçlar**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, s. 19 vd.; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 50-51; Metin Gürkanlar, **Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK m. 50)**, Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara: Olgaç Matbaası, 1982, s. 5.

Söz konusu görüşün eleştirisi için bkz. Tekinay, **Teselsül**, s. 20-23; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 56-57.

¹⁰⁷ Bu görüş, Friedrich Keller (**Über Litis Contestatio und Urteil nach classischem Römischen Recht**, Zürich: 1827, s. 443 vd.) tarafından ortaya koyulmuş, sonrasında Bernhard Windscheid (**Zur Lehre von der Correalobligation In der Kritischen Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Bd. 6, s. 206-237, s. 219) tarafından geliştirilmiştir. Görüşün temelinde subjektif ve objektif açılardan borç ilişkileri farklılaştırılmış, bu şekilde, müteselsil borçlulukta “tek borç” önerisinin altyapısı kurulmaya çalışılmıştır. Objektif olarak borç ilişkisinin tekliği mutlak anlamda subjektif anlamda da tekliğini gerektirmez, borçlu sayısı böyle bir kurguda birden fazla olabilecektir. Daha sonra R. Schoth'un (**Über Cession von Correalobligationen**, Breslau: Diss., 1987, s. 46-47) ortaya attığı düşünceye göre, birden fazla kişi borçluya karşı aynı edimin taşıyıcısı konumundadır. Bu kişilerle alacaklı arasında birden çok bağ olmasına rağmen borcun konusu olan edim tektir. (Bkz. naklen Acar, **Alacaklılar Arası Teselsül**, s. 95-96).

Teklik görüşü bu şekilde formüle edilebilir: “*Borçlanılan edim bakımından teklik, bu edimi taşıyan hukukî bağlarda çokluk*” (Bu formül için bkz. Tekinay, **Teselsül**, s. 12; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 48-49).

¹⁰⁸ Canyürek, **a.g.e.**, s. 11.

Roma Hukukunda, günümüz hukuk sistemlerindeki tam teselsülden doğan borca daha çok benzeyen korreal borçta (*Korrealitas*'ta) hukukî sebepleri ortak, aynı hukukî ilişkiden doğmuş ve konuları da aynı olan borçlar bulunur. Bu nedenle hepsi bir ve tam borçtan söz edilmektedir. Bunun sonucu olarak da ifa ve ifa dışı borcu sona erdiren tüm haller diğer borçluları da etkilemekte, onları da borçtan kurtarmaktadır. Roma Hukuku'ndaki diğer teselsül yapısına benzeyen diğer bir borçluluk türü *Solidaritas*'tır. *Solidaritas*'ta alacaklı karşısında birden çok sebepten sorumlu olan birden fazla borçlu yer alır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition**, Clarendon Paperbacks, USA: Oxford University Press, 1996, s. 128-129; Weiss, **a.g.e.**, s. 17-18; Deschenaux, **Partie II**, s. 128; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Vorb. Art. 143-150, N. 9; Hans Reichel, **Die Schuldmitübernahme (Kumulative**

savunanlar, kanunda kabul edilen sistemin bu olduğuna gerekçe olarak alacaklının borcun tamamını tek bir borçludan isteyebilmesini, borçlulardan birinin ifasıyla borcun sona ermesini, bütün borçluların borcun sebebinden ve mahiyetinden kaynaklanan defileri ileri sürebilmesini gösterirler¹⁰⁹, ¹¹⁰. Bu görüşün kabul edilmesinin en önemli sonucu, borçluların tamamen aynı hükümlere tabi olmalarıdır. Dolayısıyla ifa zamanı, ifa yeri, zamanaşımı vb. bakımından farklı hükümlerin öngörülmesi mümkün bulunmamaktadır¹¹¹.

Diğer bir görüşe göre ise, müteselsil borçluluk borçlu sayısı kadar dar anlamda borç ilişkisinden meydana gelmiş bulunmaktadır¹¹², ¹¹³. Bu görüş çokluk görüşü (*Mehrheitstheorie*) olarak adlandırılır. Söz konusu görüş çerçevesinde, borçların birden çok olduğu kabul edilse de¹¹⁴, bunların birbirinden tamamen bağımsız olduğu

Schuldübernahme), Munich: CH Beck Verlag, 1909, s. 28; Sabah Altay, **Borca Katılma**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, 2010, s. 18 dn. 21; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 43; Acar, **Alacaklılar Arasında Teselsül**, s. 21).

Günümüz hukukundaki teselsül yapısının doğrudan bu kavramlara dayandırılması, sorunlu hususlara cevapların burada aranması söz konusu olamaz. Zira bu kavramlar, modern kanunlaştırma çalışmalarında temel olarak kullanılmış, fakat bunlardan yola çıkarak yapısal olarak ciddi bir farklılaşmaya gidilmiştir. Nitekim İsviçre-Türk Hukuk sistemlerinde, bu çalışmalar sonucunda eksik ve tam teselsül ayrımı üzerinden bir yapı inşa edilmiştir.

İsviçre Hukukunda hala varlığını sürdüren ve çeşitli tartışmalara konu olan eksik teselsül, günümüz Türk Hukukunda 6098 Sayılı TBK ile tarihe karışmıştır, artık sadece tam teselsülden bahsedilebilecektir.

¹⁰⁹ Bkz. Acar, **Alacaklılar Arasında Teselsül**, s. 96.

¹¹⁰ Ne var ki, kanımızca bu sonuçlar dar anlamda borç ilişkisinin tekliğine gerekçe olarak gösterilemez, zira bunlar geniş anlamda tek hukukî sebebe dayalı geniş borç ilişkisi olmasının sonuçlarıdır.

¹¹¹ Ancak görüş taraftarları, yukarıda dn. 107’de belirttiğimiz şekilde, “*borcun konusunda teklik, hukukî bağlarda çokluk*” olduğunu kabul ederek burada da söz konusu modalitelerde her bir borçlu bakımından değişiklik yapılabileceğini ileri sürmektedir. Tabi hal böyle olunca, aslında aşağıda değinilecek çokluk teorisine aynı kapılara çıkılmakta, ancak yine de tek bir yönde farklılık kalmaktadır, bu da borçlanılan edimin tekliğidir. Borçlanılan edimin tekliği müteselsil borç ilişkisini bir arada tutan nüvedir. Çokluk teorisinde bunun yerini “ifa amacındaki birlik” almaktadır.

Müteselsil borçluların tek edimi borçlanmaları konusunda Fransız MK m. 1200’deki gibi bir düzenleme (bkz. Ancel, **a.g.e.**, s. 21; Proust, **a.g.e.**, s. 9; Hoai, **a.g.e.**, s. 27) TBK m. 162’de açıkça yer almamaktadır, yorum yoluyla da çıkarılamaz. Çok fazla karşılaşılmayacak olmasıyla beraber A’ya karşı B1’in bir arabayı, B2’nin ise bir motorsikleti müteselsil olarak borçlanması mümkündür. (Bkz. aynı yönde Akıntürk, **a.g.e.**, s. 53).

¹¹² Engel, **Partie Générale**, s. 838; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1623; Romy, **CoRo.**, Art. 143, N. 3; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 70; Canyürek, **a.g.e.**, s. 12; Acar, **Alacaklılar Arasında Teselsül**, s. 97; Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 5; Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 332; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 288. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında bu görüşü benimsemektedir. Bkz. BGE 94 II 317; 93 II 329.

¹¹³ Görüşün savunucularından Karl Larenz (**Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil**, Erster Band, München: CH Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1982, s. 579) bu fikri anlatmak üzere geniş anlamda borç ilişkisi için üst düzeydeki ilişki (*Verhältnis höher Ordnung*) ve dar anlamdaki borç ilişkilerini anlatmak için ise alt düzeydeki ilişkiler (*Schuldverhältnis niederer Ordnung*) kavramlarını kullanmaktadır.

¹¹⁴ Bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 288.

sonucuna varılmamaktadır¹¹⁵. Buna göre birden fazla borç her ne kadar bu şekilde birden çok borçlunun malvarlığından alacaklının malvarlığına uzansa da, âdeta borçlardan oluşan bir demetin tek sapını oluşturarak alacaklının malvarlığında tek bir hane işgal etmektedir. Aslına bakılacak olursa, bu tek hane tümleşik ve birbiriyle yarışır halde bulunan birden fazla borcun varlığının bir görüntüsüdür¹¹⁶. Bir başka deyişle, birden fazla bağımsız borç arasında nispi bir bağımlılık (bağımsızlık) durumu söz konusudur¹¹⁷. Sonuçta bütün müteselsil borçlular alacaklıyı tatmin etmek yönündeki aynı ekonomik ve hukukî amacı taşımaktadır, bu anlamda aralarında bir amaç birliği bulunur¹¹⁸, ¹¹⁹. İşte borçlular arasındaki bağlantıyı ifa amacındaki ayniyet (*Identität des Leistungszweckes*) sağlamaktadır¹²⁰. Bunun en önemli pratik sonucu alacaklının bir veya birden fazla borçlu tarafından (tamamen veya kısmen) tatmin edildikten sonra dar anlamda borç demetinin uçlarını oluşturan diğer borçlulara aynı hukukî sebebe dayanılarak başvurmamasıdır¹²¹. Bu teoriyi savunanlar, kanunda kabul edilen sistemin bu olduğuna gerekçe olarak borcun bir kişi açısından sona ermesine rağmen diğerleri açısından devam edebilmesini, borçluların birinin zamanaşımı definden feragatinin diğerlerini etkilememesini, borçluların kullanabilecekleri kişisel defilerin farklılık göstermesini ve son olarak borçluların birbirlerinin durumunu ağırlaştırılamamasını gösterirler¹²². Bu görüş uyarınca borcun gerek konusunu oluşturan edimin¹²³ ve gerekse tabi olduğu hükümlerin farklılaştırılabilmesi mümkündür¹²⁴. Şöyle ki gerek borcun konusunu oluşturan edim değişkenlik gösterebilecek¹²⁵, yani bir borçlu yapma edimi

¹¹⁵ Larenz, **a.g.e.**, s. 579; Gillieron, **a.g.e.**, s. 83; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 14; Faruk Acar, “Borçlar Kanunu ve Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Müteselsil Borçluluğa Toplu Bakış (BK m. 141-147)”, **e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Şubat 2007, sayı 60, s. 1-20, s. 9.

¹¹⁶ Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 785; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 309.

¹¹⁷ Kamal Tharwat, **Le paiement avec subrogation en droit français et en droit suisse**, Genève: Coopérative d’Imprimerie, 1963, s. 109.

¹¹⁸ Becker, **BerKom.**, Vorbem. Zu Art. 143-150, N. 9; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 67; Larenz, **a.g.e.**, s. 583.

¹¹⁹ Alman Hukukunda Bydlinski (**MünKom.**, BGB § 426, N. 2) müteselsil borçlulardan birinin alacaklıya ifada bulunmasının bir sonucu olarak bütün müteselsil borçluların borçtan kurtulmasına ilişkin toplu etkinin de gözetilerek, müteselsil borçlular arasında sadece bir amaç birliğinin ötesinde, bir ifa ortaklığı (*Wechseleitige Tilfungsgemeinschaft*) oluştuğunun kabul edilebileceğini iddia etmektedir.

¹²⁰ Gautschi, **a.g.e.**, s. 12; Weiss, **a.g.e.**, s. 12; Canyürek, **a.g.e.**, s. 12-13; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 15; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 63; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 779.

¹²¹ Reichel, **a.g.e.**, 33; Bucher, **a.g.e.**, s. 495; Bruno Von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich: Schulthess & Co. AG, 1964, s. 92; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 67.

¹²² Acar, **Alacaklılar Arasında Teselsül**, s. 98.

¹²³ Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 144, N. 4.

¹²⁴ Deschenaux, **Partie II**, s. 129, Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3724.

¹²⁵ Fransız Hukukunda (Fr. MK 1200 uyarınca) müteselsil borçluların aynı edimi (*eadem res, eadem pecunia*) borçlanmaları gerektiği kabul edilmektedir, edimin konusu Türk-İsviçre Hukuklarında

üstlenirken bir diğeri verme edimi üstlenebilecek¹²⁶; gerekse de borcun tabi olduğu diğerk modalitelerde (zamanaşımı, cezaî şart, rehin hakkı tanınması, ifa yeri, ifa zamanı vb.) farklılık yaratılabilecektir¹²⁷. Ayrıca alacaklı her bir borç üzerinde bağımsız olarak tasarruf edebilecektir. Örneğin sadece bir borçluya ihtarda bulunarak onu temerrüde düşürebilecek, ya da sadece bir borçluyu borcundan ibra yoluyla kurtarabilecek, sadece bir borçludan olan alacağını temlik edebilecektir¹²⁸. Dolayısıyla aynı geniş anlamda borç ilişkisi içinde bazı borçlular özel kişisel savunma sebeplerinden yararlanabilecektir¹²⁹.

Bugün için ağırlıklı kabul edilen görüş çokluk görüşüdür¹³⁰, ¹³¹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu incelendiğinde de, borçların doğumundan sona ermesine aynı kaderi paylaşmaları gereği öngörülmemiş, aralarında farklılık yaratılabileceği (itiraz, defî, teminat gibi imkânlar tanınmak suretiyle) kabul edilmiştir¹³². Ne var ki bu görüş çerçevesinde de dar anlamda borçların tam anlamıyla bir bağımsızlık içinde oldukları

olduğu gibi farklılaştırılmaz (Bkz. Moreau, **a.g.e.**, s. 73; Hontebeyrie, **a.g.e.**, s. 186; Plissonneau-Duquêne, **a.g.e.**, s. 30, Proust, **a.g.e.**, s. 9).

PECL Art. 10:101 (1)'de ve Art. 11.1.1 (a) UNIDROIT Principles 2010'da da farklı edimler için müteselsil olarak borçlanmanın söz konusu olmayacağını, böyle bir durumda müteselsil borçluluğa ilişkin olarak öngörülen hükümlerin uygulama alanı bulmayacağını kaydetmektedir (Bkz. Rouiller, **a.g.e.**, s. 57; Art. 11.1.1, Comment 2, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 368).

DFCR Art. III - 4:102:(1)'de ise, böyle bir gerekliliğe özel olarak işaret edilmemektedir (Bkz. von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 971).

¹²⁶ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 81.

¹²⁷ Gautschi, **a.g.e.**, s. 8; Sbai, **a.g.e.**, s. 107; Deschenaux, **Partie II**, s. 129; Koller, **a.g.e.**, s. 1215; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 32; Romy, **CoRo.**, Art. 143, N. 3; Weiss, **a.g.e.**, s. 19; Béguelin, **FJS 872**, s. 2; Andrea Braconi / Blaise Carron / Pierre Sycboz, **Code Civil Suisse et Code des obligations annotés**, 9ème édition, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2013, s. 121; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 81; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Vorb. Art. 143-150, N. 9; George Scyboz, **Le Contrat de Garantie et de Cautionnement**, Tome VII, 2, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg, 1979, s. 31; Çiğdem Kırcı, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler", **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 23-51, s. 26. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 50 III 85; BGE 28 I 409; 129 III 702.

¹²⁸ Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 786.

¹²⁹ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 15.

¹³⁰ Romy, **CoRo.**, Art. 143, N. 3; Engel, **Partie Générale**, s. 838; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1623; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 439; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, I. Cilt, 6. Bası, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976, s. 1034; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 70; Kürşat Turanboy, "Müteselsil Sorumluluk Kavramı ve Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısının Hükümleri", **e-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Dergisi** (Çevrimiçi), Aralık 2009, Sayı 94, s. 1-9, s. 2.

Bunun yanında, DFCR Art. 4:103:(3)'te müteselsil borçluların farklı şartlar altında borç altına girmelerine bir engel bulunmadığının kaleme alınması, bu düzenlemede de -açıkça bir belirtme olmasa da- çokluk teorisinden yana tavır alındığına işaret eder görünümündedir (Bkz. von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 978-979).

¹³¹ Gauch / Schlupe / Emmenegger (**a.g.e.**, N. 3735) iki görüşten birinin kabul edilmesi neticesinde pratik bir farklılığın meydana gelmeyeceği kanısındadırlar.

¹³² Becker, **BerKom.**, Art. 146, N. 1; Romy, **CoRo.**, Art. 146, N. 1; Turanboy, **a.g.e.**, s. 2.

söylenemez, bunlardan her biri geniş anlamda borç ilişkisinin sebebini barındırır, bu anlamda kaderleri birbirine bağlıdır¹³³. Müteselsil borçlulardan bir tanesinin borcu ifa veya takas ile sona ermesi durumunda diğer borçlular da bundan faydalanacak, onların da borcu sona erecektir. Bazı durumlarda ise borçtan kişisel olarak kurtulma söz konusu olur. Dolayısıyla var olan durum, nispi bir bağımsızlık durumudur¹³⁴. Teklik görüşünün kalıntısı olan bir hüküm ise TBK m. 155 hükmüdür¹³⁵, ¹³⁶. Bu hükme göre zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesildiği durumda bu diğerlerinin durumuna da etkili olacaktır. Birden fazla dar anlamda borcun bulunduğu kabul edildiği çokluk görüşü çerçevesinde bu hükmün sistematik olarak anlamlandırılabilmesi mümkün değildir¹³⁷. Dolayısıyla bu hüküm esas itibariyle eleştirilen ve kanunun benimsediği temel yapıyı oluşturan çokluk görüşü sistemine ters bir düzenlemedir¹³⁸, ¹³⁹. Biz de, aşağıdaki açıklamalarımızda değerlendirmelerimizi çokluk görüşü üzerinden yapacağız.

Müteselsil borçluluğun iç ilişkisindeki yapıda ise, rücu haklarından ve ilişkilerinden bahsedilmek gerekecektir. Borçluların rücu hakkını ileri sürebileceği müteselsil borçlular çevresi birden fazla kişiden oluşuyorsa bunlar arasındaki yapı kısmi borçluluk olacaktır. Diğer bir deyişle iç ilişkide teselsül söz konusu olmamaktadır¹⁴⁰.

¹³³ Romy, **CoRo.**, Art. 143, N. 3.

¹³⁴ Deschenaux, **Partie II**, s. 129.

¹³⁵ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 66; Bernard Corboz, **La distinction entre la solidarité parfaite et solidarité imparfaite**, Université de Genève, Ambilly – Annemasse: Imprimerie “*Les Presses de Savoie*”, 1974, s. 60.

¹³⁶ Acar’a göre (**Müteselsil Borçluluk**, s. 9), temel bir kanunun tam olarak bir teoriyi benimseyerek bu yönde hükümler sevk etmesini amaca uygun bulmamaktadır, yazarın fikrine göre kanun metni görüşlerden uzak ve onların üzerinde olmalıdır. Bu anlamda yazar hüküm karşısında olumsuz bir tavır almamaktadır.

¹³⁷ Kırca, **Yenilikler**, s. 27; Corboz, **Distinction**, s. 60.

¹³⁸ TBK 155 hükmünün dar yorumlanarak tevil edilmesine ve bu şekilde çokluk görüşüyle bağdaşır hale getirilmesine ilişkin tevil edici (düzeltici) bir yaklaşım ve yorum için bkz. Tekinay, **Teselsül**, s. 63.

Nitekim İsviçre’de Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinin gözden geçirilmesine yönelik olarak hazırlanan taslakta Art. 158 farklı ve çokluk görüşüyle bağdaşır bir düzenlemeyi öngörmektedir. Buna göre müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı süresi diğerlerine karşı kesilmiş olmaz (Bkz. Tina Purtschert / Florent Thouvenin, Art. 148-162 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 Hilty, Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2013, Art. 158 OR/CO 2020, N. 1).

¹³⁹ Hükmün işleviyle ilgili olarak bkz. Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2010, s. 117. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 676’deki açıklamalarımız.

¹⁴⁰ Canyürek, **a.g.e.**, s. 109.

Teselsülün değişik görünüşleri de mevcuttur. Buraya kadar değindiğimiz temel teselsül yapısı, tam teselsül olarak da adlandırılmaktadır. Bundan başka eksik teselsül ve farklılaştırılmış teselsülden söz açılmak gerekir.

b. Tam-Eksik Teselsül Ayrımı

Aslına bakılacak olursa eksik teselsül, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu bakımından tarihe karışmıştır. Eksik-tam teselsül ayrımını¹⁴¹ kaldıran yeni Borçlar Kanunu sistemi, genel olarak sadece tek bir teselsül yapısı öngörmektedir, o da tam teselsüldür¹⁴². Bu ayrım EBK döneminde, haksız fiiller hukuku bakımından gündeme gelmekte idi. Buna göre bir zarara aynı hukukî sebep dolayısıyla birlikte yol açanların sorumluluğu EBK m. 50’de tam teselsül olarak, birlikte hareket etmemekle beraber farklı hukukî sebepler dolayısıyla yol açanların sorumluluğu EBK m. 51’de (İsv. BK m. 51) eksil teselsül olarak düzenlenmekteydi¹⁴³.

¹⁴¹ Esasen 818 Sayılı Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda doğrudan bu ayrımı karşılayan terimler kullanılmamaktadır, ayrımın temeli doktrin ve yargı kararlarına dayanmaktadır (Bkz. Weiss, **a.g.e.**, s. 54).

¹⁴² Kırcı, **Yenilikler**, s. 23.

¹⁴³ Romy, **CoRo.**, Intro Art. 143-150, N. 2; Franz Werro, “La pluralité des responsables: quelques principes et distinctions”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 15-31, s. 15; Corboz, **Distinction**, s. 29-30; Heirli / Schnyder, Art. 50, N.1-2; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 30; Bucher, **a.g.e.**, s. 498; Alexandra Körner, **Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis**, Zürich: Schulthess, 2011, s. 25, Koller, **a.g.e.**, s. 1207; Huguenin, **a.g.e.**, s. 223; Sbai, **a.g.e.**, s. 50; Tercier / Deschenaux, **Partie II**, s. 280-281; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.45; Franz Werro, **La responsabilité civile**, 2ème Edition (avec la collaboration de Josiane Haas), Berne: Staempfli Editions SA, 2011, s. 455; Engel, **Partie Générale**, s. 561; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 282; Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler**, Rapor, Türkiye Barolar Birliği, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 29; Pelin Çavuşoğlu Işıntan, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Haksız Fiillerde Teselsül Düzenlemesi Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2004, s. 499-512, s. 499; Turanboy, **a.g.e.**, s. 4; Halûk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961, s. 367; Rolf Kassler, **Die Gesamtschuld im französischen, italienischen, schweizerischen und deutschen Recht**, Saale: Halle, 1933, s. 49; Danielle Gauthey Ladner, **Solidarité et Consortit  en Matière D lictuelle en Droit Suisse et Am ricain, En Particulier New Yorkais**, Universit  de Lausanne, Zurich: Editions Schulthess, 2002, s. 41; Ahmet Kılıçoğlu, “Haksız Fiillerde Muteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”, **Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2006, s. 164-183, s. 165; Ahmet İyimaya, “Muteselsil Borçluluğa İlişkin Bazı Sorunlar”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Ankara: 1990, s. 133-152, s. 134; Leyla Müjde Kurt, “Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücû Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, 95, s. 135-162, s. 138-139; Meltem Topkoru, **Haksız Fiilden Doğan “Muteselsil” Borçlulukta Sorumluluğun Ferdileştirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, 1989, s. 28.

Bu ayrıma bağlı olarak bazı sonuçlar farklılaşmaktaydı¹⁴⁴. Buna göre haksız fiil dolayısıyla tam teselsülde, zararın failleri (yataklık eden haricinde), mağdura karşı herhangi bir kişisel indirim sebebi ileri süremeksizin (örneğin kusurunun daha az olması, tazminatı ödemesinin kendisini yoksulluğa düşürecek olması gibi) tazminat borcundan sorumludur¹⁴⁵. Buna karşılık eksik teselsülde, lehine bir kişisel indirim sebebi olan tazminat borçlusunu bunu ileri sürebilecektir¹⁴⁶. Rücu ilişkisi bakımından ise, tam teselsülde yine halefiyetle güçlendirilmiş şekilde, böyle bir iç ilişkinin kimler arasında nasıl ve ne oranda meydana geleceğinin takdiri hâkime bırakılmıştır, eşit paylaşım karinesi de söz konusu değildir. Eksik teselsülde de rücu mümkündür, içerik yine hâkim tarafından belirlenecektir. Ancak tam teselsülden farklı şekilde, kanun hâkime rücu için –bağlayıcı nitelik taşımayan- bir yol haritası çizmektedir: Buna göre rücuda bir sıra söz konusudur ve zarara bizzat haksız fiiliyle sebep olmuş olan kimse nihai sorumluluk yükünü üstlenecektir¹⁴⁷. Öte yandan söz konusu olacak rücu ilişkisi halefiyet avantajıyla donatılmamış yalın bir rücu ilişkisi olacaktır¹⁴⁸. Bunlardan başka, tam teselsülde bir borçlunun hareketi nedeniyle diğerlerine de etki eden zamanaşımının kesilmesi olgusu etkin iken, eksik teselsülde böyle bir durum söz konusu olmaz¹⁴⁹ (EBK m. 134).

¹⁴⁴ Söz konusu sonuç farklılığın eleştirisi için bkz. Bernard Zahnd, **Pluralité des Responsables et Solidarité**, Lausanne: Imprimerie Held SA, s. 50; Corboz, **Distinction**, s. 102 vd.; François Gilliard, “Vers l’unification du droit de la responsabilité”, **RDS**, 86, 1967 II, s. 193-323, s. 266; Weiss, **a.g.e.**, s. 63 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 499; Körner, **a.g.e.**, s. 33vd.; Schwenzler, **a.g.e.**, N.88.46; İyimaya, **a.g.e.**, s. 134 vd.; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 110; Eren, **a.g.e.**, s. 811; Kırca, **Yenilikler**, s. 27. Bkz. konuyla ilgili olarak bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı: BGE 104 II 225; BGE 133 II 6. Farklılığın yerindeliği ve işleviyle ilgili olarak bkz. Franz Werro, CO Art. 41-61, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Intro Art. 50-51, N. 13 ; Kılıçoğlu, **Eleştiriler**, s. 30.

¹⁴⁵ Çavuşoğlu Işintan, **a.g.e.**, s. 501.

¹⁴⁶ Sbai, **a.g.e.**, s. 58; Werro, **CoRo.**, Intro Art. 50-51, N. 20; Braconi / Carron / Scyboz, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁴⁷ Pierre Tercier, “Concours d’actions et solidarité: Ou en sommes-nous?”, **Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualité et perspectives**, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2002, s. 115-171, s. 133; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.32; Sbai, **a.g.e.**, s. 56.

¹⁴⁸ Thomas Probst, “La solidarité imparfaite”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 51-89, s. 54-56; Sbai, **a.g.e.**, s. 57-58; Werro, **Pluralité des responsables**, s. 24; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 30; Körner, **a.g.e.**, s. 33; Huguenin, **a.g.e.**, s. 223; Weiss, **a.g.e.**, s. 68; Christian Heierli / Anton K. Schnyder, Art. 41-61 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 50, N. 3; Werro, **Responsabilité**, s. 457; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3754; Ladner, **a.g.e.**, s. 41, Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.45; Tercier, **Concours d’Actions et Solidarité.**, s. 133; Deschenaux, **Partie II**, s. 138; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 382-384; Kılıçoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 165; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 325-326; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 137.

¹⁴⁹ Sbai, **a.g.e.**, s. 57; Henri Deschenaux / Pierre Tercier, **La responsabilité civile**, 2. édition, Bern: Staempfli & Cie, 1982, s. 284; Körner, **a.g.e.**, s. 32; Huguenin, **a.g.e.**, s. 223; Bucher, **a.g.e.**, s. 495; Werro, **Pluralité des responsables**, s. 18-19; Weiss, **a.g.e.**, s. 67; Engel, **Partie Générale**, s. 565; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 50, N. 3; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 30; Schwenzler, **a.g.e.**, N.

TBK sistemi, bu ayrımı reddetmiş, bir zarara gerek aynı sebeple birlikte yol açanlar gerekse de farklı farklı sebeplerle aynı zarardan sorumlu olanlar bakımından tam teselsülün uygulanacağını belirtmiş, hatta bu konuda müteselsil borçluluğa ilişkin genel hükümlere (TBK m. 162 vd.) açık olarak atıfta bulunmuştur (TBK m. 61). Bu açıdan iki durum arasında hiçbir farklılık kalmadığı söylenebilir¹⁵⁰. Yani bir zarara gerek aynı hukukî sebeple (tartışmalı olmakla birlikte¹⁵¹), gerekse de farklı hukukî sebeplerle müteselsil sorumluluk bakımından kişisel indirim sebeplerinin ileri sürülememesi, borçlulardan biri açısından kesilen zamanaşımının diğerleri açısından da kesilmesi, rücu ilişkisinde halefiyet avantajından faydalanılması söz konusudur¹⁵².

Bu bahsi kapatmadan önce bir hususa daha dikkat çekilmesi gerekebilir. TBK tasarı metninin ilk halinde, söz konusu haksız fiillerde teselsülü düzenleyen ilgili maddede şöyle bir fıkra yer almakta idi: “[M]üteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarı ile sınırlıdır.” Söz konusu fıkra, daha sonra Adalet Komisyonu’nda tasarı metninden çıkarılmıştır¹⁵³. Gerekçe olarak da, bu düzenlemenin daha ilk bakışta müteselsil sorumluluğun yapısına aykırı görülmesi ve uygulamada sorun doğurmaya elverişli olması gösterilmektedir¹⁵⁴. Aslında bu konu rahatlıkla tartışmaya açılabilir. Nitekim 818 Sayılı EBK döneminde doktrinde bu tartışma yapılmıştır¹⁵⁵.

Aşağıda görüleceği üzere, müteselsil borçlulukta borçlular ortak savunma sebeplerinin yanı sıra kişisel savunma sebeplerini de alacaklıya karşı ileri sürebilirler¹⁵⁶. Haksız fiil sorumluluğunda söz konusu olan müteselsil borçlunun kusuruna bağlı olarak tazminatta indirim yapılması savunması, bir kişisel savunma sebebidir. Peki, neden bu savunma sebebinin ileri sürülmemesine izin verilmez? Bu soru, belki şöyle cevaplanabilecektir: Sözleşme ile oluşan müteselsil borçlulukta,

88.45; Ladner, **a.g.e.**, s. 41; Werro, **CoRo.**, Intro. Art. 50-51, N. 18; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3752; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 137.

¹⁵⁰ Kılıçoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 166.

¹⁵¹ Bkz. Metnin devamında yer alan açıklamalarımız.

¹⁵² Kılıçoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 167.

¹⁵³ Söz konusu fıkra çıkarılmasaydı, getirilen düzenlemenin isabetli olmadığı yönünde görüşü için Çavuşoğlu Işıntan, **a.g.e.**, s. 509; Kılıçoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 172.

¹⁵⁴ Bkz. kanun tasarı halinde iken bu yöndeki eleştirileri için Kılıçoğlu, **Eleştiriler**, s. 31.

¹⁵⁵ Tartışmalara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, s. 205-221, s. 206 vd.; İsviçre Hukuku özelinde Werro, **CoRo.**, Intro. Art. 50-51, N. 13-16.

¹⁵⁶ Bkz. aşağıda §2, III, B, 2.

alacaklının bilgisi ve isteği dâhilinde bir hukukî ilişki kurulmaktadır. Böyle olunca da, bir müteselsil borçluyla olan kişisel ilişkisinin sonuçlarına alacaklı katlanmakla yükümlü olacaktır. Bu durumun onun açısından bir sürpriz yarattığı söylenemez. Oysa haksız fiiller alanında, daha doğru ve genel ifadesiyle kendisine bir zarar verildiği olasılıkta¹⁵⁷, tazminat borcunun doğumunda ve kanuni teselsülün şekillenmesinde, alacaklının ne bilgisi ne de isteği olan bir ilişki söz konusu olmaktadır. Alacaklının korunması asıldır¹⁵⁸. Bu yüzden borçluların kişisel savunma sebebi olarak kusur nedeniyle indirim talep edememeleri gereklidir. Alacaklının işi görüldükten sonra, zaten iç ilişkide yaşanacak hesaplaşmada adalet yerini bulacak, nihai yükler gerektiği gibi paylaşılacaktır. Adalette sıra gözetilmiştir, elleri en temiz olan elleri daha az temiz olana öncelikle gidebilecektir. Nitekim doktrinde,

¹⁵⁷ Zira böyle bir zararın taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinde ortak kusurla (haksız fiil de teşkil eden) bir borca aykırılık neticesinde de oluşması muhtemel olabilir. Bu durum ele alınmadan önce, daha iyi bir izah tarzı için konuya giriş mahiyetinde şu açıklamalar verilmelidir:

Müteselsil borçluların birbirlerinin tek başına kusurlarından sorumlu olup olmadıkları tartışmalıdır. Aktaracağımız iki yaklaşımdan hangisinin kabul edildiğine göre çözümler farklılaşacaktır. Bir görüşe göre her bir müteselsil borçlu bireysel değerlendirilmelidir. Zira onların birbirlerinin durumunu ağırlaştırmamaları esastır (TBK m. 165). Böyle olunca da birinin kusurunun sonuçlarından ötürü diğeri sorumlu tutulamaz. Diğer bir görüş ise, her bir müteselsil borçluyu diğeri borcu bakımından ifa yardımcısı olarak kabul etmekte ve TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutmaktadır. Bu konuda TBK m. 165 ışığında ilk görüşü kabul etmek kaçınılmaz görünmektedir (Ayrıca bkz. aşağıda §2, II, A, 3 altındaki açıklamalarımız). Böyle olunca da ortaya şu şekilde bir sonuç çıkmaktadır: B1 ve B2 A'ya karşı 1000 TL borcu müteselsil olarak yüklensin. Daha sonra kendi açısından daha önce kararlaştırılan vade geldiğinde B2 borcu ödemiş ve buna bağlı olarak 200 TL temerrüt faizi borcu ortaya çıkmış olsun. Kabul ettiğimiz çerçevede B1 sadece 1000 TL'den sorumlu tutulabilir. Örneği şu şekilde değiştirelim: B2 para borcunu ifa etmek için gelirken kazayla A'nın arabasına çarpsın ve 300 TL'lik zarar oluşsun. Sözleşme ilişkisi çerçevesinde B2'nin borcu 1.300 TL'ye yükselmiştir. Yine kanaatimize göre B1 yine yalnızca 1000 TL ile sorumludur.

Peki, asıl konuya geri dönecek olursak, aynı sözleşmesel ilişkide B1 ve B2'nin ortak hareket ettiği ve A'ya ortaklaşa zarar verdikleri kurguda nasıl düşünmek gerekecektir? Kanaatimizce bu konu yukarıda aktardığımızdan farklıdır. Ancak doktrinde konuyla ilgili net, doyurucu açıklamalara rastlanamamıştır. Örnek üzerinden açıklamalarımıza devam edelim: B1 ve B2 borcu birlikte ödemeye gelmiş olsunlar, B1'nin arabanın park edilmesindeki yanlış yönlendirmesi ve B2'nin bir anlık dikkatsizliği neticesinde yine A'nın arabasına çarpılarak 300 TL zarar oluşsun. Zararın oluşumuna bireysel katkıları kusurları çerçevesinde B1 için 300 TL, B2 için ise sadece 100 TL olsun. Bu durumda iki ayrı sebebe dayalı, ayrı müteselsil borçluluklar söz konusu olacaktır. Biri B1/B2 ve A arasındaki sözleşmesel teselsül ilişkisi, diğeri ise haksız fiil neticesinde (*Sonuçta arada hâlihazırda sözleşme ilişkisi olduğu için ona eklenmiş edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi çerçevesinde sözleşme üzerinden talepte bulunabileceği aşikârdır, burada açıklamada kolaylık açısından bu şekilde bir anlatım tarzı benimsenmiştir*) oluşan kanuni teselsül ilişkisidir. Sorumluluğun nihai tutarının ne olacağı dipnotun bağlı bulunduğu metnin devamındaki tartışmada alınacak tavra göre şekillenecektir. Yani eğer borçluların kişisel savunma sebebi olarak kusurlarının hafifliğini indirim sebebi olarak ileri süremeyeceği yaklaşımı kabul edilirse, her iki borçlu da 1.300 TL'den sorumludur. Diğer yaklaşım kabul edilecek olursa, B1 1.300 TL, B2 ise 1.100 TL ile sorumlu olacaktır.

¹⁵⁸ Romy, **CoRo.**, Art. 144, N. 4; Werro, **Pluralité des responsables**, s. 16; Körner, **a.g.e.**, s. 202; Topkoru, **a.g.e.**, s. 43. Ayrıca bu düşüncenin ileri sürüldüğü İsviçre Federal Mahkemesi kararları bkz. BGE 113 II 323; BGE 112 II 138; BGE 93 II 317; BGE 89 II 121; BGE 66 II 121.

belirttiğimiz gerekçeler bu kadar açıkça ileri sürülmesi de, temel yaklaşım bu yöndedir.¹⁵⁹

Yalnız bu ilk yaklaşımın sonucu, bizi söz konusu alanda borçluların hiçbir kişisel savunmayı ileri süremeyeceği noktasına da götürmez. Alacaklının dâhili olduğu noktada kişisel savunma ileri sürülebilecektir. Buna örnek olarak, alacaklının haksız fiil faillerinden birini tazminat borcundan kurtarması, ibra etmesi veya daha en baştan taraflar arasında bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı gösterilebilir.¹⁶⁰

Görüldüğü üzere, söz konusu yaklaşımda öncelik verilen kişi zarar verici tesadüfi hayat olayının mağduru alacaklı (zarar gören) olmuştur. Peki, bu durum borçlular açısından adil midir? Aslına bakılacak olursa, kusuru en hafif olan borçlu, haksız fiili yalnız başına meydana getirdiğinde, durumuna istinaden indirim sebebi ileri sürebilecektir.¹⁶¹ Buna karşılık tesadüflere bağlı olarak birden fazla kişi ile birlikte meydana getirilen haksız fiilde bunun aksinin kabul edilmesi ve sorumluluğun ağırlaştırılması adalet ve hakkaniyet fikirleri bakımından düşündürücüdür.^{162, 163} Öyle ki savunma sebeplerinin sadece iç ilişkide ileri

¹⁵⁹ Gautschi, **a.g.e.**, s. 120; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 370; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 535-536; Sbai, **a.g.e.**, s. 53; Werro, **Pluralité des responsables**, s. 21; Roland Brehm, Art. 41-61 OR, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband**, 3. Auflage, Bern: Staempfli Verlag AG, 2006, Art. 50, N. 44; Romy, **CoRo.**, Art. 144, N. 6; Heierli / Schnyder, **BaSKom.**, Art. 50, N. 12; Werro, **CoRo.**, Art. 50, N. 6; Werro, **Responsabilité**, s. 454; Gilliard, **a.g.e.**, s. 264; Jean Cuendet, **La faute contractuelle et ses effets, Etude de l'article 99, al. 3 CO**, Berne: Editions Staempfli & Cie, 1970, s. 140; Christoph Müller, "La solidarité parfaite", **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 31-51, s. 39; Halûk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul: Beta, 1996, s. 178; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 599; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 287; Çavuşoğlu İşintan, **a.g.e.**, s. 509; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 87-88. Ayrıca bu yönde Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararları için bkz. Yarg. 4. HD., 21.11.1974 T., 8361 / K. 16061; Yarg., HGK., 7.3.1986 T., E. 10-250 / K. 205; BGE 55 II 310; BGE 57 II 28; BGE 57 II 417; BGE 117 II 50; BGE 93 II 329; BGE 89 II 118; 127 III 257; BGE 112 II 138.

¹⁶⁰ Gautschi, **a.g.e.**, s. 119; Engel, **Partie Générale**, s. 563. Ayrıca bkz. bu konuda BGE 93 II 322.

¹⁶¹ Karl Oftinger / Emil V. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil**, Band. I, 5. Aufl., Zürich: Schulthess, 1995, § 10, N. 33; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 283.

¹⁶² Belki bu düşünce tarzıyla, dolaylı olarak kollektif haksız fiilin oluşmasına ket vurulmak istenmiş olabilir (Bu yönde bkz. Tercier, **Concours d'Actions et Solidarité**, s. 129). Ancak özel hukukta temel amaç kişileri cezalandırmak veya belli bir davranışa sevk etmek olmayıp mevcut kurulu düzenin korunmasıdır. Duruma bu pencereden bakılırsa, bu yaklaşım ancak istisnai bir kurum olan medeni hukuk cezası içinde değerlendirilebilir ki, medeni hukuk cezası için kanunda açık bir hükmün bulunması gereği açıktır, ancak burada söz konusu değildir (Medeni hukuk cezası kavramı için bkz. Susan Carval, **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**, Paris: LGDJ, 1995, s. 28 vd.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 38; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 23).

¹⁶³ Ayrıca kusur kavramı altında hafif kusurla kusursuzluk arasındaki düşünsel mesafenin kısıtlığına da dikkat çekilmelidir (Tekinay, **Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**, s. 213; Topkoru, **a.g.e.**, s. 49).

sürülebilir olması bu adaletsiz durumu ortadan kaldırmamaktadır¹⁶⁴. Nitekim bu yönde ileri sürülmüş bir diğer görüş mevcut bulunmaktadır. Bu görüş, tam da belirttiğimiz gerekçelerle, zarardan ötürü teselsülde sorumluluğun her bir borçludan talep edilebilecek üst miktarının, en az kusurlu olanın sorumluluğuna karşılık gelen miktar olduğunu ileri sürmektedir¹⁶⁵. Sonuçta sözleşmeye dayalı teselsülde de müteselsil borçluların farklı borç tutarları için borçlu olabilmeleri mümkündür¹⁶⁶. Ayrıca bu görüş taraftarlarınca, belirtilen ilk görüşün aslında net kanuni veya teorik bir dayanağı bulunmadığı ifade edilmektedir^{167, 168}.

Ancak bugün gelinen son noktada, konunun ilk olarak belirttiğimiz yaklaşım şekliyle çözümlenmek istenildiği, kanun tasarısı hazırlanırken yapılan tercihten de dolaylı olarak bellidir. Dolayısıyla bu noktada, yukarıda açıklamasına değindiğimiz, bütün sorumluların tazminat tutarının üst limitinden sorumlu olacakları ve kişisel indirim sebeplerini ileri süremeyecekleri hususu artık bir de aynı hukukî sebep / farklı hukukî sebep ayrımı gözetilmeksizin tüm teselsül hallerine yaygın söz konusu olacaktır. Kanun koyucunun isteği bu yönde olmuştur. Yalnız yine de şu soruyu sorarak konuyu noktalamak gerekir: Şayet kanun koyucu, genel teselsül hükümlerine atıfta bulduysa, bu atıf kapsamına TBK m. 165 de girecektir. Bu madde müteselsil borçlulardan birinin diğerlerinin durumunu ağırlaştıramayacağını ifade etmektedir. Peki, kusuru daha ağır olan müteselsil borçlu bu şekilde kusuru daha hafif olan diğerinin durumunu da ağırlaştırmış olmaz mı? Bu sorunun cevabı şüphesiz evettir. Böyle olunca da kanun koyucunun bu tercihin ne kadar itibar edilebileceği düşünülmelidir, eğer açık bir istisna hükmü konulsaydı, ilk yaklaşımın kabul

¹⁶⁴ Kırca, **Yenilikler**, s. 39. Aksi yönde bkz. BGE 127 III 257

¹⁶⁵ Oftinger / Stark, **a.g.e.**, §10, N.31; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 32; Kırca, **Yenilikler**, s. 38; Tekinay, **Teselsül**, s. 30; Tekinay, **Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**, s. 205 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 701-702; Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 98-99; Corboz, **Distinction**, s. 89; Pierre Tercier, **Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse**, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg, 1971, s. 182 vd.; Topkuru, **a.g.e.**, s. 46.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde değişiklik yapılmasına yönelik olarak hazırlanan taslakta da bu görüşten yana tavır alındığı görülmektedir. Bu şekilde bir kimsenin tek başına ve başkalarıyla birlikte bir üçüncü kişiye zarar verdiği haller arasında doğacak –adaletsiz- sonuç farklılığı engellenmek istenmiştir (Bkz. Andreas Furrer / Alexandra Körner, 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 Hilty, Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2013, Art 200 OR/CO 2020, N. 6).

¹⁶⁶ Buna göre A'ya karşı 1.000 TL'lik borç için B1 1000 TL'yla, B2 500 TL'yla, B3 ise 300 TL'yla müteselsil sorumluluk altına girebilir. Bu bağlamda, B3'e başvurulduğu zaman ondan alınabilecek tutar 300 TL'yla sınırlı olacaktır. Bu şekilde bir düzenlemeye herhangi bir engel bulunmamaktadır (Bkz. Tekinay, **Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**, s. 210; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 32).

¹⁶⁷ Körner, **a.g.e.**, s. 144; Tekinay, **Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**, s. 210.

¹⁶⁸ Söz konusu ilk görüş kanunda genel olarak kabul edilen çokluk teorisiyle de çelişki göstermektedir (Bkz. bu yönde Kırca, **Yenilikler**, s. 39).

edilmesinde tereddüt edilmeyecekti. Bu haliyle kanun metninin şüphe içerdiği söylenebilir.

Ne var ki aşağıda farklılaştırılmış teselsüle ilişkin olarak vereceğimiz açıklamalarda, yeni TTK m. 557 hükmü özelinde, buradaki son yaptığımız tartışmalardan sonra, yukarıdaki ikinci yaklaşıma benzer şekilde nasıl farklı bir sonuca ulaşıldığı görülecektir. Sistemin genelinde diğer türlü bir kabul esas alınırken, bu noktada neden farklı bir ihtiyacın hâsıl olduğu kanımızca tam ve dört başı mamurlukta doyurucu bir gerekçe ile açıklanamaz.

c. Farklılaştırılmış Teselsül

Müteselsil borçluluğun özel bir görünümü olan farklılaştırılmış teselsül, adından da anlaşılacağı üzere olağan teselsül yapısını menfaatler dengesi kıstası üzerinden başkalaştırmaktadır¹⁶⁹. Farklılaştırılmış teselsül, anonim ortaklıklarda yönetim organına özgü bir sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁰ (TTK m. 557). ETTK m. 336’da öngörülen mutlak teselsül anlayışı bu şekilde terk edilmiştir¹⁷¹. Artık her bir sorumlunun kişisel sorumluluk konumu dikkate alınarak

¹⁶⁹ Robertino Lei Ravello, **La responsabilité solidaire des organes de la société anonyme, Etude des Art. 754ss CO, en particulier de l’art. 759 CO**, Lausanne / Renens: Imprimerie des Arts et des Métiers SA, 1992, s. 115; Baptiste Rusconi, “Responsabilité solidaire selon l’article 759 CO”, **Le Nouveau Droit des Sociétés Anonymes**, Ed. Philippe Ciocca, CEDICAC, Lausanne: Litec, 1993, s. 489-501, s. 491; Sylvio Venturi / Marc Bauen, **Le conseil d’administration, Organisation, Attributions, Responsabilité, Corporate Governance**, Zurich – Bâle – Genève: Schulthess, 2007, s. 244; Corboz, CO Art. 752-761, **Commentaire Romand, Code des Obligations II, Art. 530-1186**, éds. Pierre Tercier & Marcel Amstutz, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2008, Art. 759, N. 11; Marc Bauen / Robert Bernet / Nicolas Rouillet, **La société anonyme suisse**, Genève – Zurich – Bâle: Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2007, N. 621; Ersin Çamoğlu, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011, s. 407-419, s. 415.

¹⁷⁰ Necla Ağdağ-Güney, “Bankalar Kanunu’na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsî Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759’da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül (Differenzierte Solidarität) Düzenlemesi İle Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1207-1240, s. 1213; Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 314; Pascal Montavon, **Droit Suisse de la SA**, 3ème Edition, Lausanne: Editions Juridiques AMC, 2004, s. 823.

¹⁷¹ Eski düzenlemeye ilişkin bilgi için bkz. Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s. 26-38; Mehmet Helvacı, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu’nun 759. Maddesi İle Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaşgünü Armağanı**, Cilt 1, İstanbul: Beta, 2001, s. 219-232, s. 220; Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1210-1213.

dış ilişkideki sorumluluğu saptanacaktır¹⁷². Bu teselsül yapısında alacaklının menfaatlerini koruyan mutlak teselsül yapısı ile borçluların menfaatlerini koruyan iç ilişkide kendisine düşen payla sorumluluk arasında altın orta (*aurea mediocritas*) gözetilmekte olduğu söylenebilir¹⁷³. Farklılaştırılmış teselsülün kabul edilmesinin özünde, bir kişinin tek başına iken sorumlu olacağı tazminat tutarının, sırf teselsül öngörüldüğü için artmaması gerektiği esası bulunur¹⁷⁴. Bu konuda İsviçre kanun koyucusu ve onun 1991 yılında yaptığı reform takip edilmiştir¹⁷⁵.

Eski düzende, ona paralel özellikler gösteren İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında¹⁷⁶, mutlak teselsülün esas alınmasının gerekçeleri şöyle özetlenebilir: Öncelikle, ilk planda korunması gereken kişi, alacaklıdır (Ortaklık, pay sahipleri veya ortaklık alacaklıları). Tazminat, alacaklı tarafından sorumlulardan rahatlıkla talep edilebilir olmalıdır. Ayrıca zaten zarar görenin zararının da mümkün olacak ölçüde tam ve eksiksiz şekilde karşılanması da sorumluluk hukukunun temel bir prensibidir. Sorumluların kusur oranlarına göre sorumlu tutulmalarına imkân sağlamak bu prensibe de aykırılık teşkil eder¹⁷⁷. İkinci gerekçe, tazminat miktarlarının her bir müteselsil sorumlu açısından farklı farklı belirlenmesi, hâkimin iş yükünü ikiye katlayacak, önce dış ilişkideki durumu ortaya koyan hâkim daha sonra bir de dönüp iç ilişkideki paylaşımı yapacaktır¹⁷⁸. Son olarak, ilgililerin zararın tamamından sorumlu tutulması onları ortaklığın yönetiminde daha özenli ve kontrollü davranmaya yönlendirecektir ki bu da güven telkin edicidir¹⁷⁹.

¹⁷² Ravello, **a.g.e.**, s. 119; Rita Trigo Trindade, **La Conseil d'administration de la société anonyme**, Faculté de Droit de Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1996, s. 216; Andrew M. Garbarski, **La responsabilité civile et pénale des organes dirigeant de sociétés anonymes**, Zurich: Schulthess Médias Juridiques SA, 2006, s. 242; Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 245; Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 14; Bauen / Bernet / Rouillet, **a.g.e.**, N. 621; Çamoğlu, **Yönetim Kurulu**, s. 416; Göktürk, Kürşat / Can, Mehmet Çelebi, "Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsî İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, Haziran-Aralık 2011, s. 247-282, s. 249.

¹⁷³ Göktürk / Can, **a.g.e.**, s. 249.

¹⁷⁴ Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1213.

¹⁷⁵ Montavon, **Droit de SA**, s. 822. İsviçre'de söz konusu olan yasama sürecinin detaylarına ilişkin bilgi için bkz. Oliver Hablützel, **Solidarität in der actienrechtlichen Verantwortlichkeit**, Zürich-St. Gallen: Dike, 2009, s. 40 vd.; Garbarski, **a.g.e.**, s.242-243; Rusconi, **a.g.e.**, s. 492 vd.; Körner, **a.g.e.**, s. 208-209; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 116.

¹⁷⁶ Uygulamaya dair bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 93 II 322.

¹⁷⁷ Gilliard, **a.g.e.**, s. 264; Ravello, **a.g.e.**, s. 97; Cuendet, **a.g.e.**, s. 139. Özel olarak bkz. Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1219: Yazar, farklılaştırılmış teselsülün kabul edilip edilmemesi konusunda ortada kaldığını, hiçbir gerekçenin diğerine üstünlük arz etmediğini aktarmaktadır. Yani gerek hafif kusurlu kişinin, gerekse de alacaklının borcun nihai yükünü taşıması riski eş düzeyde hakkaniyete aykırıdır.

¹⁷⁸ Buna işaret eden yorumu için bkz. Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1225.

¹⁷⁹ Bu gerekçeler için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 316 dn. 102; Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1215-1216; Hablützel, **a.g.e.**, s. 38-39.

Bu gerekçeler rahatlıkla eleştiriye konu edilebilir, bir defa sorumluluk davası bakımından teselsülün mutlak olarak uygulanması hak sahibi bakımından yarar getirirken, sorumlular bakımından (özellikle de hafif kusurlu olanlar için) sert bir yapıda değerlendirilme sonucunu doğurmaktadır¹⁸⁰. Dolayısıyla, kişisel kusurlara ilişkin indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesi sonucunda dış ilişki ve iç ilişki arasındaki ciddi farklılaşma meydana gelmiştir, bu da menfaat dengelerini zedelemektedir¹⁸¹. Öte yandan hâkimin işinin zorlaşması bir gerekçe olarak kabul edilemez. Karmaşık sorunlara basit çözümler önermek adaletsizliğe davetiye çıkaracaktır. Son olarak, özel hukukun kişileri yönlendirme gibi bir amacı veya görevi bulunmamaktadır, bu olsa olsa kamu hukukunun görevi ve ilgi sahası olabilir.

Teselsülün bu şekilde söz konusu olan olumsuz yanlarıyla ilgili görüşler ileri sürülse de, uygulama değişmemiştir. Bu yüzden konu İsviçre’de de reforma tabi tutulmuş ve farklılaştırılmış teselsülün kabul edilmesinin yerinde olacağı sonucuna ulaşılmıştır¹⁸². Aynı süreç Türk Hukukunda da yaşanmıştır. Yalnız Türk Ticaret Hukukunda konu, kanun değişikliği öncesinde genel müteselsil sorumluluk bağlamında yapılan tartışmalar bakımından ayrıntılı ve özel olarak ele alınmamıştır. Öyle ki bu dönemde, teselsülün -yöneticileri daha dikkatli davranmaya sevk edecek olması bakımından- klasik görüş çerçevesinde uygulanmasında fikir birliği bulunmaktaydı¹⁸³.

Aslında konu, anonim ortaklıklar bahsi özelinde, yukarıda genel olarak haksız fiille verilen zarardan dolayı müteselsil sorumluluk bahsinde yaptığımız açıklamalara özdeşir¹⁸⁴. Bu alanda da klasik görüşün, öncelikle tazminat alacaklısının tarafını tutan tutumu eleştirilmiş ve yerinde bulunmamıştır, gerekçelerde haklılık payı da bulunmaktadır. Genel düzlemde tek farklılık bunun arkasından gelen kanunlaşma sürecidir. İsviçre’de söz konusu değişiklik bu tartışmaların akabinde gerçekleştirilmiştir¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 316; Ersin Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu**, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 21-22; Hans Ueli Vogt, “Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit”, **Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV**, Herausgeber: Rolf H. Weber/Peter R. Isler, Zürich: Schulthess Verlag, 2008, s. 21-59, s. 23.

¹⁸¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 316; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 21.

¹⁸² Anonim şirketler hukukuyla ilgili revizyona ilişkin genel bilgi için bkz. Ravello, **a.g.e.**, s. 75 vd.

¹⁸³ Bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 21; Helvacı, **Hukukî Sorumluluk**, s. 28.

¹⁸⁴ Bkz. §1, III, C, 1, b altındaki açıklamalarımız.

¹⁸⁵ Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1215.

İlginçtir, eğer TBK bakımından yukarıda anılan düzenleme (TBK Tasarısı m. 61'in ilk halinden çıkarılan ikinci fıkra) kanunda bırakılsa idi, kanunlar arasında bir uyum yakalanabileceği söylenebilirdi. Tabii böyle bir durumda da, TTK bakımından getirilen bu “yenilik” malumun tekrarından öteye geçmezdi. Aslında TTK kanun koyucusu, borçlar hukukunda aksine bir prensibin de olduğuna kanidir, o yüzden bu şekilde bir değişiklik getirmek istemektedir¹⁸⁶. Ancak sadece bu alana özgü zarardan sorumlulukta, temel ilkenin aksinin kabul edilmesinin bu alanın istisnai özelliği ile gerekçelendirilmelidir ki bu da yapılmamıştır. Gerçekten de, zararın verildiği alanın anonim şirketler hukuku alanı olmasının nasıl bir özelliği vardır ki sadece bu alanda böyle bir istisna kabul edilmiştir? Buna tam olarak bir cevap bulunamamaktadır¹⁸⁷. Bir tek belki düşünülünce şunlar söylenebilir: Burada verilen zarar –büyük olasılıkla- hukuka aykırı bir fiille verilmemiştir, bir hukukî işlem neticesinde gerçekleşmektedir. Yönetim kurulu üyeleri şirketle olan sözleşmesel ilişkilerinde göstermeleri gerekli olan özen borcuna aykırı davranarak hareket etmiş ve şirketin zarara uğramasına yol açmıştır. Dolayısıyla burada zarara neden olan hareketin daha az kınanabilir olduğu düşünülebilir. Aynı şekilde verilen zararın niteliği de, haksız fiiller hukukundakine göre –bir mutlak hak ihlali olmadığı suretle- daha “hafif” olarak değerlendirilebilir. Ancak bu durum, “sözleşmeye aykırılıktan” ötürü teselsülün iradi olarak öngörüldüğü bir olasılıkta, borca aykırılık teşkil edecek bir hareketle zarar verilmesinden farklı değildir. Ne var ki bu son durumda, TBK m. 114 f.2 göndermesiyle TBK m. 61 uygulama alanı bulacak ve yine benzer durumlarda farklı hükümler uygulanmış olacaktır. Diğer taraftan hukukî işlem yoluyla verilen zararın, haksız fiil sorumluluğunu da gerektirdiği haller de olabilir. Söz konusu hallerde, diğer hükümlerle yaratılan farklılığın açıklanması daha da zorlaşmaktadır. Dolayısıyla, bu perspektif üzerinden, TTK m. 557'nin T.C. Anayasa m. 10'deki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve iptale konu edilebileceği savunulabilir.

Bir başka, bu kez “lağvedici” değil de daha olumlu “tevil edici” bir yaklaşım ise şu olabilir: Buradaki ilkenin anonim şirketler alanına has özel bir ilke olarak görülmeyip, tüm sorumluluk hukukuna yaydırılması düşünülebilir¹⁸⁸. Sonuçta, hukuk

¹⁸⁶ Bkz. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu** (1/324), Sıra sayısı: 96, Yasama Yılı: 2, Dönem: 23, TBMM, s. 258 vd. (www.tbmm.gov.tr).

¹⁸⁷ İsviçre Hukukunda İsv. BK m. 759 bakımından benzer bir düşünce için bkz. Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 91.

¹⁸⁸ Benzer yönde bir düşüncenin aktarımı bkz. Gautschi, **a.g.e.**, s. 116. Ne var ki yazar bu düşüncüyü paylaşılmamakta, TBK m. 61 ve TTK m. 557'nin farklı amaçlara hizmet ettiği kanaatindedir. Buna

uygulamacısı kanunun hazırlık çalışmalarıyla ilgili değildir, bunlar olsa olsa dolaylı olarak yol göstermekte faydalı olabilir. Ama modern hukuk tekniği, bunun da ötesinde, sadece bu noktaya saplanıp kalınmasını “*koltuğunun altında sözlüklerle, tarih kitaplarıyla ve Meclis tutanaklarıyla dolaşan*” bir hukukçu karikatürüyle eleştirir¹⁸⁹. Diğer taraftan, özel bir prensibin yararlı görülerek genel düzeye taşınması da mümkündür. 818 Sayılı EBK döneminde sadece ticari satışlarda uygulanması düşünülen fark kuramının tüm satış türlerine uygulanması yönünde bir görüş ileri sürüldüğünü hatırlayabiliriz¹⁹⁰. İşte buradaki fikre benzer şekilde TBK m. 61’in renksiz ifadesini de gözettiğimizde, daha adaletli ve teselsüle hâkim olan düşünceye de daha uygun bir genel ilke değişikliğine gidilebilmesi neden düşünülmesin? Kanaatimizce, en azından sözleşmeye aykırılıktan teselsülün öngörüldüğü başka durumlarda da, eğer zarar verici fiil salt borca aykırılık oluşturuyor, paralel olarak yarışan bir haksız fiil sorumluluğuna yol açmıyorsa, TTK m. 557 kıyasen uygulanabilmelidir. Uygulamanın altyapısı ise şöyle oluşturulabilecektir. Normal şartlar altında, yukarıda belirtildiği üzere, sözleşmeler hukuku alanında borca aykırılıktan ötürü teselsülün öngörüldüğü hallerde haksız fiil hükümlerine gönderme yapan ve kıyasen uygulamadan bahseden TBK m. 114 f.2 bizi TBK m. 61’e götürmüş olacaktır. Ancak bu hükmün burada da uygulanması bir örtülü boşluğun oluşmasına yol açacaktır. Zira bu denli geniş kapsamlı bir uygulama adaletli bir sonuç vermemekte, özellikle TTK m. 557’nin kabulüyle sistemin bütünsel değerlendirmesinde bir çelişki meydana getirmektedir. İşte bu örtülü boşluk TTK m. 557’nin kıyasen uygulanmasıyla doldurulabilir.

Bütün bunları bir kenara bırakıp, konuya hükmün içeriği ile ilgili olarak devam edecek olursak, TTK m. 557’deki emredici nitelikteki¹⁹¹ sistemin özü şöyledir: Farklılaştırılmış teselsülde, teselsülün özel olarak dış ilişkideki yapısı düzenlenir. Buna göre her bir müteselsil sorumlu bakımından sebep oldukları bireysel sorumluluk tavanı (*Diğer bir ifadeyle kişisel savunma sebeplerinin ileri sürülmesiyle, kişinin tek başına sorumlu olsaydı ne kadar sorumlu olacağı hesaplanır*) ile ortaklaşa

göre olağan bir haksız fiil faili ve alınan kurul kararından ötürü bir başkasını zarara uğrayan yönetim kurulu üyesi aynı çatı altında değerlendirilemez. (Bkz. Gautschi, **a.g.e.**, s. 121).

¹⁸⁹ Naklen bkz. Serozan, **Temel Kavramlar**, s. 130.

¹⁹⁰ Bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 517-518.

¹⁹¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 323; Helvacı, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 222.

söz konusu olacak sorumluluk tutarı¹⁹² belirlenmektedir¹⁹³. Bunun için hâkimin soyut olarak her bir borçlu bakımından ayrı ayrı sorumluluk durumunu mütalaa etmesi gerekecektir¹⁹⁴. Ortaklaşa verilen zarar neticesinde sorumlu olunan tutar ne olursa olsun, müteselsil borçlu kendi bireysel sorumluluk tavanını aşacak şekilde sorumlu tutulamaz¹⁹⁵. Sonuçta teselsül, bireysel olarak daha az tutarla sorumlu olunacak bir olasılıkta daha fazla sorumlu olunmasına yol açmamalıdır¹⁹⁶,¹⁹⁷. Ancak bunu belirleyecek olan kişi davacı olmayacaktır, o sadece (dilediği) müteselsil sorumlulara karşı davasını yöneltecektir¹⁹⁸,¹⁹⁹. Gerek dış ilişki, gerekse de sonrasında gündeme gelecek iç ilişki hâkim tarafından belirlenir²⁰⁰,²⁰¹. Sorumluluk davasının açılması,

¹⁹² Sonuçta buradaki teselsülün temel ögesi borçluların sorumlu oldukları zarar kesitlerinin birbirleriyle kesişmesidir. Bireysel olarak sorumlu olanlar, kusurlu davranışlarının meydana getirdiği zarar kesitinin kesişen kısımları bakımından müteselsil olarak sorumlu olacaktır. Bu şekilde her bir sorumlu açısından müteselsil sorumluluk, en küçük ortak payda bakımından mevcut olmaya devam edecektir (Bkz. Vogt, **a.g.e.**, s. 27; Altay, **Yetki Devri**, s. 339-340)

¹⁹³ Trindade, **a.g.e.**, s. 216; Garbarski, **a.g.e.**, s. 244; Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 245; Körner, **a.g.e.**, s. 209; Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1222; Walter Stoffel, “La solidarité différenciée en matière de responsabilité des organes en droit SA”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 105-127, s. 115; Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 14; Vogt, **a.g.e.**, s. 25; Hablützel, **a.g.e.**, s. 48; Helvacı, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 228. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuya ilişkin uygulaması için bkz. BGE 133 II 116 vd., özellikle 120; BGE 127 III 453.

¹⁹⁴ Rusconi, **a.g.e.**, s. 494.

¹⁹⁵ Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 17; Rusconi, **a.g.e.**, s. 495; Trindade, **a.g.e.**, s. 220; Bauen / Bernet / Rouillet, **a.g.e.**, N. 621; Göktürk / Can, **a.g.e.**, s. 259.

¹⁹⁶ Ravello, **a.g.e.**, s. 156; Trindade, **a.g.e.**, s. 216; Garbarski, **a.g.e.**, s. 242.

¹⁹⁷ Nitekim bu yönüyle söz konusu teselsül yapısı için “tamamlanmamış” teselsül terimi de kullanılmaktadır (Bkz. Rusconi, **a.g.e.**, s. 494).

¹⁹⁸ Alacaklı dilediği borçlulara, hatta isterse borçlulardan sadece birine başvurabilecektir. Bu anlamda teselsüldeki bu temel prensipten ödün verilmemiştir. Müteselsil borçlulardan her biri usul hukuku anlamında ihtiyari dava arkadaşı konumunda olacaktır. Ancak böyle bir durumda dahi hâkim, teker teker bütün müteselsil borçlulara yükletilmesi gerekli sorumluluk dağılımları hesap etmek durumundadır. Çünkü kendisinden tek başına talepte bulunulan davalı müteselsil borçlu yalnızca kişisel sorumluluk tavanına kadar ödeme yapmakla yükümlüdür, bunun hesaplanması için de diğerlerinin de sorumluluk durumunun (özellikle kusur oranları ve illiyet bağına etkileri bağlamında) tespit edilmesi şarttır. Sadece davalı borçlu açısından varılan sonuçlara istinaden hüküm verilir, diğerleri açısından ise bir hüküm kurulmaz (Bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 326 vd.; Hablützel, **a.g.e.**, s. 48 vd.).

¹⁹⁹ Bu dava, şartları varsa belirsiz alacak davası (HMK m. 107) olarak açılacaktır (Bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 327, özellikle s. 363 vd.).

²⁰⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 319-320; Bauen / Bernet / Rouillet, **a.g.e.**, N. 622; Montavon, **Droit de SA**, s. 823.

²⁰¹ Dış ilişki bakımından açılan davada hâkim, sadece dava açılan müteselsil borçluları değil, diğerlerini de hesaba katarak sorumluluğu değerlendirir, bununla birlikte sadece kendisine dava açılan müteselsil borçlular hakkında karar vermektedir. İç ilişki bakımından ise, dış ilişkide belirlenmiş sorumluluk tavanları bağlayıcı bir özellik göstermez. Yani müteselsil borçlunun sorumluluk davasında dış ilişki bakımından belirlenen yükü, rücu davası bakımından bağlayıcı değildir. Dolayısıyla kararlar arasında farklılaşma olabilir (Altay, **Yetki Devri**, s. 321; Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1223; Stoffel, **a.g.e.**, s. 122-123; Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 18).

Sonuçta dış ilişkide müteselsil sorumluların bireysel sorumluluk tavanı hesap edilirken sadece kendi kusur oranları dikkate alınmakta, ancak söz konusu kusur oranları diğerlerinininki ile karşılaştırılmamaktadır. Buna bağlı olarak sorumluluğun nihai dağılımını belirleyen iç ilişkideki rücu davasında durum farklılaşabilir. Rücu davası mekanizmasının bu bakımdan tamir edici, dengeleyici bir işlevi olduğu da söylenmektedir. Rücu davası hâkimi, pek tabidir ki dış ilişkiyi sonuca bağlayan

özel olarak, davacının zararı ve faili öğrenmesinden itibaren 2 yıl, her durumda fiilin meydana gelmesinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi ile sınırlanmıştır²⁰² (TTK m. 560).

Şimdi somut ve basitleştirilmiş bir örnek üzerinden açıklamalarımızı netleştirelim²⁰³: X, W, V, Y ve Z, mali durumu ciddi olarak sorunlu olan A anonim ortaklığının yöneticileri olsunlar. İlk olarak A'nın bir işi için sadece X, Y ve Z'nin yaptığı toplantıda, büyük pay sahibi X'in yüksek ısrarı üzerine şirketin 10.000 TL kredi almasına onay verilsin. Daha sonra yapılan başka bir ikinci toplantıda ise, aynı işin yürütülmesi bakımından V ve W de diğerlerinin 3000 TL daha kredinin alınması kararına iştirak etsinler. Sonuç olarak şirket, kredi borcunu ödeyemesin ve zarara uğrasın. Şirketin kimden ne kadar talebi olabilecektir? Adım adım inceleyerek sorunu çözecek olursak:

- 10.000 TL bakımından X'in olayın gerçekleşmesindeki kusuru, ısrarı ve büyük pay sahibi olarak mali duruma daha net vakıf olabilmesi açısından % 100'dür, o 10.000 TL'lik zararın tamamından sorumlu olacaktır. Y ve Z ise, bu karar iştirak etmiştir, onların sorumluluğu farazi olarak % 70 olarak tespit edilebilir. Bu durumda Y ve Z, sadece 7.000 TL için X'le birlikte sorumludur. W ve V ise konuyla alakaları olmadığı için bu zarar kalemi bakımından sorumlulukları bulunmamaktadır.
- 3.000 TL'nin alınması bakımından ise, yine X % 100, diğerlerinin tamamı ise yine farazi olarak % 80 sorumlu olsunlar (sonuçta işlerin kötü gittiği belirginleşmiş). Bu durumda V ve W sadece bu kalem bakımından sorumluluk taşıyacakları için müteselsil sorumlulukta bireysel sorumlulukta 2.400 TL olacaktır.

sorumluluk davasındaki değerlendirmeleri dikkate alabilir, ama aktardığımız gerekçelerle bunlardan farklı sonuca ulaşması da mümkündür. Her bir durumda, rücu davası hâkiminin yapması gereken kararını neden bu şekilde verdiğini gerekçelendirmektir (Vogt, **a.g.e.**, s. 54 vd.; Hablützel, **a.g.e.**, s. 224; Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 19; Altay, **Yetki Devri**, s. 367-368; Stoffel, **a.g.e.**, s. 123).

²⁰² Altay, **Yetki Devri**, s. 346 vd.

²⁰³ Benzer örneklili açıklaması için bkz. Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1224; Altay, **Yetki Devri**, s. 354; Stoffel, **a.g.e.**, s. 116.

- Son olarak dış ilişkide hesabımızı sonuçlandırarak olursak X 13.000 TL (10.000 + 3.000), Y ve Z 9.400 TL (7.000 + 2.400), V ve W ise 2.400 TL sorumluluk tavanıyla bireysel sorumlu olacaktır.

Farklılaştırılmış teselsülün gelişiyile birlikte, eski düzenle olacak temel sonuç farklılığı ise, alacaklının mutlak suretle korunmuyor olmasıdır²⁰⁴. Sonuçta alacaklı müteselsil borçluların hepsine mutlak teselsüldeki gibi bütün sorumluluk tutarı bakımından –fiilen- gidememekte, her bir sorumludan ancak hesaplanan sorumluluk tavanı dâhilinde talepte bulunabilmektedir²⁰⁵. Bu anlamda, aslında talepte bulunulan borçlulardan en düşük bireysel tavanla sorumlu olanın sorumluluk tutarı kadar borçlular arasında teselsül ilişkisinin bulunduğu söylenebilir²⁰⁶. Ancak bu adaletsiz bir sonuç değildir, zira kişisel sorumluluğu daha az olacak bir kişiden sırf alacaklı tatmin edilsin diye zararın tümünün istenmesi akla yatkın bir sonuç meydana getirmez. Zira böyle bir durumda, müteselsil borçlunun iç ilişkide rücu imkânı olsa bile, elinin boşa dönmesi olasılığı bulunmaktadır, böylece zararın doğrudan sebep olmadığı kısmından da isabetsiz şekilde sorumlu tutulmuş olmaktadır. İlk mağdurun yarasını sarmak adına ikinci bir mağdur meydana getirmenin yeri ve gereği bulunmadığı açıktır.

Her ne kadar farklılaştırılmış teselsülün önemli bir yenilik getirdiği ve teorinin isteğine –bir ölçüde- cevap verdiği düşünülse de, ileriye yönelik uygulama bakımından etkin bir sonuç farklılığının gözlemleneceği noktada şüphe duyulabilir. Nitekim İsviçre Hukukundaki mevcut uygulamada, farklılaştırılmış teselsül nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin verdikleri zarardan sorumlulukları pratik nedenlerle çok fazla gündeme gelememekte, nadir olarak ortaya çıkmaktadır²⁰⁷. Bunun nedenleri çeşitlidir. Bir defa yönetim kurulu üyelerinin kapsamlı görevlerinin bulunması ve bu bağlamda sorumluluklarının geniş olması, farklılaştırılmış teselsül uygulamasına önemli bir engel teşkil etmektedir. Diğer taraftan verilen zarar bakımından her bir yönetim kurulu üyesi için ayrı değerlendirme yapılması çoğu zaman kolaylıkla mümkün olmaz²⁰⁸.

²⁰⁴ Hablützel, **a.g.e.**, s. 53; Altay, **Yetki Devri**, s. 329.

²⁰⁵ Trindade, **a.g.e.**, s. 221.

²⁰⁶ Trindade, **a.g.e.**, s. 221.

²⁰⁷ Vogt, **a.g.e.**, s. 42.

²⁰⁸ Vogt, **a.g.e.**, s. 42.

2. Borçluluk Kaynakları

a. Hukukî İşlem

Müteselsil borçluluk, tarafların iradelerine dayalı olarak ortaya çıkabilir²⁰⁹. TBK m. 162 f.1'e göre "[b]irden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar." Müteselsil borçluluğun doğumuna sebep olan hukukî işlem çeşitlilik gösterebilir. Nitekim borcun kaynağı bir sözleşme olabileceği gibi tek taraflı bir hukukî işlem (örneğin vasiyetname) de olabilecektir²¹⁰.

Alacaklı karşısında birden fazla borçlunun müteselsil borçlu olabilmesi onların her birinin bireysel olarak edimin tamamından sorumlu olacağını, alacaklının da anlayabileceği şekilde kabul etmeleriyle mümkün olabilecektir²¹¹. Eğer bu husus taraf iradelerinden açık²¹² ya da örtülü²¹³ olarak anlaşılamiyorsa, kanundan doğan bir teselsül hali söz konusu olmadıkça, -başka bir belirti de bulunmuyorsa- kısmi borçluluğun varlığı asıl olacaktır²¹⁴, ²¹⁵. Diğer bir deyişle sadece borçluların kendi

²⁰⁹ Sbai, **a.g.e.**, s. 23; Rossel, **a.g.e.**, s. 206; Huguenin, **a.g.e.**, s. 221; J. Haberstich (çev. Gilliéron, Ch.), **Droit Fédéral des Obligations**, Tome 1er, Moudon: J. Marti, 1886, s. 266; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 30; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 440; Karayağın, **a.g.e.**, s. 109.

²¹⁰ Romy, **CoRo.**, Art. 143, N. 6; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1620; Huguenin, **a.g.e.**, s. 221; Deschenaux, **Partie II**, s. 130; Zahnd, **a.g.e.**, s. 24; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 105.

²¹¹ Schwenzer, **a.g.e.**, N. 88.15; Selb, **a.g.e.**, s. 44; Körner, **a.g.e.**, s. 253; Weiss, **a.g.e.**, s. 40-41; Kassler, **a.g.e.**, s. 39; Çandarlı, **a.g.e.**, s. 1289. Bkz. bu konuda Yarg. HGK, 11.9.1963 T., E. 3143, K. 37 (www.kazanci.com).

²¹² Fransız Hukukunda Fr. MK m. 1202 bu iradelerin mutlak olarak açık olmasını aramakta, örtülü irade beyanıyla teselsül ilişkisinin kurulmasına izin vermemektedir (Bkz. Ancel, **a.g.e.**, s. 20-21; Starck, **a.g.e.**, s. 556; Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1231; Moreau, **a.g.e.**, s. 40; Sbai, **a.g.e.**, s. 24; Selahattin Sulhi Tekinay, "Ticarî İşlerde Teselsül Karinesi", **Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan**, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1964, s. 509-518, s. 511).

²¹³ Örtülü beyanla da teselsülün kararlaştırılabilmesi ile ilgili olarak bkz. BGE 49 III 205; BGE 47 III 213; BGE 116 II 707. Özel olarak susmayla teselsülün kabul edilmesi ile ilgili olarak bkz. BGE 123 III 53.

Aslında teselsülün borçlular bakımından söz konusu olacak ağır sonuçları düşünülecek olursa, bu borçluluk yapısının *-de lege ferenda* olarak- mutlaka açık irade beyanlarıyla kurulmasının esas alınması gerektiği de savunulabilir. Nitekim bir önceki dipnotta değindiğimiz üzere Fransız Hukuku bu yönde hüküm getirmektedir.

²¹⁴ Gautschi, **a.g.e.**, s. 42; F. Fick, **Commentaire du Code fédérale des obligations du 30 Mars 1911**, Nouvelle (4ème) Edition Révisée du Schneider / Fick, Adapté par Max=E. Porret, Neuchâtel: Delachaux & Niestlé SA, 1911, Art. 143, N. 2; Béguelin, **FJS 872**, s. 3; Sbai, **a.g.e.**, s. 26; Haberstich (Gilliéron), **a.g.e.**, s. 267; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 107. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde bir kararı için bkz. BGE 49 III 211.

²¹⁵ Tekinay (**Karine**, s. 510), kanunda genel bir teselsül karinesinin öngörülmemiş olmasını, normal şartlarda hayatın olağan akışında bir birlikte borçlunun aldığı karşılığın borçlu sayısı kadar katını ödemek istememesi düşüncesine dayandırmaktadır. Zira birden fazla borçlunun olduğu her durumda bunlar arasında bir menfât birliği olduğundan söz açılmaz. Buna karşılık ticari işler bakımından durum farklıdır, böyle bir karinenin öngörülmesi normaldir. Sonuçta bu alanda borçlular arasında bir

aralarında böyle bir kararlaştırma içinde olmaları ve fakat bunu alacaklıya yansıtmamış olmaları teselsülün doğumuna izin vermez²¹⁶. Öte yandan bütün borçluların alacaklı karşısında yapacakları ortak bir beyanda bu iradelerini birleştirmelerine gerek bulunmamaktadır²¹⁷. Nitekim borca katılma suretiyle de teselsülün doğumunun kabul edilmesi buna açık bir göstergedir²¹⁸ (Bkz. TBK m. 201).

b. Kanun

Müteselsil borçluluk taraf iradelerinden doğabileceği gibi, kanundan da kaynaklanabilir²¹⁹. TBK m. 162 f.2'ye göre “[b]öyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hallerde doğar.”

Teselsülün kanunen öngörüldüğü durumlarda üç farklı amacın –ayrı ayrı veya birlikte- gözetilmiş olabileceği saptaması yapılabilir²²⁰. Bir defa ilgili hukukî işlem yapısında büyük âdetler yasasına göre tarafların farazi iradelerinin daha çok teselsül yönünde olacağı için kanun koyucu tarafından böyle kabule gidilmiş olabilir. İkinci olarak belirli menfaatlerin özel olarak korunması isteği yine teselsül fikrinin gerekçelendirilmesinde esas olabilecektir. Son olarak birden fazla kişinin bir başkasına zarar verdiği kurguda zarar görenin menfaati öncelikle korunmak istenmiş olabilir²²¹.

menfaat birliğinin bulunması, hatta bunun sıkı ve kuvvetli olması daha olasıdır. İşbu durum, Türk Borçlar Kanunu'nda kanuni olarak teselsülün –karine olarak- esas alındığı diğer menfaat birliği halleriyle de uyum içindedir (örneğin birlikte vekil olanlar, birlikte vedia alanlar, adi ortaklar vb.).

Ticari işlerde teselsül karinesi ile ilgili olarak ayrıca bkz. Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış 15. Bası, Ankara: BATİHAE, 2012, s. 67vd.

²¹⁶ Gautschi, **a.g.e.**, s. 42-43; Sbai, **a.g.e.**, s. 29; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 107.

²¹⁷ Sbai, **a.g.e.**, s. 29; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.16; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 113. Karş. Gadmer, **a.g.e.**, s. 30. Yazar bu durumda bir nevi eksik teselsül oluştuğunu iddia etmektedir. Yazarın görüşüne tam olarak katılamamakla birlikte Türk Hukuku bakımından günümüz için bu görüşün pratik bir farklılık meydana getireceği söylenemez. Zira tam-eksik teselsül ayrımı kaldırılmıştır.

²¹⁸ Sbai, **a.g.e.**, s. 29; Huguenin, **a.g.e.**, s. 221; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 114; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 441.

²¹⁹ Guhl, **Obligationenrecht**, s. 30; Weiss, **a.g.e.**, s. 51; Huguenin, **a.g.e.**, s. 221; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 110.

²²⁰ Sbai, **a.g.e.**, s. 41.

²²¹ Bu şekilde alacaklı kendisine verilen zarar için birden fazla kişiye –kısmi borçluluk kuralları dâhilinde- bölümsel taleplerde bulunmak zorunda kalmamış olacaktır (Werro, **Pluralité des responsables**, s. 17).

Borçlular arası teselsül, başta Türk Borçlar Kanunu olmak üzere Türk Medeni Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu (vb.) başka kanunlarda da öngörülmektedir²²². Kanundan doğan müteselsil borçluluk hallerinin başlıcaları şöyle sıralanabilir: Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde müteselsil borçluluk haksız fiiller hukukunda birlikte zarar verenlerin sorumluluğunda zarar verenler bakımından (TBK m. 61-62), bir malvarlığı ve işletmenin devralınmasında devralan ve devreden bakımından (TBK m. 202), birlikte ödünç alan kişiler bakımından (TBK m. 382), birden çok müvekkil veya vekil bakımından (TBK m. 511), birlikte vedia alanlar bakımından (TBK m. 567), ve adi ortaklıkta ortakların ortaklık borçları bakımından (TBK m. 638 f.3) öngörülmektedir.

Diğer taraftan Türk Medeni Kanunu kapsamında ise teselsüle, aile malları ortaklığında ortakların borçlardan sorumlulukları (TMK m. 379), miras ortaklığında mirasçılardan mirasbırakanın borçlarından ötürü sorumluluklarında (TBK m. 641) rastlanılmaktadır.

Son olarak Türk Ticaret Kanunu'na bakılacak olursa, öncelikle ticari işlerde teselsül karinesi öngören TTK m. 7'den söz edilmek gerekir²²³. Buna göre, bir ticari iş bakımından birden fazla borçlu sorumluluk altına girmiş ve başka herhangi bir belirtmede bulunulmamışsa, teselsülün varlığı esas alınır. Bundan başka özellikle kıymetli evrak hukukunda kıymetli evraktan ötürü hamile karşı sorumluluk bakımından yine teselsül ilkesinin benimsendiği gözlemlenir²²⁴ (TTK m. 724). Diğer taraftan anonim ortaklıklar hukukunda TTK m. 759 “farklılaştırılmış teselsül” adı altında teselsülün özel bir görünümünü düzenlemektedir²²⁵.

²²² Teselsülün kanundan doğduğu hallere aşağıda belirtilenlerden başka örnekler için bkz. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 123 vd; Béguelin, **FJS 872**, s. 3-4.

²²³ Tekinay, **Karime**, s. 514 vd.; Pınar Ağca Toplandı, “Teselsül Karinesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ankara, Sayı 90, 2010, s. 381-394, s. 382.

²²⁴ Bu alanda öngörülen teselsülün diğer teselsül hallerinden önemli bir farklılığı bu teselsül kapsamında oluşan iç ilişkide borçluların sadece birbirlerine karşı özel rücu hakkından istifade edebilecek olmalarıdır, bu hak halefiyet ayrıcalığıyla güçlendirilmemiş yalın bir rücu hakkıdır.

²²⁵ Farklılaştırılmış teselsül hakkında bkz. yukarıda §1, III, C, 1, c altındaki açıklamalarımız.

c. Mahkeme Kararı

Müteselsil borçluluk, bir dava söz konusu olacak yargılama giderleri bakımından mahkeme kararı ile de ortaya çıkabilir²²⁶. HMK m. 326 f.3'e göre "[a]leyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaşırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir." Bir davada haksız çıkan ihtiyari dava arkadaşları bakımından böyle bir karar verilebilecektir²²⁷. Görüldüğü üzere, hâkimin bu konuda bir zorunluluk altında olduğu söylenemez, sadece bir takdir yetkisi bulunmaktadır²²⁸. Eğer hâkim birden fazla ihtiyari dava arkadaşının yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olacağına karar vermemişse, kısmi borçluluk kuralları uygulanır. Bu durumda her bir dava arkadaşı kendi payına düşen yargılama gideri bakımından sorumlu olur²²⁹.

3. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu

Türk-İsviçre Hukuklarında birden fazla borçlunun bulunduğu bir kurguda kural, borçluların her birinin borcun bir kısmından (hatta aksine anlaşma bulunmuyorsa ve işin mahiyeti başka türlüünü gerektirmiyorsa eşit olarak) sorumlu olmalarıdır²³⁰, ²³¹. Oysa müteselsil borçlulukta borçluların her biri alacaklıya karşı

²²⁶ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 78.

²²⁷ Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku**, 10 Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 646.

²²⁸ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 78.

²²⁹ Pekcanitez / Atalay / Özkes, **a.g.e.**, s. 646.

²³⁰ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 82; Bucher, **a.g.e.**, s. 488; Rossel, **a.g.e.**, s. 205; Haberstich (Gilliéron), **a.g.e.**, s. 263; Sbai, **a.g.e.**, s. 32; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.05; Gauch / Schluop / Emmeneger, **a.g.e.**, N. 3688; Béguelin, **FJS 872**, s. 1; Kırca, **Yenilikler**, s. 24; Toplandı, **a.g.e.**, s. 382. Ayrıca bkz. BGE 43 II 211.

²³¹ Fransız Hukukunda, Fr. MK m. 1202 f.1 bu sonuca işaret etmektedir. Buna göre teselsülün varlığı karine olarak kabul edilemez. Teselsül ya taraflarca ya da kanunda açıkça öngörülmüş olmalıdır (Haillercourt, **a.g.e.**, s. 36; Ancel, **a.g.e.**, s. 20-21; Starck, **a.g.e.**, s. 556; Proust, **a.g.e.**, s. 52; Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1231; Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 353; Bénabent, **a.g.e.**, s. 570; Delebecque / Pansier, **a.g.e.**, s. 133, Sbai, **a.g.e.**, s. 32; Tekinay, **Karine**, s. 511).

Art. 11.1.2 UNIDROIT Principles 2010'da ise aksi belirtilmediği sürece birden fazla borçlu arasında teselsül ilişkisinin geçerli olacağını belirtmektedir. (Fontaine, **New Provisions**, 552; Art. 11.1.2, Comment 1, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 370). Esasen bu düzenlemede genel bir teselsül karinesinin öngörülmüş olması doğal karşılanmalıdır, zira düzenleme daha ziyade teminat ihtiyacının belirgin şekilde ortaya çıktığı uluslar arası ticari ilişkileri ilgilendirmektedir. Nitekim Türk Hukukunda da TTK m. 7, aynı şekilde ticari işlerde teselsül karinesi getirmektedir.

Öte yandan, DFCR Art. III - 4:103:(2)'de de hukuk politikası tercihinin bir teselsül karinesi benimsenmesi yönünde yapıldığı görülmektedir (von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 977-978).

Buna karşılık, İsviçre'de Borçlar Kanunu'nun değiştirilmesine yönelik olarak hazırlanan taslakta aksi yönde bir kararlaştırma olmadığı takdirde kısmi borçluluğun esas olacağı prensibi yine aynı şekilde – zimni olarak- benimsenmektedir (Bkz. Furrer / Körner, **a.g.e.**, Art. 198 OR/CO 2020, N. 3).

edimin tamamından sorumludur²³². Bu birlikte borçluluk türünde, her ne kadar edimin mahiyeti borçlulardan her birinin borcun bir kısmından sorumlu olmasına (*pro rata, pro parte*) ve bu şekilde borçlular arasında bir kısmi borçluluk doğmasına müsait olsa da, her bir borçlu borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür, alacaklıya karşı bölme def'i (*beneficium divisionis*) ileri sürülemez²³³. Dolayısıyla müteselsil borçluluk, bu yönüyle borçların bölünmesi (*nomina sunt ipso iure divisa*) kuralının bir istinasını oluşturmaktadır²³⁴.

Buna göre, alacaklı A'ya karşı B1, B2 ve B3'ten oluşan üç kişi müteselsil olarak 10.000 TL'lik bir borç altına girerlerse, her biri sanki tek başlarına borçlularmışçasına bu borç tutarını ifa etmelidir. Buna karşılık, içlerinden biri, mesela B1, 10.000 TL'nin tamamını ödediği vakit B2 ve B3 de borçtan kurtulacaktır. İstisnai olarak borçlulardan birinin borcun yalnızca bir kısmından sorumlu olacağını taahhüt etmesi de mümkündür. Örnek olarak A karşısında B1 ve B2 10.000 TL'den sorumlu iken, B3 sadece 5000 TL'den sorumlu olabilir. Bu durumda A B3'e karşı sadece 5000 TL için başvuruda bulunabilecektir. B3'ün daha fazlası için takip edilmesi ise söz konusu olamaz.

Alacaklı, müteselsil borçlulardan dilediğinden talepte –borcun tamamı veya dilerse bir kısmı²³⁵- bulunma özgürlüğüne sahiptir^{236, 237} (TBK m. 163). Bu anlamda

²³² Romy, **CoRo.**, Art. 144, N. 1; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 143, N. 1; Engel, **Partie Générale**, s. 837; Sbai, **a.g.e.**, s. 68; Scyboz, **a.g.e.**, s. 30; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1625; Tekinay, **Teselsül**, s. 34; Bigat, **a.g.e.**, s. 3; Canyürek, **a.g.e.**, s. 13; Bénabent, **a.g.e.**, s. 572; Bydlinski, **MünKom.**, § 421, N.1; von Prollius, **a.g.e.**, s. 8; Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, s. 392; Haillecourt, **a.g.e.**, s. 88.

²³³ Gautschi, **a.g.e.**, s. 8; Béguelin, **FJS 873**, s. 1; Moreau, **a.g.e.**, s. 19; Haillecourt, **a.g.e.**, s. 99.

²³⁴ Bourassin / Brémond / Jobard-Bacheller, **a.g.e.**, s. 201; Ancel, **a.g.e.**, s. 19; Bénabent, **a.g.e.**, s. 572.

²³⁵ Bu noktada alacaklının borçluların iç ilişkilerindeki pay oranlarına göre hareket etme zorunluluğu da bulunmamaktadır (Bkz. Deschenaux, **Partie II**, s. 131).

²³⁶ Weiss, **a.g.e.**, s. 13; Sbai, **a.g.e.**, s. 69; Becker, **BerKom.**, Art. 144, N.1; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 144, N. 1; Koller, **a.g.e.**, s. 1213; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 33; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3708; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.18; Kassler, **a.g.e.**, s. 41; Deschenaux, **Partie II**, s. 131; Braconi / Carron / Scyboz, **a.g.e.**, s. 123-124; Haberstich (Gilliéron), **a.g.e.**, s. 268; Tekinay, **Teselsül**, s. 35; Tercier, **Concours d'Actions et Solidarité.**, s. 121; Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 338; Starck, **a.g.e.**, s. 555; Selb, **a.g.e.**, s. 27; Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 421, N.1; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 445; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 153; Canyürek, **a.g.e.**, s. 26; Halük Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul: Beta, 2012, s. 330. Ayrıca bkz. Yarg. 19. HD. 2.12.1994 T., E. 4898, K. 11903: "(...)[B]irden çok kimsenin birlikte neden oldukları zararın tümünün, müteselsil sorumlulardan biri aleyhine açılacak bir dava ile istenilebileceği gibi, sorumluların hepsi aleyhine açılacak tek bir dava ile de talep edilebilir." (www.kazanci.com)

²³⁷ Borçlulardan hepsi ve ya sadece birisinin iflas etmesi durumunda ise hukukî durumun nasıl şekilleneceği İİK m. 203 ve 204'te belirtilmektedir. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 154 vd.; Canyürek, **a.g.e.**, s. 59 vd.; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 85 vd.; Bigat, **a.g.e.**, s. 4-5.

onun taleplerin yarışması hakkına (*Anspruchskonkurrenz*) sahip olduğu söylenebilir²³⁸. Bazı durumlarda, kendisiyle aynı yerleşim yerinde bulunan bir borçluyu takip etmek alacaklı açısından daha avantajlı olabilir²³⁹. O, borçluların arasındaki iç ilişkiyi gözetmek zorunda da değildir²⁴⁰. Şöyle ki yukarıdaki örnek üzerinden devam edilecek olursa, A dilerse B1'i yalnız başına dilerse B1 ve B2'yi birlikte, dilerse borçluların hepsini birden takip ve dava edebilecektir. Alacaklının bu şekilde dilediği borçludan talepte bulunabilmesi için borcun her bir borçlu açısından muaccel ve talep edilebilir olması gerekir²⁴¹. Eğer A, 10.000 TL'lik borç için B1, B2 ve B3 açısından ayrı vade tarihleri kararlaştırmışsa; her bir borçlu özelinde söz konusu olacak ilgili vade dolmadan veya şart gerçekleşmeden A'nın talepte bulunabilmesi söz konusu olmaz. Diğer taraftan, bu şekilde vade kararlaştırılmamış olup, alacaklıya bir muacceliyet ihbarında bulunma hakkı verilmişse, borç sadece alacaklının ihbarda bulunduğu borçlu bakımından muaccel olur. Yine borçlulardan birinin borcunun doğumunun şarta bağlandığı olasılıkta, şart gerçekleşmeden bu borçluya talepte bulunulabilmesi olanaksızdır²⁴².

Belirtilmelidir ki, alacaklının borçlulardan yalnızca birini takip veya dava etmesiyle birlikte, ifaya mahkûmiyet kararı alınmış olsa bile, müteselsil borçtan doğan sorumluluk tüm borçlular açısından sona ermez²⁴³. Sorumluluğun sona erebilmesi ve borçluların alacaklı karşısında borçtan kurtulabilmeleri için alacaklının tatmin edilmiş olması şarttır²⁴⁴. Bununla birlikte alacaklının borçlulardan birini takip etmesi üzerine diğerlerinin borçtan kurtulacakları bir bozucu şart olarak kararlaştırılabilir, böyle bir durumda, takibin yapılması diğer bir deyişle şartın gerçekleşmesiyle birlikte, diğer müteselsil borçlular borçtan kurtulmuş olacaktır.

²³⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1201; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 6; Béguelin, **FJS 873**, s. 1.

²³⁹ Daniel Guggenheim, **Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Les effets des contrats**, Tome II, Genève: Georg, 1995, s. 309.

²⁴⁰ Guggenheim, **Contrats**, s. 309; Selb, **a.g.e.**, s. 90; Bucher, **a.g.e.**, s. 491; Starck, **a.g.e.**, s. 555; Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 336; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 439.

²⁴¹ Canyürek, **a.g.e.**, s. 14.

²⁴² Sbai, **a.g.e.**, s. 70.

²⁴³ Béguelin, **FJS 873**, s. 1.

²⁴⁴ Gautschi, **a.g.e.**, s. 13; Selb, **a.g.e.**, s. 27; Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 7; Huguenin, **a.g.e.**, s. 221; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 33; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3716; Scyboz, **a.g.e.**, s. 30; Reichel, **a.g.e.**, s. 33; Tekinay, **Teselsül**, s. 36; Canyürek, **a.g.e.**, s. 15; Ferhat Canbolat, "Müteselsil Borcun Sona Erme Sebepleri, Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi İle Birlikte", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 66, Sayı 3, 2008, s. 68-81, s. 70; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1042; Starck, **a.g.e.**, s. 556. Ayrıca bkz. BGE 56 II 115.

Art. 11.1.3 UNIDROIT Principles 2010'da da bu husus açık olarak düzenleme altına alınmaktadır (Fontaine, **New Provisions**, s. 552-553; Art. 11.1.3 Comment 1, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 371).

Yahut alacaklının yapacağı ilk takiple birlikte diğer borçlulara başvurabilme yetkisi sözleşme ile sınırlandırılabilir. Böyle bir anlaşmanın hukukî niteliği ve kurgulanması değişkenlik gösterebilir. Müteselsil borçlulukta alacaklının her bir borçluyu takip edebileceğine ilişkin hükümler emredici olmadığından, bu şekilde var olan düzenin değiştirilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır²⁴⁵.

Önemli bir nokta da teselsül ilişkisinin, asli edim yükümlülüğünün yerine - bütün borçlular bakımından- tali edim yükümlülüğü geçtiği hallerde dahi devam edecek olmasıdır. Yani şöyle bir örnekle somutlaştıralım: A'ya karşı B1 ve B2 200 kg özel bir patates cinsi (sınırlı çeşit borcu) teslim etmeyi yükümlensin, her ikisine ait ortak depoda ortak kusurları nedeniyle çıkan yangında patatesler telef olsun. Böyle bir durumda mahkeme tarafından belirlenecek 5.000 TL tazminat ediminden her bir borçlu yine müteselsilen sorumlu olur²⁴⁶.

Alacaklının borçlulardan birine veya birkaçına kısmen talepte bulunabilmesi de imkân dâhilindedir²⁴⁷. Bu şekilde ifade bulunulan ve sona erdirilen borç tutarı bakımından diğer borçlular da alacaklıya karşı borçtan kurtulur (TBK m. 166 f.1). Bu başlık altında ifade ettiğimiz borçtan kurtulma, sadece müteselsil borçlulukta alacaklıyla olan dış ilişki bakımındandır. Yoksa borçluların kendi aralarındaki iç ilişkide hesaplaşma devam edecektir, hemen aşağıdaki başlıkta açıklanacağı üzere, borçluların iç ilişkideki paylarını aşan ifaları bakımından diğerlerine dönüp başvurma diğer bir deyişle rücu edebilme imkânları bulunmaktadır.

Alacaklının müteselsil borçlulara karşı uyması gereken önemli bir yükümlülük, onun borçlulardan birinin durumunu diğerlerinin zararına iyileştirmemektir (TBK m. 168 f.2). Bu durum özel olarak alacaklının sadece bir borçlu lehine verilmiş olan teminatları iade etmesi halinde ortaya çıkar²⁴⁸. Zira gerektiği gibi ifa (veya ifa ikamesi yaratan bir yolla) ile tatmin edilen alacaklının yerine söz konusu ifayı gerçekleştiren müteselsil borçlu halef olarak geçecektir. Böyle bir durumda rücuda

²⁴⁵ Canyürek, **a.g.e.**, s. 15.

²⁴⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1042.

²⁴⁷ Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 144, N. 1; Béguelin, **FJS 872**, s. 3. Türk-İsviçre Hukuklarında kural tam ve eksiksiz ifadır, alacaklı bu şekilde bir talebi borçlusuna yönelttiği vakit, reddedilirse kısmi ifa söz konusu olamayacaktır. Aynı husus, borçlunun alacaklıya yönelttiği kısmi ifa teklifi onun kabulüne bağlıdır. Tabiidir ki aksi taraflarca kararlaştırılabilir.

²⁴⁸ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 3; Deschenaux, **Partie II**, s. 137; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 459; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 321.

yaşanabilecek olumsuzluklardan alacaklı kişisel olarak sorumlu olur. Müteselsil borçlu, gerektiği gibi rücu edememe durumu bakımından uğradığı zararını alacaklıya yükleyebilecektir²⁴⁹.

Bunun haricinde tıpkı aşağıda değinilecek olan müteselsil borçluların birbirlerinin durumunu kendi bireysel hareketleri ile ağırlaştıramaması temel prensibinin bakışımıslısı olarak, alacaklının sadece bir müteselsil borçluyla yaptığı işlemin sonucunun diğerlerine etki etmemesi temel prensibi bulunmaktadır²⁵⁰. Örneğin alacaklının sadece bir borçluya gönderdiği temerrüt ihtarı sadece onun temerrüde düşmesine yol açar, yoksa diğer borçluların durumunu etkilemez²⁵¹.

Son olarak alacaklı müteselsil borçlulara başvuruda bulunduğu, borçlular kendi kişisel savunma sebeplerini ileri sürerek ifade bulunmaktan kısmen veya tamamen kaçınabilirler²⁵². Haksız fiiller bakımından söz konusu olacak verilen zarardan ötürü teselsülde ise, ağırlıkla kabul edilen görüş²⁵³, müteselsil borçlunun daha hafif kusurlu olduğunu (veya ödemede bulunmasının kendisini yoksulluğa düşüreceğini vb.) bir kişisel savunma sebebi olarak ileri sürememesi ve dolayısıyla, başka bir savunma sebebi de bulunmuyorsa²⁵⁴, borcun tavan tutarından sorumlu olmasıdır.

Bu bakış açısı, anonim şirketler hukukunda yönetim organının verdiği zararlardan ötürü müteselsil sorumluluğu bakımından değiştirilmiştir²⁵⁵. Farklılaştırılmış teselsül olarak adlandırılan yeni düzenlemede, zarar veren kişilerin kendi açısından tek başına bireysel sorumluluğunu gerektirecek bir durum olmadıkça, müteselsil sorumluluk bakımından da talepte bulunulamayacağı kuralı getirilmiştir. Dolayısıyla dış ilişkide her bir müteselsil sorumlunun kusur oranı vb. diğer sebepler alacaklının yönelteceği talep bakımından bir indirim sebebi olarak kullanılabilir hale gelmiştir²⁵⁶.

²⁴⁹ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 3; Deschenaux, **Partie II**, s. 137; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 460; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 321.

²⁵⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 458; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 312.

²⁵¹ Gautschi, **a.g.e.**, s. 10.

²⁵² Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 2.

²⁵³ Bkz. §1, III, C, 1, b.

²⁵⁴ Alacaklının dâhli olabilecek durumlarda söz konusu olabilecek savunma sebeplerinin kullanılabilmesine şüphe olmadığını yukarıda iletmiştik (Bkz. §1, III, C, 1, b).

²⁵⁵ Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 144, N.1; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 32.

²⁵⁶ Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 14; Vogt, **a.g.e.**, s. 25; Hablützel, **a.g.e.**, s. 48.

4. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu

Müteselsil borçlulukta, alacaklıya olan borçlar ve dolayısıyla dış ilişki devam ederken borçluların birbirlerine olan sorumlulukları, ortak defilerin ileri sürülmesinden ibarettir (TBK m. 164). Bunun yanında bir müteselsil borçlunun kendi durumunu ağırlaştıran bireysel davranışı diğerlerinin durumunu istisnai durumlar dışında etkilemez²⁵⁷ (TBK m. 165).

Ortak defiler, borcun hukukî sebebiyle bağlantılı olan defilerdir, bunlar özel olarak bir borçlunun şahsında değil, genel olarak bütün borçluların ileri sürebileceği biçimde borcun sebebinden dolayısıyla bütün borçlular nezdinde doğar. Buna göre, her bir müteselsil borçlu ortak defileri ileri sürme hakkına sahip ve hatta bununla yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen müteselsil borçlu bunun sonuçlarına katlanacak ve diğerlerine karşı sorumlu olacaktır. Bu sorumluluğun pratik sonucu da iç ilişki bakımından söz konusu olacak rücu hakkının kaybedilmesidir. Kişisel defilerin ileri sürülmesi ise tamamen her bir borçlunun kendi seçimine bırakılmıştır, bunların ileri sürülmesi ve sürülmemesi halinde diğerlerine karşı bir sorumluluk söz konusu olmaz²⁵⁸.

Borçluların birbirlerinin durumunu ağırlaştıramamaları hususu ise, şöyle ifade edilmelidir, eğer bir borçlu alacaklıyla anlaşarak kendi durumunu sonradan ve diğer borçluların rızasını almadan kötüleştirirse bu durum yalnızca kendisine etkide bulunur, yoksa diğer borçlular bundan etkilenmezler²⁵⁹. Örnek olarak borcun varlığı borçlulardan biri tarafından ikrar edilmiş olabilir veya borçlulardan biri zamanaşımı süresinin dolmuş olmasına rağmen defîi hakkından feragat etmiş olabilir vb. Bu gibi haller diğer borçluları etkilemez²⁶⁰ (TBK m. 165). Yalnız bu konuda önemli bir kanuni istisna TBK m. 155'de yer alan müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımının diğerlerine karşı da kesileceği kuralıdır²⁶¹.

²⁵⁷ Guggenheim, **Contrats**, s. 311.

²⁵⁸ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Canyürek, **a.g.e.**, s. 43.

²⁵⁹ Romy, **CoRo.**, Art. 146, N. 1; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1630; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 34; Guggenheim, **Contrats**, s. 311; Béguelin, **FJS 873**, s. 2.

²⁶⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 312.

²⁶¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 458; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 313.

Müteselsil borçlulukta borcun sona ermesi ile birlikte alacaklı ile olan ilişki (*dış ilişki*) sona erse de borçlular arasında hesaplaşma yükümlülüğü olduğu sürece borç borçlular arasında devam etmektedir. Hesaplaşma yükümlülüğü kanun uyarınca (karine olarak) ayrıca öngörülmüş bulunmaktadır. Dolayısıyla salt alacaklının tatmin edilmesi sonucu sağlandığında, evvelce mevcut olmasa bile borçlular arasında bir ilişki zorunlu olarak doğacaktır²⁶². Bu durum, borçluların alacaklıyı tatmin etmeleri neticesinde diğer borçluların da borçtan kurtulması karşısında doğal kabul edilmelidir. Diğer borçlulara alacaklıya yaptığı ifayla yararı dokunmuş bulunan borçlu, bu yararın karşılığında kendi malvarlığında oluşan ve normal şartlarda katlanması gerekmeyen azalmayı rücu hakkını kullanarak karşılayacaktır²⁶³. Buna göre, müteselsil borçlular bir defa kendi aralarındaki temel ilişkide (*iç ilişki*) genel olarak bir rücu hakkına (*özel rücu hakkı*) sahiptir²⁶⁴. Kanun özelinde, bu ilişkinin varlığı ve içeriğiyle ilgili olarak bazı karineler kabul edilmiştir²⁶⁵ (TBK m. 167 f.1). Bir defa borçluların kendi aralarındaki ilişkide, her bir borçlunun diğerine olan sorumluluğu bakımından kısmi borçluluk esasları uygulanır²⁶⁶, diğer bir deyişle iç ilişkide teselsül söz konusu olmaz, ancak aksinin kararlaştırılması bakımından da kanuni bir engel bulunmamaktadır²⁶⁷. Belirtilen kısmi borçluluk ilişkisinde, borçluların her biri kural olarak eşit paylarla sorumlu olur²⁶⁸. Taraflar arasındaki temel ilişki veya borcun niteliği başka bir türlü bir paylaşımı da haklı gösterebilir,

²⁶² Canyürek, **a.g.e.**, s. 107.

²⁶³ Gautschi, **a.g.e.**, s. 82; Canyürek, **a.g.e.**, s. 108.

²⁶⁴ Jacques Mestre, **La subrogation personnelle**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, s. 153; Béguelin, **FJS 873**, s. 3; Bucher, **a.g.e.**, s. 496; Kassler, **a.g.e.**, s. 45.

PECL Art. 10: 105(1) ve Art. 10:106(1) ile Art. 11.1.9 ve Art. 11.1.10 UNIDROIT Principles 2010 hükümleri konuyla ilgili düzenleme getirmekte, ve müteselsil borçlular arasında aksi öngörülmedikçe eşit paylarla sorumlulukların söz konusu olacağı bir iç ilişki bulunacağını kabul etmektedir. İfade bulunan müteselsil borçlu bu ilişkiye dayalı olarak diğerlerinden (özel) rücu talebinde bulunabilecektir. Bundan başka iç ilişkide borçluların sorumlulukları kısmi borçluluk esaslarına göre tespit edilecektir (Rouiller, **a.g.e.**, s. 59; Fontaine, **New Provisions**, s. 557).

Aynı şekilde DFCR Art. III - 4:106:(1)'de de müteselsil borçluların kendi aralarındaki iç ilişkide, aksi açık veya örtülü olarak kararlaştırılmadıkça, eşit paylarla sorumlu olacaklarına işaret edilmektedir (Bkz. von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 983-984).

²⁶⁵ Bu konuda Alman Hukukunda BGB § 426 f.1 benzer şekilde –aksi kararlaştırılmadıkça- eşit paylaşım ve kısmi borçluluk öngören bir hüküm sevketmektedir (Bkz. Selb, **a.g.e.**, s. 96 vd.; Jürgens, **a.g.e.**, s. 185; von Prollius, **a.g.e.**, s. 22; Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, s. 398-399).

²⁶⁶ Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 149, N. 1a; Koller, **a.g.e.**, s. 1222. Aynı kural Fransız Hukukunda (Fr. MK m. 1213) da geçerlidir (Mainguy / Respaud, **a.g.e.**, s. 367).

²⁶⁷ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 93; Guggenheim, **Contrats**, s. 315; Fick, **Commentaire CO**, Art. 148, N. 6.

²⁶⁸ Becker, **BerKom.**, Art. 148, N.1; Weiss, **a.g.e.**, s. 125; Koller, **a.g.e.**, s. 1218; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 35; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.29; Ahmet Ayar / Hande Engin, “Teselsülde Rücu”, **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, C.II, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s. 1293-1308, s. 1294.

ispat edilmek kaydıyla buna dayanılabilir²⁶⁹. İstisnai durumlar bir yana bırakılacak olursa, borçlular arasında çoğunlukla müteselsil borçluluğa vücut verecek bir sözleşmesel ilişkinin (bir ortaklık ilişkisi, vekâlet ilişkisi veya başka bir sözleşme) varlığının söz konusu olacağı söylenebilir²⁷⁰. Eğer bu ilişkinin içeriği, kanunda kabul edilen karinelere farklı bir içerikteyse ispat edilmesi suretiyle esas alınacaktır. Zira kanun borçluların kendi tasarımlarının ötesinde onlara bir ilişkiyi dayatamaz. Ne var ki borçlu sadece müteselsil borçlu olarak ödemede bulunduğunu ispat eder, aradaki sözleşme ilişkisini tam olarak ortaya koyamazsa, kanundaki karine (eşit paylaşım) üzerinden talepte bulunabilecektir²⁷¹. Bunun yanında söz konusu temel ilişkiye dayanan bu (özel) rücu hakkı, halefiyet (*genel rücu hakkı*) ayrıcalığı ile kuvvetlendirilmiş bulunmaktadır^{272, 273} (TBK m. 168). Bu anlamda ödemede bulunan (*solvens*) müteselsil borçlu çifte rücu hakkı avantajından istifade edebilir²⁷⁴. Ancak bu durum, aynı rücu alacağının (özel rücu ve halefiyetle ayrı ayrı) farklı yollarla iki kere sağlanması anlamına da gelmez²⁷⁵.

²⁶⁹ Guggenheim, *Contrats*, s. 314; Weiss, *a.g.e.*, s. 126; Bucher, *a.g.e.*, s. 496; Schwenger, *a.g.e.*, N. 88.36.

²⁷⁰ Canyürek, *a.g.e.*, s. 107.

²⁷¹ Bir kişi diğerinin yanında sadece hatır için müteselsil borçlu olarak yer alıyorsa, bunu ispatlaması kaydıyla son tahlilde iç ilişki çerçevesinde onun üzerine borcun nihai yükü yüklenemez. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları: BGE 56 II 131; BGE 53 II 30; BGE 44 II 144.

²⁷² Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 331; Mestre, *a.g.e.*, s. 153; Gauch / Schlupe / Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3745; Bucher, *a.g.e.*, s. 497; Béguelin, *FJS 873*, s. 3; Weiss, *a.g.e.*, s. 127; Schwenger, *a.g.e.*, N. 88.40.

Alman Hukukunda da BGB § 426 f.2 hükmüyle müteselsil borçlular halefiyet avantajından faydalandırılmaktadır (Bkz. Sonja Meier, *Gesamtschulden, Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 430; Selb, *a.g.e.*, s. 113; von Prollius, *a.g.e.*, s. 38; Schmidt-Kessel, *a.g.e.*, s. 397).

²⁷³ Biz, aşağıda yapacağımız sınıflandırmada borçlular arasındaki -iç- ilişkiye dayanan rücu hakkı için “özel rücu hakkı”, halefiyete dayanan rücu hakkı için ise “genel rücu hakkı” ifadelerini benimsedik. Halefiyetin öngörülmesi borçluların iç ilişkideki durumunu sağlamlaştırmak ve özellikle alacaklının sahip olduğu teminat haklarından ödemede bulunan borçlunun da faydalandırmak açısındandır (Guggenheim, *Contrats*, s. 317; Kefalet sözleşmesi özelinde aynı ayırım ve detaylandırmalar için bkz. Özen, *Kefalet*, s. 439).

PECL Art. 10:106 (2) ve Art. 11.1.11(1) UNIDROIT Principles 2010 düzenlemelerinde de ifade bulunan müteselsil borçlunun halefiyet kapsamında alacaklının yerine geçeceği ve onun faydalanabileceği teminatlar ve diğer avantajlardan faydalanabileceği belirtilmektedir (Rouiller, *a.g.e.*, s. 59; Fontaine, *New Provisions*, s. 557).

DFCR Art. III - 4:107:(2)'de ise, açık olarak halefiyeten söz edilmemekte, sadece alacaklıya ifade bulunan borçlunun onun faydalanabileceği teminat ve öncelik haklarından yararlanabileceğine işaret edilmektedir (von Bar / Clive, *a.g.e.*, s. 986).

²⁷⁴ Gautschi, *a.g.e.*, s. 85; Heierli / Schnyder, *BasKom.*, Art. 149, N. 1a; Merz (Giovannoni), *a.g.e.*, s. 93; Mestre, *a.g.e.*, s. 154. Terré / Simler / Lequette, *a.g.e.*, s. 1246; Manuela Oury-Burlé, *L'Engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, Paris: LGDJ, 2002, s. 338-339; Meier, *Gesamtschuld*, s. 389.

²⁷⁵ Bkz. aşağıda §3, I, B.

Bir örnekle açıklamalarımızı somutlaştıralım: Kredi almak üzere A'ya karşı 10.000 TL borçlanan B1, A'nın ısrarı üzerine bir kişisel teminat göstermek amacıyla B2'yi de baştan teminat amacıyla müteselsil olarak borç altına sokar. Bu şekilde B2, B1'e teminat sağlamak üzere bir iş görme borcu altına girmiş olur, borçlular arasında da bir vekâlet sözleşmesi kurulmuş olur. Bu ilişkide B2 sadece A'ya güvence göstermek üzere ortaya çıkmıştır, dolayısıyla B1 ile olan bu ilişkisinde borcun nihai yüküne hiç katlanmayacağı kararlaştırılmıştır. B2 A'ya 10.000 TL için ödemede bulunduğu, B1'le arasında olan vekâlet sözleşmesi ilişkisine dayalı olarak rücu talebinde bulunabilir ve fazladan ödediği miktarın kendisine sağlanmasını isteyebilir. Yalnız böyle bir durumda B2'nin kanundakinden farklı olarak düzenleme öngördükleri vekâlet sözleşmesine dayanmak istediğinde bu ilişkinin içeriğini de özel olarak ispat etmesi gerekir. Aksi takdirde, B2'nin sadece müteselsil borçluluğa istinaden ödeme yaptığını ortaya koyması durumunda, ortada başka herhangi bir belirti de bulunmuyorsa, borçluların eşit paylarla sorumlu olacakları esas alınır²⁷⁶. Dolayısıyla böyle bir durumda B2, A'ya yaptığı ödeme neticesinde B1'den yalnızca 5.000 TL alabilecektir. Bunun yanında müteselsil borçlu, halefiyet ayrıcalığından da her ihtimalde –özel rücu hakkı oranında- faydalanabilir.

Diğer taraftan şayet borçlular arasındaki özel (iç) ilişki, bir bağışlama sözleşmesi ise, tüm rücu yolları tıkanacaktır. Zira böyle bir durumda, müteselsil borçlu alacaklıya ifada bulunarak, bağışlama sözleşmesinden kaynaklanan karşılıksız kazandırmada bulunma borcunu yerine getirmiş olur, bu aşamadan sonra müteselsil borçlunun bağışlamanın konusu olan menfaat değerinin (borçlunun pasifinin azaltılması) rücu yoluyla kendisine geri sağlamaya çalışması düşünülemez. Şayet müteselsil borçlu, böyle bir ilişkinin varlığına rağmen diğerine kanundaki karineler üzerinden rücu hakkını kullanarak rücu etmeye çalışırsa, bağışlama sözleşmesinin varlığı ispat edilmek suretiyle rücu talebinin geri çevrilebilmesi mümkün olabilecektir²⁷⁷.

²⁷⁶ Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1294.

²⁷⁷ Oruç Hami Şener, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Özel Sayı, 2009, s. 1279-1322, s. 1312.

D. Mevcut Borca Katılma ile Oluşan Birlikte Borçluluk

1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları

Borca katılma yoluyla birlikte borçluluk (*Schuldbeitritt/Kumulative Schuldübernahme, reprise de dette cumulative/adhésion à une dette existante*), alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin dışında bulunan bir üçüncü kişinin, ilk borçlunun yanında yer alarak borcun yükümlülüğünü üstlenmesi ve bu şekilde onun yanında müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olmasıdır^{278, 279}. Böylece alacaklı ilk planda alacağını sadece tek bir borçludan talep edebilecekken, borca katılma ile beraber yeni ve ikinci bir borçludan da diğeriyle yarışır şekilde talepte bulunabilecektir²⁸⁰. Borca katılan, bir anlamda borçlunun edimini âdeta kendi edimi haline getirmiştir, dolayısıyla diğer borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olur²⁸¹. Kural olarak iki borçlunun borçlarının içerikleri özdeştir²⁸². Borca katılma, müteselsil

²⁷⁸ Hüseyin Murat Develioğlu, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı”, **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, s. 293-322, s. 300; Scyboz, **a.g.e.**, s. 31; René des Gouttes, “Reprise de dette”, **FJS**, N. 365, Genève, 1942, s. 1; Dietrich Reinicke / Klaus Tiedtke, **Kreditsicherung**, 5. Auflage, Neuwied: Luchterhand, 2006, s. 1; Christoph M. Pestalozzi, Art. 111 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 111, N. 32; Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 9. Auflage, Bern: Staempfli Verlag AG, 2010, s. 408; Becker, **BerKom.**, Art. 143, N.4; Koller, **a.g.e.**, s. 1204; Deschenaux, **Partie II**, s. 130; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 31; Christoph Müller, **Contrats de droit suisse**, (Avec la collaboration de David Bouverat, Alejandro Follonier-Ayala, Mélanie Madler, Oliver Riske) Berne: Staempfli Editions, 2012, s. 528; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 143, N. 5; Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, s. 376; Melek Bilgin Yüce, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 83; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 608; Sevgi Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (Hukukî Gelişimi ile Birlikte)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 211. Ayrıca bkz. BGE 129 III 702; 113 II 434; 42 II 260; 4C.166/2004 (www.swisslex.ch).

²⁷⁹ Bu açıdan yukarıda müteselsil borçluluğun dayandığı temel bakımından verdiğimiz açıklamalar (teklik-çokluk teorileri) burada da işlerlik kazanacaktır. Bkz. yukarıda §1, III, C, 1, a.

²⁸⁰ Fransız Hukukunda teminat amacıyla birlikte borç üstlenme veya sonradan borca katılma ile oluşan müteselsil borçlulukta, katılan borçlu “*codébiteur adjoint*” (eklenen borçlu) veya daha yaygın bir tabirle “*codébiteur non intéressé à la dette*” (borcun yerine getirilmesinde menfaati olmayan borçlu) olarak adlandırılmaktadır. Bu borçlunun iç ilişkide diğeriye karşı borcun bir kısmı için değil tamamı için başvuruda bulunulabileceği kabul edilmektedir (Bkz. Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 334-335; Bourassin / Brémond / Jobard-Bachelier, **a.g.e.**, s. 202; Oury-Burlé, **a.g.e.**, s. 18).

²⁸¹ Altay, **Borca Katılma**, s. 34; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1038; Philippe Richard, “Les Pièges de Colocation: Bail Commun, Porte-fort, Reprise Cumulative de Dette, Cautionnement”, **Cahiers du Bail, N.1**, Mars, 2010, s. 6; Reichel, **a.g.e.**, s. 68; Seza Reisoğlu, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara: 1992, s. 67; Gadmer, **a.g.e.**, s. 42; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 85.

²⁸² Şener, **a.g.e.**, s. 1285; Seza Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s. 131.

Bununla birlikte borca katılanın borcunun konusunun bir miktar paranın verilmesi (veya başka herhangi bir edim) olarak belirlenmesine de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Sonuçta, müteselsil borçlulukta, borçlular farklı konulara sahip dar anlamda borçlar altına girebilecektir (Bkz. yukarıda §1, III, C, 1, a altındaki açıklamalarımız).

borç meydana getirdiği için, borcun miktarında bir artış söz konusu olmaz, artış salt borçlu sayınsındadır²⁸³. Borca katılmanın bu şekilde müteselsil borç doğurucu özelliği, alacaklı açısından bir çeşit teminat işlevi görür. Dolayısıyla tüm müteselsil borç ilişkilerinde mevcut bulunan teminat işlevi, borca katılmada daha da ön plana çıkar.

Borca katılmanın gerçekleşebilmesi için, buna ilişkin hukukî işlemin alacaklıyla yapılması veya en azından borçluyla yapılan işleme alacaklının rıza göstermesi²⁸⁴ gerekir²⁸⁵. Öte yandan borçlunun mutlaka rızasının alınması gerekliliği bulunmamaktadır, hatta onun rızası hilafına dahi yapılabilir²⁸⁶. Zira borçlu açısından bu durum herhangi bir değişiklik yaratmamakta, onu herhangi bir şekilde külfet altına da sokmamaktadır²⁸⁷. Borca katılma ile meydana gelen müteselsil borçluluğun temelinde iki ayrı hukukî ilişki bulunduğuna da özellikle dikkat çekmek gerekir. Bunlardan ilki borca katılanın müteselsil borçlusu haline gelmek istediği hukukî ilişki, ikincisi ise borca katılan ve alacaklı (veya alacaklı yararına olarak ilk borçlu) arasındaki hukukî işlemde doğan ilişkidir²⁸⁸. İlk ilişkinin mutlaka hukukî işlemde doğan bir ilişki olması gerekmez. Bu ilişkinin haksız fiil, sebepsiz zenginleşme yahut kanundan doğan sair bir borç ilişkisi olması da mümkündür. Bununla birlikte katılmayı gerçekleştiren ikinci ilişki ise, zorunlu olarak bir hukukî işlemde (sözleşme) doğacaktır. Borca katılmanın gerçekleşmesiyle birlikte geniş anlamda tek borç ilişkisinden, dar anlamda ise ilk borçlu ve katılan borçlunun borçlarından oluşan iki borç ilişkisinden söz edilir. Dolayısıyla borca katılmaya vücut veren işlem, borca katılma sözleşmesi, bu anlamda tamamlandıktan sonra arka planda kalır.

²⁸³ Şener, **a.g.e.**, s. 1304.

²⁸⁴ Borca katılma, alacaklının haberi olmaksızın üçüncü kişi lehine sözleşme olarak yapılabilir, ne var ki alacaklı böyle bir kazandırmayı kabul etmemeyi tercih edebilir, bu nedenle borca katılmanın sonuç doğurabilmesi için alacaklının rıza göstermesi şarttır (Engel, **Partie Générale**, s. 902; Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 301).

²⁸⁵ Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 301; Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, s. 381.

²⁸⁶ Eğer salt dar anlamda borca katılmadan ziyade, borca katılan geniş anlamda borç ilişkisinin de tarafı haline getirilmek isteniyorsa, artık sözleşmeye katılmadan söz edilmek gerekir. Bu durum ise, geniş anlamda borç ilişkisi bakımından bir değişiklik meydana getireceği için var olan borçlunun da rızasının alınması şart olur (Akıntürk, **a.g.e.**, s. 115).

İlk borçlunun rızasının alınmasını gerekli kılan diğer bir durum da borca katılmanın sözleşmenin mevcut halini değiştirmesidir (Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 302).

²⁸⁷ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 442; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 790.

²⁸⁸ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 442; Özen, **Kefalet**, s. 8-9.

Borca katılma temelde iki türlü amaçla yapılabilir²⁸⁹, ²⁹⁰. Birinci ve daha sık rastlanılan borca katılma, salt teminat amaçlı olandır (*reprise de dette cumulative*). Bu tür bir borca katılmada temel amaç alacaklıya bir teminat sağlanması, alacaklının durumunun borcun ifa edilmemesi rizikosuna karşı, ikinci bir malvarlığından daha istifade edebilme şansı tanınarak güçlendirilmesidir²⁹¹. İkinci tür borca katılma ise, borçtan kurtarma amaçlı olandır (*reprise de dette privative / libétatoire*). Bu türdeki borca katılmada, borca katılan kişi ilk borçluyu borcun ifasından kurtarmayı amaçlamaktadır²⁹². Bu doğrultuda, ilk borçluya bir ifa talebi tehdidi ile karşı karşıya kalmayacağı taahhüt edilmekte, alacaklıya da ayrıca ve doğrudan borca katılana başvurma olanağı tanınmaktadır. Dolayısıyla borca katılan gerek alacaklıya gerekse de ilk borçluya karşı ifa yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede alacaklı ise, dış ilişkide, dilerse ilk borçluya dilerse de borca katılana müteselsil olarak başvurabilir. Borca katılanın yapması gereken, ilk olarak davranıp alacaklıyı tatmin etmektir. Aksi halde rücu talebinin yanında, tazminat talebine de muhatap olur. Söz konusu yapı içinde, teminat verme işlevi silikleşmekte, sadece ikincil bir işlev olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılan işlemde sadece borca katılmadan bahsedilmiş, hangi türünün tercih edildiği belirtilmemişse, teminat amaçlı borca katılma işleminin yapıldığı esas alınır²⁹³.

Borca katılma tanım olarak TBK m. 201 f.1'de yer almaktadır²⁹⁴. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise borca katılma sözleşmesi kurulduğunda katılan kişinin müteselsil borçlu olacağı ifade edilmektedir. Bu yönüyle borca katılma, temelde müteselsil borçluluk çerçevesindeki açıklamalara tabi olacaktır²⁹⁵. Tek farklılık müteselsil borçlulukta borçların birbirinden bağımsız olma durumunun (bu bağımsızlığın ifa amacının aynı olması nedeniyle nispi bir bağımsızlık olduğunu

²⁸⁹ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1777-1778; Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, s. 375-376; Stephan Madaus, **Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit**, Berlin: Berlin Verlag, Arno Spitz GmbH, 2001, s. 13 vd.; Altay, **Borca Katılma**, s. 86 vd.; Şener, **a.g.e.**, s. 1279-1280.

²⁹⁰ Çok sık karşılaşılsa da borca katılmanın belirtilenler dışında sair amaçlar çerçevesinde de yapılması mümkündür. Örneğin bir ortaklık sözleşmesindeki pay getirme taahhüdünün ifası olarak borca katılınması da söz konusu da olabilir (Örnek için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 610).

²⁹¹ Gillieron, **a.g.e.**, s. 118; des Gouttes, **FJS 365**, s. 1; Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 301.

²⁹² Gillieron, **a.g.e.**, s. 118; des Gouttes, **FJS 365**, s. 1; Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 301.

²⁹³ des Gouttes, **FJS 365**, s. 3; Şener, **a.g.e.**, s. 1280.

²⁹⁴ Söz konusu tanımda borca katılma sadece katılan ile alacaklının arasında yapılan bir sözleşme olduğundan söz edilmiştir. Bununla beraber borca katılma üçüncü kişi lehine sözleşme olarak ilk borçlu ve borca katılan kişi arasında da yapılabilecektir (Bkz. Altay, **Borca Katılma**, s. 3; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 332).

²⁹⁵ Bkz. yukarıda §1, III, C.

ifade etmiştik) borca katılmada başlangıçta farklılık arz etmesidir. Borca katılma sözleşmesi ile borca katılan kişinin borcu, katılmanın gerçekleştiği, yani borcun doğduğu an bakımından ferî özellik taşır. Buna doktrinde kuruluş aşamasında ferîlik adı verilmektedir²⁹⁶, ²⁹⁷. Dolayısıyla borca katılma anında borç hangi hukukî durumda ise, borca katılan borcu o durumda ilk borçlunun yanı sıra üstlenmiş olacaktır²⁹⁸. Birkaç örneklendirmeye somutlaştıracak olursak; tam ehliyetsiz olan ilk borçlunun borcuna katılan katılma borçlusunun borcu da kesin hükümsüz olacaktır. İlk borçlunun girdiği ilişkinin ve dolayısıyla geçerliliği, uğradığı irade sakatlığı nedeniyle, askıda olabilir, bu durumda katılma borçlusunun da borcunun geçerliliği askıda olacaktır. Dolayısıyla bu aşamaya kadar durumun kefalet sözleşmesiyle benzerlik gösterdiği söylenebilir²⁹⁹. Ancak bu ferîlik özelliği kefalette olduğu gibi süreklilik arz etmez, borcun devamı esnasında müteselsil borçlulukta olduğu üzere (nispi) bağımsızlık esas olacaktır. Bu aşamadan sonra oluşan müteselsil borçlar, deyim yerindeyse kendi kaderlerine tabi olurlar³⁰⁰.

Borca katılma ile birlikte, ilk borcun hukukî sebebi katılan kişiyi borcunun da hukukî sebebini oluşturur, dolayısıyla bu anlamda hukukî sebepler zorunlu olarak özdeşir³⁰¹. Örnek olarak A ile satıcı B1 arasındaki satım sözleşmesine konusunu oluşturan mal teslim borcuna katılan B2'nin borcunun hukukî sebebi yine satış sözleşmesi, dolayısıyla alacak sebebi (*causa credendi*) olacaktır.

²⁹⁶ Deschenaux, **Partie II**, s. 130; Honsell, **a.g.e.**, s. 408; Altay, **Borca Katılma**, s. 40; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 75; Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 305; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 135; Şener, **a.g.e.**, s. 1285; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 791; Özen, **Kefalet**, s. 10; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II, Ankara: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1989, s. 702, 841; Halûk Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, Ankara: BATİHAİE, Güzel İstanbul Matbaası, 1959, s. 37; Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 305; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 212; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 67; Madaus, **a.g.e.**, s. 25; Gillieron, **a.g.e.**, s. 118. Borca katılmanın bu özelliği ile ilgili olarak bkz. BGE 115 III 305.

²⁹⁷ Farklı bir yaklaşım için bkz. Alper Gümüş, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 295, dn. 1659: Yazar, mevcut borca katılmada katılanın borcunun, ilk borçlunun borcuna olan durumu bakımından bir ferîlik ilişkisinden söz edilemeyeceğini savunur. Zira her iki borç da aynı hukukî sebepten doğar. Yazara göre, burada asıl olan ilk müteselsil borcun varlığının, ikincisinin varlığı için kaçınılmaz olmasıdır.

²⁹⁸ Altay, **Borca Katılma**, s. 41; Gillieron, **a.g.e.**, s. 118.

²⁹⁹ Bkz. aşağıda §1, IV, B, 1, a.

³⁰⁰ Şener, **a.g.e.**, s. 1285; Deschenaux, **Partie II**, s. 131; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 791; Reinicke / Tiedtke, **Kredit-sicherung**, s. 15-16; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1038; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 75; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 67.

³⁰¹ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 702; Tandoğan, **Garanti**, s. 37; Özen, **Kefalet**, s. 7; Beat Kleiner, **Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantieggeschäftes**, 4. Auflage, Zurich: Schulthess, 1990, s. 124; Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 308; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 68; Reisoğlu, **Garanti**, s. 133; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 75; Richard, **a.g.e.**, s. 7; Gillieron, **a.g.e.**, s. 85. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararı ATF 129 III 702.

Bununla beraber doktrinde bir görüş borca katılmanın hukukî sebebinin teminat sebebi olarak farklı bir sebep olduğunu, dolayısıyla burada hukukî sebepte özdeşlikten bahsedilemeyeceğini savunmaktadır³⁰². Söz konusu görüşe göre müteselsil borçlulukta da hukukî sebebin bütün borçlar bakımından özdeş olması gerekliliği bulunmamaktadır. Alman Hukukundan esinlenen bu görüş, bu hukuk sisteminde aynı hukukî sebepten doğan (*gleichgründige Gesamtschulden, ex eadem causa*), koruma amaçlı (*Schutzzweckgesamtschulden*) ve teminat amaçlı (*Sicherungsgesamtschulden*) müteselsil borçluluk türlerinin bulunduğunu ifade etmekte³⁰³; borca katılmada ise teminat amaçlı bir müteselsil borçluluğun tesis edildiğini belirtmektedir. Buna göre borca katılmanın konusunu oluşturan borcun tipikleşmiş amacı yani hukukî sebebi teminat sebebi olacaktır.

Söz konusu görüşe katılmıyor ve gerek borca katılmada gerekse de müteselsil borçlulukta tek hukukî sebep bulunması gerektiğini düşünüyoruz. Gerekçelerimizi şöyle sıralayabiliriz: Bir defa borca katılma sözleşmesinde katılan kişi diğerinin borcuna katılmakta ve onun borcunu âdeta kendi borcu haline getirmektedir, bu anlamda ilk borçlunun yanına onunla aynı derecede eklenmektedir. Şüphesizdir ki, katılan kişi bu katılma işlemini alacaklıya teminat verme amacını saikini güderek hareket etmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere hukukî sebepten farklı olarak saik, hukuk düzenince sadece şart veya esaslı saik hatası (temel hatası) halinde olduğu üzere istisnai olarak göz önünde tutulur. Burada kazandırmanın tipikleşen sebebi ise teminat olmayıp bizatihi ilk borcun sebebidir³⁰⁴. İkinci olarak ise, söz konusu görüş, ortak defilerin ileri sürülebilmesinin mesnedine, bu şekilde farklı sebeplerden bahsederken, değinmemektedir. Oysa ki, ortak def'iler borç ilişkisinin hukukî sebebinden doğmaktadır (bkz. TBK m. 164 f.1). Ortak def'ilerin ileri sürülmesi her bir müteselsil borçlu açısından bir hak olduğu kadar da bir ödevdir (TBK m. 164 f.1), yerine getirilmemesi halinde rücu aksaklığı söz konusu olabilir (TBK m. 164 f.2)³⁰⁵. İki farklı hukukî sebep söz konusu olduğunda iki ayrı ve farklı

³⁰² Altay, **Borca Katılma**, s. 66 vd.

³⁰³ Alman Hukukundaki bu ayrıma ilişkin bilgi için bkz. Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 96-97; Horst Ehmann, **Die Gesamtschuld, Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen**, Berlin: Duncker & Humblot, 1972, s. 197 vd.

³⁰⁴ Bkz. bu yönde Özen, **Kefalet**, s. 8, dn. 21.

³⁰⁵ Madde metninde her ne kadar bunun sorumluluğa yol açacağı belirtilmiş olsa da doktrinde bu sorumluluğun rücu hakkını kaybedilmesi olarak ortaya çıkacağı belirtilmektedir. Böyle bir durumda ise gerçek anlamda bir sorumluluğa yol açan bir yükümlülüğün değil, yerine getirilmemesi halinde bir hakkın kaybına (rücu hakkı) yol açan bir külfetten söz etmek daha doğru olacaktır. (Bkz. aynı yönde Akıntürk, **a.g.e.**, s. 218)

hukukî işlem den söz edileceği için bu işlemlerden biri bakımından söz konusu olan def'i hakkının diğeri bakımından da ileri sürülebilmesinin mesnedi izah edilememiş olmaktadır. Tahminimizce, Alman Hukukunda bu şekilde bir düşünce geliştirilmesinin sebebi, İsviçre-Türk Hukuklarından farklı olarak bu sistemde ortak defileri ileri sürme gibi bir külfetin yer almaması olabilir. Böyle olunca farklı müteselsil borçluluk yapılarında farklılıklar (yani bir türünde ortak def'ilerden söz edilebilecekken diğerinde bunun söz konusu olmaması) gündeme gelebilecektir. Sonuç olarak borca katılmadan doğan müteselsil borçluluk bakımından da hukukî sebep tek ve özdeştir. Bu anlamda, borca katılmadan doğan birlikte borçluluk yaptığımız ayırım çerçevesinde gerçek anlamda bir birlikte borçluluk türü oluşturur.

2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu

Borca katılmada, her iki tür yapı bakımından da, borçluların alacaklıya karşı olan durumu esas itibariyle, müteselsil borçluluktakiyle özdeştir. Buna göre, özetle borca katılmayla birlikte, ilk borçlu ve katılan borçlu alacaklıya karşı aynı derecede sorumludur, dolayısıyla alacaklı bunlar arasında dilediğinden ifayı talep edebilir ve borçlulardan birinin borcu ifa etmesiyle birlikte borç dış ilişkide sona erer.

3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu

Borca katılmadaki iç ilişkide müteselsil borçluluğa benzer açıklamaların yapılması gerekmektedir. Her bir borca katılma türünde, kuruluş aşamasında ferîlik, esas olacaktır. Buna göre, ilk aşamada borca katılan, ilk borçlunun şahsından kaynaklanan ve ilişkinin geçersizliğine sebep olabilecek sebepleri ferîlik ilkesi gereğince ileri sürebilecektir. Bu aşamadan sonrası için, ufak bir parantezle, müteselsil borçluluktaki nispi bağımsızlığa ilişkin açıklamalar esas alınabilir. Şöyle ki, teminat amaçlı borca katılma bakımından, borca katılan gerek kendi şahsî defilerini, gerekse de ortak defileri ileri sürebilecektir. Buna karşılık, borçtan kurtarma amaçlı borca katılmada durum ufak bir farklılık gösterecektir. Hiç şüphesiz borca katılan yine ortak defileri ileri sürebilecektir ve sürmek de zorundadır. Buna karşılık, onun şahsî defilerini ileri sürmemesi gereği bulunmaktadır. Bunun sebebi ilk borçluya karşı girdiği borçtan kurtarma taahhüdüdür, aksi halde borca aykırılık söz konusu olur. Zira böyle bir durumda, yani şahsî definin ileri sürülmesi ile birlikte

borca katılan borcu yerine getirmekten imtina ettiğinde, alacaklı ilk borçlu bundan faydalanamayacağı için ondan talepte bulunabilecek ve ilk borçluyu ifa yükü altına sokabilecektir.

Diğer yandan borca katılmada da müteselsil borçlulukta olduğu gibi, alacaklının tatmin edilmesinin ve dış ilişkinin sonuçlanmasının ardından bir iç hesaplaşma süreci başlar. Bu süreç, hangi borca katılma türünün tercih edildiğine göre değişkenlik gösterebilir. İlk tür olan teminat amaçlı borca katılma bakımından, bu süreçte borçlular aralarındaki özel iç ilişki veya kanundan kaynaklanan rücu hakkına dayalı olarak, yine halefiyet güvencesiyle güçlendirilmiş şekilde ilgili hesaplaşma sağlanacaktır³⁰⁶ (TBK m. 167 ve 168). Belirtmelidir ki, borca katılma bakımından taraflar arasında özel bir iç ilişkinin bulunuyor olması daha olasıdır. Zira yukarıda belirtildiği üzere, borca katılma bakımından teminat işlevi daha da ön plana çıkmaktadır. Ne var ki böyle özel bir ilişki bulunmasa dahi, borca katılmanın bir müteselsil borç meydana getirmesi kanunda karine olarak öngörülen rücu hakkının da kullanılabilmesinin sağlanmasını yapmaktadır. İşte müteselsil borçluluktan esas farklılık, bu iç ilişkideki yük paylaşımı bakımından gündeme gelir. Müteselsil borçluluk bakımından uygulama alanı bulan eşit paylaşım karinesinin kabulü burada söz konusu olamayacaktır³⁰⁷. Zira borca katılan kişi olağan bir kurguda alacaklıya teminat gösterme saikiyle hareket ettiğinden, alacaklıyı tatmin ettiği suretle diğer borçluya tamamıyla rücu etmek isteyecektir. Onun indinde borcun tüm nihai yükünü taşıması gereken kişi asıl borçlu olacaktır. Bu anlamda, borcuna katılım gösterilen ilk borçlunun iç ilişkide tüm sorumluluğu üzerine aldığı kabulü daha akla yatkın olur³⁰⁸. Tabiidir ki bu durum belli olasılıklarda farklılık gösterebilir. Örneğin borca katılanın karşı edimden bir pay elde etmesi veya ilk borçluya karşı farklı şekilde taahhütte bulunması durumlarında yine farklı bir yük paylaşımı söz konusu olabilir. Tüm bu durumlar, TBK m. 167 altında taraflar arasındaki hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılan durumlar³⁰⁹ kapsamında değerlendirilebilecektir³¹⁰.

Borçtan kurtarma amaçlı borca katılmada ise, ilk borçlunun borcundan kurtarılması amacı söz konusu olduğundan, iç ilişkide tek borçlu borca katılan kişi

³⁰⁶ Şener, **a.g.e.**, s. 1313; Özen, **Kefalet**, s. 10; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 68.

³⁰⁷ Deschenaux, **Partie II**, s. 134. Aksi görüşte bkz. Altay, **Borca Katılma**, s. 195.

³⁰⁸ Nitekim Fransız Hukukunda bu yönde düşünce için bkz. Oury-Burlé, **a.g.e.**, s. 339-340.

³⁰⁹ Bkz. Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1296.

³¹⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 610.

olacaktır. Bu nedenle, eğer bir şekilde ilk borçlu ifade bulunmak durumunda kalırsa, aralarındaki ilişki çerçevesinde borca katılana rücu edebilecektir. Bunun yanında, borçtan kurtarma vaadine aykırılık meydana geldiği için ilk borçlunun müspet zararını da tazmin ettirme hakkı ayrıca bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu tür borca katılmada kural olarak borca katılan, vaadi gereği önce ifade bulunmayı tercih edeceğinden rücu ilişkisi aşamasına geçilmesi pek olası olmayacaktır.

Özetle, teminat amaçlı borca katılmada, alacaklıya teminat gösterme amacıyla için içine dâhil olan borca katılan, ilk borçluya sağladığı yararı ondan rücu hakkını kullanarak talep edebilecektir. Buna karşılık, eğer ortada borçtan kurtarma amaçlı bir borca katılma bulunuyorsa, iç ilişkide borcun nihai yüküne katılması gereken olan kişi borca katılan olacaktır³¹¹. Ancak belirtildiği gibi, böyle bir durumda borca katılan sadece rücu talebinin değil, ilk borçlunun zararlarının karşılanması talebinin de muhatabı olacaktır.

E. Bölünemeyen Nitelikte Edimden Dolayı Birlikte Borçluluk

1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları

a. Genel Olarak

Bölünemeyen nitelikte edimden (*unteilbare Leistung, prestation indivisible*) dolayı birlikte borçluluk (bölünemeyen borçluluk) edimin mahiyetinden³¹² kaynaklanan bir birlikte borçluluk türüdür³¹³, ³¹⁴. Bölünemeyen edim, öğretide

³¹¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 610.

³¹² Engel (**Partie Générale**, s. 830), edimin bölünmez özelliğinin sözleşme taraflarınca da takdir edilebileceğini savunmaktadır. Yazarın düşüncesine göre, bir ressamın iki tablosunun alacaklı için sübjektif anlamda bölünmez bir bütün teşkil etmesinde böyle bir durumun söz konusu olacağı söylenebilir.

³¹³ Engel, **Partie Générale**, s. 831; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 70, N. 2; Urs Leu, Art. 68-90 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 70, N. 1; Becker, **BerKom.**, Art. 70, N.1; Kassler, **a.g.e.**, s. 51; Huguenin, **a.g.e.**, s. 224; Canyürek, **a.g.e.**, s. 7; Béguelin, **FJS 872**, s. 1.

³¹⁴ Fransız Hukukunda, bölünmez borçluluk, geniş anlamda gerek borcun konusunun bölünemez olduğu (*indivisibilité objective*) gerekse de borçlulardan teker teker talepte bulunulamayacağı (*indivisibilité subjective*) durumları kapsamına almaktadır (Bkz. Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1254 vd; Mainguy / Respaud, **a.g.e.**, s. 369; Bénabent, **a.g.e.**, s. 571; Delebecque / Pansier, **a.g.e.**, s. 149 vd.). Türk-İsviçre Hukukunda, bölünmez borçluluk sadece borcun konusu bakımından söz konusu olabilir. Birden fazla borçluluğa aynı anda başvurulmasını gerektiren borçluluk yapısı ise elbirliği ile borçluluk olacaktır (Bkz. yukarıda §1, III, A). Nitekim bu son tespitimizle ilgili olarak Fransız

yapılan tanıma göre, mahiyetinde veya amacında bir değişme ve değerinde bir eksilme olmaksızın parçalara ayrılması mümkün olmayan edimdir³¹⁵. Söz konusu durum edimin bizzat doğasından ileri gelebileceği gibi, fonksiyonel özelliklerinden de kaynaklanıyor olabilir³¹⁶. Bu anlamda verme edimleri bazen, yapma edimleri çoğunlukla, yapmama edimleri ise her zaman bölünemeyen edim niteliğindedir³¹⁷,

318

Birden fazla borçlunun taahhüt ettikleri edim bölünemez nitelikte ise bu borçluluk türü kendiliğinden meydana gelir (TBK m. 85 f.1). Bununla beraber, böyle bir durumda borçlular, özel olarak alacaklıyla anlaşmak suretiyle müteselsil olarak veya elbirliği ile borçlu olmayı da kararlaştırabilirler³¹⁹. Ancak tarafların kısmi borçluluk esasını öngörmeleri mümkün değildir, zira burada edimin niteliği elvermeyeceğinden TBK m. 27 anlamında bir başlangıçtaki imkânsızlık durumu söz konusu olur³²⁰. Diğer taraftan eğer ortada bölünebilir bir edim söz konusu olduğunda ise, borçluların ve kanunun teselsüle veya elbirliğiyle borçluluğa³²¹ ilişkin özel bir tasarımı bulunmuyorsa kısmi borçluluk esastır.

Hukukundaki sübjektif bölünmez borçluluk kavramı ile elbirliği ile borçluluk arasındaki benzerliğe dikkat çeken açıklamalar için bkz. Guisan, **a.g.e.**, s. 110.

³¹⁵ Weiss, **a.g.e.**, s. 26; Becker, **BerKom.**, Art. 70, N.2; Fabienne Hohl, CO Art. 68-83, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 70, N. 3; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 70, N. 2; Koller, **a.g.e.**, s. 1203; Bucher, **a.g.e.**, s. 489; Gadmer, **a.g.e.**, s. 40; Rolf H. Weber, Art. 68-96 OR, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband**, Bern: Verlag Staempfli & Cie AG, 1983, Art. 70, N. 14; Ancel, **a.g.e.**, s. 23.

Meier, (**Gesamt Schuld**, s. 123) Alman Hukukunda bölünmez borçluluğu düzenleyen BGB § 431'de bir tanım verilmesinden özellikle kaçınıldığını ifade etmektedir. Zira böyle bir kanuni tanım yanıltıcı olabilecektir.

Bölünmez borçluluk, Fransız MK m. 1222-1225 maddeleri arasında düzenlenmektedir. Fransız kanun koyucusu da bir tanım vermekten kaçınmış, m. 1222'de sadece bu duruma bağlı sonuca, yani her bir borçludan edimin tamamının istenebileceğine işaret etmiştir.

³¹⁶ Leu, **BasKom.**, Art. 70, N. 1.

³¹⁷ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 9; Eren, **a.g.e.**, s. 1197; Becker, **BerKom.**, Art. 70, N.2. Detaylı örnekler için bkz. Weber, **BerKom.**, Art. 70, N. 17-22.

³¹⁸ Bir haksız fiil neticesinde söz konusu olacak sorumlulukta, tazmin edilecek değer bölünmez nitelikte olsa da TBK m. 61 öncelikle uygulanacak, TBK m. 85 devre dışı kalacaktır (Fick, **Commentaire CO**, Art. 70, N. 11).

³¹⁹ Böyle bir durumda bölünmez edimin yerine bütün borçluların sorumlu olacağı bölünebilen bir tali edim geçtiğinde, tali edim yükümlülüğü bakımından teselsül ilişkisi devam edecektir. Oysa olağan bir durumda, sadece bölünemeyen edim teselsül iradesi olmaksızın borçlanılmış olsaydı, yerine geçen tali edim yükümlülüğü bölünebilir olduğu müddetçe kısmi borçluluk söz konusu olacaktır.

³²⁰ Weiss, **a.g.e.**, s. 27; Weber, **BerKom.**, Art. 70, N. 9.

³²¹ Bu borçluluk türünün kanunda kabul edilmediğine ancak tarafların böyle bir borçluluk türünü sözleşme yoluyla meydana getirmelerine bir engel olmadığına yukarıda değinmiştik (Bkz. yukarıda §1, A, 1).

Bölünemeyen borçlulukta, tek bir hukukî sebep (dolayısıyla geniş anlamda tek bir borç ilişkisi) ve dar anlamda tek bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Bölünemeyen borçlulukta müteselsil borçluluğa benzer sonuçlar³²² kanun tarafından öngörülmüş olsa da, o bu yönüyle ciddi biçimde müteselsil borçluluktan ayırt edilmelidir³²³. Zira müteselsil borçlulukta, geniş anlamda tek bir borç ilişkisi olsa da, dar anlamda (kabul ettiğimiz görüş uyarınca) birden çok borç ilişkisi bulunur. Müteselsil borçluluğa ilişkin (benzer) bazı hükümlerin bölünemeyen borçlulukta da kabul edilmesi, tamamen alacaklıyı koruma ve onun durumunu kolaylaştırma fikrine dayanır. Eğer böyle bir sonuç kabul edilmeseydi, alacaklı borçluların hepsine zorunlu olarak başvurmak suretiyle tatmin sağlayabilecekti.

Aslında borçluluk yapısı olarak bölünemeyen borçluluk, temelde kısmi borçluluk ile özdeştir. Zira birlikte borçlular açısından, sözü geçen iki borçluluk ilişkisinde de gerek geniş anlamda gerekse de dar anlamda tek bir borç ilişkisi bulunmaktadır³²⁴. Zaten her iki borçluluk da, temelde ve çoğunlukla borçluların iradesi üzerinden değil, borçlanılan edimin niteliğine bakılmak suretiyle objektif açıdan (borcun konusu) kurgulanmıştır. Ancak salt yapı benzerliği dışında uygulanacak hükümlere bakıldığında iki borçluluk türünün de bambaşka hüküm ve sonuçlara yol verdiği de gözden kaçmaz.

b. Özel Olarak: Paylı Mülkiyet Konusu, Maddî Olarak Bölünemez Bir Edimin Verilmesinin Yüklenilmesinde Durum

Bölünemeyen borçlulukta, borcun konusu olan edimin üzerine biraz daha yakından eğilelim. Yukarıda belirttiğimiz üzere bölünmez edim, verme, yapma veya yapmama borcunu konu alabilir³²⁵.

³²² Leu, **BasKom.**, Art. 70, N. 4; Weber, **BerKom.**, Art. 70, N. 45; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 70, N.3; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3697; Koller, **a.g.e.**, s. 1203; Haillecourt, **a.g.e.**, s. 17.

Bu benzerlik ve bazı hukuk sistemlerinde bölünmez borçluluğun doğrudan müteselsil borçluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi nedeniyle PECL'de bu borçluluk türüne özel olarak yer verilmemiştir (Fontaine, **New Provisions**, s. 552).

³²³ Weber, **BerKom.**, Art. 70, N. 8.

³²⁴ Weber, **BerKom.**, Art. 70, N. 8.

³²⁵ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 9; Eren, **a.g.e.**, s. 1197; Weber, **BerKom.**, Art. 70, N. 17-22; Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1254.

Verme borcunun konusunu oluşturan eşya, borçluların hiçbir şekilde sahip olmadıkları belirli bir eşya olabileceği gibi, yine borçluların ortak olarak malik oldukları belirli bir eşya olabilir. Bu noktada, borçluların hiç sahip olmadıkları eşya bakımından herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Keza elbirliği ile ortak olunan bir eşya bakımından da tereddüt duyulmayacaktır. Zira eşya üzerinde elbirliği ortaklarının herhangi birini tek başına tasarruf etmesi mümkün değildir. Yapılacak işlemlerde mutlak olarak bütün ortakların katılımı ve oybirliği gerekmektedir.

Peki, bölünemeyen borçluluk için eşyanın kendisinin bölünemez olması yeterli midir, ya da diğer bir deyişle, eşya öyle olsa da, üzerindeki hakkın bölünebilir bir nitelik taşıması bizi bir kısmi borçluluk ilişkisiyle karşı karşıya getirmez mi? Bu soruya genel olarak olumsuz yanıt verilmektedir. Nitekim doktrindeki genel kanaat, eşyanın sadece kendisinin bölünemez bir nitelikte olmasının bölünemeyen borçluluğa yol açacağı yönündedir³²⁶. Bu konuda özel bir gerekçelendirmeye de rastlanılmamaktadır. Yani bu kanaat uyarınca bölünemez nitelikteki eşyanın devri taahhüdü, ortada paylı mülkiyete tabi bir eşya olsa da, yine bölünemeyen borçluluğa vücut verir ve TBK m. 85 uygulama alanı bulur.

Aslında bu düşünceden şüphe duyulması gerekebilir. Şöyle ki paylı mülkiyet konusu eşya üzerinde paydaşlardan her biri bütünüyle bir tasarruf işlemi gerçekleştirilmeyeceği doğrudur. Ama her bir paydaş, kendi payı üzerinde tasarruf işlemi yapabilir. Nitekim pay devredilebilir, üzerinde intifa ve rehin hakkı kurulabilir. Paylardan birinin devredilmesi halinde eşyanın mülkiyet değerinde de bir azalma olmaz. Öyleyse, ortada bir bölünemeyen borçluluk konusu olduğunda neden ısrar olsun? Bu konuda sorunun daha sağlıklı bir şekilde çözümlenebilmesi, tasarruf işleminin yapısı üzerinden yapılacak açıklamalara muhtaçtır.

³²⁶ Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1197; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 436; Weber, **BerKom.**, Art. 70, N. 18; Becker, **BerKom.**, Art. 70, N.2. Eren ve Oğuzman / Öz, bölünemeyen edime örnek olarak bir ressamın tablosunu verme edimini göstermektedir. Ancak metinde bahsettiğimiz detaylar çerçevesinde bir açıklama yapılmamıştır. Weber ise, sadece eşyanın bölünemez karakterinin bu bölünmez borçluluğa yol açacağını düşünmektedir. Becker'e göre edimin bölünebilir bölünememesi eşyanın bölünebilir bölünememesine bağlı olacaktır.

Söz konusu görüşe, tablo borçluların elbirliği mülkiyetinde olduğunda veya borçlular tarafından hiç sahip olunmadığında şüphesiz katılıyoruz. Ancak paylı mülkiyet yapısının söz konusu olduğu bir tablo bakımından yerleşik görüşten ayrılarak yukarıda devam eden metinde derinleştireceğimiz tespitleri yapmak istiyoruz.

Bir eşyanın mülkiyetinin devri (verilmesi) borcu, ifa aşamasında bir tasarruf işleminin yapılmasını gerektirir. Bu tasarruf işlemi, taşınır bakımından aynî sözleşme ve onun tamamlayıcısı eşya üzerindeki zilyetliğin devrinden teşekkül eder. Taşınmazlarda ise, tescil talebi ve onun tamamlayıcısı tapu siciline yapılacak tescil tasarruf işleminin parçalarını oluşturur. Yalnız tescil talebinin hukuki niteliği hakkında çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Bazıları, burada bir aynî sözleşme olduğu kanısını paylaşırken, yine başka bazı yazarlar ortada tek taraflı bir hukukî işlem olduğunu iddia ederler, son olarak başka bazı yazarlara göre ortada karşı tarafın iradesinin borçlandırıcı işlem aşamasında verildiği görünüşte tek taraflı bir hukukî işlem bulunmaktadır³²⁷.

Sonuç itibariyle tasarruf işlemi bakımından zilyetlik devri ve tescil tasarruf işleminin ayrılmaz parçalarıdır (*condicio juris*), bunlar olmadan bir tasarruf işleminin yapıldığından söz açılmaz. Konuyu basitleştirmek ve düşüncemizi daha takip kılabilir kılmak adına, bu noktadan sonraki açıklamalarımızı taşınır eşya üzerinden devam ettireceğiz. Taşınmazlar bakımından söz konusu olacak duruma da açıklamalarımızın en sonunda ayrıca değineceğiz.

İşte tek kişinin malik olduğu bir durumda, tek kişi eşyanın bütünü yapacağı tek bir tasarruf işlemiyle devredebilir. Birden çok kişinin paylı olarak mülkiyet hakkına sahip oldukları olasılıkta, aynı işlem, paydaşlardan hiçbiri bu konuda tek başına mülkiyet hakkı sahibi olamayacağı için ortaklaşa yapılması gerekir, ya da bir paydaş diğerleri tarafından gerekli tasarruf yetkisini kullanmak konusunda yetkilendirilmiş olmalıdır, sonuçta oybirliği ile hareket edilmesi şarttır. İşte, yerleşik düşünce de muhtemelen bu temelden hareket eder. Fakat mülkiyet hakkı üzerindeki aynı devir işleminin teker teker payların devriyle gerçekleştirilmesi ve bu suretle alacaklının tek başına elinde toplanması da mümkündür. Sonuçta, mülkiyet hakkı üzerindeki paylar, gerçek anlamda bu mülkiyetin parçalara bölünmüş dilimlenmiş halleri değildir, ama bunlar mülkiyet hakkından ne oranda yararlanılabileceğine ilişkin paydaş konumlarıdır. Son tahlilde payların hepsinin tek elde toplanması yine tek mülkiyet yapısına geçişe neden olacaktır.

³²⁷ Tartışma ve ileri görüşler için bkz. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012, s. 206-207.

Bu noktaya kadar, farklı bir yaklaşımda bulunmak üzere, yerleşik düşünceden ayrılan bir yapı izlemeye çalıştığımız aşikârdır. Zira yukarıda sözünü ettiğimiz iki işlem de, konuları farklı olsa da bizi aynı noktaya götürmektedir. Paylı mülkiyette, mülkiyet paylarının teker teker devri, mülkiyet hakkının tek başına devrinin bir ikamesini oluşturabilir. Yalnız tekil olarak payların devrinin, mülkiyetin bir kül olarak devrinden şu farkı bulunmaktadır. Pay, sonuçta bir hak ve yetkiler bütünüdür. Yalnız üzerinde yapılacak tasarruf işleminin yapısına ilişkin genel geçer aydınlatıcı bir kural yoktur. Bu konuda, taşınırlarda eşyanın bütünü bakımından yapılacak tasarruf işlemine dair hükümlere göre hareket edilmelidir. Dolayısıyla payın devri bakımından da aynî sözleşme ve zilyetliğin devri aşamaları tamamlanmak suretiyle devir sonucuna ulaşılabilir. Ne var ki payın devrinde zilyetliğin devri yollarından teslimden faydalanılamaz. Zira birden fazla payın olduğu durumda teslim birden fazla kere gerçekleştirilemez, sonuçta teslim maddi bir fiil olduğu için bölünemez. Bununla birlikte payın devrinde zilyetliğin sözleşmesel olarak devrini konu alan diğer devir yollarından faydalanılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak gelinen noktada bir başka çekince daha ortaya çıkabilir. Zira birlikte zilyetliğin yapısı bakımından da bir ayrıma gidilmesi gerekir, şayet paylı maliklerin mal üzerindeki zilyetlik ilişkisi müşterek zilyetlikse, bu durum şüphesiz mümkün olabilecektir. Sonuçta müşterek zilyetlikte zilyetlerden her biri diğerinin katılımına ihtiyaç duymaksızın zilyetlik yetkilerini kullanabilir. Buna karşılık, zilyetlik türü, iştirak halinde zilyetlikse böyle bir durum bakımından şüphe edilebilir. Zira iştirak halinde zilyetlikte, bir zilyet diğerinin katılımı olmadan zilyetlik yetkilerini tek başına kullanamaz³²⁸.

Taşınmazlar bakımından da temelde durum farklı değildir, hatta ulaşmak istediğimiz sonucun önünde daha az engel bulunduğu bile söylenebilir. Bir taşınmaz eşyanın paylı malikleri, teker teker paylarını alacaklıya devretmeleri ve alacaklının elinde bu payların toplanması halinde, mülkiyetin tek seferde devredilmesinden farklı bir durum oluşmayacaktır. Sonuçta her bir paydaş, payını tapu sicilinde yapacağı tescil talebi ve akabinde tapu sicil memurunun gerçekleştireceği resmî fiil olan tescille devredecektir. Bütün paydaşların tek bir tescil talebinde vücut bulan iradeleri ve arkasından yapılacak bütünsel tescil resmî fiilinin bütünü olarak ortaya çıkacak tasarruf işlemi, payların devredilmesi bakımından yapılan ayrı tasarruf

³²⁸ Müşterek zilyetlik ve iştirak halinde zilyetlik kavramları için bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 67-68.

işlemleriyle elde edilecek olandan daha farklı bir sonuca vücut vermemektedir. Burada zilyetlik devri, taşınmazlar üzerindeki tasarruf işlemi bakımından özel bir önemi haiz değildir, onun taşınır mülkiyetinin devrindeki *condicio iuris* olarak sahip olduğu yeri tescil resmî fiili almaktadır.

Sonuç olarak, kanaatimizce ortada birden çok kişinin paylı malik ve müşterek halinde zilyedi oldukları bir taşınır eşya söz konusu ise, payların müşterek zilyetlik yetkileriyle birlikte devri, mülkiyetin bir bütün olarak devrine ikame edilebilir durumda olduğu söylenebilir³²⁹. Dolayısıyla böyle bir durumda aksine tarafların veya kanunun bir teselsül öngörüsü bulunmuyorsa, birlikte borçluluğun türünün kısmi borçluluk olduğu esas alınacaktır. Keza bir eşyanın devredilmesini konu alan temel sözleşme olan satış sözleşmesinde, satıcının asli edim yükümlülüğünün TBK m. 207’de “[s]atılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme” olarak eskisine göre daha geniş tanımlanması da düşüncemizi destekler mahiyettedir. Buna göre teslim, satılanı devretme borcunun asli tek unsuru değildir³³⁰. Aynı sonuç taşınmazların devri bakımından da, müşterek zilyetlik söz konusu olduğunda, evleviyetle geçerlidir.

Yalnız tarafların böyle bir olasılıkta, aralarındaki satış ya da devri öngören sözleşmede özel olarak malın mülkiyetinin tek seferde devredileceğini açık olarak kararlaştırmaları durumunda sözünü ettiğimiz yöntem doğal bir ikame olarak kabul edilemez. Böyle bir durumda zorunlu olarak bölünemeyen borçluluğa ilişkin hükümler üzerinden sorunun çözülmesi gerekir.

2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu

Bölünemeyen borçlulukta alacaklı edimin (zorunlu olarak) tamamını borçluların herhangi birinden talep edebilir³³¹. İfa için kural olarak borçluların

³²⁹ Benzer bir düşünce için bkz. Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1254.

³³⁰ Doktrinde bazı yazarlar, burada her ne kadar zilyetlik devrinden bahsedilse de, öncelikle taraflar arasında kararlaştırılacak zilyetlik devir yolunun teslim olacağını, bu konuda bir fiili karine kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir (Bkz. Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 41).

Bu düşüncenin kabulü halinde bile önerimiz yadırgatıcı özellik taşımaz. Zira tarafların paylı mülkiyet ve müşterek zilyetlikte bulunan bir malın devredilmesi bakımından anlaştıkları satış sözleşmesinde belirttiğimiz sonuca da aksine bir belirtme yoksa tabi olacakları rahatlıkla söylenebilir. Tarafların açık olarak malın teslimini aradıkları haller bundan müstesnadır.

³³¹ Hohl, **CoRo.**, Art. 70, N. 8.

tamamına müracaat edilmesine gereklilik bulunmamaktadır. Ancak alacaklı dilerse borçluların hepsine birden de başvurabilir. Kanun koyucunun bölünemeyen borçlulukta böyle bir tasarımda bulunması alacaklı açısından büyük bir kolaylık sağlamaktadır. Bu anlamda alacaklının menfaatinin ön plânda tutulduğu söylenebilir³³². Eğer kanunda bu şekilde özel bir hüküm olmasaydı, hukukî durumun aslında bir yönüyle elbirliği borçluluğundaki durumla benzerlik göstereceği söylenebilecekti³³³. Hatırlanacak olursa, elbirliği borçluluğunda alacaklı borçlulardan dilediğine başvuramıyordu, bütün borçluları tek seferde takip etmesi şarttı. Elbirliği borçluluğunda bu sonuç borçluların öznesinden ve istencinden dolayı ortaya çıkarken, bölünemeyen borçlulukta bir zorunluluk olarak bizzat edim nesnesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim kanun koyucu, birlikte borçluluk türlerini soyut kanun metni üzerinde tasarlarken, hep öncelikle alacaklının menfaatinin korunmasını düşüncesiyle hareket etmiş, dolayısıyla bölünemeyen borçluluğu teselsüldeki yapıya yaklaştırmış, ona benzer hale getirmiştir³³⁴. Buna bağlı olarak öğretide bölünemeyen borçluluk için, “şeklî anlamda (biçimsel) teselsül” (*formale Solidarität*) ifadesinin kullanıldığı da gözlemlenmektedir³³⁵. Bu ifadenin kullanılma nedeni, burada öngörülen sonuçların teselsülden farklı olarak rastlantısal³³⁶ ve geçici³³⁷ olmasıdır³³⁸.

Bölünemeyen edim bakımından bu şekilde yapılan tercih bir hukuk politikası tercihidir. Bu haliyle edimin mahiyetinden doğan bu birlikte borçluluk türü müteselsil borçluluğa yaklaşmaktadır. Farklılık teselsülün borçluların durumu (sözleşme ve kanun bu şekilde bir öngöründe bulunulmuş olabilir) ile alakalı olmasıdır, burada ise edimin kendisinden kaynaklanan bir durum söz konusudur. Buna dayanarak bölünemeyen borçluluk doktrinde “şeklî teselsül” olarak isimlendirilmektedir. (Bkz. aynı yönde Akıntürk, **a.g.e.**, s. 10; Weiss, **a.g.e.**, 27-28)

Belirtildiği üzere, hukuk politikası tercihi başka şekilde yapılarak, alacaklının borçluların hepsine birden aynı anda talepte bulunması da kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda ise elbirliği borçluluğuyla benzeşen bir yapı ortaya çıkar.

³³² Akıntürk, **a.g.e.**, s. 9; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 94.

³³³ Bkz. Rona Serozan, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Genişletilmiş 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 115; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 94.

³³⁴ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 195; Canyürek, **a.g.e.**, s. 7; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 71; Meier, **Gesamtsschuld**, s. 123.

³³⁵ Tekinay, **Teselsül**, s. 32; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s.94; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 29; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 10, 72; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 195; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 115; Weiss, **a.g.e.**, s. 28; Gauch / Schlupe / Emmeneger, **a.g.e.**, N. 3698; Weber, **BerKom.**, Art. 70, N. 47; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 94.

³³⁶ Sonuçta müteselsil borçlulukla bölünemez nitelikteki borçluluğu birbirinden ayıran temel nokta borçluluğun doğumunda kendisini göstermektedir. Müteselsil borçlulukta, ya borçluların iradelerinden ya da bir kanun hükmünden (kanun koyucu çeşitli gerekçeler doğrultusunda farazi olarak borçluları bu şekilde yaklaştırmıştır) kaynaklanan bir durum söz konusuysen, bölünemez borçlulukta bu sonuç doğrudan doğruya edimin mahiyetinden, bir zaruretten kaynaklanmaktadır (Bkz. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 72; Sbai, **a.g.e.**, s. 16).

³³⁷ Hemen aşağıda belirtileceği üzere, bölünemez nitelikteki asli edim yükümlülüğünün yerini bölünebilir bir tali edim yükümlülüğü aldığı andan itibaren kısmi borçluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır (Bkz. Tekinay, **Teselsül**, s. 32; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 13).

³³⁸ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 115; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 324; Guggenheim, **Contrats**, s. 306.

Hatta öyle ki, Alman Medeni Kanunu'nda bölünemeyen borçluluğa ilişkin hükümler, müteselsil borçluluğun devamında yer almaktadır³³⁹ (Bkz. BGB §431). Ancak Alman Hukukuyla olan şu farklılığın da altı çizilmelidir, bu hukuk sisteminde bölünemeyen borçluluk halinde müteselsil borçluluk esaslarının uygulanacağı açık olarak kabul edilmiştir³⁴⁰ (BGB § 431). Türk (ve dolayısıyla kaynak İsviçre kanun koyucusu) ise, söz konusu hükme TBK içinde, “Borç İlişkisinin Hükümleri Bölümü” (Bölüm 2) altında “İfanın Konusu” başlıklı 84. maddesinin hemen sonrasında yer vermektedir. Böylece bu bahsin, kanun koyucunun indinde ifanın konusunu oluşturan edimle ilişkilendirildiği söylenebilecektir. Bu birlikte borçluluk türüne kendi özelinde hükümler uygulanacağı görülmektedir³⁴¹. Açıkçası sistematik olarak iki yaklaşım arasındaki farklılık, birinde hüküm ve sonuçlar üzerinde, birinde ise bizzatıhi kavramsal çerçeve üzerinden hareket edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, sonuçlara yönelen Alman sistematığının üstün tutulması gerektiğini düşünüyoruz³⁴². Ancak mevcut hukukumuz, *de lege lata* olarak, doğrudan teselsül prensiplerinin uygulanmasına engeldir³⁴³.

Yine de bölünemeyen borçlulukla, müteselsil borçluluk arasında kurulan bu bağlantı ve benzerlik, müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerin nitelikleri elverdiği ölçüde kıyasen uygulanması gereğini de haklı kılar³⁴⁴. Dolayısıyla burada da alacaklı ile borçlular arasında bir dış ilişki, devamında da borçluların kendi aralarında da bir iç ilişki olduğunu söylemek pek de yanlış olmaz. Yalnız müteselsil borçluluktaki dış

³³⁹ Haillecourt, **a.g.e.**, s. 18.

³⁴⁰ Bydlinski, **MünKom.**, BGB §431, N.1; Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, s. 393.

Merz (Giovannoni) (**a.g.e.**, s. 94), benzer bir hükmün İsviçre Hukukunda kabul edilmesinin çıkabilecek sorunları hafifletebileceğini düşünmektedir.

Nitekim İsviçre’de Borçlar Kanunu’nun genel kısmının yenilenmesine ilişkin olarak hazırlanan taslakta da bölünemez borçluluk, müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler altında yer almakta ve her iki borçluluk türüne de aynı kuralların uygulanması öngörülmektedir. Bu şekilde bölünemez borçluluk bakımından sistem daha basit bir hale getirilmek istenmiştir (Bkz. Furrer / Körner, **a.g.e.**, Art. 198 OR/CO 2020, N. 2 ve özellikle N. 7-8)

³⁴¹ Gadmer, **a.g.e.**, s. 41.

³⁴² Öğretide Serozan (**İfa Engelleri**, s. 115), EBK m. 69 (TBK m. 85) hükmünün sistematik düzende yanlış yerde bulunan bir hüküm olduğunu ifade etmektedir. Yazar, hükmün borçlu çokluğu ile ilgili olması nedeniyle, buna teselsüle ilişkin hükümlerin devamında yer verilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. Aynı yönde bkz. Weiss, **a.g.e.**, s. 28; Gadmer, **a.g.e.**, s. 41; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, 94.

³⁴³ Eren (**a.g.e.**, s. 1197), aksi görüştedir, yazara göre bölünemeyen bir edimin birden fazla borçlu tarafından borçlanılması ile bölünebilen bir borcun birden fazla borçlu tarafından müteselsil olarak borçlanılması arasında hiçbir farkın bulunmadığına işaret etmektedir. Yazarın bu görüşüne tam olarak katılmıyoruz. Zira aşağıda ifade ettiğimiz üzere, bölünemeyen borçlulukta, asli edim yükümlülüğünün yerini bütün borçluların sorumlu olacağı bölünebilir bir tali edim yükümlülüğü aldığı kısmi borçluluktan söz edilmek gerekir, oysaki teselsülde durum farklıdır.

³⁴⁴ Hohl, **CoRo.**, Art. 70, N. 8; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.09.

ilişki ile bölünemeyen borçluluktaki dış ilişki birbirinden ayrı ele alınmalı ve farkları ortaya konulmalıdır. Müteselsil borçlulukta dış ilişkide, alacaklının malvarlığında tek hane oluşturan birden fazla dar anlamda borç ilişkisi bulunurken, bölünemeyen borçlulukta sadece tek bir dar anlamda borç ilişkisi bulunmaktadır. Müteselsil borçlular alacaklıya kısmi ifa teklifinde bulunabilir ve kabul görürse bunu gerçekleştirebilirler, ne var ki bölünemeyen borçlulukta edimin niteliği gereği böyle bir ifa teklifine yer yoktur. İki borçluluk türünde de dış ilişki bakımından ortak nokta, bir borçlu tarafından alacaklıya yapılacak ifanın diğer borçluların da borçtan kurtulmasına sebep olmasıdır.

Yalnız bazı durumlarda, bölünemeyen borçlulukta alacaklının zorunlu olarak borçluların hepsine birden başvurması gerekebilir. Zira öyle bir edim söz konusu olabilir ki, tek bir borçluya yapılan ifa başvurusu sonuçsuz kalır³⁴⁵. Böyle olunca borcun ifası için sadece borçlulardan birinin harekete geçmesi yeterli olmaz. Bu yönüyle böyle bir durumda zorunlu olarak elbirliği borçluluğuna benzer bir durum ortaya çıkmaktadır³⁴⁶, ³⁴⁷. Bir örnekle somutlaştıralım: Metin yazarı B1 ile ses görüntü uzmanı B2 bir araya gelerek A'ya bir kısa metrajlı video filmi meydana getirmeyi borçlansınlar. Bu durumda A, kararlaştırılan ifa zamanı geldiğinde sadece B1'e başvurarak borcun yerine getirilmesini isteyebilir (TBK m. 85), ancak B1 B2'nin katılımı olmaksızın ilgili işi hiçbir surette tamamlayamayacaktır. Bu açıdan TBK m. 85'in böyle bir durumda B1'e, B2'ye başvurarak onu ortak davranışı için harekete geçirmesi gerektiği söylenebilir. B2 ise ifa zamanında hazır olmadığı ve yine B1'le bağlantıya geçmediği için kusurlu davranmış olur. B1 belirtilen şekilde hareket etmezse, edimin yerine getirilmesi kendi kusuruyla imkânsızlaşacağından, bunun yerine tali edim olan tazminat edimi geçer. Aynı şekilde B2 de kusurlu olduğu için, o da tazminatla sorumlu olur. Böyle bir durumda tazminat edimi bölünebilir bir

³⁴⁵ Bydlinski, **MünKom.**, BGB §431, N.3; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 70, N. 8.

³⁴⁶ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 11.

³⁴⁷ Yukarıda da belirtildiği üzere (bkz. §1, III, A, 1 altındaki açıklamalarımız) elbirliği borçluluğu, tarafların kararlaştırılmasıyla meydana gelebilecek ve borçluların her birine başvuruda bulunmayı alacaklının zorunlu olarak kabul ettiği bir birlikte borçluluk türüdür, alacaklının borçlulardan sadece birine başvurma lüksü bulunmamaktadır. Burada ise durum, edimin mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca TBK m. 85 açık olarak alacaklıya sadece borçlulardan birine başvurma hakkını da vermektedir. Bu da borçluya ifa hazırlıkları bakımından diğerini teşvik etme yükümlülüğünü onun üzerine yüklemektedir. Eğer başvuru borçlu açısından diğerinin katılım göstermemesi bir kusursuz imkânsızlık hali oluşturuyorsa, bu borçlu borcundan kurtulabilir, aksi halde diğerleriyle birlikte tazminattan sorumlu olur.

edim olarak³⁴⁸, bölünemeyen borçluluk yapısını kısmi borçluluğa dönüştürür³⁴⁹. Ancak B1 veya B2, diğer borçlunun tüm teşvikine rağmen diğer borçlu harekete geçmiyorsa bu durumda, ilk borçlunun gerçekten hiçbir suretle sorumlu olmadığı bir ifa imkânsızlığı söz konusu olacağından (TBK m. 136), tazminat sorumluluğu olduğu gibi borcun ifasını imkânsızlaştıran diğer borçlunun omuzlarına yüklenmelidir³⁵⁰. Türk Hukukunda hâkim kanaat de menfaat dengeleri bakımından bu şekilde düşünülmesinin yerinde olacağına işaret etmektedir³⁵¹. Böyle bir durumda

³⁴⁸ Bu varsayım tazminatın nakden olarak kararlaştırıldığı hallere mahsustur. Türk Hukukunda tazminat aynen veya nakden olarak hâkimin takdir yetkisi dâhilinde belirlenebilecektir. Şayet aynen tazmin öngörülmüşse ve ve tali edim bu anlamda bölünemiyorsa, yine bölünemeyen borçluluktaki prensiplerin uygulanacağında şüphe bulunmamaktadır (Aynı yönde bkz. Canyürek, **a.g.e.**, s. 8; Aynen tazminatın bölünmez edim karakteriyle ilgili olarak bkz. Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 420, N. 5).

³⁴⁹ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 94; Becker, **BerKom.**, Art. 70, N. 5; Huguenin, **a.g.e.**, s. 224; Béguelin, **FJS 872**, s. 1; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 29; Canyürek, **a.g.e.**, s. 7; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 324; Gauch / Schlupe / Emmeneger, **a.g.e.**, N. 3698; von Büren, **a.g.e.**, s. 89.

Dolayısıyla normal şartlarda gerçekleşecek halefiyet sonucu da söz konusu olmayacaktır (Bkz. Tharwat, **a.g.e.**, s. 123; Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 448, 1979, s. 67).

Belirtilenin aksine böyle bir durumda doğrudan teselsül sonuçlarının uygulanacağını belirten karşı yönde bir görüş için bkz. Fick, **Commentaire CO**, Art. 70, N.2; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.10; Weber, **BerKom.**, Art. 70, N. 48; Bucher, **a.g.e.**, s. 490; Weiss, **a.g.e.**, s. 30; Hohl, **CoRo.**, Art. 70, N. 8.

Weiss (**a.g.e.**, s. 30), söz konusu görüşü savunmasına gerekçe olarak şu düşüncelerini göstermiştir: Bir defa bölünmeyen borçluluğun alacaklıya sağladığı teminat fonksiyonunun borca aykırılık söz konusu olduğunda devam etmesi gereklidir. Öte yandan şekli anlamda teselsül olarak kabul edilen bölünemeyen borçlulukta teselsül hükümlerinin uygulanması doğrudan bu sonuca götürür. Son olarak da kanunda bazı alanlarda bölünmez edimden ayrıca müteselsil sorumluluk esasının öngörülmesinin diğer sözleşme türlerindeki bölünmez edimlerin alacaklıları bakımından eşitsizlik yaratacağına, buna izin verilemez.

Yine bu görüşü savunan Fick (**Commentaire CO**, Art. 70, N. 2) kanun metnindeki bir değişiklikten yola çıkarak söz konusu sonucu varmaktadır. Şöyle ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nun TBK m. 85'i karşılayan eski 80. maddesinde bu sonuç açık olarak kabul edilmekte idi. Ancak değişiklikler esnasında, söz konusu madde bu kanun metninden çıkarıldı. Buna istinaden, yazarlar tali edim yükümlülüğü bakımından da, edimin bölünebilir olmasına bakılıp bakılmaksızın oluşan "şekli teselsülün" devam edeceğini savunmuştur. Bu gerekçe, hem kanun değişikliği esnasında bu bölümün çıkarılmasının lüzumsuz bir tekrar olacağını düşünülmesi, hem de İBK m. 143 (TBK m. 165)'te teselsülün karine olarak kabul edilmemesi gerekçeleriyle eleştirilmiştir (Bkz. Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 70, N. 7; Becker, **BerKom.**, Art. 70, N.9).

Açıkçası özellikle kanunda edimin bölünebilir olduğu durumda kısmi borçluluğun kabul edilmesinden yola çıkarak, teselsül sonuçlarını kabul eden bu görüşe katılmayacağımızı belirtmek isteriz. Aksi takdirde, burada ana kuraldan istisnai bir sapma söz konusu olacaktır, ancak bu husus herhangi bir şekilde kanunda gerekçelendirilmemektedir. Öte yandan yukarıda da belirttiğimiz üzere, ortada bir şekli teselsül olduğundan söz açılrsa da, teselsüle ilişkin hükümler bölünemeyen borçluluğa ancak yapısına uygun düştüğü ölçüde tatbik edilebilir, yoksa kayıtsız şartsız olarak değil. Kanunun belli bölünmez edimlerin borçluları bakımından ayrıca müteselsil borçluluk esasını öngörmesi ise menfaatler dengesinin gözetildiği bir hukuk politikası tercihidir, eşitsizlik olduğu savunulamaz.

Konuyla ilgili verilmiş bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 4C.228/2002 (www.swisslex.ch): Söz konusu kararda, bölünmez edimin yerini bölünebilir bir edim aldığına doğrudan teselsül sonucu kabul edilemese de, İsv. BK m. 143 kapsamında mevcut durumda yorum yoluyla bir sonuca ulaşılması gerektiği kanaatine varılmıştır. Karar sonucu itibarıyla teselsüle hükmetmektedir.

³⁵⁰ Engel, **Partie Générale**, s. 831.

³⁵¹ Tekinay, **Teselsül**, s. 32; Canyürek, **a.g.e.**, s.7; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 13.

Aksi yönde ileri sürülen bir görüşe göre, bölünmez borçlulukta her bir borçlu diğerinin ifa yardımcısı konumundadır. Dolayısıyla sadece bir borçlunun kusuruyla meydana gelen imkânsızlıktan ötürü diğer

verdiğimiz örnek üzerinden devam edilecek olursa, B1'in borca aykırılığın meydana gelmesinde kusuru olmadığına göre, onun bu durumun olumsuz sonuçlarına katlanmasını gerektirecek bir durum olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla dış ilişki bakımından B1 sorumluluktan tamamen kurtulacak ve sorumluluğun tüm yükünü B2 taşıyacaktır. Bir tek, eğer anılan durumdan farklı olarak B1 diğer borçluyu bu yönde teşvik etmiyor ve hareketsiz kalıyorsa veya o da imkânsızlığın meydana gelmesinde hareketleriyle aktif rol oynuyorsa, borca aykırılık sonucuna katkısının olması nedeniyle ve sadece bununla sınırlı olmak kaydıyla tazminat talebinde bulunulması düşünülebilir³⁵² (TBK m. 112).

3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu

Borç gereği gibi ifa edildiğinde borçlular kendi aralarında aksine bir anlaşma mevcut değilse bir iç hesaplaşmaya gidecektir. Dolayısıyla ifayı gerçekleştiren borçlunun diğer borçlulara rücu edebilmesi mümkündür. Bu durum müteselsil borçlulukta meydana gelen durumla özdeşlik göstermektedir. Hatta TBK m. 167, burada da kıyasen uygulanacaktır. Alacaklıya ifada bulunan borçlu karşısında diğer borçlular, aksi kararlaştırılmadıkça ve işin mahiyeti gerektirmedikçe eşit paylarla sorumlu olurlar³⁵³. Ayrıca burada da tıpkı müteselsil borçlulukta olduğu gibi ifada bulunan borçlu halefiyet ayrıcalığından faydalanabilir. Yani hem kanunda karine olarak öngörülen (veya yine başka bir özel ilişki varsa ona da dayanabilecektir) özel rücu sebebine dayanarak³⁵⁴, hem de alacaklının yerine geçmek suretiyle genel rücu

birlikte borçlular TBK m. 116 uyarınca kusursuz olarak sorumlu olacaktır (Söz konusu görüş hakkında bilgi ve eleştirisi için bkz. Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 67-68).

³⁵² Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop (a.g.e., s. 324), kusursuz imkânsızlık halinde borçluların eline geçen kaim değer bakımından (şayet böyle bir durum söz konusu oldu ise) kısmi borçluluk esasını benimsemekle birlikte, borçluların birlikte kusurlarıyla sebep oldukları imkânsızlık halleri bakımından teselsül kurallarının uygulanacağını ifade etmektedir.

³⁵³ Leu, **BasKom.**, Art. 70, N. 4; Becker, **BerKom.**, Art. 70, N. 6; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 70, N. 6; Fick, **Commentaire CO**, Art. 148, N. 4.

³⁵⁴ 818 sayılı EBK m. 69 f.1 c.3'te bu husus daha açık olarak ifade edilmekte, rücu ve halefiyet olabileceği söylenmektedir. Teselsülde olduğu üzere, gerek rücu hakkının, gerekse halefiyetle yapılan güçlendirme kanundan doğduğu ve sadece ifanın ispatının bunların her birine başvurulabilmesi içi yeterli olduğu için özel bir rücu hakkının olmayıp sadece halefiyetin öngörüldüğü bir yapının benimsenmesinde ilk bakışta bir farklılık olmayacağı söylenebilir. Ne var ki, sadece halefiyetten yararlanan bir birlikte borçlunun, alacaklının yerine geçeceği varsayımı dikkate alınırsa konunun önemi anlaşılır. Nitekim kendisine başvuru borçlu, bütün kişisel def'i ve itirazlarını ifayı gerçekleştirmiş olan ve halefiyete dayanan borçluya karşı da ileri sürebilecek ve dolayısıyla bu ifada bulunan borçlu iç hesaplaşmadan eli boş dönebilecektir. Bu gerçek karşısında özel rücu yolunun önemi ve muhafaza edilmesi gereği açıktır. Zira salt özel rücu yolunda, alacaklıyla olan nispi ilişkideki def'i ve itirazlar ileri sürülemez.

sebebi olan halefiyete dayanarak diğer birlikte borçlulardan talepte bulunabilir³⁵⁵ (TBK m. 85 f.3).

IV. Gerçek Olmayan Anlamda (Farklı Hukukî Sebeplerle) Birlikte Borçluluk Türleri

A. Kümülatif Borçluluk

1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları

Birden çok borçludan her birinin alacaklı karşısında ayrı ayrı ve birden fazla kez sorumlu olduğu birlikte borçluluk ilişkisi kümülatif (yığımlı) borçluluk (*Kumulation, dettes cumulées*) olarak adlandırılmaktadır³⁵⁶. Bu birlikte borçluluk türünde, tüm borçlular birbirlerinden bağımsız şekilde, alacaklıya karşı borçlanılan edimlerin tamamının ifasını üstlenirler. Alacaklı da tekrar eden seferlerde ifa talebinde bulunabilir³⁵⁷. Ortada birden çok borçlu bulunduğu halde, bunlar arasında bir bağdan da söz edilmek mümkün değildir³⁵⁸. Zira alacaklı, karşısında ayrı hukukî ilişkiler ve ayrı sebeplerle borç altına girmiş olan borçlulara bağımsız talepler yöneltebilir³⁵⁹. Kümülatif borçlulardan birinin yaptığı ifa diğerlerini yükümlülüklerinden kurtarmaz.

Bu borçluluk türünün tipik örneği şahıs sigortalarında gözlemlenir. Şahıs sigortalarında sözleşmeye konu olan riskin gerçekleşmesiyle birlikte, sigortalının vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle meydana gelen zarardan gerek zarara birinci

³⁵⁵ Mestre, **a.g.e.**, s. 159; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 196; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 29; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 116; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 94.

³⁵⁶ Selb, **a.g.e.**, s. 16; Jürgens, **a.g.e.**, s. 145; Deschenaux, **Partie II**, s. 127; Bucher, **a.g.e.**, s. 487; Koller, **a.g.e.**, s. 1202; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 6; Sbai, **a.g.e.**, s. 12; Eren, **a.g.e.**, s. 1198; Zahnd, **a.g.e.**, s. 96.

³⁵⁷ Engel, **Partie Générale**, s. 829; Selb, **a.g.e.**, s. 17; Schwedhelm, **a.g.e.**, s. 21; Deschenaux, **Partie II**, s. 127; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 6; Sbai, **a.g.e.**, s. 12; Eren, **a.g.e.**, s. 1198; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 26; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Vorb. Art. 143-150, N.4; Becker, **BerKom.**, Vorb. Art. 143-150, N.2; Tercier, **Concours d'actions et solidarité**, s. 123; Gadmer, **a.g.e.**, s. 39; Vont Tuhr (Edege), s. 777.

³⁵⁸ Selb, **a.g.e.**, s. 16.

³⁵⁹ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1602; Jürgens, **a.g.e.**, s. 146; Koller, **a.g.e.**, s. 1202; Merih Kemal Omağ, **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti (TTK m. 1301)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 104.

elden yol açan kişi gerekse de sigorta şirketi ayrı ayrı sorumlu olur³⁶⁰. Söz konusu borçluluk türünde, diğer gerçek olmayan birlikte borçluluk türlerinde olduğu gibi, sigortacının borcu, asıl borçlunun borcundan ayrı bir borçtur, asıl borçlunun borcunun konusunu belirlemeye yarayan alacaklının bu ilişkideki zararı, sigortacının borcu açısından sadece bir ölçüt teşkil eder. Alacaklı (zarara uğrayan) gerek (zarar veren) asıl borçludan gerekse de sigortacıdan borcun karşılanması için talepte bulunabilecektir³⁶¹. Alacaklının asıl borçluya olan talebi TBK m. 54 vd.'daki haksız fiil temeline dayanırken, sigortacıya olan talebi şahıs sigortası sözleşmesine dayanmaktadır. Şahıs sigortası, bir meblağ sigortası olduğu için, sigortacının daha sonra asıl borçluya rücu edebilmesi söz konusu olmaz³⁶². Zararın karşılanmasındaki temel prensip olan, tazminatla zenginleştirme yasağı burada göz ardı edilmiştir³⁶³. Sonuçta vücut bütünlüğü ihlaline maruz kalan bir kişinin değeri tam olarak parayla da ölçülemeyecek sıkıntısının giderilmesi ilk planda gözetilmiş ve onun zarardan sorumlu olacak kişiye ayrıca tazminat talebinde bulunabilmesine göz yumulmuştur³⁶⁴. Yine bir başka gerekçe de zararı veren kişinin, zarar gören sigorta yaptırmış olduğu için, sigortacının nasıl olsa bu zararı karşılayacağını düşünerek fütursuzca hareket etmesinin önüne geçilmesidir³⁶⁵.

Kümülatif borçluluk ilişkisi, tamamen özel sözleşmesel ilişkilerden kaynaklanıyor olabilir³⁶⁶. Bu çerçevede verme, yapma veya yapmama edimleri kümülatif olarak borçlanılabilir. Buna göre, B1, B2 ve B3, müzik öğretmeni A'dan ayrı ayrı solfej dersi almak karşılığında, ona ayrı ayrı sözleşmelerle 1000 TL vermeyi taahhüt etmiş olabilirler³⁶⁷. Bu sözleşmeler kapsamında alacaklı borçluların her birinden ayrı ayrı talepte bulunabilir. Çünkü bir borcun üçer –kısmi- borçlusunun

³⁶⁰ Selb, **a.g.e.**, s. 17; Bernard Viret, **Droit des assurances**, 3. édition, Zurich: Editions de la Société suisse des employés de commerce, 1991, s. 153; Eren, **a.g.e.**, s. 1198.

³⁶¹ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 106.

³⁶² Eren, **a.g.e.**, s. 1198; Vedat Buz, "Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukukî Konumu", **BATİDER**, Cilt 28, Sayı 3, Eylül 2012, s. 5-41, s 15.

³⁶³ Viret, **a.g.e.**, s. 153; Buz, **Sigortacının Hukukî Konumu**, s. 15.

³⁶⁴ Bernard Beignier, **Droit des assurances**, 5ème Edition, Paris: Montchrestien, 2011, s. 482; Jérôme Bonnard, **Droit et pratiques des assurances**, 1ère Edition, Paris: Delmas, 1997, s. 226; Mestre, **a.g.e.**, s. 284; M. Picard / A. Besson, **Les assurances terrestres, Tome Premier: Contrat d'assurance**, 5ème Edition, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, s. 31.

³⁶⁵ Zahnd, **a.g.e.**, s. 97.

³⁶⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1198.

³⁶⁷ Edimin yapmama edimi olduğu ihtimallerde durum daha açıklık kazanmaktadır. Yalnız üç kişinin birlikte ortak bir yapmama edimi üstlenmeleri durumuna göre farklılık söz konusudur. Burada üstlenilen edimler tamamen birbirinden bağımsızdır. İlk duruma giren bir borçlanma, yapmama edimi yapısal olarak bölünemediği için kural olarak bölünemez borçluluğa yol açacaktır (Bkz. yukarıda §1, III, E, 1, a altındaki açıklamalarımız).

değil, üç ayrı borç ilişkisinin birer birer borçlularının olduğu bir durum söz konusudur. Ancak diğer bazı (gerçek/gerçek olmayan) birlikte borçluluk türlerinde olduğu gibi borçlular arasında bir iç ilişkinin şekillendiğinden hiçbir surette söz edilemez³⁶⁸. Onların bir araya gelmesinde tek ortak nokta aynı alacaklıya karşı – çoğunlukla aynı içeriğe sahip olan- belirli bir borç konusunun taahhüt edilmiş olmasıdır.

Bir an için, bu borçluluk türünü kısmi borçlulukla benzerlik gösterdiği düşünülebilir. Ancak iki tür arasındaki önemli ve belirgin olan farklılık, kısmi borçlulukta, borçlular her ne kadar birbirinden bağımsız olsalar da, ortada tek bir hukukî sebebe dayalı tek bir borç ilişkisinin bulunuyor olmasıdır. Misalen, eğer yukarıdaki örnekteki üç kişi, birlikte alacakları solfej dersi için ortaklaşa 3000 TL'yi A'ya taahhüt etmiş olsalardı, ortaya kısmi borçluluk ilişkisi çıkacaktı³⁶⁹.

2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu

Kümülatif birlikte borçlulukta, alacaklıya karşı olan birliktelik sözde kalır, hatta deyim yerindeyse “birliktelik” sadece bir yanılsamadan ibarettir. Zira alacaklı karşısında birden fazla kişi bulunuyor olsa da bu kişilerin her biri alacaklıya karşı ayrı hukukî sebebe dayalı ilişkilerden ayrı ayrı sorumluluklar altındadır³⁷⁰. Her bir borçlu kendi içinde bulunduğu ilişkinin modalitelerinden faydalanabilir ve bunlara göre sorumlu olur. Her borçlu, kendi edimini yerine getirmekle borcundan kurtulur³⁷¹.

3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu

Kümülatif birlikte borçlulukta, borçlular birbirlerinden tamamen bağımsız durumda olduklarından, istisnai de olsa borçlular arasında bir iç ilişki meydana gelmeyecektir. Yani borçlulardan biri ifada bulunduğu anda, diğer borçlulardan herhangi bir talebi olamaz. Sonuçta onlardan her biri, farklı hukukî sebeplere dayanan ve birbirlerinden haberli veya habersiz olmaları herhangi bir değişiklik

³⁶⁸ Zahnd, **a.g.e.**, s. 97.

³⁶⁹ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 6, özellikle dn. 7.

³⁷⁰ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1602; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 5.

³⁷¹ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 6.

yaratmaksızın, kendi içinde belli bir bütünlüğü oluşturan hukukî ilişkilerle alacaklı karşısında tek borçlu konumundadır³⁷².

B. Kefalet Sözleşmesiyle Oluşan Birlikte Borçluluk

1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları

a. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesi (*Bürgschaft, Cautionnement*), TBK m. 581-603 hükümleri arasında ayrıntılı olarak düzenlemesi olan tipik bir sözleşmedir³⁷³. Kefalet, TBK m. 581'de kefilin alacaklıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır³⁷⁴. Kefil olunacak asıl borcun kaynağı sözleşme olabileceği gibi, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya nafaka gibi kanunun öngördüğü diğer başka bir olgudan kaynaklanan hukukî ilişki olabilir³⁷⁵, hatta kamu hukuku kaynaklı borçlara bile kefil olunabilmesi mümkündür³⁷⁶,³⁷⁷. Kefilin borç altına girmek için alacaklıyla anlaşması

³⁷² Akıntürk, **a.g.e.**, s. 6.

³⁷³ Ayrıca kanunun bazı başka hükümlerinde de kefaletle değinilmektedir. Örneğin TBK m. 133, 140, 154, 155, 160, 198 vb. Bu hükümlerinden tamamından rahatlıkla anlaşılacak olan husus, kefilin kanun koyucu tarafından fedakârlıkta bulunan bir kişi olarak görülmesi ve bu nedenle özel bir korumaya tabi tutulmasıdır. Nitekim sözleşmeler hukukunun genel irade serbestisi prensibi, kefalet sözleşmesinde kefilin menfaatleri bakımından alabildiğine daraltılmaktadır (Bu konuda bkz. Müller, **Contrats**, s. 523-524; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 6774).

³⁷⁴ Philippe Meier, **CO Art. 492-512, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, éds. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 492, N. 1; Gillieron, **a.g.e.**, s. 156; Müller, **Contrats**, s. 521; Scyboz, **a.g.e.**, s. 43; Cevdet Yavuz / Burak Özen / Faruk Acar, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2012, s. 666; Théo Guhl, "Cautionnement I: Notion et formation", **FJS**, N. 179, Genève, 1942, s.1; Honsell, **a.g.e.**, s. 405; Alfred Martin, **Le code des obligations, des contrats de droit civil**, Genève: Editions Sonor, 1923, s. 332; Bourassin / Brémond / Jobard-Bacheller, **a.g.e.**, s. 43; Ancel, **a.g.e.**, s. 27; Henri Deschenaux, **Le cautionnement**, Contrats du Code des obligations, Deuxième Cahier, Porte-Fort et cautionnement, 2ème édition, en collaboration avec Jacques Bonfils et Paul-Henri Steinhauer, Fribourg: Université de Fribourg, 1972, s. 2; Nami Barlas, "Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler", **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 213-230, s. 214; Özen, **Kefalet**, s. 51; Hüseyin Murat Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 31; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 1, Abdülkadir Arpacı (Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı), **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 521; Hüseyin Avni Göktürk, "Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, Sayı 3-4, 1950, s. 325-353, s. 328.

³⁷⁵ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 284; Özen, **Kefalet**, s. 51; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 693; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 2; Nihat Yavuz, **Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 824; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 666; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 521.

³⁷⁶ Özen, **Kefalet**, s. 51; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 11; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 667.

yeterlidir, asıl borçlunun rızasının alınmasına gereklilik bulunmamaktadır, hatta borçlunun rızası hilafına bile kefil olunabilmesi mümkündür. Zira meydana gelen yeni durumda asıl borçlunun durumu kötüleşmemektedir³⁷⁸. O, istediği zaman borcunu yerine getirerek ilişkiyi çözebilir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, asıl borcun ifasını sağlamak bakımından bir iş görme borcu değildir, kefil sadece teminat altına alınan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi riskinin (riziko) gerçekleşmesi halinde oluşacak (müspet) zararı para edimiyle karşılamayı (önceden belirlenmiş bir üst limite kadar) alacaklıya taahhüt etmektedir³⁷⁹. Yoksa kefil başkasına ait bir borcu, kendi borcu durumuna getirmemekte, asıl borcun kaynaklandığı hukukî ilişkiye herhangi bir biçimde katılmamaktadır³⁸⁰. Bu anlamda kefil, alacaklıya karşı ayrı bir hukukî sebeple (teminat sebebi) kişisel olarak sorumludur³⁸¹.

Yalnız kefalet borcu yalnız başına var olabilecek bir borç da değildir, onun varlığı, kapsamı ve sona ermesi asıl borcun varlığına, kapsamına ve sona ermesine bağlı bulunmaktadır³⁸². Bu durum, kefalet sözleşmesinin ferî olma özelliğinin bir sonucudur³⁸³. Bu özellik gereği kefalet borcu, asıl borcun kaderine tabidir, onu takip eder³⁸⁴, ³⁸⁵.

³⁷⁷ Roma Hukukunun ilk dönemlerinde kefalet asıl borcun kaynağına göre farklı türlerde söz konusu olabiliyordu. Bu türlerden *Sponsio* ve (yabancıların da yapabildiği) *Fidepromissio*, sadece *Stipulatio*'dan doğan borçlar için yapılabilirken, *Fideiussio* her türlü asıl borç için akdedilebiliyordu (Bkz. Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s. 137; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 117 vd.)

³⁷⁸ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 1; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 693; Emile Beck, **Das neue Bürgschaft**, Kommentar, Zurich: Schulthess, 1942, Art. 492, N. 43.

³⁷⁹ Scyboz, **a.g.e.**, s. 49-50; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 668.

³⁸⁰ Özen, **Kefalet**, s. 59.

³⁸¹ Özen, **Kefalet**, s. 62; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 4; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 694, 701; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 492, N. 10; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 11-12; Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 73; Silvio Giovanoli, Art. 492-515 OR, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, II, Abteilung, 7. Teilband**, 2. Auflage, Bern: Staempfli & Cie., 1978, Art. 492, N.1; Christoph M. Pestalozzi, Art. 492-512 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 492, N.1; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 667-668.

³⁸² Carlo Lombardini, **Droit Bancaire Suisse**, 2ème Edition, Editions Romandes, Zürich-Bâle-Genève: Schulthess, 2008, s. 921; Meier, **CoRo.**, Art. 492, N. 43; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 671.

³⁸³ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 695; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 286; Özen, **Kefalet**, s. 80; Develioğlu, **Garanti**, s. 112 vd.; Gillieron, **a.g.e.**, s. 96; Weiss, **a.g.e.**, s. 36. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları BGE 113 II 436; BGE 111 II 279.

Kefaletin ferî olma özelliği, aslında alacaklıya teminat verme amacından ileri gelmektedir. Ancak geçerli bir esas borç olduğu vakit kefalet teminatı verilebilecektir. Bu anlamda kefalet olağan bir teminat olarak kabul edilmektedir (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 88). Garanti sözleşmesiyle

Kefalet sözleşmesinde, tüm teminat sözleşmelerinde olduğu gibi borcun konusunun belirlenmesinde risk kavramı özel bir önem taşır³⁸⁶. Bu açıdan kısaca riske de değinilmek gerekir. Risk kavramı, hukukî nitelik olarak geciktirici şart kavramıyla bağlantılı değerlendirilebilir. Sonuçta iki kavram birbiriyle benzeşmektedir. Hukukî anlamda geciktirici şart, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olaydır. Bir sözleşmenin hükümlerini doğurması veya borcun doğumu şarta bağlanabilir. Risk ise, daha özel olarak ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan ve zararlı veya olumsuz sonuçlar doğuran bir olaydır³⁸⁷. Risk kavramı teminat sözleşmelerinde yapısal bir unsurdur, şart kavramı ise riske göre daha dışsal özelliktedir. Diğer bir deyişle, risk âdeta bir teminat sözleşmesinin çekirdeğidir, onun için olmazsa olmaz bir unsurdur, şart ise genel olarak yapısı elveren tüm hukukî işlemlere bir modalite olarak bunu öngören bir yan anlaşma (*pactum adjectum*) suretiyle dışarıdan eklenebilir³⁸⁸, ³⁸⁹. Geciktirici şarta ilişkin düzenlemeler, riske de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir. Bazı düzenlemeler ise, zorunlu olarak uygulanamaz, şöyle ki bir örnek verilecek olursa; şartın gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde engelleyen kişi bakımından şart gerçekleşmiş sayılacaktır. Bu kural, şart

sağlanan teminat ise bunun bir adım ötesine geçmekte, geçerli bir asıl borcun varlığına gereksinim göstermemektedir. Bu anlamda garanti sözleşmesinin olağanüstü bir teminat olduğu söylenebilecektir (Ayrım için bkz. Fahrettin Aral, “Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği ve Kefaletten Farkları”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 131-145, s. 136). PEL Pers. Sec. Art. 2:101:(1)’de sağlanan teminatın bağımlı (ferî) veya bağımsız olduğundan açıkça söz edilmediğinde ferî bir teminatın sağlandığının esas olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Bu karinenin kabul edilme nedeni teminat sözleşmelerinin teminat veren açısından ciddi malî yükler içeren sözleşmeler olmalarıdır. Dolayısıyla teminat veren kabul etmedikçe, onun bu denli önemli bir malî yükün altına sokulması kabul edilemez (Ulrich Drobnig, **Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Personal Security (PEL Pers. Sec.)**, Munich: Sellier European Law Publishers & Bruylant & Staempfli, 2007, s. 195).

³⁸⁴ Meier, **CoRo.**, Art. 492, N. 34; Gillieron, **a.g.e.**, s. 96; Scyboz, **a.g.e.**, s. 46-47; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 12; Müller, **Contrats**, s. 525; Hansjörg Peter, “La sureté personnelle, une obligation conditionnelle”, **Suretés et Garanties Bancaires**, CEDICAC, éd. Nicolas Iynedjian, Lausanne, 1997, s. 292-321, s. 294; Lombardini, **a.g.e.**, s. 921; Fick, **Commentaire CO**, Art. 494, N. 2; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 29; Guhl, **FJS 179**, s. 1; Honsell, **a.g.e.**, s. 413; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 669; Selahattin Sulhi Tekinay, “Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese”, **Adalet Dergisi**, Yıl 47, Temmuz 1956, sayı 7, s. 742-752, s. 746; Fulya Erlüle, “Müteselsil Borçluluk ve Müteselsil Kefalet Kavramlarının Karşılaştırılması”, **AÜEHFD**, C. VII, Sayı 1-2, Haziran 2003, s. 629-644, s. 640; Martin, **a.g.e.**, s. 333; Jean François Riffard, **Droit des Sûretés**, Lexifac Droit, Paris: Bréal, 2010, s. 33; Ancel, **a.g.e.**, s. 28.

³⁸⁵ Ferîlik özelliğinin ortadan kalktığı istisnai durumlara örnekler için bkz. Meier, **CoRo.**, Art. 492, N. 52 vd.; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 4; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 696; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 669; Develioğlu, **Garanti**, s. 118-119; Gillieron, **a.g.e.**, s. 105.

³⁸⁶ Özen, **Kefalet**, s. 1; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 684.

³⁸⁷ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 447.

³⁸⁸ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 447.

³⁸⁹ Riskin sözleşmenin yapısal bir unsurunu oluşturması, riskin yokluğunun sözleşmenin yokluğuna yol açmasını sonuçlar. Oysaki şart dışsal bir unsur olduğu için, varlığı veya yokluğu sözleşmenin varlığını etkilememektedir (Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 447).

bakımından geçerli bir varsayım (fiksiyon) kuralıdır. Ancak riske uygulanması uygun düşmez. Somutlaştıracak olursak, kefil alacaklının zarara uğramasını engelliyor diye sorumluluğu söz konusu olamaz. Kefil, dilerse üçüncü kişi olarak davranıp asıl borcun aynen ifasını gerçekleştirebilir³⁹⁰ yahut asıl borçluya bu konuda yardım edebilir. Bu durumda kefalet borcu muaccel hale gelmeyecektir. Aksi düşünce akılcı olmayacaktır. Anılan durum riskin, yukarıda ifade ettiğimiz zarar verici özellik taşımasından ileri gelmektedir.

Kefalet sözleşmesinin kurulmasıyla beraber, asıl borçlu ve kefil gerçek olmayan anlamda birlikte borçlu olacaktır³⁹¹. Zira burada her iki şahıs da aynı alacaklıya karşı ayrı hukukî sebeplerle sorumlu bulunmaktadır. Asıl borçlu, tarafı olduğu sözleşme ilişkisi (veya sair hukukî ilişki) çerçevesinde bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmekle yükümlü iken, kefil bu borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde oluşacak müspet zarar³⁹² miktarını başlangıçta belirlenen bir limite kadar nakden karşılamakla yükümlüdür³⁹³. Böyle olunca iki borç arasında organik olmayan şöyle bir bağlantı bulunduğu söylenebilecektir: kefilin borcunun belirlenmesinde alacaklının asıl borç ilişkisindeki zararı bir mikyasa (ölçüt) vazifesi görmektedir³⁹⁴. Yoksa borçların konusu tamamen birbirinden farklıdır, borçlar birbirine yabancıdır (*Fremdschuld*)³⁹⁵. Asıl borç ilişkisinde borcun konusu verme, yapma veya yapmama edimi olarak çeşitlilik gösterebilecekken, kefilin borcunun konusu daima bir miktar paradır³⁹⁶. Kefilin kendi borcunu ifa etmesi, asıl borç ilişkisindeki borcun ifası anlamına gelmez. Böyle bir durumda, kefil açısından borç

³⁹⁰ Kefilin asıl borçlu yerine üçüncü bir kişi olarak ifada bulunmasının mümkün olması hakkında bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 8. Yalnız böyle bir durumda halefiyet sonucunun doğmayacağı açıktır. Zira üçüncü kişinin ifası istisnai durumlar dışında borcu sona erdirecektir.

³⁹¹ Özen, **Kefalet**, s. 8, dn. 21.

³⁹² 818 Sayılı Eski BK döneminde, kefilin menfi zarardan da sorumlu olacağına ilişkin bir anlaşmanın yapılmasına engel bulunmamaktaydı (Bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 7; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 698). Ne var ki yeni TBK m. 589 hükmü, bu konuda pozitif bir engel oluşturmuştur. Söz konusu hüküm çerçevesinde kefilini menfi zarardan sorumlu olacağına ilişkin bir anlaşma kesin hükümsüz olacaktır (Hükümün yerindelğine ilişkin eleştiri için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 130-131).

³⁹³ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 7; Scyboz, **a.g.e.**, s. 50; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 492, N. 10; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 492, N. 18.

³⁹⁴ Özen, **Kefalet**, s. 61, dn. 128.

³⁹⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 492, N. 2; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 11; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 698; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 289; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 668.

³⁹⁶ Meier, **CoRo.**, Art. 492, N. 2; Özen, **Kefalet**, s. 59; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, 697; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 7; Nami Barlas, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI**, 9-10 Aralık 2005, Ankara: BATİHAE, s. 39-84, s. 43; Nami Barlas, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. II, İstanbul: Beta, 2002, s. 936-989, s. 963; Yavuz, **a.g.e.**, s. 827.

sona ermeyecek ve halefiyet söz konusu olacaktır. Artık asıl borçlu, alacaklının yerine geçecek olan kefile karşı sorumlu olur.

Yalnız, kefalet sözleşmesiyle oluşan asıl borçlu ve kefil arasındaki birlikte borçlulukta, kefilin borcunun talilik (ikincilik) özelliğine dikkat çekilmelidir³⁹⁷. Alacaklı önce asıl borçluya başvurmadan ve/veya elinde mevcut bulunan rehinleri paraya çevirmeden kefile başvuramayacaktır. Talilik özelliği, tüm kefalet türlerinde farklı derecelerde, dozlarda mevcuttur³⁹⁸. Kanunun temel aldığı tip olan adi kefalette kefil, kendisine başvuran alacaklıya karşı, öncelikle borçlunun sonucu semeresiz kalacak biçimde takip edilmesini (tartışma defii), yine eğer borç için teminat olarak öngörölmüş rehin hakları bulunuyorsa önce bunlara başvurulmasını (önce rehnin paraya çevrilmesi defii) isteyebilecektir³⁹⁹. Talilik dozunun en yüksek olduğu kefalet türü, zarara kefalettir. Buna göre zarara kefil olan kişi, adi kefilin tartışma definden yararlanamadığı durumlarda bile, asıl borçlunun sonucu semeresiz kaldığı anlaşılacak biçimde takip edilmesini isteyebilir⁴⁰⁰. Talilik dozunun en aza indiği kefalet türü ise müteselsil kefalettir⁴⁰¹. Müteselsil kefil⁴⁰², sadece öncelikle borçluya ihtarda bulunulmasını isteyebilecek (yoksa takip edilmesini değil), ve sadece bazı türden rehin hakları (teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehni) bakımından önce rehnin paraya çevrilmesini talep edebilecektir. Yeri gelmişken talilik kapsamında, kefile kefalete değinmek gerekir. Aslında burada, asıl borçlunun bir kefil olmasından öte bir özellik bulunmamaktadır⁴⁰³. Ama denebilir ki, kefile kefilin borcunun muaccel olması için önce asıl borçlunun ifada bulunamaması, sonrasında onun kefilinin (kefile kefilin asıl borçlusu konumundaki kişi) ifada bulunamaması neticelerinin birer birer gerçekleşmesi gerekir. Bu anlamda, kefile kefalette de bu

³⁹⁷ Scyboz, **a.g.e.**, s. 97; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 696-697; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 5; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 288; Eren, **a.g.e.**, s. 1199; Tekinay, **Mukayese**, s. 747; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1035; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 669; Weiss, **a.g.e.**, s. 36; Bourassin / Brémond / Jobard-Bachelier, **a.g.e.**, s. 47; Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 356.

³⁹⁸ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 5; Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 99.

³⁹⁹ Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 356.

⁴⁰⁰ Scyboz, **a.g.e.**, s. 102; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 362-363; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 687.

⁴⁰¹ Bkz. Burak Özen, “Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme”, **AÜEHFD**, C. X, Sayı 3-4, s. 477-494, s. 479. Aksi yönde müteselsil kefilin asli borç altına girdiğine ilişkin görüşü için bkz. Lombardini, **a.g.e.**, s. 918.

⁴⁰² Müteselsil kefalette müteselsillikten kast olunan salt olarak alacaklının kefilisi asıl borçludan evvel takip edebilmesinin bir ölçüde kolaylaştırılmış olmasıdır, bu anlamda şartlar gerçekleştiğinde alacaklı birlikte borçlulardan dilediğine başvuruda bulunabilecektir. Bununla birlikte müteselsil kefil hiçbir zaman, müteselsil borçlu gibi asıl borçtan birincil derecede sorumlu bir kişi değildir (Bkz. Erlüle, **a.g.e.**, s. 630).

⁴⁰³ Mehtap İpek, “Birlikte Kefalet”, **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, s. 531-552, s. 547; Özen, **Kefalet**, s. 345.

katmanlı yapı nedeniyle, taliliğin değişik ama en derinlemesine (çifte talilik) görünümünden biri olduğu söylenebilir⁴⁰⁴.

Son olarak kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴⁰⁵. Bununla birlikte alacaklının da kefile karşı borç altına girmesine engel teşkil eden bir durum söz konusu değildir. Sonuçta bu ilişkinin içeriğini belirlemek taraflara ait olacaktır⁴⁰⁶.

b. Alacaklı Karşısında Aynı Asıl Borç İçin Birden Fazla Kefilin Olması

i. Toplu Bakış

Kefalet sözleşmesiyle asıl borca teminat sağlayan kişi her zaman tek değildir. Kefil sayısının birden fazla olduğu olasılıklar da gündeme gelebilir. Bunlar sırasıyla bağımsız toplu kefalet, kısmi kefalet ve birlikte kefalet halleridir. Aşağıda, devam eden başlıklarda, oluşacak bu farklı olasılıklar üzerinden kefil sayısından birden fazla olduğu hallere ilişkin yapısal değerlendirmeler yapacağız.

ii. Bağımsız Toplu Kefalet

Eğer kefiller birbirinden habersiz olarak⁴⁰⁷, borcun tamamı için ayrı ayrı kefil oluyorsa, bağımsız toplu kefaletten (yan kefalet) söz edilir⁴⁰⁸ (TBK m. 587 f. son). Bağımsız toplu kefalette, her bir kefil borcun tamamından sorumlu olacaktır, sorumluluğun paylaşılması söz konusu değildir⁴⁰⁹. Dolayısıyla kefiller kefalet

⁴⁰⁴ Meier, **CoRo.**, Art. Art. 498, N. 4.

⁴⁰⁵ Lombardini, **a.g.e.**, s. 916; Müller, **Contrats**, s. 523; Scyboz, **a.g.e.**, s. 44; Martin, **a.g.e.**, s. 333; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 670; Riffard, **a.g.e.**, s. 33; Bourassin / Brémond / Jobard-Bachelier, **a.g.e.**, s. 46; Ancel, **a.g.e.**, s. 28.

⁴⁰⁶ Lombardini, **a.g.e.**, s. 916; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 492, N. 3; Scyboz, **a.g.e.**, s. 44; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 670.

⁴⁰⁷ Kefillerin daha sonra birbirlerinden haberdar olmaları bağımsız toplu kefaleti birlikte kefalete çevirmez, bunun söz konusu olabilmesi ancak kefillerin kefalet yükü altına girerken birbirlerinden haberdar olmalarıyla mümkündür (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 306, dn. 686; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 771; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 125).

⁴⁰⁸ Scyboz, **a.g.e.**, s. 107; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 3; Théo Guhl, "Cautionnement II: Les diverses espèces du cautionnement", **FJS**, N. 180, Genève, 1942, s. 2; Honsell, **a.g.e.**, s. 417; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 39-40; İpek, **a.g.e.**, s. 544; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 15; Müller, **Contrats**, s. 536; Meier, **Gesamtschuld**, s. 1025; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 683.

⁴⁰⁹ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 360; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 529.

borcunun kısmen ifasında bulunmak yönünde bir defa ileri süremez⁴¹⁰. Kefillerden birinin adi, bir başkasının müteselsil kefil olması da mümkündür⁴¹¹. Toplu bağımsız kefiller, adi kefalet borcu altına girdilerse, tartışma defini ileri sürebilirler⁴¹². Alacaklı bu bağımsız toplu kefillere karşı yarışan taleplere sahiptir. Buna karşılık alacaklı ile olan dış ilişkide, birbirlerinden ayrı hareket eden ve sorumlu olan kefiller, alacaklıyı tatmin ettiklerinde iç ilişkide birbirlerine toplam kefalet miktarındaki payları oranında rücu edebilirler⁴¹³ (TBK m. 587 f. son).

iii. Kısmi Kefalet

Eğer kefiller sadece borcun farklı kısımları için kısmi olarak kefil oluyorsa, bu durumda da kısmi kefaletten söz edilir⁴¹⁴. Kısmi kefalette kefiller arasında herhangi bir hukukî ilişki mevcut değildir⁴¹⁵. Şöyle ki, B'nin A'ya olan 2000 TL'lik borcunun ilk ödenecek 500 TL'lik taksiti için K1, 1500 TL'lik ikinci taksiti için K2 kefalet borcu altına girmiş olabilir. Eğer, B, ilk taksitin sadece 100 TL'sini ödeyebilirse, K1'in sorumluluğu sadece 400 TL için söz konusu olacaktır, K2'nin ise herhangi bir sorumluluğu bu aşamada söz konusu değildir. Görüldüğü üzere, böyle bir durumda, bir "birlikte" kefaletten ziyade ayrı kefaletlerin üst üste yığıldığını söylemek yerinde olacaktır⁴¹⁶. Kısmi kefaletle ilişkin özel bir düzenleme TBK'da yer almamaktadır⁴¹⁷.

⁴¹⁰ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 684.

⁴¹¹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 67; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 15; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 360.

⁴¹² Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 684.

⁴¹³ Honsell, **a.g.e.**, s. 417.

⁴¹⁴ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 4; Müller, **Contrats**, s. 538; Honsell, **a.g.e.**, s. 415; İpek, **a.g.e.**, s. 545; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 361; Özen, **Kefalet**, s. 310; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 684.

⁴¹⁵ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 684.

⁴¹⁶ Pierre Tercier / Pascal Favre, **Les Contrats Spéciaux**, 4ème Edition, Editions Romandes, Genève – Zurich – Bâle: Schulthess, 2009, N. 6827; Müller, **Contrats**, s. 538; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 684.

⁴¹⁷ Kısmi kefalet, kefalet borcunun üst limiti olarak gösterilen tutar, asıl borç tutarından az olup, borcun tamamı için kefil olduğu olasılıktan farklıdır. Bu son olasılık, limit kefaleti olarak adlandırılmaktadır. Limit kefaletinde kefil asıl borcun son kısmı için kefil olmaktadır. Örneğin asıl borcun 1.000 TL olduğu bir ihtimalde, 200 TL için limit kefaleti kurulduysa, asıl borç tutarı 200 TL'nin altına düşene kadar kefil 200 TL üzerinden sorumlu olmaya devam eder (Özen, **Kefalet**, s. 310; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 361; Gülçin Elçin Grassinger, **Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları**, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996, s. 123; Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 103; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 492, N. 73).

Ortada bir kısmi kefalet mi, limit kefaleti mi olduğu noktasında tereddüt varsa esas alınması gereken limit kefaletidir (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 310; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 124; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 493, N.3)

iv. Birlikte Kefalet

Birden fazla kişi, ortaklaşa bir asıl borçlunun aynı⁴¹⁸ borcuna⁴¹⁹ kefil olduklarında birlikte kefaletten söz edilir⁴²⁰. “Birlikte” sıfatıyla kastedilen, objektif olarak borcu birden fazla kefilini yüklenmesi değildir, bundan başka kefiller arasında bir sübjektif bir ilişki bulunmalı, kefiller ortaklaşa hareket etmelidir⁴²¹. Haliyle, birlikte kefaletle beraber daha kompozit (karmaşık) bir birlikte borçluluk yapısına ulaşılabılır. Zira kefillerin kendi aralarında birbirlerine olan konumları ve

⁴¹⁸ Scyboz, **a.g.e.**, s. 107. Bir borçlunun farklı borçlarına kefil olunması birlikte kefaletle yol açmaz (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N.7; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N. 2; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 1, Özen, **Kefalet**, s. 313). Öte yandan müteselsil borçlulardan her birinin kendi borcu için kefil göstermesi durumunda, bu sözü edilen kefiller bakımından birlikte kefalet ilişkisinin kurulduğundan söz etmek güçtür (Bkz bu yönde Özen, **Kefalet**, s. 313; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 772; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 128; Yavuz, s. 847; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 352; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 684). Zira yukarıda da açıklandığı üzere, kabul ettiğimiz yaklaşım bakımından, müteselsil borçlulukta geniş anlamda tek bir borç ilişkisi olmakla birlikte; dar anlamda borçlu sayısı kadar, birbirinden nispi olarak bağımsız özellikte borç ilişkisi bulunmaktadır (Bkz. yukarıda §1, III, C, 1, a).

⁴¹⁹ TBK m. 587’ye göre birlikte kefil olunan borcun mutlaka bölünebilir olması gereği bulunmamaktadır. 818 Sayılı Eski BK m. 488 ve kaynak İsviçre BK m. 497’de ise, birlikte kefaletin tarifinde bölünebilir olma özelliği yer almaktadır. Buna istinaden yapılan tartışmalarda da, anılan özelliği mutlaka şart koşan yazarlar bulunmaktadır. Bu yazarlar, adi birlikte kefillerin borcun sadece bir kısmından sorumlu tutulmak üzere bölme defini ileri sürebilmelerinin ancak borcun bölünebilir nitelikte olmasıyla mümkün olabileceğine işaret ederler (Bkz. Albino de Biasio, **Der Übergang der Glaebigerrechte auf den Bürgen und desen Regressrechte**, Bern: Staempfli & Cie, 1944, s. 68; Scyboz, **a.g.e.**, s. 108). Ancak müteselsil birlikte kefiller bakımından bölme defini savunması bir imkân olarak söz konusu olmadığı için, bu birlikte kefalet türünde asıl borcun bölünebilir olması bir zorunluluk olarak ileri sürülemez. Bu noktadan hareketle de, bölünmez nitelikteki bir borca kefil olan kişilerin müteselsil birlikte kefil olmayı kabul ettikleri sonucuna ulaşılabılır gerekir (Bkz. Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N.1; Théo Guhl, **Das Neue Bürgschaftsrecht der Schweiz**, Zurich: Polygraphischer Verlag AG, 1942, s. 60).

Buna karşılık öğretide Beck (**Bürgschaft**, Art. 497, N. 6 ve 14) ve de konuyu daha girift şekilde ele alarak şu değerlendirmeleri yapar: Bölünemeyen bir borca birlikte kefalet söz konusu olduğunda, ilk ve asıl olarak alınması gereken olasılık şüphesiz bu yukarıdaki yaklaşım olacaktır. Ne var ki kefiller açıkça adi birlikte kefil olduklarını bildirirlerse, bu kez iki farklı olasılıktan birine itibar etmek gerekecektir. Ya bu kişiler borcun yerine getirilmemesinden ötürü doğacak tazminat edimi (bölünebilir) bakımından adi birlikte kefil olmak istemişlerdir, ya da bölme definden feragat etmeleri söz konusudur. Somut olayda, bu iki olasılıktan hangisinin tercih edildiği yorum yoluyla ortaya çıkarılmalıdır.

Türk doktrini bakımından, 818 Sayılı Eski BK m. 488 zamanında da, adi birlikte kefalette asıl borcun bölünebilir olmasının zorunlu bir unsur olmadığı genel olarak zaten kabul edilmekte idi. Zira kefillerin borcu, asıl borçtan farklı olarak her zaman bir para ödeme borcu olacağı için, bölme definin ileri sürülmesine bir engel bulunmayacaktır (Bkz. İpek, **a.g.e.**, s. 535; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, 772; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 129; Yavuz, s. 847; Özen, **Kefalet**, s. 313; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 353-354). Ayrıca İsviçre Hukukunda aynı yöndeki tespiti için bkz. Deschenaux, **Cautionnement**, s. 35.

⁴²⁰ İpek, s. 532; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 128; Scyboz, **a.g.e.**, s. 106; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 34; Honsell, **a.g.e.**, s. 415; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 351; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 684; Elçin Grassinger, s. 218; Müller, **Contrats**, s. 536; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N.1; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N.2; de Biasio, **a.g.e.**, s. 68.

⁴²¹ Scyboz, **a.g.e.**, s. 108; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 5; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 35; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 126. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD. 14.6.1985 T, E. 2643 / K. 3880 : “Birlikte kefalet, birden çok kimsenin aynı borca kefil olmasıdır. Kefillerin aynı anda yükümlülük altına girmeleri zorunlu değildir. Fakat en azından birbirlerinin kefaletinden bilgileri olması ve bu yönü göz önüne alarak kefil olmaları gerekir.” (YKD, c. XI, Sayı 10, s. 1490 vd.).

borçlunun onlara olan konumu ayrı ayrı değerlendirilmek gerekir. Birlikte kefalet, adi ve müteselsil birlikte kefalet olmak üzere ikiye ayrılır, ayrıca bir belirtme bulunmadığı takdirde asıl olan adi birlikte kefalettir⁴²²:

- Adi birlikte kefalette, tıpkı kısmi borçlulukta olduğu gibi, kefiller kefalet borcunun sadece bir kısmından sorumludurlar⁴²³. Zaten bu tarzda bir kefalet, kendi özelinde kısmi borçluluğun özel bir alt türünü oluşturmaktadır. Aynı birliktelik satış sözleşmesinde birden fazla satıcının edimi için olsa, eser sözleşmesinde birden fazla müteahhidin edimi için olsa genel olarak kısmi borçluluktan söz edilecektir. Bu bakımından normalde kısmi borçluluğun kaynaklandığı sözleşmeye göre bir ayırım söz konusu değildir. Adi birlikte kefiller de bölme definden (*beneficium divisionis*) yararlanır ve alacaklı karşısında eşit paylarla sorumlu olurlar⁴²⁴. Ancak burada özellikle anılması gereken husus, adi birlikte kefillerin sorumluluğu bakımından genelden farklı olarak çifte katmanlı bir yapının bulunmasıdır⁴²⁵. Kanunun sisteminde, olağan bir kısmi borçludan farklı olarak, adi birlikte kefil, kefalet borcunun kendi üzerine düşen kısmından adi kefil gibi⁴²⁶, diğer kefillerin payına düşen kısımlarından ise kefile kefil⁴²⁷ gibi sorumlu olur. Dolayısıyla adi birlikte

⁴²² İpek, **a.g.e.**, s. 535; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 135; Pierre Engel, **Contrats de droit suisse**, 2ème édition, Berne: Staempfli Editions SA, 2000, s. 648; Guhl, **FJS 180**, s. 3; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 685.

Yalnız ticari işlere (birlikte) kefalette teselsül karinesini öngören TTK m. 7 f.2 çerçevesinde farklı düşünmek ve ticari işlerde aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil birlikte kefaletin (hem borçlu ile kefiller hem de kefillerin kendi arasındaki ilişkilerde) esas olduğu sonucuna varmak gerekebilir (Ticari işlerde teselsül karinesi için bkz. Tekinay, **Karine**, s. 514 vd.; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 69; Toplandı, **a.g.e.**, s. 383).

⁴²³ Müller, **Contrats**, s. 537; Honsell, **a.g.e.**, s. 415; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 36.

⁴²⁴ Scyboz, **a.g.e.**, s. 110; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 7; Müller, **Contrats**, s. 537; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 36; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7030; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 129; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 354; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 220; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 685; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 528.

⁴²⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 7; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7031; Özen, **Kefalet**, s. 315; de Biasio, **a.g.e.**, s. 70; Guhl, **Bürgschaft**, s. 61.

⁴²⁶ Buna dayalı olarak gerek tartışma defini, gerekse de önce rehlin paraya çevrilmesi defini ileri sürebilmesi mümkün olacaktır (İpek, **a.g.e.**, s. 536).

⁴²⁷ Kefile kefil sıfatıyla sorumlulukta, kendisine düşen paya ilişkin sorumluluğu yerine getirmeyen kefil, asıl borçlu konumundadır. İşbu kefil payını ödeyemediğinde (öncelikle bu sonucun sabit olması gereklidir, aksi halde kefile kefil tartışma definden faydalanabilecektir), diğer adi birlikte (kefile) kefiller alacaklıya karşı kendilerine düşen pay oranında sorumlu olacaktır. Bir örnekle somutlaştırılacak olursa, A'nın B'den olan 9.000 TL alacağı için K1 K2ve K3 birbirlerinden haberdar olarak 9.000 TL üst limitle kefil olmuştur. Bu durumda aksine bir belirtme olmadığına göre her birinin kefalet sorumluluğu 3.000 TL olacaktır. Buna karşılık K1 ve K2, kendi borçlarını en mükemmel şekilde yerine getirseler de, K3 borcunu yerine getiremediğinde bundan da kefile kefil sıfatıyla

kefillerden birinin payını ödememesi diğerlerinin sorumluluğunu gerektirmektedir⁴²⁸. Oysa diğer kısmi borçluluk hallerinde salt borçlunun üzerine düşen payla sorumluluk esastır. Belirtmelidir ki, kefillerin bu şekilde diğerlerinin paylarından kefile kefil gibi sorumlu olmalarının aksi sözleşmeyle kararlaştırılabilir⁴²⁹.

- Müteselsil birlikte kefalette ise, aynı müteselsil borçlulukta olduğu borçlular borcun tamamından sorumludur⁴³⁰. Ancak kendine özgü özellikleri gereği bu borçluluk türüyle özdeş olarak da değerlendirilemez⁴³¹. Müteselsil birlikte kefaletin söz konusu olabilmesi açıkça kararlaştırılmış veya taraf iradelerinin yorumundan bu hususun çıkarılabilir olması gereklidir⁴³². Buradaki teselsülün değişik görünüşleri olabilecektir. İlk görünüm asıl borçlu ile kefiller arasında teselsül olması⁴³³; ikinci görünüm ise, birlikte kefillerin kendi aralarında teselsül olmasıdır⁴³⁴. Her iki görünümünde de, borçlular asıl borcun tamamından sorumludur. Fark ise şu noktada ortaya çıkar, asıl borçlu ile aralarında teselsül olduğunu kabul eden müteselsil birlikte kefiller bölme definden bir ölçüde vazgeçmiş olurlar⁴³⁵, ⁴³⁶. Eğer özel bir belirtmede bulunulmamışsa hem birlikte kefillerin kendi aralarında hem de asıl borçluyla aralarında teselsülün bulunduğu esas alınır (üçüncü

sorumlu tutulacaktır. Bu sorumluluk gerek K1, gerekse K2 için 1.500 TL'dir (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 316; İpek, **a.g.e.**, s. 537; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 362).

⁴²⁸ Müller, **Contrats**, s. 537; Honsell, **a.g.e.**, s. 415; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 685; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 528.

⁴²⁹ Özen, **Kefalet**, s. 316; de Biasio, **a.g.e.**, s. 70. Aksi yönde görüş için bkz. Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N.5.

⁴³⁰ Müller, **Contrats**, s. 538; Guhl, **FJS 180**, s. 2; Honsell, **a.g.e.**, s. 416; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7039; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 36.

⁴³¹ Özen, **Kefalet**, s. 320; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 134.

⁴³² Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N.3; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 13; İpek, **a.g.e.**, s. 540; Özen, **Kefalet**, s. 318; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 135.

⁴³³ Scyboz, **a.g.e.**, s. 112; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 14; Müller, **Contrats**, s. 538.

⁴³⁴ Scyboz, **a.g.e.**, s. 111; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 20; Müller, **Contrats**, s. 538; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 685; Riffard, **a.g.e.**, s. 35; Özen, **Müteselsil Kefalet**, s. 483.

⁴³⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 11; Gillieron, **a.g.e.**, s. 86; Scyboz, **a.g.e.**, s. 111; Özen, **Müteselsil Kefalet**, s. 483.

⁴³⁶ TBK m. 587 f.2'de alacaklı bakımından müteselsil birlikte kefillerin, hep birlikte takip edilmesi zorunluluğu getirilmiştir, aksi halinde müteselsil birlikte kefil de bölme defini kullanabilecektir. Öte yandan yine aynı maddeye göre müteselsil birlikte kefil, birlikte takibin yapıldığı bir olasılıkta dahi, diğer müteselsil birlikte kefiller kendi payları bakımından ödemedede bulunmuş veya aynî teminat göstermişlerse bölme defini ileri sürebilecektir. Bölme defini ile ilgili bu hüküm nispi emredici niteliktedir, aksine düzenleme yapılamayacaktır (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 322; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 355; Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 16).

görünüm)⁴³⁷. Buna karşılık bu görünümlerden sadece birinin seçilmesi de mümkündür. Yani kâh sadece asıl borçlu ile birlikte kefiller arasında⁴³⁸, kâh sadece birlikte kefillerin kendi arasında⁴³⁹ teselsül olabilmesi kararlaştırılabilecektir⁴⁴⁰. Sadece birlikte kefiller arasında teselsül bulunuyorsa, birlikte kefiller yine tartışma ve önce rehnin paraya çevrilmesi defilerinden bütün kapsamıyla faydalanabilecek, buna karşılık bölme defini kullanamayacak ve bireysel olarak borcun tamamından sorumlu olacaktır⁴⁴¹. Sadece borçlu ve birlikte kefiller arasında teselsül bulunuyorsa bu durumda birlikte kefiller bölme definden tamamıyla faydalanabilecek⁴⁴², buna karşılık tartışma definden mahrum olacak⁴⁴³, önce rehnin paraya çevrilmesi defini ise bazı rehin hakları bakımından uygulama alanı bulacaktır⁴⁴⁴.

⁴³⁷ İpek, **a.g.e.**, s. 540; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 356; Özen, **Kefalet**, s. 319; Özen, **Müteselsil Kefalet**, s. 483; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 685; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 774; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 137; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 36; Müller, **Contrats**, s. 538; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 6830; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 6; Meier, **Gesamtschuld**, s. 1048; Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 23; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N. 8. Ayrıca bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması için bkz. BGE 122 III 125.

⁴³⁸ Asıl borçlu ile birlikte kefiller arasında olacağına değinilen teselsül, gerçek anlamda bir teselsül olmayıp, kefillerin tümünün asıl borçluya salt müteselsil kefil olmaları durumu söz konusudur. Bu açıdan buradaki teselsül, TBK m. 162 vd. anlamında değil, kefalet hukuku çerçevesinde anlaşılmalıdır (Bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 134; Özen, **Kefalet**, s. 320; Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 26; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N. 25; Guhl, **Bürgschaft**, s. 61; de Biasio, **a.g.e.**, s. 74.).

⁴³⁹ Kefillerin kendi aralarındaki teselsül ilişkisi, TBK m. 162 vd. hükümleri çerçevesindeki teselsül ilişkisine bir ölçüde benzediği söylenebilir. Ne var ki TBK m. 587 f.2'de müteselsil birlikte kefillerin de bölme definden bir ölçüde yararlanabileceklerini ifade edilmesi, TBK m. 162 vd. anlamında bir teselsül fikrinden uzaklaşıldığını gösterir (Bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 134; Özen, **Kefalet**, s. 320-321; Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 26; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N. 25; Guhl, **Bürgschaft**, s. 61; de Biasio, **a.g.e.**, s. 74). Yine de müteselsil birlikte kefillerin, teselsülde olduğu gibi, birbirlerinin durumunu ağırlaştırmama yükümlülüklerinin olduğunu söylemek yanlış olmaz (İpek, **a.g.e.**, s. 541; Reisoğlu, s. 134).

Yukarıda adi birlikte kefalet bakımından kısmi borçluluk ekseninde yaptığımız karşılaştırmalar da hatırlanacak olursa, kanun koyucunun kefalet edimi bakımından söz konusu olacak birlikte borçluluk hallerini özellikleri gereği farklı ele aldığı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim kanun koyucunun tavrı, her bir durumda kefilden yana olmamıştır. Zira adi birlikte kefalette kısmi borçluluk ekseninde ağırlaşan sorumluluk, burada değindiğimiz türü bakımından müteselsil birlikte kefalette hafiflemektedir. Öyle ki, kanun koyucu kefalet edimi bakımından altın ortayı tutturmaya çalışmaktadır.

⁴⁴⁰ Özen, **Kefalet**, s. 320; Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 25; de Biasio, **a.g.e.**, s. 74.

⁴⁴¹ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 135; Özen, **Kefalet**, s. 320; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N. 6-7; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 7.

⁴⁴² Barlas, **Yenilikler**, s. 225.

⁴⁴³ Tartışma defini bulunmama ile birlikte, BK m. 586 f.1 uyarınca asıl borçlunun sonuçsuz kalacak şekilde ihtar edilmesi gereği burada da aynen cari olacaktır.

⁴⁴⁴ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7037; Özen, **Kefalet**, s. 320; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 356.

2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu

Alacaklı, asıl borç ilişkisi çerçevesinde asıl borçludan, kefalet sözleşmesi çerçevesinde de ifade bulunmama riskinin ve diğer başvuru şartlarının (duruma göre kefilin kendi adına çeşitli defî haklarından faydalanması söz konusu olabilir) gerçekleşmesiyle birlikte kefilde ifa talebinde bulunabilir⁴⁴⁵. Asıl borçlu ve kefilin borçlarının iki ayrı hukukî işlemde doğan, konuları ve sebepleri farklı iki borç olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Buna göre, kefil alacaklıya kendi borcunu ifa etmek için ödemedede bulunduğu, asla ve kati surette asıl borçlunun borcunu ifa etmiş olmaz. Zira böyle bir sonucun kabul edilmesi, kefilin alacaklıya halef olması fikrini de açıklayamaz. Kefilin ifası, asıl borç için üçüncü kişi tarafından yapılmış bir ifa oluşturmaz, bu anlamda borcu sona erdirmez.

Asıl borçluya oranla kefil bu birlikte borçluluk ilişkisinde daha avantajlı bir konuma sahiptir. Bir defa kefil asıl borçludan daha fazla yükümlülük altına giremez. Öte yandan kefil, kendi özel savunmaları dışında, asıl borçlunun alacaklıya karşı olan itiraz veya defî niteliğindeki savunmalarını da yapabilecektir⁴⁴⁶. Şöyle ki, alacaklı ile asıl borçlu arasında bir sorumsuzluk anlaşması varsa, kefil de bundan yararlanabilir, asıl borç şart veya vadeye bağlanmıyorsa, kefile de şart gerçekleşmeden veya vade gelmeden⁴⁴⁷ başvurulamaz vb. Bu durum kefalet sözleşmesinin ferî olmasının doğal bir sonucudur^{448, 449}. Öyle ki, asıl borçlunun bu savunmalardan feragat etmiş olması bile durumu değiştirmez⁴⁵⁰. Sonra asıl borçlu ile alacaklının yapacakları anlaşmalar kefilin mevcut durumunu ağırlaştıramaz.

⁴⁴⁵ Müller, **Contrats**, s. 566; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 6960.

⁴⁴⁶ Yalnız, asıl borçlunun savunmalarının yapılması bakımından bir istisna gözden kaçırılmamalıdır. Asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğü sebebiyle yapabileceği savunmalardan kefil yararlanamaz. Çünkü onun ortaya çıkışı, bu riski temin etmektir (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 93; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 4; Özen, **Kefalet**, s. 85).

⁴⁴⁷ Bunun yanında, kefilin borcu için de ayrıca bir vade kararlaştırılmış olması mümkündür, nitekim kefalet sözleşmesinin ayrı bir hukukî ilişki olması bunu destekler, böyle bir durumda kefil, çifte vade avantajından faydalanabilecektir (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 546; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 370; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 5; Beck, **Bürgschaft**, Art. 501, N. 5).

⁴⁴⁸ Özen, **Kefalet**, s. 85.

⁴⁴⁹ Kefalet sözleşmesi her durumda ferî borç doğurur. Taraflar bu özelliği ortadan kaldıramazlar. Ferîlik özelliğinin kaldırılması, sözleşmenin hukukî niteliğini değiştirecektir (Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 88). Müteselsil kefalette de aynı sonuç geçerlidir, “müteselsil” ifadesi hiçbir şekilde kefalet borcunun bağımsız olduğu yanılmasına yol açmamalıdır (Bkz. Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 695; Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 23; bu yönde açıklamalar içeren bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. BGE 78 II 59).

⁴⁵⁰ Giovanoli, **BerKom.**, Art. 492, N. 74; Özen, **Kefalet**, s. 85.

Kefilin birlikte borçlu olarak başvurulabilirliği daima ikincil plandadır. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere kefil tali bir yükümlülük altına girmektedir⁴⁵¹. Ancak taraf olunan kefalet türüne göre taliliğin derecesi değişebilecektir⁴⁵².

Diğer taraftan alacaklı, kefile karşı bir dizi kanuni külfet altındadır. Bunların ilki asıl borçlunun iflasında veya konkordato istemesi durumunda ortaya çıkan bildirim külfetleridir (TBK m. 594). Bunun yanında alacaklı kefil, ödemede bulunmak istediğinde alacaklı bunu kabul etmekten kaçınırsa, olağan alacaklı temerrüdü sonuçları oluşmayacak, kefil borcundan kurtulacaktır (TBK m. 593). Yine alacaklı, kefile karşı bilgi verme, elindeki belirli teminatları, rüçhan haklarını koruma ve elden çıkarmama, ispat araçlarını ise kefile devretme külfeti altındadır (TBK m. 592 f.1 ve f.son). Bunun sebebi, kefilin halefiyetiyle birlikte onun yerine geçecek ve bu ispat araçları ve teminatlardan faydalanacak olmasıdır. Bu son külfetlere uyulmaması halinde de kefil yine borcundan bir ölçüde veya tamamen kurtulur. Bunların ayrıntısına aşağıda yer verilecektir⁴⁵³.

Öte yandan alacaklının riayet etmesi gereken başka bir külfeti de birlikte kefalet halleri bakımından gündeme gelir. Hatırlanacak olursa gerek adi birlikte kefalette, gerekse de bir ölçüde ve şartları varsa müteselsil birlikte kefalette kefil alacaklıya karşı bölme definden yararlanabilmektedir (Bkz. TBK m. 587). İşte (gerçek anlamıyla) müteselsil birlikte kefalet bakımından bölme definin ileri sürülebildiği durumlarda alacaklı, birlikte kefilin yaptığı ödemeyi kısmi olduğu gerekçesiyle reddedemeyecektir. Aksi takdirde kefil borcundan tamamen kurtulur (TBK m. 593 f.2). Kefilin bu şekilde borçtan kurtulması, diğer müteselsil birlikte kefiller bakımından da, toplam kefaletteki payı oranında etkisini gösterecektir⁴⁵⁴. Burada da, bu sefer de kısmi ifanın kabulü zorunluluğu ekseninde, alacaklı temerrüdünün kefalet sözleşmesi bakımından söz konusu olacak değişik sonucuna bir kez daha değinmek gerekir.

⁴⁵¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1199.

⁴⁵² Bkz. yukarıda §1, IV, B, 1, a altındaki açıklamalarımız.

⁴⁵³ Bkz. aşağıda §2, IV, B, 2, e altındaki açıklamalarımız.

⁴⁵⁴ Özen, **Kefalet**, s. 324; Beck, **Bürgschaft**, Art 497, N. 36.

3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu

Kefalet sözleşmesi ile oluşan birlikte borçlulukta, kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiler kanunda özel ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu ilişki, “temel ilişki” veya “iç ilişki” olarak da adlandırılabilir⁴⁵⁵. Buna göre, gerek kefile gerekse de –ve çoğunlukla- asıl borçluya, şartları oluşup asıl borç veya onu teminat altına kefalet borcu yerine getirilene kadar geçen dönemde ve akabinde çeşitli yükümlülükler yüklenmiştir. Öte yandan kefil, kural olarak bir vekâlet sözleşmesi kapsamında asıl borçlunun isteğine bağlı olarak (onun vekili olarak) borç altına girdiği için, kefalet sözleşmesindeki özel hükümlerin öngördüğü çözümlerin dışında vekâlet sözleşmesine hâkim olan hükümler de yeri geldikçe ve kefalet hükümleriyle çelişmedikçe uygulama alanı bulacaktır⁴⁵⁶. Bunların en başında kefilin, asıl borçlunun iradesine uygun davranma ve asıl borçluya karşı olan özen ve sadakat yükümlülükleri gelir.

Kefilin kefalet sözleşmesini düzenleyen hükümler çerçevesinde yükümlülüklerine devam edecek olursak, bir defa kefil, alacaklıya karşı asıl borçlunun yapabileceği savunmaları (itiraz ve defileri) ileri sürmelidir (TBK m. 591 f.1). Bunun kefil açısından bir hak olduğunu yukarıda kefalet sözleşmesinin ferî özelliğini aktarırken izah etmiştik, sonuçta kefil asıl borçludan daha sert şekilde sorumlu tutulamaz⁴⁵⁷. İşte asıl borçluya kefil arasındaki ilişkide, bu savunmaların alacaklıya karşı yapılmış olması, aynı zamanda bir yükümlülük olarak da karşımıza çıkar⁴⁵⁸. Bu savunmaları kusuruyla yapmamış olan kefil, borçluya yaptığı ödeme için –duruma göre kısmen veya tamamen- rücu edemez veya bazı durumlarda rücu edebilmesi gecikir⁴⁵⁹ (TBK m. 591 f.3). Aslında bu düzenleme, vekâlet sözleşmesinde vekilin özen borcunun (TBK m. 506) kefil bakımından özel görünümüdür. Ama eğer böyle bir durum vaki olmuşsa, kefilin savunmaları yapmamakta kusursuz olduğu esas alınır, bu bakımdan ispat külfeti asıl borçluya yüklenmiştir. Dolayısıyla asıl borçluya da bu şekilde kefile elindeki savunma

⁴⁵⁵ Özen, **Kefalet**, s. 424.

⁴⁵⁶ Develioğlu, **Garanti**, s. 320.

⁴⁵⁷ Özen, **Kefalet**, s. 497; Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 48; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 502, N.4; de Biasio, **a.g.e.**, s. 102.

⁴⁵⁸ Özen, **Kefalet**, s. 497; de Biasio, **a.g.e.**, s. 102.

⁴⁵⁹ de Biasio, **a.g.e.**, s. 107.

imkânlarını gösterme ve bunlar hakkında bilgi verme yükümlülüğü dolaylı olarak getirilmiş olmaktadır.

Diğer taraftan, alacaklıya yapacağı ödemeye onu kısmen veya tamamen tatmin ettiği olasılıkta kefil, bu durumdan asıl borçluyu gecikmeksizin haberdar etmelidir. Kefile bu noktada bir ihbar külfeti getirilmiştir. Yoksa kefilin yaptığı ödemeyi bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen asıl borçlu, bu nedenle ikinci bir ödeme yapmak durumunda kalacak olursa, kefil yine rücu hakkından mahrum olacaktır⁴⁶⁰ (Bkz. TBK m. 597 f.1).

Kefilin alacaklıyı tatmin etmesinden evvelki süreçte, TBK m. 595'e göre belirli koşulların oluşmasına bağlı olarak, kefil asıl borçludan güvence verilmesini veya asıl borç muaccel ise, borçtan kurtarılmayı talep edebilecektir. Bu hükümlerle, ileride kefilin rücu hakkını kullanmasını kolaylaştırılmak istenmiş, ona âdeta öncelenmiş bir rücu imkânı sağlanmıştır⁴⁶¹.

Görüleceği üzere, kanun koyucu, olayların büyük çoğunluğunda bir birlikte borçlu olarak kefile fedakârlıkta bulunan, hatır için hareket eden altruist (diğerkâm) bir kişi gözüyle bakmaktadır⁴⁶². Bu sebeple asıl borçlu kefilin mümkün olduğunca kollamalıdır, sonuçta kefil onun borcu için ona arka çıkmaktadır. Kanun koyucunun hükmü farklı sevk etmekteki düşüncesi de buna dayanır. Dolayısıyla kefil, alacaklıyla olan ilişkisinde olduğu gibi, asıl borçluyla olan ilişkisinde daha da özel olarak, âdeta kadife eldivenle tutulmuş, ona gerek rücu öncesinde gerekse rücuda etkin ayrıcalıklar sağlanmıştır⁴⁶³.

Kefil, kefalet sözleşmesine istinaden alacaklıya ödemedede bulunduktan sonraki dönemde ise, bu birlikte borçluluktaki iç ilişki kapsamında asıl borçluya rücu

⁴⁶⁰ Özen, **Kefalet**, s. 503; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 508, N.1.

Ayrıca bkz. TBK m. 595: “[K]efil, aşağıdaki durumlarda asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşsa, borçtan kurtarılmasını isteyebilir: / 1. Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa. / 2. Asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse. / 3. Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa.”

⁴⁶¹ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 506, N. 1; Özen, **Kefalet**, s. 417.

⁴⁶² Richard, **a.g.e.**, s. 6; Müller, **Contrats**, 523-524; Théo Guhl, “Cautionnement III: Droits et obligations de la caution”, **FJS**, N. 181, Genève, 1942, s. 2; Göktürk, **a.g.e.**, s. 335.

⁴⁶³ Deschenaux, **Cautionnement**, s. 9; Özen, **Kefalet**, s. 418.

edebilmesi gündeme gelecektir. Kefilin asıl borçluya rücu etmesi birden çok temele dayanabilir⁴⁶⁴. Bir defa çoğunlukla, asıl borçlu ile kefil arasında bir sözleşme ilişkisi bulunuyor olacaktır. Bu sözleşme ilişkisi de, yine çoğunlukla, kefilin asıl borçlunun borcu için teminat sağlamak yönünde faaliyet gösterme yönünde iş görmeye yönelik bir vekâlet sözleşmesidir^{465, 466}. Kefalet borcu altına girilebilmesi için asıl borçlunun rızasının alınmasına gereklilik bulunmadığına değinmiştik, dolayısıyla böyle bir sözleşmesel ilişkinin bulunmadığı durumlar da olabilir. Bu durumlarda da, kefil ve asıl borçlu arasında, yerine göre şartları varsa vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye⁴⁶⁷ dayalı bir iç ilişki bulunabilecektir^{468, 469}. Bunun yanında, kanun koyucu da zaten kefil kanundan doğan bir rücu hakkıyla donatmış ve bunu da halefiyete dayandırmıştır; halefiyetle birlikte, kefil başkaca bir işlemin yapılmasına gerek olmadan (*cessio legis*) alacaklının yerine geçecektir^{470, 471} (TBK m. 596). Bunun sebebi, kefalet borcu altına giren kişinin baştan asıl borçlunun borcunu bir şekilde yerine getireceğine inanarak hareket etmiş olmasıdır. Sonuçta o, borcun nihai yükünü taşımak istememektedir. Halefiyete dayalı bu genel rücu hakkı, diğerlerine göre alacaklının elindeki teminatlardan ve rüçhan haklarından faydalanılabilmesi

⁴⁶⁴ Müller, **Contrats**, s. 577; Martin, **a.g.e.**, s. 368.

⁴⁶⁵ Honsell, **a.g.e.**, s. 421; Özen, **Kefalet**, s. 444.

⁴⁶⁶ Nitekim Roma Hukukunda da alacaklıya ödemede bulunan kefile *actio mandati contraria*'ya dayalı bir talep hakkı sağlanmakta idi (Bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 139).

⁴⁶⁷ Aksi görüşte bkz. Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 17. Yazar, kefil ve asıl borçlu arasındaki sözleşmesel ilişkinin veya vekâletsiz iş görmenin halefiyetle yarışabileceğini ne var ki, sebepsiz zenginleşme ile böyle bir ilişkisinin olamayacağını savunur; gerekçe olarak da kefilin alacaklıya halef olmasıyla birlikte asıl borçlunun sorumluluğu devam edeceğini bu nedenle bir zenginleşmenin olamayacağını gösterir.

Konuya ilişkin düşüncemiz ve ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda dn. 1400.

⁴⁶⁸ Kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkinin görünüm biçimleriyle ilgili olarak bkz. Özge A. Yenice, **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, İstanbul: XII Levha, 2009, s. 67; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 788; Reisoğlu, s. 210; Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 8; Honsell, **a.g.e.**, s. 421; de Biasio, **a.g.e.**, s. 9; Özen, **Kefalet**, s. 424; Gülçin Elçin Grassinger, "Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki", **İÜHFİM**, C. LV, Yıl 1996, Sayı 1-2, s. 389-412, s. 400.

⁴⁶⁹ Benzer şekilde Roma Hukukunda asıl borçlu ile arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayan ve onun bilinci dışında hareket eden kefil, asıl borçluya karşı *actio negotiorum gestorum contraria* talep (dava) hakkından istifade edebiliyordu (Bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 139)

⁴⁷⁰ Guhl, **FJS 181**, s. 3; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 60; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 399. Fransız Hukukunda da kefil aynı şekilde ikili bir rücu hakkı avantajına sahip olacaktır. Fr. MK m. 2305'te kefilin asıl borçlu ile arasındaki özel ilişkiye dayalı olarak rücu edebileceği belirtilirken, m. 2306'da kefile alacaklıya halefiyet avantajı da tanınmaktadır (Bkz. Riffard, **a.g.e.**, s. 72-73; Bourassin / Brémond / Jobard-Bacheller, **a.g.e.**, s. 150 vd.; Ancel, **a.g.e.**, s. 52-53).

PEL Pers. Sec. Art. 2:113'te de bağımlı teminat verenlerin yapacakları ödeme akabinde gerek özel rücu hakkından faydalanacaklarına gerekse alacaklıya halef olacaklarına işaret edilmiştir. Bu iki hak yarışma halindedir (Bkz. Drobnig, **a.g.e.**, s. 303).

⁴⁷¹ Kefilin bu şekilde halefiyet avantajından yararlanabilmesinin kökeninde Roma Hukukunda kabul edilen prensipler bulunmaktadır. Roma hukukunda günümüzde olduğu haliyle bir halefiyet düşüncesi bulunmamakla birlikte, kefil alacaklının kendisine olan ifa talebini alacaklı asıl borçluya karşı olan talep haklarını kendisine devretmedikçe kendisine sağlanan bir defi hakkıyla (*beneficium cedendarum actionum*) ile bertaraf edebilmekteydi (bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 138-139; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 132 vd.).

bakımından önemli bir avantajı içerir. Kanun koyucunun kefilî özel olarak halefiyet avantajından yararlandırmak istemesi, başlangıçtaki mevcut durumun (*status quo ante*) değişmesi nedeniyle asıl borçlunun durumunun özel ilişkiye dayalı rücu hakkının kullanılabilmesi bakımından elverişli olmayabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Sonuçta normal şartlarda asıl borçlunun ekonomik durumu iyi olsa, alacaklı doğrudan doğruya onunla hesaplaşabilecek ve kefilin takip edilmesine gereklilik bulunmayacaktır⁴⁷². Diğer taraftan halefiyete dayanan kefilin başka herhangi bir hususu ispat etmesine gerek kalmaksızın kefalet sözleşmesine dayalı ifade bulunduğunu ortaya koyması yeterlidir. Ne var ki, kefil ve asıl borçlu arasındaki iç ilişki halefiyete dayalı talepler bakımından bir üst sınır vazifesi de görür. Yani kefil, asıl borçluyla ortaklaşa kararlaştırdıkları rücu yapısının dışına çıkma eğiliminde olursa, asıl borçlu bunu söz konusu iç ilişkiyi ortaya koyarak engelleyebilecektir⁴⁷³.

Toplu bağımsız ve birlikte kefalet türlerinde de rücuya ilişkin açıklamalarımız özellik arz etmektedir. Bu yapılar içinde rücu, temel yapıdan duruma göre belli oranlarda farklılaşır. Sırayla değinilecek olursa:

Toplu bağımsız kefalette, hatırlanacağı üzere, birden çok kefil aynı borç için birbirlerinden habersiz olarak borç altına girmektedir. Alacaklı, her biri borcun tamamı için sorumlu olan bu kefillerden biri tarafından yapılacak ifa ile tatmin edilecek olursa, TBK m. 587 f. son, işbu birinci kefilin diğerlerine payları oranında rücu edebileceğini kabul etmektedir. Söz konusu yapı, dış ilişkide kefillerin birbirlerinden bağımsız olmaları, ancak iç ilişki çerçevesinde sorumluluğu paylaşmalarını gerektirir⁴⁷⁴, ⁴⁷⁵. Bu yapılanma, hakkaniyet gerekçesiyle kabul edilmiştir. Nitekim konuyu düzenleyen herhangi bir maddenin olmadığı 818 Sayılı

⁴⁷² de Biasio, **a.g.e.**, s. 13.

⁴⁷³ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 212; Özen, **Kefalet**, s. 427.

⁴⁷⁴ Aslında burada bir karşılaştırma yapılacak olursa, toplu bağımsız kefalette, ilk bakışta bir yönüyle müteselsil birlikte kefalet benzer şekilde sonuçlar öngörüldüğü ya da aynı sonuçların bazı durumlarda dolayısıyla söz konusu olduğu söylenebilecektir. Sonuçta dış ilişkide, kefalet borcunun tamamından sorumlu olan toplu bağımsız kefiller, TBK m. 587 f.son ile öngörülen iç ilişki çerçevesinde sorumluluğu payları oranında paylaşmaktadır. Bir örnekle somutlaştırılacak olursa, A'nın 1.000 TL'lik alacağının tamamı için ayrı ayrı ve birbirlerinden habersiz olarak kefil olan K1 ve K2, A kendilerine başvurduğunda 1.000 TL'nin tamamını ödemekle yükümlü olacak ve ödeme yaptıktan sonra diğerine 500 TL için diğerine rücu edebilecektir. Aynı sonuç müteselsil birlikte kefalet söz konusu olduğunda da söylenebilecektir. Yalnız önemli bir farkın altı çizilmelidir. Sonuçta, müteselsil birlikte kefillerin belirli şartların oluşması halinde bölme defini kullanabilecekleri hatırlanmak gerekir.

⁴⁷⁵ Özen, **Kefalet**, s. 309.

EBK döneminde de, aynı gerekçeyle, ifade bulunan kefile sebepsiz zenginleşme temeli üzerinden rücu hakkı tanınması gerektiği savunulmakta idi⁴⁷⁶. Kanaatimizce, TBK m. 596'dan da hareket edilerek, diğerlerine karşı özel rücu hakkına sahip olan kefilin bu oranda halefiyet avantajından da faydalanacağı söylenilmelidir.

Adi birlikte kefalette, yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde kefil bir defa gerek halefiyete gerekse de asıl borçluya kendi arasındaki temel ilişkiye dayanarak rücuda bulunabilir. Bundan başka adi birlikte kefilin, payından fazla ödemede bulunduğu⁴⁷⁷ diğer kefillere başvurabilip başvuramayacağı da açıklığa kavuşturulmalıdır. Kanunda buna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, adi birlikte kefillerin birbirlerine rücu etmesi için, teselsülde rücu ve halefiyeti düzenleyen TBK m. 167'ye kıyasen dayanılabileceğini savunmaktadır⁴⁷⁸. Diğer bir görüş, konuyu kefalet sözleşmesindeki halefiyeti düzenleyen TBK m. 596 üzerinden çözümlenmektedir⁴⁷⁹. Bu görüşe göre, kefil alacaklıya zaten halef olacağı için, payından fazla yaptığı ödeme için bu halefiyet kapsamında diğer adi birlikte kefillere de başvurabilecektir. Bir üçüncü görüşe göre ise, adi birlikte kefilin diğerlerine rücu etmesinde talep temeli sebepsiz zenginleşme olacaktır⁴⁸⁰. İleri sürülen bütün görüşler, yarışmalı olarak vekâletsiz iş görme hükümlerine de dayanılabileceğini kabul etmektedir⁴⁸¹. Biz bu görüşlerden ikincisine katılıyoruz. İlk görüşün, adi birlikte kefiller arasında teselsül değil de kısmi borçluluğun asıl olduğunu kabul ettiğimizden değerlendirmeye alınamayacağını düşünüyoruz. Üçüncü görüş ve yazarların hepsinin katıldığı yaklaşım (vekâletsiz iş görmenin talep temeli olması) da, savunduğumuz

⁴⁷⁶ Bkz. İpek, **a.g.e.**, s. 545; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 360.

İsviçre'de 1941 revizyonundan önce konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. Bu dönemde İsviçre'de hâkim görüş, aksi sonuca varmakta ve rücu hakkına yer olmadığı sonucuna varmakta idi (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 497 N. 69. Konuyla ilgili bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. BGE 37 II 458). Revizyon sonrasında ise, bizde olduğu gibi toplu bağımsız kefillere de rücu hakkı tanınmıştır (Bkz. İsv. BK m. 497).

Öğretide Özen (**Kefalet**, s. 308), konuyla ilgili olarak daha farklı bir kanaati paylaşmaktadır. Yazara göre, kefilin yapacağı ödemeye birlikte zaten alacaklıya halef olması sonucu kendiliğinden doğacaktır. Bu nedenle söz konusu kefilin diğer kefillere başvurmasına bir engel bulunmamaktadır. Yalnız, hakkaniyet düşüncesiyle kefiller arasında bir paylaşım yapılması da şarttır.

⁴⁷⁷ Aksi durumunda zaten adi birlikte kefilin diğerlerine karşı bir rücu hakkı olduğundan söz edilemeyecektir (Bkz. de Biasio, **a.g.e.**, s. 72; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 8; Özen, **Kefalet**, s. 354).

⁴⁷⁸ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 133; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 773. Bkz. bu yönde Yarg. 3. HD. 22.2.1999 T, E. 1445 / K. 1605 (YKD, C. XXVIII, Sayı: 10, s. 1493) ve Yarg. 3. HD., 19.2.2001 T, E. 1308 / K. 1601 (Yavuz, **a.g.e.**, s. 826).

⁴⁷⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 20; İpek, **a.g.e.**, s. 540; Özen, **Kefalet**, s. 317; Yenice, **a.g.e.**, s. 77.

⁴⁸⁰ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 354.

⁴⁸¹ Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, BGE 49 II 109.

görüşle aynı çerçevede dikkate alınabilir. Zira biz halefiyetin genel rücu yolu olarak, birlikte borçlular arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan özel rücu yollarını destekler ve örtüşebilir mahiyette olduğunu kabul ediyoruz⁴⁸².

Müteselsil birlikte kefalette ise, adi birlikte kefalette olduğu gibi asıl borçluya zaten rücu edilebilecektir. Bir müteselsil birlikte kefilin diğer birlikte kefillerle olan rücu ilişkisi ise, TBK m. 587 f.2 c.3'te açık olarak düzenlenmektedir. Buna göre, müteselsil birlikte kefillerden biri alacaklıyı tatmin ederse, diğer kefillerin kendi paylarını henüz ödememiş bulunmaları kaydıyla⁴⁸³, onlara rücu edebilecektir⁴⁸⁴. Bu hüküm olmasaydı dahi, kefiller arasındaki ilişkinin müteselsil borçluluğun bir nevi olarak kabul edilebilmesinden⁴⁸⁵ hareketle TBK m. 167'nin uygulanabileceğini söyleyebilirdik. Ancak buradaki düzenleme TBK m. 167'yi bir özel hüküm olarak gölgede bırakmakta, ondan daha ileri sonuçları düzenlemektedir (*Lex specialis derogat lex generalis*). Dolayısıyla burada TBK m. 162 vd. anlamında bir teselsülün bulunduğundan tam olarak söz edilemez⁴⁸⁶. Ayrıntılandırılacak olursa, müteselsil borçlulukta payından fazlasına ilişkin ifade bulunan borçlu, diğerlerine payları oranında rücu edebilir⁴⁸⁷. Oysa TBK m. 587'ye göre, müteselsil birlikte kefil, diğer kefillere payından daha az ödeme yapmış olsa bile⁴⁸⁸ başvurabilir. Dolayısıyla kanun koyucu, kefillerin borcun yükünü her adımda birlikte paylaşmalarını arzu etmektedir. Düzenlemenin bu şekilde farklılaşmasının altında yatan gerekçe, yine kefile fedakârlıkta bulunan kişi olmasından ötürü özel ihtimam gösterilmesidir. Burada ayrıca birden çok kefil olduğunda bu ihtimamın dengelenmeye çalışıldığı da görülmektedir. Böylece sorumluluğun tesadüfi olarak sadece bir kefilin omuzlarında olması engellenmek istenmiştir⁴⁸⁹.

⁴⁸² Bkz. aşağıda §3, I, B altındaki açıklamalarımız.

⁴⁸³ Kefillerin paylarını ödemiş olmaları durumunda onlara rücu edilmesi mümkün olmayacaktır (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 326).

⁴⁸⁴ Özen, **Kefalet**, s. 325.

⁴⁸⁵ Bu konuda bölme definin bir suretle tanınmasından ötürü konuya ilişkin çekincemizi daha yukarıda §1, IV, B, 1, b, iv altındaki açıklamalarımızda belirtmiştik.

⁴⁸⁶ Gillieron, **a.g.e.**, s. 86.

⁴⁸⁷ Bkz. yukarıda §1, III, C, 3.

⁴⁸⁸ Aslında bu son nokta kanun metninde belirtilmemiştir. Ancak kaynak İsviçre kanun metninde İBK m. 497'de bu sonuç kabul edilmektedir. Bu bakımdan, amaç da nazara alınacak olursa, bilinçli olmayan bir farklılık meydana getirilmediği ve dolayısıyla kaynak aslına uygun şekilde maddenin yorumlanması gerekir (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 331). Nitekim böyle bir değişikliğin bilinçli olarak yapıldığına ilişkin bir bilgilendirme kanun gerekçesinde de yer almamaktadır.

⁴⁸⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 41; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 22; de Biasio, **a.g.e.**, s. 77; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 9.

C. Garanti Sözleşmesiyle Oluşan Birlikte Borçluluk

1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları

a. Genel Olarak

Garanti sözleşmesiyle (*Garantie, Garantie indépendante, promissio indemnitas*⁴⁹⁰), atipik bir kişisel teminat ilişkisi kurulmaktadır. Kanunda tarif edilmemiştir, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde uygulamada oluşmuş bir sözleşmedir^{491, 492}. Esasen bu sözleşmenin ortaya çıkış sebebinin kanun koyucunun kefile gösterdiği koruyucu ve her yönden avantaj sağlayıcı tutuma bir tepki olduğu da söylenebilir⁴⁹³. Öğretideki en genel tanımıyla garanti sözleşmesi, bir kişinin karşı karşıya olduğu riski, bir başka kişinin bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği sözleşmedir⁴⁹⁴. Risk ise, teknik anlamıyla, ortaya çıkmasından çekinilen ve ekonomik açıdan belirsiz bir olayın gerçekleşmesi veya ortaya çıkması beklenen ve ekonomik bakımdan yararlı olan belirsiz bir olayın gerçekleşmemesi olasılığıdır⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ Kavram için bkz. Rudolf Stammler, **Der Garantivertrag**, Freiburg: Archive für die zivilistische Praxis, 1886, s. 44.

⁴⁹¹ Lombardini, **a.g.e.**, s. 577; Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 343. Aksi görüşte Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 12-13: Yazar, TBK m. 128'in garanti sözleşmesini düzenlediğini, bu anlamda garanti sözleşmesinin bir tip olarak kanunda yer aldığını savunmaktadır. Yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Zira kanunda bir sözleşme tipinin düzenlendiğinden söz edilebilmesi ancak bu sözleşmenin yapısının genel olarak ortaya koyulması ve bu yapıdan ortaya çıkabilecek ağırlıklı temel sorunlara çözümler bulunabilmelidir (Bkz. aynı yönde eleştirileri için Özen, **Kefalet**, s. 26 dn. 62).

Fransız Hukukunda garanti sözleşmesi kavramına 2006 yılında yapılan bir kanun değişikliğiyle Fransız MK m. 2321'de yer verilmiştir. Dört fıkradan oluşan maddede öncelikle garanti sözleşmesi tanımlanmış, daha sonra sözleşmenin bağımsız özelliğine ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Bunun yanında garanti verenin dürüstlük kuralına aykırı bir talebi yerine getirmekle yükümlü olmadığı vurgulanmıştır. Ancak söz konusu kuralın önemli bir eksikliğinin olduğu söylenebilir, zira kural çerçevesinde garanti verenin alacaklıya ödemedede bulunduktan sonra alacaklıya rücu edebilmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

⁴⁹² Garanti sözleşmesinin özellikleri ile ilgili olarak bkz. Yarg. 11. HD., 27.11.1979 T., E. 5075, K. 5456 (www.kazanci.com).

⁴⁹³ Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 343.

⁴⁹⁴ Reisoğlu, **Garanti**, s. 6; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s.447; Tandoğan, **Garanti**, s. 6; Özen, **Kefalet**, s. 21; Develioğlu, **Garanti**, s. 34; Honsell, **a.g.e.**, s. 406; Scyboz, **a.g.e.**, s. 13; Thévenoz, **Garantie Indépendante**, s. 168; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 707.

⁴⁹⁵ Samuel Reusser, **Der Garantievertrag und sein Verhaeltnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsvertraegen nach schweizerischem Recht**, Steffisburg: Diss., Buckdruckerei Merkur AG, 1938, s. 4; Markus Streule, **Bankgarantie und Bankbürgschaft**, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1987, s. 5; Tandoğan, **Garanti**, s. 4; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 486; Reisoğlu, **Garanti**, s. 9; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 447.

Esasen garanti sözleşmesi denildiğinde tek ve homojen bir kavramdan da söz edilemez⁴⁹⁶. Kendi içinde alt ayrımları bulunan bir üst yapı söz konusudur⁴⁹⁷. Çalışmamız kapsamında ele alacağımız ve birlikte borçluluğa vücut verdiğini belirttiğimiz garanti sözleşmesi türü ise, teminat amaçlı garanti sözleşmesidir.

Teminat amaçlı garanti sözleşmesi⁴⁹⁸, dar ve teknik anlamıyla bir teminat sözleşmesi türünü oluşturmaktadır⁴⁹⁹. Sözü edilen garanti sözleşmesiyle birlikte, bir alacak ilişkisindeki (*Bu ilişki, asıl borç ilişkisi veya temel borç ilişkisi olarak adlandırılabilir*) borçlunun borcunun konusunu oluşturan edimin yerine getirilememesi halinde oluşacak zararının karşılanacağı alacaklıya taahhüt edilmektedir⁵⁰⁰, ⁵⁰¹. Yoksa garanti veren, asıl borç ilişkisindeki borçlunun borcunu yerine getirmesi için çaba sarfetmek zorunluluğu altında değildir. Dolayısıyla burada da kefalete benzer şekilde, bir (asıl) borç ilişkisi çerçevesinde bir edimin

⁴⁹⁶ Gillieron, **a.g.e.**, s. 57; Peter, **a.g.e.**, s. 299; Reisoğlu, **Garanti**, s. 39 vd.

⁴⁹⁷ Bkz. Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 111, N. 6; Reisoğlu, **Garanti**, s. 4; Özen, **Kefalet**, s. 23; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 447; Gillieron, **a.g.e.**, s. 57 vd.; Aslan Kaya, “İlk Yazılı Talepte Ödeme Klozunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu”, **Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s. 211-243, s. 212; Vahit Doğan, **Banka Teminat Mektupları**, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011, s. 38.

Garanti sözleşmesinin alt türleri bakımından yapılacak olan ayırım, temelde risk kavramı üzerinden şekillenmektedir. Buna göre garanti sözleşmeleri teminat amaçlı garanti ve saf garanti olmak üzere iki gruba ayrılır (Söz konusu ayırımla ilgili olarak bkz. BGE 113 II 434).

Saf garantilerde, riskin çerçevesi daha geniştir, genel olarak bir kişinin (garanti alanın) herhangi bir tehlikeli olaya karşı karşılaşabileceği zararlı sonuç teminat altına alınmaktadır, ancak mutlaka bir asıl borç ilişkisinin varlığına gerek bulunmamaktadır (Bu kavramla ilgili olarak bkz. Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 111, N. 6; Meier, **CoRo.**, Intro. Art. 492-512, N. 24; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 805; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 948-949; Scyboz, **a.g.e.**, s. 14; Sevgi Kayak, “Le contrat de garantie pure en droit turc”, **Les Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul**, XLI, N. 58, 2009, s. 239-255, s. 242 vd.; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 454; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 710; Emin Cem Kahyaoglu, **Banka Garantileri**, İstanbul: Beta Yayınları, 1996, s. 23; Özen, **Kefalet**, s. 23; Kadir Berk Kapancı, **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, s. 114 vd.).

Teminat amaçlı garantilerde ise, riskin konusu zorunlu olarak bir borcun ifa edilmemesine ilişkindir.

⁴⁹⁸ Kullandığımız bu tabire (aynı tabir için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 23; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 804) karşılık gelmek ve aynı kavramı ifade etmek üzere doktrinde “*üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklinde garanti sözleşmesi*” (bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 15, 62; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 79) veya “*kefalet benzeri garanti sözleşmesi*” (Barlas, **Kredi Kartı**, s. 948; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 56 dn. 14; Develioğlu, **Garanti**, s. 34; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 453; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 61; Kayak, **Garantie Pure**, s. 240) tabirleri de kullanılmaktadır.

⁴⁹⁹ Dar ve teknik anlamıyla bir kişisel teminat sözleşmesinden söz edilebilmesi için bir borcun ifa edilmemesi rizikosunu teminat altına alınmış olmalıdır. Bu riziko, söz konusu borcun geçerli olmasına bağlı olarak üstlenilebileceği gibi (kefalet sözleşmesi), bundan tamamen bağımsız olarak da üstlenilebilir. İşte bu ikinci durumda, teminat amaçlı garanti sözleşmesinden bahis açılacaktır (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 2).

⁵⁰⁰ Streule, **a.g.e.**, s. 12; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7170; Kahyaoglu, **a.g.e.**, s. 23; Özen, **Kefalet**, s. 23; Nisim Franko, “Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt (TBK.M.İBK.M.111)”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.I, İstanbul: Beta, s. 567-597, s. 579; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 709; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 157.

⁵⁰¹ Zarar kuralı olarak nakden karşılanacaktır, ancak özel olarak farklı şekilde bir taahhüt altına girilmesi de mümkündür (Franko, **Taahhüt**, s. 584).

yerine getirilememesi riski teminat altına alınmaktadır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde olduğu gibi garanti sözleşmesinde de risk yapısal bir unsurdur⁵⁰², ⁵⁰³. Ancak kefalet sözleşmesinden farklı olan yön, asıl borç ilişkisinin geçersizliğinin veya borcun dava ve takip edilebilirliğinin söz konusu olup olmamasının garanti verenin edimini hiçbir suretle etkilememesidir⁵⁰⁴. Diğer bir deyişle, üzerinde yoğunlaşılacak risk, borç ilişkisinden tamamen soyutlanmış bir sonuç olarak ilgili borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi tehlikesidir⁵⁰⁵. Bundan sonraki açıklamalarımızda garanti sözleşmesi ifadesini aksi belirtilmedikçe, teminat amaçlı garanti sözleşmesini ifade etmek üzere kullanacağız.

TBK m. 128'de üçüncü kişinin fiilini taahhüt (*promissio facti alieni*⁵⁰⁶) başlığı altında düzenlenmiş kurumun da teminat amaçlı garanti sözleşmesi arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gereklidir⁵⁰⁷. Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüş, farklı alt görünümlemlerle, üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumunun garanti sözleşmesinden başka bir şey olmadığını ileri sürer. Bu görüş altında bazı yazarlar, iki kurumun tam anlamıyla çakıştığını savunurken⁵⁰⁸, bazı

⁵⁰² Seza Reisoğlu, "Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukukî Sonuçları", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XX**, 14-15 Nisan 1989, Ankara: BATİHAE, 1989, s. 67-91, s. 69.

Risk kavramıyla ilgili genel açıklamalarımız için bkz. §1, IV, B, 1, a.

⁵⁰³ Develioğlu (**Garanti**, s. 36 ve özellikle s. 101 vd.), garanti sözleşmesini şarta bağlı bir sözleşme olarak kabul etmektedir (Bkz. aynı yönde Gillieron, **a.g.e.**, s. 57; Peter, **a.g.e.**, s. 301). Yukarıda şart ve risk kavramları arasında yaptığımız ayırım çerçevesinde yazarların bu görüşüne tam olarak katılmıyoruz.

Kayak (**Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 155) ise, risk kavramının kanuni bir şart olduğunu ifade etmektedir. Yazarın kabulüne göre bu kavram, teknik anlamda şart kavramından farklıdır. Şöyle ki şartın hükümleri ileriye yönelik etki doğururken, kanuni şart ise geriye etkilidir. Yazarın bu görüşü, ileri sürdüğümüz görüşle yakın sonuç benzerlikleri taşımaktadır.

⁵⁰⁴ Honsell, **a.g.e.**, s. 406.

⁵⁰⁵ Scyboz, **a.g.e.**, s. 13; Streule, **a.g.e.**, s. 14; Müller, **Contrats**, s. 527; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 492, N.13; Özen, **Kefalet**, s. 25; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 453.

⁵⁰⁶ Kavram ve tarihsel gelişim süreci için bkz. Göktürk Uyan, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (BK m. 110 / TBK m. 128) Müessesesinin Tarihsel Arka Planı ve Roma Hukukundaki Yeri", **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2011, s. 269-283, s. 278 vd.

⁵⁰⁷ Bu konuda Yargıtay uygulaması için bkz. Yarg. 11. HD., 27.11.1979 T., E. 5075, K. 5456 (www.kazanci.com). İlgili karar kapsamında, doktrindeki görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, garanti sözleşmeleri bakımından TBK m. 128'den faydalanılabileceğini belirtilmektedir.

⁵⁰⁸ Bkz. Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 492, N. 55 / Art. 111, N. 4; Honsell, **a.g.e.**, s. 388; Edwin Guggenheim, **Der Garantievertrag**, Aarau: Diss., 1917, s. 39; Heinz Priester, **Der Garantievertrag**, Berlin: Diss., Risse Verlag, 1935, s. 35; Edouard Béguelin, "Porte-Fort", **FJS**, N. 769, Genève, 1943, s. 4; Fikret Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, 10 / 2, 1955, s. 45-75, s. 51; Mustafa Aşulla, "Başkasının Fiilini Taahhüt (Porte – fort)", **Adalet Dergisi**, Yıl 49, Sayı 3-4, 1958, s. 230-259, s. 242; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 978; Develioğlu, **Garanti**, s. 37; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 22. Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın bu yönde kararları: BGE 39 II 774; BGE 64 II 350; BGE 72 II 55; Yarg. İBK, 11.6.1969 T., E. 4/ K. 6 (RG. 3.10.1969, Sayı: 13317); Yarg. İBK 13.12.1967 T., E. 66-16/K. 67-7 (RG. 5.4.1968, Sayı: 12867) ; Yarg. 11. HD. 17.5.1983 T., E. 2462/K.2617 (YKD., C. IX, Sayı 9, s. 1338 vd.); Yarg. 13. HD., 18.4.1995 T., E. 2878/K.3954

başka yazarlar ise üçüncü kişinin fiilini taahhüdü garanti sözleşmesinin bir alt türü olarak tanımlamaktadır⁵⁰⁹. Diğer taraftan bu konuda ileri sürülen başka bir görüş ise, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin aynı şeyler olmadığını, ne var ki iki kümenin de kesişim noktaları olduğunu kabul etmektedir⁵¹⁰. Şöyle ki teminat amaçlı garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt edilmesinin bir alt türü tam olarak birbirlerini karşılamaktadır. Yoksa üçüncü kişinin fiilini taahhüt de homojen bir kurum değildir, birden fazla sözleşme ilişkisine bağlı görünümde ortaya çıkabilecektir⁵¹¹. Bu görüşlerden sonuncusuna katıldığımızı belirtmeliyiz, dolayısıyla çalışmamızda vereceğimiz açıklamalarda, üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumuna yapacağımız göndermeler bu merkezde anlaşılmalıdır.

Garanti veren, kefil gibi ayrı bir hukukî sebep (teminat sebebi) ve işlemle borç altına girmektedir⁵¹². Asıl borcun konusu olan edimin ifa edilmemesi riski bu sözleşmenin kalbini oluşturur⁵¹³. Yoksa garanti sözleşmesinin bir soyut borç ikrarı olduğundan da söz edilemez⁵¹⁴. Ne var ki garanti veren hiçbir suretle, asıl borçlu haline gelmemekte ve asıl borçlunun yerine ifa sonucunu gerçekleştirme sorumluluğu altına girmemektedir⁵¹⁵. Onun alacaklıya karşı ayrı bir borç altına girmesi söz konusudur⁵¹⁶.

(YKD., C. XXI, Sayı 9, s. 1422 vd.); Yarg. 11. HD. 21.12.2001 T., E. 7344/ K.10063; Yarg. 29.11.2004 T., E. 2269/K. 11663 (www.kazanci.com).

⁵⁰⁹ Guggenheim, **Garantievertrag**, s. 32; Priester, **a.g.e.**, s. 35; Guhl, **Bürgschaft**, s. 122; Beck, **Bürgschaft**, Einleitung, N. 18; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 492, N. 13; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 111, N. 6; Scyboz, **a.g.e.**, s. 19; Barlas, **Kredi Kartı**, s. 944 vd.; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 79; Franko, **Taahhüt**, s. 576; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 61.

⁵¹⁰ Reusser, **a.g.e.**, s. 95, 107; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 406; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 851; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 451; Reisoğlu, **Garanti**, s. 47; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 707.

⁵¹¹ Konuyla ilgili örnekler için bkz. Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 850-851.

⁵¹² Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 111, N. 1; Scyboz, **a.g.e.**, s. 30; Reisoğlu, **Garanti**, s. 19; Kleiner, **a.g.e.**, s. 165; Fahrettin Aral, “Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukukî İlişki”, **BATİDER**, Aralık 2007, C. XXVI, Sayı 2, s. 189-200, s. 190; Sabih Arkan, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukukî Durumu”, **BATİDER**, Haziran 1992, C. XVI, Sayı 4, s. 59-84, s. 61.

⁵¹³ Gillieron, **a.g.e.**, s. 66.

⁵¹⁴ Bazı durumlarda garanti taahhüdünün “soyutluğuyla” (*abstrait, abstraction*) kastedilen onun asıl borç ilişkisinden bağımsız bir ilişkiden doğuyor olmasıdır (Bkz. bu yönde kullanımı için Kaya, **a.g.e.**, s. 219; Tuto Rossi, **La garantie bancaire à première demande**, Lausanne: Méta Editions, 1990, s. 129; Dessemontet, **a.g.e.**, s. 74). Bu anlamda esasen bütün garanti taahhüdü türlerinin “soyut” özellikle olduğu söylenebilir. Buna karşılık, risk kavramının varlığı çerçevesinde garanti taahhüdünün hukukî sebebinin bulunmadığını –hukukî sebepten soyut olduğunu- söylemek isabetli olmaz (Bkz. Reisoğlu, **Ödeme Taahhüdü**, s. 69-70; Arkan, **Bankanın Durumu**, s. 61).

⁵¹⁵ Tandoğan, **Garanti**, s. 12; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 811; Reisoğlu, **Garanti**, s. 17-18; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 111, N. 1.

⁵¹⁶ Lombardini, **a.g.e.**, s. 577; Guggenheim, **Garantievertrag**, s. 65.

Garanti veren kişi, ayrı bir sebeple yeni bir borç altına girerken, asıl borç ilişkiden tamamen bağımsız (ferî olmayan) bir borç altına girmektedir⁵¹⁷, ⁵¹⁸. Yani garanti borcunun geçerliliği, hiçbir şekilde asıl borcun veya borç ilişkisinin var olmasına, geçerliliğine veya dava veya takip edilebilir olmasına bağlı değildir⁵¹⁹. Her iki borç, birbirlerinden ayrı ve farklı kaderleri takip ederler. Şöyle ki, asıl borçlu daha sonra bir sebeple borçtan kurtulsa da garanti verenin sorumluluğu devam eder⁵²⁰. Diğer bir deyişle, garanti veren, kural olarak asıl borçluya ait savunma sebeplerini kullanamaz⁵²¹. Meğerki savunma sebebini ortaya çıkaran olgu garanti sözleşmesinin konu edindiği riski de doğrudan etkilesin⁵²².

Her ne kadar asıl borç ilişkisinden bağımsızlık söz konusu olsa da, garanti sözleşmesinde hangi asıl borcun konusu edimin teminat alındığının (diğer bir deyişler riskin) belirtilmesi bir zorunluluk oluşturur⁵²³. Bu zorunluluk teminat sözleşmelerinin geneline hâkim olan belirlilik prensibinden kaynaklanmaktadır⁵²⁴. Gerçek kişilerin garanti veren olarak taraf olduğu garanti sözleşmesi bakımından zaten bu hususun artık –dolaylı olarak- kanun hükmüyle zorunlu bir şekil şartı

⁵¹⁷ Gillieron, **a.g.e.**, s. 56; Lombardini, **a.g.e.**, s. 592; Streule, **a.g.e.**, s. 15; Daniel Guggenheim, **Les Contrats de la pratique bancaire suisse**, 4ème Edition, Genève: Georg Editeur, 2000, s. 341; Meier, **CoRo.**, Intro, Art. 492-512, N. 22; Jean-Marc Rapp, “Garanties à première demande et autres garanties bancaires”, **Suretés et Garanties Bancaires**, CEDICAC, éd. Nicolas Inyedjian, Lausanne: Litec, 1997, s. 260-289, s. 263; Peter, **a.g.e.**, s. 295; Becker, **BerKom.**, Art. 111, N. 6; Braconi / Carron / Scyboz, **a.g.e.**, s. 101; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 812; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 449; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 74; Doğan, **BTM**, s. 42; Develioğlu, **Garanti**, s. 114; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 711; Reisoğlu, **Garanti**, s. 19; Riffard, **a.g.e.**, s. 88; Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 353; Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 356.

⁵¹⁸ Aslında bu sonuç teminat amaçlı garanti sözleşmesinde gerçekleşmesine bağlı olarak bundan doğan zararın karşılanacağına taahhüt edildiği riskin tanımlanmasından da çıkarılabilecektir. Yukarıdaki paragraflarda ifade ettiğimiz üzere garanti veren, borcun ifa edilmesinin değil borcun konusu olan edimin yerine getirilmemesinin sonuçların sorumluluğunu üstlenmektedir.

⁵¹⁹ Reisoğlu, **Garanti**, s. 19; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 449; Lombardini, **a.g.e.**, s. 593.

⁵²⁰ Reisoğlu, **Garanti**, s. 20.

⁵²¹ Riffard, **a.g.e.**, s. 89; Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 343.

⁵²² Bkz. aşağıda §2, III, D, 1 altındaki açıklamalarımız.

⁵²³ Reisoğlu, **Ödeme Taahhüdü**, s. 69.

⁵²⁴ Gillieron, **a.g.e.**, s. 75; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 448. Doğan, **BTM**, s. 41.

Bkz. bu konuyla ilgili Yarg. 19. HD., 01.11.2002 T., E. 6753, K. 6993: “(...) [G]aranti sözleşmesinde limit gösterme şartı bulunmama ile birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte olması gerekir.”

Yarg. HGK 4.7.2001 T., E. 19-534, K. 583: “(...) [g]aranti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırları açıkça belirtilmemiş olması ya da bunu belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez.”

Yarg. 19. HD. 28.04.2000 T., E. 14, K. 3252: “[g]aranti sözleşmelerinde kefalette olduğu gibi garanti edenin sorumluluk limitinin gösterilmesi zorunlu değil ise de, garanti sözleşmesi belli bir riski garanti etmelidir. Garanti sözleşmesinin düzenlendiği anda garanti edilen edimin belirlenmemiş olması ya da edimi belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez.” (www.kazanci.com).

haline getirilmiş olduğu söylenebilir⁵²⁵ (Bkz. TBK m. 603). Tüzel kişilerin garanti veren olarak bulunduğu garanti sözleşmeleri bakımından ise, bu ilke vasıtasıyla benzer şekilde riskin en azından belirlenebilir olması gereklidir. Eğer riskin çerçevesi belirlenemeyecek düzeyde bir belirsizlik bulunuyorsa, garanti sözleşmesinin yapısal bir unsurunun eksik olması nedeniyle “yokluğundan” söz edilebilecektir⁵²⁶. Bir an için riskin bu aşırı geniş haliyle varlığının kabul edilmesi ise, bu kez TMK m. 23 uyarınca ekonomik özgürlüğün aşırı şekilde kısıtlanması olarak değerlendirilebilecektir ki bu da sözleşmenin kesin hükümsüz olmasına neden olacaktır⁵²⁷.

Yine kefil bakımından değindiğimiz üzere, garanti verenin de sorumluluğu tali (ikincil) olarak ortaya çıkar⁵²⁸. Bu durum her iki sözleşmenin de risk kavramının üzerine oturmasından ileri gelmektedir. Her iki sözleşmenin de ayrı ayrı konularını oluşturan riskler, asıl borç ilişkisindeki bir durumun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunu takip eder. Dolayısıyla birinci planda, salt asıl borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmediği olgusu sabit olmaksızın garanti verene başvurulabilmesi söz konusu olamayacağı için, garanti borcu tali özellik gösterir⁵²⁹.

Garanti sözleşmesiyle, garanti veren kural olarak tek taraflı borç altına girmektedir. Ancak bu kavramsal olarak zorunlu bir unsur değildir, garanti verenin bazı karşı haklar elde etmesi de sözleşme ile kararlaştırılabilir⁵³⁰.

Teminat amaçlı garanti sözleşmeleri, uygulamada en çok banka teminat mektuplarıyla birlikte gündeme gelmektedir⁵³¹. Banka teminat mektubu, banka ile alacaklı (asıl borç bakımından) arasında ilişkinin kurulduğuna dair aslında bir ispat vesikasıdır, bu belgenin taraflar arasındaki ilişkiyi cisimleştirmekten öte bir rolü

⁵²⁵ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 329.

⁵²⁶ Seza Reisoğlu, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, Ankara: 1997, s. 40; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 449.

⁵²⁷ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 449; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 64.

⁵²⁸ Gillieron, **a.g.e.**, s. 92, Priester, **a.g.e.**, s. 16.

⁵²⁹ Arık, **a.g.e.**, s. 53.

⁵³⁰ Guggenheim, **Garantievertrag**, s. 18-19; Reusser, **a.g.e.**, s. 92; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 816; Reisoğlu, **Garanti**, s. 22; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 449; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 72; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 44; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 708. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararları: BGE 67 II 220; BGE 75 II 53. Aksi yönde ivazsızlığın garanti sözleşmesinin yapısal bir unsuru olduğu fikri için bkz. Stammeler, **a.g.e.**, s. 47.

⁵³¹ Rapp, **Garanties**, s. 260; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 453.

yoktur, bir kıymetli evrak niteliği bulunmaz⁵³². Temelde kurulan ilişki ise, banka ile alacaklı arasındaki teminat amaçlı garanti sözleşmesidir⁵³³. Bu açıdan çalışmamızda vereceğimiz açıklamalarda bu yapı çerçevesinde de değerlendirmelerde bulunacağız.

⁵³² Lombardini, **a.g.e.**, s. 590; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 463; Nami Barlas, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1986, s. 86; Reisoğlu, **BTM**, s. 211.

⁵³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, **Hukukî Nitelik**, s. 131vd.; Arif Kocaman, “Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği Üzerine”, **BATİDER**, Haziran 1990, C. XV, Sayı 3, s. 49-64, s. 49 vd.; Ünal Somuncuoğlu, “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Davalarda Aktif Husumet”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1977, s. 64-67, s. 65-66; Ünal Somuncuoğlu, “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Davalarda Sıfat ve Bir Eleştiri”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 59, Sayı 1-2-3, 1985, s. 131-134, s. 131; Semra Omağ, “Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Mahiyeti ve Hükümleri”, **BATİDER**, Aralık 1971, C. VI, Sayı 2, s. 325-342, s. 326 vd.; Arkan, **Bankanın Durumu**, s. 60.

Sıtkı Akyazan (“Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar”, **BATİDER**, Haziran 1974, C. VII, Sayı 3, s. 567-579, s. 571; “Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, **BATİDER**, Haziran 1975, C. VIII, Sayı 1, s. 1-13, s. 2 vd.), banka teminat mektuplarının temelinde yer alan ilişkinin bir üçüncü kişinin fiilini taahhüt olduğunu ifade etmektedir. Esasen yukarıdaki açıklamalarımız kapsamında teminat amaçlı garanti sözleşmesini üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin kesişim kümesinde kalan bir sözleşme olduğu kanısında olduğumuzu belirtmiştik. Bu çerçevede yazarın görüşü, banka teminat mektuplarının temelinde bulunan ilişkinin bir teminat amacıyla garanti sözleşmesi olduğu düşüncesine aykırılık içermemektedir.

Doktrinde banka teminat mektuplarının temelindeki ilişkinin duruma göre kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini savunan ve konuda ciddi ve inandırıcı gerekçeler sunan bir görüş de mevcuttur. Ne var ki bugünkü uygulama bakımından Yargıtay’ın 1967 ve 1969 yıllarında verdiği İBK kararları etkili olmuştur, bu kararlar neticesinde ve sonrasında uygulamada banka teminat mektuplarıyla oluşan temel ilişkinin teminat amaçlı garanti olduğuna şüphe kalmamıştır, dolayısıyla söz konusu tartışma salt teorik düzeyde kalmıştır (Tartışmalar için bkz. Barlas, **BTM**, s. 44 vd.; Kocaman, **a.g.e.**, s. 49 vd.; Reisoğlu, **Garanti**, s. 93-95. İlgili İçtihadı Birleştirme Kararları için bkz. Yarg. İBK 13.12.1967 T., E. 16, K. 7; Yarg. İBK 11.6.1969 T., E. 4, K. 6 (www.kazanci.com)).

Yargıtay, banka teminat mektuplarının arka planındaki hukukî ilişkinin garanti sözleşmesi olduğunu sonucuna varırken çıkış noktası bu ilişkilerdeki “*ilk talepte ödeme*” kayıtları olmuştur. Böyle bir kaydın varlığına istinaden, teminat borçlusu banka alacaklıya karşı asıl borç ilişkisindeki asıl borçlunun savunmalarını kullanamayacağı için, taraflar arasında bağımsız nitelikte bir ilişki bulunduğu çıkarsaması yapılmaktadır (Aynı yönde yaklaşımı için bkz. Develioğlu, **Garanti**, s. 115; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 311-312). Esasen Barlas’ın da ifade ettiği üzere bu nokta, ilişkinin kefalet sözleşmesi olduğu yorumu yapılırken de bir tutamak noktası olabilir. Çünkü böyle bir kaydın kefalet sözleşmesi kapsamında bulunmasına da bir engel bulunmamaktadır (Benzer yönde Kocaman, **a.g.e.**, s. 64). Bu açıdan salt bu noktaya dayalı bir hukukî analiz yeterli kabul edilmeyebilir. Aslında bankanın sözleşmeye böyle bir kaydın koyulmasını kabul etmesinin temelinde de bakılacak olursa, işlem hayatındaki sürat gereği ve lehdarı ispat faaliyetinden kurtarma amacının ön planda tutulduğu görülür (Bkz. Rapp, **Garanties**, s. 279; Rossi, **a.g.e.**, s. 130; Reisoğlu, **Ödeme Taahhüdü**, s. 79; Arkan, **Bankanın Durumu**, s. 62). Banka, herhangi bir sorgulamada bulunmaksızın alacaklıya ödemedede bulduktan sonra geriye dönüp borçluya rücu edecektir: “*Önce öde sonra geri al*” prensibi geçerlidir (Bkz. Kaya, **a.g.e.**, s. 228; Aral, **Hukukî Nitelik**, s. 131; Arkan, **Bankanın Durumu**, s. 63). Zira bankanın ödemedede tereddüt etmesi veya bunu sorgulaması, işin içinde haklılık payı olsa dahi, onun işlem hayatındaki kredibilitesini kuşkuya düşürecektir. Bu bakımdan konunun, bağımsız borç altına girilmesiyle doğrudan bir alakası bulunmamaktadır. Tüm bunlara rağmen, belirttiğimiz üzere uygulamada 70’li yıllardan günümüze, banka ile alacaklı arasındaki –banka teminat mektubunun verilmesine temel teşkil eden- ilişkinin garanti sözleşmesi olduğuna dair herhangi bir şüphe bulunmamaktadır (Bkz. Yarg. HGK, 27.10.1982 T., E. 11-1915, K. 865; 11. HD. 17.05.1983 T., E. 2462, K. 2617; 11. HD. 27.12.1990 T., E. 4046, K. 8459 (www.kazanci.com)).

b. Alacaklı Karşısında Aynı Risk İçin Birden Fazla Garanti Vereninin Bulunması

Alacaklı karşısında aynı risk için birden fazla garanti veren kişi de bulunuyor olabilir. Bu durumda, garanti verenler arasında nasıl bir borçluluk ilişkisinin oluşacağını tespit edilmesi gerekir. Yapılacak tespitlerde faydalanılacak hükümler genel hükümler olacaktır. Yoksa birlikte kefalet türleri ile ilgili özel nitelik taşıyan hükümlerin burada uygulama alanı bulacağından söz edilemez. Bu uğurda karşımıza çıkacak yapılar çeşitlilik gösterecektir.

Eğer garanti verenler birlikte borç altına girmiyorlarsa, yani birbirlerinden tamamen bağımsız olarak hareket ederek alacaklıyla anlaşılırsa, aralarında herhangi bir birlikte borçluluk ilişkisi oluşmaz. Alacaklı, garanti verenlerden istediğine başvurabilir. Yalnız hepsinin borcu riskin gerçekleşmesine bağlı zararın karşılanması olduğu için, garanti verenlerden sadece birinin garanti borcunu yerine getirerek zararı karşılaması diğerlerinin de borcunu dolaylı olarak sona erdirmiş olur. Dolayısıyla bir kümülatif borçluluk durumu söz konusu değildir, alacaklının garanti verenlere olan bağımsız talepleri birbirleriyle yarışma halindedir⁵³⁴. Diğer taraftan, ödemeyi gerçekleştiren garanti veren diğerlerine de herhangi bir şekilde rücu edemez. Onun rücu edebileceği tek kişi, şartları varsa asıl edimin borçlusu olan kişidir.

Bundan başka eğer aynı risk için garanti veren kişiler birlikte hareket ederek garanti borcu altına giriyorlarsa, sözleşmede özel olarak kararlaştırılmadığı veya TTK m. 7'deki ticari işlerde teselsül karinesinin devreye girmesini gerektiren bir hal olmadıkça⁵³⁵ borçlulardan her biri kısmi borçluluk hükümleri çerçevesinde borçludur⁵³⁶. Dolayısıyla risk gerçekleştiğinde alacaklı her bir garanti verenden, garanti borcunun sadece bir kısmını yerine getirmesini isteyebilir. Aksi yönde bir

⁵³⁴ Garanti borcu bakımından kümülatif borçluluk ihtimali, borucn konusu belirli bir riskin gerçekleşmesi durumunda oluşacak zararın karşılanması olduğu için pek mümkün gözükmemektedir. Eğer alacaklı sözleşmenin diğer taraflarıyla zarar olsa da olmasa da ödeme olacağını kararlaştırıyorsa, bu durumda bir garanti sözleşmesinin varlığından zaten söz edilemez. Zira böyle bir durumda risk kavramının belkemiği oluşturduğu bir sözleşme yapısı içinde bulunulmayacaktır.

⁵³⁵ Bkz. Tekinay, **Karın**, s. 514 vd.

⁵³⁶ Reisoğlu, **Garanti**, s. 138.

Principles of European Law Personal Security (PEL Pers. Sec.) Art. 1:107:(1)'e göre ise, birden fazla teminat vereninin olduğu her durumda kural bunların alacaklı karşısında müteselsilen sorumluluğudur. Düzenlemenin genel bir teselsül karinesi kabul ettiği söylenebilir (Bkz. Drobnig, **a.g.e.**, s. 162-163).

kararlaştırma yoksa ve halin icabından böyle bir gereklilik olduğu sonucuna varılamıyorsa, garanti verenler eşit paylarla sorumlu olacaktır. Dolayısıyla onların her birinin payı kadar ve diğerlerinden bağımsız olarak sorumlu olacağı söylenebilir.

Son olarak garanti verenler arasında bir teselsül ilişkisi kurulmuş olabilir. Böyle bir durumda müteselsil borçluluk hükümleri (TBK m. 162 vd.) olduğu gibi uygulanır. Buna göre, her bir garanti veren garanti borcunun tamamını yerine getirmekle yükümlü olur⁵³⁷. Garanti verenlerden biri alacaklıya ödemede bulunduktan sonra ise, ister diğer müteselsil borçlu garanti verenlere iç ilişkide payını aşan ödemesi için –onların payları oranında- rücu edebilecek (hem özel hem de genel rücu yolu üzerinden), isterse de asıl edimin borçlusu ile arasında olan ilişki üzerinden ona yaptığı ödemenin tamamı için rücu edebilecektir.

2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu

Garanti veren ile alacaklı arasında asıl borç ilişkisinden ayrı bir ilişkiye vücut veren bir garanti sözleşmesi kurulmuştur. Garanti veren, bu sözleşme kapsamında alacaklıya karşı, risk gerçekleştiği vakit sorumlu olacaktır⁵³⁸. Garanti sözleşmesi de tali nitelikte olduğundan, riskin konusunu oluşturan edim sonucunun yerine getirilmemesi olgusunun sabit olduğuna kadar garanti yükümlülüğu askıdadır. Dolayısıyla kefalet bakımından olduğuna gibi, alacaklı garanti verene başvurabilmek için öncelikle ifa sonucunun gerçekleşmemesini beklemelidir. Bu anlamda garanti verenin karşılaması gereken zararın, ifa menfaatine karşılık gelen müspet zarar olduğuna vurgulanmalıdır⁵³⁹. (Müspet) zararın karşılanması çoğunlukla nakdi olarak

⁵³⁷ Reisoğlu, **Garanti**, s. 139.

⁵³⁸ Reisoğlu, **Garanti**, s. 151.

⁵³⁹ Scyboz, **a.g.e.**, s. 20; Müller, **Contrats**, s. 528; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 6; Becker, **BerKom.**, Art. 111, N. 8; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 855; Franko, **Taahhüt**, s. 584; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 461; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 712. Bu konuda yargı kararları için bkz. Yarg. 13. HD. 18.04.1995 T., E. 2878, K. 3954 (www.kazanci.com); BGE125 III 305.

gerçekleştirilecektir, bununla birlikte istisnai olarak zararın aynen karşılanması⁵⁴⁰ da mümkündür⁵⁴¹.

Yalnız, risk gerçekleştikten sonra garanti veren alacaklıya daha sıkı şekilde bir ödeme yükümlülüğü altındadır⁵⁴², o kefil gibi önce borçlunun takip edilmesi veya önce var olan rehnin paraya çevrilmesi gibi savunmalar ileri süremez. Zira onun borcu asıl borçlununkinden tamamen bağımsız bir borçtur. Garanti veren çok sınırlı ve istisnai sayılabilecek durumlarda alacaklının ödeme talebini geri çevirebilir⁵⁴³. Bunlar alacaklının bilfiil riskin gerçekleşmesine sebep olduğu durumlar ile riskin hiç gerçekleşmediği durumlardır. Bundan başka, risk mücbir sebep veya beklenmeyen hal nedeniyle gerçekleşmiş olsa bile garanti veren ödeme yükümlülüğü altındadır. Garanti verenin riskin gerçekleşmemesi için gösterdiği çabayı ileri sürerek alacaklıya ifada bulunmaktan da kaçınması da söz konusu olamaz⁵⁴⁴.

Riskin gerçekleştiğinin ispatı ise kural olarak alacaklıdadır. Banka teminat mektupları alanındaki ilk talepte ödeme kaydı uygulaması ise, riski ispat yükünü de alacaklının üzerinden almaktadır. Hatta öyle ki, banka garanti veren olarak, riskin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda ilk planda bir araştırmada bulunmaksızın ödemede bulunacağını taahhüt etmektedir⁵⁴⁵. Bu açıdan alacaklı karşısında birlikte borçlu olarak bir garanti veren varsa, kefilin olduğu durumdan şüphesiz daha şanslıdır.

Tabiidir ki tedbirli davranan bir garanti veren, alacaklıyla olan ilişkisinde kendisini koruyucu bazı özel düzenlemeler sağlamış olabilir⁵⁴⁶. Şöyle ki garanti borcu ayrı bir şarta (garanti verene yazılı başvuru veya belirli belgelerin ibraz

⁵⁴⁰ Alacaklı garanti verenden sadece zararının karşılanmasını isteyebilir, yoksa edimi teminat altına alınan üçüncü kişi yerine bu edimle ifada bulunulması garanti verenden talep edilemez (Bkz. Guggenheim, **Garantievertrag**, s. 86; Reusser, **a.g.e.**, s. 73).

Bununla birlikte zararın aynen karşılanması taahhüt edildiğinde, teknik olarak olmasa da, fiili olarak edimin (aynen) ifa edilmesiyle aynı kapıya çıkıldığı düşünülebilir. Yalnız aradaki şu fark gözden kaçırılmamalıdır: Alacaklı, zararının karşılanmasını isteyeceği için zararını ispat yükü altındadır.

⁵⁴¹ Streule, **a.g.e.**, s. 7.

⁵⁴² Develioğlu, **Garanti**, s. 316.

⁵⁴³ Bkz. aşağıda §2, III, D, 1 altındaki açıklamalarımız.

⁵⁴⁴ Becker, **BerKom.**, Art. 111, N. 7.

⁵⁴⁵ Gümüş (**Özel Hükümler II**, s. 462), bu kayıtla zararın varlığına ilişkin bir karine getirildiğinin kabul edilebileceğini belirtmektedir (Bkz. aynı yönde Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 854).

⁵⁴⁶ Develioğlu, **Garanti**, s. 315.

edilmesi), ayrı bir vadeye bağlanmış olabilir⁵⁴⁷. Sonuçta onu kollayan bir kanun koyucu olmadığından kendi başının çaresine bakmak durumundadır⁵⁴⁸.

Garanti verenden taahhütte bulunulması bakımından riskin gerçekleştiğinin ve zararın oluştuğunun ve ne miktarda olduğunun ispat yükü alacaklı (garanti alan) üzerindedir. Dolayısıyla kural olarak, alacaklı talepte bulunurken bu hususlara ilişkin ispat faaliyetini gerçekleştirmelidir⁵⁴⁹. Bununla birlikte banka teminat mektupları bakımından söz konusu olan “ilk talepte ödeme kaydı” gibi özel kayıtlarla, alacaklıya herhangi bir ispata gerek kalmaksızın talepte bulunma hakkı verilebilir⁵⁵⁰. Bu türden kayıtlar, sadece ispat yönünden bir işleve sahiptir⁵⁵¹. Yoksa söz konusu kayıtlar garanti sözleşmesini maddî anlamda sebepten soyut bir işlem haline getirmez.

3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu

Garanti veren kişi, kural olarak asıl borçlunun talebi üzerine harekete geçerek, alacaklıyla sözleşme ilişkisi içine girmektedir. Bu anlamda, kefalet sözleşmesinde de olduğu gibi⁵⁵², garanti veren ile asıl borçlu arasında “temel ilişki” veya “iç ilişki” olarak da adlandırılan bir sözleşmesel ilişki olacaktır⁵⁵³. Bu ilişki, kefalet sözleşmesinin kurulmasında da olduğu gibi çoğunlukla bir vekâlet sözleşmesidir. Kanun koyucu garanti sözleşmesini kaleme kalmamış, onu uygulamanın şekillendirmesine bırakmıştır. Bu nedenle garanti sözleşmesi ile borç altına giren kişi, kefalet sözleşmesine göre, özellikle rücu aşamasında halefiyet hakkı da söz konusu olmadığı için birçok anlamda daha korumasız bir şekilde bulunmaktadır. Bir birlikte borçlu olarak kefile ne kadar ihtimam gösterilmişse, garanti verene de o kadar soğuk ve arkası dönük durulmuştur.

Garanti veren, her şeyden önce asıl borçluya karşı, alacaklı ile olan ilişkisinde garanti taahhüdünü kurmak ve akabinde yerine getirmek bakımından özenli davranma borcu altındadır. Sonuçta o bir vekil olarak, vekâlet ettiği alandaki en üst

⁵⁴⁷ Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 69.

⁵⁴⁸ Nitekim Barlas (**Kredi Kartı**, s. 949) kişisel teminat sözleşmeleri alanında kefalet sözleşmesinin bu kadar ayrıntılı düzenlemesine rağmen garanti sözleşmesinin böylesine belirsizlik içinde bırakılmasını bir paradoks olarak nitelendirmektedir.

⁵⁴⁹ Lombardini, **a.g.e.**, s. 589; Arık, **a.g.e.**, s. 56.

⁵⁵⁰ Lombardini, **a.g.e.**, s. 589.

⁵⁵¹ Lombardini, **a.g.e.**, s. 595.

⁵⁵² Bkz. yukarıda §1, IV, B, 3.

⁵⁵³ Guggenheim, **Droit Bancaire**, s. 326-327; Develioğlu, **Garanti**, s. 16.

düzyey özeni göstermek zorundadır (TBK m. 506). Özen gösterme borcu, belirtildiği üzere, gerek alacaklıyla garanti sözleşmesinin kurulmasında gerekse garanti taahhüdünden doğan borcun ifasında farklı görünümeler altında ortaya çıkar. Mesela ilk aşamada, asıl borçlunun gösterdiği alacaklıyla garanti sözleşmesini kurmaktan imtina eden veya bu süreci geciktirip savaaklayan bir garanti veren asıl borçluyla karşı sorumlu olacaktır. Asıl borçlunun gösterdiği alacaklıyla garanti sözleşmesi ilişkisi kurma borcu, garanti verenin kusuruyla ifa kısmen veya tamamen yerine getirilemeyecek olursa, garanti veren asıl borçlunun uğradığı müspet zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Aynı şekilde risk gerçekleştikten sonra alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınan yahut riskin alacaklı yüzünden gerçekleştiği veya hiç gerçekleşmediğinin sabit olduğu hallerde ödemede bulunan garanti veren, asıl borçlunun bu yüzden uğradığı zararı karşılamak durumunda kalacaktır. Zira bu belirtilen durumların her birinde, garanti veren tarafından özensiz hareket edilmiş olduğu sonucuna varılabilecektir.

Bunun yanında, garanti veren müvekkili olarak asıl borçlunun talimatlarına uygun hareket etmelidir. Buna göre vereceği garanti taahhüdü, asıl borçlunun istediği tutar ve şartlarda olmalıdır. Eğer asıl borçlunun talimatlarını yerine getiremeyeceğini veya bunların özenli bir vekil olarak akılcı olmadığını düşünüyorsa ancak asıl borçlu da talimatında ısrarcıysa garanti verenin yapması gereken, garanti sözleşmesini hiç akdetmemektir⁵⁵⁴ (Bkz. TBK m. 505).

Garanti verenin vekil olarak bir başka yükümlülüğü, asıl borçluyla olan vekâlet sözleşmesi çerçevesinde, alacaklıya vereceği garanti taahhüdünü bizzat yerine getirmesi bu konuda araya bir başka kişiyi sokmamasıdır. Doktrinde “*dolaylı garanti*” verilmesi olarak adlandırılan durumda⁵⁵⁵ ise, aslında garanti veren bir alt vekâlet sözleşmesi kurmaktadır⁵⁵⁶. Hatırlanacağı üzere, genel çerçevede, alt vekâlet sözleşmesinin caiz olarak kurulabilmesi için ya müvekkilin bu yönde önceden izni olmalı, ya örf âdet çerçevesinde bu durum mümkün olmalı, ya da halin icabı bunu gerektirmelidir. Vekilin borcunun garanti taahhüdü verilmesi (özellikle banka teminat mektupları uygulamasında) olarak tipikleştiği alan bakımından örf ve âdet,

⁵⁵⁴ Develioğlu, **Garanti**, s. 324.

⁵⁵⁵ Kavram için bkz. Rossi, **a.g.e.**, s. 86-87.

⁵⁵⁶ Develioğlu, **Garanti**, s. 322; Lombardini, **a.g.e.**, s. 297.

genel olarak dolaylı garantinin istisnai olduğunu kabul etmektedir. Zira vekil ve müvekkil arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğu çok üst bir seviyededir⁵⁵⁷.

Sonuç itibariyle ortada bir alt vekâlet sözleşmesi bulunuyorsa, bunun caiz olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine bakılmalıdır. Caiz alt vekâlet ilişkisi bakımından vekil, müvekkiline karşı alt vekili seçmede ve talimat vermede özenli davrandıysa sorumlu olmayacaktır (TBK m. 507 f.2). Caiz olmayan alt vekâlette ise, vekil, bu şekilde meydana getirdiği borca aykırılığından ötürü sorumlu tutulur⁵⁵⁸ (TBK m. 507 f.1). Bunun yanı sıra, alt vekil olarak dolaylı garanti verene ise, her bir durumda müvekkile tanınan doğrudan talep hakkı çerçevesinde başvuruda bulunulabilecektir (TBK m. 507 f.3).

Garanti veren alacaklıya ödemede bulunduktan sonra, asıl borçlu ile aralarında gündeme gelecek rücu ilişkisi bakımından da kanunun soyutlamasında “tek başınadır”, deyim yerindeyse yine “üvey evlat” muamelesi görmeye devam eder. O, bir halefiyet avantajından faydalanamaz, salt özel rücu hakkıyla yetinmek durumundadır⁵⁵⁹. Eğer taraflar arasında bir vekâlet sözleşmesi ilişkisi bulunuyorsa, rücu buna istinaden gerçekleşecektir. Buna göre vekil yaptığı masraflardan kurtarılmayı müvekkilinden isteyebilecektir. Ortada kanun tarafından öngörülmüş bir halefiyet hali de olmadığı için, garanti verenin alacaklısına ifayı gerçekleştirme iktidarı bulunmayan bir borçluya olağan şekilde rücu etmesinde sorunlarla karşılaşacağı açıktır. Banka teminat mektupları uygulamasında bu sorunsal rücu ilişkisi bakımından bir kişisel veya aynî teminat sağlanması yoluyla çözümlenmektedir. Bu tarzda kendi teminatını kendi oluşturma çabası, tedbirli bir garanti verenin “mutsuz son yaşanmadan” önlemini alması olarak değerlendirilebilir. Karşı garanti (kontrgaranti) olarak da adlandırılan söz konusu teminat, kefaletten garantiye, ipotekten inançlı temliğe geniş bir yelpazede çeşitlilik gösterebilecektir.

⁵⁵⁷ Lombardini, **a.g.e.**, s. 297.

⁵⁵⁸ Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bizim de kabul ettiğimiz üzere, vekilin caiz olmadığı halde alt vekil kullanması zaten iş görmeyi bizzat ifa etme borcuna aykırılık içermesi bakımından doğrudan TBK m.112 (genel borca aykırılık) anlamında tazminat yaptırımına tabidir. Diğer bir görüş ise, TBK m. 507’de aslında TBK m. 116’nın (ifa yardımcısının fiilinden ötürü sorumluluk) en sert şekildeki uygulamasının somutlaştığını kabul etmektedir. (Tartışmalar için bkz. Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 143-144).

⁵⁵⁹ PEL Pers. Sec. Art. 3:108 düzenlemesi, bağımsız teminatlar bakımından da halefiyet imkânının söz konusu olabileceğine işaret etmekte, bu anlamda bağımlı teminatlara ilişkin düzenleme getiren Art. 2:113 düzenlemesinin burada da kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bu şekilde söz konusu düzenleme kapsamında garanti veren rücu yolunda, asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkinin yanında halefiyet avantajından da faydalanabilecektir (Bkz. Drobnig, **a.g.e.**, s. 373).

Garanti verenle asıl borçlu arasında böyle bir ilişkinin olmadığı ihtimallerde ise, ancak sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme temeline dayalı bir ilişki üzerinden tatmin sağlanması düşünülebilir⁵⁶⁰.

D. Sigorta Sözleşmesiyle Oluşan Birlikte Borçluluk

1. Borçluluk Yapısı ve Kaynakları

a. Genel Olarak

Sigorta sözleşmesi (*Versicherung, Assurance*), değişik alt türleri olan ve kanunda ayrıntılı düzenlenen tipik bir sözleşmedir⁵⁶¹ (Bkz. TTK m. 1401 – 1535). Hemen en başta belirtilmelidir ki sigorta sözleşmesinde her durumda bir birlikte borçluluğun oluşacağından bahsedilemez. Zira sözleşme kapsamında sigortalının zarara uğraması mutlaka bir üçüncü kişinin fiiline bağlanmamıştır. Bizim burada ele almak istediğimiz olasılıklar ise, riskin gerçekleşmesi ve akabinde zararın meydana gelmesine bir üçüncü kişinin sebep olduğu halleri kapsamaktadır.

TTK m. 1401'e göre "[s]igorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatinin zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi halinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir." Görüldüğü üzere söz konusu tanım hem zarar hem de can sigortası alt türlerini kapsamına alır. Bu başlık altında ise münhasıran, zenginleştirme yasağı ilkesinin hâkim olduğu ve özel ve genel rücu taleplerine imkân veren zarar sigortası sözleşmelerinden⁵⁶² doğan birlikte borçluluk türünü ele almak istiyoruz. Zira can (şahıs) sigortalarıyla oluşan birlikte borçluluk, yukarıda da değinildiği üzere, bir rücu ilişkisi meydana

⁵⁶⁰ Rossi, **a.g.e.**, s. 120; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 7; Omağ, **BTM**, 338-339.

⁵⁶¹ Rayegân Kender, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013, s. 163 vd.

⁵⁶² Kavram için bkz. George Brière de l'Isle, **Droit des assurances**, Presses Universitaires de France, Paris: Thémis Droit, 1973, s. 167-168.

getirmediği için kümülatif (birlikte) borçluluk meydana getirmektedir⁵⁶³. Bu son türdeki sigortalarda menfaat ilkesi hâkimdir⁵⁶⁴.

Tanımından da anlaşılacağı üzere, karşılıklı bir borç ilişkisi oluşturan sigorta sözleşmesi kapsamında sigortacı sigorta primi olarak adlandırılan belirli bir bedel karşılığında, sigortalının bir maddî çıkarımın kaybına sebep olacak belirli bir riski taşımayı, bu risk ortaya çıktığında da meydana gelen zararın karşılanmasına yönelik olarak sigorta tazminatını ödemeyi üstlenir⁵⁶⁵, ⁵⁶⁶. Risk sigorta sözleşmesinin asli yapısal unsurlarından birini oluşturmaktadır. Sigorta sözleşmesiyle güvence altına alınabilecek olan riskler ise çeşitlilik gösterir⁵⁶⁷.

Bazı durumlarda sigorta sözleşmesi üçüncü kişi yararına da yapılmış olabilir. İşte sözleşme böyle üçüncü kişi yararına olarak yapıldığında sigorta himayesinden faydalanan üçüncü kişi “sigortalı” olarak adlandırılır. Bunun dışında sigorta ettiren ve sigortalı aynı kişi olacaktır.

Bunun yanında sigorta sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi oluşturur. Zira sigortacı, sözleşme süresince her an için sigorta edilen riski karşılayabilecek bir durumda olmalıdır. Sigortacının bu borcu, sigorta himayesi borcu olarak adlandırılabilir⁵⁶⁸. Yoksa sigorta sözleşmesinin sadece risk gerçekleştiğinde oluşacak zararın sigorta tazminatının ödenmesi suretiyle karşılanmasını içeren ani edimli bir sözleşme olduğu söylenemez. Diğer taraftan sigortacının yükümlülükleri, sadece

⁵⁶³ Mertol Can, **Türk Özel Sigorta Hukuku**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara: İmaj Yayınevi, 2007, s. 189; Buz, **Sigortacının Hukukî Konumu**, s. 15; Muriel Chagny / Louis Perdrix, **Droit des assurances**, 2ème édition, Lextenso editions Paris: LGDJ, 2013, s. 345; Yvonne Lambert-Faivre / Laurent Leveneur, Yvonne / Leveneur, Laurent, **Droit des assurances**, 13ème édition, Paris: Dalloz, 2011, s. 53.

⁵⁶⁴ Serozan (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 563.

⁵⁶⁵ Serozan (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 561; Merih Kemal Omağ, “Özel Sigorta Hukukunda Rizikonun Dağıtılması İlkesi”, **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, Sayı 1-2, Haziran 2002, s. 103-112, s. 104; Bonnard, **a.g.e.**, s. 12; Picard / Besson, **a.g.e.**, s. 1; R. Aeberhard, **Notions générales en matière d’assurance**, Lausanne: Librairie Payot, Société Suisse des Commerçants, 1943, s. 14; Roland Brehm, **Le contrat d’assurance**, Collection juridique romande, Lausanne: Payot, 1983, s. 9; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 293; de l’Isle, **a.g.e.**, s. 13; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 28; Viret, **a.g.e.**, s. 13.

⁵⁶⁶ Sigorta sözleşmesi riske bağlı bir sözleşme olması itibarıyla, garanti sözleşmesiyle benzerlik göstermektedir. Ne var ki, her iki sözleşmenin doğuş sebepleri ve hükümleri tamamen farklıdır. Sigorta sözleşmesiyle, bir sistem dâhilinde zararın uygun şekilde bireyler arasında paylaştırılması hedeflenmektedir. Garanti sözleşmelerinde ise, belirli bir girişimin sonucuna odaklanılmaktadır (Bkz. Scyboz, **a.g.e.**, s. 34; Reisoğlu, **Garanti**, s. 125; Tandoğan, **Garanti**, s. 42-43).

⁵⁶⁷ de l’Isle, **a.g.e.**, s. 53-54; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 146; Lambert-Faivre / Leveneur, **a.g.e.**, s. 265; Brehm, **Assurance**, s. 12; Viret, **a.g.e.**, s. 93.

⁵⁶⁸ Kender, **a.g.e.**, s. 285; Aeberhard, **a.g.e.**, s. 17.

riski taşıma ve sigorta tazminatını ödemekten ibaret de değildir, kanun onun için ayrıca sözleşmenin kurulması anından itibaren doğan ve sözleşme süresince devam eden birtakım başka yükümlülükler de öngörmektedir. Bunlara örnek olarak sigortacının poliçe düzenleme ve sigorta ettirene iletme, hesap çıkarma ve sır saklama yükümlülükleri gösterilebilir⁵⁶⁹.

Sigorta sözleşmesi şansa bağlı bir sözleşme olarak değerlendirilemez. Zira bilimsel esaslar (*aktüerya*) üzerinden risklerin gerçekleşebilme ihtimali hesaplanmakta ve buna istinaden sigorta ettirenin ödeyeceği sigorta primleri belirlenmektedir⁵⁷⁰. Sigorta ettirenlerden bu şekilde alınan primler, son tahlilde sigortacı tarafından toplanarak benzer risklere karşı “ortak bir fon” oluşturulmaktadır. Bu sayede, riskin olumsuz sonuçları toplumun geneline yaydırılmış olur. Aslında sigorta primi de, âdeta sigorta ettirenlerin riske katılma payını teşkil eder⁵⁷¹. Dolayısıyla sigortacılık, ciddi bir organizasyonu gerektiren karmaşık bir faaliyettir. Bu nedenle kanun koyucu kimlerin sigortacılıkla uğraşabileceğini belirlemiştir. Türk Hukukunda yalnızca anonim şirket ve kooperatifler sigortacılıkla iştigal edebilir, gerçek kişilerin sigortacı olmalarına müsaade edilmemiştir (Bkz. 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu m. 3).

Sigorta sözleşmesi neticesinde oluşacak birlikte borçlulukta, sigortacı dışındaki diğer birlikte borçlunun (zarar veren üçüncü kişi) kimliği sözleşme kurulduğunda kural olarak belli değildir. Bunlar arasındaki ilişki, çoğunlukla tesadüfi bir ilişki olacaktır. Zira üçüncü kişi sigortalıya bir zarar verdiğinde ve bundan sorumlu olduğunda, sigorta sözleşmesi kapsamındaki risk de gerçekleşmiş olur ve birlikte borçluluk ilişkisi başlamış olur. Zarardan sorumlu olan üçüncü kişi ile sigortalı zarar gören arasında ise, değişik temellere dayanan ilişkiler söz konusu olabilir. Nitekim ilişki sözleşmesel olabileceği gibi, genel haksız fiil sorumluluğuna yahut bir objektif sorumluluk sebebine dayanabilir.

⁵⁶⁹ Bkz. Brehm, **Assurance**, s. 124 vd.; Serozan (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 565.

⁵⁷⁰ Mestre, **a.g.e.**, s. 275; Aeberhard, **a.g.e.**, s. 11; Kender, **a.g.e.**, s. 166; de l'Isle, **a.g.e.**, s. 53; Lambert-Faivre / Leveneur, **a.g.e.**, s. 41-42.

⁵⁷¹ Kender, **a.g.e.**, s. 166; Serozan (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 562; Aeberhard, **a.g.e.**, s. 12-13; Lambert-Faivre / Leveneur, **a.g.e.**, s. 43.

b. Zarar Gören Sigortalı Karşısında Birden Çok Sigortacının Olması

i. Toplu Bakış

Belirli bir menfaat birden çok kere sigortalanabilir. Bununla birlikte zarar sigortalarında cari olan zenginleşme yasağı nedeniyle, birden çok sigortacının olduğu olasılıklar kanunda özel olarak düzenlenmektedir⁵⁷². Kanun sistemi, birden çok sigortaya karşılık içermez, amaç bu olasılıkların sigorta hukuku prensipleri ışığında şekillendirilmesi, böylece yasağın dolanılmasının önüne geçilmesidir⁵⁷³. Böyle bir yasağın olmadığı meblağ sigortaları bakımından herhangi bir özel düzenleme söz konusu değildir⁵⁷⁴. Temelde üç farklı olasılık söz konusu olabilir: Müşterek sigorta, çifte sigorta ve kısmi sigorta⁵⁷⁵.

ii. Müşterek Sigorta

Risk büyük olduğunda, gerçekleşmesi halinde oluşacak zarar için birden fazla sigortacı ile sigorta sözleşmesi ilişkisi kurulması düşünülebilir. Özellikle deniz, hava taşımacılığı ve sanayi sigortalarında böyle bir durumun varlığından söz açılabilir. Bu şekilde riziko (risk), tek bir sigortacının omuzlarına yüklenmemiş, birden fazla sigortacı arasında paylaştırılmış olmaktadır ki bu durumda ortaya çıkan sigorta türü müşterek sigortadır. Müşterek sigortadan söz edilebilmesi için birden çok sigortacının aynı riski taşımak üzere, birbirlerinin bilincinde hareket etmeleri gerekir.

Müşterek sigorta, tek bir poliçe üzerinde vücut bulabileceği gibi, birden fazla poliçe üzerinde de vücut bulabilir⁵⁷⁶. Sadece tek bir poliçenin bulunduğu olasılıkta, bütün sigortacıların bu poliçeyi imza etmiş olmaları gerekmektedir⁵⁷⁷.

⁵⁷² Aeberhard, **a.g.e.**, s. 19; Can, **a.g.e.**, s. 93.

⁵⁷³ Can, **a.g.e.**, s. 94.

⁵⁷⁴ Can, **a.g.e.**, s. 94.

⁵⁷⁵ Kender, **a.g.e.**, s. 310; Can, **a.g.e.**, s. 93.

⁵⁷⁶ Omağ, **Rizikonun Dağıtılması**, s. 105.

⁵⁷⁷ Aslında müşterek sigortada, normal şartlarda birden fazla sigorta sözleşmesi (ve sigorta poliçesi) bulunmaktadır. Bu sigorta türünde, sigortacıları seçen ve bir araya getiren kişi sigorta ettirendir. Yukarıda anılan durumda, sigortacılar yine ayrı sözleşmelerle sorumlu olmalarına rağmen, tek bir poliçe düzenlenmiş olmaktadır. Eğer sigortacıların bir organizasyon dâhilinde sigorta ettirenin karşısına çıkmaları söz konusu ise, bu durumda "birlikte sigorta"dan bahsedilmek daha yerinde olur. Birlikte sigortada sigortacılar ve sigorta ettiren arasında sigortacı sayısı kadar sözleşme bulunmayıp

Müşterek sigorta genel olarak TTK m. 1466'da düzenlenmektedir. Üç farklı alt türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sigortacıların müteselsil olarak sorumlu olmadıkları müşterek sigortadır. TTK m. 1466 f.1'e göre müteselsil sorumluluğun olmadığı müşterek sigortada sigortacılar toplamda ne olursa olsun en fazla sigorta edilen menfaatin değeri kadar sorumlu olurlar. Her bir sigortacının bireysel olarak ödemesi gereken sigorta tazminatı payı ise, onun sigortalıya karşı sorumlu olduğu sigorta bedelinin, bütün sigortacıların sigorta bedelleri toplamına oranlanarak bulunur⁵⁷⁸. Bir örnekle somutlaştıralım. A'ya S1, S2 ve S3 müteselsil olmayan müşterek sigorta sorumluluğu altına girsinler. A'nın sigortalattığı menfaatin değeri 3.000 TL olsun. A'ya karşı S1 1.000 TL, S2 2.000 TL, S3 de 3.000 TL sigorta bedeli üzerinden sorumluluk altına girmiş olsun. Bu durumda risk gerçekleştiğinde her bir sigortacının ödeyeceği sigorta tazminatı tutarı, 1:2:3 oranı üzerinden hesaplanacaktır. Buna göre A'nın 3.000 TL'lik zararı bakımından, S1 500 TL için, S2 1.000 TL için S3 ise 1.500 TL için sigorta tazminatından sorumlu olacaktır. A'nın zararı sigortalanan menfaatin değerinden daha az olsaydı, sigortacıların sorumlu oldukları sigorta tazminatı payları bu değer üzerinden hesaplanacaktı. Mesela zararın 2.400 TL olduğu olasılıkta, S1 400 TL, S2 800 TL, S3 ise 1.200 TL için sigorta tazminatı sorumluluğu altında olacaktı. Esasen burada bir tür kısmi borçluluk hali söz konusu olmaktadır. Sigortacılar ödemede bulunduktan sonra, alacaklının yerine geçerek payları oranında ona halef olurlar. Bununla birlikte sigortacıların kendi aralarında bir hesaplaşmaya gitmeleri söz konusu olmaz.

İkinci alt tür, müşterek sigorta sorumluluğu altına giren sigortacıların müteselsilen sorumlu olmalarıdır⁵⁷⁹. Yalnız anılan teselsül yapısı, TBK m.162 vd. kapsamındaki yapıdan farklılık gösterir. TTK m. 1466 f.2'ye göre, böyle bir durumda sigortacılara yukarıda sözü edilen yalın müşterek sigortadan farklı olarak sorumlu oldukları sigorta bedelinin tamamı için başvuruda bulunulabilecektir. Bununla

tek bir sözleşme bulunur. Birlikte sigorta kanunda özel olarak düzenlenmiş bir hal değildir (Kavram hakkında bilgi için bkz. Can, **a.g.e.**, s. 115 vd.).

Birlikte sigortada, sigortacıların oluşturduğu birlik, bir adi ortaklık (geçici ortaklık) özelliği taşımaktadır. Böyle olunca birlikte sigorta sorumluluğu altına giren sigortacıların kural olarak –gerçek anlamıyla- müteselsil sorumluluk altında oldukları söylenebilir. Bununla birlikte bu durum uygulamada, çoğunlukla sözleşmesel olarak bertaraf edilmektedir. (Can, **a.g.e.**, s. 120).

Adi ortaklık yapısı dâhilinde, sözleşmenin hazırlanmasına ilişkin organizasyonu genelde “jeran” (*gérant* = yönetici) olarak adlandırılan bir sigortacı üstlenir. Bu şekilde işlerin yürütülmesi kolaylaşmış olmaktadır. Sigortacılarından birinin “jeran” olarak diğerlerini temsilen hareket edebilmesi için temsil yetkisine sahip olması şarttır (Kender, **a.g.e.**, s. 313; Omağ, **Rizikonun Dağıtılması**, s. 106).

⁵⁷⁸ Omağ, **Rizikonun Dağıtılması**, s. 105.

⁵⁷⁹ Omağ, **Rizikonun Dağıtılması**, s. 105.

birlikte sigortalı, her bir sigortacının sigorta bedeli tutarı ne olursa olsun, en fazla uğradığı zarar miktarınca sigorta tazminatı talebinde bulunabilecektir. Yukarıdaki örnek üzerinden devam edelim. Bu durumda A 3.000 TL zarara uğradığında, S1'e 1.000 TL, S2'ye 2.000 TL, S3'e ise 3.000 TL için talepte bulunabilir, onların iç ilişkilerinde taşıyacakları nihai yükler ise yine 500 TL, 1.000 TL ve 2.000 TL olacaktır. Yalın müşterek sigortadan ayrı olarak, sorumluluk müteselsil olduğu için, sigortacılar arasında da teselsüldeki iç ilişkiye dayalı rücu ilişkileri gündeme gelebilir. Nitekim payından fazlası için ödemedede bulunan sigortacı diğerlerine kendi payları oranında rücu edebilecektir. S1, A'nın talebi üzerine yaptığı 1.000 TL'lik ödemesindeki fazlalık teşkil eden 500 TL'yi S2 ve S3'ten 2:3 oranında talep edebilir. Buna göre de, S1'in S2'den 200 TL, S3'den ise 300 TL rücu alacağı bulunduğu saptaması yapılabilir.

Son alt tür, müşterek sigortada sigortalardan birinin tali (ikincil) özellik taşımasıdır. Bu tür bakımından da aynı risk temin edilmektedir. Yalnız dereceli bir sorumluluk yapısı bulunmaktadır. Bunun için özel bir kararlaştırmanın mevcut olması gerekir. Bu türde bir müşterek sigortada ancak ilk sigortacı sigorta tazminatına ilişkin ifasını gerçekleştirdikten sonra, sigorta zararı bakımından açıkta bir kısım kalırsa, ikinci sigortacı devreye girer ve sorumlu olduğu sigorta bedeli limitine kadar kalan sigorta tazminatından sorumlu olur.

iii. Çifte Sigorta

TTK m. 1467'de düzenlenen çifte sigorta, belirli bir menfaatin tamamı belirli bir riske karşı sigorta edildikten sonra bir kez daha sigortalanmasına ilişkin olarak düzenlemeler getirmektedir⁵⁸⁰. Çifte sigorta bir kişinin bilinçli olarak menfaatini –tek sigorta yetersiz kalacağı düşüncesiyle- birden fazla defa sigortalama isteği neticesinde oluşabileceği gibi⁵⁸¹, zaten sigortalanmış olarak devralınan bir malın tekrar sigortalanmasında olduğu gibi bilinçsiz olarak da meydana gelebilir⁵⁸². Kural, bir menfaatin aynı süre içinde aynı risk için birden fazla kere sigortalanmamasıdır, kanunda buna cevaz verilmemektedir. Bu, esasen zarar sigortalarındaki zenginleşme

⁵⁸⁰ Kender, **a.g.e.**, s. 314; Can, **a.g.e.**, s. 125.

⁵⁸¹ Can, **a.g.e.**, s. 125.

⁵⁸² Kender, **a.g.e.**, s. 315.

yasağının bir uygulamasını oluşturur⁵⁸³. Ne var ki, bazı hallerde belli koşulların oluşmasıyla çifte sigortaya geçerlilik tanınmaktadır. Koşulların oluşmasına kadar hüküm statüsü ise askıda hükümsüzlük olacaktır⁵⁸⁴.

Çifte sigorta hallerinden ilki, ilk sigortacının daha sonraki sigortacıya onay vermesidir. Böyle bir durumda, müşterek sigortaya ilişkin hükümler uygulanır⁵⁸⁵. İlk sigortacı sadece onay verdiğini açıklamış, sigortacılar arasında başka özel bir anlaşma yapılmamışsa, ortada yalın bir müşterek sigorta olduğu sonucuna varılmalıdır. Bu durumda, sigortacılar sözleşmelerinde sorumlu oldukları belirtilen sigorta bedeli oranları üzerinden sigorta tazminatından sorumlu olurlar⁵⁸⁶ (TTK m. 1466 f.1). Eğer sigortacıların isteği müteselsilen sorumlu olmaksızın buna ilişkin özel belirtmede bulunmaları gerekir. Böyle bir durumda da TTK m. 1466 f.2 hükümleri uygulanır. Bazı durumlarda ise, ilk sigorta sözleşmesinde başlangıçtan başka bir sigorta sözleşmesinin akdedilmesi bakımından bir yasak getirilmesi söz konusu olabilir. Böyle olduğunda sigortacının onay verip vermemesine bağlı olmaksızın sonraki sigorta sözleşmesi zaten kurulduğu anda geçersiz olacaktır⁵⁸⁷.

Bundan başka, sigorta ettirenin⁵⁸⁸ kendi sigorta sözleşmesinden doğan haklarını sonraki sigortacıya devretmesi veya haklarından feragat etmesi⁵⁸⁹ söz konusu olabilir. Feragatin veya devrin konusu, henüz doğup doğmayacağı şüpheli olan sigorta tazminatı alacağına ve buna bağlı olan haklara ilişkindir⁵⁹⁰. Aslında normal şartlarda bu durumun oluşmasına engel olunması için, sigorta ettirenin sözleşmeyi feshetmesi gerekirdi. İşte burada kanun sözleşmenin feshedilmesine

⁵⁸³ Kender, **a.g.e.**, s. 315; Can, **a.g.e.**, s. 125.

⁵⁸⁴ Can, **a.g.e.**, s. 132.

⁵⁸⁵ Kender, **a.g.e.**, s. 315; Can, **a.g.e.**, s. 133.

⁵⁸⁶ Can, **a.g.e.**, s. 133.

⁵⁸⁷ Can, **a.g.e.**, s. 96.

⁵⁸⁸ Bu açıklama, sigorta ettiren ve sigortalının aynı kişi olduğu durumda geçerli olacaktır. Üçüncü kişi yararına sigorta sözleşmesinde, sözleşmenin tam veya eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olmasına göre durum değişkenlik gösterebilecektir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, yararlanan üçüncü kişi sadece ifanın yapılacağı kişidir. Bunun ötesinde onun bir alacak hakkı bulunmamaktadır. Böyle olunca hak üzerinde yapılacak tasarruflar bakımından da sadece vaat ettirendir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede ise, vaat ettirenin yanında üçüncü kişi de bir alacak hakkına sahip olur, dolayısıyla ifayı da talep edebilir. Hak üzerinde yapılacak tasarruflar bakımından ise, bir ayırım yapılmalıdır. Yararlanan üçüncü kişi, haktan yararlanacağını vaad eden kişiye bildirene kadar, vaat ettiren hak üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir (TBK m. 129 f.2 c.2). Bu bildirim yapıldıktan sonra ise, münhasıran yararlanan üçüncü kişi hak üzerinde tasarruf edebilecektir.

⁵⁸⁹ Aslında burada bir alacak hakkı üzerinde tasarruf edildiği için hakkın sona erdirilmesi ibra sözleşmesiyle ve dolayısıyla ancak ilk sigortacının katılımıyla mümkün olabilmelidir. Buna karşılık doktrinde burada "feragat"ın terim olarak özellikle seçildiğini, burada tek taraflı olarak sonuç doğuran bir tasarruf işleminden söz edilmek gerektiğini vurgulanmaktadır (Can, **a.g.e.**, s. 138).

⁵⁹⁰ Can, **a.g.e.**, s. 133.

gerek olmadan aynı sonuca ulaşılabilmesine imkân vermiştir⁵⁹¹. Bu durumda son olarak yapılan sigorta sözleşmesi geçerli olur ve hükümlerini doğurur. Aksi takdirde sonraki sigorta sözleşmesi geçersiz olacaktır⁵⁹².

Son olarak, eğer sonraki sigortacının özel olarak ilk sigortacının ödeyemediği sigorta tazminatı için sorumluluk altına girmesi söz konusu ise, bu hususun da ilgili sigorta sözleşmesi poliçesinde belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde, yine sadece ilk sigorta sözleşmesi geçerli olacak, sonraki sözleşme ise hiçbir hüküm doğurmayacaktır⁵⁹³.

iv. Kısmi Sigorta

Zarar gören sigortalı karşısında birden fazla sigortacının bulunabileceği bir başka durum kısmi sigortadır (TTK m. 1468). Kısmi sigortanın müşterek sigortadan ayrıldığı temel nokta, sigortacıların aynı risk için birlikte sorumluluk altına girme iradelerinin bulunmamasıdır⁵⁹⁴. Diğer taraftan kısmi sigorta, her bir sigorta sözleşmesinde riskin bir kısmı için teminat verilmesi bakımından çifte sigortadan da farklılık gösterir⁵⁹⁵. Kısmi sigortanın ortaya çıkma nedeni, sigorta ettiren tarafından başlangıçta daha az sigorta primi yükü altına girmek amacıyla noksan sigorta yaptırmayı tercih etmesi olabilir. Durumun daha sonra değişmesi, açıkta kalan kısmın sigortalanmasını gerektirebilir. Bu da kısmi sigortaya neden olur. Teorik olarak aynı menfaatin aynı riske karşı birden fazla noksan sigortaya konu olması söz konusu olmaktadır⁵⁹⁶. Sigorta değeri arka arkaya yapılan sigorta sözleşmelerindeki toplam sigorta bedeline eşit oluncaya kadar sözleşmeler geçerlidir⁵⁹⁷. Eğer bu değer aşılsa, bu durumda sözleşmenin geçerliliği, ancak –çifte sigortaya ilişkin TTK m. 1467 hükmünün uygulanmasıyla- ya ilk sigortacının onay vermesine (ve bu suretle bir müşterek sigorta ilişkisinin oluşmasına) yahut ilk sigorta sözleşmesinden doğan hakların sonraki sigortacıya devrine veya bunlardan feragate, ya da sonraki sigortanın tali özellik göstermesinin kararlaştırılmasına bağlıdır⁵⁹⁸.

⁵⁹¹ Can, **a.g.e.**, s. 133.

⁵⁹² Kender, **a.g.e.**, s. 315; Can, **a.g.e.**, s. 133.

⁵⁹³ Kender, **a.g.e.**, s. 315.

⁵⁹⁴ Kender, **a.g.e.**, s. 315.

⁵⁹⁵ Kender, **a.g.e.**, s. 315.

⁵⁹⁶ Can, **a.g.e.**, s. 152.

⁵⁹⁷ Can, **a.g.e.**, s. 154.

⁵⁹⁸ Can, **a.g.e.**, s. 156.

Kısmi sigortada bir sigortacı, sigortalı ile kendi akdettiği sigorta sözleşmesi çerçevesinde, bireysel olarak en fazla belirtilen sigorta bedeli değeriyle sigorta tazminatından sözleşmelerin yapılış tarihi sırasıyla sorumlu olur. Bir örnekle somutlaştıralım: A karşısında onun 3.000 TL'lik bir menfaati için, S1 1.000 TL, S2 2.000 TL sigorta bedelleri üzerinden sorumlu olsun. Bu durumda risk gerçekleşip 3.000 TL sigorta zararı oluştuğunda, A önce S1'e başvurarak 1.000 TL'yi tahsil edecek, daha sonra kalan 2.000 TL için S2'ye başvurabilecektir.

Eğer sigorta zararı, menfaatin tehlikeden kısmen etkilenmesi sonucu, daha az suretle meydana gelmişse, noksan sigortaya ilişkin TTK m. 1462 hükmü uygulanır ve sigortacıların sigorta tazminatı sorumluluğu sorumlu oldukları sigorta bedellerinin birbirine oranlanması yoluyla tespit edilir. Yine aynı örnek üzerinden gidelim. A'nın sigorta zararı bu kez 1.500 TL olsun. Bu durumda, S1 500 TL için takip edildikten sonra, kalan 1.000 TL S2'den talep edilebilecektir.

2. Alacaklının Karşısında Borçluların Durumu

Zarar gören sigortalı, sigortacı ve zarar sorumlusu üçüncü kişiye karşı farklı hukukî sebeplerde doğan ve birbiriyle yarışan talepler yöneltebilecektir. O, isterse zarardan sorumlu olan üçüncü kişiden zararın doğrudan tazmin edilmesini talep edebilecek isterse de sigortacıdan sigorta sözleşmesi kapsamındaki asli edim yükümlülüğü olan sigorta tazminatının yerine getirilmesini isteyebilecektir. Sigortalı bu taleplerden birine veya diğerine dayanmakta özgürdür.

Bu taleplerden ilki sigorta sözleşmesine dayanmaktadır. Zararın oluşmasından önce, buna yol açabilecek olan risk sigorta ettiren (sigortalı) ile sigortacı arasında kurulan bir sigorta sözleşmesiyle ayrıca güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla sigortalının maddî çıkarımı haleldar eden risk gerçekleştiğinde, sigortacı tarafından malvarlığında oluşan bu zararı karşılamak için "sigorta tazminatı" adı altında bir bedel ödenecektir⁵⁹⁹. Sigorta sözleşmesinde, işbu ödenecek sigorta tazminatının azami değerinin gösterilmesi zorunludur. Sigorta bedeli olarak adlandırılan bu değer, sigortacının borcu bakımından bir üst limit oluşturmaktadır. Sigortalı bu değer üzerinde bir zarara uğramış olsa bile, sigortacı azami miktardan fazlasını ödemeye

⁵⁹⁹ de l'Isle, a.g.e., s. 112.

zorlanamaz⁶⁰⁰. Bunun yanında sigortalıya ödenecek fiilî değer, onun risk çerçevesinde oluşmuş ve “sigorta zararı” olarak adlandırılan mevcut zararına göre belirlenir⁶⁰¹. Dolayısıyla “sigorta zararı” daha azsa, sigortalı “sigorta bedelinin” altında bir değer ifasıyla da yetindirilebilecektir. Yoksa her bir durumda sigorta tazminatının tamamının ödenmesine ilişkin bir zorunluluk bulunmaz. Sonuçta sigorta sözleşmesinde amaç, sigortalının zararının karşılanmasıdır⁶⁰².

Sigorta tazminatıyla zararın nasıl karşılanacağı TTK m. 1427’de düzenlenmektedir. Eğer taraflar arasında bu konuda hiçbir anlaşma bulunmuyorsa, sigorta tazminatının zararı nakden karşılamaya yönelik olduğu esas alınır⁶⁰³. Bununla birlikte, maddede belirtildiği üzere, zararın mutlaka ve sadece nakden karşılanmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Nitekim sigortalının sigortalı ile başlangıçtan anlaşarak zararı aynen karşılamayı taahhüt etmesi de mümkündür. Zararın aynen karşılanmasıyla kastedilen, zarara uğrayan malvarlığı değerinin sigortacı tarafından onarımı, bir benzerinin yeniden sağlanması veya yeniden inşasıdır⁶⁰⁴. Pratik açıdan sigorta tazminatının olayların büyük çoğunluğunda zararın nakden karşılanmasına, belirli bazı durumlarda da zararın aynen karşılanmasına yönelik olduğu çıkarsaması yapılabilir.

Diğer taraftan sigorta sözleşmesinden doğan birlikte borçlulukta diğer birlikte borçlu, sigortalıya verilen zarardan sorumlu olan üçüncü kişidir. Bu üçüncü kişinin sorumluluk sebebi çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir: Zarar gören sigortalının talep temeli sözleşmeye, haksız fiile veya bir objektif sorumluluk sebebine dayanıyor olabilir. Ortak olan nokta, verilen zararın giderilmesi gereğidir. Üçüncü kişi de sorumlu olduğu bu zararı nakden veya aynen tazmin edebilecektir. Sonuçta sorumluluk hukukunda tazminatın yerine getirilmesi şekline ilişkin zorunluluk öngören bir kural bulunmamaktadır, bu konuda takdir yetkisi tamamen hâkime bırakılmıştır (TBK m. 51). Bununla birlikte, uygulamada genellikle kabul edilen zararın nakden tazmin edilmesidir, aynen tazmin ise daha istisnai olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun arkasında pratik gerekçeler bulunmaktadır. Sonuçta bir miktar

⁶⁰⁰ Kender, **a.g.e.**, s. 300; Can, **a.g.e.**, s. 71.

⁶⁰¹ Can, **a.g.e.**, s. 76.

⁶⁰² Kender, **a.g.e.**, s. 300; Bonnard, **a.g.e.**, s. 205.

⁶⁰³ Omağ, **Sigortalının Halefiyeti**, s. 82.

⁶⁰⁴ Omağ, **Sigortalının Halefiyeti**, s. 83-84.

paranın ödenerek zararın karşılanması, büyük çoğunlukla zarardan sorumlu olan kişi bakımından başvurulması daha kolay olan bir yöntem teşkil edecektir.

Kısaca tekrar edilecek olursa, sigortalı karşısında sigortacı ve zarardan sorumlu olan üçüncü kişinin borçları birbirinden ayrı düşünülmesi gereken ve birbirleriyle yarışma halinde olan farklı borçlardır. Sigortacı ile üçüncü kişinin ilişkisi ise yüksek ihtimalle tesadüfi bir ilişki olacaktır. Sonuçta onları birlikte borçlu yapan bağ, sigortalının üçüncü kişinin tazminle sorumlu olduğu bir zarara uğraması ile oluşur.

3. Borçluların Birbirlerine Karşı Durumu

Sigorta sözleşmesiyle oluşan birlikte borçlulukta, sigortacı ve zarardan sorumlu olan üçüncü kişi arasındaki ilişki, belirtildiği üzere büyük çoğunlukla tesadüfi ve tek yönlü bir ilişkidir.

Sigortalı öncelikle üçüncü kişiden zararın tazmin edilmesi talebinde bulunduğu ve bu talebi -tamamen- yerine getirildiğinde, sigortacının sözleşme kapsamındaki sigorta tazminatını yerine getirme borcu da sona erer. Zira karşılanması gereken bir zarar kalmaz.

Buna karşılık sigortalı öncelikle sigorta sözleşmesine dayalı olarak talepte bulunur ve sigortacı sigorta tazminatı borcunu ifa edecek olursa, üçüncü kişiye rücu edebilmesi ihtimali gündeme gelecektir. Sigortacının üçüncü kişiye yapacağı rücu talebi özel veya genel rücu hakkına dayanabilir. Sigortacının özel rücu hakkına dayalı rücu talebinin temelinde ya bir vekâletsiz iş görme ya da bir sebepsiz zenginleşme ilişkisi⁶⁰⁵ bulunur. Buna karşılık rücu hakkı veren diğer gerçek olmayan birlikte borçluluk hallerinden farklı olarak sigortacı ve üçüncü kişi arasında çoğunlukla bir sözleşmesel ilişki olmaz. Zira sigortacı ve sigortalının bir araya gelerek sigorta sözleşmesini akdetmeleri üçüncü kişinin dolaylı olarak bile dâhil olmadığı bir süreçtir. Dolayısıyla kefil ve garanti verenin durumundan farklı olarak ileride zararı verme olasılığı olan üçüncü kişilerin kimliği sözleşme kurulurken belirsiz ve sigortacıya yabancı olacaktır. Ancak tersi bir durum da istisnai olarak

⁶⁰⁵ Sigortacının sebepsiz zenginleşmeye dayalı rücu hakkına dayanmasıyla ilgili olarak bkz. Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 25-26.

oluşabilir, bu durumda özel rücu hakkı üçüncü kişi ve sigortacı arasındaki sözleşmesel ilişkiye dayanabilir.

Öte yandan sigortacının rücu talebi, kanunda özel olarak onun lehine öngörülmüş olan genel rücu hakkına yani halefiyete de dayanabilir⁶⁰⁶ (Bkz TTK m. 1472). Bu durumda, kanuni şartların oluşmasıyla birlikte, sigortacı halefiyeti kapsamında sigortalının zarardan sorumlu olan üçüncü kişiye yöneltebileceği talep temeli üzerinden ona başvuruda bulunabilecektir⁶⁰⁷. Sigortacıya halefiyet hakkının öngörülmesindeki temel düşünce, sorumluluk hukukundaki zarar veren kişinin bunu tazmin etmesi genel kuralında kendisini bulur⁶⁰⁸. Şöyle ki zarar sigortalarına hâkim olan zarar görenin zenginleştirilmesi yasağı, zararın hem sigortacı hem de üçüncü kişi tarafından iki kere karşılanmasına engeldir⁶⁰⁹. İşte sigortacının ödemedede bulunduğu ve halefiyetinin öngörülmediği bir kurguda üçüncü kişi tazminat borcunu yerine getirmekten kurtulacağından bu durumdan kâr sağlayan kişi olacaktır. Böyle bir kurgulama ise arzu edilmez. Bu nedenle zenginleştirme yasağı ilkesi ve sigortacının zarar görene halef olması birbiriyle yakın ilinti içindedir.

⁶⁰⁶ Fransız Hukukunda da L.121-12 sigortacıya halefiyet hakkı tanımaktadır (Bonnard, **a.g.e.**, s. 222).

⁶⁰⁷ Bonnard, **a.g.e.**, s. 13; Mestre, **a.g.e.**, s. 280.

⁶⁰⁸ Bonnard, **a.g.e.**, s. 223.

⁶⁰⁹ Viret, **a.g.e.**, s. 151; Serozan (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 563.

§ 2. ALACAKLI TATMİN EDİLMEYEN ÖNCE BORÇLULAR ARASI İLİŞKİLER

I. Borçluların Borç İlişkisinin Konusunu Oluşturan Edimden Sorumlulukları

A. Gerçek Anlamda Birlikte Borçluluk Türlerinde

1. Elbirliği Borçluluğu Bakımından

Elbirliği ile borçlulukta, borçlular borcun tamamından hep birlikte sorumlu olurlar. Alacaklı, borcun ne tamamını ne de bir kısmını borçlulardan sadece birinden talep etmeye yetkili değildir⁶¹⁰. Alacaklının tatmin sağlayabilmesi ancak borçluların hepsine birden başvurusuyla birlikte mümkün olabilecektir⁶¹¹. Öyle ki ortaklığa ait tek bir borcun etkisini bölünmeksizin her bir ortakta gösterir⁶¹². Bu durumun usûl hukukundaki yansıması, elbirliği halinde borçluların zorunlu dava arkadaşı olmalarıdır. Alacaklı yalnızca bir borçluyu dava veya takip edemez, hepsine birlikte başvuruda bulunmalıdır⁶¹³, ⁶¹⁴. Buna karşılık elbirliği borçlularının hepsine karşı alacaklı tarafından dava açıldığında veya takip yapıldığında, talep yerine getirilemezse borçlular arasında bulunan elbirliği ortaklığının malvarlığı değerlerine başvurulabilecektir⁶¹⁵. Bunun dışında borçlulara bireysel olarak başvurulması mümkün olmadığından, kural olarak onların kişisel malvarlığı değerleri üzerinden herhangi bir talepte bulunulamaz. Ancak eğer elbirliği ortaklığının malvarlığında

⁶¹⁰ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 95.

⁶¹¹ Guisan, **a.g.e.**, s. 105.

⁶¹² Dağdelen, **a.g.e.**, s. 194; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 298; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.07.

⁶¹³ Abdürrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2011, s. 327; İlhan Postacıoğlu, **Medeni Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975, s. 297; Kuru, **Usûl Hukuku III**, s. 3316.

⁶¹⁴ Öte yandan Akıntürk (**a.g.e.**, s. 77), elbirliği borçlularına ayrı ayrı açılmış davalarla her birinin ayrı ayrı ifaya mahkûm edilmesinin de mümkün olabileceğini savunmaktadır. Yazarın bu görüşüne metinde belirttiğimiz gerekçe ile katılmıyoruz.

⁶¹⁵ Guisan, **a.g.e.**, s. 105; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 95.

bulunan değerler borcu karşılamaya elverişli değilse, ikinci planda, her bir borçluya oluşturulacak farazi paylar çerçevesinde bireysel takipler yapılabilir⁶¹⁶.

2. Kısmi Borçluluk Bakımından

Kısmi borçluluk ilişkisi kapsamında borçlulardan her biri alacaklıya karşı borcun belirli bir kısmından (*pro rata pro parte*) diğerlerinden bağımsız olarak sorumlu bulunmaktadır⁶¹⁷. Borçlulardan her biri borcun parçalanmış ve yalıtılmış bir kısmı için sorumluluk üstlenir, alacaklı da borçluların her birinden sadece sorumlu olduğu kısım için talepte bulunabilir. Yoksa bir borçludan borcun tamamının talep edilebilmesi mümkün değildir. Ya da borçlulardan birinin borcu herhangi bir sebeple yerine getirememesi halinde, alacaklı için diğer borçlulara başvurma şansı doğmaz⁶¹⁸. Kısmi borçluların borçtan ne oranda sorumlu oldukları sözleşmede taraflarca kararlaştırılabilecektir⁶¹⁹. Eğer taraflar bu konuda herhangi bir düzenleme yapmamışlarsa, TBK m. 167 f.1'den kıyas yoluyla eşit oranda sorumluluğun esas olacağı kabul edilmektedir⁶²⁰.

3. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçluluk Bakımından

a. Genel Olarak

Müteselsil borçlulukta borçluların her biri borcun tamamından sorumludur. Bu husus, TBK m. 162'de “[B]irden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar,” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Alacaklı bu şekilde önemli bir avantajdan faydalanmış olmaktadır. O, karşısındaki borçlu sayısı kadar malvarlığına alacağı için başvurabilecektir⁶²¹.

⁶¹⁶ Guisan, **a.g.e.**, s. 105; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 95; Caroni, **a.g.e.**, s. 314.

⁶¹⁷ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 80; Engel, **Partie Générale**, s. 829; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 191; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 16.

⁶¹⁸ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 80; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 193; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 17.

⁶¹⁹ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 17.

⁶²⁰ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 81; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 17.

⁶²¹ Romy, **CoRo.**, Art. 144, N. 1; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 86; Engel, **Partie Générale**, s. 839; Canyürek, **a.g.e.**, s. 25.

Borçlulardan her biri borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür. İşte böylece alacaklı karşısında her bir borçlu sanki edimin tek başına borçlusuymuşçasına sorumlu olacaktır⁶²². Müteselsil borçluluğun kısmi borçluluktan temel farkı bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Kısmi borçlulukta, her bir borçlu alacaklıya karşı borçlanılan edimin sadece bir bölümünden sorumludur. Bu anlamda müteselsil borçlulukta olduğu üzere bir tam borçluluk durumundan söz edilemeyecektir⁶²³. Bu durum edimin niteliğinden değil bizzat borçluların böyle istemiş olmalarından veya kanundan kaynaklanmaktadır. Bunun temel sonucu borçluların alacaklı kendilerine başvurduğunda bölme (taksim) defini (*beneficium divisionis*) ileri sürememeleridir⁶²⁴. Borçlular arasındaki iç ilişkide farklı bir kararlaştırma yapılmış olsa bile bunun alacaklıya karşı ileri sürülmesi teselsülde söz konusu olamaz. Bu iç ilişki alacaklıyı ilgilendirmez. Borçlunun iç ilişkideki menfaati, rücu yoluyla sağlanmakta ve güvence altına alınmaktadır. Müteselsil borçlu, alacaklıya borcun tamamı için ifada bulunduktan sonra, kendi payını aşan kısım için diğerlerine onların payı oranında rücu edebilecektir⁶²⁵.

Müteselsil borçlular alacaklıya karşı aynı edim için borçlanabilecekleri gibi farklı edimler için de borçlanmış olabilirler⁶²⁶. Örneğin A'ya karşı B1 bir spor arabayı teslim etme, B2 de 200.000 TL para ödeme borcu altına müteselsilen girmiş olabilirler. Bu durumda her bir borçlu kendi borçlandığı edimin tamamını yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Yoksa borçlular birbirlerinin edimlerinden dolayı bir sorumluluk altında değildir⁶²⁷. Bunun yanında müteselsil borçluların aynı edimden farklı tutarlarda borçlanmaları da olasılık dâhilindedir⁶²⁸. Öyle ki yukarıdaki örnekte B1 100.000 TL, B2 de 200.000 TL için A'ya karşı borçlanmış olabilirdi. Bu durumda teselsül ilgili borçlu bakımından sadece borçlanılan kısım için (*pro parte*) söz konusu olur⁶²⁹. Aşağıda değineceğimiz farklılaştırılmış teselsül yapısında bu durum kendiliğinden ortaya çıkabilmektedir⁶³⁰.

⁶²² Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 86; Engel, **Partie Générale**, s. 839.

⁶²³ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 193.

⁶²⁴ Engel, **Partie Générale**, s. 836.

⁶²⁵ Bkz. yukarıda §1, III, C, 4.

⁶²⁶ Sbai, **a.g.e.**, s. 30.

⁶²⁷ Sbai, **a.g.e.**, s. 30.

⁶²⁸ Sbai, **a.g.e.**, s. 31; Béguelin, **FJS 872**, s. 3.

⁶²⁹ Béguelin, **FJS 872**, s. 3.

⁶³⁰ Bkz. aşağıda §2, I, 3, b.

Yalnız müteselsil borçlular kendilerine borcun tamamı için ifa talebinde bulunulduğunda, varsa kişisel savunma sebeplerini ileri sürerek borcun tamamını yerine getirmekten kaçınabilirler (TBK m. 164). Haksız fiiller bakımından kabul edilen teselsülde ise, yukarıda da belirttiğimiz üzere, hâkim görüş çerçevesinde TBK m. 51 ve 52'de öngörülen zararı verenin kusur derecesi ve hakkında doğabilecek diğer indirim sebeplerinin bir kişisel savunma sebebi olarak ileri sürülmesine izin verilmemektedir. Bu alanda, alacaklı zarar görenin menfaati daha üstün tutulmak istenmektedir. İndirim sebepleri yalnızca müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide nihai sorumluluk tutarlarının belirlenmesinde kullanılabilir.

Alacaklının bütün borçlulara karşı yöneltebileceği ifa talebi, onun tamamıyla tatmin edilmesine kadar devam edecektir. Kısmi olarak alacaklıyı tatmin etmiş borçlulardan biri, borcun iç ilişkide üzerine düşen kısmından fazlasını ödediği iddiasıyla alacaklının kendisine tekrar başvurmasına engel olamaz⁶³¹. Diğer borçlulardan biri aleyhine kesinleşen mahkeme kararı bulunması da sonucu değiştirmez, önemli olan parametre alacaklının alacağı bakımından tamamen tatmin olmuş olmasıdır.

Kısmi ifa ile ilgili ilginç bir olasılık, müteselsil borçluların farklı edimleri borçlandıkları durumda ortaya çıkabilir. Örnek olarak A'ya karşı B1 10.000 TL B2 ise bir motorsikletin mülkiyetini borçlansın. B1 A'ya 5.000 TL için kısmi bir ödemede bulunduğu A B2'den talepte bulunabilir mi? Eğer B2'nin borcunun kısmi bir ifaya elverişli olmadığı kabul edilirse, ulaşılabilecek sonuç, B2'nin borcu ifa etmesinin sorumlu olmadığı şekilde imkânsızlaştığıdır, bu durumu meydana getiren kişi B1'in kısmi ifasını kabul eden A'nın kendisidir. Böyle olunca B2 dış ilişkide kişisel olarak borçtan kurtulur. A ise, kalan 5.000 TL için yalnızca B1'den talepte bulunabilecektir. Buna karşılık dış ilişkide sorumluluktan kurtulan B2 iç ilişkide B1'e karşı sorumlu olmaya devam edeceği kabul edilmelidir. Bu bağlamda B1 ve B2'nin edimlerinden hangisinin değeri daha düşükse, B2 bu değer üzerinden kendi üzerine düşen pay oranında B1'e karşı sorumlu olur. Diğer taraftan şayet B2'nin borcunun kısmi ifasının mümkün olduğu, yani mülkiyet hakkının paylı mülkiyet yapısına dönüştürülerek A'ya ½ payın devriyle B2'nin borcu ifa etmesi söz konusu

⁶³¹ Merz (Giovannoni), *a.g.e.*, s. 86; Engel, *Partie Générale*, s. 839.

olabileceği kabul edilirse, bu durumda olağan bir kısmi ifa kurgusundan farklı bir sonuca ulaşılmayacaktır.

Buna karşılık alacaklı borçlulardan dilerse birine dilerse tamamına başvurabilir. Bu konuda kendisinin bir seçimlik hakkı (*jus variandi*) bulunduğu söylenebilecektir⁶³². Alacaklı borçlulardan sadece birine başvurduğunda mutlaka alacağının tamamını talep etmek zorunluluğu içinde de değildir. Daha ziyade burada alacaklıya tanınmış bir yetki söz konusudur. Bu husus TBK m. 163'ten açık olarak çıkarılabilir⁶³³. Ne var ki, alacaklı bu şekilde borçluların birinden sadece borcun belli bir kısmı için talepte bulunmuş olsa da, borçlunun borcun tamamını yerine getirme, borç yükünden mutlak suretle kurtulma hakkı mevcut bulunmaktadır. Alacaklı da buna karşı çıkamaz⁶³⁴.

Diğer yandan, alacaklının borçlulardan dilediğine başvurabilmesi, ancak ilgili borçlu bakımından alacağı talep edebilme şartlarının oluşmuş olmasına bağlıdır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, müteselsil borçlulukta çokluk teorisini kabul etmekteyiz. Dolayısıyla her bir borçlu bakımından alacağın doğuşu veya talep edilmesi farklı modalitelere tabi tutulmuş olabilir (vade, muacceliyet ihbarı, şart vb.). Bu durumda alacaklı sadece haklarında talep şartları tamamlanmış borçlulara kısmen veya tamamen başvurabilecektir. Açıklamalarımız, taahhüt edilen borcun kapsamı bakımından farklılık yaratıldığı durumlarda da değişkenlik gösterecektir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde müteselsil borçlulardan birinin borcun sadece belli bir kısmı için borçlu olmayı taahhüt etmesi olasılık dâhilindedir. Böyle bir olasılıkta ise, söz konusu borçlu üzerine aldığı borç yüküyle sorumludur, dolayısıyla bundan daha fazlası için kendisine talepte bulunulamaz.

Yukarıda anlattıklarımız somut bir örnekle netleştirilecek olursa, B1 ve B2'nin A'ya karşı 1000 TL için müteselsil borçlu oldukları düşünölsün. Bu kurguda B1'in iç ilişkideki yükü 400 TL, B2'nin ise 600 TL olsun. A, alacağının tamamını B1'den talep ettiği vakit, B1 kendisinden sadece 400 TL istenebileceğine ilişkin bir savunmada bulunamaz. Keza, B1 A'ya daha önce 500 TL kısmi ödemede

⁶³² Gautschi, **a.g.e.**, s. 17; Canyürek, **a.g.e.**, s. 26. Bkz. bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi kararı BGE 106 II 254.

⁶³³ Gautschi, **a.g.e.**, s. 17; Engel, **Partie Générale**, s. 839.

⁶³⁴ Engel, **Partie Générale**, s. 839; Canyürek, **a.g.e.**, s. 25.

bulunduysa bundan sonra ödeme yapması gerekmediğine ilişkin bir savunma da ileri süremez. Söz konusu durum, B2 aleyhine alınmış ifaya mahkûmiyet (tamamen veya kısmen) hükmü bulunsa da değişkenlik göstermez. Alacaklı, B1'den –kısmen- sadece 500 TL için talepte bulunduğu, B1 alacağın hepsini (1000 TL) ifa etmek yönünde hareket edebilir, A da buna karşı çıkamaz. Ne var ki B1, A'nın 500 TL'lik bu talebine karşılık 600 TL ifa etmek isteseydi, A da bunu kabul etmek zorunda olmayacaktı. Zira kural borcun tamamının ifasıdır (Bkz. TBK m. 84 f.1). Yalnız bu son durumda A sadece 500 TL'lik kısmı kabul edebilir, onun kısmi olarak talepte bulunmaya yetkisi olduğunu kanunda belirtilmektedir (Bkz. TBK m. 163'te “[v]eya bir kısmının ifasını” ifadesi). Belki bu son olarak dile getirdiğimiz olasılık, pratik olarak pek karşılaşılmayacak bir durum olabilir, ne var ki bu teorik açıklamalarımız alacaklının bir başkasına karşı borçlulardan birinden sadece belli bir miktara kadar talepte bulunmayı taahhüt ettiği bir durumda anlam kazanabilecektir.

Aynı yönde açıklamalar, borca katılma hali için de yapılabilir. Sonuçta borca katılmayla birlikte bir müteselsil borçluluk durumu meydana gelmektedir.

Nitekim bölünemeyen borçlulukta da benzer bir durumdan söz edilebilir. Bölünemeyen borçluluğun öğretilde “şeklî teselsül” olarak ifade edildiğini yukarıda aktarmıştık⁶³⁵. Ne var ki bölünemeyen borçlulukta temelde fark yaratan nokta, bu borçluluğun edimin niteliğinden kaynaklanıyor olmasıdır. Dolayısıyla, her bir borçlu böyle bir durumda, yani salt edim bölünemediğinde kanun gereği birlikte ve her biri borcun tamamından olmak üzere sorumlu tutulmuş bulunmaktadır. Taraf arzusuna dayalı bir bölünemeyen borçluluk yaratılması ise söz konusu olamaz, zira bu borçluluk türü borçlanılan şeyin (edimin) tabiatıyla alakalıdır. Borçluların böyle bir istekleri bölünebilen bir edim bakımından varsa, müteselsil borçluluğu tercih etmeleri gerekir⁶³⁶.

⁶³⁵ Bkz. yukarıda §1, III, E, 2 altındaki açıklamalarımız.

⁶³⁶ Karş. Engel, **Partie Générale**, s. 830. Yazarın fikrine göre, alacaklı tarafından birden fazla borçlu karşısında bir ressamın üç tablosunun bölünmez bir bütün olarak değerlendirilmesi ve bu şekilde sözleşmesel olarak bölünmez bir borcun tasarlanması mümkün olabilecektir.

b. Farklılaştırılmış Teselsülde

Anonim şirketler hukuku alanında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından kabul edilen farklılaştırılmış teselsülde, TTK m. 557 sözleşmeye aykırılık zararından ötürü oluşacak teselsül yapısı farklı olarak tasarlanmıştır⁶³⁷. Normal şartlarda zarardan sorumluluk bakımından teselsülü düzenleyen TBK m. 61 çerçevesinde, ağırlıkla kabul edilen zarara yol açanların kusur derecelerinin veya kanunda öngörülen diğer indirim sebeplerinin (TBK m. 51 ve m. 52) alacaklının ifa talebine karşı bir kişisel savunma sebebi olarak ileri sürülememesidir⁶³⁸. Oysa farklılaştırılmış teselsül bakımından buna izin verilmiştir⁶³⁹. Buna göre, bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluk miktarı verilen zararlar ile illiyet bağı çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Böylece, yönetim kurulu üyesi şirkete tek başına zarar verdiği bir kurguda sorumlu olabileceğinden daha fazla bir miktar için sorumlu olmayacaktır⁶⁴⁰.

Farklılaştırılmış teselsül yapısında, alacaklı yine dilediği borçludan talepte bulunmakta özgürdür⁶⁴¹. Alacaklı bütün borçlulardan talepte bulunduğu, her bir borçlunun kişisel olarak hangi indirim sebeplerini ileri sürebileceğini gözeterek hareket etmesine gerek bulunmamaktadır⁶⁴². O talebini toplam değer üzerinden yapabilecektir. Ne var ki somut durumda talepte bulunulan bütün borçlular arasında varolan teselsül ilişkisi en az kusurlu olan kişinin sorumluluğu kadar olacaktır, dolayısıyla somut durumda alacaklının hangi borçlulardan talepte bulunduğuna göre toplam müteselsil sorumluluk tavan değeri son tahlilde farklılık gösterebilecektir⁶⁴³. Bu konudaki tespit, davalı borçluların ileri sürdükleri savunmalar çerçevesinde davaya bakan hâkim tarafından yapılacaktır⁶⁴⁴. Her bir durumda, toplam teselsül sorumluluğu değeri, en az sorumlu olan borçlununki kadar olacaktır. Bir örnekle somutlaştıralım. A, B, C ve D, bir anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri olarak şirkete verdikleri zarardan sorumlu bulunsun. Bu çerçevede A'nın sorumluluğu 9.000 TL, B'nin 7.000 TL, C'nin 5.000 TL ve D'nin de 3.000 TL olsun. Alacaklı tüm

⁶³⁷ Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 11; Helvacı, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 229; Altay, **Yetki Devri**, s. 315.

⁶³⁸ Garbarski, **a.g.e.**, s. 243.

⁶³⁹ Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 245; Göktürk / Can, **a.g.e.**, s. 249.

⁶⁴⁰ Garbarski, **a.g.e.**, s. 244; Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 247; Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1213; Göktürk / Can, **a.g.e.**, s. 259.

⁶⁴¹ Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 24; Garbarski, **a.g.e.**, s. 249.

⁶⁴² Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 246.

⁶⁴³ Garbarski, **a.g.e.**, s. 248, Trindade, **a.g.e.**, s. 222; Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 246.

⁶⁴⁴ Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 246.

borçlulardan talepte bulunduğunda, sadece 3.000 TL'lik tavan değer için teselsül söz konusu olacaktır. Buna karşılık yalnızca A ve B'den talepte bulunulmuş olsaydı, tavan değişmiş olurdu, 7.000 TL için müteselsil sorumluluğun söz konusu olacağı söylenebilirdi.

Alacaklı kısmen tatmin edilecek olursa, müteselsil sorumluluk tavanı içinde kalmak suretiyle yine diğer müteselsil borçlulardan talepte bulunulabilecektir. En yüksek sorumluluk tavanı üzerinde kalan değer için ise, kişisel sorumluluk söz konusudur. Yukarıdaki örnek üzerinden devam edecek olursak, en yüksek tavan değer A ile B arasındaki teselsülde 7.000 TL'dir. Geriye kalan 2.000 TL ise, tamamen A'nın kişisel sorumluluğundadır. Yalnız alacaklı kısmen tatmin edildiğinde, ifa edilen miktar herhangi bir borçlunun bireysel sorumluluk tavanını aşıyorsa, o borçlu da ödemeye birlikte borçtan kurtulmuş olur. Kalan kısım için bireysel sorumluluk tavanı içinde kaldığı iddiasıyla söz konusu borçluya daha başka başvuruda bulunulamaz. Sonuçta farklılaştırılmış teselsülde, müteselsil sorumluluk her bir bireysel sorumluluğun ortak paydası üzerinde mevcuttur⁶⁴⁵. Bu payda bakımından teselsülün tüm hükümleri uygulama alanı bulacağından, paydaya denk gelen borcun ödenmesi ancak bu payda kadar sorumlu olacak müteselsil borçluyu tamamen borçtan kurtarır. Diğer müteselsil borçlular bakımından ise böyle bir durumda bundan böyle başvuruda bulunabilecek değer, bireysel sorumluluk tavanı değerinden kısmi ödeme konusu değer çıkartılarak hesaplanır. Yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden somutlaştıralım: A 3.000 TL için kısmi ödemede bulunsun. Sonuçta A'nın toplam sorumluluk tutarı 9.000 TL olduğu için bu A açısından kısmi ödeme oluşturacaktır. Bu durumda müteselsil sorumluluğu en fazla 3.000 TL'ye kadar olan D, tamamen borçtan kurtulurken, diğer borçlulardan C 2.000 TL, B 4.000 TL, A ise 6.000 TL için sorumlu olmaya devam eder. Yoksa teselsüldeki borç tamamen ödenene kadar sorumluluğun devam edeceği kuralı (TBK m. 163), en yüksek tavan değer takdir edilerek uygulanmaz⁶⁴⁶. Yani ortak teselsül tavanı 7.000 TL olarak düşünülüp de bu tamamen karşılanana kadar tüm borçluların kendi bireysel sorumluluk tavanları kadar borçlu olmaya devam edecekleri düşüncesi kabul edilemez. Zira yine örnek üzerinden devam edilecek olursa, en yüksek tavan 7.000 TL bakımından sadece A ve B arasında teselsül bulunmaktadır. C ve D bu son

⁶⁴⁵ Vogt, **a.g.e.**, s. 27; Altay, **Yetki Devri**, s. 340.

⁶⁴⁶ Aksi yönde düşüncesi ve örneği için bkz. Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1225. Yukarıda metinde belirttiğimiz gerekçe ile bu görüşe katılmıyoruz.

teselsül yapısında zaten yer almamaktadır ki teselsül kurallarına göre sorumlu tutulmaya devam edilsinler.

Dış ilişkide belirlenen sorumluluk tavanları, müteselsil borçluların iç ilişki bakımından sorumlu oldukları borcun nihai yükünden farklılık gösterebilir⁶⁴⁷. Zira dış ilişkide yapılacak değerlendirme alacaklı (zarar gören) ile olan ilişki bağlamında iken, iç ilişkide bizzat müteselsil borçluların birbirlerine olan durumları değerlendirmeye alınmaktadır⁶⁴⁸.

B. Gerçek Olmayan Birlikte Borçluluk Türlerinde

1. Kümülatif Borçluluk Bakımından

Kümülatif borçlulukta, alacaklı her bir borçludan farklı hukukî sebeplere dayalı olarak birbiriyle yığılan talepler ileri sürebilecektir. Ortada birlikte borçlu sayısı kadar (dar ve geniş anlamda) borç ilişkisi bulunmaktadır⁶⁴⁹. Dolayısıyla alacaklının birlikte borçlulara yönelteceği talepleri birbirinden bağımsızdır. Taleplerden birinin ileri sürülmesi ve alacaklıya ifasının sağlanması diğer talep üzerinde herhangi bir etki meydana getirmemektedir. Ortada birden çok borçlu bulunduğu halde, bunlar arasında bir bağdan veya etkileşimden de söz edilmek mümkün değildir. Her bir borçlu kendi bağımsız borcundan ötürü sorumludur. İradi olarak tasarlanan bir kümülatif borçlulukta alacaklının aynı olmasından başka ortak bir özellik bulunmamaktadır. Öyle ki taahhüt edilen borcun konusu ve kapsamı bile farklılık gösterebilecektir.

2. Kefalet Sözleşmesi Bakımından

Kefalet sözleşmesiyle oluşan birlikte borçlulukta kefil, alacaklıya karşı asıl borçtan farklı ve ayrı bir borç üstlenir⁶⁵⁰. Bu borcun asıl borç ile olan bağlantısı, kendisini kefalet sözleşmesinin bir teminat sözleşmesi olarak asıl borcun yerine getirilmemesi riskini güvence altına almasında gösterir. Dolayısıyla kefalet borcu

⁶⁴⁷ Körner, **a.g.e.**, s. 264; Göktürk / Can, **a.g.e.**, s. 271.

⁶⁴⁸ Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 18-19; Vogt, **a.g.e.**, s. 53.

⁶⁴⁹ Engel, **Partie Générale**, s. 828.

⁶⁵⁰ Engel, **Partie Générale**, s. 639.

olarak adlandırılabilir bu borcun içeriği, asıl borca göre tespit edilir. TBK m. 589, kefilin asıl borcun yerine getirilmemesi riskine bağlı olarak hangi değerleri borçlandığını açık olarak belirtmektedir. Sonuçta kefil yalnızca asıl borcun kendisinden değil, maddede belirtilen başka değerler için de alacaklıya karşı sorumludur. TBK m. 589 bir tek nokta dışında emredici bir hüküm değildir, kefalet sözleşmesindeki özel şekil şartlarına uyulmak suretiyle kefilin sorumluluk kalemleri artırılabilir veya tam tersine –bu kez herhangi bir şekil zorunluluğuna uyulması gereği de kalmadan- kefilin sorumluluğunun kapsamının daraltılması mümkündür. Yalnız, kefilin sorumluluğunun kapsamının genişletildiği bir olasılıkta, sorumluluk kalemlerinin alacaklının menfi zararı veya edimin yerine getirilmemesi halinde ödenecek cezai şart olması emredici bir düzenleme ile kesin olarak yasaklanmıştır⁶⁵¹ (TBK m. 589 f. son).

Kefilin borcunun kapsamını belirleyen TBK m. 589'a göre kefilin sorumlu olduğu ilk borç kalemi, asıl borcun kendisidir. Asıl borcun değerinin hesaplanmasında kefilin borç altına girdiği tarih esas alınacaktır⁶⁵². Peki, bu tarihten sonra borcun kapsamında bir daralma ya da genişleme olması durumunda nasıl düşünülme gerekir? Eğer asıl borç değerinde herhangi bir azalma olursa kefilin sorumluluğu da bundan mutlak olarak etkilenecektir. Diğer taraftan kefil, asıl borç değerinde kendiliğinden meydana gelen olağan artışlardan da sorumlu olur. Buna karşılık eğer değer artışı, alacaklı ile asıl borçlunun sonradan yaptıkları bir değişikliğe dayanıyorsa, kefil onayı alınmadıkça bundan sorumlu olmaz⁶⁵³.

Kefilin sorumlu olduğu ikinci borç kalemi ise, asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçlarıdır. Somutlaştırmak gerekirse, kefil, asıl borçlu kusuruyla borcun imkânsızlaşmasına sebep olduysa veya temerrüde düşerek gecikme tazminatı borcu altına girdiyse yahut asıl borç için temerrüt faizi işlemişse bunlardan sorumlu olacaktır. Buna karşılık asıl borcun yerine getirilmemesi için öngörülen sözleşme cezası veya borçlunun kusuruna bağlı olmayan bir sorumluluk kalemi kefalet borcunun kapsamında değerlendirilmez⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ Böyle bir durumda ortada bir garanti sözleşmesi bulunduğu sonucuna varılabileceğine ilişkin olarak bkz. Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 668.

⁶⁵² Özen, **Kefalet**, s. 121.

⁶⁵³ Özen, **Kefalet**, s. 121; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 161.

⁶⁵⁴ Meier, **CoRo.**, Art. 499, N. 9; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 499, N. 6; Özen, **Kefalet**, s. 123; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 532; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 775-776; Develioğlu,

Üçüncü olarak kefil, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan anapara faizinden sorumlu olur. Anapara faizi bakımından öngörülen sınır, temerrüt faizi bakımından öngörülmemiştir. Temerrüt faizi, yukarıda bahsedilen ikinci borç kalemi altında değerlendirilir⁶⁵⁵.

Son olarak kefil, asıl borçluya karşı yöneltilen takip, dava ve asıl borç için varolan ve halefiyet kapsamında kendisine devredilecek rehin haklarına ilişkin masraflardan da sorumludur⁶⁵⁶. Yalnız kefilin bu masraflardan sorumlu tutulabilmesi bir şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu şart, masrafların yapılmasının önlenmesi için kefile bir bildirimde bulunulması ve süre verilmesidir. Eğer alacaklı, belirtilen şekilde hareket etmemiş olursa kefil söz konusu masraflardan sorumlu tutulamaz⁶⁵⁷.

Yalnız şu husus gözden kaçırılmamalıdır, asıl borcun ve buna bağlı olarak kanunda kefilin sorumluluğuna gireceği belirtilen bu değerlerin toplam tutarı ne olursa olsun, kefil her zaman en fazla kefalet sözleşmesinde öngörülen üst limit tutarı kadar sorumlu olacaktır⁶⁵⁸.

3. Garanti Sözleşmesi Bakımından

Garanti sözleşmesi kapsamında garanti verenin borcu, asıl borçtan ayrı ve bağımsız bir borçtur. Garanti borcunun asıl borçla olan tek ilişkisi, doğumunun sözleşmede belirlenen riskin gerçekleşmesine, yani asıl borcun yerine getirilmemesi olgusuna bağlı olmasıdır. Yoksa garanti veren alacaklı ile taraf olduğu garanti sözleşmesi hükümleri uyarınca ona karşı sorumludur. Garanti borcunun kapsamı da taraflar arasındaki sözleşmeye göre serbestçe belirlenir⁶⁵⁹.

Garanti, s. 302; Necip Bilge, “Kefilin Mesuliyetinin Şümülu”, **AÜHF**, C. XIII, Sayı 1-2, 1956, s. 86-171, s. 119 vd.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 292.

⁶⁵⁵ Özen, **Kefalet**, s. 124; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 533; Develioğlu, **Garanti**, s. 303.

⁶⁵⁶ Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 532; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 776; Develioğlu, **Garanti**, s. 303; Yavuz, **a.g.e.**, s. 293.

⁶⁵⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 499, N. 11; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 532; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 777; Develioğlu, **Garanti**, s. 303; Yavuz, **a.g.e.**, s. 293.

⁶⁵⁸ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 779; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 533; Yavuz, **a.g.e.**, s. 292.

⁶⁵⁹ Develioğlu, **Garanti**, s. 305.

Garanti sözleşmesinde garanti borcunun kapsamı için hiçbir özel kararlaştırma olmadığı veya herhangi bir değer belirlenmediği durumda garanti verenin borcu, asıl borcun yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı müspet zarara göre hesaplanacaktır. Bu zararı ve miktarını ispat etme yükü ise alacaklının üzerindedir⁶⁶⁰.

Ancak bazı durumlarda sözleşmede garanti borcunun götürü bir bedel olarak belirlenmesi veya en fazla belirli bir değere kadar olabileceğinin kararlaştırılması (yani kefalette olduğu gibi bir üst limit belirlenmesi) da imkân dâhilindedir⁶⁶¹.

Garanti borcunun sözleşmede götürü bedel olarak kararlaştırılması, başlı başına değerlendirildiğinde farklı anlamlara gelebilir. Tarafların bu konudaki iradesi esas belirleyici etkindir. Buna göre götürü bedel, asıl borcun ihlal edilmesi durumunda zarar hesaplanmaksızın ödenecek bir değer olabileceği gibi, garanti lehdarını zararı ispat yükünden kurtarmak için öngörülmüş bir değer de olabilecektir. İlk olasılıkta zararın gerçekleşip gerçekleşmediği olgusundan uzak bir tavır alındığı için ortada şarta bağlı soyut borç ikrarı niteliği taşıyan bir sözleşme olduğu da söylenebilir. İkinci olasılıkta ise, taraflar arasında zararın ispat yükü bakımından bir anlaşmaya varılmaktadır. Böyle bir anlaşma, garanti sözleşmesi yapısına daha uygundur, zira zarar şartının gerçekleşmesi mutlak olarak aranmakta, yalnızca ispatı bakımından alacaklıya bir kolaylık sağlanmaktadır. Ne de olsa garanti sözleşmesi, yapısal bir unsur olan risk kavramından ayrı düşünülemez. Risk, garanti sözleşmesine şart gibi dışarıdan eklenen bir unsur olmayıp bizatihi bu sözleşmenin bir kişisel teminat sözleşmesi olmasından hareketle içsel bir unsurunu oluşturur.

Diğer taraftan, tarafların zararın ispatı bakımından özel bir hüküm öngörmeyip garanti sözleşmesinden doğan borç için kefalet sözleşmesine benzer bir üst limit koymaları da mümkündür.

Kefalet sözleşmesinden farklı olarak garanti sözleşmesi kapsamına –kural olarak- asıl borcun konusu edimin yerine getirilmemesinden kaynaklı zarardan başka bir değer kalemi girmez. Bu konuda kefalet bakımından kefilin sorumlu olacağı değer kalemlerine ilişkin TBK m. 589 genel olarak kıyasen uygulama alanı

⁶⁶⁰ Develioğlu, **Garanti**, s. 306.

⁶⁶¹ Reisoğlu, **Garanti**, s. 133-134; Develioğlu, **Garanti**, s. 305.

bulmaz⁶⁶². Bir defa kefalet borcu asıl borca bağı ferî bir özellik göstermekte iken garanti sözleşmesi asıl borçtan bağımsızdır. Diğer taraftan garanti sözleşmesinin güvencesi daha soyut olarak asıl borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmesi ile ilgili bulunmaktadır. Dolayısıyla kıyasen uygulama için iki sözleşme arasında gerekli benzerliğin bulunduğu söylenemeyecektir. Kaldı ki, kefalet sözleşmesinde asıl borcun yanında kefilin sorumlu olacağı belirtilmiş tüm değerlerden ötürü kefil, en fazla sözleşmede zorunlu olarak belirtilmesi gereken kefalet üst limitine kadar sorumlu olur. Garanti sözleşmesinde ise böyle bir limit belirleme zorunluluğu bulunmamaktadır, garanti verenin limitsiz olarak belirtilen kalemlerden sorumlu tutulması düşünülemeyeceği gibi, bu sözleşmeye de mutlaka bir sorumluluk üst limiti eklenmesi zorunluluğu getirilmesi de çok yerinde bir düşünce olmaz. Tabii, bu son konuda gerçek kişilerin garanti borcu altına girmesi bakımından kefalet ehliyetine, şekil şartlarına ve kefilin eşinin rızasının alınmasına ilişkin kuralların uygulanmasını öngören TBK m. 603 kuralı gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla gerçek kişilerin garanti veren oldukları garanti sözleşmesi yapılarında daha farklı düşünülmesi gerekir. Zira bu yapılar dâhilinde bir üst limitin belirlenmesi, bir geçerlilik şartı olarak kaçınılmazdır.

4. Sigorta Sözleşmesi Bakımından

Sigorta sözleşmesinde sigortacı, sigorta ettirene (sigortalı) karşı, onun maddî çıkarına hanel getiren bir risk gerçekleştiğinde onun zararını sigorta tazminatı olarak adlandırılan bir değerin ödenmesi suretiyle yükümlüdür. Sigorta tazminatı, sigorta zararına göre hesaplanan bir değerdir. Sigorta zararı ise, riskin gerçekleştiği anda sigortalının malvarlığında oluşan zararı ifade etmektedir. Sigorta tazminatı, sigorta zararını geçemeyeceği gibi, taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan sigorta bedelini de aşamaz. Görüldüğü üzere, sigorta sözleşmesinde bu üç temel kavram üzerinden sigorta himayesinin kapsamı belirlenmektedir.

Sigorta sözleşmesinden doğan birlikte borçlulukta diğer borçluyu oluşturan üçüncü kişi ise, verdiği zarardan ötürü sigortalıya karşı tazminat borcu altındadır. Onun tazminat borcu sorumluluk hukuku kurallarına göre hesaplanacaktır. Buna göre tazminat borcunun hesaplanmasında iki aşama olduğu söylenebilir. Bunlardan

⁶⁶² Develioğlu, **Garanti**, s. 306.

birincisi, mağdurun zararın hesaplanması, ikincisi ise TBK m. 51-52'de yer alan indirim sebepleri gözetilerek nihai tazminat miktarının hesaplanmasıdır.

II. Borçluların Bireysel Hareketlerinin Diğerlerine Etkisi

A. Gerçek Anlamda Birlikte Borçluluk Türlerinde Durum

1. Elbirliği Borçluluğunda

Elbirliği ile borçlulukta, borçluların bireysel hareketlerinin diğerlerine etkisi kanunda düzenlenmiş değildir. Öte yandan esasen daha bizzat borçluluğun varlığı bile tartışma konusu olduğundan, borçluların birbirlerine ne konumda oldukları konusunda bir tartışma gündeme gelememektedir. Ancak böyle bir borçluluk türünün varlığı kabul edilecek olursa, alacaklının zaten bütün borçluları birlikte takip etmesi gereği de dikkate alındığında, bu konuda herhangi bir özel açıklamanın gerekmeyeceği açıktır. Zira borçlular alacaklıya karşı tek bir vücut oluşturmaktadır. Dolayısıyla bir birlikte borçlunun tek başına alacaklıyla elbirliği borcunu etkileyecek bir işlemde bulunması söz konusu olamaz.

Yalnız elbirliği borçlularının borca aykırılığa sebep olabilecek hareketlerinin sonucunun ne olacağı şüphe yaratabilir. Belirtilmelidir ki, borçlular alacaklıya karşı tek vücut olarak değerlendirildiklerinden içlerinden sadece birinin sorumlu olduğu borca aykırı hareketi hepsine izafe edilecektir. Alacaklı borca aykırılık neticesinde oluşan durumda yine borçluların hepsine birden başvuracak ve zararını borçlular birliğine tazmin ettirecektir. Bu aşamada alacaklının aykırılığın kim tarafından meydana getirildiğinin tespiti de gerekmemektedir. Bu aşamadan sonra ise, birlikte borçlular kendi aralarındaki iç ilişkide hesaplaşmaya gidecektir. Bu iç ilişki büyük olasılıkla bir geçici (adi) ortaklık ilişkisi olacaktır⁶⁶³.

⁶⁶³ Bkz. aşağıda §3, III, B, 1, c.

2. Kısmi Borçlulukta

Kısmi borçlulukta, bütün kısmi borçlar birbirinden bağımsızdır. Bu anlamda borçluların bireysel davranışları diğerlerine herhangi bir etkiye bulunmaz⁶⁶⁴. Zaten durum böyle olunca birbiri adına hareket gereği ve zorunluluğu da bulunmamaktadır.

3. Müteselsil Borçluluk ve Borca Katılmada

Müteselsil borçluların bireysel hareketlerinin diğerlerinin nasıl etkileyeceğinin tespit edilmesi önemlidir, zira buna göre bir borçlunun sorumluluk gerektiren hareketinden diğerinin sorumlu olup olmadığı çıkarsaması, bu hususun tespiti ile mümkün olabilecektir.

Bu alanda yapacağımız incelemede müteselsil borçlulukla ilgili açıklamalarımız diğer birlikte borçluluk türleri bakımından bir kerteriz vazifesi görebilir. Zira konunun en çok çalışıldığı alan kanunun da doğrudan hüküm sevkettiği müteselsil borçluluk olmuştur.

Müteselsil borçlulukta, borçluların birbirlerinin hareketlerinden etkilenip etkilenmeyeceklerinin tespitinde TBK m. 165 yol göstericidir. Anılan maddeye göre “[K]anun veya sözleşme ile aksi belirtilmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştırıramaz.” Bu madde esasında müteselsil borçluların borçlarının birbirlerinden nispi anlamda bağımsız olmasının bir sonucudur⁶⁶⁵. Buna göre borçlulardan biri daha sonradan alacaklıyla anlaşarak kendi bulunduğu borç ilişkisindeki durumunu ağırlaştırabilecek bir modalite öngörülmesini kararlaştırdıysa, diğer borçlular bundan etkilenmez⁶⁶⁶. Nitekim borçlulardan biri, sonradan taraflar arasında söz konusu olan para borcu için kanunda öngörülenden daha yüksek değerinde bir temerrüt faizi oranı kararlaştırmışsa yahut

⁶⁶⁴ Selb, **a.g.e.**, s. 18; Engel, **Partie Générale**, s. 829; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.03.

⁶⁶⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1046; Eren, **a.g.e.**, s. 1207; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 337; Rossel, **a.g.e.**, s. 209; Béguelin, **FJS 873**, s. 2.

⁶⁶⁶ Romy, **CoRo.**, Art. 146, N. 2; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 146, N.1; Gautschi, **a.g.e.**, s. 11; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 34; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3724; Becker, **BerKom.**, Art. 146, N.1; Béguelin, **FJS 873**, s. 2; Haberstick (Gilliéron), **a.g.e.**, s. 272-273; Deschenaux, **Partie II**, s. 132; Rossel, **a.g.e.**, s. 209; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.22; Benoît Chappuis, “Pluralités des responsables et transaction”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, éd. Franz Werro, Université Fribourg, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 127-155, s. 136; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 456; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 312; Toplandı, **a.g.e.**, s. 383; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 330.

temerrüde düştüğü durumda kusuru olmasa da gecikme tazminatı ödemeyi veya borcu vadesinde ifa etmemesi halinde bir cezai şart ödemeyi kabul etmişse hep böyle bir durum söz konusu olur⁶⁶⁷. Aynı şekilde ortak defilerin ileri sürülmesinden feragat edilmesi, bütün müteselsil borçluluk ilişkisi bakımından ifa yerinin değiştirilmesi de benzer türden işlemlere örnek oluşturur⁶⁶⁸. Ancak meydana gelen ağırlaştırılmış durum diğer borçlu(lar) açısından etkili değildir⁶⁶⁹. Yani ağırlaştırılmış borcu ifa eden borçlu daha sonra, örnek olarak artan miktar için, ekstra rücu talebinde bulunamayacaktır. Müteselsil borçlunun sorumlu olduğu rücu borcu, sadece ilk planda müteselsil olarak borçlanılan edim yükümlülüğü çerçevesindedir, bu değer sonradan onun rızası dışında aşılamaz⁶⁷⁰.

Aşağıda ayrıntılarıyla belirtileceği üzere⁶⁷¹, müteselsil borçluların biri tarafından borcun sebebinden kaynaklanan ortak bir definin kullanılmaması ve bu yüzden ifayla sonuçlanması halinde de durum böyledir. Öyle ki bu durumda, borçlular bundan etkilenmeyecek, zira ifade bulunan borçlunun rücu hakkından faydalanması söz konusu olamayacaktır⁶⁷², ⁶⁷³. Bu yüzden diğer borçluların durumdan etkilenecekleri söylenemez.

Söz konusu maddenin devre dışı kaldığı bir alan, TBK m. 155 hükmüdür⁶⁷⁴. Söz konusu hüküm borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı süresinin diğerlerine karşı kesildiğinin kabul edileceğine hükmeder⁶⁷⁵. Bu madde

⁶⁶⁷ Gautschi, **a.g.e.**, s. 11; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 146, N. 3; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 146, N.1; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.22; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 457; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 331.

⁶⁶⁸ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 91.

⁶⁶⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1208; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 337.

⁶⁷⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 457.

⁶⁷¹ Bkz. §2, III, A, 3, a altındaki açıklamalarımız.

⁶⁷² Engel, **Partie Générale**, s. 840; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 456; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 301. Bkz. bu konuda Yarg. 29.01.2004 T., E. 9591, K. 848: “[M]üteselsil borçluların borçları birbirinden bağımsız olduğu için, borçlulardan her birinin fiili yalnız kendisi hakkında hüküm ve sonuç doğurur. BK:nun 144. maddesi hükmü gereğince de, bir borçlu diğer borçluların durumlarını ağırlaştıramaz. Bunun sonucu olarak, bir örnek vermek gerekirse, bir borçlu zamanaşımı defini ileri sürmez ise, bu yalnız kendisi için sonuç doğurur ve sonuçlarına da katlanır. Bu durumda bu şekilde davranan borçlunun kusuru gerektiğinde iç ilişkide ve rücu sırasında tartışılacaktır.” (www.kazanci.com).

⁶⁷³ Ortak definin geçici bir etkisi olduğu söylenebilirse, rücu hakkından tamamen mahrum olunacağı söylenemez. Böyle bir durumda sadece definin ileri sürülebileceği zaman dilimi bakımından rücu talebinde bulunamaması söz konusu olur. Aksi düşünce adaletsiz bir sonuca yol açacaktır.

⁶⁷⁴ Fransız Hukukunda da benzer bir hüküm (Fr. MK m. 1206) mevcuttur (Mainguy / Respaud, **a.g.e.**, s. 367; Plissonneau-Duquêne, **a.g.e.**, s.158; Proust, **a.g.e.**, s. 70).

⁶⁷⁵ Romy, **CoRo.**, Art. 146, N. 5; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 146, N.3; Kassler, **a.g.e.**, s. 44; Koller, **a.g.e.**, s. 1258; Corboz, **Distinction**, s. 61; Becker, **BerKom.**, Art. 146, N. 2; Bucher, **a.g.e.**, s. 495; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1630; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 146, N. 5; Pascal

zamanaşımını kesen sebepler arasında bir ayırım yapmamaktadır. Bu nedenle borçlunun hareketiyle zamanaşımının kesildiği hallerde de uygulama alanı bulacaktır⁶⁷⁶, ⁶⁷⁷. Yukarıda değinildiği gibi⁶⁷⁸, aslında söz konusu hüküm kanun

Pichonnaz, CO Art. 127-142, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 136, N.2; Béguelin, **FJS 873**, s. 5; Gauch / Schluep / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3721; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 88.22; Braconi / Carron / Scyboz, **a.g.e.**, s. 124; Deschenaux, **Partie II**, s. 133; Corboz, **Distinction**, s. 60; Çandarlı, **a.g.e.**, s. 1293; Topkoru, **a.g.e.**, s. 96; Erdem, **a.g.e.**, s. 338-339; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1057; Kırca, **Yenilikler**, s. 44-45; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 331. Konuyla ilgili olarak bkz. BGE 42 III 6.

⁶⁷⁶ Hatırlanacak olursa, zamanaşımını kesilmesi, temelde üç farklı sebepten ileri gelebilir. Bunlar alacaklının hareketi (borcun talep veya takip edilmesi), borçlunun hareketi (borcun ikrar edilmesi veya teminat gösterilmesi yahut kısmi ödemede bulunulması) ve mahkeme veya icra dairesinin davayı veya icra takibini bir sonraki safhaya taşıyan hareketleridir (Bkz. TBK m. 154).

Hükümün alacaklı açısından uygulaması gayet elverişlidir, alacaklı müteselsil borçlulardan birini takip ederken elde ettiği sonucu diğerlerine karşı da kullanabilecektir (Bkz. Engel, **Partie Générale**, s. 819; Béguelin, **FJS 873**, s. 5)

Öğretide Tekinay (**Teselsül**, s. 45 vd.; **Zamanaşımı**, s. 168-170) bu maddeyi tercüme lafzından hareketle farklı olarak yorumlamaktadır. Yazar, söz konusu maddede (EBK m. 134) yer alan “[b]orçlulardan birine karşı” ifadesinden yola çıkarak maddeyi dar yorumlamaktadır (*Aynı yaklaşım TBK m. 155 açısından da yapılabilir, yazarın yorumunu dayandırdığı ifade değişmemiştir*). Şöyle ki yazarın fikrinde, sadece borçlunun kendisine “karşı” zamanaşımı kesildiğinde uygulama alanı bulacaktır. Eğer kanunda “borçlulardan biri hakkında” veya “borçlulardan biri aleyhinde” denilmiş olsaydı, o zaman madde bütün zamanaşımı kesilmesi hallerini kapsayacak genişlikte yorumlanmaya elverişli olurdu. Ayrıca maddenin bu şekilde yorumlanması, TBK m. 165’le daha uyumlu olacaktır. Zira bu noktada yazara göre neden ana prensibe bir istisna getirildiğinin tatmin edici bir açıklaması da yoktur (Aynı yönde bkz. İyimaya, **a.g.e.**, s. 144; Gautschi, **a.g.e.**, s. 136).

Buna karşılık, Erdem (**a.g.e.**, s. 341) ise, Tekinay’ın bu yaklaşıma katılmamakta ve salt tercüme lafzına dayalı olarak yorum yapılmasını isabetli bulmamaktadır. Yazar ayrıca (**a.g.e.**, s. 117), hükümün rücu alacağı zamanaşımı bakımından da önemli bir görevi olduğunu aktarmaktadır. Buna göre, zamanaşımının kesilmesiyle müteselsil borçlu kendi rücu alacağını da sağlama almış olmaktadır. Zira halefiyet mekanizmasıyla alacaklının yerine geçtiğinde, kesilen ve yeniden başlayan zamanaşımı işlemekte olacaktır. Dolayısıyla borçlu burada aslında diğerlerinin durumunu nedensiz yere ağırlaştırmamaktadır.

Kanaatimizce, Erdem’in getirdiği açıklama, TBK m. 155’in TBK m. 165’e neden bir istisna olarak getirildiğinin anlamlandırılması konusunda önem taşımaktadır.

Öte yandan Kılıçoğlu (**Halefiyet**, s. 136), halefiyetin özel rücu hakkıyla desteklendiği durumlarda, zamanaşımı süresinin zaten sıfırdan başlayacak yeni bir zamanaşımı süresi olduğunu ifade etmektedir (Bkz. aynı yönde Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 392; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 215). Bu görüş kabul edilecek olursa Erdem’in gerekçelendirmesine rağmen TBK m. 155’in yine de sistemin bünyesine yabancı, faydasız bir hüküm olduğu savunulabilir. Ne var ki, Kılıçoğlu’nun söz konusu görüşünü aşağıda da belirteceğimiz üzere benimsemiyoruz. Gerek halefiyette doğan rücu, gerekse özel rücu hakkı kendi modalitelerine tabidir. Şöyle ki, şüphesiz müteselsil borçlu rücu hakkına dayalı olarak dilediği suretle diğerlerine başvurabilir, ama halefiyet yoluyla elde edilen alacak ne halde ise o halde devralınmış olur. Zamanaşımı olgusunun gerçekleşmesine az zaman kaldıysa, halefiyette yararlanmak isteyen rücu alacaklısı buna göre hareket etmelidir. (Bkz. aşağıda §3, IV, A altındaki açıklamalarımız).

Dolayısıyla Erdem’in (**a.g.e.**, s. 117) gerekçesi haklıdır, hükümün bu alanda faydası olduğu açıktır.

Diğer taraftan, İsviçre’de Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinin gözden geçirilmesine yönelik olarak hazırlanan taslakta Art. 158 farklı ve çokluk görüşüyle bağdaşır bir düzenlemeyi öngörmekte ve eski düzenlemeyi tamamen terketmektedir. Buna göre müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı süresi diğerlerine karşı kesilmiş olmaz (Bkz. Purtschert / Thouvenin, **a.g.e.**, Art. 158 OR/CO 2020, N. 1).

⁶⁷⁷ Aslında pratik açıdan düşünüldüğünde, özellikle borcun tamamının ifa edildiği olasılıklar bakımından, ifada bulunan müteselsil borçlu diğerlerinin durumunu alacaklıya karşı –gerçekten– ağırlaştırmış olmamakta, sadece kendisi alacaklının yerine geçtiği için kendi durumunu sağlama almış olmaktadır (Bkz. Pascal Pichonnaz, “La prescription de l’action récursoire”, **La Pluralité des**

genelinde kabul edilen çokluk teorisine yabancı, daha ziyade teklik teorisinin eseri bir hükümdür, bu haliyle eleştiriye tabi tutulmuştur, tutulmaktadır⁶⁷⁹, ⁶⁸⁰. Ne var ki hüküm, 2012 yılı TBK değişikliğinde yine muhafaza edilmiştir. İşte bu hüküm TBK m. 165'te değinilen kanuni bir istisnadır⁶⁸¹. Dolayısıyla borçlulardan biri kendisine yapılan ifa talebini kabul etmekle, yalnız kendisi bakımından işlemiş zamanaşımını değil tüm borçlular bakımından ayrı ayrı⁶⁸² işlemiş zamanaşımı sürelerini kesmektedir. İşleyen zamanaşımı süreleri farklı olsa bile durum aynıdır⁶⁸³. Diğer taraftan zamanaşımının sadece olduğu yerde donmasına yol açan bir zamanaşımının durma sebebi diğerleri bakımından da etkili olmayacaktır⁶⁸⁴. Yine aynı şekilde zamanaşımı işledikten ve defî hakkı oluştuktan sonraki durumda benzer bir hareketin, yani zamanaşımı definden feragat edilmesinin de diğer müteselsil borçlulara herhangi bir etkisi olmayacaktır, ana prensip işlemeye devam eder⁶⁸⁵ (Ayrıca bkz. TBK m. 160 f.2).

Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007, Université Fribourg, ed. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 155-189, s. 164).

⁶⁷⁸ Bkz. yukarıda §1, III, C, 1, a başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁶⁷⁹ Bkz. Sbai, **a.g.e.**, s. 82; Corboz, **Distinction**, s. 60; Eren, **a.g.e.**, s. 1209; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 863; Tekinay, **Teselsül**, s. 45; Selahattin Sulhi Tekinay, "Müteselsil Borçlarda Zamanaşımının Rolü", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 38, Sayı: 1-4, 1964, s. 168-177, s. 168 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1057; Kırca, **Yenilikler**, s. 44-45. Aksi yönde ve hükmün olumlu olduğu yönünde görüşler için bkz. Engel, **Partie Générale**, s. 819.

⁶⁸⁰ Aslına bakılacak olursa, söz konusu maddenin İsviçre aslının (İBK m.136) kaynağı Fransız MK m. 1206 ve m. 2249 hükümleridir (Bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 338, dn. 1177). Hatırlanacak olursa, Fransız hukukunda teklik teorisine uygun şekilde müteselsil borçluların sadece aynı edimi borçlanmış olmaları zorunluluğu getirildiğinden söz etmiştik (Bkz. Fr. MK m. 1200). Böyle olunca söz konusu hükmün Fransız MK'da yer alması şaşırtıcı değildir. Ne var ki, çokluk teorisine daha yakın duran sistemimizin bünyesinde yabancı bir madde olduğu aşikârdır. Bu hususu özel olarak tespit eden bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. BGE 55 II 310 = JdT 1930 I 270.

⁶⁸¹ Corboz, **Distinction**, s. 60-61; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1047; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 458; Kırca, **Yenilikler**, s. 44.

⁶⁸² Çokluk teorisi çerçevesinde, birden fazla söz konusu olacak dar anlamda borç ilişkisinde her bir müteselsil borçlunun muacceliyet tarihinin farklı kararlaştırılabileceğini ifade etmiştik. İşte bu şekilde farklı vadeler kararlaştırılmış olsa da, işlemeye başlayan zamanaşımı süreleri bir borçlunun hareketiyle diğerleri bakımından birinin 5 yıl, diğerinin 6 yıl işlemiş olduğuna bakılmaksızın kesilecektir. Ne var ki, ilgili borçlunun zamanaşımının kesilmesine sebep olduğu tarihte borcu henüz muaccel olmamış bir borçlu açısından bu sonuca varılamaz. Zira zamanaşımı süresi, başka ekstra bir şart öngörülmemişse muacceliyet tarihinden itibaren başlar (TBK m. 149). Yoksa zamanaşımının kesilmesine neden olan sebep, hiç başlamamış olan bir zamanaşımı süresini harekete geçirecek değildir. Diğer taraftan şayet ortada diğer borçlulardan biri için önceden tamamlanmış bir zamanaşımı süresi söz konusu ise, zaten bu sonradan meydana gelen kesilme onu hiç etkilemeyecektir. Zira onun defî hakkının varlık şartları zaten oluşmuştur, ortada kazanılmış bir hak söz konusudur (Pichonnaz, **CoRo.**, Art. 136, N.2; Tekinay, **Teselsül**, s. 47; Sbai, **a.g.e.**, s. 84; Gautschi, **a.g.e.**, s. 126).

⁶⁸³ Fick, **Commentaire CO**, Art. 136, N. 4; Gautschi, **a.g.e.**, s. 128. Farklı görüşte bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1059-1060. Yazarların fikrine göre anılan maddenin -herhalde- uygulaması zamanaşımının müşterek bir defî olarak ortaya çıktığı hallere hasredilmelidir.

⁶⁸⁴ Bkz. Tekinay, **Zamanaşımı**, s. 174; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 458; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 313; İyimaya, **a.g.e.**, s. 142. Zamanaşımının durma sebeplerinin, kesilme sebepleriyle karşılaştırıldığında daha özel ve kişisel nitelik arz etmeleri de zaten bunu gerektirecektir.

⁶⁸⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1209.

Müteselsil borçlulardan birinin meydana getirdiği borca aykırılık halinin diğer borçluları etkileyip etkilemeyeceği konusu ise, bu bahis kapsamında ciddi tartışmalara konu olmuştur. Söz konusu tartışmalar, özellikle bir borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığının diğerlerine etkisine odaklanmaktadır. Öte yandan, diğer borca aykırılık halleri olan borçlu temerrüdü ve kötü ifa bakımından ise, yani bir borçlunun temerrüdünün veya kötü ifasının diğerlerini nasıl etkileyeceği konusunda, aynı hararetle tartışmalar vaki olmamıştır.

Baştan söylemek gerekir, eğer borçlular alacaklıyla herhangi bir müteselsil borçlunun meydana getireceği borca aykırılık dolayısıyla sorumlu olacakları noktasında anlaşmışlarsa⁶⁸⁶ zaten sözleşmesel istisnanın olduğu bir alanda bulunulduğundan sorunun cevabı nettir, buna herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶⁸⁷. Zira TBK m. 165 emredici bir düzenleme değildir⁶⁸⁸.

Peki, taraflar arasında bu konuda bir kararlaştırma yoksa nasıl bir çözümleme yapılmalıdır? Ortak bir çözümü önermeden önce, teker teker borca aykırılık durumları bakımından ortaya atılan görüşleri inceleyelim.

Öncelikle borçlu temerrüdüyle başlayacak olursak, bu konuda neredeyse⁶⁸⁹ görüş birliği bulunduğu söylenebilir. Bir borçlunun temerrüdü, diğerlerinin durumunu etkilemeyecektir. Ana prensip geçerli olacaktır (TBK m. 165). Buna göre, temerrüde düşen borçlu, borcun konusu bir miktar paranın ödenmesi ise temerrüt faizinden, başka bir edim söz konusu ise kusuruyla verdiği zarar nedeniyle gecikme

⁶⁸⁶ Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 146, N.2; Romy, **CoRo.**, Art. 146, N. 4; Béguelin, **FJS 873**, s. 3. Oğuzman / Öz (**Borçlar Hukuku II**, s. 458), bu takdirde sözleşmeye koyulan bu hükmün borçluların birbirlerinin fiillerini taahhüt etmesi hükmünde olduğunu ifade etmektedir. Yazarların bu görüşüne katılıyoruz. Burada zararlı sonuçtan kusursuz sorumlu olmaya yönelik bir garanti taahhüdünden de söz edilebilecektir. Garanti taahhüdü ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasındaki ilişki için bkz. yukarıda §1, IV, C, 1, a.

⁶⁸⁷ Sbai, **a.g.e.**, s. 89; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 331.

⁶⁸⁸ Romy, **CoRo.**, Art. 146, N. 4; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 458.

⁶⁸⁹ Aksi fikir için bkz. Mayatürk, s. 7589. Walter Fellmann / Karin Müller (Art. 530-544 OR, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 8. Teilband**, Bern: Staempfli Verlag AG, 2006, Art. 544, N. 129) de, temerrüt durumunda aşağıda ifa imkânsızlığı bakımından yer vereceğimiz, diğer borçluların da bu aykırılıktan TBK m. 116 uyarınca sorumlu olacağı görüşünü savunmakta, yalnız sorumluluğun doğabilmesi için başvurulmak istenen borçlunun daha önce temerrüde düşürülmesinin gerekli olduğunu savunmaktadır. Görüşe aşağıda aktaracağımız gerekçelerle katılmamakla birlikte, yazarların savundukları görüş çerçevesinde düşüncelerinde şüphesiz olarak haklılık payı vardır. Zira borcu ifa bakımından vade gelmediği bir halde, müteselsil borçlu ifada bulunmamayı tercih edebilir, vadeden yararlanmak onun hakkıdır. Yalnız böyle bir durumda, diğer borçlulardan birinin borcunun vadesi daha önde olduğu için onun da meydana gelen zarardan sorumlu olacağını savunmak çelişkili olur.

tazminatından, eğer telef olabilecek bir edim ise temerrüt sırasında meydana gelen kaza nedeniyle telef olmadan ötürü oluşacak zarardan kusursuz olarak sorumludur. Tüm bu olasılıklarda diğerlerinin bir sorumluluğu söz konusu olmaz⁶⁹⁰. Alacaklı, bunun ötesinde karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, temerrüde düşen borçluya mehil vermek suretiyle ondan müspet zararının tazminini isteyebilir, bu durumda yalnızca söz konusu müteselsil borçlunun borcunun konusu içerik değiştirmiş olur, diğerleri bundan etkilenmez. Yalnız alacaklının bir müteselsil borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi imkânı bulunmamaktadır. Zira yenilik doğurucu etkisiyle dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte geniş anlamda borç ilişkisi etkilenmiş olacaktır, bu da bütün borçluları etkilemektedir. Dolayısıyla ancak bütün borçlular bakımından borçlu temerrüdü söz konusu ve dönme hakkının kullanılabilmesi şartları da oluştuysa, alacaklı sözleşmeden dönebilir⁶⁹¹.

Öte yandan müteselsil borçlulardan birinin kötü ifasının, yani borcun gerektiği gibi ifa edilmemesinin diğerlerinin durumunu nasıl etkileyeceği ise, neredeyse hiç gündeme getirilmemiştir. Örnek olarak müteselsil borçlular tarafından borçlanılmış ayıplı bir malın ifası söz konusu olduğunda alacaklı diğer müteselsil borçluları da bundan sorumlu tutabilecek midir? Bu soruya verilecek cevap aşağıda ifa imkânsızlığı da incelendikten sonra tümel olarak varacağımız sonuçta aktarılacaktır.

Şimdi tartışmaların yoğunlaştığı ve farklı görüşlerin ileri sürüldüğü alana, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığına değinelim. İfa imkânsızlığının söz konusu olabilmesi için bir defa ortada bir parça borcunun veya sınırlı bir çeşit borcunun olması gerektiği açıktır. Açıklamalar da bu temelde, bu ön kabullenme üzerinden anlaşılmalıdır. Burada iki temel görüş ileri sürülmektedir.

İlk görüş, aynı TBK m. 155'in uygulaması gibi, burada bir başka haklı bir kanuni istisna olarak TBK m. 116'nın uygulanması gerektiğini zira her bir müteselsil

⁶⁹⁰ Romy, **CoRo.**, Art. 146, N. 2; Sbai, **a.g.e.**, s. 87; Becker, **BerKom.**, Art. 146, N.1; Gauch / Schluep / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3725; Deschenaux, **Partie II**, s. 132; Tekinay, **Teselsül**, s. 79-83; Rossel, **a.g.e.**, s. 209; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 457; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 311; Eren, **a.g.e.**, s. 1208; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 105; Canyürek, **a.g.e.**, s. 41; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1046.

⁶⁹¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 457; Eren, **a.g.e.**, s. 1208; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 107-108.

borçlunun diğeri bakımından ifa yardımcısı konumunda olduğunu savunmaktadır⁶⁹². Öncelikle, şu noktanın altı çizilmelidir. Anılan görüşün savunulabilmesi için bir defa müteselsil borçluların borçlandıkları edimin aynı ve borçlulardan biri tarafında tek başına ifa edilebilir nitelikte olması gerekir⁶⁹³. Düşük bir olasılık da olsa TBK m. 162'nin geniş yorumlanabilecek lafzı kapsamında her bir müteselsil borçlunun yüklendiği borcun konusu farklı olabilecektir. Böyle bir durumda anılan görüş uygulama alanı bulamaz. Eğer aksine bir durum söz konusu ise, yani müteselsil borçlular aynı edimi borçlanmışlarsa, bu görüşe göre borçluların birbirinin ifa yardımcısı olduğu söylenebilir. Sonuçta, böyle bir durumda söz konusu müteselsil borcun ifa edilmesi organizasyonu açısından, karşılıklı olmak üzere, müteselsil borçlulardan her biri bir diğerrinin ifa yardımcısı konumundadır. Dolayısıyla her bir borçlu ayrı ayrı üzerine düşen edim yükümlülüğünü yerine getirmek üzere harekete geçmediğinden ve kullandığı yardımcı kişi harekete geçtiğinden söz konusu olumsuz sonuç gerçekleşmiştir. Bunun ceremesini gerektiği gibi davranmayan ve bilgi ve iradesi dâhilinde ifayı bir başkasına bırakan diğerr müteselsil borçlular da çekmelidir⁶⁹⁴.

Buna karşılık olarak ileri sürülen diğerr görüş ise, burada her bir borçlunun ana kural üzerinden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, borçluların birbirlerinin ifa

⁶⁹² Karl Spiro, **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Bern: Staempfli, 1984, s. 176 vd.; Von Büren, **a.g.e.**, s. 96-97; Bucher, **a.g.e.**, s. 495; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.21; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 797; Zariye Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995, s. 258; Fellmann / Müller, **BerKom.**, Art. 544, N. 123; Can Yalçın Armutçuoğlu, **Adi Ortaklıkta Borçlardan Sorumluluk**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, 2009, s. 103. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yönde kararları için bkz. BGE 116 II 512; BGE 82 II 525 (Kararlar, kira sözleşmesinde kira borcuna katılmayla ilgili olarak verilmiştir).

⁶⁹³ Von Tuhr (Edege), (**a.g.e.**, s. 797, özellikle dn. 73 ve 75), bu durumlara örnek olarak ariyet sözleşmesinde birden fazla kişinin ariyet borcu altına girdiği hali ve adi ortaklık sözleşmesi kapsamında ortakların borçlardan ötürü müteselsil sorumlu olduğu halleri gösterir (Bkz aynı yönde Şenocak, **a.g.e.**, s. 259; Spiro, **a.g.e.**, s. 184; Bucher, **a.g.e.**, s. 495 özellikle dn. 43).

Fellmann / Müller (**BerKom.**, Art. 544, N. 126), borçluların ifada bulunabilmeleri için birlikte hareket etmelerinin şart olduğu hallerde (kanımızca burada edimin bölünemez ve toplu olarak ifasının da zorunlu olduğu haller kastedilmektedir) TBK m. 116'nın önemli bir rol oynayacağını aktarmaktadır. Yazarların bu görüşü, kanımızca kabul edilebilir değildir. Zira böyle bir durumda borçluların tek başlarına hareket edebilme iktidarları zaten bulunmamaktadır, bu açıdan omuzlarına bu şekilde ağır bir yük bindirmek anlamlı değildir. Sonuç olarak görüşün savunulabilir olduğu söylenecek olsa bile yine de temel düşüncenin dışına çıkılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Yani borçluların aynı ve bireysel olarak ifa edilebilir bir edimi borçlanıp borçlanmadıklarına dikkat edilmelidir.

Tunçomağ (**a.g.e.**, s. 1050), eserinde, öncesinde diğerr görüş uyarınca açıklamalarda bulunmakta daha sonra bir imkân olarak anılan haller özelinde bu görüşün de savunulabileceğini iletmektedir. Eren (**a.g.e.**, s. 1208), de benzer şekilde eğer borçlular arasında bir asli borçlu-yardımcı kişi ilişkisi varsa, TBK m. 116'ya göre sorumluluktan bahsedilebileceğini aktarmaktadır. Yazar, temelde ikinci görüş taraftardır. Tam olarak bir açıklık olmasa da, yazarların sadece belirli olasılıklar (aynı edim ve bireysel olarak ifa edilebilirlik) bakımından bu sonuca vardıkları düşünülebilir.

⁶⁹⁴ Bkz. Fellmann / Müller, **BerKom.**, Art. 544, N. 125; Armutçuoğlu, **a.g.e.**, s. 104.

yardımcısı olarak kabul edilemeyeceği savunur⁶⁹⁵, ⁶⁹⁶. Sonuçta bir müteselsil borçlu herhangi bir diğerinin ifa yardımcı olamaz, çünkü söz konusu borç bizatihi kendi borcunu oluşturmaktadır. Her bir müteselsil borçlunun alacaklıyla bireysel ve doğrudan ilişkisi söz konusudur⁶⁹⁷. Söz konusu görüş çerçevesinde, bir borçlunun sorumluluğunu gerektiren ifa imkânsızlığı, diğerleri açısından bir kaza halinin (borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı) oluşması durumundan farksız şekilde sonuç verir⁶⁹⁸ (TBK m. 136). Sonuç olarak, bir borçlunun kusuruyla meydana getirdiği borca aykırılık durumu diğerlerini etkilemeyecektir.

İlk görüşün taraftarları ise, bu itirazlara karşı alacaklı ile müteselsil borçlu arasında bireysel ve doğrudan bir ilişkinin bulunmasının alacaklıya bir teminat olarak sağlanan müteselsil borçluluk mekanizmasından ileri geldiğini, ancak bu durumun alacaklının aleyhine olacak şekilde TBK m. 116'daki sorumluluğu sınırlandırmak için kullanılmayacağını savunurlar⁶⁹⁹. Aksi takdirde alacaklı için yarar getirmesi beklenen bir mekanizma, onun zararına işletilmiş olur.

Bir defa bu konudaki genel tavrımızı bütün borca aykırılık halleri bakımından ortak bir değerlendirme yapmak suretiyle ortaya koymak istiyoruz. Zira temerrüt halinde kabul edilen genel bir çözümün imkânsızlık veya kötü ifa halinde kabul edilmemesi veya aynı farklılaşmanın değişik varyasyonları şüpheli ve aksak bir sonuca varılmasına sebep olur.

Konu, temelde bir borçtan dolayı oluşan teselsülün, borcun yerine getirilmemesinden ötürü de teselsülü öngörüp öngörmediği ile alakalıdır. Bir borcun yerine getirilmesinde teselsül ile bir borcun yerine getirilmemesinden dolayı oluşan durumda zarar nedeniyle teselsül birbirinden farklı kavramlardır. Sözleşmeyle

⁶⁹⁵ Engel, **Partie Générale**, s. 840; Sbai, **a.g.e.**, s. 89; Becker, **BerKom.**, Art. 146, N.1; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1630; Deschenaux, **Partie II**, s. 132; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 457; Canbolat, **Sona Erme**, s. 75; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1046; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 310.

⁶⁹⁶ Görüşü savunan yazarlardan Becker (**BerKom.**, Art. 146, N.1), müteselsil borçluluğun bu yönüyle kefaletle göre daha avantajlı olduğunu ifade eder. Zira kefalet sözleşmesi çerçevesinde kefilin borcunun kapsamına borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları da dâhildir (TBK 589 f.2 b.1). Aynı yönde bkz. Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 146, N. 6; Tekinay, **Mukayese**, s. 747.

⁶⁹⁷ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 311, özellikle dn. 32; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 196; Canyürek, **a.g.e.**, s. 40, dn. 95; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 143.

⁶⁹⁸ Deschenaux, **Partie II**, s. 132; Eren, **a.g.e.**, s. 1208; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 311; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1046.

⁶⁹⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 260.

kararlaştırılan teselsül bakımından, tarafların her bir olasılıkta başlangıçtan bu sonucu görerek teselsül ilişkisini kabul ettiğinden söz edilemez. Onlar münhasıran borcun konusunun yerine getirilmesi için müteselsil borç altına girmektedir.

Öte yandan müteselsil borçluluğun yapısına bakılacak olursa, ilgili yapıda, okluk teorisi kapsamında kabul ettiğimiz üzere, geniş anlamda tek bir sebebi olan tek bir borç ilişkisi olmakla birlikte, dar anlamda her bir müteselsil borçlu ile alacaklı arasında müteselsil borçlu sayısı kadar borç ilişkisi olacaktır. İşte bu ilişkilerde, her bir borçlu kendi dar anlamda borç ilişkisi bakımından asıl borçlu ve diğeri müteselsil borçlular da ifa yardımcıları konumunda olması düşüncesine şüpheyle yaklaşılmalıdır. Çünkü kurgu, bir an için zihinde canlandırılabilir de olsa, müteselsil borçlunun yaptığı ifa asıl olarak kendi borcu ile alakalı olup bir başkasının borcunu sona erdirme sonucu da, tamamen teselsüldeki ifa amacının ayniyetinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kendiliğinden ortaya çıkan bir etkinin varlığı söz konusudur.

Bir borcun ifasına borçlunun rızasıyla başkaları katılırsa TBK m. 116 uygulama alanı bulacaktır. Burada da müteselsil borçluların ifada bulunmayarak diğeri­lerinin ifasına rıza gösterdiklerini iddia etmek güçtür, zira onun alanında gerçekleşmekte olan bir ifa faaliyeti bulunmamaktadır. Böyle olunca borçlunun rıza göstermesi varsayımı da isabetli kabul edilemez. Bu ortaya koyduklarımız çerçevesinde, ilk görüş taraftarlarının asıl borçlu konumunda olan bir kişinin yardımcı kişi olamayacağı açıklamasının altında bu fikrin bulunmakta olduğu söylenbilir. Diğeri taraftan ikinci görüş taraftarlarının yaptıkları önerme, yani her bir borçlunun kendi dar anlamda borç ilişkisinde asıl borçlu, diğeri­lerinin ilişkilerinde ise yardımcı kişi olmak üzere iki “maskesinin” bulunması, anlaşılabilir olmakla beraber, belirttiğimiz gerekçe ile konuya tam olarak oturmamaktadır. Haklı bir kanuni istisnadan da söz edilemeyeceğı için, bütün olasılıklarda uygulanması gerekli olan kural, kanaatimizce TBK m. 165’in temel prensibidir.

Sonuç olarak, bütün borca aykırılık halleri bakımından yapılabilecek ortak değeriendirme, bir borçlunun meydana getirdiğı borca aykırılığın diğeri­nin durumunu etkilememesi yönündedir.

Borca katılma bakımından da, yukarıda müteselsil borçluluk bahsiyle ilgili olarak belirttiklerimiz aynen geçerli olacaktır, zira anıldığı üzere tek farklılık bir kimsenin baştan değil de daha sonradan yapacağı hukukî işlem vasıtasıyla müteselsil borçlu hale gelmesidir.

Belki akla şöyle bir soru takılabilir, borçlulardan biri diğerlerinin durumunu iyileştirecek işlemlerde bulunabilir mi? Açıkçası böyle bir düşünceye herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yalnız, müteselsil borçlunun bu şekilde meydana getirdiği olumlu etki ancak diğerleri kabul ettiği sürece bir anlam ifade edecektir. Zira kimse, kendisine yapılan bağışlamayı kabul etmek zorunda olmadığı gibi, arzusu dışında durumunun iyileştirilmesine tahammül etmekle yükümlü tutulamaz. Müteselsil borçluların karşı çıkamayacakları tek iyileştirme, ortak amacın (ifa) gerçekleştirilmesine hizmet edendir. Yani gerek müteselsil borcun ifası gerekse ifa *surrogat*larının yerine getirilmesi diğerlerini zorunlu olarak olumlu etkide bulunur. Yine bu yönde etkisinin olabileceğini düşündüğümüz bir düzenleme, TBK m. 166 f.3'tür. Buna göre bir borçlunun tamamen ibrası diğerlerini de onun iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtarır. Bu da aksi baştan kararlaştırılmadığı takdirde diğer borçluların durumunu zorunlu olarak iyileştiren bir düzenlemedir.

4. Bölünemeyen Borçlulukta

Bölünmeyen edimin borçluları bakımından borçluların bireysel davranışlarının birbirlerini nasıl etkileyeceğine ilişkin bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Yukarıda teselsülle andığımız bağlantı, kıyas yoluyla kurulacak olursa TBK m. 165 benzeri bir yapı üzerinde kurgulama yapılabilir. Buna göre borçluların bireysel ve durumlarını ağırlaştırıcı hareketleri diğerlerini etkilemez. Yalnız ana kuralın benzerinden mevcut bulunmamakla beraber, müteselsil borçlulukta zamanaşımı kesilmesinin diğerlerine de sirayet edeceği hükmünün izdüşümü bölünemeyen borçluluk bakımından da bulunmaktadır (Bkz. TBK m. 155 f.1). Buna göre, bölünemeyen borçlulukta da borçlulardan sadece birine karşı kesilen zamanaşımı, diğerlerine karşı da kesilmiş sayılacaktır⁷⁰⁰. Yine başka bir izdüşümü, zamanaşımından feragat bahsinde yer almaktadır. Müteselsil borçlulukta olduğu gibi, oradan temel alınan ana kuralla koşut olarak, bu borçluluk türünde de birlikte borçlulardan biri zamanaşımından feragat

⁷⁰⁰ Leu, **BasKom.**, Art. 70, N. 4.

edecek olursa, onun bu hareketi diğer borçluların durumunu etkilemeyecektir (TBK m. 160 f.2).

Bölünemeyen borçlulukta, bireysel bir borca aykırılık halinde, diğer borçlular açısından söz konusu olacak durum ise, doktrinde hiç tartışma konusu yapılmamıştır. Bu açıdan konuyla ilgili kişisel düşüncelerimize, yukarıda teselsül bahsinde anlatılanlar ışığında yer vermek istiyoruz: Bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçlulukta gerek geniş anlamda gerekse de dar anlamda tek bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Alacaklıya dilediği borçluya karşı ifa talebini yöneltme hakkı bir kolaylık olarak tanınmaktadır. Böyle bir durumda isteksiz davranan bir birlikte borçlu yüzünden ifa gerçekleştirilemeyecek olursa nasıl düşünülmelidir?

Kanaatimizce şöyle bir yaklaşım yerinde olacaktır: Müteselsil borçluluk bakımından yapılan değerlendirmelerde, anılan tartışmalarda bir borçlunun diğerinin ifa yardımcısı olabileceği görüşünün –kabul edildiği takdirde- zaten sadece aynı edimi içeren bireysel ifaya elverişli borçlar açısından mümkün olabileceğini ifade etmiştik. Dolayısıyla burada da aynı husus nazara alınmalıdır. Ancak burada dar anlamda da tek bir borç ilişkisi olduğu için farklı bir değerlendirme sonucuna ulaşılmalıdır. Bölünemeyen edimin bireysel ifaya elverişli olup olmadığına göre aşağıdaki tespitler yapılmalıdır:

Bölünmeyen edimin tek başına ifası söz konusu olmayabilir. Yapma, yapmama edimleri çoğunlukla bu mahiyettedir veya borçluların tabi oldukları elbirliği ortaklığı malvarlığı dâhilindeki bir mal açısından kurgulanmış verme edimi de bu kategoride değerlendirilebilir. İşte böyle bir durumda bölünmeyen edimin birlikte borçlularından sadece biri diğerlerinin teşvikine rağmen harekete geçmiyorsa, o zararın tamamından sorumlu olacaktır. Diğerlerinin böyle bir durumda alacaklıya karşı sorumlu olacağını söylemek yerinde olmaz, zira burada yapabilecekleri başka bir şey bulunmamaktadır. Sonuç olarak, bölünmeyen edimden dolayı birlikte borçlulukta, bireysel ifaya elverişli olmayan bir edim söz konusu ise, birlikte borçluların kendileri dışında kalan kişileri sadece ve ancak bir teşvik etme yükümü olduğu söylenebilir. Bu yükümlülük, borcun ifasının her bir borçludan talep edilebileceğini kurgulayan TBK m. 85 hükmünün dolaylı bir sonucudur. Bunu yerine getiren birlikte borçlu da zarardan dolayı sorumlu tutulamaz.

Eğer bölünmeyen edimin bir borçlu tarafından bile bireysel olarak ifası gerçekleştirilebilir durumdaysa, her bir borçlunun diğerinin ifa yardımcısı olduğu fikrine burada, hukukî yapının da tam olarak oturması nedeniyle, katılabilir. Zira ifade edildiği üzere, ortada dar anlamda da tek bir borç ilişkisi söz konusudur. Bu ilişki içinde, her bir birlikte borçlunun aynı borç için harekete geçme mükellefiyeti de nazara alınacak olursa, borçlulardan birinin harekete geçmemesinin, alacaklıyla aynı dar anlamda ilişkisinin içinde bulunan bir diğerinin ifasına rıza gösterdiği anlamı çıkarılabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda, yukarıdaki ilk durumdan farklı olarak, her bir birlikte borçlu diğerinin ifa faaliyetinin hiç veya gereği gibi gerçekleşmemesinden dolayı sorumlu olacaktır.

B. Gerçek Olmayan Birlikte Borçluluk Türlerinde Durum

1. Kümülatif Borçlulukta

Kümülatif borçlulukta, ortada farklı sebeplerden doğan borçlar olmasına ilişkin farklılık dışında durum, kısmi borçluluktakine benzer özellik göstermektedir. Zira alacaklı birlikte borçluların her birinden ayrı ve bağımsız taleplerde bulunabilecek ve bir borçlunun hareketi zaten diğerine herhangi bir etkide bulunmayacaktır⁷⁰¹. Öyle ki burada borçluları bir arada tutan tek bir geniş anlamda borç ilişkisi “yatağı” bile bulunmamaktadır.

2. Kefalet ve Garanti Sözleşmelerinde

Gerek kefalet gerekse garanti sözleşmesi, bir teminat sözleşmesidir. Asıl borç ilişkisindeki borçlu ile kefil ve garanti veren arasındaki ilişki çeşitlilik gösterebileceği için bunların bireysel hareketlerinin birbirlerine olan etkisi de bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Borçlular arasındaki ilişki çoğunlukla bir vekâlet sözleşmesi ilişkisi olacaktır. Bu ilişki çerçevesinde, asıl borçlu müvekkil, kefil ve garanti veren ise vekil

⁷⁰¹ Engel, **Partie Générale**, s. 829; Deschenaux, **Partie II**, s. 127; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 6; Sbai, **a.g.e.**, s. 12; Eren, **a.g.e.**, s. 1198; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 26; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Vorb. Art. 143-150, N.4; Becker, **BerKom.**, Vorb. Art. 143-150, N.2; Tercier, **Concours d'Actions et Solidarité**, s. 123; Gadmer, **a.g.e.**, s. 39; Vont Tuhr (Edege), s. 777.

konumunda olacaktır. Dolayısıyla borçluların alacaklıyla olan ilişkilerindeki bireysel hareketleri bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Bundan başka borçlular arasındaki ilişki bir (gerçek) vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme ilişkisi de olabilir. Zira alacaklının bir üçüncü kişi ile garanti veya kefalet sözleşmesi ilişkisi içine girmesi de mümkündür. Böyle bir durumda borçlular arasındaki ilişkinin bu talep temellerinin minimum yeterlik şartlarını sağlayacak şekilde seyretmesi gerektiği söylenebilecektir.

3. Sigorta Sözleşmesinde

Sigorta sözleşmesiyle oluşan birlikte borçlulukta, borçlular arasındaki ilişki sigortacının yaptığı ödeme sonrasındaki rücu ilişkisiyle sınırlı olduğu için sigortacı ve üçüncü kişinin hareketlerinin birbirlerine bir etkisi olduğundan söz edilmeyecektir.

III. Defi ve İtirazların İleri Sürülmesi

A. Genel Olarak Defi ve İtiraz Kavramları

Mevcut bir borç ilişkisinde alacaklının borçludan olabilecek taleplerine karşılık borçlunun da bazı durumlarda bu talepleri yerine getirmekten kaçınabilmesi söz konusudur. Borçlu, duruma göre mümkünse, alacaklıya karşı elindeki değişik türde savunma sebeplerinden faydalanabilecektir⁷⁰². Savunma sebepleri, maddî hukuktan kaynaklanabileceği gibi alacaklının talebi bir dava çerçevesinde yöneltilmişse usûl hukukundan⁷⁰³ da kaynaklanabilir⁷⁰⁴.

⁷⁰² Sbai, **a.g.e.**, s. 107.

⁷⁰³ Teknik anlamıyla usûl hukukundan kaynaklanan savunma sebepleri ise, ilk itirazlar ve dava şartları olarak ikiye ayrılmaktadır. Dava engeli olarak da ifade edilen ilk itirazlar, davanın açılmasına engel olan hususlardan oluşur, sınırlı sayıdadırlar. Bunlara ilişkin yapılacak bir savunma ancak ve ancak davanın başında söz konusu olabilir. Daha sonra ileri sürülmeleri veya hâkim tarafından re'sen nazara alınmaları mümkün değildir. Diğer gruptaki usûlî itirazlar, yani dava şartları, davanın esastan incelenebilmesine engel olan sebeplerdir. Bunlar daha esnek şekilde davanın herhangi bir aşamasında ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen nazara alınır. (Bkz. Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 349-350; Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 17. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 306, dn. 395).

Bir dava açıldığında mahkeme ilk olarak usûlî itirazları inceleyerek davaya başlar. Bunlar arasında da ilk sıra dava şartlarıdır. Dava şartlarında bir eksiklik olmadığı tespit edilirse, ileri sürülmüş ilk itirazlar varsa bunlar dikkate alınacaktır. Bu aşamalar tamamlandıktan sonra maddî hukuk açısından ileri

Biz burada, daha genel olarak maddî hukuk anlamındaki savunma sebeplerinden söz etmek istiyoruz. Maddî hukuktan kaynaklanan savunma sebepleri defi ve itirazlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁷⁰⁵, ⁷⁰⁶.

İtiraz, bir hakkın doğumuna engel olan (*rechtshinherde Einwendungen*) veya sona ermesine yol açan (*rechtsvernichtende Einwendungen*) maddî bir vakıdır. Dolayısıyla başlangıçtan itibaren var olabileceği gibi, daha sonradan ortaya çıkmış olabilir⁷⁰⁷. Örneğin bir borç ilişkisinin konusunun yerine getirilmesi başlangıçtan objektif olarak imkânsız olabilir. Böyle bir durumun hukukî sonucu ise, ilişkinin kesin hükümsüzlüğüdür. Bu durumda itiraz sebebi baştan itibaren vardır. Bir borç ilişkisinden doğan tek borcun ifa edilmesi borcu ve aksini gerektiren bir sebep bulunmuyorsa kaynaklandığı hukukî ilişkiyi sona erdirir. Baştan geçerli bir şekilde hükümlerini doğuran borç ve bağlı bulunduğu ilişki sonradan ortadan kalkmış olur. Böyle bir durumda ise, itiraz sebebi sonradan etkili olmuştur.

Bu belirtilen itiraz sebeplerinin hepsinin ortak özelliği, hem taraflarca ileri sürülebilir, hem de bir dava dosyasında itirazı meydana getiren olay belirtilmişse ayrıca ileri sürülmesine gerek kalmadan hâkim tarafından re'sen nazara alınabilir olmalarıdır. Yalnız tabidir ki, dava sırasında ortaya koyulacak itiraz sebebi teşkil eden olayın hâkim tarafından nazara alınabilmesi, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı kurallarına uygun olacak şekilde ileri sürülmüş olmamasına bağlıdır. Eğer itirazın sonradan ileri sürülmesi söz konusu ise, konuyla ilgili prensipler çerçevesinde bir sonuca ulaşılması yerinde olur⁷⁰⁸. Aynı şekilde hâkim

sürülmüş itiraz ve defilere sıra gelir. Bunların dikkate alınmasında da öncelik itiraz sebeplerindedir (Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 349).

⁷⁰⁴ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 344; Ferhat Canbolat, "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukukî Sonuçları", **AÜEHFD**, Cilt III, Sayı 1, 2008, s. 255-270, s. 260.

⁷⁰⁵ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 345; Canbolat, **Def'i ve İtiraz**, s. 255; Seza Reisoğlu, "Kefilin Def'i Hakları", **BATİDER**, 1961, C. I, Sayı 2, s. 177-210, s. 177.

⁷⁰⁶ Bazen kanunda defi kavramı defi ve itirazları içine alacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır. Müteselsil borçluluk bakımından aşağıda ele alınacak TBK m. 164'ün eski versiyonu olan 818 Sayılı EBK m. 143 düzenlemesi buna bir örnek teşkil etmekte idi. Hüküm, doktrinde karışıklığa sebep olabileceği ve kavramın teknik olarak doğru kullanılmaması yönünden eleştirilere konu olan bu husus, 2012 kanun değişikliği ile beraber giderilmiştir (Eleştiriler için bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 297; Canbolat, **Def'i ve İtiraz**, s. 255, dn. 3).

⁷⁰⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 345; Tandoğan, **Notions préliminaires**, s. 44; Canbolat, **Def'i ve İtiraz**, s. 260; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, s. 306; Reisoğlu, **Def'i Hakları**, s. 577.

⁷⁰⁸ Buna karşılık Yargıtay kararlarında itirazın her zaman ileri sürülebileceğini ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınabileceğini kabul etmektedir (Bkz. Yarg. İBK, 8.11.1991 T., E. 4 / K. 3 (www.kazanci.com); Yarg. 9. HD., 22.05.2002 T., E. 836 / K. 8772 (YKD, 2003/3, s. 375)).

itiraz sebebini re'sen nazara alır, ama bu sebebe kaynak teşkil eden olayın gerçekleştiğinin ispatı taraflarca gerçekleştirilecektir⁷⁰⁹.

Defi (*Einrede*) ise, kendisinden faydalanabilecek olan kişiye, bir başkası tarafından ileri sürülen hakkı kısmen veya tamamen etkisiz kılma, sonuçlarını sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma imkânı tanıyan özel bir sebepten ibarettir⁷¹⁰. Dolayısıyla defi, belirli bir yükümlülüğü yerine getirmesi gereken kişiye sağlanan bir karşı haktır. Defi, bir kanun maddesine dayalı olabileceği gibi sözleşmeyle de öngörülebilir.

Öte yandan doktrinde defi kavramının yenilik doğuran hak kavramı içinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği konusunda bir tartışma da mevcut bulunmaktadır⁷¹¹. Bu konuda defi ile sağlanan hakkın bir yenilik doğuran hak olmadığı sonucunu isabetli buluyoruz. Zira defi, sadece dava yoluyla ileri sürülen bir hakka dayalı talebe karşı koyulmasını sağlayabilir. Oysa yenilik doğuran hak, bir hukuk alanına doğrudan müdahalede bulunarak etki meydana getirmektedir, kullanılabilmesi için mutlaka öncelikle bir karşı hakkın varlığı ve bu hakka dayalı bir talebin yöneltmiş olması lüzumu yoktur. Dolayısıyla defi, mahiyeti itibariyle yenilik doğuran hak kavramı dışında değerlendirilmelidir. Bu açıdan defi vasıtasıyla sağlanan karşı hakkın bir alacak hakkı olduğu söylenebilir⁷¹².

Definin ileri sürülmesi, karşısında bulunan talebin dayandığı ilk hakkı sona erdirmez, sadece talebe dayalı sonuçların gerçekleşmesine engel olur. Bu engelleme geçici olduğunda geçici defiden, sürekli olduğunda ise sürekli defiden bahsedilmek gerekir⁷¹³. TBK m. 97'de öngörülen ödemezlik defi, karşılıklı borçlardan biri yerine getirilinceye kadar diğerinin ifa edilmemesi hakkını tanıır. Ödemezlik defiyle sağlanan bu sonuç, karşı tarafın geçerli bir ifa teklifinde bulunmasına kadar etkili olur, bu yönüyle geçici bir özellik taşır. TBK m. 146 vd. düzenlemesi olan zamanaşımı defi ise, borçluya borcunu yerine getirmekten sürekli olarak kaçınma

⁷⁰⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 345.

⁷¹⁰ Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 177; Tandoğan, **Notions préliminaires**, s. 43.

⁷¹¹ Tartışmalar için bkz. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 90 vd.; Tandoğan, **Notions préliminaires**, s. 47.

⁷¹² Buz, **YDH**, s. 90 vd.; Canbolat, **Def'i ve İtiraz**, s. 257.

⁷¹³ Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 178; Tandoğan, **Notions préliminaires**, s. 44-45.

imkânı vermektedir, borçlu sadece bir süre veya karşı taraf belirli bir davranışta bulununcaya kadar değil, ilanihaye borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir⁷¹⁴.

Sonuç olarak iki kavram birebir karşılaştırılacak olursa şu sonuçlara ulaşılır: İtiraz, bir borcun hiç doğmamış veya sona ermiş olduğuna işaret eden bir olaydır. Gerçekleştikten sonra etkisini ileriye yönelik olarak sürekli gösterir⁷¹⁵. Buna karşılık defi kanunun borçluya borcu yerine getirmekten kaçınabilmesi bakımından kanunun tanıdığı bir savunma sebebi, bir karşı haktır. Bu yönüyle defi, duruma göre geçici bir özellik taşıyabileceği gibi sürekli bir özellik de taşıyabilir. Geçici defiler, sadece bir süre için borcu yerine getirmekten kaçınma imkânı tanırken, sürekli defiler borçluya bu imkânı ilanihaye olarak tanımaktadır. Bir diğer farklılık, itiraz ve definin ileri sürülmesi bakımındandır. Buna göre mahkeme önünde definin bizzat borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekirken, itirazda böyle bir durum söz konusu değildir. Sonuçta defi bir hak olarak, hak sahibi tarafından kullanıldığı vakit etki doğurur. Buna karşılık itiraz sebebi, dava dosyasında buna işaret eden olay bir şekilde yer aldığı durumda, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır, yoksa mutlaka bundan faydalanılacak olan kişi tarafından söz konusu olaya bir itiraz olarak özellikle işaret edilmiş olması gereği yoktur⁷¹⁶. Ortaya koyulan bu son farklılığın sebebi, hem itirazda daha ağır ve evleviyetle gözetilmesi gereken bir durumun söz konusu olması hem de itirazın bir olaya dayanmasıdır, defi ise deyim yerindeyse alacaklının talebini def etmek için borçluya tanınmış ve “kalkan” olarak kullanılacak bir hak niteliğindedir, kullanıp kullanmamak onun elinde ve seçimindedir⁷¹⁷.

Aşağıda savunma sebepleri bakımından yapacağımız açıklamalarda, elbirliği borçluluğu, kısmi borçluluk, ve kümülatif borçluluk ve sigorta sözleşmesinden doğan birlikte borçluluğa özel başlıklar altında değinilmeyecektir. Zira bu ilişkilerden hiçbirinde aşağıda ele alınacak detaylar çerçevesinde özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır. Özetle tüm bu borçluluk türlerine teker teker genel bir

⁷¹⁴ Canbolat, **Def'i ve İtiraz**, s. 259.

⁷¹⁵ İstisnai bazı durumlarda itiraz sebebi teşkil bir eden olay geçmişe etkili olarak ortadan kalkar, bu durumda borç bundan hiç etkilenmemiş olarak varlığını sürdürür (Bkz. Bir sona erme sebebi olarak alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle ilgili TBK m. 135 f.2). Aslında bu durum şaşırtıcı değildir. Zira itiraz teşkil eden olayın başlangıçtan itibaren ortadan kalkması, hiç gerçekleşmemiş olduğu varsayımıyla aynı yere götürür.

⁷¹⁶ Yalnız, bir noktaya dikkat edilmelidir, itiraz sebebini doğuran olay hiçbir şekilde dosyadan da anlaşılamiyorsa, hâkim bunun araştırmasını yapacak değildir. Zira böyle bir hareket usûl hukukumuzdaki “dava dosyasının taraflarca hazırlanması” ilkesine aykırılık teşkil eder (Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, s. 307).

⁷¹⁷ Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 178.

bakış yapılacak olursa şunların söylenmesi yerinde olur: Elbirliği borçluluğunda alacaklının borçluların hepsine aynı anda başvurması gerekir, dolayısıyla birbirlerini etkileyebilecek bir savunmayı ayrı ayrı ileri sürmeleri bu yapıda söz konusu olamaz. Kısmi borçlulukta ise, birbirinden bağımsız ve bireysel değerlendirilecek birden fazla borçlu bulunmaktadır. Birinin savunma sebebi diğerini ilgilendirmeyecek, öte yandan geniş anlamda borç ilişkisine dayalı ortak savunmaları ileri sürüp sürmemeleri sadece kendi durumlarını etkileyecektir. Kümülatif borçlulukta da, geniş anlamda borç ilişkilerinin çok olması farkıyla kısmi borçluluğa benzer bir durum söz konusudur. Şu farkla ki, bu borçluluk türünde ortak savunma sebebinden bahsedilemez. Son olarak sigorta sözleşmesinde söz konusu olacak birlikte borçlulukta, zaten sigortacının yapacağı ödeme evvelinde diğer borçluyla aralarında –çoğunlukla- herhangi bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla birlikte borçlulardan her birinin ancak kendi ilişkisine özgü ve birbirini ilgilendirmeyen defileri söz konusu olabilecektir.

B. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçluluk Bakımından

1. Ortak Defi ve İtirazlar

a. Genel Olarak

Ortak defi ve itirazlar, müteselsil borçlulardan her birinin ileri sürebileceği, borcun sebebinden veya konusundan kaynaklanan ve objektif özellik taşıyan ortak savunma sebepleridir^{718, 719} (TBK m. 164). Yukarıda genel olarak gerçek anlamda

⁷¹⁸ Gautschi, **a.g.e.**, s. 22; Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 4; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 145, N. 1; Becker, **BerKom.**, Art. 145, N. 3; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 86; Deschenaux, **Partie II**, s. 132; Haberstich (Gilliéron), **a.g.e.**, s. 269; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 145, N. 3; Fick, **Commentaire CO**, Art. 145, N. 4; Rossel, **a.g.e.**, s. 209; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.19; Sbai, **a.g.e.**, s. 109; Engel, **Partie Générale**, s. 841; Corboz, **Distinction**, s. 79; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 165; Acar, **Müteselsil Borçluluk**, s. 8; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 794; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1044; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 301; Kırca, **Yenilikler**, s. 38; Eren, **a.g.e.**, s. 1206; Bigat, **a.g.e.**, s. 9; Delebecque / Pansier, **a.g.e.**, s. 140; Oury-Burlé, **a.g.e.**, s. 278.

⁷¹⁹ Fransız Hukukunda bu düzenlemeye karşılık teşkil eden düzenleme Fr. MK m. 1208 f.1'dir (Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 352; Oury-Burlé, **a.g.e.**, s. 278; Bénabent, **a.g.e.**, s. 573; Delebecque / Pansier, **a.g.e.**, s. 140; Plissonneau-Duquêne, **a.g.e.**, s. 49; Hoai, **a.g.e.**, s. 35). Söz konusu düzenlemede "borcun doğasından" kaynaklanan savunma sebepleri ortak savunma sebebi olarak kabul edilmektedir.

PECL Art. 10:111 (1)'de, DFCR Art. III - 4:112: (1),(2)'de ve Art. 11.1.4 UNIDROIT Principles 2010'da aynı kurala yer verilmiştir. Buna göre müteselsil borçlular gerek ortak defileri, gerekse de

birlikte borçluluk türlerinde ve bu bağlamda müteselsil borçlulukta hukukî sebebin bütün borçlular açısından bir ve tek olduğunu ifade etmiştik, işte ortak defî ve itirazların bütün borçlular tarafından ileri sürülebilmesi temelini bu noktada bulmaktadır⁷²⁰. Her ne kadar birden fazla dar anlamda borç ilişkisi bulunsa da, bu borç ilişkilerinin hepsinin hukukî sebebi tektir.

Bunun yanında alacaklının bizzat kendisinden kaynaklanan sebepler de bütün borçlular açısından ortak bir savunma sebebi oluşturacağı söylenebilir, sonuçta alacaklı da borçluların tümü için ortak bir nokta oluşturur. Bu türden savunma sebeplerine örnek olarak alacaklının ehliyetsizliği gösterilebilir⁷²¹. Ehliyetsizliğe bağlananan kesin hükümsüzlük itirazı bütün borçlular tarafından ileri sürülebilir, hatta sürülmelidir de. Yine başka bir örnek haksız fiiller alanından verilebilir. Haksız fiillerde, bir zarara birlikte sebep olunmasından doğan müteselsil borçluluk özelinde, alacaklının zararın artması bakımından müterafik kusuru varsa, bu da alacaklıdan kaynaklanan bir savunma sebebi olarak ileri sürülebilecektir.

Ortak defî ve itirazların ileri sürülmesi, borçlular açısından bir hak olduğu kadar bir külfet⁷²² de teşkil eder⁷²³. Ortak defî veya itiraz sebebinin ileri sürmeyen ve buna bağlı olarak alacaklıya ifade bulunmak zorunda kalan müteselsil borçlu diğerlerine duruma göre ya rücu edemez ya da yönelteceği rücu talebi gecikmeye uğrar⁷²⁴. Zira kendi bireysel hareketiyle diğer borçluların durumunu ağırlaştırması söz konusu olamaz.

Bazı durumlarda bir borçlunun şahsında söz konusu olan kişisel savunma sebebi, diğer borçlular bakımından bir ortak defî meydana getirebilir. Dolayısıyla duruma göre belirgin bir göreceliliğin olduğu söylenebilir. Buna en güzel örnek TBK m. 166 f.3'tür. Söz konusu hüküm, alacaklının borçlulardan biriyle ibra anlaşması yaptığı olasılıkta bunun diğer borçlulara etkisini ele almaktadır. Buna göre ibra anlaşması, bizzat tarafı olan borçluyu tamamen, diğer borçluları ise kısmen ilgili

kendi kişisel defîlerini alacaklıya karşı ileri sürebilecektir (Rouiller, **a.g.e.**, 62; von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 996; Fontaine, **New Provisions**, s. 553; Art. 11.1.4, Comment 1, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 372).

⁷²⁰ Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 4; Deschenaux, **Partie II**, s. 132; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1632.

⁷²¹ Gautschi, **a.g.e.**, s. 22; Engel, **Partie Générale**, s. 841; Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 4; Becker, **BerKom.**, Art. 145, N. 4; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 795; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1044.

⁷²² Kavram için bkz. Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 50.

⁷²³ Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 5.

⁷²⁴ Bucher, **a.g.e.**, s. 494.

borçlunun iç ilişkideki payı oranında etkiler. Bu sonuç, hükmün uygulanabilir olduğu diğer borcun sona erme sebepleri bakımından da geçerlidir. Diğer taraftan ehliyetsizlik ve irade sakatlığı halleri normal şartlarda kişisel savunma sebebi olarak etkinken, istisnai olarak ilgili borçlu tarafından kullanılması akabinde TBK m. 27 f.2 çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeye, diğer borçlular açısından ortak bir savunma sebebinin oluşmasına yol açabilecektir. Bu konuda son örnek kategorisini takas definin etkisi oluşturur. Takasın bir kişisel defî olarak kullanılıp kullanılmaması tercihi tamamen ilgili borçluya aittir. Ancak bir kez kullanılmasıyla birlikte, bir ifa surrogatı (ikamesi) olarak borcu sona erdireceği için, diğer borçluları da borçtan tamamen kurtarır⁷²⁵. Dolayısıyla alacaklı kendisine kişisel takas defî ileri sürüldükten sonra, diğer borçlulara başvurduğunda onlar da borcun sona erdiği ortak itirazını kullanabilecektir, kullanmalıdır.

Ortak defî ve itirazlar, genel olarak borcun ya hiç veya geçerli olarak doğmamış olduğuna ya da doğmuş borcun talep edilememesi veya sona erdiğine ilişkindir⁷²⁶.

b. Borcun Doğumuna İlişkin Olanlar

Öncelikle borcun doğmamış olduğuna yönelik ortak defî ve itirazlar ele alınacak olursa, bunların borcun hiç doğmamış olduğuna veya borcun doğumundaki geçerlilik şartlarına uyulmamış olduğu hallerde söz konusu olduğu söylenebilir.

Alacaklı herhangi bir irade beyanında bulunmadığı ya da kendisinin borçluların irade beyanlarıyla uyuşma göstermediği vakit, borcun zaten varlığından bahsedilemez. Bir itiraz sebebi olarak hukukî işlemin yokluğu söz konusudur.

Borcun tabî olması gereken geçerlilik şartlarına uyulmadığında da yine bir ortak defî veya itirazdan söz edilebilir. Şöyle ki, alacaklının fiil ehliyeti bulunmuyorsa, borç için kanuni veya iradi bir şekil şartı öngörülüp de buna uyulmamışsa, borcun doğumunda objektif bir imkânsızlık söz konusu olmuşsa, borç hukuka, ahlaka veya kamu düzenine aykırı özellik gösteriyorsa yahut borç şarta

⁷²⁵ Canyürek, **a.g.e.**, s. 43.

⁷²⁶ Engel, **Partie Générale**, s. 841; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.19; Haberstich (Gilliéron), **a.g.e.**, s. 269; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 165; Eren, **a.g.e.**, s. 1206; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 447.

bağlanmış olup da şart gerçekleşmemişse ortada itiraz niteliğinde ortak bir savunma sebebi söz konusu olacaktır.

c. Borcun Talep Edilememesi veya Sona Ermesine İlişkin Olanlar

Borca sona ermiş olduğuna ilişkin defii ve itirazlar ise daha sonraki bir aşamada söz konusu olur. Bunlar şöyle sıralanabilir: Bir defa borçlulardan biri ifa, ifa yerine/uğruna edim anlaşması veya takasla ile borcu sona erdirmişse bu, bütün borçlular açısından ileri sürülebilecek ortak bir savunma sebebi oluşturur. Alacaklının borçlulardan birinin usûlüne uygun ifa teklifini kabul etmemesine bağlı olarak oluşan alacaklı temerrüdünde, borçluların alacağı tevdi ettikleri durumda da borç onlar açısından yine sona ermiş olacaktır, bu da bütün borçlular tarafından ileri sürülebilir bir savunma sebebidir.

Aynı şekilde bütün borçluların alacaklı tarafından ibra edildiği hallerde de alacaklı bunların hiçbirinden talepte bulunamayacaktır. Benzer durum bütün borçluların edimleri açısından etkili olacak bir tecdit anlaşması yapılması veya alacaklı ve borçlu sıfatlarının tüm borçlular açısından birleşmesinde de söz konusudur. Bu hallerde ortak itiraz, borcun tamamının sona erdiğine ilişkindir.

Diğer taraftan sadece borçluların birinin ibra edilmesi halinde de kısmen benzer sonuçlar oluşacaktır. Aslında ibra edilen borçlu açısından bu durum başlı başına bir kişisel savunma sebebidir. Ancak kanun hükmü gereği bu durumda sorumlu olunan borç tutarı ibra edilen borçlunun iç ilişkideki yükü kadar azalmış olacaktır (Bkz. TBK m. 166 f.3). Dolayısıyla ibranın diğer borçlular açısından da borçtan tamamen kurtulan borçlunun payı kadar bir azalmaya yol açacağı ve bunun tüm borçlular açısından bir ortak savunma sebebi teşkil ettiği açıktır. Aynı sonuç, açık bir hüküm bulunmasa da benzer durumlara da tatbik edilebilecektir.

Bunun yanında borç, kusursuz olarak imkânsızlaştığında veya bir aşırı ifa güçlüğü durumu meydana geldiğinde bu durumu bütün borçlular tarafından ileri sürülebilir. Alacaklının borçluların her birine karşı belli bir edimi borçlu olduğu durumda, bütün borçlular alacaklıya karşı ödemezlik defini, alacaklının aciz haline

düşmesi durumunda aciz defini ileri sürebilirler. Eğer alacağın bütün borçlular açısından tabi olduğu zamanaşımı süresi tamamlanmışsa, bu da bir ortak savunma sebebi oluşturur.

2. Kişisel Defi ve İtirazlar

a. Sözleşmeye Dayalı Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta

i. Genel Olarak

Borçlulardan her biri müteselsil borçla ilgili ortak savunmaları ileri sürebileceği gibi şahsından kaynaklanan diğer kişisel savunmaları da ileri sürebilir. Sonuçta bir kişinin birlikte borçluluk ilintisinde bulunması, onun tek başına borçlu olduğu bir kurgudaki halinden daha kötüsüne düşürmemelidir⁷²⁷. Şu farkla ki, kişisel defi ve itirazlar, ortak olanlardan farklı olarak sadece ilgili borçlu tarafından ileri sürülebilir. Zira bunlar borcun konusu veya sebebinden kaynaklanmamakta, salt ilgili borçlunun alacaklıyla olan ilişkisinden ortaya çıkmaktadır⁷²⁸.

Söz konusu defi ve itirazların alacaklıyla olan ilişkiden doğmasından kasıt ise şudur: Bunlar bizzat müteselsil borçlunun diğer borçlularla beraber alacaklıya borçlu olduğu sözleşme ilişkisinden kaynaklanabileceği gibi bundan başka ilişkilerinden de kaynaklanıyor olabilir⁷²⁹. Sonuçta dar anlamda borç ilişkisi sayısının müteselsil borçlu sayısı kadar oluşu, öngörülebilecek modalitelere bağlı olarak bu kişisel farklılaşmaya izin vermektedir. Örneğin borçlulardan sadece biri açısından muacceliyet gerçekleşmemiş, ya da sadece biri açısından zamanaşımı definin koşulları tamamlanmış olabilir. Aynı şekilde sadece bir borçlunun şahsında

⁷²⁷ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 447.

⁷²⁸ Gautschi, **a.g.e.**, s. 20; Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 2; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 145, N.3; Becker, **BerKom.**, Art. 145, N.2; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 87; Deschenaux, **Partie II**, s. 132; Rossel, **a.g.e.**, s. 209; Fick, **Commentaire CO**, Art. 145, N. 2; Sbai, **a.g.e.**, s. 111; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1633; Haberstich (Gilliéron), **a.g.e.**, s. 269; Körner, **a.g.e.**, s. 254; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 169; Canyürek, **a.g.e.**, s. 43; İyimaya, **a.g.e.**, s. 137; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1045; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 310; Eren, **a.g.e.**, s. 1207; Bigat, **a.g.e.**, s.11; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 446; Kırca, **Yenilikler**, s. 38.

Corboz'a göre (**Distinction**, s. 79), tersten yapılacak bir tanımlamayla ortak olmayan bütün savunma sebepleri, kişisel savunma sebepleridir.

⁷²⁹ Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 3; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 145, N. 4; Haberstich (Gilliéron), **a.g.e.**, s. 269; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.20; Corboz, **Distinction**, s. 79.

ödemezlik defî veya aciz defî ileri sürme hakkı doğmuş olabilir. Buna karşılık borçlular arasındaki iç ilişki, herhangi bir kişisel defîye vücut vermez, bu ilişki alacaklının tarafı olmadığı yabancı bir ilişkidir⁷³⁰.

Öte yandan müteselsil borçlunun alacaklıyla olabilecek yegâne ilişkisi, diğer müteselsil borçlularla birlikte tarafı olduğu mevcut borç ilişkisi olmayabilir. Örneğin müteselsil borçlulardan birinin alacaklıyla olan başka bir sözleşmesel ilişkisindeki karşı alacağını takas yoluyla gündeme getirmesi düşünülebilir.

Alacaklının takibine maruz kalan borçlu gerek ortak savunma sebeplerini gerekse de kendi kişisel savunma sebeplerini takibi bertaraf etmek için ileri sürebilecektir⁷³¹. Ne var ki bundan farklı olarak diğer borçlular, ona ait kişisel savunmalardan faydalanamazlar⁷³², ⁷³³. Hatta ilgili borçlu bunları alacaklıya karşı ileri sürmüş olsa bile diğerleri etkilenmez. İlgili borçlu borçtan kurtulmuş olurken diğerleri alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmaya devam ederler⁷³⁴. Kişisel savunma sebebini alacaklıya karşı kullanmamış olan borçlunun rücu talebi geri çevrilemeyeceği gibi, bazı kişisel savunma sebepleri borçlular arasındaki rücu ilişkisinde dahi alacaklıya halef olan borçlunun, bu sıfatına dayalı olarak yapacağı taleplerde ileri sürülebilir⁷³⁵, ⁷³⁶. Buna karşılık, borçlu sadece özel rücu hakkını kullanır, halefiyetten faydalanmazsa, kişisel defî ona karşı ileri sürülemez⁷³⁷.

⁷³⁰ Gautschi, **a.g.e.**, s. 49; Sbai, **a.g.e.**, 70.

⁷³¹ Engel, **Partie Générale**, s. 840.

⁷³² Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 3; Engel, **Partie Générale**, s. 841; Béguelin, **FJS 873**, s. 1; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 88.20; Gauch / Schluep / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3713; Koller, **a.g.e.**, s. 1215; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 795; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 169; Bourassin / Brémond / Jobard-Bachelier, **a.g.e.**, s. 206; Terré / Simler / Lequette, s. 1238; Mainguy / Respaud, **a.g.e.**, s. 366; Delebecque / Pansier, **a.g.e.**, s. 140.

⁷³³ Fransız Hukukunda aynı yöndeki düzenleme için bkz. Fr. MK m. 1208 f.2 (Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 352; Bénabent, **a.g.e.**, s. 573; Delebecque / Pansier, **a.g.e.**, s. 140; Hoai, **a.g.e.**, s. 36).

⁷³⁴ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 169.

⁷³⁵ Tabii burada bir noktanın gözetilmesi elzemdir, eğer savunma sebebi salt alacaklının şahsını ilgilendiriyorsa halef müteselsil borçluya karşı ileri sürülemez. Örneğin borçlulardan birinin alacaklıya karşı sahip olduğu takas hakkını daha sonra ifade bulunup alacaklıya halef olan müteselsil borçluya karşı ileri sürmesi, şartlar oluşmadığı için mümkün olamayacaktır.

⁷³⁶ PECL Art. 10:111 (2) bu konuyu doğrudan –halefiyetten bahsetmeksizin- kaleme almaktadır (Rouiller, **a.g.e.**, s. 62).

Yine İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin gözden geçirilmesine yönelik olarak hazırlanan taslakta da, 205. maddenin son fıkrası PECL'dakine benzer bir düzenleme getirmektedir (Furrer / Körner, **a.g.e.**, Art. 205 OR/CO 2020, N. 8).

Kanımızca her iki düzenlemenin uygulanmasında bir önceki dipnotumuzda belirttiğimiz hususa dikkat edilmelidir.

⁷³⁷ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 317.

Diğer taraftan şu noktaya da dikkat çekilmesinde fayda olabilir. Borçlulardan her birinin ya da birkaçının alacaklıyla olan özel ilişkisi kapsamında aynı savunma hakkına sahip olmaları, bu savunmayı ortak bir savunma haline getirmez⁷³⁸. Böyle bir savunma sebebinin ileri sürülmesi yine her bir borçlunun kendi ihtiyarında olacaktır.

Kişisel defilerin ileri sürülmeden alacaklıya ifada bulunulmuş olması, kişisel defi lehdarı müteselsil borçlunun rücu hakkından mahrum kalmasını gerektirmez. Söz konusu savunmayı ileri sürmek tamamen ilgili borçlunun seçimidir⁷³⁹. Buna karşılık eğer kesin hükümsüzlüğe yol açabilecek bir kişisel itiraz ileri sürülmemişse, müteselsil borçlunun bir rücu hakkının olacağından söz edilmek güçtür. Zira böyle bir durumda borç olmayan şey ifa edilmiş olur. Dolayısıyla buna bağlı olarak da, (sözde) müteselsil borçlu, ancak alacaklıdan sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir⁷⁴⁰.

Borca katılma özelinde, buraya küçük bir parantez açmak gerekebilir. Borca katılma ile oluşan müteselsil borçlulukta başlangıçta katılan kişinin borcunun ferî özellik gösterdiği hatırlansın. Bu bağlamda, kuruluştaki ferîlik özelliği çerçevesinde borca katılan kişi diğerinin kişisel savunma sebeplerinden faydalanabilecektir.

ii. Bir Kişisel Defi veya İtirazın Diğer Borçluların Durumunu Dolaylı Olarak Etkilediği Haller

Bazı durumlarda sadece bir borçlunun şahsında söz konusu olacak kişisel savunma sebebi bir başka yönüyle, diğer borçlular açısından bir ortak savunma sebebi teşkil edebilir (*exceptio de jure tertii*)⁷⁴¹.

Misal olarak alacaklının borçlulardan birini ibra etmesi halinde bu ibra sadece ilgili borçlunun dar anlamdaki borç ilişkisini tamamen sona erdirir. Alacaklı artık söz konusu borçluya başvuramaz. Diğer borçlular ise, bu durumu doğrudan ileri süremeseler de kanunun kendilerine sağladığı bir avantaj sayesinde, söz konusu

⁷³⁸ Corboz, **Distinction**, s. 80.

⁷³⁹ Sbai, **a.g.e.**, s. 145; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 87.

⁷⁴⁰ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 87.

⁷⁴¹ İyimaya, **a.g.e.**, s. 137; Sbai, **a.g.e.**, s. 110; Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1239; Mainguy / Respaud, **a.g.e.**, s. 366.

durumdan kısmen de olsa bir ortak savunma sebebi olarak faydalanabilirler. Buna göre, sadece bir borçlunun ibra ile borçtan kurtulması diğerlerini de alacaklıya karşı söz konusu borçlunun iç ilişkideki nihai borç yükü kadar borçtan kurtaracaktır (TBK m. 166 f.3). Bu savunmayı yapmaksızın, alacaklıya akabinde ifade bulunan bir borçlu, söz konusu kısım için ancak alacaklıya sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir, yoksa diğer müteselsil borçlulara söz konusu kısım için rücu ilişkisinde başvurulması düşünülemez.

Benzer durumun -açık bir hüküm olmasa da- müteselsil borçlulardan sadece biriyle akdedilen tecdit anlaşması, sorumsuzluk anlaşması ve sulh anlaşması ile alacaklı ve borçlu sıfatlarının sadece bir müteselsil borçlunun şahsında birleşmesinde de söz konusu olacağı söylenebilir. Sonuçta alacaklı ibra anlaşmasındaki benzer bir sonuca kendi isteyerek veya bir şekilde dâhil olarak sebep olmaktadır. Dolayısıyla TBK m. 166 f.3 hükmü bu olasılıklarda kıyasen uygulanabilir, hatta söz konusu haller bakımından bir genel ilke düzeyine çıkarılabilir.

Ne var ki bir borçlunun ehliyetsizliğinin veya bir borçlunun şahsında oluşan irade sakatlığının⁷⁴² diğerlerine, yukarıda belirtilen borcun sona ermesi durumlarında olduğu gibi, kısmen bir ortak savunma sebebi kazandırması kanaatimizce düşünülemez. Zira aşağıda da açıklanacağı üzere, burada alacaklının anlaşması söz konusu olmadığı ve bir olgu geçerliliğe ilişkin sonuç doğurup diğeri sona ermeye ilişkin sonuç öngördüğü için, TBK m. 166 f.3 hükmünden kıyasen dahi faydalanılması düşünülemez. Yalnız burada farklı bir hukukî manivela ile diğer borçlular açısından bir ortak savunma sebebi meydana getirilebilecektir. Bu da TBK m. 27 f.2'dir. Söz konusu hükme göre sözleşmenin bir kısmının kesin hükümsüz olması (veya aynı prensibin kıyasen tatbik edilmesi suretiyle iptal edilebilir olması) bütün sözleşmenin bundan etkileneceği anlamına gelmez. Meğerki tarafların sözleşmeyi ilgili kısım olmaksızın bu haliyle akdetmeyecekleri hal ve şartlardan anlaşılınsın. Burada şüphesiz sözleşmenin belirli bir kısmının hükümsüzlüğü durumu söz konusu değildir, ama müteselsil borç ilişkisi özelinde bir borçlu açısından diğer

⁷⁴² Söz konusu irade sakatlığı hile veya ikrah olduğunda akla belki şu soru takılabilir: Sonuçta alacaklı kandırma ve tehdit iradesiyle hareket ederek bu sonuçlara sebep olmuştur. Acaba yukarıda alacaklının iradesiyle sebep olması düşüncesi buraya da taşınarak sonuç farklılığına gidilmesi gerekir mi? Bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Zira söz konusu irade bir işlemin oluşmasına yönelik olarak ortaya çıkmamakta, daha ziyade karşı tarafa bir zarar verici harekette bulunulmasına yani haksız fiil işlenmesine yönelik bir irade olarak teşekkül etmektedir. Dolayısıyla benzerlikten bahsedilmesi söz konusu olamaz.

borçluların varlığı olmazsa olmaz bir özellik gösterebilir. İşte bu gibi durumlarda, borçlular açısından ehliyetsiz veya iradesi sakat olan borçlunun varlığı olmazsa olmaz bir özellik oluşturuyorsa, müteselsil borçluluk ilişkisinin tamamıyla hükümsüzlüğünden söz edilebilir. Yalnız burada göz önünde bulundurulması gereken farklılık, bunun ortak bir savunma sebebi oluşturmasının ancak belirtilen durumun her bir müteselsil borçlu için aynı olmayabileceğidir. Böyle olunca da, ilgili durumun bazı müteselsil borçlular için kişisel savunma sebebi oluşturması, bazıları için oluşturmaması gündeme gelebilecektir.

b. Haksız Fiilden Kaynaklanan Müteselsil Borçlulukta

Bir kişinin tek başına haksız fiilinden doğan sorumluluğunda tazminat miktarının belirlenmesinde TBK m. 51 ve 52 rol oynamaktadır. Buna göre, kişinin kusurunun derecesi, tazminatın tamamını ödemesi halinde ekonomik açıdan güçlüğe düşecek olması gibi sebepler tazminattan indirim yapılabilmesi için kullanılabilir. Bunlardan her biri kişisel bir savunma sebebi oluşturmaktadır.

Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere⁷⁴³, tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş, birden fazla kişinin sorumlu olduğu haksız fiilden dolayı müteselsil sorumlulukta, bu sebeplerin kişisel savunma sebebi olarak ileri sürülmesini kabul etmemektedir. Bunun altındaki düşünce şöyle özetlenebilecektir: Sözleşme ile oluşan müteselsil borçlulukta, alacaklının bilgisi ve isteği dâhilinde bir hukukî ilişki kurulmaktadır. Böyle olunca da, bir müteselsil borçluya olan kişisel ilişkisinin sonuçlarına alacaklı katlanmakla yükümlü olur. Bu durumun onun açısından bir sürpriz yarattığı söylenemez. Oysa haksız fiiller alanında, daha doğru ve genel ifadesiyle kendisine bir zarar verildiği olasılıkta, tazminat borcunun doğumunda ve kanuni teselsülün şekillenmesinde, alacaklının ne bilgisi ne de isteği olan bir ilişki söz konusu olmaktadır. Bu yüzden borçluların kişisel savunma sebebi olarak kusur nedeniyle indirimi talep edememeleri gereklidir⁷⁴⁴. Yoksa alacaklı zararının tamamını tek kişiden isteyememiş olacak, öte yandan teselsülden elde edebileceği teminat fonksiyonu da söz konusu olamayacaktır⁷⁴⁵. Alacaklının zararı giderildikten sonra ise, zaten iç ilişkide yaşanacak hesaplaşmada adalet yerini bulacak, nihai yükler

⁷⁴³ Bkz. §1, III, C, 1, b altındaki açıklamalarımız.

⁷⁴⁴ Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 283; Gautschi, **a.g.e.**, s. 120.

⁷⁴⁵ Tercier, **Concours d'actions et Solidarité**, s. 121; Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 6.

gerektiği gibi paylaşılacaktır⁷⁴⁶. Dolayısıyla her ne kadar bu durum onlar açısından dış ilişkide adaletsiz bir durum yaratsa da⁷⁴⁷, TBK m. 51 ve 52 anlamındaki kişisel savunmaların bu iç ilişkide gündeme getirilmesi asıl olacaktır^{748, 749}.

Yalnız genel götürü biçimde, haksız fiillerden doğan müteselsil borçlulukta, borçluların hiçbir kişisel savunmayı ileri süremeyeceği kanaatine de varılmamalıdır. Alacaklının dâhili olduğu noktada, müteselsil borçlu kişisel savunma sebebini ileri sürülebilecektir⁷⁵⁰. Buna örnek olarak, alacaklının haksız fiil faillerinden birine acıyarak onu tazminat borcundan kurtarması, ibra etmesi gösterilebilir.

818 sayılı EBK m. 51 kapsamında farklı sebeplerden dolayı müteselsil borçlulukta (eksik teselsülde) borçlulardan her birinin kişisel savunma sebeplerini ileri sürebilmelerine bir engel olmadığı kanaati yerleşti⁷⁵¹. Bununla birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bakımından bu ayırım kaldırıldığı için, yukarıda anılan hâkim görüşe itibar edilecek olursa, farklı sebeplerden sorumlu olan kişilerin de kişisel savunma sebeplerini ileri süremeyecekleri kanaatine varılmak gerekecektir.

c. Farklılaştırılmış Müteselsil Borçlulukta

Anonim şirketler hukuku alanında benimsenen farklılaştırılmış teselsül dairesinde ise, zarardan sorumluluk bakımından TBK m. 51 ve 52 kapsamında ileri sürülebilecek kişisel savunma sebepleri zarar gören alacaklıyla olan dış ilişkide ileri

⁷⁴⁶ Gautschi, **a.g.e.**, s. 120; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 370; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 535-536; Werro, **CoRo.**, Art. 50, N. 9, Brehm, **BerKom.**, Art. 50, N. 44; Sbai, **a.g.e.**, s. 53; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 50, N. 12; Werro, **Responsabilité**, s. 454; Cuendet, **a.g.e.**, s. 140; Müller, **Solidarité**, s. 39; Nomer, **Tazminatın Belirlenmesi**, s. 178; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 599; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 287; Çavuşoğlu Işıntan, **a.g.e.**, s. 509; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 87-88. Ayrıca bu yönde Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararları için bkz. Yarg. 4. HD., 21.11.1974 T., 8361 / K. 16061; Yarg., HGK., 7.3.1986 T., E. 10-250 / K. 205; BGE 55 II 310; BGE 57 II 28; BGE 57 II 417; BGE 117 II 50; BGE 93 II 329; BGE 89 II 118; 127 III 257; BGE 112 II 138; BGE 113 II 323.

Aksi yönde ileri sürülen ve TBK m. 51 ve 52 kapsamındaki kişisel savunma sebeplerinin ileri sürülebilmesine ilişkin görüş için bkz. Oftinger / Stark, **a.g.e.**, §10, N.31; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 32; Tekinay, **Teselsül**, s. 30; Tekinay, **Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**, s. 205 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 701-702; Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 98-99; Corboz, **Distinction**, s. 89; Tercier, **Contribution**, s. 182 vd.

⁷⁴⁷ Tercier, **Concours d'Actions et Solidarité**, s. 121.

⁷⁴⁸ Sbai, **a.g.e.**, s. 53; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 88.

⁷⁴⁹ Bu maddeler kapsamında doğrudan zarar görenin (tazminat alacaklısı) şahsını ilgilendiren savunma sebepleri ise ortak defî olarak ileri sürülebilecektir. Örneğin zarar görenin müterafik kusuru buna örnek gösterilebilir (Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 283).

⁷⁵⁰ Tercier, **Concours d'Actions et Solidarité**, s. 137.

⁷⁵¹ Bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 296, dn. 27; Engel, **Partie Générale**, s. 565; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 51, N. 8; Werro, **CoRo.**, Art. 51, N. 6.

sürülebilir⁷⁵². Buna göre hâkim, her bir yönetim kurulu üyesinin yetki ve etki alanını saptadıktan sonra meydana gelen zarardan ne ölçüde sorumlu olduğunu bireysel olarak tespit edecektir⁷⁵³. Böylece her bir müteselsil borçlu açısından mutlak ve tek bir tazminat sorumluluğu değerinin oluşacağından söz edilemez⁷⁵⁴. Bu anlamda bütün borçlular arasında –birlikte- en az sorumlu olan borçlunun sorumlu olduğu tazminat borcu tutarında bir teselsül ilişkisinin olduğu söylenebilir, yoksa zarar görenin talep edebileceği tazminat tutarının tamamı bakımından değil. Dolayısıyla belirleyici olan, sorumlu olunan zarar kesitinin örtüşmesidir⁷⁵⁵.

Müteselsil borçlular bakımından iç ilişkide borcun nihai yükünün paylaşımında temel varsayım, her bir borçlunun birlikte verilen zarardan eşit derecede sorumlu olduklarıdır. Bu nokta itibarıyla somut durumda, kişisel savunma sebeplerinin ileri sürülmesi ve sorumlu olunan tazminat değerinin farklılaştırılmasında ispat faaliyetini gerçekleştirmek ilgili borçluya düşmektedir⁷⁵⁶. İlgili ispat faaliyeti başarıya ulaşmadığı takdirde müteselsil borçlu dış ilişkide zararın tamamından sorumlu olarak kabul edilecektir.

Dış ilişkideki tazminat miktarının farklılaşmasına yol açacak sebepler, anonim şirket bakımından öngörülen yönetim organizasyonu, yönetim kurulu üyelerinin zararın verilmesinde bireysel kusur oranları, zarar gören veya üçüncü kişilerin zararın oluşması veya artmasındaki kusurlu davranışları ve sorumluluğun belirlenmesindeki diğer hal ve şartlar olarak sayılabilir⁷⁵⁷.

Yönetim organizasyonu kapsamında farklı yönetim kurulu üyelerine farklı sorumluluklar verilmiş olabilir. Bu anlamda, sorumluluk kendisinde olmayan yönetim kurulu üyesi bakımından bir farklılaşmaya gidilmesi gerekecektir.

Diğer taraftan zararın verilmesinde bireysel kusur, bu bahis çerçevesinde gözetilebilecek en önemli indirim sebebini oluşturmaktadır. Buna göre kasten, ağır

⁷⁵² Rusconi, **a.g.e.**, s. 491; Tercier, **Concours d'Actions et Solidarité**, s. 142; Garbarski, **a.g.e.**, s. 243; Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 217; Altay, **Yetki Devri**, s. 333; Bauen / Bernet / Rouillet, **a.g.e.**, N. 621 .

⁷⁵³ Ravello, **a.g.e.**, s. 120; Vogt, **a.g.e.**, s. 25; Körner, **a.g.e.**, s. 210.

⁷⁵⁴ Altay, **Yetki Devri**, s. 333.

⁷⁵⁵ Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 16; Altay, **Yetki Devri**, s. 340.

⁷⁵⁶ Altay, **Yetki Devri**, s. 341.

⁷⁵⁷ Rusconi, **a.g.e.**, s. 498-499; Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 11.

veya hafif ihmalle hareket eden kişiler, dış ilişkide farklı değerlerle sorumlu olacaktır. Kusurun tayin edilmesinde yine yönetim organizasyonunun büyük bir önem taşıdığı söylenebilir. Buna göre konuyla ilgili doğrudan sorumluluk taşıyan yönetim kurulu üyesinin kusuru diğerlerine göre daha ciddi değerlendirilecek, diğerlerinin ise duruma göre ona nezaret etme bakımından bir kusurları olup olmadığı araştırılacaktır⁷⁵⁸.

Üçüncü kişilerin veya zarar görenin davranışları da zararın oluşmasında veya artmasında yardımcı bir unsur teşkil edebilir. Eğer bu sebeplerin zararın oluşmasında tamamıyla öncü olduğu söylenebiliyorsa bu durumda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarından bahsetmek zaten olası olmaz. Dolayısıyla bu sebepler bir indirim sebebi olarak karşımıza çıkabileceği gibi, illiyet bağıını tamamen koparmak suretiyle sorumluluğu kaldıran sebepler olarak da söz konusu olabilecektir.

Son olarak sorumluluğun belirlenmesindeki “*diğer hal ve şartlar*”dan anlaşılması gereken kusuru ve illiyet bağıını etkileyebilecek olan diğer dâhili veya harici unsurlardır. Bunların değerlendirilmeye alınmasında genel olarak çekimser davranılması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira kişisel savunma sebebi olarak kullanılacak unsurların bu denli çoğaltılması, müteselsil sorumluluğun alacaklı bakımından meydana getirdiği avantajın önemini iyiden iyiye düşürmüş olacaktır. Diğer hal ve şartlara örnek olarak, bir yönetim kurulu üyesinin düşük ücretle faaliyette bulunması gösterilebilir⁷⁵⁹. Yine zarara yol açan kararın alınmasında söz konusu olabilecek zaman kısıtlaması da bir başka örnek oluşturabilir⁷⁶⁰.

3. Ortak Defi ve İtirazların Alacaklıya Karşı İleri Sürülmemesinin Sonuçları

a. Genel Olarak

TBK m. 164 f.2’ye göre “[m]üteselsil borçlulardan biri ortak defi ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur.” Bu hükümden anlaşılması gereken, ortak savunmayı ileri sürmeyen müteselsil borçlunun rücu hakkını kaybedecek veya

⁷⁵⁸ Vogt, **a.g.e.**, s. 30 vd.

⁷⁵⁹ Konuyla ilgili olarak İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 127 III 453.

⁷⁶⁰ Vogt, **a.g.e.**, s. 34.

bir süre ileri süremeyecek olmasıdır⁷⁶¹. Zira ortak definin ileri sürülmesi müteselsil borçlu açısından bir hak olduğu kadar bir külfet de teşkil eder⁷⁶². Bu sonuca hükmün, kefalet sözleşmesine ilişkin olarak benzer düzenleme getiren TBK m. 591 f.3 c.2 hükmü ile birlikte okunmasından hareketle kıyasen varılmaktadır⁷⁶³. TBK m. 591 f.3'ye göre *“[k]efil asıl borçluya ait defilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu defileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemededen kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.”*

Diğer taraftan, TBK m. 164 f.2 kapsamında değerlendirme yapılırken, yine TBK m. 591 f.3'ten kıyasen, müteselsil borçlunun ortak savunma sebebini ileri sürmemesinin onun kusuruna dayandığının sabit olması gerekir⁷⁶⁴. Öyle bir durum olabilir ki, müteselsil borçlu söz konusu savunma sebebinden haberdar olmayabilir. Özellikle, bir borçlunun şahsında gerçekleşen borçtan kurtulma sebebini diğerlerinin durumunu de dolaylı olarak TBK m. 166 f.3 çerçevesinde etkileyeceği hallerde, bu borçlunun diğerlerine bir bildirimde bulunmamış olması diğerlerinin alacaklıya borcun tamamı için ifada bulunmalarına sebep olabilir. Bu durumda, diğer borçlular ilgili borçlunun kişisel savunma sebebini kendi açılarından yarattığı ortak savunma sebebini bilmemeleri nedeniyle ödemede bulduklarında rücu hakkından mahrum olmamalıdır. Zira söz konusu durumu bilmemeleri onların kusurundan kaynaklanmamaktadır.

Yalnız kanaatimizce TBK m. 591 f.3'nin kıyasen uygulamasında kefil açısından sağlanan ispat yükü avantajı müteselsil borçluluğa genişletilemez. Zira kefile bu avantajın sağlanmasında esas etken, onun bir başkasının borcu bakımından fedakârlıkta bulunan bir kişi olarak hareket ettiği varsayımdır. Oysa müteselsil borçlulukta, böyle bir durum söz konusu değildir, borçlular aynı geniş anlamda borç ilişkisi içinde “eşit” düzeyde ve konumda bulunmaktadır. Bütün borçlular alacaklıya karşı asli olarak sorumludurlar. Dolayısıyla iki borçluluk yapısındaki bu yapı farklılığı, bu alanda kıyasa engel olacaktır. Sözün özü, müteselsil borçlu ortak

⁷⁶¹ Sbai, **a.g.e.**, s. 145; Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 5; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 93; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 796; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 301; Eren, **a.g.e.**, s. 1206.

⁷⁶² Eren, **a.g.e.**, s. 1206.

⁷⁶³ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, 86; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1045; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 166.

⁷⁶⁴ Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 5; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1045; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 166; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 796.

defileri bilmediğini veya bilmesinin gerekmediği kendisi ispat etmelidir, bu konudaki ispat yükünü o taşır. Buna karşılık borca katılma halleri bakımından farklı şekilde düşünülebilir. Zira bu son durumda, bir başkasına teminat verilmesi noktasında kefalet sözleşmesiyle bir benzerlik kurulabilmesi imkân dâhilindedir. Yine de genel götürü bir değerlendirme yapılmasından kaçınılmalı somut olaylar bazında düşünülmelidir. Eğer somut durumda menfaatler dengesi bakımından uygun görülebiliyorsa, söz konusu ispat yükü borcuna katılan ilk borçluya yüklenebilir.

b. Bütün Borçlulara Karşı Dava Açıldığı Durumda

Alacaklı tarafından bütün müteselsil borçlulara karşı dava açıldığı bir olasılıkta, borçlulardan her biri ihtiyari dava arkadaşı konumunda olacaktır. Bu durumda davalı borçlu sayısı kadar dava olmakla birlikte, tahkikat aşaması bütün borçlular açısından ortaktır. Yalnız söz konusu durum, bütün borçlular açısından ortak tek bir kararın verileceği anlamına gelmez, hâkimin farklı borçlular açısından farklı sonuçlara ulaşması mümkündür.

Ortak savunmaların böyle bir olasılıkta nasıl ortaya koyulması gerektiği de önem arz etmektedir. Bir borçlu tarafından ileri sürülen ortak savunma sebebinden diğerleri de faydalanabilecek midir? Bu konuda bir ayırım yapılarak cevap verilmesi uygun olur. Eğer ortada itiraz niteliğinde bir savunma sebebi bulunuyorsa, bunun sadece bir borçlu tarafından ileri sürülmesi, diğerlerinin durumunu da etkileyecektir⁷⁶⁵. Zira itirazların hâkim tarafından re'sen nazara alınması gerekmektedir. Nitekim ortak olarak yürütülen bir tahkikat aşaması bulunduğu için, bütün müteselsil borçluları etkileyen bir itiraz sebebi sadece bir borçlu tarafından ileri sürülse de diğerlerinin de bundan yararlanabilmesi doğal karşılanmalıdır. Buna karşılık, defî niteliğindeki savunma sebepleri bakımından farklı düşünülmelidir. Ortak defiler sadece bunları bizzat ileri süren borçlular bakımından etki doğuracaktır, hâkimin bu türden savunma sebeplerini re'sen dikkate alması ve dolayısıyla bunları ileri sürmeyen borçluların da herhangi bir fayda sağlaması söz konusu olmaz⁷⁶⁶.

⁷⁶⁵ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 307; Canyürek, **a.g.e.**, s. 63; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 167.

⁷⁶⁶ Canyürek (**a.g.e.**, s. 63), bu konuda farklı bir görüş ileri sürmektedir. Buna göre ortak definin ileri sürülmesi sadece bunu ileri süren müteselsil borçluya etki edecek olsa da diğerleri de bu borçlunun iç ilişkideki payı oranında ileri sürmedikleri halde söz konusu defiden dolayı olarak faydalanabilmelidir. Aynı yönde bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 308; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 168.

Dolayısıyla, her ne kadar tahkikat aşaması ortak yürütülüyor olsa da, ortak defiyi ileri süren ve sürmeyen borçlular bakımından yapılan yargılama neticesinde verilecek hüküm – ihtiyari dava arkadaşlığı bakımından buna herhangi bir engel de olmadığına göre- farklılaşacaktır⁷⁶⁷.

c. Sadece Bir Borçluya Karşı Dava Açıldığı Durumda

Alacaklı tarafından sadece bir borçluya karşı dava açıldığı durumda ise daha farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Böyle bir durumda açılan davada verilecek hüküm sadece ilgili müteselsil borçluya karşı etkili olacaktır. Diğer müteselsil borçlulara karşı oluşan bir kesin hüküm etkisinden bahsedilemez⁷⁶⁸ (Nitekim bkz. HMK m. 303 f.5). Dolayısıyla alacaklının bir müteselsil borçluya karşı açtığı davayı ortak bir savunma sebebinin ileri sürülmesi neticesinde kaybetmesinin diğer müteselsil borçlular açısından bir önemi bulunmamaktadır. Hâkim müteselsil borçla ilgili olarak açılan her bir davada ilgili savunma sebebinin tekrar değerlendirmeye alacaktır⁷⁶⁹.

İleri sürülen savunma sebebinin itiraz veya defî niteliğinde olması da herhangi bir farklılık meydana getirmemektedir. Bir an için bu durumun çelişkili kararlara yol açabileceği düşünülebilir, bununla birlikte müteselsil borçluların her birinin bireysel savunma hakkının ön planda tutulması nedeniyle bu sonuca ulaşıldığı gözden

Yazarların bu görüşüne katılmıyoruz. Zira böyle bir yaklaşımın kabul edilmesiyle, defî hakkının hak sahibi tarafından ileri sürülmesi gereği göz ardı edilmiş olur.

⁷⁶⁷ Bir borçlu tarafından ileri sürülen savunma sebeplerinin etkisiyle ilgili olarak PECL Art. 10:111 (1)'in 2. cümlesinde “[b]ir borçlunun ileri sürdüğü savunma sebebinden diğer borçlular istifade edemez” hükmü getirilmektedir (Bkz. Rouiller, **a.g.e.**, s. 62). Yine benzer bir hüküm DFCR Art. III - 4:112:(1)'in ikinci cümlesinde yer almaktadır (Bkz. von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 996).

Burada kastedilen ortak savunma sebepleridir. Hükümün bir müteselsil borçluya karşı dava açıldığı ihtimalde uygulaması bakımından herhangi bir tereddüt yoktur. Bununla birlikte yukarıda değindiğimiz alacaklının birden çok borçluya karşı aynı anda dava açıldığı olasılıkta yukarıda değerlendirmelerimiz süzgecinde hükümün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁷⁶⁸ Gautschi, **a.g.e.**, s. 27; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 11; Fick, **Commentaire CO**, Art. 145, N. 7; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.27; Romy, **CoRo.**, Art. 143, N. 4; Koller, **a.g.e.**, s. 1214; Becker, **BerKom.**, Art. 144, N.4; Nevhis Deren Yıldırım, **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996, s. 133. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı BGE 133 II 6.

PECL Art. 10:109 (1), DFCR Art. III - 4:110 ve Art. 11.1.8 (1) UNIDROIT Principles 2010 düzenlemeleri de aynı hususa açık olarak işaret etmektedir (Rouiller, **a.g.e.**, s. 61; von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 992-993; Fontaine, **New Provisions**, s. 556; Art. 11.1.8, Comment 1, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 379).

⁷⁶⁹ Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 6.

kaçırılmamalıdır⁷⁷⁰. Ayrıca bu sonuç müteselsil borçluları birbirlerinin durumunu ağırlaştıramayacağına ilişkin TBK m. 165 hükmü ile de uyumludur⁷⁷¹.

C. Kefalet Sözleşmesinde

1. Kefilin Asıl Borç İlişkisinden Kaynaklanan Savunmaları

a. Genel Olarak

Kefilin alacaklı karşısındaki savunmaları, TBK m. 591’de düzenlenmektedir. Buna göre kefil, asıl borçluya veya onun mirasçılarına ait olan bütün savunma sebeplerini alacaklıya karşı ileri sürebilir. Söz konusu savunma sebeplerinin defi veya itiraz niteliğinde olması bir farklılık meydana getirmemektedir⁷⁷². Düzenlemenin temelinde kefaletin ferî bir sözleşme olması bulunur⁷⁷³, ⁷⁷⁴. Bu şekilde, asıl borçlunun ifada bulunmak zorunda olmadığı hallerde kefilin de durumu korunmuştur⁷⁷⁵.

Kefilin ileri sürebileceği asıl borçluya ait olan savunma sebepleri, münhasıran asıl borç ilişkisinden kaynaklanırlardır. Yoksa asıl borçlunun bunlardan başka, alacaklıyla olan sair ilişkilerinden ileri gelen savunma sebepleri varsa, kefilin bunları da kullanması söz konusu olamaz⁷⁷⁶. Örnek olarak asıl borçlu alacaklılarıyla bir konkordato anlaşmasında bulunduyorsa, bu anlaşmadan kaynaklanan savunma sebepleri kefil tarafından kullanılamaz⁷⁷⁷.

⁷⁷⁰ Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 6. Bkz. bu yönde BGE 93 II 329.

⁷⁷¹ Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 133.

⁷⁷² Guhl, **Bürgschaft**, s. 71; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 502, N. 2; Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 8; Scyboz, **a.g.e.**, s. 68; Özen, **Kefalet**, s. 355; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 169; Develioğlu, **Garanti**, s. 359; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 536; Riffard, **a.g.e.**, s. 77; Ancel, **a.g.e.**, s. 28. Benzer bir kurala PEL Pers. Sec. Art. 2:102 kapsamında da yer verilmiş ve bu durumun bağımlı (ferî) bir teminatın varlığının bir sonucu olarak kaçınılmaz şekilde ortaya çıktığı belirtilmiştir (Drobnig, **a.g.e.**, s. 199).

⁷⁷³ Guhl, **Bürgschaft**, s. 71; Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 8; Honsell, **a.g.e.**, s. 418; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 4; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 502, N. 4; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 179; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 696 / 781; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 169; Riffard, **a.g.e.**, s. 77; Ancel, **a.g.e.**, s. 28.

⁷⁷⁴ Roma hukukunda da kefaletin ferî bir sözleşme olduğu ve kefilin asıl borçlunun ileri sürebileceği savunma imkânlarından faydalanabileceği kabul ediliyordu (bkz. Zimmermann, **a.g.e.**, s. 121-124)

⁷⁷⁵ Scyboz, **a.g.e.**, s. 67; Gulh, **Bürgschaft**, s. 71.

⁷⁷⁶ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 33; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 502, N. 14-15; Scyboz, **a.g.e.**, s. 70; Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 12; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 9.

⁷⁷⁷ Özen, **Kefalet**, s. 355.

Yalnız asıl borçlunun ödeme gücünden kaynaklanan savunma sebepleri, TBK m. 591 f.1'de de belirtildiği üzere, mahiyetleri icabı bu genel kuralın dışında tutulur. Bu husus kefalet sözleşmesinin bizatihi asıl borç ilişkisinde borçlunun borcunu yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Aksi halde kefaletin bir teminat sözleşmesi fonksiyonuna sahip olduğundan söz açılmaz⁷⁷⁸.

Öte yandan, kanunda bazı özel haller bakımından da kefilin bazı savunma sebeplerini ileri süremeyeceğini belirtilmektedir (TBK m. 591 f.1 c.2). Buna göre kefil, eğer kefalet borcu altına girerken borçlunun sınırlı ehliyetsiz olduğunu⁷⁷⁹ veya hataya düştüğünü⁷⁸⁰, ⁷⁸¹ biliyorsa, bunu alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Aynı şekilde zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi de zamanaşımı defini alacaklıya karşı ileri süremez. Söz konusu hüküm TBK m. 582 f.2 hükmüyle paralellik oluşturmaktadır. Bu son hükümde, yukarıdaki savunma sebeplerinin varlığını bilerek kefil olan kişinin kefalet hükümlerine göre sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. Bilme olgusu MK m. 6 çerçevesinde alacaklı tarafından ispat edilmelidir, ispat yükü onun üzerindedir⁷⁸². Dolayısıyla ilgili durumlarda kefil, asıl borç ilişkisi, iptal veya icazet verilmemesi neticesinde hükümsüz olsa da sorumlu olacaktır. Bu olasılıklar bakımından kefil, aynen garanti veren bir kişi gibi bağımsız bir teminat sağlamış olur⁷⁸³.

⁷⁷⁸ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 24; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 782; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 176; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 534; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 179. PEL Pers. Sec. Art. 2:102:(2):(a)'da da asıl borçlunun ödeme güçlüğü veya buna benzerlik arz eden durumlar içinde olmasının, bağımlı teminat veren tarafından alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceğine açık olarak işaret edilmiştir (Bkz. Drobnig, **a.g.e.**, s. 200).

⁷⁷⁹ Bu hüküm asıl borçlunun tam ehliyetsiz olduğu hali kapsamaz. Böyle bir durumda kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olur. TBK m. 582 f.2 özel olarak belirsizlik durumunu bilerek kefalet sorumluluğu altına giren kimseyi bu durum bakımından bağımsız olarak sorumluluk altına sokmuş bulunmaktadır (Özen, **Kefalet**, s. 106 ve özellikle dn. 245; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 723).

⁷⁸⁰ Hükümün diğer irade sakatlıkları bakımından kıyasen uygulanması düşünülemez. Zira bu durumlar birer haksız fiil de oluşturur. Bu yüzden hata ile eş düzeyde değerlendirilmemiştir. Kaldı ki, hukuka aykırı bir fiil neticesinde oluşan bir borcun konusunun temin edilmesi, teminat sözleşmesinin içsel unsuru olan riskin içeriğini hukuka aykırı hale getirir, bu da ferilik özelliğinden bağımsız olarak, başlı başına kefalet sözleşmesinin kendisi bakımından bir geçersizlik sebebi oluşturmaktadır. Nitekim aynı türden bir riskin ferî özellik taşıyan kefalet sözleşmesiyle değil de garanti sözleşmesiyle temin edilmesinin sonucu da kesin hükümsüzlük olacaktır (Özen, **Kefalet**, s. 107-108).

⁷⁸¹ Böyle bir durumda kefil TBK m. 140'ın geniş yorumlanmasıyla elde edilen, belirsizlik süresi içinde kendisine tanınan geçici defi imkânından da yoksun olur. Zira sözleşme iptal edilse bile zararı karşılamaya yönelik taahhütte bulunduğu kanun hükmüyle kabul edilmiştir. Dolayısıyla onun için ne bir belirsizlik ne de bu kapsamda korunması gereken bir menfaat mevcut bulunmamaktadır (Bkz. Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 42).

⁷⁸² Giovanoli, **BerKom.**, Art. 492, N. 80, 83; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 492, N. 26; Özen, **Kefalet**, s. 107.

⁷⁸³ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 42; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 502, N. 18; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 492, N. 25; Özen, **Kefalet**, s. 363; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 170.

Kefilin asıl borçlunun savunma sebeplerini ileri sürebilmesi, asıl borçlu bunlardan (kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra⁷⁸⁴) feragat ettiğinde bile mümkündür⁷⁸⁵ (TBK m. 591 f.2). Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, asıl borçlunun feragat edebileceği savunma sebepleri defilerle sınırlıdır. İtiraz sebeplerinden ise feragat söz konusu olamaz, zira itiraz borçluya tanınan bir hakka değil gerçekleşmiş olan bir olaya (vakıa) dayanır⁷⁸⁶. Kefilin, söz konusu defilerden asıl borçlunun feragati halinde bile yararlanabilmesinin temelinde, söz konusu defi haklarının kefilin şahsına ayrı haklar olarak tanınması bulunmaktadır⁷⁸⁷. Nitekim kefil bir üçüncü kişinin hakkını kendisi için kullanmamakta, bizzat kendine ait olan haktan faydalanmaktadır. Bunun yanında asıl borçlu, kefilin durumunu kendi hareketiyle ağırlaştıramaz⁷⁸⁸. Kefilin sorumluluk dozu, kefalet sözleşmesini akdederken öngördüğünden daha fazla olmamalıdır⁷⁸⁹. Buna karşılık şayet savunma sebepleri feragat dışında bir sebeple ortadan kalkmışsa, bu durumda asıl borçluya ait bir defi hakkı olmadığı için kefilin de ayrı bir defi hakkının olabilmesi söz konusu olmaz⁷⁹⁰. Yalnız, borçlunun ilgili savunmayı yapmaması aktif hareketine yani feragatine bağlı olduğu vakit durum böyledir. Yoksa kendiliğinden oluşan durumlar bu çerçevede değerlendirilemez. Nitekim şayet borçlunun savunma hakkını kullanması bir süreyle sınırlanmış ve bu süre içinde hak kullanılmamışsa, kefilin bundan faydalanması söz konusu olamaz⁷⁹¹. Hatta söz konusu süre içinde savunmanın kullanılmayacağına açıklanması da aynı etkiyi gösterir, bu durumlar TBK m. 591 f.2'nin çerçevesi dışında kalır⁷⁹². Kaldı ki aksinin kabul edilmesi, alacaklı cephesinde de beklenmedik bir durum ve güvensizlik oluşturacaktır⁷⁹³. Örnek olarak hata nedeniyle⁷⁹⁴ iptal edilebilir bir borca kefil olan kişi, asıl borçlu süresinde hakkını kullanmayacağını

⁷⁸⁴ Zira bunu bile bile kefalet sorumluluğu altına giren kefil açısından daha sonradan meydana gelecek bir sorumluk ağırlaşması olmayacaktır (Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 15; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 502, N. 5b).

⁷⁸⁵ Bu hükmün özel bir görünümü olarak bkz. TBK m. 160 f. son (Özen, **Kefalet**, s. 368). Aynı özel kural diğer birlikte borç türlerinden müteselsil borçluluk ve bölünmez borçluluk için de özdeştir.

⁷⁸⁶ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 9; Honsell, **a.g.e.**, s. 418.

⁷⁸⁷ Scyboz, **a.g.e.**, s. 70; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 4; Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 6; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 170; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 18 / 62; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 180.

⁷⁸⁸ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, 782; Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 44.

⁷⁸⁹ Özen, **Kefalet**, s. 368.

⁷⁹⁰ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 18.

⁷⁹¹ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 18; Develioğlu, s. 362; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 179.

⁷⁹² Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 45; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 11.

⁷⁹³ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 45; Guhl, **Bürgschaft**, s. 75; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 11; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, 782; Özen, **Kefalet**, s. 368; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 179.

⁷⁹⁴ Hile ve ikrah halleri bakımından söz konusu olacak iptal hakkının kullanılmayacağına açıklanması veya ilgili sürenin geçmesi kanaatimizce kefilin sorumlu olmasına yol açmaz. Zira bu haller, hukuka aykırı bir fiille meydana getirilen bir borcu konu aldığı için (riskin konusu) zaten kefalet sözleşmesi kendine has bir sebeple baştan geçersiz olacaktır.

açıklarsa veya alacaklı onun hakkını kullanmasını istediği koşullarla sözleşme tarafı olmayı kabul ederse, ya da iptal süresi kendiliğinden geçecek olursa, bu durumlar hep TBK m. 592 f.2'nin kapsamı dışında kalır⁷⁹⁵. Kefil, bunlardan zorunlu olarak etkilenir⁷⁹⁶.

b. Borcun Doğumuna ve Geçerliliğine İlişkin Olanlar

Asıl borcun bir sözleşmeden kaynaklanması durumunda doğumu ve geçerliliği ile ilgili savunmaları kefil de kullanabilir⁷⁹⁷. Bununla birlikte (asıl) borcun sözleşmeden kaynaklanmasının bir zorunluluk olmadığı açıktır, asıl borç başka herhangi bir borç ilişkisinden de kaynaklanabilecektir⁷⁹⁸. Bu durumda söz konusu borç ilişkilerinin doğumu ve geçerliliği bakımından oluşacak savunma sebepleri de kefil tarafından gündeme getirilebilir. Aşağıda ise özel olarak sözleşmeden doğan asıl borç bakımından kefilin ileri sürebileceği savunmalar ele alınacaktır.

Öncelikle, asıl borç ilişkisinin kurulmasında gerekli irade beyanlarındaki eksiklik veya bunların birbiriyle tam olarak örtüşmemesi zaten ilişkinin yokluğuna işaret eder. Bu durumda kefilin kendi sözleşmesindeki asıl borç hiçbir şekilde var olmadığı için, riskin gerçekleşmesi objektif olarak imkânsızdır. Diğer taraftan ilişki var olmakla birlikte, kanunda aranan geçerlilik şartlarına uyulmadığı için (değişik kategorilerde) hükümsüz olabilir⁷⁹⁹. Şöyle ki, asıl borç ilişkisinde borçlu tam ehliyetsizse (veya sınırlı ehliyetsizse ve kefil bunu bilmiyorsa), asıl borç ilişkisi bakımından muvazaa söz konusu ise, kanunda veya taraflarca öngörölmüş şekil kuralına uyulmadan sözleşme akdedilmişse, genel olarak kesin hükümsüzlükten söz edilecektir. Kefil, bir itiraz sebebi olarak asıl borç ilişkisinin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürebilir. Asıl borç ilişkisinin meydana gelmesinde asıl borçlu hataya düşmüşse işlemin hukukî statüsü iptal edilebilirliktir. Kefil bu durumun bilincinde değilse, sözleşmenin nihai akıbeti belli oluncaya kadar TBK m. 140'ın geniş

⁷⁹⁵ Bir noktaya dikkat edilmelidir. Burada kefilin iptal hakkını kullanamayacak olmasından söz edilmemektedir. Zira bu hakkı zaten yalnızca sözleşme tarafı asıl borçlu kullanabilecektir. Kefil hiçbir durumda bu haktan ferîlik çerçevesinde faydalanamaz (Develioğlu, **Garanti**, s. 1377). Burada kastedilen TBK m. 140'ın geniş yorumundan elde edilen kefilin ilgili belirsizlik süresindeki geçici defî hakkıdır.

⁷⁹⁶ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 46.

⁷⁹⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 12; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 502, N. 4; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 19.

⁷⁹⁸ Guhl, **Bürgschaft**, s. 27; Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 18; Özen, **Kefalet**, s. 66; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 21.

⁷⁹⁹ Reisoğlu, **Defî Hakları**, s. 180.

yorumlanmasıyla kendisine sağlanan geçici defîi hakkında faydalanabileceği gibi⁸⁰⁰, sözleşmenin iptal edilip baştan itibaren hükümsüz hale getirilmesi halinde oluşacak itirazı da ileri sürebilecektir. Aynı husus bir başka iptal edilebilirlik hali olan gabin (aşırı yararlanma) bakımından da geçerlidir. Asıl borç ilişkisinin temsil yetkisi eksikliği nedeniyle askıda hükümsüz olması veya temsil olunanın nihai icazeti gelmediğinde kesin hükümsüz olması kefalet sözleşmesini de aynı ölçüde etkiler. Kefil de, belirsizlik süresinde asıl sözleşmenin askıda hükümsüz olmasını, akabinde de kesin hükümsüz olmasını bir savunma olarak kullanabilecektir. Diğer taraftan, asıl borcun doğumu geciktirici şarta bağlanmışsa, kefil şartın gerçekleşmediği itirazını alacaklıya karşı ileri sürebilir.

Bundan başka asıl borç ilişkisinin hukuka ve ahlaka aykırılığı, konusunun baştan objektif imkânsızlığı, asıl borçlunun hile veya ikrahla sakatlanmış iradesiyle meydana getirilmesi hallerinde durum bir nebze farklılık gösterir. Söz konusu hallerin ilk üçünde sözleşme kesin hükümsüz, diğerlerinde ise iptal edilebilirlik statüsündedir. Ancak kefilin yapabileceği savunmalar, kefalet sözleşmesinin riske bağlı bir sözleşme olması doğrultusunda doğrudan kefalet sözleşmesinden kaynaklanır. Kefil, ahlaka veya hukuka aykırı bir borcun yerine getirilmesi için teminat sağlayamaz, sağladığında da bu sakıncalı özellikler bizzat kefalet sözleşmesinin konusunu oluşturan riske de sâri olur. Aynı şekilde hile veya ikrah ile yapılan bir sözleşme neticesinde ortaya çıkan borç, bir haksız fiil neticesinde meydana getirilmiş bir borçtur, böyle bir borcun kefaletle teminat altına alınması ahlaka aykırılık teşkil edecektir. Yine konusu başlangıçtan objektif imkânsız olan bir sözleşmeden doğan borca kefalette, riskin gerçekleşmesi de buna bağlı olarak imkânsız olacağından kefalet sözleşmesi de geçerli biçimde hükümlerini doğuramaz.

c. Borcun Talep Edilememesi ve Sona Ermesine İlişkin Olanlar

Asıl borcun tabi olduğu modaliteler kapsamında bir süreliğine talep edilememesi söz konusu olabilir. İlk akla gelebilecek durum, borcun muacceliyetinin henüz gelmemiş olmasıdır⁸⁰¹. Kefilin borcunun tali özelliği, asıl borcun yerine

⁸⁰⁰ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 14; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 502, N. 4; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 6; Guhl, **Bürgschaft**, s. 72; Özen, **Kefalet**, s. 356.

⁸⁰¹ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 29; Reisoğlu, **Defîi Hakları**, s. 192.

getirilmemesi olgusunun kesinleşmesini gerektirir, oysaki muacceliyetten evvel borcun yerine getirilmesi için zaten herhangi bir talepte bulunulamaz⁸⁰². Dolayısıyla kefil de bunu bir savunma sebebi olarak kullanabilir. Bunun yanında kefilin borcu da ayrıca başka bir vadeye bağlanmış olabilir. Söz konusu durum, kefalet sözleşmesinin “çifte vadeli” olmasına yol açar. Salt asıl borç için söz konusu olan vade dolsa ve borç muaccel olsa da bu durumda kefilen yine talepte bulunulamaz. Bu son durumda, kefil doğrudan kefalet sözleşmesine dayalı bir savunma sebebine başvuruda bulunmuş olacaktır.

Asıl borç ilişkisinde vade tarihinin alacaklı yararına daha öne alınması, kefilin durumuna bir etkide bulunmaz. Zira asıl borçlu kefalet sözleşmesi kurulurken var olan durumu kefil aleyhine değiştiremez. Buna karşılık borcun vadesinin ertelenmesi, teknik ifadesiyle bir tecil anlaşmasının akdedilmesi, kefilin durumunu da olumlu etkiler⁸⁰³. Yeni vade gelmeksizin kefile yapılan başvuru sonuçsuz kalır. Tabii şu da söylenebilir: Zaten kefilin ödemesi bakımından gerçekleşmesi gerekli risk gerçekleşmemiştir, dolayısıyla kefile yapılacak talep boşa dönecektir.

Diğer taraftan asıl borç ilişkisinde, muacceliyet alacaklı tarafından bir ihbarın yapılmasına bağlanmışsa, kefil de ihbarın yapılmamış olduğu için muacceliyet eksikliği savunmasında bulunabilir. Bundan başka, kefil bu konuda kefalet sözleşmesini düzenleyen hükümler özelinde de bir avantajdan faydalandırılmaktadır. Şöyle ki, muacceliyet ihbarının yapılmasının kararlaştırılması halinde, alacaklının sadece asıl borçluya ihbarda bulunması kefile başvurabilmesi için yeterli olmaz. Bunun yanında kefile de ayrıca durumla ilgili bilgi verilmesi mahiyetinde bir ihbarın gönderilmesi aranır⁸⁰⁴ (TBK m. 590 f.3). Yalnız sadece asıl borçluya ihbarda bulunulup kefile söz konusu ihbarın yapılmasının atlanması, asıl borcun muaccel olmasını etkilemez. Sadece kefile başvurulmasını engeller. Böyle bir olasılıkta asıl borçlunun muaccel olan borcu yerine getiremeyip temerrüde düşmesi, oluşacak sonuçlar bakımından elindeki savunma sebebi nedeniyle kefile etkilemeyecektir. Kefil nezdinde borcun muacceliyet kesbetmesi ona yapılacak ihbarla gerçekleşir⁸⁰⁵.

⁸⁰² Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 17; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 501, N.1; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 534; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 29; Tekinay, **Mukayese**, s. 748.

⁸⁰³ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 160; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 30.

⁸⁰⁴ Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 193.

⁸⁰⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 501, N. 17-18; Özen, **Kefalet**, s. 72.

Asıl borç ilişkisinin karşılıklı bir borç ilişkisi olması belirli şartlarla ödemezlik definin ileri sürülebilir olmasını akla getirir. Asıl borçlunun bu defiyi ileri sürme hakkı oldukça, henüz ileri sürüp sürmediğine bakılmaksızın kefilin de bundan faydalanabileceği söylenebilir⁸⁰⁶.

Asıl borç ilişkisindeki borç, takas nedeniyle sona erdirildiğinde, kefil bunu da ileri sürebilir. Hatta bunun da öncesinde TBK m. 140 uyarınca takas hakkının kullanılıp kullanılmadığının sabit olmadığı dönemde kefil geçici bir defi hakkından da faydalanabilir⁸⁰⁷. Bu geçici defi hakkı, kefil tarafından yenilik doğuran etkiye sahip takas hakkının kullanılması anlamına gelmez. Burada kefile sağlanan imkân salt belirsizlik durumu geçinceye kadar ödeme yükümlülüğünü askıya aldirabilmesidir⁸⁰⁸. Aslında takas hakkının asıl borçlu tarafından kullanılması kefalet sözleşmesi ferî özellik taşımasaydı dahi, kefilin kefalet sözleşmesindeki risk kapsamında gündeme getirebileceği bir itiraz sebebi oluştururdu. Zira borcun ifa edilmemesi tehlikesi böyle bir durumda sona ermiş olur. Dolayısıyla kefil bizzat kendi taraf olduğu sözleşmede bir itiraz sebebinden faydalanabilir.

Bundan başka, asıl borç ilişkisinde borcun zamanaşımına uğraması olgusu kefil tarafından da bir sürekli defi olarak ileri sürülebilir⁸⁰⁹. Yalnız kefil, bilinçli olarak zaten zamanaşımına uğramış bir borca kefil olduysa aynı şey söylenemez. Belirtilen son durumda kanun koyucu kefilin, bağımsız bir teminat taahhüdü altına girdiğini kabul etmektedir. Kefil, alacaklı tarafından borcun talep edilemez olmasına bakılmaksızın, kendi edimini yerine getirmek durumundadır⁸¹⁰. Ancak kefilin durumu bilmeyerek kefalet borcu altına girmesi, asıl borcun daha sonradan zamanaşımına uğraması halindekiyle aynı kapsamda değerlendirilir⁸¹¹.

Son olarak asıl borç ilişkisinde borç, borçlunun sorumlu olmadığı bir imkânsızlık hali sonucunda sona ermiş olabilir. Kefil de bu olguyu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Hatta böyle bir durum kefilin kendi sözleşmesi

⁸⁰⁶ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 27.

⁸⁰⁷ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 37; Tekinay, **Mukayese**, s. 748.

⁸⁰⁸ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 38.

⁸⁰⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 15; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 14; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 534; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 34.

⁸¹⁰ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 33; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 174.

⁸¹¹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 128; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 724.

bakımından riskin gerçekleşmeden sona erdiğini gösterir. Ortada ileri sürülmesi de hâkim tarafından re'sen nazara alınabilecek bir itiraz sebebi bulunmaktadır.

Asıl borçlunun ölümünde mirasçılarının kullanabileceği savunma sebepleri de kefil tarafından gündeme getirilebilir. Nitekim asıl borçlunun mirasçıları resmî deftere göre kabulde buldukları takdirde, onların borçtan kurtulma olasılıkları gündeme gelir. Böyle durumlarda kefil de söz konusu sebeplerden yararlanabilecektir⁸¹². Resmî defter tutulması esnasında alacaklısı tarafından bildirilmeyen alacak hakları sona erecektir. Bu durumda asıl borca ilişkin sorumluluk ortadan kalktığı için kefilin sorumluluğu da son bulacaktır⁸¹³. Bu sonucun oluşmasında alacaklının kusurlu olması şarttır. Buna karşılık şayet alacağın bildirilmemesi, alacaklının kusuruna dayanmıyorsa, alacaklının mirasçılara başvurma hakkı saklı kalır. Tabi böyle bir durumda kefile olan başvurma imkânı da ortadan kalkmaz⁸¹⁴. Ne var ki mirasçılarının sorumluluğu sınırlı bir sorumluluk olmasına karşılık, kefil borcun tamamından sorumlu kalmaya devam eder (MK. m. 629 f. 2).

2. Kefil ve Alacaklı Arasındaki Kişisel İlişkilere Dayanan Savunmalar

Kefil, alacaklısına karşı, asıl borç ilişkisi çerçevesinde yapabileceği savunmaların dışında, alacaklıyla kendi ilişkisinden kaynaklanan savunmalarını da ileri sürebilir. Bu savunmalar, gerek bizzat kefalet sözleşmesinden gerekse de kefile alacaklı arasındaki kefalet dışı ilişkilerden kaynaklanan defî ve itirazlar olabilir⁸¹⁵. Kefilin kendi savunmalarını alacaklıya ileri sürebilmesi, TBK m. 591'de özel olarak ele alınmamıştır. Maddede bu başlık altında değineceğimiz savunmalar hiçbir şekilde yer almamakta, münhasıran asıl borç ilişkisine dayalı olan savunmalar gözetilmektedir⁸¹⁶.

Bir birlikte borçluluk türü olarak kefalet sözleşmesiyle oluşan yapıda, sadece kefil asıl borçlunun savunma sebeplerini dile getirebilir, yoksa tersi geçerli değildir. Yani asıl borçlu bir şekilde kefalet sözleşmesinin geçerli olmadığı ya da sona erdiği

⁸¹² Develioğlu, **Garanti**, s. 363; Özen, **Kefalet**, s. 523.

⁸¹³ Özen, **Kefalet**, s. 523.

⁸¹⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 23; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 9.

⁸¹⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 5; Honsell, **a.g.e.**, s. 419; Özen, **Kefalet**, s. 372.

⁸¹⁶ Özen, **Kefalet**, s. 372.

savunmalarından hiçbir suretle faydalanamaz. Asıl borç ilişkisi, kefaletin yapısal olarak varlığının bir gerekçesini oluşturur, zira kefalet onun ferîsidir. Ancak kefalet sözleşmesi, asıl borç ilişkisinin varlığı veya geçerliliği için herhangi bir önemi haiz bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kefalet ilişkisine dair savunmaların asıl borç ilişkisinde gündeme getirilememesi bu kapsamda değerlendirilebilir.

Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan savunma sebepleri, sözleşmenin varlık ve geçerlilik şartlarına uyulup uyulmadığı, kefilin borcunun içeriğinde ve tabi olduğu modalitelerdeki aksaklığın olup olmadığı veya bir borcun sona erme sebebinin bulunup bulunmadığı noktasında belirebilir. Nitekim kefalet sözleşmesinin kendisi hukuka veya ahlaka aykırı olduğu için kesin hükümsüz veya irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilir olabilir. Bunlar zaten bütün sözleşmelerin tabi olduğu geçerlilik şartlarıdır. Bunun dışında, kanunun kefalet sözleşmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemesi içinde, kefalet sözleşmesine özgü bazı özel geçerlilik şartları da bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak kefalet sözleşmesinin nitelikli yazılı şekle tabi olması, kefil olacak kişinin tam ehliyetli olması ve eşinin rızasının kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce alınması zorunlulukları gösterilebilir. Geçerlilikle ilgili söz konusu bu itiraz sebeplerinin yanında kefil, kendi borcunun içeriğinden kaynaklanan defi niteliğinde savunmalardan da faydalanabilir. Örnek olarak alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınmak için bazı özel defi haklarını (tabi olduğu ilişkinin özelliğine göre tartışma defi, önce rehlin paraya çevrilmesi defi veya bölme defi) ileri sürebilecektir. Tüm bunlar bir yana esasen kefalet sözleşmesinden kaynaklanan savunma sebepleri sadece kanunda belirlenenlerle de sınırlı değildir, sözleşmeyle kefile özel savunma hakları tanınmış olabilir. Mesela kefilin borcunun muacceliyeti, normal şartlarda alacaklının ödemede bulunmaması (riskin gerçekleşmesi) neticesinde ve akabinde söz konusu olur, bu açıdan asıl borçlunun tabi olduğu vade tarihi kefil açısından önemlidir. Bununla beraber, alacaklı kefilin borcunun muacceliyeti için ayrı bir vade tarihinin kararlaştırılmasını da kabul etmiş olabilir. Böyle bir durumda, kefil asıl borçlunun ifayı gerçekleştirmemesi üzerine, kendisine başvuran alacaklıya kendi borcunun muaccel olmadığı savunmasında bulunabilecektir⁸¹⁷. Son olarak kefalet borcunun sona ermesi, gerek borcun genel sona erme sebepleri gerekse de kefalet sözleşmesi özelindeki bazı sebeplerle (azami sorumluluk süresinin dolması gibi) gerçekleşmiş olabilir.

⁸¹⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 6; Guhl, **Bürgschaft**, s. 75.

Kefil, bunların yanında alacaklıyla olan geçmişinde, ona karşı kefalet sözleşmesi dışında sözleşme yoluyla veya dışında elde etmiş olduğu özel bazı haklardan da faydalanabilir. Örnek olarak kefile alacaklı arasındaki başka bir sözleşme ilişkisinden kefil lehine, kefalet sözleşmesi yapıldığı zamanda devam eden başkaca bir alacak hakkı olabilir. Kefil, bu alacak hakkına dayalı olarak, kendisinden ödemede bulunmasını isteyen alacaklıya takas defii ileri sürebilir⁸¹⁸.

Kefilin asıl borçluyla olan iç ilişkisindeki kişisel savunma sebeplerini alacaklıya karşı kullanması ise mümkün değildir. Zira kefilin asıl borçluyla ve alacaklıyla olan ilişkileri birbirinden ayrı, bağımsız ve nispi nitelikte ilişkililerdir, aynı çatı altında değerlendirilemez. Örnek olarak kefilin asıl borçluyla olan kişisel ilişkisinde ona karşı kullanacağı bir takas hakkı olması durumunda, o bunu alacaklıya karşı yöneltemez⁸¹⁹.

Kefilin tamamen kendine ait savunmaları yapmaması, asıl borçluya ait savunmaların yapılmamasındaki etkiye benzer bir etki doğurmaz. Bu sebeplerden faydalanılması kararı münhasıran kefile ait bulunmaktadır. Yoksa bunların ileri sürülmesi bir külfet teşkil edip, sürülmemeleri rücu hakkının kaybına yol açmaz veya hakkın bir süre dile getirilememesinden de söz edilemez⁸²⁰. Tabiidir ki söz konusu olan bir itiraz sebebiyse, kefil buna açıkça dayandığını ifade etmese de dava dosyasından anlaşılması halinde, hâkim konuyla ilgili re'sen değerlendirmede bulunacaktır.

Bu konuda belirtilmesi gereken önemli başka bir detay, kefilin kefalet sözleşmesi kapsamındaki savunmalarından önceden feragat etmesinin mümkün olmamasıdır. Kefalet sözleşmesine ilişkin koruyucu hükümler yoluyla kefile tanınan savunma haklarının kapsamının daraltılması, TBK. m. 582 f. 3 ile engellenmiştir. Buna göre, “[K]anundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.” Bu madde ile kefaletle ilişkin hükümler, nispi emredici hale gelmiştir⁸²¹. Buna karşılık, kefil yukarıda değindiğimiz, alacaklıyla

⁸¹⁸ Özen, **Kefalet**, s. 524.

⁸¹⁹ Özen, **Kefalet**, s. 524.

⁸²⁰ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 5.

⁸²¹ Deschenaux, **Cautionnement**, s. 10; Özen, **Kefalet**, s. 370.

olan başka ilişkilerine dayanan savunmalarından feragat etmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.

3. Asıl Borç İlişkisinden Kaynaklanan Savunmaların Alacaklıya Karşı İleri Sürülmemesinin Sonuçları

Kefilin asıl borçlunun savunmalarını ileri sürmesi bir hak olduğu kadar kendi açısından bir külfet de oluşturur⁸²². Bu yönden konunun iki veçheli bir görünümü olduğu söylenebilir. Nasıl ki asıl borçlu bu savunmalardan vazgeçtiğinde kefil hala bunlardan faydalanabiliyor ve söz konusu durum kefilin durumunu ağırlaştırıyorsa, kefil de söz konusu savunmaları yapmayarak borçlunun durumunu ağırlaştırmamalıdır. Buna göre kefilin, söz konusu savunmalarda bulunmayı ihmal etmesi, rücu hakkının duruma göre bir süre ileri sürülememesine veya tamamen kaybına neden olur⁸²³. Böylece borçlu, asıl borca ilişkin savunmalar ileri sürülmeksizin kefilin rücu talebini (duruma göre hemen veya hiçbir zaman) karşılamak zorunda kalmayacağı için ekstra yük altına girmemiş olacaktır. Aksinin kabul edilmesi ve kefile rücu hakkı tanınması, asıl borçlunun bizzat kendi savunmalarından mahrum edilmesi anlamına gelirdi. Çünkü asıl borçlu, elindeki savunmalar sayesinde alacaklıyla olan ilişkisinde ifada bulunmaktan kaçınabilecektir^{824, 825}.

Şayet kefil asıl borçlunun ileri sürebileceği geçici defî mahiyetinde bir savunma sebebine dayanmamışsa rücu hakkından tamamen mahrum olmayacak ama bu hakkını söz konusu defî ileri sürülebilir olduğu sürece kullanamayacaktır. Buna karşılık kefil, sürekli bir defî hakkını veya borcu sona erdiren bir itirazı ileri

⁸²² Scyboz, **a.g.e.**, s. 135; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 12; Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 16.

⁸²³ Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 16; Guhl, **FJS 181**, s. 3; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 19; Andreas von Tuhr, Andreas von Tuhr, "Zum Regress des Bürgen", **ZSR**, 1923, NF 42, s. 101-120, s. 105.

⁸²⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 8; Özen, **Kefalet**, s. 354.

⁸²⁵ Aslında, TBK m. 591 f.2'deki sonuç genel prensipler yoluyla da elde edilebilir. Bir defa alacaklıya ödemede bulunana kefilin ona halefîyeti kapsamında, onun savunmalarıyla zaten karşı karşıya gelecektir. Öte yandan halefîyet (genel rücu yolu) kefilin başvurabileceği yegâne imkân değildir. Kefil asıl borçluya özel rücu yoluyla da talepte bulunabilir, bu ilişkide alacaklının halefî olarak hareket etmediğinden söz konusu savunmanın bir etkisi olmaz, ancak bu kez de kefil borçlu ile arasındaki özel ilişkideki yükümlülüklerine aykırı hareket etmiş olacak ve bu da borçlunun kendisinden karşı talepte bulunmasına yol açacaktır. Bu da dolaylı olarak rücu alacağının tutarını düşürecektir. Sözün özü, hükmün asıl borçluya ait savunma sebeplerinin ileri sürülmesi yükümünü kurucu olarak getirdiği söylenemez. Ancak bu hüküm, normalde söz konusu olacak ispat yükü dağılımını değiştirdiği için kefil açısından büyük bir önem taşımaktadır.

sürmediğinde, asıl borçlu bunu ileri sürdüğünde hiçbir şekilde sorumlu olmayacağından, rücu hakkını bütünüyle kaybedecektir⁸²⁶.

Yalnız eğer kefil, söz konusu savunmayı, bundan haberi olmadığı için kusursuz olarak yapamamışsa, borçluya rücu edebilir. Bu konudaki ispat yükü borçlu üzerindedir, yani kefilin savunmayı bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı asıldır (TBK m. 591 f.3). 818 Sayılı EBK m. 497 f.2, bugünkü düzenlemeden farklı olarak bu konudaki ispat yükünü kefile yüklemiştir⁸²⁷. Dolayısıyla eski düzenleme kapsamında asıl borçlunun sadece savunmanın yapılmadığını ispat etmesi yeterli iken, yeni düzenleme bunun aynı zamanda kefilin kusurundan ileri gelmediğini de ispat etmesini öngörmüştür⁸²⁸. Zira bazı durumlarda kefilin asıl borçlunun savunmalarını bilmesi mümkün olmayabilir. Hatta onun bu uğurda asıl borçluya ulaşma çabaları da sonuçsuz kalabilir. Böyle bir durumda kefilin kusursuz olduğunu ispat etmesi asıl borçluya ulaşamadığını veya ulaşmakla beraber ondan yeterli açıklamayı alamadığını ispat etmesine bağlı olacaktır. Olumsuz bir olayın ispatı da, olumlu bir olayın ispatına oranla çeşitli zorlukları içinde barındırdığından kefilin elverişli bir sonuca ulaşması zor olabilecektir. Yeni düzenleme ise, bu şekilde kefilin üzerindeki yükü hafifletmiş ve asıl borçluyu dolaylı olarak kefile ulaşma zorunluluğu altına sokmuştur. Esasen kefilin asıl borcu teminat altına almak ve çoğunlukla hatır için hareket ettiği de düşünülecek olursa bu konuda daha bilinçli ve sorumlu şekilde davranması gereken kişinin asıl borçlu olduğu açıktır. Bu açıdan söz konusu değişikliğin yerindeliği ortadadır.

Kefilin kendi (kişisel) savunmaları bakımından ise, böyle bir külfet altında bulunduğu söylenemez, bu savunmalarda bulunsa da bulunmasa da onun asıl borçluya karşı bir rücu hakkı olacaktır⁸²⁹.

⁸²⁶ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 50; de Biasio, **a.g.e.**, s. 108; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 228; Özen, **Kefalet**, s. 371.

⁸²⁷ Bkz. Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 783; Özen, **Kefalet**, s. 371; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 535.

⁸²⁸ Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler”, **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, Sayı 1-2, 2005, s. 3-31, s. 25; Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı**, ed. Dr. İur. Ali Çivi, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007, s.141-160, s. 159.

⁸²⁹ Scyboz, **a.g.e.**, s. 135; Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 5; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 8; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 535.

D. Garanti Sözleşmesinde

1. Garanti Verenin Asıl Borç İlişkisinde Kaynaklanan Bir Savunması Olabilir mi?

Teminat amaçlı garanti sözleşmesi asıl borcun konusu edimin yerine getirilmesinin söz konusu olduğu ilişkinden bağımsız özellik taşımaktadır. Bu nedenle asıl borç ilişkisindeki borçlunun kullanabileceği savunma sebepleri garanti sözleşmesinde garanti veren tarafından alacaklıya karşı ileri sürülemez⁸³⁰.

Ancak taraflar anlaşma yoluyla bazı defî veya itirazların garanti veren tarafından ileri sürülebilir olmasını kararlaştırabilirler⁸³¹. Bu doğrudan doğruya tarafların garanti sözleşmesinden vazgeçip bir kefalet sözleşme kurma amacı içine girdiği anlamına gelmez. Teminat sözleşmeleri alanında kimi yönleriyle ferî kimi yönleriyle bağımsız bir atipik sözleşme oluşturulmasına da engel bulunmamaktadır.

Yine de bazı durumlarda, taraflar hiçbir şekilde aksine anlaşma yapmış olmasalar da, garanti veren asıl borç ilişkisindeki bazı durumları bir savunma sebebi olarak kullanabilir. Belirtilmelidir ki, burada kurulan bağlantı aslında dolaylı bir bağlantı olacaktır. Konu garanti sözleşmesinin kalbini oluşturan risk kavramından ileri gelmektedir. Zira risk ve onunla alakalı modaliteler, garanti sözleşmesi ile asıl borç ilişkisinin arasındaki yegâne bağlantıyı oluşturur. Şüphesiz garanti verenin taşıdığı risk, bu borç ilişkisinin varlığı ve geçerliliğinden bağımsız olarak konu aldığı edimin yerine getirilmesidir. Ancak bazı özellikli hallerde ister istemez dolaylı bir etkilenme söz konusu olur⁸³².

Bu hallerden ilki, asıl sözleşmede borcun konusunu oluşturan edimin ahlaka veya hukuka aykırı bir özellik taşımasıdır. Böyle bir durumda, onu konu alan risk de hukuka veya ahlaka aykırı olacağı için garanti taahhüdü içerik bakımından geçersiz hale gelir⁸³³,⁸³⁴. Dolayısıyla garanti veren bunu ileri sürebilecek ve ödemede

⁸³⁰ Develioğlu, **Garanti**, s. 367; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 73; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 455; Kleiner, **a.g.e.**, s. 196 vd.

⁸³¹ Develioğlu, **Garanti**, s. 367-368.

⁸³² Peter, **a.g.e.**, s. 311; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 74.

⁸³³ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 111, N. 15; Guggenheim, **Garantievertrag**, s. 79; Peter, **a.g.e.**, s. 311; Braconi / Carron / Scyboz, **a.g.e.**, s. 102; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 64; Kahyaoğlu,

bulunmaktan kaçınılabilecektir⁸³⁵. Bunun özel bir görünümünü asıl borcun doğduğu sözleşme ilişkisinin hile veya ikrah nedeniyle iptal edilebilir olması oluşturur. Zira hile ve ikraha yol açan davranışlar özlerinde bir haksız fiil niteliğini barındırırlar. Böyle bir borcun konusu edimin yerine getirilmemesi riski için garanti taahhüdünde bulunulması ise başlı başına ahlaka aykırı olacaktır⁸³⁶.

Diğer bir hal, alacaklının asıl borcun konusu edimin yerine getirilememesine bizzat kendisinin sebep olmuş olmasıdır. Böyle bir durumda, alacaklının riskin bizzat kendi kusuruyla oluşmasına hizmet etmesi, zararlı neticeye bizzat kendisinin sebep olmuş olması anlamına gelir⁸³⁷. Sorumluluk hukukunda, zarara uğrayanın zararın oluşmasına veya artmasına katkısı olduğu ölçüde bundan kendisinin sorumlu olacağı temel prensibi geçerlidir⁸³⁸ (Bkz. TBK m. 52 f.1). Alacaklının zarardan bizzat kendi sorumlu olması risk çerçevesindeki zararlı sonucun giderilmesi gereğini ortadan kaldırmış olur. Aynı husus alacaklının davranışlarından sorumlu olacağı yardımcı kişinin riskin gerçekleşmesine sebep olduğu haller bakımından da geçerlidir⁸³⁹.

Son olarak ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarının arka planında bulunan garanti sözleşmeleri bakımından gündeme getirilmektedir. Banka ilk talepte ödeme kaydı çerçevesinde, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğiyle ilgilenmeksizin ödemede bulunmayı alacaklıya taahhüt eder⁸⁴⁰. Banka riskin gerçekleştiği karinesi üzerinden hareket edeceği için alacaklının ayrıca ispatta bulunmasına da gerek olmaz. Ne var ki risk gerçekleştiği halde alacaklının yaptığı talep, alenen ve açıkça bir hakkın kötüye kullanılması hali teşkil ediyor⁸⁴¹ ve bu husus likit delillerle⁸⁴² de

a.g.e., s. 74; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 230; Reisoğlu, **Garanti**, s. 145; Develioğlu, **Garanti**, s. 368; Franko, **Taahhüt**, s. 587. Konuyla ilgili olarak bkz. BGE 76 II 33.

⁸³⁴ Şart ve risk kavramlarının benzerlikleri nazara alınacak olursa bu konuda ahlaka ve hukuka aykırı şartların tüm sözleşmenin geçersizliğine (kesin hükümsüzlük) yol açan TBK m. 176'dan da kıyasen faydalanılabilir.

⁸³⁵ Reisoğlu, **BTM**, s. 225; Reisoğlu, **Garanti**, s. 145.

⁸³⁶ Özen, **Kefalet**, s. 108.

⁸³⁷ Priester, **a.g.e.**, s. 33; Stammers, **a.g.e.**, s. 137; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 856; Reisoğlu, **BTM**, s. 228; Reisoğlu, **Garanti**, s. 170; Franko, **Taahhüt**, s. 588.

⁸³⁸ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 856.

⁸³⁹ Banka teminat mektupları uygulamasındaki garanti sözleşmelerinde bu türden durumlar, hakkın kötüye kullanılması içinde değerlendirilmektedir (Bkz. Reisoğlu, **BTM**, s. 228).

⁸⁴⁰ Rapp, **Garanties**, s. 278.

⁸⁴¹ Rossi, **a.g.e.**, s. 149 vd.; Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 372; Arkan, **Bankanın Durumu**, s. 76-78

⁸⁴² Likit delillerle, bankanın herhangi bir yorumu ve başkaca bir delile de ihtiyaç olmaksızın alacaklının ödeme talebinin haksız olduğunu şeksiz şüphesiz ortaya koyan deliller kastedilmektedir (Bkz. Reisoğlu, **BTM**, s. 223; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 78; Kleiner, **a.g.e.**, s. 211; Develioğlu, **Garanti**, s. 347; Kaya, **a.g.e.**, s. 236-237; Arkan, **Bankanın Durumu**, s. 77).

ispatlanabiliyorsa, garanti veren banka taahhüdüne istinaden ödeme yapmaktan kaçınabilecektir⁸⁴³, ⁸⁴⁴. Hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak alacaklının asıl borç ilişkisindeki çelişkili davranışları, ibra veya takas ile borç sona erdiği halde ifa sonucu gerçekleşmediği için bankadan talepte bulunmaya çalışması vb. gibi durumlar gösterilmektedir⁸⁴⁵.

Görüldüğü üzere, yukarıda asıl borç ilişkisini ilgilendiren hallerin üçü de riski bir şekilde etkiledikleri için garanti sözleşmesini kendisi bakımından bir engel oluşturmaktadırlar. Yoksa bu durum bir şekilde garanti sözleşmesinin ferî özellikte olduğu anlamına gelmemektedir.

2. Garanti Verenin Alacaklı ile Arasındaki İlişkilere Dayanan Savunmaları

Garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi gibi kanunda ayrıca düzenlemeye tabi tutulmayan bir sözleşme olduğu için burada çok özel noktalara temas edileceğinden söz açılmaz.

Garanti verenin garanti sözleşmesinden kaynaklanan savunma sebepleri, bu sözleşme özelinde varlık ve geçerlilik şartlarına uyulup uyulmadığı, garanti borcunun içeriğine ve tabi olduğu modalitelerdeki aksaklığın olup olmadığı veya bir borcun sona erme sebebinin bulunup bulunmadığı noktasında belirebilir. Aynı şekilde garanti sözleşmesinin kendisi hukuka veya ahlaka aykırı olduğu için kesin hükümsüz veya irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilir olabilir. Bunlar zaten bütün sözleşmelerin tabi olduğu geçerlilik şartlarıdır. Bunun dışında, kanunun kefalet sözleşmesine ilişkin kefalet sözleşmesine özgü bazı özel geçerlilik şartları gerçek

⁸⁴³ Rapp, **Garanties**, s. 283; Dessemontet, **a.g.e.**, s. 84; Lombardini, **a.g.e.**, s. 604; Peter, **a.g.e.**, s. 315; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 72; Kaya, **a.g.e.**, s. 230.

Böyle bir durumun ödeme talebinin reddine yol açabileceğine PEL Pers. Sec. Art. 3:104 düzenlemesi kapsamında da işaret edilmiştir (Drobnig, **a.g.e.**, s. 344).

⁸⁴⁴ Söz konusu durum, riskin hiç gerçekleşmediği olasılıktan farklılık arz eder. Banka, riskin hiç gerçekleşmemesinin de likit delillerle ispatlanması halinde ödeme yapmaktan kaçınabilir. Sonuçta, onun taahhüdü soyut bir borç ikrarından ibaret olmayıp sıkı biçimde riskin gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır Ancak hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olması için bir hakkın varlığı şarttır, risk gerçekleşmediğinde ise hak hiç bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu iki durum birbirinden ayırt edilmelidir (Reisoğlu, **BTM**, s. 225).

⁸⁴⁵ Ayrıntılı bilgi ve diğer örnekler için bkz. Rapp, **Garanties**, s. 284-285; Reisoğlu, **BTM**, s. 227-229; Develioğlu, **Garanti**, s. 340vd.; Kaya, **a.g.e.**, s. 230 vd.; Arkan, **Bankanın Durumu**, s. 78; Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 372-373.

kişilerin garanti veren sıfatıyla borç altına girdikleri garanti sözleşmelerinde de uygulama alanı bulur (TBK m. 603). Bunlar özel olarak kefalet sözleşmesinin şekil, ehliyet ve kefalet sözleşmesinde eşin rızasına ilişkin özel geçerlilik şartlarıdır⁸⁴⁶. Buna göre garanti sözleşmesi de kendi özellikleri çerçevesinde nitelikli yazılı şekle tabi olmalı, garanti veren olacak kişi tam ehliyetli olmalı ve varsa onun eşinin rızası⁸⁴⁷ da garanti sözleşmesinin yapılmasından önce alınmış bulunmalıdır⁸⁴⁸.

Garanti veren, bunlardan başka alacaklıyla olan başka ilişkilerinde elde etmiş olduğu özel bazı haklardan da garanti sözleşmesi çerçevesinde faydalanabilir⁸⁴⁹. Örnek olarak garanti verenle alacaklı arasındaki başka bir sözleşme ilişkisinden garanti veren lehine, garanti sözleşmesinin varlık gösterdiği zamanda da devam eden bir alacak hakkı olabilir. Garanti veren, bu alacak hakkına dayalı olarak, kendisinden ödemede bulunmasını isteyen alacaklıya takas defii ileri sürebilir.

Garanti verenin asıl borçluyla olan iç ilişkisindeki kişisel savunma sebeplerini alacaklıya karşı kullanması ise mümkün değildir. Zira garanti verenin asıl borçluyla ve alacaklıyla olan ilişkileri birbirinden ayrı, bağımsız ve nispi nitelikte ilişkililerdir, her ilişki ancak kendi bütünlüğü içinde değerlendirilebilecektir.

E. Sigorta Sözleşmesinde

1. Sigortalının Üçüncü Kişi İle Olan Borç İlişkisinden Kaynaklanan Savunma Sebepleri

Sigortacının, zarar gören sigortalının üçüncü kişiyle olan ilişkisinden kaynaklanan savunma sebeplerine herhangi bir şekilde dayanabilmesi kural olarak

⁸⁴⁶ Yavuz, **a.g.e.**, s. 334; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 329.

⁸⁴⁷ 6455 sayılı Kanun'un (RG. T. 11.04.2013) 77. maddesi ile TBK m. 584'e yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra ile evli kişilerin kurdukları kefalet sözleşmesinin geçerliliği için aranan eşin rızasında istisnalar düzenlenmektedir. Buna göre aşağıdaki kefaletlerde eş rızası aranmayacaktır: Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, Mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 5570 sayılı "Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun" kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler, Tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler. Bu düzenleme, bir geçerlilik şartı olarak eşin rızasının önemini ciddi şekilde düşürmüştür.

⁸⁴⁸ Yavuz, **a.g.e.**, s. 334.

⁸⁴⁹ Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 77.

imkân dâhilinde değildir. Bir defa verilen zarar kapsamında büyük çoğunlukla haksız fiil temeline dayalı olarak tesadüfi mahiyette oluşan bu ilişkinin sigorta sözleşmesiyle etkileşim halinde olması bu anlamda pek de düşünülebilir değildir.

Bununla birlikte bazı durumlarda, üçüncü kişi olan ilişkide meydana gelen durumlar dolaylı olarak sigortacının da kullanabileceği defi haklarının ortaya çıkmasını sağlayabilir.

Bir defa zarar görenin öncelikle üçüncü kişiye başvurarak zararını tazmin ettirmesi durumunda, sigortacı, zenginleşme yasağı ilkesine dayalı olarak sigortalının kendisine olan başvurusunu reddedebilecektir.

Bundan başka sigortalının zarar veren üçüncü kişiyle anlaşma yaparak tazminat hakkından vazgeçmesi halinde de aynı sonuç uygulama alanı bulabilir. Böyle bir durumda, zaten halefiyetin gerçekleşmesini engelleyen sigortalının sigortacıya karşı sorumlu olacağı kanunda belirtilmektedir⁸⁵⁰ (TTK m. 1472 f.2 c.1). Nitekim burada sigorta tazminatının ödenmesinden önceki bir aşamada bulunulduğundan söz konusu sorumluluk yaptırımı bir defi (*exceptio*) olarak ortaya çıkacaktır. Bu defi, takas defi olacaktır⁸⁵¹. Sigortacı ödemekle yükümlü olduğu sigorta tazminatını kendi TTK m. 1472'den doğan tazminat hakkıyla takas eder, bu şekilde de sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olur⁸⁵².

2. Sigorta Sözleşmesinden Kaynaklanan Savunma Sebepleri

Sigorta sözleşmesi, başlı başına bir hukukî işlem olarak kendi bünyesinden kaynaklanan çeşitli savunma sebepleri içerebilir. Bu sebepler kanundan

⁸⁵⁰ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 130. Ayrıca bkz. aşağıda §3, II, D, 3, d altındaki açıklamalarımız.

⁸⁵¹ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 145.

⁸⁵² Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 145. Farklı bir görüş için bkz. Kender, **a.g.e.**, s. 356. Yazara göre, burada teselsül ilişkisinden hareketle TBK m. 168 f. 2 hükmünden bir sonuca varılabilir. Bu şekilde rücu hakkının ortadan kaldırılmasına engel olunabilir. Yazarın bu yorumuna tam olarak katılmıyoruz. Bir defa metinde de belirttiğimiz üzere, burada TTK m. 1472 maddesinden doğrudan faydalanılması yeterli olacaktır. Diğer taraftan aşağıda değineceğimiz üzere, sigortacı TBK m. 61 kapsamında bir müteselsil borçlu olarak kabul edilemez (Bkz. aşağıda §3, II, B, 4 altındaki açıklamalarımız).

Son olarak böyle bir kabul bir an için kabul edilse bile, bu kez TBK m. 168 f.2'nin böyle bir kullanıma elverişli olduğundan söz edilemeyecektir (Bkz. aşağıda §3, II, D, 3, b altındaki açıklamalarımız).

kaynaklanabileceği gibi –emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla- iradi olarak da öngörülmüş olabilecektir. Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan savunma sebepleri, bu sözleşme özelinde varlık ve geçerlilik şartlarına uyulup uyulmadığı, garanti borcunun içeriğine ve tabi olduğu modalitelerdeki aksaklığın olup olmadığı noktasında belirebilir. Bundan başka sigorta sözleşmesinin hukuka veya ahlaka aykırı olduğu için kesin hükümsüz veya irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilir olması akla gelebilir. Bunlar zaten bütün sözleşmelerin tabi olduğu geçerlilik şartlarıdır. Bunlardan başka sigorta sözleşmesinden doğan borç açısından bir borcun sona erme sebebinin bulunup bulunmadığı da araştırılabilir. Sigorta sözleşmesi kanunda ayrıca özel hükümlerle düzenlendiğinden, kanunda öngörülen ve bütün borçlar açısından geçerli olan borcun sona erme sebeplerinin yanında, sigorta sözleşmesi özelinde de bazı savunma sebeplerinin bulunduğu söz açılabilir.

IV. Borçtan Kurtulma

A. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılmada ve Bölünemeyen Borçluluk Bakımından

1. Genel Olarak

Borçtan kurtulma sebepleri bir önceki başlık altında ele aldığımız defî ve itirazlar bahsiyle de çoğunlukla örtüşme göstermektedir⁸⁵³. Zira borçtan kurtulmaya sebep olan haller borçlulardan biri için bir kişisel savunma sebebi oluşturabileceği gibi borçluların hepsi için ortak bir savunma sebebi de oluşturabilir. Bu açıdan iki bahis birbiriyle bağlantı halindedir. Dolayısıyla yukarıda yaptığımız genel anlamdaki açıklamalar, bu başlık altında somutluk kazanacak ve ayrıntılar özelinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Aşağıda yapacağımız incelemelerde, temelde kanunda geniş düzenlemelerin bulunduğu müteselsil borçluluk ekseninde hareket edeceğiz. Borca katılma veya bölünemeyen borçluluk açısından özellik arz eden durumları ise, ilgili başlıklar altında değişiklik veya ayrılmalar olduğu ölçüde yansıtacağız. Borca katılma bakımından, başlangıçtaki özellik (kuruluş aşamasındaki ferîlik) dışında müteselsil

⁸⁵³ Bkz. yukarıda §2, III.

borçluluğa ilişkin yapıyla özdeşlik bulunduğundan, aşağıda yapacağımız açıklamalardan büyük bir çoğunlukla sapılmayacağı söylenebilir.

Ancak bölünemeyen borçluluk bakımından durum böyle olmayacaktır. Bölünemeyen borçluluğun müteselsil borçlulukla olan yapısal farklılığı, yapılacak değerlendirmelerde etkin olacak ve ciddi sonuç farklılıklarına yol açacaktır. Özellikle bölünemeyen borçlulukta bir borçlunun kişisel olarak bir borcun sona ermesi sebebiyle borçtan kurtulup kurtulamayacağı ve durumun diğer borçlulara etkisi daha farklı değerlendirilmesini gerektirecektir. Zira edimin bölünmez niteliğine bağlı olarak, borçlulardan birinin borçtan kurtulması diğerlerini de borçtan kurtarmış olacaktır.

2. Borçtan Kurtulmanın Mutlak Etkili Olduğu Haller

a. Alacaklı İfa ile Tatmin Edilerek Borçtan Kurtulma

i. Müteselsil Borçlulardan Birinin İfası

Müteselsil borçluları bir arada tutan nüve, ifa amacındaki birliktir. Dolayısıyla müteselsil borçlulardan sadece birinin ifası diğerlerini de borçtan kurtaracaktır⁸⁵⁴. Bu sonuç TBK m. 166'da da açıkça belirtilmektedir. Hatta müteselsil borçluların özel olarak diğerleri bakımından borcu sona erdime amacıyla hareket etmesine de gerek bulunmamaktadır⁸⁵⁵. Salt ifanın gerçekleşmesi bu sonuca yol açar. İfanın gerçekleşmesiyle birlikte, borçlular arasındaki amaç birliğini sonlanacak, bundan sonraki aşamada ise⁸⁵⁶ iç ilişkideki hesaplaşma, yani rücu gündeme gelecektir.

İfanın kısmen veya tamamen gerçekleşmesine göre, diğer borçluların kısmen veya tamamen borçtan kurtulması söz konusu olacaktır⁸⁵⁷. Türk Hukukunda kabul edilen temel prensip uyarınca borçlu kısmi ifayı ancak alacaklı kabul edecek olursa

⁸⁵⁴ Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 147, N.1; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 2; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 88.24; Haillecourt, **a.g.e.**, s. 103; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 143; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 453; Bigat, **a.g.e.**, s. 12; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 297; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 198.

⁸⁵⁵ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 117; Canyürek, **a.g.e.**, s. 71; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 145; Bigat, **a.g.e.**, s. 12.

⁸⁵⁶ Aşağıda (§3, IV, A, 4) altında yaptığımız açıklamalarda değindiğimiz “borçtan kurtarılmaya hakkı” kabul edilecek olursa, bu sonuç daha erken de gündeme gelebilecektir.

⁸⁵⁷ Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 3; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 88.24; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 144; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 454.

gerçekleştirebilir, yoksa kural tam ve eksiksiz bir ifanın yapılmasıdır. İstisnai olarak kısmi ifanın alacaklı tarafından kabulünün zorunlu olduğunun doktrinde veya kanunda kabul edildiği haller de mevcut bulunmaktadır. Doktrinde kısmi ifanın kabul edildiği hallerden ilki alacağın kısmen ihtilafli olmasıdır. Buna göre alacağın bir kısmı ihtilafli ise, ihtilafsız kısmın ifa edilebileceği kabul edilmektedir⁸⁵⁸. Diğer taraftan gösterilen başka bir istisna borcun taksitler halinde ödenecek olmasıdır. Bu durumda muaccel olan taksitler için yapılan ödeme, kısmi olduğu gerekçesiyle alacaklı tarafından reddedilemez. Yine kısmi ifanın kabul edilmemesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği haller de bir istisna oluşturacaktır. Şöyle ki, borcun miktarı aşırı yüksekse ve tek seferde ifa edilmesi mümkün olamıyorsa alacaklı kısmi ifayı kabule mecbur olacaktır⁸⁵⁹.

Konuyla ilgili bazı istisnalar ise, bizatihi kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. Bunların ilki kıymetli evrak hukukunda, kambiyo senetleri alanında öngörülmüştür. Buna göre, kambiyo senesinde belirtilen değerinin bir kısmını ödemek isteyen senet borçlusu, alacaklı tarafından reddedilemez. Aksi takdirde, alacaklı temerrüdüne ilişkin sonuçlar uygulama alanı bulacaktır. Senette imzası bulunanların müteselsil borçlu konumunda olduğu hatırlanacak olursa, oluşan bu sonucun (alacaklı temerrüdü) diğer borçlular açısından da geçerli bir sonuç olacağını hatırlatmak gerekir (Bkz. TTK m. 709 f.2). Diğer bir istisna ise, kefalet borcu bakımından, bu borç özelinde gündeme gelecek müteselsil borçluluğu, yani müteselsil birlikte kefaleti ilgilendirmektedir. Şöyle ki, (gerçek anlamıyla) müteselsil birlikte kefalet bakımından bölme definin ileri sürülebildiği durumlarda alacaklı, birlikte kefilin yaptığı ödemeyi kısmi olduğu gerekçesiyle reddedemez. Aksi takdirde, oluşan alacaklı temerrüdü neticesinde başkaca bir merasime gerek kalmaksızın müteselsil kefil borcundan tamamen kurtulacaktır (TBK m. 593 f.2). Kefilin bu şekilde borçtan kurtulması, diğer müteselsil birlikte kefiller bakımından da, toplam kefalettaki payı oranında etkisini gösterecektir⁸⁶⁰.

Tam ifanın bu şekilde genel kural olarak öngörülmesindeki maksat, alacaklının tatmininin tek seferde gerçekleşmesi, borç ilişkisinin sürüncemede bırakılmaksızın

⁸⁵⁸ Becker, **BerKom.**, Art. 69, N. 7; Oser / Schöenberger, **ZürKom.**, Art. 69, N. 3; Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 207.

⁸⁵⁹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 764; von Büren, **a.g.e.**, s. 443.

⁸⁶⁰ Özen, **Kefalet**, s. 324; Beck, **Bürgschaft**, Art 497, N. 36.

tasfiye edilmesidir. Ancak yukarıda belirtilen istisnalardan biri mevcutsa, kısmi ifa da söz konusu olabilir. Kısmi ifanın gerçekleştiği oranda, bütün müteselsil borçlular kısmen borçtan kurtulur, öte yandan da ifada bulunan borçluyla birlikte kalan değer in tamamı üzerinden yine müteselsil olarak sorumlu olmaya devam ederler. Yalnız icra iflas hukukunda bu konuda İİK m. 204 kaynaklı bir istisnanın bulunduğu söylenmelidir. Söz konusu düzenleme uyarınca müteselsil borçlulardan biri kısmi ifada bulunduktan sonra bir diğer müteselsil borçlu iflas edecek olursa, alacaklı ifada bulunan borçlunun rücu hakkı olup olmamasına bakılmaksızın alacağı nın tamamını iflas masasına kaydettirebilecektir.

Borçtan kurtulma ifayla birlikte gerçekleşen otomatik, müteselsil borcun bizzat yapısal özelliğiyle ilgili bir sonuçtur. Öyle ki her borçlu kendi borcunu yerine getirirken, diğerinin bu borca teselsül bağıyla bağlı borcunu da sona erdirmektedir. Yoksa borçlunun özel olarak böyle bir amaçla veya diğer müteselsil borçluları temsilen hareket etmesi, diğer borçlulara bu durumu ihbar etmesi veya alacaklının bu sonucu kabul ederek ifayı kabul etmesi gibi ekstra şartların gerçekleşmesi gereği bulunmamaktadır. Hatta ifada bulunan borçlu aksini istese de böyle bir sonuç gerçekleşmez. Zira diğer borçluların durumunu ağırlaştırarak bir anlaşma yapması mümkün bulunmamaktadır. Bu türden anlaşmaların diğer borçlular üzerinde bir etkisi olmaz (TBK m. 165).

Bir borçlunun ifada bulunurken meydana getirdiği borca aykırılık dolayısıyla sadece ilgili borçlu sorumlu olur. Zira kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde⁸⁶¹ borçlular bireysel hareketleriyle birbirlerinin durumunu ağırlaştıramayacağı, borca aykırılıklar alanında da genel bir ilke olarak kabul edilmektedir (TBK m. 165). Bu konuda yapılması gereken önemli bir ayırım şu olabilir: Eğer borca aykırılık imkânsızlık olarak ileri geldiyse, TBK m. 136 çerçevesinde bu diğer borçlular için borçtan kurtulma sebebi oluşturur. Buna karşılık müteselsil borçlulardan birinin kötü ifası diğerleri açısından borçtan sorumluluğu sona erdirmez. Kötü ifada bulunan borçlunun sorumluluğunun yerini tali tazminat edimi alırken, diğerlerinin borçlarının konusunda bir değişiklik olmaz, onlar birinci planda oldukları gibi sorumlu olmaya devam ederler.

⁸⁶¹ Tartışmalar ve vardığımız sonuç için bkz. yukarıda §2, II, B, 3, a altındaki açıklamalarımız.

ii. Müteselsil Borçlu Çevresi Dışında Bir Üçüncü Kişinin İfası

aa. Genel Olarak Üçüncü Kişinin İfası

Müteselsil borcun ifasıyla ilgili akla gelebilecek bir başka olasılık, üçüncü kişi konumundaki bir kişinin ifada bulunmasıdır. Sonuçta, genel bir borç ilişkisi planında olduğu gibi, müteselsil borçlulukta da ifanın mutlaka bizzat müteselsil borçlulardan biri tarafından yapılması şart değildir. Eğer, borçluların şahsı yapılacak ifada bir önem taşıyorsa, bu durumda borç ilişkisine yabancı bir üçüncü kişinin ifasıyla da borç sona erebilecektir⁸⁶². Böyle bir durumda, borcun sona erme neticesine bağlı olarak bütün müteselsil borçlular borçtan kurtulur. Ancak aralarında bir iç ilişki meydana gelmez, zira kimse payından fazlası için bir ödemede bulunmamıştır. Üçüncü kişi ise, müteselsil borçlu çevresinin dışında bulunan bir kişi olduğu için müteselsil borçlulara, TBK m. 167-168 hükümleri üzerinden rücu edemez. O duruma göre, borçlularla arasında bir sözleşme ilişkisi varsa ona dayalı olarak, bu da yoksa sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme sebeplerinden biriyle rücu etmeyi deneyecektir. Hatırlanmalıdır ki üçüncü kişinin ifası için borçlunun rızasına gereklilik bulunmamaktadır, hatta borçlunun muhalefetine rağmen ifa üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilir⁸⁶³.

Üçüncü kişi müteselsil borçlularla anlaşmalı hareket ediyorsa, taraflar aralarındaki rücu ilişkisini diledikleri gibi şekillendirebilirler. Yalnız, üçüncü kişi ve müteselsil borçlu çevresi arasında herhangi anlaşma olmadığı durumda, kanımızca bir ayırım yapılarak sonuçlar tespit edilmelidir. Bu durum müteselsil borçluluktaki, dar anlamda borç ilişkilerinin borçlu sayısı kadar olmasının bir sonucudur. Buna göre üçüncü kişinin nasıl bir ifa amacıyla hareket ettiği gerçekleşecek rücu ilişkisinde, onun başvurabileceği kişileri de belirlemiş olur. Onun bu amacı alacaklı ile aralarındaki ifa anlaşmasından belli olur. Şayet üçüncü kişi sadece bir borçlunun dar anlamda borç ilişkisini sona erdirmek amacıyla alacaklıya ifada bulduysa, bu durumda, sadece ilgili borçluya borcun tamamı için rücu edebilecektir. İlgili

⁸⁶² Hohl, **CoRo.**, Art. 68, N. 5; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 255; Bigat, **a.g.e.**, s. 15.

⁸⁶³ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 256.

müteselsil borçlu da, daha sonra diğerlerine aralarındaki iç ilişki kapsamında ikinci kez rücu etme hakkına sahiptir, sonuçta borcun nihai yükünü taşıması gereken kişi o değildir. Yok bunun ötesinde bütün müteselsil borçluların borçlarını yerine getirme gibi daha geniş bir amaç üstlenilmişse, bu durumda her bir müteselsil borçluya iç ilişkideki payları oranında talepte bulunulabilmesi söz konusu olacaktır. Eğer, bu husus üçüncü kişinin alacaklıyla olan ifa anlaşmasından tespit edilemiyorsa, bütün müteselsil borçluların borcu açısından ifada bulunulduğu kabullenmesine gitmek yerinde olur. Yoksa teselsülün ileri sürülecek talep bakımından ileri sürülmesi uygun olmaz. Örneğin sebepsiz zenginleşme talep temeli üzerinden müteselsil borçlulara başvurulduğunda, her bir borçlunun zenginleşme tutarı bizatihi müteselsil borçluluktaki iç ilişkideki payı kadar olacaktır.

Üçüncü kişinin ifası bazı durumlarda, borcu sona erdirmeyip kendi açısından halefiyet sonucuna da yol açabilir⁸⁶⁴. Yalnız böyle bir durumun oluşabilmesi için, ya ifadan önce borçlu tarafından alacaklıya duruma ilişkin ihbarda bulunulmuş olmalıdır, ya da üçüncü kişi bizatihi o borç için rehin verilmiş (üzerinde mülkiyet hakkı veya sınırlı aynî hakkı bulunan) malını kurtarmak amacıyla hareket etmelidir⁸⁶⁵. Müteselsil borçluluk bakımından bu konuda da bir ayırım yapılması yerinde olacaktır. İlk durumda, alacaklıya önceden durumun ihbar edilmesi bakımından, eğer sadece bir ve birkaç müteselsil borçlu alacaklıya ihbarda bulunduyorsa, bu durumda ifada bulunan üçüncü kişi alacaklının halefi olarak sadece ilgili borçlu ya da borçlulara başvurabilir. Halefiyet etkisi daha dar olarak ortaya çıkar. İhbarda bulunmayan müteselsil borçlular ise bundan etkilenmezler. İkinci durumda bütün borçlular alacaklıya ihbarda bulundularsa, bu kez ifada bulunan üçüncü kişi bunların her birine alacaklının halefi olarak başvuruda bulunabilir.

Kendi malını rehinden kurtarmak amacıyla hareket eden kişi bakımından da aynı şekilde varılacak sonuç yalınkat olmayıp, yine belirli ayırımlar neticesinde şekillendirilmelidir. Sonuçta rehin verenin sadece bir müteselsil borçlunun borcunu teminat alması ve genel olarak bütün müteselsil borçluluk ilişkisi için rehin vermesi mümkündür. Bu olasılıklardan hangisinin gerçekleştiğine göre sonuçlar değişecektir.

⁸⁶⁴ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 264; Nisim Franko, “Borçlar Kanununun 109. Maddesine Göre Halefiyet Halleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1982, Sayı 2, s. 202-220, s. 203.

⁸⁶⁵ Sylvia Tevini, CO Art. 110-113, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, éds. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 110, N. 7.

Eğer sadece bir müteselsil borçlunun borcu için rehin verildiyse, bu durumda ifa sadece onun borcu bakımından halefiyet etkisi yaratır. Böyle olmayıp yine bütün müteselsil borçlar için genel olarak rehin verildiyse, bu durumda alacaklının tahtına oturan üçüncü kişi bütün müteselsil borçlulara talepte bulunabilir.

bb. Özel Olarak: Üçüncü Kişinin Borcu Kötü İfasının Sonuçları

Üçüncü kişinin ifasının genel sonuçlarından daha özel bir alana doğru ilerleyelim. Acaba üçüncü kişinin borcu kötü ifa etmesi müteselsil borçluların durumunu nasıl etkileyecektir? Esasen bu sorunun cevabı Türk Hukukunda genel bir borç ilişkisi bakımından bile özel bir çalışmaya konu edilmemiştir. Bu nedenle öncelikle konuyu bu genel perspektiften çözümlenmeyi, akabinde vardığımız sonuçları müteselsil borçluluğa adapte etmeyi tercih ediyoruz. Konuyla ilgili olarak, genel kurallar üzerinden aşağıdaki çıkarsamaların yapılması mümkündür.

Öncelikle ikili bir ayırım yapılmalıdır. Ayırım kıstası asıl borçlunun üçüncü kişinin ifasına rıza göstermiş olup olmadığıdır.

Üçüncü kişi borçlunun durumun bilincinde olduğu bir şekilde hareket ediyorsa, borçlunun rızasıyla borç ilişkisine katılmasının sonucu olarak borçlunun ifa yardımcısı olduğu sonucuna varılacaktır. Bu durumda, gerek ifa yardımcısına gerekse de borçluya talepte bulunulabilecektir. Borçluya yapılacak talep TBK m. 116 talep temeline dayanırken, ifa yardımcısına yapılacak talep aralarında bulunan ifa anlaşmasına aykırılığa, dolayısıyla TBK m. 112'ye dayanacaktır. Zira alacaklının üçüncü kişiyle arasındaki somut bir ilişki bulunmasa salt bir başka borç ilişkisindeki ifanın yapılmasına yöneliktir. Üçüncü kişi bu konuda bir edim yükümlülüğü altına girmektedir. Türk Hukukunda ifa anlaşmasının her türden edim yükümlülüklerinin ifasında gerekip gerekmediği tartışma konusu yapılmıştır⁸⁶⁶. Üçüncü kişinin ifası bakımından ise, her hal ve kârda ifa anlaşmasının bulunması bir zorunluluktur, bu konuda herhangi bir tartışmaya ve şüpheye yer bulunmamaktadır⁸⁶⁷. Oluşan zararın karşılanmasında, gerek üçüncü kişi gerekse de asıl borçlu ayrı (farklı) sebeplerle

⁸⁶⁶ Tartışmalar için bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 15.

⁸⁶⁷ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 16.

alacaklıya karşı sorumludur. Bu durum, ilgili zarar bakımından söz konusu kişiler arasında ayrı bir müteselsil borçluluk durumu meydana getirir (TBK m. 61).

Böyle bir olasılıkta, müteselsil borçlulukta durum nasıl bir özellik gösterir? Bir defa burada yine bir alt ayrıma gitmek kaçınılmazdır. Üçüncü kişinin bütün müteselsil borçluların ifa yardımcısı mı olduğu yoksa sadece birinin kullandığı bir ifa yardımcısı olduğuna göre sonuçlar farklılaşacaktır. Üçüncü kişi, sadece bir müteselsil borçlunun rızasıyla onun borcunu ifa için hareket etmişse, onun ifa yardımcısı olacak ve meydana getirdiği kötü ifa sonucundan münhasıran üçüncü kişiyi kullanan borçlu sorumlu tutulacaktır. Böyle olunca da bir müteselsil borçlunun borca aykırı davranışı diğerlerinin durumunu ağırlaştıramayacağından, oluşan zararın tazmini ilgili müteselsil borçluya ve ifa yardımcısına düşer. Buna karşılık üçüncü kişi, bütün müteselsil borçluların rızası dâhilinde hepsinin ortak ifa yardımcısı olarak hareket ettiyse, bu durumda da bütün müteselsil borçluların zarardan sorumlu olması sonucu doğacaktır. Gerek ilk olasılık gerekse de ikinci olasılıkta, ifa yardımcısı ve diğer müteselsil borçlular arasında ayrı bir müteselsil borçluluk ilişkisi bu kez kanundan doğmaktadır (TBK m. 61). Zira bunların her biri, bir zarardan ayrı sebeplerden sorumludur (*ifa yardımcısı için alacaklı ile arasındaki ifa anlaşmasına aykırılığı dolayısıyla, her bir müteselsil borçlu için ise onların kendi dar anlamda borçlarına aykırılıkları dolayısıyla*), aralarındaki teselsül ilişkisi de TBK m. 61 dolayısıyla kurulmaktadır. Sözleşmeden doğan teselsülle bağlantısı yoktur. İlginç olan müteselsil borçlular özelinde bağımsız ve çift katmanlı bir rücu ilişkisinin ortaya çıkacak olmasıdır. Bu ilişkilerin birinde müteselsil borçlular, iç ilişkideki paylarıyla (aksine kararlaştırma yoksa eşit olarak), diğerinde ise hâkimin yapacağı paylaşırma esasına göre birbirlerine sorumlu olacaktır.

Eğer üçüncü kişi, borçlunun iradesinin dışında ifa sürecine katılmışsa, bu ilişki kapsamındaki kötü ifasıyla birlikte alacaklının ona karşı bir tazminat talebi olacağı aşikârdır (TBK m. 112). Sonuçta o borçlunun yerine hareket etmektedir. Borçlunun aynı hareketinin sonuçlarına katlanmak durumundadır. Üçüncü kişinin ifası, bir ayıplı ifa oluşturuyorsa bu durumda, gerekli şekli şartların oluşmasıyla ayıplı ifadan dolayı sorumluluğa bağlanan sonuçların uygulanması, yani seçimlik hakların kullanılması ve bunun yanında tazminat talep edilmesi gündeme gelecektir. Burada taleplerin temelini oluşturan ve bizatihi etkilenecek olan alacaklı ile borçlu

arasındaki ifa anlaşmasıdır. Yoksa ilgili sonuçların ifa edilen borcun bizzat doğduğu borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisini etkilemesi söz konusu olmaz. Bu ilişkinin tekrar canlılık kazanması ve ona ilişkin taleplerin ileri sürülebilir olması ifa anlaşmasının çözülmesiyle mümkün olabilir. Nitekim alacaklı, ifa anlaşmasının ayıplı ifası nedeniyle ilişkiden dönebilir. Klasik teori çerçevesinde, eğer dönmenin ilişkiyi baştan itibaren ortadan kaldıran etkisi kabul edilecek olursa, asıl borç ilişkisi tekrar canlılık kazanacaktır. Çünkü ifa sonucu gerçekleşmemiş olacağından bu ilişki de sona erememiş olacaktır. Bu durumda, alacaklı üçüncü kişiyle olan ifa anlaşmasından döndüğü tarihten itibaren borcun asıl borçlusundan ifa talebinde bulunabilecektir. Ancak böyle bir durumda, ifa anlaşmasının kötü ifa edilmesi nedeniyle uğranılan zarar için hiçbir şekilde borçluya başvurulamayacaktır. Zira üçüncü kişiyle yapılan ifa anlaşması sonucunda, borcun bu şekilde ifa edilmesi riskini göze alarak onunla ilişki kuran kişi alacaklıdır. Bu riskin gerçekleşmesi bakımından durumla hiç ilgisi olmayan borçlunun sorumlu tutulması düşünülemez. Alacaklı bu konudaki hesaplaşmasını üçüncü kişiyle gerçekleştirecek, ona başvuruda bulunacaktır.

Buna karşılık, eğer dönmenin sözleşmeyi ortadan kaldırmadığı tasfiye ilişkisine dönüştürdüğü, böyle bir etkisinin olduğu kabul edilirse, sadece söz konusu tasfiye ilişkisi çerçevesinde talepler ileri sürülebilecektir. İfa anlaşması ilişkisinin bir şekilde varlığının devam etmesi, asıl borç ilişkisinin canlanmasına, ona dayalı taleplerde bulunulmasına engel olur.

b. Alacaklı İfa ile Tatmin Edilmeksizin Borçtan Kurtulma

i. Bir Borçlunun Takas İleri Sürmesi

Müteselsil borçlulardan birinin takas ileri sürmesi diğerlerini de borçtan kurtarır. Takas, karşılıklı iki borçtan büyük olanın küçük olan oranında sona erdirilmesidir⁸⁶⁸. Takasın gerçekleşebilmesi için mutlaka buna ilişkin beyanda bulunulmalıdır, yoksa sonuçlar şartların sabit olmasıyla kendiliğinden gerçekleşmez.

⁸⁶⁸ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 605; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1022; Canbolat, **Sona Erme**, s. 71.

Bu beyan yenilik doğurucu bir beyandır⁸⁶⁹. Takas, bir ifa *surrogati* (ikamesi) olarak, ileri sürülmesiyle diğer tüm müteselsil borçluları da borçtan kurtarır⁸⁷⁰.

Takasın ileri sürülebilmesi için birtakım şartların oluşmuş olması gerekmektedir. Bunlar aralarında takas işleminin gerçekleştirilecek olan tarafların birbirinden karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu olarak bulunması, borçlanılan edimlerin aynı türden ve muaccel olmasıdır. Bu şartların oluştuğu ihtimalde, takas beyanında bulunan kişinin bu beyanıyla sonuç kendiliğinden geçmişe etkili olarak şartların oluştuğu anda gerçekleşir, karşılıklı borçlardan büyük olanı küçük olan oranında sona erer⁸⁷¹ (TBK m. 143 f.1 c.2).

Takas hakkı, müteselsil borçlulardan birinin alacaklıyla olan ilişkisi çerçevesinde ileri sürebileceği kişisel bir haktır⁸⁷² (TBK m. 164 f.1). Diğer müteselsil borçlular bu hakkın şartlarının oluştuğunu ileri sürerek ilgili borçluyu takas hakkını kullanmaya zorlayamazlar. Öte yandan bu hakkı şahsında hak doğmuş olan müteselsil borçludan başkası kullanamayacağı gibi, takas hakkının kullanılıp kullanılmayacağı konusunda tereddüt bulunması sebep gösterilerek alacaklının ifa talebi diğer müteselsil borçlular tarafından geri çevrilemez⁸⁷³. Oysa diğer bir birlikte borçluluk türü olan kefalet sözleşmesiyle oluşan birlikte borçlulukta kefil, asıl borçlunun takas hakkı bulunuyorsa, bu tereddütlü durumun açıklığa kavuşmasına kadar ödeme yapmaktan kaçınabilmektedir⁸⁷⁴ (TBK m. 140). Bir birlikte borçlu olarak kefile tanınan bu ayrıcalık, kanunun ona yaklaşımındaki “fedakâr kişi” etiketinden ileri gelmektedir. Bu hükmün kıyasen de olsa, müteselsil borçluluğa tatbik edilmesi düşünülemez. Sonuçta kefil, bir başkasının borcundan ötürü yük taşıyan bir kimsedir, müteselsil borçlulukta ise her bir müteselsil borçlu kendi borcunun yükünü taşımaktadır. İlgili kıyas köprüsünün kurulabilmesi için gerekli benzerlik bulunmamaktadır⁸⁷⁵.

⁸⁶⁹ Nicolas Jeandin, CO Art. 120-126, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 124, N.1; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 606; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1012; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 172; Bigat, **a.g.e.**, s. 17.

⁸⁷⁰ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 172; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1013; Schwenger, **a.g.e.**, N. 24.

⁸⁷¹ Jeandin, **CoRo.**, Art. 124, N. 7; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 607; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1015-1019; Bigat, **a.g.e.**, s. 18; Canbolat, **Sona Erme**, s. 71.

⁸⁷² Akıntürk, **a.g.e.**, s. 173; Canbolat, **Sona Erme**, s. 72.

⁸⁷³ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 173.

⁸⁷⁴ Jeandin, **CoRo.**, Art. 121, N. 2.

⁸⁷⁵ Aynı yönde bkz. Sbai, **a.g.e.**, s. 124; Gadmer, **a.g.e.**, s. 57; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 173.

Diğer yandan, takas hakkını alacaklı ile arasındaki dış ilişkide kullanmayan bir müteselsil borçlu, alacaklı bir başkası tarafından tatmin edildikten sonra bu hakkını alacaklının halefi olan ve kendisine rücu talebinde bulunan borçluya karşı kullanamaz. Zira artık takasın daha önce var olan koşullarından borçların karşılıklı olması koşulu ortadan kalkmıştır⁸⁷⁶. Her ne kadar, alacaklının yerine geçen müteselsil borçlu diğerinden alacaklı konumuna gelse de, kendisine rücu talebi yöneltilen müteselsil borçlunun diğerinden bir alacağı bulunmamaktadır.

Takasın ileri sürülmesiyle birlikte müteselsil borç, duruma göre kısmen veya tamamen sona erebilecektir. İfadan farklı olarak, takasla borcun sona ermesi kısmen gerçekleşiyorsa, alacaklı buna herhangi bir şekilde itiraz edemez. Kaldı ki takas yenilik doğuran bir beyan teşkil ettiği için, alacaklı sadece beyan muhatabı olan kişidir, şartları gerçekleşen yenilik doğuran hakkın etkisini bloke edemez⁸⁷⁷. Yalnız bundan farklı olarak, bazı özel hallerde takas hakkının kullanılabilmesi, menfaatler durumu gözetilerek alacaklının muvafakatine bağlı tutulmuş bulunmaktadır⁸⁷⁸ (Bkz. TBK m. 144).

Takas hakkının ileri sürülmesi yukarıda belirttiğimiz üzere, şahsî bir imkândır. Yalnız takas ileri sürüldükten sonra oluşan yeni durum, bütün müteselsil borçluların ileri sürebileceği bir ortak itiraz sebebi oluşturur. Hatta bu durumda müteselsil borçlular TBK m. 164 f.2 anlamında bu itirazı ileri sürmek de zorundadırlar⁸⁷⁹.

Borca katılma bakımından da açıklamalarımız, takas hakkının kullanılmasından sonrası için benzerlik taşımaktadır. Ancak bir borçlunun kişisel defî olarak takas hakkını kullanıp kullanmayacağını belli olmadığı dönemde diğer müteselsil borçluların durumu bakımından yapılan açıklamaların değişiklik gösterip göstermeyeceği araştırılmalıdır. Bu durum, borca katılmanın başlangıçta ferîlik özelliği bakımından gündeme getirilecektir. Aslında konuyu doğrudan düzenleme altına alan bir hüküm mevcut değildir. Ancak bu konuda, bir başka ferî özellikte birlikte borçluluk ilişkisi yaratan kefalet sözleşmesi bakımından TBK m. 140'da, benzer duruma ilişkin bir hüküm bulunmaktadır: “[A]sıl borçlunun takası ileri sürme

⁸⁷⁶ Takasta karşılıklılık şartı için bkz. Jeandin, **CoRo.**, Art. 120, N. 2.

⁸⁷⁷ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 606.

⁸⁷⁸ Jeandin, **CoRo.**, Art. 125, N. 1; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 606.

⁸⁷⁹ Gadmer, **a.g.e.**, s. 58; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 175.

hakkı bulunduğça, kefil de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir.” Söz konusu hüküm, kefile ayrı bir takas hakkı vermemekte, sadece belirsizlik döneminde alacaklıya karşı ileri sürebileceği bir defî hakkı sağlamaktadır. Bu hükmün, yukarıda da belirtildiği üzere, normal bir müteselsil borçluluk ilişkisi bakımından kıyasen bile uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira müteselsil borçlulukta, her bir borçlunun durumu birbirinden nispi olarak bağımsızdır. Peki, borca katılmanın başlangıçta ferîlik özelliği acaba hükmün kıyasen uygulanmasına bir taban oluşturabilir mi? Kanaatimizce, her ne kadar borca katılma başlangıçta ferî özellik gösterse de, ilişkinin devamı bakımından müteselsil borçluluk meydana getirmesi bakımından, iki borçlunun da borcu (nispi) bağımsız özellik gösterecektir. Takas ise, ilk borcun varlığı veya geçerliliği ile ilgili bir durum oluşturmaz, bu tamamen ilk borçlunun alacaklıyla olan özel ilişkisi kapsamında doğmuş olan bir karşı alacağına istinaden elde ettiği bir defî hakkıdır, kişisel özelliktedir. Dolayısıyla, TBK m. 140 hükmünün burada borca katılan bakımından kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmek, kıyasen uygulama için gerekli benzerlik mevcut bulunmadığından isabetli olmaz. Sonuç olarak, takasın ileri sürülüp sürülmeyeceğinin belli olmadığı dönemde, borca katılanın, bir müteselsil borçlu olarak, elinde özel bir savunma imkânı bulunmamaktadır, alacaklının ifa talebini geri çeviremez⁸⁸⁰.

Bölünemeyen borçlulukta varılacak sonuçlar da, -konu özelinde- her bakımından müteselsil borçluluktakiyle özdeş olacağından burada özel bir açıklamada bulunulması gerekmeyecektir.

ii. Bir Borçlunun Yaptığı İfa Yerine Edim Anlaşması

Borçlu, kural olarak borçlandığı şeyden başkasıyla ifada bulunamaz. Buna ifanın edime uygun olması prensibi adı verilir. Tarafların anlaşması dâhilinde bu prensipten sapılabilir. Söz konusu anlaşma, ifa yerine edim anlaşması (*datio in solutum*) olarak adlandırılmaktadır⁸⁸¹. Böyle bir anlaşma olmaksızın ifanın

⁸⁸⁰ Bkz. bu yönde Altay, **Borca Katılma**, s. 115-116.

⁸⁸¹ Hohl, **CoRo.**, Art. 69, N. 3; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 278; Bigat, **a.g.e.**, s. 15. Borçlanılan edimin ifası yerine, borçlunun kendi malvarlığında bulunan başka bir alacak hakkını temlik etmesi durumunda ise ifa yerine temlikten söz açılır. Esasen burada ifanın konusunu oluşturan edim yükümlülüğünün yerini, bir başka borçlunun edim yükümlülüğü aldığı da düşünülebilir. Söz konusu yeni borçlu, mevcut borç ilişkisindeki borçlunun borçlusudur. Yani böyle bir olasılıkta, sadece edim yükümlülüğünün içeriği değil, onu yerine getirecek kişi de değişmiş olur.

konusunun borcun konusundan farklılık göstermesi halinde, yapılan ifa bir *aliud* (yanlış edim) ifası teşkil edecektir.

İfa yerine edim anlaşmasında kararlaştırılan yeni edim yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle birlikte borç sona erer. Bundan başka ifada bulunulan edim değerinin borcun konusunu oluşturan edim değerinden daha az ya da daha fazla olması bir etki doğurmaz.

İfa yerine edim anlaşması, sözleşmenin değiştirilmesinden farklıdır. Sözleşme değişikliği ifa zamanından önce gerçekleşir ve sözleşmenin hükümlerini değiştirir. Kararlaştırılan yeni edim, artık borcun konusunu oluşturacağından, ifanın edime uygun olmasından sapılması da söz konusu olmaz. İfa yerine edim anlaşmasında ise, sözleşme hükümleri değişiklik göstermemekte, buna karşılık alacaklı sözleşmede kararlaştırılan edimden başkasıyla ifanın yapılması halinde, yani mevcut ifa planından sapıldığı halde, borçlunun borcundan kurtulacağı sonucu kabul etmiş olmaktadır⁸⁸². Bu anlaşma iki tarafa borç yükleyen bir hukukî işlem oluşturmaktadır, bir taraftan borçlu yeni bir edim ifa edeceğini taahhüt ederken diğer taraftan alacaklı bu edim karşılığında aralarında varolan sözleşmesel ilişkideki alacağından vazgeçeceğini taahhüt etmektedir.

İfa yerine edim anlaşmasıyla borcun sona ermesi temelde ifa sürecini başlangıçta öngörülene oranla farklılaştıran bir anlaşmayla da olsa bizzat ifanın kendisine benzer bir etki doğurmaktadır⁸⁸³. Bu açıdan müteselsil borçlulukta ifa yerine edim anlaşması, aynı takas gibi bir ifa *surrogati* olarak işlev görür. Bir borçlunun alacaklıyla yapacağı ifa yerine edim anlaşmasıyla, tıpkı ifa gerçekleşmiş gibi diğer borçlular da borçtan kurtulmuş olacaktır.

İfa yerine edim anlaşmasıyla sağlanan yeni edimin “ayıplı çıkmasının” ya da diğer bir deyişle bizzat bu anlaşmanın “kötü şekilde ifa edilmiş” olmasının da müteselsil borçluluğa etkisi tespit edilmelidir. Bu durumda alacaklı iki farklı şekilde hareket edebileceği kabul edilmektedir. İlk hareket tarzı, ifa yerine edimin temelinde bulunan hukukî işlemin dönme yoluyla sona erdirilmesidir. Bu durumda -klasik dönme kuramının sonuçları kabul edilecek olursa- bu işlem geçmişe etkili biçimde

⁸⁸² Hohl, **CoRo.**, Art. 69, N. 3; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 278.

⁸⁸³ Becker, **BerKom.**, Art. 147, N. 3; Canyürek, **a.g.e.**, s. 71

ortadan kalkmış olacağından, müteselsil borç tüm hükümleriyle (kendisine bağlı ferî haklarla birlikte⁸⁸⁴) yeniden canlanacaktır⁸⁸⁵. İkinci hareket tarzı ise, anlaşmanın yapıldığı müteselsil borçluluyla ifa yerine edim anlaşması dâhilinde hesaplaşılmasıdır. İlk durumdan farklı olarak bu durumda alacaklının talepte bulunabileceği tek kişi ilgili –eski müteselsil- borçlu olacaktır⁸⁸⁶.

iii. Bir Borçlunun Yaptığı İfa Uğruna Edim Anlaşması

İfa uğruna edim anlaşması, yukarıda değinilen ifa yerine edim anlaşmasıyla benzer bir kurguda, yine ifa aşamasında akdedilen bir anlaşmadır, herhangi sözleşme değişikliği meydana getirmemektedir⁸⁸⁷. Ne var ki birincisiyle en önemli farklılığı, anlaşmanın akdedilmesiyle borcun sona ermesi etkisinin derhal gerçekleşmemesidir⁸⁸⁸. İfa uğruna edim anlaşması yapıldıktan sonra borcun sona ermesi sonucu, ancak ifanın konusunu oluşturan edimden farklı olarak sağlanan edim ifa edildiğinde değil, bizzat paraya çevrilip alacaklı alacağına değerini elde ettiğinde meydana gelir. Eğer alacaklı, ifa uğruna sağlanan edimden gerekli tatmini sağlayamazsa kalan değer üzerinden takibe devam edecektir. Tam tersine, ifa uğruna edimin paraya çevrilmesiyle sağlanan değer alacaklının elde etmesi öngörülenden (ilk edimin değeri) fazla ise, bu kez de söz konusu fazlalık borçluya iade edilecektir. Görüldüğü üzere, burada alacaklının ilk aşamada elde etmek istediği edim ne olursa

⁸⁸⁴ İpotek hakları bakımından alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine ilişkin TBK m. 135 f.3 çerçevesinde düşünülmelidir. Bunların kendiliğinden canlılık kazanması mümkün değildir. İlgili merasimlerin yeniden gerçekleştirilmesi zorunlu olacaktır (Bkz. benzer şekilde aşağıda §2, IV, 3, g altındaki açıklamalarımız).

⁸⁸⁵ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 173; Bigat, **a.g.e.**, s. 15; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 198; Canbolat, **Sona Erme**, s. 71; Canyürek, **a.g.e.**, s. 72; Topkuru, **a.g.e.**, s. 94. Yazarlar, burada sağlanan dönme hakkını satım hükümlerinden kıyasen alacaklıya tanımaktadır. İfa yerine edim anlaşmasının konusunu bir şeyin verilmesi edimi oluşturduğunda bu isabetli bir yaklaşım oluşturmakla birlikte, diğer edimler bakımından aynı düşüncenin işletilmesi uygun olmaz. Bu durumda anlaşmanın konusunu oluşturan edime göre bir değerlendirme yapılması gerekir.

⁸⁸⁶ Bu noktada bir fikre göre ortada tecdite (yenilemeye) benzer bir durum oluşmaktadır. Dolayısıyla burada artık yalnızca söz konusu borçluluyla hesaplaşılması mümkün olabilmelidir (Bkz. Dağdelen, **a.g.e.**, s. 146). Bu görüşe tam olarak katılmıyoruz. Zira tecditte, tecdit iradesinin (*animus novandi*) açık olarak bulunması gerekir. Oysa ki ifa yerine edimde böyle bir irade yer almamaktadır.

⁸⁸⁷ İfa uğruna yapılan anlaşma, bir alacağın temlikini konu edindiğinde, ifa uğruna temlikten söz açılır. İfa uğruna temlik özel olarak TBK m. 192'de düzenlenmektedir. Söz konusu hükümde, ifa uğruna temlik alan kişinin, temlik edilen alacağın paraya çevrilmesi sürecinde özenli davranması gereğini ortaya koymaktadır. İfa uğruna temlik alan, özenli hareket etmediği vakit, gerekli özenin gösterilmesi halinde elde edilebilecek olan fazla değerinde elde edildiği varsayılarak hesap yapılacaktır. Esasen ifa uğruna edim bakımından da açık bir kanun hükmü olmasa da bu sonucun aynısı kabul edilmektedir. İfa uğruna edimin paraya çevrilmesinde alacaklı, borçlunun âdeta vekili gibi hareket etmeli, özenli davranmalıdır, aksi takdirde sonuçlarına katlanacaktır.

⁸⁸⁸ Hohl, **CoRo.**, Art. 69, N. 3; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 278. Bu anlaşmanın ifa yerine edim anlaşmasından farkı için bkz. BGE 119 II 227.

olsun, ifa uğruna edim anlaşmasıyla birlikte alacak, âdeta bir değer alacağına dönüşmektedir⁸⁸⁹.

Bu şekilde ifa uğruna edim anlaşmasından sonra gerekli paraya çevrilme ve alacaklının tatmini, bir fasıla daha sonra gerçekleşmekle birlikte bir ifa *surrogati* oluşturur. Dolayısıyla müteselsil borçlulardan birinin alacaklıyla böyle bir anlaşma akdetmesi ve akabinde ilgili şartların gerçekleşmesiyle borcun sona ermesi sonucu diğer müteselsil borçluları da etkileyecek, onlar da borçtan kurtulacaktır. Bunun yanında ifa uğruna edim paraya çevrilene kadar olan süreçte alacaklının diğer müteselsil borçlulardan talepte bulunabilip bulunamayacağı hususu da düşünmeye değerdir. Böyle bir durumda, ilgili zaman diliminde henüz borcun sona ermesi olgusu gerçekleşmediğinden alacaklının diğerlerinden talepte bulunmasına bir engel olmadığı düşünülebilir. Ya da aksine, burada bir borçluyula yaptığı ifa uğruna edim anlaşmasıyla alacaklının diğer borçlulardan talepte bulunmayacağı zımni taahhüdünde bulunduğu düşüncesi de geliştirilebilir. Nitekim böyle bir taahhüt, diğerleri açısından üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıyacaktır. Kanaatimizce burada menfaatler dengesi bakımından borçluların durumunun korunması daha elzemdir, dolayısıyla ikinci düşünce biçimi daha tercih edilesidir. Bunun yanında ilk düşüncenin, dürüstlük kuralı uygulaması bakımından da ciddi bir çekinceyi içerdiği söylenebilir.

Eğer taraflar arasında iradelerine herhangi bir başka açıklık olmaksızın, sadece borçlanılan edimden başkasıyla ifade bulunulmasına ilişkin olarak bir anlaşma yapıldığı çıkarsaması yapılabiliyorsa, bir ifa uğruna edim anlaşmasının varlığı olasılığı üstün tutulur. Nitekim ilk duruma daha yakın ve adaletli sonucun sağlanması ifa uğruna edim anlaşmasıyla daha mümkündür. İfa yerine edim anlaşmasında, durumun bir tarafın aleyhine sonuçlanacağı daha olasıdır. Sonuçta son olarak verilen edimin değeri, edim doğrudan paraya çevrilmeyecek olmakla birlikte, ilk edimden daha fazla olduğunda borçlu, daha az olduğunda alacaklı durumun olumsuz sonuçlarına katlanacaktır. İşlemin sonucu böyle spekülative olacağından, gerçekleştirilmesinde tarafların açık iradesinin bulunması şarttır.

⁸⁸⁹ Hohl, *CoRo.*, Art. 69, N. 3; Engel, *Partie Générale*, s. 619; Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku II*, s. 279.

iv. Bütün Borçlular Nezdinde Sorumlu Olunmayan İfa İmkânsızlığı

Bir borç ilişkisinde doğmuş olan borcun, sonradan borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle imkânsızlaşması, borcun sona ermesine sebep olur⁸⁹⁰ (TBK m. 136). Sonradan meydana gelen ifa imkânsızlığının, başta sözleşmenin geçersizliğine sebep olan imkânsızlıkta olduğu gibi objektif nitelik taşımasına gereklilik bulunmamaktadır, sübjektif olması da aynı sonuca yol açar. Sonraki imkânsızlıkta önemli olan husus, borçlunun bundan sorumlu olup olmayacağıdır. Zira borçlu kusuruyla veya kusuru olmadan sorumlu olduğu bir halde borç imkânsızlaşacak olursa, borç sona ermemekte ve tali tazminat yükümlülüğü söz konusu olmaktadır⁸⁹¹ (TBK m. 112). Bunun dışında kalan hallerde ise, borçlu borcundan kurtulur.

İmkânsızlık tabii bir olaydan veya bir insan fiili gibi maddî sebeplerden dolayı meydana gelebileceği gibi hukukî sebeplerden ötürü de meydana gelmiş olabilir. Borçlanılan edimin içeriğini oluşturan bir eşyanın yangında telef olması, bir arsanın kamulaştırılması veya üzerinde inşaat yapılmasının yasaklanması imkânsızlık hallerine örnek olarak verilebilir.

İmkânsızlığın meydana gelmesi kısmen de olabilir⁸⁹². Böyle bir durumda borçtan kurtulma da kısmen, sadece imkânsızlaşan bölüm bakımından gerçekleşecektir. Kural bu şekilde olmakla birlikte istisnai durumlarda, yani ifa imkânsızlığının taraflarca öngörülmesi durumunda sözleşmenin hiçbir şekilde yapılmayacağı anlaşılmaması durumunda tam imkânsızlık söz konusu imiş gibi borç bütünüyle sona erecektir⁸⁹³ (Bkz. TBK m. 137).

Bir tarafın sorumlu olmadığı imkânsızlık olgusuna bağlı olarak borcunun sona ermesinin, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da etkisinin bildirilmesi gerekir. Tam imkânsızlık hallerinde kural, borcun sona ermesinin karşı borcun da

⁸⁹⁰ Luc Thévenoz, CO Art. 119, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 119, N. 1; Kassler, **a.g.e.**, s. 42.

⁸⁹¹ Luc Thévenoz, CO Art. 97-109, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 97, N. 5.

⁸⁹² Thévenoz, **CoRo.**, Art. 119, N. 27.

⁸⁹³ Thévenoz, **CoRo.**, Art. 119, N. 29.

sona ermesine yol açmasıdır⁸⁹⁴. Kısmi imkânsızlık hallerinde ise, durum kural olarak buna benzerlik gösterir. Ancak karşı borcun konusunun bölünemez olması yahut alacaklının kısmi ifaya razı olmaması durumunda yine tam imkânsızlık hükümleri uygulanacak, karşılıklı borçların tamamen sona erdiği sonucuna varılacaktır.

Müteselsil borçlulukta, bütün borçlular nezdinde bir ifa imkânsızlığı söz konusu olduğunda borç kendiliğinden sona erer, bütün borçlular borçtan kurtulur⁸⁹⁵. Kısmi imkânsızlık durumu söz konusu olduğunda ise, kural müteselsil borçluların her birinin kısmen borçtan kurtulmasıdır. İstisnai durumlarda ise, tam imkânsızlık sonucu gerçekleşecek ve borçtan kurtulma sonucu da bütünsel olacaktır.

v. Bir Borçlunun Meydana Getirdiği ve Sorumlu Olduğu İfa İmkânsızlığı

Borçlunun sorumlu tutulduğu bir ifa imkânsızlığı meydana getirmesi durumunda, onun imkânsızlaşan edim için alacaklıya tazminat ödemesi yapması gerekmektedir⁸⁹⁶. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığının meydana gelmesi bizzat kendi kusurundan ileri gelebileceği gibi (TBK m. 112), kusurlu olmasa da sorumlu olduğu hallerde de kanun hükmünden ileri gelebilecektir. Bu son duruma örnek olarak borçlunun kullandığı ifa yardımcısından ötürü kusursuz sorumluluğu verilebilir (TBK m. 116).

Müteselsil borçlulukta borçluların her birinin imkânsızlığa birlikte sebep olmaları halinde, teselsül asli edim yükümlülüğünün yerini alan tali tazminat edim yükümlülüğü bakımından devam edecektir⁸⁹⁷. Buna karşılık sadece bir müteselsil borçlunun sorumlu olduğu bir ifa imkânsızlığı durumu söz konusu ise diğer borçluların bundan nasıl etkileneceği tartışma konusu yapılmıştır⁸⁹⁸. Bu tartışmalarda

⁸⁹⁴ Thévenoz, **CoRo.**, Art. 119, N. 10.

⁸⁹⁵ Gautschi, **a.g.e.**, s. 26.

⁸⁹⁶ Thévenoz, **CoRo.**, Art. 97, N. 7.

⁸⁹⁷ Buna karşılık, “*şekli teselsül*” olarak adlandırılabilir bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçlulukta, bu şekilde borçluların tamamının sorumlu olduğu bir imkânsızlık durumunun oluşması halinde tazminat edimi bölünebilir olduğu ölçüde kısmi borçluluk ilişkisi geçerli olur. Tazminat edimi çoğunlukla nakdi özellikle olacağından durum böyle olacaktır. Ne var ki hukuk sistemimizde, tazminatın şekline hâkim karar verir. Bu kapsamda aynen tazminata karar verilmesi ve bu edimin de bölünemeyen nitelikte bir edim olması durumunda yine bölünemeyen borca ilişkin hükümler uygulanmaya devam edecektir. Yani, alacaklı tazminat ediminin tamamını da borçluların herhangi birinden talep edebilecektir (TBK m. 85 f.2).

⁸⁹⁸ Bkz. yukarıda §2, II, A, 3 altındaki açıklamalarımız.

aldığımız tavır, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bir borçlunun kendi kişisel hareketinin, konumuz özelinde imkânsızlık sonucuna yol açan borca aykırılığının, diğer borçluları hiçbir surette olumsuz etkilemeyeceği, onların durumunu ağırlaştıramayacağı yönündedir⁸⁹⁹ (TBK m. 165). Dolayısıyla burada diğer borçlular açısından imkânsızlaşan borcun yerini tali tazminat edimi almayacaktır. Aksine bu durum diğerlerinin tamamı açısından sorumlu olunmayan bir imkânsızlık hali oluşturmaktadır. Onlar TBK m. 136 kapsamında borçtan kurtulurlar. Özetlemek gerekirse yeni durumda, artık tek bir borçlu (imkânsızlıktan sorumlu olan) alacaklının karşısında tazminat ediminden ötürü olarak sorumlu bulunacak, bu kapsamda borçlular arasındaki teselsül bağlantısı da ortadan kalkmış olacaktır.

Aksi görüş, yani her bir müteselsil borçlunun diğerinin ifa yardımcısı olduğu görüşü, kabul edildiğinde ise, sorunun çözümü ciddi şekilde farklılaşır. Böyle bir durumda imkânsızlığa sebep olan borçlu TBK m. 112 uyarınca, diğer borçlular ise TBK m. 116 uyarınca tazminat borcundan yine müteselsil olarak sorumlu olacaktır.

vi. Bir Borçlunun Alacaklı Temerrüdü Sonuçlarına Göre Borçtan Kurtulmasının Etkisi

Alacaklının usûlüne uygun bir ifa teklifini haklı sebep olmaksızın reddetmesi veya ifa hareketlerinin kendi üzerine düşen kısmını gerçekleştirmemesi alacaklı temerrüdü oluşturur (TBK m. 106 f.1). Yapmama borçlarında alacaklının herhangi bir şekilde ifa sürecine katılımı söz konusu olmayacağı için, bu türden borçlarda alacaklı temerrüdünden söz edilemez⁹⁰⁰.

Alacaklının hareketi nedeniyle meydana gelen bir ifa engeli olarak alacaklı temerrüdü, edim tiplerine göre (verme veya yapma) borçluya belirli şartlar dâhilinde borcundan kurtulabilmek için şans tanımaktadır. Yoksa borçtan kurtulma sonucu kendiliğinden gerçekleşmez⁹⁰¹.

⁸⁹⁹ Béguelin, **FJS 873**, s. 2; Gadmer, **a.g.e.**, s. 80; Becker, **BerKom.**, Art. 146, N.1.

⁹⁰⁰ Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 91, N. 12; Weber, **BerKom.**, Art. 91, N.15.

⁹⁰¹ Kural böyle olmakla birlikte istisnai hallerde, alacaklı temerrüdü doğrudan borçtan kurtulma sonucunu da doğurabilmektedir. Kefalet sözleşmesini düzenleyen hükümlerden TBK m. 593 f.2 kefilin ifa teklifini reddeden alacaklı bakımından bu sonucu öngörmüştür (Bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 248).

Verme edimlerinde borçtan kurtulma sonucunun gerçekleşebilmesi için borcun tevdi edilmesi gereklidir. Borcun konusunu oluşturan şeyin nereye tevdi edileceği hâkim kararıyla belirlenecektir⁹⁰². Ticari mallar bakımından kanun bir istisna öngörmektedir, bu alanda hâkim kararına gereksinim olmadan tevdi gerçekleştirilebilir (TBK m. 107). Borç konusu tevdi edildikten sonra alacaklıya durumun MK m. 2 f.1 çerçevesinde ihbar edilmesi gereklidir. Borcun üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi de mümkün olduğu için, bu kişinin de alacaklı temerrüdü sonuçlarını uygulaması kabildir, o da hâkimden karar alıp malı tevdi edebilecektir.

Tevdi sonucunda kural olarak borç sona ermiş olur, buna bağlı olarak borcun ferîleri de son bulur. Kural böyle olmakla beraber, alacaklı yapılan tevdiyi kabul ettiğini açıklayana kadar, borçlu tevdi ettiği malı ilgili yerden geri alabilir. Dolayısıyla bu şekilde borçlu tevdiyi konu alan, (üçüncü kişi ile yaptığı) vedia sözleşmesinden dönmüş olacaktır. Yalnız tevdi edilen borç için bir rehin hakkı öngörülmüş ve bu hak sona ermişse, geri alma mümkün olmaz. Tevdinin geri alınması halinde ise, sona erme sebebi ortadan kalkacağından alacak varlığını sürdürür.

Bazı hallerde malın bozulabilecek olması veya sair sebepler, malın öylece tevdi edilmesini engeller. Böyle durumlarda borçlu hâkimin izni ile borcun konusu malı sattırıp elde ettiği bedeli tevdi edecektir. Sadece malın satılması borçtan kurtulmayı otomatik olarak sağlamaz, bu sonuca ulaşılabilmesi için elde edilen bedelin tevdi edilmesi gerekmektedir. Bu tevdinin de diğer durumlarda olduğu gibi geri alınması mümkündür, yalnız şu farkla ki artık alacak bir para alacağına dönüşmüş olarak varlık gösterebilecektir.

Eğer borcun konusunu oluşturan edim bir yapma edimiye, tevdi söz konusu olmaz. Böyle bir durumda kanun borçluya borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca sözleşmeden dönme (sürekli borç ilişkilerinde fesih) imkânı tanımaktadır⁹⁰³. Yalnız bu imkândan ifayı gerçekleştirmesi mümkün olan üçüncü kişi faydalanamaz. Zira o sözleşme tarafı değildir. Dolayısıyla yapma borçlarında üçüncü kişi alacaklıyı temerrüde düşürebilir ne var ki borcu sona erdirebilmesi mümkün değildir.

⁹⁰² Serozan, **İfa Engelleri**, s. 149.

⁹⁰³ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 150.

Müteselsil borçlulukta, dar anlamda birden çok (nispi) bağımsız borç ilişkisi bulunduğundan, ifa amacı ortak olmakla beraber borçlulardan her biri diğerlerinden ayrı değerlendirilmektedir. Buna göre onun bireysel olarak gerçekleştirdiği hareketler ancak belli durumlarda diğerlerine de sâri olur. İşte alacaklı temerrüdü de bu durumlardan bir tanesidir. TBK m. 106 f.2, açık bir hükümle bir borçluya karşı alacaklı temerrüdüne düşen alacaklının diğer borçlulara karşı da alacaklı temerrüdüne düşeceğini belirtmektedir. Aslında kanun bu hükmüyle, alacaklıya sağlanan özel ve avantajlı teselsül imkânının onun tarafından keyfe keder olarak kullanılmasını engellemek istemiştir⁹⁰⁴. Böyle bir kabullenme olmasaydı, her bir borçlu alacaklıya ifa teklifinde bulunmak zorunda kalacak, daha sonra da borçtan kurtulabilmek için borçlarını teker teker ayrı ayrı tevdi etmeleri gerekecekti. Doktrinde bu husus, 818 Sayılı EBK döneminde de, açık bir hüküm olmasa da, yeni kanunun ilgili hükmünde olduğu gibi çözümlenmekteydi⁹⁰⁵. Nitekim bu bağlamda, alacaklı temerrüdüne bağlı olarak söz konusu olacak tevdi imkânının, âdeta bir tür “başkalaşmış” ifa olarak düşünülmüş olduğu söylenebilir⁹⁰⁶. Sonuç olarak alacaklı temerrüdünün şartlarının oluşmasıyla birlikte, içlerinden herhangi birinin yapacağı tevdi diğerlerini de borçtan kurtarmış olur. Bundan başka akla ayrıca şu soru gelebilir. Acaba bir borçlu tevdide bulduktan sonra alacaklının kabul etmesinden önce tevdi edilen şeyi geri alıp borcun yeniden var olmasını sağlayabilir mi? Kanaatimizce buna bir engel bulunmamaktadır⁹⁰⁷. TBK m. 165 çerçevesinde borçluların birbirlerinin durumunu ağırlaştıramaması kuralı borçların doğduğu ana ilişkin bir kuraldır. Sonradan meydana gelen olumlu bir değişikliğin etkisini kaybetmesine yol açılması, başlangıç durumuna geri dönüşü ifade eder. Kaldı ki somut durumda, alacaklı temerrüdü tevdinin geri alınmasından sonra bile devam

⁹⁰⁴ Alman Hukukunda da bu sonuç açık olarak BGB §424’te kaleme alınmıştır.

⁹⁰⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1059-1060; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 298; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 198; Canyürek, **a.g.e.**, s. 100; Bigat, **a.g.e.**, s. 16; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 802; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art.147, N.11; Gadmer, **a.g.e.**, s. 84; Koller, **a.g.e.**, s. 1226.

Farklı bir görüş bkz. Sbai (**a.g.e.**, s. 129), bir borçlunun alacaklıyı temerrüde düşürmesinden sonra tevdiiyi gerçekleştirmesi suretiyle, alacaklı bunu kabul ettiğini açıkladığında borçtan kurtulma etkisinin diğer borçlular bakımından da kabul edilebileceğini iletmektedir. Yazarın fikrine göre, alacaklı temerrüdüyle birlikte bütün borçluların faydalanabileceği bir tevdi imkânı doğmamaktadır. Bu sadece temerrüdü sağlayan borçlunun kullanabileceği bir imkân oluşturur, öte yandan sonuç doğurması alacaklının kabulüne bağlı bulunmaktadır.

⁹⁰⁶ Tunçomağ (**a.g.e.**, s. 1060) ve Akıntürk (**a.g.e.**, s. 198) müteselsil borçluların ifa sonucundan yararlanmalarının ifanın reddinden de yararlanmalarını haklı kılacağını iletmektedir. Yazarların gerekçesi yerindedir, zaten müteselsil borçluları bir arada tutan şey, ifa amacındaki ayniyettir. Bu açıdan ifanın gerçekleştirilmesiyle dolaylı olarak ilgili olabilecek hususların ifayla ilgili prensipler üzerinden çözülmesi isabetli olacaktır. (Alman Hukuku bakımından aynı fikirde bkz. Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 424, N. 1, 5).

⁹⁰⁷ Aynı yönde bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 299; Canyürek, **a.g.e.**, s. 100.

edeceği için, borçluların her biri bu durumun akabinde yeniden bir tevdiide bulunup borcu sona erdirebilir.

Yalnız tevdi imkânı, belirtildiği üzere, sadece verme borçlarında öngörülmektedir. Yapma borçlarında ise, durum tevdi öngörülmediği için farklı olacaktır. Bu tür edimleri konu alan borçlarda borçtan kurtulma imkânı, tek başına borçluluk yapısında borçluya sözleşmeden dönme hakkı sağlanmak suretiyle tanınmıştır. Peki, bunun müteselsil borçluluktaki yansıması nasıl olacaktır? Kanun, bu konuda bir açıklık içermemektedir. Dönme hakkının geniş anlamda borç ilişkisini sona erdireceği düşünülecek olursa, tek bir borçlunun kendi başına bu konuda ilişkinin bütünü üzerinde tasarruf etme imkânı olmadığı açıktır. Dolayısıyla her ne kadar, bir borçlunun alacaklıyı temerrüde düşürmesiyle diğerleri bakımından da temerrüt sonuçları doğsa da, borçlulardan birinin tek başına sözleşme ilişkisini bütünüyle sona erdirmesi mümkün değildir. Yapma borçlarında borçtan kurtulma sonucunun meydana gelebilmesi bütün borçluların birlikte hareket etmesi neticesinde gerçekleşebilir. Akla gelebilecek bir başka seçenek de dönme hakkının -tabii bölünebilir olduğunun kabul edilmesi söz konusu olursa- kısmen kullanılması ve kullanan borçlunun tamamen, diğerlerinin ise onun payı oranında kısmen borçtan kurtulabilmesinin kabul edilmesidir (Burada yine TBK m. 166 f.3 hükmünden kıyasen faydalanıyoruz). Yalnız bunun için yapma ediminin bölünebilir olması gerekir, bu da çoğu zaman mümkün değildir.

Diğer taraftan öyle bazı yapma borçları olabilir ki, borçlular birlikte hareket etmedikçe ifa sonucu gerçekleşemez. Böyle bir durumda ciddi bir ifa teklifinin bütün borçluların birlikte hareket etmesi gereğini içereceğinden tek bir borçlunun alacaklıyı temerrüde düşürmesi zaten düşünülemez. Bu olasılıklar, TBK m. 106 f.2 hükmünün çerçevesi dışında kalır. Zira daha en başta bir borçlunun alacaklıyı tek başına alacaklı temerrüdüne düşürmesi zaten edimin doğası gereği olası değildir.

Az rastlanacak olsa da bu konuda akla gelebilecek başka ve son bir olasılık, borçluların birbirinden farklı edimleri borçlandıkları bir müteselsil borçluluk yapısındaki alacaklı temerrüdü durumudur⁹⁰⁸. Mesela bir borçlu bir verme edimi, diğer borçlu bir yapma edimi borçlanmış olabilir. Böyle durumlarda sorunun çözümü

⁹⁰⁸ Bu yapıya ilişkin bkz. Sbai, **a.g.e.**, s. 30.

girift bir hal alabilecektir. Zira çözüm, yukarıdaki açıklamaların kombine edilmesiyle sağlanacaktır. Şöyle ki verme edimini ifa etmek isteyen borçlunun ifa teklifini haklı sebep olmadan reddeden alacaklı, yine her iki borçluya karşı alacaklı temerrüdüne düşer (TBK m. 106 f.2). Bu durumda verme edimi borçlusunu tevdi bulunarak borçtan kurtulduğunda, yapma borçlusunu da borcundan kurtulmuş olur. Bunda herhangi bir şüphe yoktur. Buna karşılık yapma borçlusuna tanınan dönme hakkı, bütünsel olarak sözleşmeyi sona erdirmek için kullanılamaz. Ancak bölümsel olarak kullanılabilirdi söylenebilir. Böyle olunca da, yapma borçlusunu kısmen sözleşmeden dönmüş olur. Diğer borçlunun bir dönme hakkı bulunmadığı için onun da diğeriyle birlikte sözleşme bağından kurtulması mümkün olamayacaktır⁹⁰⁹. O yalnızca dolaylı olarak, diğer borçlunun iç ilişkide sorumlu olacağı nihai yük payı kadar borçtan kurtulabilir⁹¹⁰ (TBK m. 166 f.3 kıyasıyla). Sorumlu olduğu geri kalan borç tutarını ise, alacaklı temerrüdü sonuçları kendi açısından hala devam ettiği için tevdi ederek tamamıyla borçtan kurtulması da mümkündür. Görüldüğü üzere, söz konusu olasılığın çözümünde –ister istemez- yapma borçlusunu lehine daha avantajlı bir durum oluşturduğu söylenebilir. TBK m. 106 f.2'nin uygulaması bu alanda hata vermektedir, *de lege ferenda* (olması gereken hukuk) açısından hükmün gözden geçirilmesi gerektiği dile getirilebilir. Ya da konu, istisnai bir olasılık olmasından mütevellit, olası bir kanun aksaklığı olarak kabul edilip *De minimis non curat praetor* (Kanun koyucu küçük şeylerle ilgilenmez) prensibi çerçevesinde göz ardı edilebilir. Zira sırf bu duruma özel bir kanun hükmü sevki de, kazuistik bir kanun yapılmasına vücut verebileceği için eleştirilebilir.

Borca katılma bakımından bu bahis altındaki açıklamalarımız müteselsil borçluluğa özdeş olacaktır, bir farklılık bulunmamaktadır.

Bölünemeyen borçlulukta, dar anlamda tek borç ilişkisinin tarafı da birden fazla borçlu olduğu için, sadece bir borçlunun alacaklıyı temerrüde düşürmesi diğerleri bakımından da, aynı ilişkinin tarafı olarak alacaklı temerrüdü sonuçlarından faydalanmasını gerektirir. Dolayısıyla TBK m. 106 f.2 gibi bir hükmün varlığına

⁹⁰⁹ Benzer şekilde bir düşünce için bkz. Koller, **a.g.e.**, s. 1234; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 150-151. Yazarlar, yapma borcu olan müteselsil borçlunun dönme hakkını kullanarak ilişkiyi sadece kısmen sona erdireceği hususuna açıkça değinmemekle birlikte sadece dönmenin mümkün olabileceğini iletmektedir.

⁹¹⁰ Dağdelen (**a.g.e.**, s. 151), bu düşünceyi TBK m. 166 f.2'nin doğrudan uygulaması dâhilinde geliştirmektedir. Kanaatimizce, bu maddenin nasıl tatbik edileceğinin asıl anahtarı TBK m. 166 f.3'tür. Bu hükümden kıyasen faydalanılması şarttır.

veya yorum yapılmasına ihtiyaç dahi bulunmamaktadır. Sonuç kendiliğinden, borçluluk yapısı (hem geniş anlamda, hem dar anlamda tek borç ilişkisi bulunduğundan) gereğince oluşur. Dolayısıyla alacaklının temerrüde düşmesiyle birlikte, verme borçlarında borçlulardan biri tevdiye bulunarak borcu sona erdirebilecektir. Yapma borçlarında ise, bölünemeyen borçluların birlikte dönme hakkını kullanmaları gerekir, bu noktada bir borçlunun borçtan kurtulabilmesi için kısmi dönme hakkını kullanabilmesinden de söz edilemeyeceği düşünülebilir. Zira borçluluğa vücut veren edim bizzatihi bölünemez bir edim oluşturur. Ayrıca ilk bakışta hem geniş anlamda hem de dar anlamda tek bir borç ilişkisinin olması da bir engel olarak görülebilir. Bununla birlikte, ilişkiden tek başına sıyrılmak isteyen borçluyu da mutlak olarak ilişkiye mahkûm etmek isabetli olmaz. Bu durumda geliştirilebilecek düşünce şu olmalıdır: İlişkiden sıyrılmak isteyen birlikte borçlu, diğerleri ile arasındaki iç ilişkide yüklenmesi gereken edim değerini bir denkleştirme bedeli olarak karşılayarak sözleşme bağına çözebilmelidir⁹¹¹.

vii. İkale Sözleşmesi (*Contrarius Consensus*)

İkale sözleşmesi, borçlu ve alacaklı arasındaki geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren başka bir sözleşmedir⁹¹². Söz konusu yapı kanunda tasarlanmamıştır, sözleşme serbestisinin (özgürlüğünün) bir sonucu olarak akdedilebilir⁹¹³. Bu anlaşma, dar anlamda borcu sona erdiren ibra anlaşmasından farklıdır. İbrada sözleşme ilişkisinden doğan münferit bir borç (dar anlamda borç ilişkisi) sona erdirilirken, ikalede bizzat sözleşme ilişkisinin kendisi (geniş anlamda borç ilişkisi) tamamen sona erdirilir, tarafların her biri bütünüyle yükümlülüklerinden kurtulur. Bununla birlikte ikale anlaşmasıyla oluşan etkinin dolaylı olarak ibra anlaşmasının etkisini de kapsadığı da söylenebilir. Zira geniş anlamda borç ilişkisinin sona erdirilmesi kural olarak ondan doğan bütün dar anlamda borç ilişkilerinin sona erdirir⁹¹⁴.

Müteselsil borçlulukta dar anlamda birbirlerine aynı ifa amacıyla bağlı, birden çok borç ilişkisini içinde kısacaçlayan geniş anlamda -tek bir hukukî sebebe dayanan-

⁹¹¹ Ayrıca bu konuda bkz. ve karşı. aşağıda §2, A, 3, j altındaki açıklamalarımız.

⁹¹² Ferhat Erçin, “İkale Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Zahir İmre’ye Armağan, İstanbul: Der Yayınları, 2009, s. 125-139, s. 125; Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku I*, s. 569, dn. 1.

⁹¹³ Erçin, *a.g.e.*, s. 126.

⁹¹⁴ Erçin, *a.g.e.*, s. 130-131.

tek bir borç ilişkisi olduğunu ifade etmiştik. İşte burada ikale ile sona erdirilen tüm dar anlamda borçları içinde barındıran geniş anlamdaki borç ilişkisidir.

Müteselsil borçluluk bakımından dar anlamda borç ilişkilerindeki tasarruflarda diğerlerinin durumunu ağırlaştırmamak kaydıyla, borçlular serbest şekilde hareket edebilir. Ne var ki geniş anlamda borç ilişkisinin bir hukukî işlem neticesinde etkilenmesi, ancak bütün borçluların aynı yönde irade açıklamasında bulunmalarıyla mümkün olabilir, bu anlamda müteselsil borçluların hepsinin ortak olarak hareket etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla borçlular ortak iradeleriyle, alacaklıyla bir araya gelerek ilişkiyi sona erdirebilirler. Böyle bir durumda ise, tüm dar anlamda borçlar da sona ereceğinden hepsi birlikte borçtan kurtulmuş olur.

3. Borçtan Kurtulmanın Duruma Göre Mutlak veya Kısmi Etkili Olabileceği Haller

a. İbra Anlaşması

Var olan veya gelecekte var olacak bir borcun⁹¹⁵ alacaklı ve borçlunun anlaşmasıyla sona erdirilmesi ve borçlunun kısmen veya tamamen borçtan kurtulması ibra anlaşmasıyla mümkündür⁹¹⁶. Bu yönüyle de ibra, bir tasarruf işlemi teşkil etmekte ve işlemi gerçekleştirmek isteyen tasarruf yetkisine sahip olmasını gerektirmektedir⁹¹⁷. İbra anlaşması, TBK m. 132'de düzenlenmektedir. İlgili düzenlemeye göre ibra işleminin yapılması, borcun doğumunda belirli şekil şartlarına uyulması gereği bulunsa bile, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Dolayısıyla, açık irade beyanıyla yapılabileceği gibi, örtülü bir irade beyanı veya iradeyi ortaya koyan bir davranışla da ibra anlaşmasının yapılması mümkündür⁹¹⁸.

⁹¹⁵ Burada “borç” ifadesiyle kastedilen dar anlamda borç ilişkisidir, geniş anlamda borç ilişkisi anlamında borcun ortadan kaldırılması için ikale sözleşmesi yapılması gerekir (Bu kavrama ilişkin olarak bkz. yukarıda §2, IV, A, 2, b, vii altındaki açıklamalarımız).

⁹¹⁶ Alper Gümüş, “Bir Borç İlişkisinde Müteselsil Borçlulardan Birinin İbrasının Diğer Müteselsil Borçlular Üzerindeki Etkisi”, **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul: Beta, 1999, s. 311-321, s. 313; Deschenaux, *Partie Générale*, s. 76; Rossel, **a.g.e.**, s. 171.

⁹¹⁷ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 577; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 987; Deschenaux, **Partie II**, s. 76; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 115, N. 11; Gümüş, **Müteselsil Borçlulukta İbra**, s. 313.

⁹¹⁸ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 576.

İbra, tek taraflı bir işlem olan feragatten farklıdır. Bilindiği üzere alacak haklarından feragat söz konusu olmaz, bir kimsenin borcu üzerinden tasarruf edildiği için, onun da rızasının alınması gerekir, bu yönüyle ibra bir iki tarafı olan bir sözleşme niteliğindedir⁹¹⁹. Şayet borçlu ibrayı kabul etmezse, borç sona ermez. Böyle bir durumda borcunu ifa yoluyla sona erdirmek isteyen borçlu, alacaklının kendisine ait ifa teklifini kabul etmemesi ve ibra yönünde direnmesi üzerine alacaklı temerrüdü hükümlerine göre hareket etmeli ve tevdiye bulunmalıdır, aksi takdirde borç mevcut kalmaya devam edecektir.

Müteselsil borçluların hepsiyle birden ibra anlaşması yapıldığında, bütün borçlular, ibra anlaşmasında öngörüldüğü şekilde borçtan kurtulur⁹²⁰. İbranın müteselsil borçlulardan sadece biriyle yapılması durumunda ise, TBK m. 166 f.3 hükmü uyarınca diğer borçlular da, ibra lehtarları borçlunun iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulacaktır⁹²¹, ⁹²². Bununla birlikte eğer anlaşmanın içeriğinden veya halin icabından diğer borçluların (veya sadece birkaç borçlunun) da tüm borçtan ibra edilmek istenildiği anlaşılabilir⁹²³ (TBK m. 166 f.2). Bu durumda onların kabullerine bağlı olarak hepsi (veya birkaçı) tamamen borçtan kurtulabilecektir⁹²⁴. Dolayısıyla her bir durumda özel değerlendirme yapılmak gerekecektir⁹²⁵.

⁹¹⁹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 577; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 986.

⁹²⁰ Romy, **CoRo.**, Art. 147, N. 2; Deschenaux, **Partie II**, s. 133; Canbolat, **Sona Erme**, s. 73.

⁹²¹ Bkz. Kirca, **Yenilikler**, s. 47; Bigat, **a.g.e.**, s. 24; Canbolat, **Sona Erme**, s. 79.

TBK m. 166 f.3'te Türk Hukukuna yeni olarak getirilen bu düzenlemenin benzerleri PECL Art. 10:108'de, DFCR Art. III - 4:109:(1)'de ve Art. 11.1.6 UNIDROIT Principles 2010'da da yer almaktadır (Rouiller, **a.g.e.**, 60-61; von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 990-991; Fontaine, **New Provisions**, s. 554; Art. 11.1.6 Comment 1, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 375).

⁹²² Fransız MK m. 1285'te bir borçlu lehine yapılacak ibranın etkisi daha geniştir. Buna göre alacaklı diğerlerine olan haklarını saklı tutmadığı vakit, bütün borçluları borçtan kurtarmış olacaktır. Alacaklının hakkını saklı tutması halinde ise ibranın etkisi, TBK m. 166 f.3'tekine özdeştir, yani ibra lehtarları borçlunun iç ilişkideki hissesi kadar diğerleri de borçtan kurtulmuş olur (Bkz. Jacques Marie Boileux / M. F.-F., Poncelet **Commentaire Sur Le Code Civil**, Tome II Paris: Joubert Librairie Editeur, 1836, s. 673; Jean Baptiste Pailliet, **Manuel De Droit Français**, Paris: Le Normant, Librairie, 1837, s. 479).

⁹²³ Gautschi, **a.g.e.**, s. 24; Sbai, **a.g.e.**, s. 114; Deschenaux, **Partie II**, s. 133; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3718.

Aynı şekilde bkz. PECL Art. 10:108 (2) ve 11.1.6 (1) UNIDROIT Principles 2010 (Rouiller, **a.g.e.**, s. 61; Fontaine, **New Provisions**, s. 554; Art. 11.1.6 Comment 2, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 376).

⁹²⁴ Romy, **CoRo.**, Art. 147, N. 4; Chappuis, **Transaction**, s. 138; Gümüş, **Müteselsil Borçlulukta İbra**, s. 315; İyimaya, **a.g.e.**, s. 140. Bkz. Yarg. HGK. 16.6.2004 T., E. 2004/11-359, K. 2004/366: "Müteselsil borçlarda alacaklının borçlulardan biri ile ibra sözleşmesi yapması halinde diğer borçluların borcu kural olarak devam eder ancak bazı istisnai hallerde durumun özelliği veya borcun niteliği diğer borçluların da borçtan kurtulmalarını gerektirebilir." (www.kazanci.com)

⁹²⁵ Sbai, **a.g.e.**, s. 114; Romy, **CoRo.**, Art. 147, N.4; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 6; Béguelin, **FJS 872**, s. 2; Schwenger, **a.g.e.**, N. 88.26; Braconi / Carron / Scyboz, **a.g.e.**, s. 124.

818 Sayılı EBK döneminde böyle açık bir hüküm kanunda yer almamakta idi, dolayısıyla bir borçluyla yapılan ibra anlaşmasının diğer borçlulara bir etkisinin olup olmayacağı tartışma konusu yapılıyordu⁹²⁶, ⁹²⁷. Bir görüşe göre (*ibranın objektif etkisi görüşü*) bugünkü çözümlemede olduğu gibi ibra, bir borçluyu tamamen borçtan kurtardığında diğerleri bundan onun iç ilişkideki payı oranında kısmen yararlanabilmesi gerekirdi⁹²⁸. Görüş kabul edilecek olursa, ibranın diğer borçlular bakımından etkisi kendisini doğrudan dış ilişkide gösterdiğinden, rücu ilişkisi de meydana gelen yeni duruma göre şekillenecektir. Anılan görüş, EBK m. 145 f.2 (TBK m. 166 f.2) lafzından (Özel olarak borçtan kurtulma için “*nispette*” sözcüğünün kullanılmasından bu sonuca varılmaktadır, eğer böyle bir amaç olmasaydı “*takdirde*” sözcüğü kullanılırdı) hareket ederek bu sonuca ulaşmakta ve bu sonucun özellikle pratik sonuçları nedeniyle üstün tutulması kanaatine varmaktaydı. Ancak bu görüşün üç zayıf noktası bulunmaktadır. Birincisi sadece kanun lafzındaki bir kelimedenden yola çıkarak hareket edilmesinin ne kadar isabetli olacağı tartışılabilir⁹²⁹. İkincisi ise, alacaklı borçlular arasındaki iç ilişkiye tam olarak vakıf ve hâkim olamaz. Buna bağlı olarak borçlular tarafından çeşitli hileli tertipler düzenlenmesi riski bulunmaktadır. Son olarak, ibra sözleşmesi bir sözleşme ve tasarruf işlemi oluşturduğundan borçtan kısmen kurtulan diğer borçluların da bu konuda bir söz hakkı bulunmakta ve bundan da önemlisi tasarruf yetkilerine ihtiyaç vardır. Bu görüş, salt borçtan kurtarıcı işleme diğerlerinin de onay verdiği kabullenmesinden hareket etmekte, diğer duruma cevap verememektedir.

⁹²⁶ Konuyla ilgili olarak yapılan tartışmada, metnin devamında açıklayacağımız temel görüşlerin dışında iki görüş daha bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, ibranın objektif etkisi ile koşut sonuçlara EBK m. 146 f.2 (TBK m. 168 f.2) üzerinden ulaşmaktadır (Bu görüş için bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 320-321. Görüşün eleştirisi için bkz. Dağdelen, **a.g.e.**, s. 124). Yine başka bir görüş, objektif ve subjektif etki görüşlerini harmanlayarak eklektik yapıda bir yaklaşımda bulunmaktadır: Buna göre, teselsül kanundan doğduğunda objektif etki, sözleşmeden doğduğunda (veya yine kanundan doğup belirtilecek amacı taşıdığı) ise subjektif etki kabul edilmelidir. Zira birincisinde borçlular arasındaki yakın menfaat birliğini gözetilen bir teselsül kabullenmesi söz konusu iken, ikincisinde ise teselsül alacaklıya teminat sağlama amacıyla öngörülmektedir. Anılan görüşün yaptığı ince ayrımın dayandığı gerekçeler yerine görülebilir, ancak pratiğe geçirilmesi zorluk içerebilecektir (Bu görüş için bkz. Gümüş, **Müteselsil Borçlulukta İbra**, s. 320 vd.).

⁹²⁷ Doğrudan tartışmayı konu alan yansıtan bir makale için bkz. Gümüş, **Müteselsil Borçlulukta İbra**, s. 311 vd.

⁹²⁸ Rossel, **a.g.e.**, s. 215; Sbai, **a.g.e.**, s. 115; Tekinay, **Teselsül**, s. 57-58; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 302; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 179-181; Canbolat, **Sona Erme**, s. 74; Canyürek, **a.g.e.**, s. 51-53; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 125; Topkoru, **a.g.e.**, s. 101. Bkz. bu yönde Yargıtay Kararları: Yarg. 11. HD. 4.7.2005 T., E. 7088 / K. 7133; Yarg. 9. HD., 28.4.1994 T., E. 903 / K. 6557 (www.kazanci.com).

⁹²⁹ Bu yönde eleştiri için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 455, dn. 202.

Diğer bir görüşe (*ibranın sübjektif etkisi görüşü*) göre ise, aksi anlaşılmadıkça ibra ile borçtan kurtulan sadece bu anlaşmanın lehtarı olan müteselsil borçlu olmalıdır⁹³⁰. Diğer borçlular hiçbir suretle bu durumdan etkilenmemelidir. Zira alacaklı borçlular arasındaki iç ilişkiye müdahalede bulunamaz. Böyle olunca da alacaklı diğer borçlulardan yine borcun tamamını isteyebilir. Öte yandan EBK m. 144 (TBK m. 165) çerçevesinde, borçlulardan hiçbiri kendi kişisel davranışı ile diğerlerinin durumunu ağırlaştıramayacağı için, alacaklının ifa talebine karşılık borcu yerine getiren başka bir müteselsil borçlu, ibra edilmiş olan borçlu da dâhil olmak üzere, diğerlerine rücu talebinde bulunabilecektir. Diğer bir ifadeyle ibra edilen borçlu, rücu çerçevesinde iç ilişkideki payı oranında borcun nihai yüküne katlanmak durumunda kalacaktır⁹³¹. Ancak o da daha sonra alacaklıya başvurmak suretiyle, durumunu telafi edebilecektir⁹³². Borçlunun bu talebi, ibra tasarruf işleminin temelinde bulunan borçlandırıcı işleme dayanmaktadır. Dolayısıyla o, borca aykırı hareket ettiği gerekçesiyle, alacaklıya bir tazminat talebi yöneltebilir (TBK m. 112). Bu son görüş, hukuk tekniği bakımından daha doyurucu bir çözümleme yapmakla birlikte öngördüğü dolambaçlı yol da sadelik ve pratiklikten uzak bulunmaktadır. Esas itibarıyla bu yönüyle de, ilk görüşü savunan yazarlarca eleştiriye tabi tutulmuştur.

6098 Sayılı TBK ile getirilen düzenleme ise, tartışmalara bir son vermiş, belirttiğimiz üzere, sorunu ilk görüş çerçevesinde açık bir hüküm sevkiyle çözümlenmiştir⁹³³, ⁹³⁴. Ne var ki benzer tartışmaların yapılabileceği diğer hallerde açık

⁹³⁰ Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 800; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 854; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 340; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1052; Romy, **CoRo.**, Art. 147, N. 6; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3718; von Büren, **a.g.e.**, s.98; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 5; Hubert Bugnon, **L'action récursoire en matière de concours des responsabilités civiles**, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1982, s. 45; Béguelin, **FJS 872**, s. 2; Becker, **BerKom.**, Art. 147, N. 5; Koller, **a.g.e.**, s. 1234. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararları: BGE 33 II 140; BGE 34 II 499 ve Yargıtay Kararları: Yarg. HGK. 16.6.2004 T., E. 11-359 / K. 366; Yarg. 11. HD. , 10.7.2006 T., E. 8153 / K. 8250 (www.kazanci.com).

⁹³¹ Romy, **CoRo.**, Art. 147, N. 6; Engel, **Partie Générale**, s. 843.

⁹³² Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 8.

⁹³³ Aslında kanunun bu düzenlemesiyle, ilk bakışta ibra sözleşmesinin etkisinin bu şekilde dolaylı olarak genişletilmesinin, onun sözleşmesel mahiyetiyle çeliştiği söylenebilir. Zira normal şartlarda, alacak hakkından feragatin söz konusu olmayacağı, bunun sona erdirilmesinin ancak borçlunun rızasına ve iradesine de bağlı olacağı hakkında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Alacaklının alacak hakkından vazgeçme yönündeki iradesi bir ibra sözleşmesi icabından öteye geçemez. İbranın sözleşmesel olma özelliğinin altında kimsenin kendisine yapılan iyiliği kabul etme yükümü altında olmadığını vurgulanmasıdır. Bunun altında "*Beneficium acciupere, libertatem est vendere*" belitindeki Latince ifadesiyle "Yapılan iyiliği kabul etmek özgürlüğünden vazgeçmektir" düşüncesi bulunmaktadır. Nitekim bağışlamanın da bir sözleşme olması mesnedini aynı düşüncede bulur (Bu konuda benzer açıklamalar için bkz. Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, s. 226 dn. 247).

bir çözüm getirilmemiştir. Kanaatimizce burada getirilen kuralın, diğer bazı borcun sona ermesi sebepleri açısından da, kıyas yapılmak suretiyle, uygulanmasına engel teşkil eden bir durum bulunmamaktadır⁹³⁵. Yoksa aksi fikirle ibraya ilişkin bu hükmü bir istisna hükmü tahtında değerlendirmek, benzer durumlarda benzer çözümlere gidilmekten kaçınılmasına ve hatta çelişkili ve tereddütlü bir uygulamaya yol açacak, hukuk güvenliği sarsılmış olacaktır. Zira ibranın diğer benzer hallere nazaran özellik arz eden ayrıcalıklı bir konumu olduğu da söylenemez. Öte yandan böyle bir yaklaşımda, her bir sona erme sebebinin özellikleri dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır, herhalde otomatik bir uygulamadan bahsedilemez. Yoksa bu da, ortaya anlamsız sonuçlar çıkmasına yol açabilecektir. Tespitin yapılmasında titiz davranılmalıdır. Aşağıda müteselsil borçlulukta diğer borçtan kurtulma sebepleriyle ilgili devam eden açıklamalarımızda da bu merkezde tespitlerle hareket edeceğiz.

Son olarak ibrayla ilgili bir hususa daha değinilmekte fayda vardır. Alacaklının sadece bir müteselsil borçluyu ibra ettiği ve diğerlerinin de halin icabından dolayı tamamen veya TBK m. 166 f.3 uyarınca, onun payı oranında borçtan kurtuldukları bir olasılıkta, ibra edilen müteselsil borçlunun diğerlerine bununla ilgili bir ihbarda bulunması gerektiği söylenebilir⁹³⁶. Aksi takdirde, diğer borçlular durumdan

Ne var ki, burada müteselsil borçluluk özelinde kabul edilen kanuni sonuçta, doğrudan bir kural olarak ibranın diğer borçluları bu yönde iradeleri olup olmadığına bakılmaksızın borçtan kurtaracağı belirtilmektedir. Kuralın bu şekilde öngörülmesi, kanaatimizce teselsülün mahiyetindeki özellik gözetilerek açıklanabilir: Sonuçta ibranın sözleşmesel özelliği borçlunun bir borcun nihai yüküne katlanıp katlanmamak konusundaki iradesinde kendisini gösterir. Burada her ne kadar müteselsil borçlu, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olsa da, borcun nihai yüküne iç ilişkideki payı kadar katlanacaktır. Onun ödeme yapacağı üst değerde indirimle gidilmesi, bir başkasının nihai yükteki payı oranındadır. Dolayısıyla aslında taşıyacağı nihai yük açısından borçlunun durumuna müdahale edilmemesi, kuralda ibranın sözleşme olması prensibiyle çatışma olmadığını ortaya koyar.

⁹³⁴ Acar (**Müteselsil Borçluluk**, s. 12), TBK'nın ibra anlaşması bakımından aldığı bu tavrı eleştirmektedir. Yazara göre, temel bir kanunda kesin tutum alınması isabetli olmaz, böyle bir kanun gelişmelere uygun bir düzende kendini şekillendirebilecek ve menfaatler dengesine göre farklı yorumlama kapı aralayabilecek nitelikte olmalıdır.

Kırca (**Değişiklikler**, s. 669) ise, bu düzenlemenin alacaklıya bir dayatma içerdiğini, dolayısıyla isabetli olmadığını düşünmektedir. Yazarın bu düşüncesine tam olarak katılmıyoruz. Zira ilk görüş kabul edilseydi de her ihtimalde alacaklı, ibra ettiği borçlunun dışındaki borçlulardan borcun tamamı için talepte bulunsaydı da, tüm hesaplaşma zincirinin sonunda yine ibra ettiği borçlunun iç ilişkideki payı kadar tutardan mahrum olacaktır. Sonuçta müteselsil borçlular kendilerine yapılan tam talep için ibra edilen borçluya rücu haklarında hiçbir kayıp olmaksızın rücu edebilecek, haliyle ibra edilen borçlu da alacaklıya borca aykırılık talebinde bulunacaktır. Böyle olması da doğaldır, bu etkileşim zincirinin ilk halkası bizatihi alacaklının yaptığı hareket olmuştur.

Kırca, maddeye ilişkin eleştirisinin devamında ise, TBK m. 166 f.3'ün çokluk görüşüne aykırılık içerdiğini savunmuştur. Ancak doğrusunu söylemek gerekirse, bu maddenin çokluk görüşüne aykırılık içeren bir yanı bulunmamaktadır. Hatta tersine dar anlamda borçların birden çok olduğu fikrini destekleyici bir mahiyet taşımaktadır. Sonuçta bir borçlunun dar anlamda borcunun sona ermesi, onunla nispi bağımlı(sız) konumdaki bir diğerinin borcu da kısmen etkilenmektedir.

⁹³⁵ Aynı yönde bir faydalanmanın olabileceği görüşünde bkz. Acar, **Müteselsil Borçluluk**, s. 12.

⁹³⁶ Chappuis, **Transaction**, s. 150.

haberdar ol(a)mayacağı için alacaklıya eski borç tutarı üzerinden –sebepsiz zenginleşmeye yol açacak- bir ödeme yapabilirler. Böyle bir durum da borçluların durumunu ağırlaştırmak anlamına gelir (TBK m. 165). Dolayısıyla ibranın farkında olmadan ve olması da gerekmeden alacaklıya tam ifada bulunan müteselsil borçlu, hiç ibra yapılmamışçasına, ilgili müteselsil borçluya rücu talebinde bulunabilmelidir⁹³⁷.

Mevcut borca katılma bakımından ibra anlaşmasıyla borçtan kurtulma konusunda benzer açıklamalar yapılacaktır. Borca katılmada önem taşıyabilecek bir özellik, söz konusu işlemin belirgin kişisel teminat karakteri de nazara alındığında, borcun nihai yükünü iç ilişkide ilk borçlunun taşımasıdır⁹³⁸. Peki, iç ilişkide borcun nihai yüküne katlanması gereken borçlu ibra sözleşmesiyle borçtan kurtarılacak olursa, bunun bir etki farklılığı olur mu? Bu soruya hayır cevabını vermek uygun düşer. TBK m. 166'nın genel kuralı nazara alındığında bu sonuç açık olarak görülecektir. Bir müteselsil borçlunun borcun tamamı için borçtan kurtulması, diğer borçluyu onun iç ilişkideki payı oranında diğerini de borçtan kurtaracaktır. Sonuç olarak, ilk borçlu iç ilişkide bütün nihai yükü taşıdığına, borçtan kurtulması otomatik olarak borca katılanın da borçtan kurtulmasına yol verecektir. Diğer taraftan borca katılan aynı örnekte bu şekilde borçtan kurtulmuş olsaydı, iç ilişkideki yükü hiç taşımayacağından bu durumun ilk borçlu üzerinde herhangi bir değişikliğe yol açacağı söylenemezdi. O, borcun tamamından sorumlu olmaya devam edecektir⁹³⁹.

Bölünemeyen borçlulukta ise, ibranın etkisiyle ilgili olarak şu farklılıklar dile getirilmelidir. Bölünemeyen borçlulukta hem geniş anlamda hem de dar anlamda tek borç ilişkisi olduğu için, borçlular arasında daha sıkı bir bağlılık söz konusudur. Bu bağlılık borcun konusu ile ilgili tasarruflarda daha da belirginleşir. Birlikte borçlulardan sadece biri borç üzerinde tasarruf edemeyecektir, onun tek başına tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla ibra işlemi, sadece bütün borçluların

⁹³⁷ Chappuis, **Transaction**, s. 152.

⁹³⁸ Borca katılma bakımından, eğer taraflar arasında hiçbir kararlaştırma bulunmuyorsa, bu husus bir fiili karine olarak kabul edilebilecektir. Diğer taraftan, eğer borca katılan, ilk borçlunun karşı alacağına belirli bir oranda katılım gösteriyorsa, farklı bir değerlendirmenin yapılması ve borca katılanın iç ilişkideki nihai yükünün karşı alacağına katılma oranı olduğu yönünde bir fiili karinenin kabul edilmesi uygun olur.

⁹³⁹ İç ilişkide hiç yük taşımayan müteselsil borçlunun durumu bakımından konuya ilişkin benzer açıklamalar için bkz. Dağdelen, **a.g.e.**, s. 125.

katılımıyla gerçekleştiğinde sonuç doğurabilir. Ancak alacaklının sadece bir borçluya ibra anlaşması yaptığı ihtimalde, şu husus belki dile getirilebilir: İbra, diğer borçlular açısından ekonomik külfeti olmayan bir işlemdir, dolayısıyla onların da iradelerinin bu yönde olabileceği düşünülebilir⁹⁴⁰. Ancak bu kabul, adi bir fiili karineden ötesine gidemez. İbranın sözleşmesel karakteri, mutlaka borçlunun irade beyanında bulunmasını gerektirmektedir ve borçlu da ibrayı kabul etmeme lüksüne sahiptir. Diğer taraftan, geniş anlamda borç ilişkisi üzerinde tasarruf edilmesine ilişkin yetkinin de bölünebilir olduğu düşünülecek olursa, TBK m. 166 f.3'ün kıyasen uygulanması suretiyle şöyle bir çözüm geliştirilebilir: İbra edilen bölünemeyen borçlu, iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulur. Bunun diğer borçlulara doğrudan yansıtılması mümkün olmadığı için, onun diğer borçlulara bu oranda bir denkleştirme ödemesinde bulunması gerekecektir. Şayet bu ödeme yapılmayacak olursa, diğer borçlular onunla aralarındaki sözleşmesel ilişkiye dayanarak TBK m. 112'ye dayalı tazminat talebinde bulunabilirler.

Bu bahiste son olarak belki -ibrayla olan benzerliği gözetilmek suretiyle- bir noktaya daha değinilmesi yerinde olabilir. O da gerek müteselsil borçluluk ve borca katılma gerekse de bölünemeyen borçlulukta, alacaklının borçlulardan sadece biriyle yaptığı *pactum de non petendo* (alacağı talep etmeme) anlaşmasının diğerlerine bir etkisinin olup olmayacağıdır.

Hatırlanacağı üzere, *pactum de non petendo*, ibradan farklı olarak bir tasarruf işlemi olmayıp salt bir borçlandırıcı işlem oluşturur. Geçici ve sürekli özellik göstermesine göre *in tempus* ve *in perpetuum* olarak ikiye ayrılmaktadır⁹⁴¹. *Pactum de non petendo in tempus* söz konusu olduğunda alacaklı sadece belirli bir süre için talepte bulunmama taahhüdü altına girerken, *pactum de non petendo in perpetuum*'da bu taahhüt bir süre sınırlaması olmadan verilmiş olmaktadır⁹⁴². Yalnız bu anlaşmaların salt borçlandırıcı etkisi olmasının şöyle bir sonucu vardır: Alacak sona ermiş olmaz. Yani alacaklı borçluya karşı hala böyle bir talepte bulunabilir. Ne var ki borçlu da sözü edilen anlaşmayı ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir.

⁹⁴⁰ Gümüş (**Müteselsil Borçlulukta İbra**, s. 311), bu konuda sadece bir borçlunun ibra yoluyla borçtan kurtulmasının diğer borçlulara olduğu gibi sirayet edeceği görüşündedir. Yazar, diğer borçluların ibra anlaşması bakımından olumsuz iradelerinin bulunduğu olasılıkta sonuç farklılığının oluşabileceğini gündeme getirmemiştir.

⁹⁴¹ Bkz. Şahin Çil, "İş Hukukunda İbra Sözleşmesi", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 7, Sayı 3-2004, s. 1-29, s. 5.

⁹⁴² Çil, **a.g.e.**, s. 5.

Dolayısıyla ortada bir itirazın değil, bir defî hakkının bulunduğu bahsedilmelidir.

Peki, birlikte borçlulardan birinin alacaklıyla böyle bir anlaşma yapmasının, diğerlerine ibra bakımından olduğu gibi bir etkisi olabilir mi? Bu soruya kesin biçimde hayır cevabının verilmesi gerekir. Eğer borcun, *pactum de non petendo* anlaşmasına taraf olan borçlunun iç ilişkideki payı oranında diğerlerinden –geçici veya sürekli olarak- talep edilemez olduğu savunulursa, bir defî hakkına, hakkın sahibi olan anlaşma tarafı müteselsil borçlu bakımından yarattığı etkinin de ötesinde bir itiraz etkisi yüklenmiş olur ki bu hiçbir şekilde kabul edilemez. Yok, eğer böyle olmayıp diğer borçluların, ilk borçluya ait olan bu defîyi kısmi olarak ileri sürmesi kaydıyla bu etkinin sağlanacağı söyleniyorsa, bu da tereddütle karşılanmalıdır. Zira bu durumda da borçlulardan birinin kişisel defî, kısmen de olsa bir çeşit ortak defî katına çıkarılmış olur. Sonuç olarak burada borcun ibrayla sona ermesinin diğerlerine etkisine ilişkin TBK m. 166 f.3'ten kıyas yoluyla faydalanılması mümkün olamaz, zira ortada bir itiraz sebebi bulunmamaktadır.

b. Sorumsuzluk Anlaşması

Sorumsuzluk anlaşması, alacaklı ve borçlu arasında yapılan ve borca aykırılık halinde sorumluluğu sınırlayan bir anlaşmadır⁹⁴³. Kanunda öngörülen türü, sorumluluğu sadece kusur yönünden sınırlandırmaktadır. Oysa sorumsuzluk anlaşması sadece bu türden ibaret bulunmamaktadır. Sorumluluğun miktar olarak sınırlandırıldığı anlaşmalar da birer sorumsuzluk anlaşmasıdır⁹⁴⁴. Doktrinde bu türden sorumsuzluk anlaşmaları, (mutlak) götürü tazminat anlaşması olarak anılmaktadır. Götürü tazminat anlaşmaları da, bir sorumsuzluk anlaşması alt türü olarak kanunda getirilen sınırlamalara tabidir⁹⁴⁵.

Sorumsuzluk anlaşması, gelecekteki (varlığı kesin olmamakla birlikte gelecekte ortaya çıkması muhtemel olan) tazminat miktarı üzerinde önceden

⁹⁴³ Galip Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 6; Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011, s. 8.

⁹⁴⁴ Akman, **a.g.e.**, s. 25; Başalp, **a.g.e.**, s. 50-51; Kadir Berk Kapancı, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s. 655-683, s. 667.

⁹⁴⁵ Mutlak götürü tazminat anlaşması kavramı için bkz. Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 667-668; Gaspard Couchepin, “La forfaitisation du dommage”, **Semaine Judiciaire**, 2009, II, s. 1-30, s. 12.

tasarrufta bulunulmasına ilişkin bir hukukî işlemidir⁹⁴⁶. Dolayısıyla bu anlamda, alacak doğduktan sonra onun sona erdirilmesi için yapılan ibra anlaşmasıyla tazminat edimi özelinde benzerlik gösterir, diğer bir deyişle sorumsuzluk anlaşması öncelenmiş bir ibra anlaşmasıdır⁹⁴⁷, ⁹⁴⁸ (*antizipierte Erlass*). Tabii, bu anlaşma alacağın doğmasından önceki zamanda akdedildiği için, ancak bazı özel geçerlilik şartlarına uyularak yapılabilmesi mümkündür (TBK m. 115-116). Buna göre bir defa, borçlunun kendi hareketlerine ilişkin sorumluluğu, istisnai durumlar dışında ancak hafif kusur söz konusu olduğundan tamamen ortadan kaldırılabilecek veya sınırlandırılacaktır. Borçlunun ifa yardımcısının hareketlerinden sorumluluğu bakımından yapacağı sorumsuzluk anlaşmaları ise, istisnai durumlar dışında, her türlü kusur için yapılabilir. Her iki durumda bakımından da, kanunda anılan istisnai durumlarda anlaşma kesin hükümsüzdür⁹⁴⁹.

Müteselsil borçlulukta sorumsuzluk anlaşmasının bütün borçlular nezdinde veya sadece bir borçlu özelinde akdedilmesi mümkündür.

Bütün borçlular nezdinde yapılan bir sorumsuzluk anlaşması, her durumda bütün müteselsil borçlular açısından bir ortak savunma sebebi olarak ortaya çıkmayabilir. Bu noktada müteselsil borçluların borçlarının konusu önem kazanmaktadır. Eğer müteselsil olarak sözleşmesel bir borcun yerine getirilmesi kararlaştırılmışsa, zaten sorumsuzluk anlaşmasına konu olabilecek, borçluların her birinin kusurlu hareketlerinden meydana gelen borca aykırılık zararı, kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, bununla alakası olmayan diğer borçluların sorumluluk alanını etkilemez (Bkz. TBK m. 165). Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmasına dayanma gereği de gündeme gelmez. Bir tek, bütün borçluların ortak kusuruyla bir borca aykırılık meydana getirildiğinde, bütün borçlular bundan yine müteselsilen sorumlu olacaklarından, hepsi nezdinde akdedilen sorumsuzluk anlaşmasının bir ortak savunma olarak ileri sürülmesi mümkündür.

⁹⁴⁶ Akman, **a.g.e.**, s. 13; Ali Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, İstanbul: 1977, s. 90; Ali Erten, “Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Anlaşmaları”, **Prof. Dr. Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981, s.113-121, s. 115; Başalp, **a.g.e.**, s. 38.

⁹⁴⁷ Akman, **a.g.e.**, s. 14; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 272.

⁹⁴⁸ İbra ile sorumsuzluk anlaşmasının bu benzerliklerinin yanında temel farklılıkları, ibranın borcun sona ermesine ilişkin bir itiraz sebebi oluştururken, sorumsuzluk anlaşmasının borcun doğumuna ilişkin bir itiraz sebebi oluşturmasıdır (Bu yönde bkz. Akman, **a.g.e.**, s. 13; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 90; Başalp, **a.g.e.**, s. 72-73).

⁹⁴⁹ Bu konuda bkz. Başalp, **a.g.e.**, s. 451 vd.

Bunun yanında taraflar hem sözleşmesel bir edimin yerine getirilmesi, hem de sadece herhangi bir borçlunun kusuruyla yerine getirilmemesi halinde müteselsil borçluluk esasının uygulanacağını da istisnai olarak kabul edebilirler. Böyle bir kabul için buna işaret eden belirtilerin bulunması şarttır. Söz konusu durumda yakından bakılacak olursa, aslında iki ayrı müteselsil borç söz konusu bulunduğu gözlemlenir. Bu borçlardan birincisi asli edim yükümlülüğünü, ikincisi tali edim yükümlülüğünü ilgilendirmektedir. Akdedilen sorumsuzluk anlaşması, sadece tali tazminat ediminin içeriği bakımından etkili bir ortak savunma sebebi oluşturur.

Tüm bu açıklamalar ışığında, bütün borçlular nezdinde yapılan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından şu genel kabullenme yapılabilir: Sözleşmeden doğan müteselsil borçluluk bakımından üstlenilen edim bir zararın doğması halinde karşılanacak tazminat edimi olmadıkça sorumsuzluk anlaşması, kural olarak ortak bir savunma sebebi oluşturmaz.

Söz konusu zarara yol açan olgu sözleşmeye aykırılık olmayıp haksız fiil olduğunda da yine TBK m. 115–116 çerçevesinde bir sorumsuzluk anlaşması yapılmasına, kişilik hakkı ihlalleri (MK m. 23) dışında, bir engel yoktur⁹⁵⁰. Bu durumda sorumsuzluk anlaşması taraflar arasında bir yan anlaşma değil, tek başına bir işlem olarak var olur⁹⁵¹. Burada da, bir tazminat edimine ilişkin olarak müteselsil sorumluluk altına girildiğinden bütün borçlular nezdinde akdedilen sorumsuzluk anlaşması ortak bir savunma sebebi olarak işlev görecektir.

Diğer taraftan alacaklının müteselsil borçluluk oluştuktan sonra⁹⁵² müteselsil borçlulardan sadece yalnızca biri için sorumsuzluk anlaşması yapmayı kabul ettiği takdirde daha farklı değerlendirmelere gidilmesi gerekecektir. Bir defa, müteselsil borçluların bir zarar sonucunda (borca veya hukuka aykırılık) oluşacak tazminat

⁹⁵⁰ Bkz. bu yönde Akman, **a.g.e.**, s. 113.

⁹⁵¹ Hatır için yapılan iş görmelerde bu şekilde bir sorumsuzluk anlaşmasının taraflar arasındaki işlemin doğası gereği var olabileceği kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle zımni olarak bir sorumsuzluk anlaşmasının kararlaştırıldığı kabulü için işlemin hatır için yapılması yeterlidir (Bkz. Erten, **Teselsülde Sorumsuzluk Anlaşması**, s. 116).

⁹⁵² Böyle bir anlaşma, teselsülün oluşması aşamasında, en başlangıçta da yapılabilir. Böyle bir durumda etkisi de farklı olur (Böyle bir durumda anlaşmanın etkisine ilişkin olarak bkz. Erten, **Teselsülde Sorumsuzluk Anlaşması**, s. 118). Zira borçlulardan birinin kişisel savunması olarak baştan itibaren varlık göstereceğinden, diğerleri bundan hiçbir suretle etkilenmeyecekleri gibi, durumlarını ağırlaştırdığına ilişkin bir gerekçe de ileri süremezler. Sonuçta müteselsil borçluların borçlarının, dar anlamda borç ilişkilerinin çokluğu nazara alınacak olursa, farklı modalitelerle kurgulanmasına bir engel bulunmamaktadır (Bkz. yukarıda §1, III, C, 1, a).

ediminden başka bir edim yükümlülüğü altına girmeleri durumunda, oluşacak borca aykırılıktan sadece bunu meydana getiren borçlu sorumludur, diğerleri zaten etkilenmez. Bunun yanında bir de bizzat borca aykırı davranan borçlunun bir sorumsuzluk anlaşması avantajı bulunuyorsa, alacaklı ona karşı da talepte bulunamayacaktır.

Eğer müteselsil borçluların borçlarının konusu oluşacak zarardan ötürü yerine getirilmesi gereken tazminat edimi ise, bu durumda bir müteselsil borçluyla yapılan sorumsuzluk anlaşmasının, aynı bir borçlu lehine yapılan ibra anlaşmasına benzer şekilde ve TBK m. 166 f.3'ün kıyasen uygulanmasıyla, diğerlerini de lehine sonuç vereceği kabul edilmelidir. Buna göre sorumsuzluk anlaşması, şartları varsa, lehtar bulunan borçlunun iç ilişkideki payı oranında diğerlerini de gelecekte doğma ihtimali olan borçtan kurtarmış olur. Sonuçta sorumsuzluk anlaşmasının aslında öncelenmiş bir ibra anlaşması (*antzierte Erlass*) teşkil etmesi⁹⁵³ böyle bir uygulamaya evleviyetle haklılık kazandırmaktadır. Aksi takdirde açık hüküm olmaması nedeniyle farklı bir sonuca ulaşılması, tutarlı bir yapı oluşturmayacaktır.

c. Sulh Anlaşması

Sulh anlaşması (*Vergleich*), bir hukukî ilişki taraflarının aralarındaki uyuşmazlığı veya kuşku içeren bir durumu barışçıl şekilde karşılıklı fedakârlıkta bulunarak çözümlenmelerini konu alan atipik bir sözleşmedir⁹⁵⁴. Sulh anlaşması maddî hukuk bakımından borcu, usûl hukuku bakımından ise davayı sona erdiren bir hukukî işlem teşkil eder⁹⁵⁵.

Sulh anlaşmasının akdedilebilmesi için, sadece tarafların birbirine uygun irade açıklamaları yeterli değildir, bunun yanında zorunlu olarak bu sözleşmenin temelini oluşturacak bir hukukî ilişkiye de ihtiyaç bulunmaktadır. Bu yönüyle sulh, kendisine temel teşkil eden ilişkiye bağımlı bir sözleşme türü oluşturmaktadır⁹⁵⁶. Temel ilişki mutlaka bir borç ilişkisi olmak durumunda değildir, bundan başka aile ve miras

⁹⁵³ Bkz. Akman, **a.g.e.**, s. 14.

⁹⁵⁴ İlhan Ulsan, "Maddî Hukuk ve Usûl Hukuku Bakımından Sulh", **MHAD**, C. 5, Sayı 7, 1971, s. 149-166, s. 149; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 187; Canyürek, **a.g.e.**, s. 47; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 125.

⁹⁵⁵ Canyürek, **a.g.e.**, s. 47; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 125; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 187; Acar, **Alacaklılar Arasında Teselsül**, s. 261; Bigat, **a.g.e.**, s. 21; Canbolat, **Sona Erme**, s. 77.

⁹⁵⁶ Ulsan, **Sulh Anlaşması**, s. 150.

hukukuna özgü hukukî ilişkiler, hatta yenilik doğuran hakların kullanılması da sulh anlaşmasına konu teşkil edebilir⁹⁵⁷. İnceleme konumuz bakımından sulh anlaşmasına temel oluşturan hukukî ilişki, bir borç ilişkisidir.

İşte söz konusu temel ilişkide var olan çekişme ve şüphenin giderilmesi sulh anlaşmasının amacını oluşturur. Yalnız her türlü çekişme veya kuşku sulh anlaşmasının konusunu oluşturamaz, ilgili durumun hukukî alanda olması şarttır⁹⁵⁸. Örnek olarak fevkalade bir durum nedeniyle tarafların aralarındaki borçların yerine getirilmesi sekteye uğramış ve borçların ifası bakımından uyuşmazlık çıkmış olabilir. Ya da taraflar aralarındaki sözleşmenin geçerli biçimde hüküm doğurduğuna ilişkin şüphe içinde olabilirler. Sözü geçen örneklerin her birinde olguların hukukî yoldan çözümü gerekeceğinden, bunlar sulh anlaşması konusunu da oluşturabilecektir. Görüldüğü üzere sulh anlaşmasının konusu çeşitlilik gösterebilir⁹⁵⁹. Bu başlık altında ise, sadece borçtan kurtulmaya yönelik olarak yapılan sulh anlaşmalarının etkisi incelenecektir.

Borçtan kurtarıcı özellik taşıyan sulh anlaşmalarına ilişkin yapılacak açıklamalarda, ikili bir ayırım yapılması kaçınılmazdır. Şöyle ki henüz dava konusu yapılmamış bir uyuşmazlığın sulh anlaşması yoluyla çözülmesiyle dava konusu yapılmış bir uyuşmazlığın sulh anlaşmasıyla çözülmesinde varılacak sonuçlar farklılık gösterebilecektir. Zira kazai sulh olarak da adlandırılan ikinci türde sulh anlaşmasının sözleşme niteliğinin yanında davayı sona erdiren bir usûlî işlem niteliği de bulunmaktadır⁹⁶⁰.

Öncelikle hukukî ilişkide meydana gelen uyuşmazlığın dava konusu yapılmadığı bir olasılığı düşünelim ve maddî hukuk bakımından çözümlerimizi yapalım: Müteselsil borçluların hepsinin bir araya gelerek dava safhasından önce alacaklıyla sulh anlaşması akdetmeleri durumunda zaten herhangi bir soru işaretiyle karşılaşılmaz. Sulh anlaşması, bütün içeriğiyle birlikte tüm müteselsil borçluları etkiler. Müteselsil borç ilişkisinden doğan müteselsil borçlar, sulh anlaşılmasına öngörülen çözümlenmeye göre kısmen veya tamamen sona ererler.

⁹⁵⁷ Ulusan, **Sulh Anlaşması**, s. 151.

⁹⁵⁸ Ulusan, **Sulh Anlaşması**, s. 151.

⁹⁵⁹ Ulusan, **Sulh Anlaşması**, s. 151-152.

⁹⁶⁰ Ulusan, **Sulh Anlaşması**, s. 168.

Buna karşılık sulh anlaşması sadece müteselsil borçlulardan biriyle akdedilmişse, bu durumda anlaşmanın diğerlerine etki edip etmeyeceği, edecekse de ne oranda etkisinin olacağı da açıklığa kavuşturulmalıdır. Yalnız 818 Sayılı EBK zamanında iki kurumun yakın benzerliğine rağmen, ibra anlaşması bakımından yapmış olduğumuz açıklamalardan farklı olarak bu alanda doktrinde bir tartışma ve farklı türden yaklaşımlar bulunmamakta idi. Öyle ki ibra konusunda kısmi sona erme etkisine karşı tavır alan yazarlar, sulhle ilgili olarak tam da bu görüşü paylaşmakta bir sıkıntı duymamışlardır⁹⁶¹. Ortaya koyulan düşünce, EBK m. 145 f.2'nin (TBK m. 166 f.2) yorumlanmasıyla elde ediliyordu. 6098 Sayılı TBK'da ise, bu alandaki kabule, kıyas yoluyla pozitif dayanak içerebilecek yeni bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, ibraya ilişkin TBK m. 166 f.3 hükmü, bu alanda da sonuçların benzerlik taşımasıyla nedeniyle kıyasen uygulanabilir⁹⁶². Şöyle ki, alacaklı yalnızca borçlulardan biriyle müteselsil borca ilişkin uyuşmazlığı çözümlenmek yönünde bir anlaşmada bulunduğu, ilgili anlaşma borçtan kurtulma sonucunu içeriyorsa, ilgili borçlu kararlaştırılan oranda tamamen borçtan kurtulacak, diğer borçlular ise onun iç ilişkideki payı oranında durumdan etkilenecektir⁹⁶³. Hemen eklenmelidir ki, sulh anlaşması karşılıklı bir fedakârlıkta bulunmayı öngördüğünden, anlaşmayı yapan müteselsil borçlu ile alacaklı arasında borçlunun alacaklıya karşı yüklendiği bir başka borcu bulunuyor olabilir. Böyle bir durumda işbu yeni borç, sadece ilgili borçluyu ilgilendirir ve münferiden onun sorumluluğu dâhilinde bulunur. Yoksa diğer müteselsil borçluların, onun borçtan kurtulma sürecinden kısmen etkilenmiş olmaları, onun yüklendiği başka bir edim yükümlülüğüne de (kısmen) ortak

⁹⁶¹ Belki bu durum, sulhun uyuşmazlığı çözücü bir etkisinin bulunmasından ileri geldiği söylenebilir. Zira ibra anlaşması sadece borcu sona erdirir, bir uyuşmazlığı çözümlenme amacı bulunmamaktadır. Ancak yine de şüphe duyulması gerektiğini düşünüyoruz. Zira yazarlar, konuya ilişkin özel bir gerekçelendirmede bulunmamaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda §2, IV, A, 3, a).

⁹⁶² PECL Art. 10:108 (1) ve Art. 11.1.6 (1) UNIDROIT Principles 2010'da aynı sonuç ibra bakımından olduğu gibi, sulh bakımından da kabul edilmektedir (Rouiller, **a.g.e.**, s. 60-61; Fontaine, **New Provisions**, s. 554). Dolayısıyla bu çalışmalar bakımından varılan sonuçların da düşüncemizi desteklediği söylenebilir.

⁹⁶³ Canbolat, **Sona Erme**, s. 78.

Dağdelen de (**a.g.e.**, s. 126), diğer borçluların borçtan kurtulmasının en az bu pay oranınca olacağını ifade etmektedir. Yazara göre, bundan başka şayet alacaklı ilk duruma göre daha yüksek değerli bir menfaati elde ediyorsa, bu durumda diğer borçlular bu değer oranında borçtan kurtulmalıdır. Yazar, benzer yöndeki bir Yargıtay kararından ilham almaktadır (Bkz. Yarg. 21. HD., 27.10.2009 T., E. 12240 / K. 12747 (www.kazanci.com)).

Yazarın bu yorumuna tam olarak katılmıyoruz. Zira bir defa bu sonuç TBK m. 166 f.3'ün kıyasen uygulanması suretiyle varılabilecek bir sonuç olamaz. Yazar, aynı yaklaşımı, ivazlı bir ibra sözleşmesi bakımından dile getirmemektedir. Hal böyle olunca, birbirine daha benzer iki durum arasında çelişki yaratılmış olabilir. Bunun da ötesinde, böyle bir düşünce "*Kimse kendisine yapılan bağışlamayı kabul etmek zorunda değildir,*" prensibi ile çelişki göstermektedir. Zira yukarıda ibra bakımından açıkladığımız üzere, TBK m. 166 f.3'ün getirdiği kural, özünde bu prensiple çelişki göstermez, zira yarattığı sonucun borçlunun nihai yükü üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

olacakları anlamına gelmez⁹⁶⁴. Diğer taraftan sulh anlaşması kapsamında alacaklının elde ettiği karşı edim, ilk planda borçlanılan (müteselsil) borçtan daha az bile olsa, bu durum müteselsil borçluların (borçtan tamamen kurtulan) ilgili müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı kadar borçtan kurtulacakları hususu bakımından bir değişiklik meydana getirmeyecektir⁹⁶⁵.

İkinci durumda, eğer sulh anlaşması, uyuşmazlık dava konusu haline getirildikten sonra yapıldıysa, daha farklı değerlendirmelerin yapılması gerekebilir. Usûl hukuku anlamında böyle bir sulh anlaşması, davayı sona erdirir⁹⁶⁶. Alacaklı tarafından bütün borçlulara karşı dava açıldığında ve bütün borçlularla bu şekilde sulh anlaşması yapıldığında, zaten bir sorun bulunmamaktadır. Dava bütün borçlular açısından sona ermiş olur. Ancak sadece bir müteselsil borçluya karşı dava açıldığında yapılan (borçtan kurtarıcı etkili) sulh anlaşmasının diğerlerini usûl hukuku anlamında nasıl etkileyeceğinin tartışmaya açılması gereklidir. Sulh anlaşmasının tarafını oluşturan davalı borçlu bakımından davanın mahkeme kararı dışında sona ereceği aşikârdır, ayrıca kesin hüküm gibi sonuç doğurduğu kabul edilir⁹⁶⁷ (HMK m. 315 f.1). Alacaklı diğer borçlulara dava açmak istediğinde ise, davanın sulh ile sona erdirildiğine ilişkin mahkeme kararı diğerleri açısından bir kesin hüküm oluşturmaz. Zira onlar zaten ilk davanın tarafı konumunda değildir. Borçlular, kendilerine karşı açılacak davada sadece, tıpkı uyuşmazlık öncesinde yapılan sulh anlaşması sonucunda kabul edildiği gibi, maddî hukuk bakımından borcun kısmen sona ermiş olduğunu ileri sürebilirler.

Borca katılma bakımından, yapılacak açıklamalar farklılık göstermez.

⁹⁶⁴ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 126.

818 sayılı EBK döneminde bu yönde görüş bildiren diğer yazarlar: Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 6; Becker, **BerKom.**, Art. 147, N. 7; Fick, **Commentaire CO**, Art. 147, N.7; Sbai, **a.g.e.**, s. 128; Gadmer, **a.g.e.**, s. 62; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 306; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 188; Canyürek, **a.g.e.**, s. 47; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 456; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1052; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 801; İyimaya, **a.g.e.**, s. 140.

⁹⁶⁵ Nitekim Art. 11.1.6 Comment 2, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 375'te de, bu düşüncemizi destekler şekilde, sulh anlaşması kapsamında alacaklının elde ettiği edimin değeri ilgili müteselsil borçlunun hissesinden az olduğu durumda bile, diğer borçluların onun hissesi kadar borçtan kurtulacaklarına vurgu yapılmaktadır (Ayrıca bu konuda bkz. Fontaine, **New Provisions**, s. 554). Kanaatimizce, müteselsil borçluların artık borçtan tamamen kurtulan borçluya rücu edemeyecekleri (Bu konu da aynı düzenlemede 11.1.6 (2)'de açık olarak hükme bağlanmaktadır) nazara alınacak olursa, bu isabetli bir çözüm oluşturmaktadır.

⁹⁶⁶ Pekcantez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 699.

⁹⁶⁷ Pekcantez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 699.

Bölünemeyen borçluluk bakımından ise, hem geniş anlamda hem de dar anlamda tek borç ilişkisi olduğu için, borçlular arasında daha sıkı bir bağlılık söz konusudur. Bu bağlılık borcun konusu ile ilgili tasarruflarda daha da belirginleşir. Dolayısıyla bölünemeyen borçlulukta borçlulardan sadece biri tek başına tasarruf yetkisi bulunmadığı için borç üzerinde tasarruf edemez. Nitekim borcu ilgilendiren bir sulh anlaşması, aynen ibra bakımından olduğu üzere, sadece bütün borçluların katılımıyla gerçekleştiğinde sonuç doğurabilir. Alacaklının diğerlerini de borçtan kurtarma yönünde irade taşıması, ancak onlar da istediğinde bir sonuç doğurabilir. Bununla birlikte söz konusu tasarruf yetkisinin bölünebilir olduğunun düşünülmesi, borcun kısmi olarak sona erdirilebilmesine imkân verir. Yalnız böyle bir durumda da, edimin kendisi azaltılmaya elverişli olmadığından, iç ilişkideki payı oranında diğer borçlulara bir denkleştirmede bulunması şarttır. Burada da aslında, müteselsil borçlulukla ilgili TBK m. 166 f.3 hükmünden yine kıyas yoluyla faydalanılmış bulunmaktadır. Ne var ki temel farklılık, ulaşılan çözümün bölünemeyen borçluluk yapısının özelliklerine adapte edilmesidir. Yoksa TBK m. 166 f.3'te sonuç sona erme şeklinde bir itiraz sebebi olarak kendiliğinden belirmektedir.

d. Konkordato

Konkordato, mali durumu iyi olmayan bir borçlunun menfaatine hizmet eden bir müessesedir. Bir borçlu, mali durumu kötüyken borçlarının tamamını ödemek zorunda bırakılırsa, bu konuda başarılı olamayacağı ve daha da kötü bir duruma sürükleneceği sonucu olasıdır. Diğer taraftan bu durum alacaklılar bakımından da hiç elverişli değildir, zira onların arasında da en hızlı davranıp borçlunun mallarını haczettirme şansı elde edenler alacak haklarını elde edecek, diğerleri ise olumsuz duruma bütünüyle katlanmak zorunda kalacaktır⁹⁶⁸.

İşte borçlunun böyle bir durumda bütün alacaklılarla bir araya gelerek onların alacak haklarından bir ölçüde vazgeçmelerini sağlaması, konkordato ile mümkün olur. Bu sayede borçlu, borçlarının yeni ve azalmış tutarlarını ödeyerek borçlarından kurtulma şansını elde eder. Bazı durumlarda da konkordato, borçlunun borçlarının bir kısmından kurtulması yoluyla değil, borçluya yeni bir vade tanınması ve borcunun taksitlere bölünmesiyle gerçekleştirilir. İlk durumda, tenzilat

⁹⁶⁸ Canyürek, **a.g.e.**, s. 53-54; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 127.

konkordatosundan söz edilirken, ikinci durumda vade konkordatosundan söz edilir. Dolayısıyla teknik bir tanım vermek gerekirse, tenzilat konkordatosu bir borçlunun alacaklılarının üçte iki çoğunluğuyla yapılan ve imtiyazsız alacaklıların haklarından bir oranda vazgeçtikleri, ticaret mahkemesinin bunu tasdik eden hükmü ile sonuç doğuran zorunlu bir ibra anlaşmasıdır⁹⁶⁹ (Bkz. İİK m. 285, 286). Vade konkordatosu ise, yine borçlunun alacaklılarının üçte iki çoğunluğuyla yaptığı anlaşma neticesinde borçlarının yeni vadelere bağlanıp, taksitlendirildiği ve ticaret mahkemesinin bunu tasdik eden hükmü ile sonuç doğuran zorunlu bir tecil anlaşmasıdır. Belirtilen iki türde konkordatonun özelliklerini kısmen taşıyan karma bir konkordatonun yapılması da mümkündür⁹⁷⁰. İİK çerçevesinde ise, yalnızca tenzilat konkordatosuna ilişkin hükümler bulunmaktadır, temel alınan konkordato türü budur.

Yukarıda bahsedilen ve İİK çerçevesinde söz konusu olacak resmî konkordato dışında, borçlular tamamen iradelerine dayalı olarak alacaklılarıyla bir araya gelerek Borçlar hukuku çerçevesinde bir konkordato anlaşması da akdedebilirler. Yalnız, bu türde konkordato tamamen taraf iradesine bağlı olarak hüküm ve sonuçlar doğurur. Resmî konkordatonun aksine, resmî organların (İcra dairesi, İcra Mahkemesi, Ticaret Mahkemesi) söz konusu konkordato bakımından bir etkisi olmadığı gibi, hukukî niteliği itibarıyla bünyesinde herhangi bir zorlayıcılık unsurunu da barındırmamaktadır. İİK hükümleri, bu türde konkordatolarda uygulanmaz.

Konkordatonun özünde bir ibra veya tecil anlaşmasını içermesi, konuya bu perspektiften yaklaşma gereğini ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, borçlar hukuku kapsamında kalan tenzilat konkordatosu anlaşmaları bakımından TBK m. 166 f.3 doğrudan uygulama alanı bulabilir. Tecil anlaşması ise, borçlunun daha sonradan kendi durumunu alacaklıyla anlaşarak iyileştirmesidir, sonuçta vade tarihi daha ileri bir zamana ötelenmektedir. TBK m. 165 kapsamında diğer borçlular bundan olumsuz olarak etkilenmezler⁹⁷¹. Son olarak resmî konkordato, kendi özel durumu içinde değerlendirilmelidir. Bu konuya aşağıda açıklık getirilecektir.

⁹⁶⁹ Sbai, **a.g.e.**, s. 117.

⁹⁷⁰ Canyürek, **a.g.e.**, s. 54.

⁹⁷¹ Şöyle ki, sonucu daha açmak gerekecek olursa, yapılan tecil anlaşması, sadece alacaklı ve ilgili müteselsil borçlu arasında etki doğuracaktır. Dolayısıyla alacaklı, söz konusu müteselsil borçludan vade geldiğinde talepte bulunamaz, çünkü o tecil anlaşması uyarınca kişisel bir savunma sebebinden faydalanabilir. Böyle olunca alacaklı diğer borçlulardan talepte bulunacak ve alacağını tahsil edecektir. İşte bu aşamada halefiyete dayalı genel rücu yoluyla kendisine başvuruda bulunulan borçlu, alacaklıya karşı olan vade savunmasını ifade bulunan ve alacaklı yerine geçen müteselsil borçluya

Müteselsil borçlulardan birinin resmî (tenzilât) konkordato anlaşması yapması durumunda, bunun diğer borçlulara etkisi İİK m. 295'te açıklanmaktadır. Buna göre, şayet alacaklı konkordatoya muvafakat göstermemişse, diğer borçlulara karşı sahip olduğu hakları korunur, alacağının tam tutarı üzerinden onlardan talepte bulunabilir. Buna karşılık, konkordatoya muvafakat göstermesi durumunda ancak belirli şartları yerine getirmek suretiyle ilk olasılıktaki gibi alacağının tam tutarı üzerinden talepleri sürebilir. Bu şartlar, alacaklının konkordato uyarınca sahip olduğu hakları diğer borçlulara devretmeyi teklif etmiş ve alacaklılar toplantısının yer ve tarihini en az 10 gün önce borçlulara bildirmiş olmasıdır. Böyle bir durumda diğer borçlular teklifi kabul etmezlerse, yine alacağın üst tutarı üzerinden, konkordatonun herhangi dolaylı etkisi olmaksızın sorumlu olmaya devam ederler⁹⁷². Alacaklının bu şartlara uymaması halinde ise, alacak diğer borçlulardan ancak konkordato yüzdesi kadar istenebilecektir. Böylece konkordato, dolaylı olarak bütün borçluları da lehtar olan müteselsil borçlu ile aynı oranda borçtan kurtarmış olacaktır⁹⁷³. Söz konusu düzenleme, TBK m. 166 f.3 ile karşılaştırıldığında şu fark rahatlıkla görülebilir: TBK m. 166 f.3 hükmü, ilk borçlunun borçtan kurtulması sonucunu diğerlerine kısmi olarak yansıtmaktadır. Oysa İİK m. 295 onun daha da ötesine geçmekte, kişisel bir sonucu belirli şartlar dâhilinde bütün borçlular açısından ortak bir sonuç haline getirmektedir⁹⁷⁴. Son tahlilde, alacaklı bu olumsuz duruma kendi savsaklaması nedeniyle düşmüş olur. Öte yandan bu savsaklama, aslında dolaylı yoldan diğer borçlulara da zarar verecektir. Zira onlar konkordato neticesinde alacaklıya ödemede bulunduktan sonra, konkordato lehtar borçluya rücu şanslarını kısmen yitirmiş olurlar⁹⁷⁵.

Değinilmesi gereken bir başka mesele de, konkordatonun İİK m. 308 uyarınca feshi halinde, bunun ilgili borçlu ve diğer borçlular bakımından ne gibi sonuçlarının olacağıdır. Borçlu, konkordato şartlarını yerine getirmediğinde, konkordatonun feshi sonucu ortaya çıkabilir. Bu durumda konkordatoya taraf olan borçlu bakımından kısmen ortadan kalkma sonucu bertaraf edileceğinden, borçlu borcun tamamından sorumlu olur. Yalnız diğer borçluların durumu bakımından konu tartışmalıdır. Bir

karşı yapamayacaktır. Yani rücu için yeni vade tarihinin beklenmesi gerektiği, talepte bulunan borçluya karşı ileri sürülemez, TBK m. 165 buna engel oluşturur.

⁹⁷² Bigat, **a.g.e.**, s. 27.

⁹⁷³ Canyürek, **a.g.e.**, s. 55-56.

⁹⁷⁴ Dağdelen (**a.g.e.**, s. 129), iki hükmün birlikte uygulanması gerektiğine işaret eder. Buna göre İİK m. 295'te ifade edilen sonuçlar TBK m. 166 f.3 çerçevesinde etkili olabilecektir.

⁹⁷⁵ Canyürek, **a.g.e.**, s. 57.

görüş, diğer borçluların söz konusu durumdan etkilenmeyeceklerini, borçtan kısmen kurtulma sonucunun devam edeceğini ileri sürmektedir⁹⁷⁶. Buna karşılık ikinci bir görüş, konkordatonun feshiyle sadece ilgili borçlunun değil, diğer borçluların da durumlarının bundan etkileneceğini, borcun kısmen sona ermesi sonucunun ortadan kalkacağını savunmaktadır⁹⁷⁷.

Borca katılma bakımından da konkordatonun akdedilmesiyle, benzer etkilerin doğacağı söylenebilir. Sonuçta borca katılma sonradan meydana gelen bir müteselsil borçluluktur.

Bölünemeyen borçluluk söz konusu olduğunda ise, konkordatonun etkisine ilişkin olarak İİK’da bir açıklık bulunmamaktadır. Yalnız şu nokta belki konu bakımından belirleyici olabilir: Sonuçta konkordatoda borçlu, borçlarının belirli bir kısmını yerine getirmektedir. Bölünemeyen borçlulukta ise, edimin niteliği kısmen borçtan kurtulma olgusunun gerçekleşmesine elverişli değildir. Dolayısıyla tenzilat

⁹⁷⁶ Tekinay, **Teselsül**, s. 65; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 132.

Söz konusu görüşün temelinde konkordatonun feshinin sadece ilgili borçluyu etkileyeceği, diğer borçluların ise soyut olarak salt konkordatonun yapılması ve ilgili şartların gerçekleşmesine bağlı olarak borçtan kurtuldukları düşüncesi bulunmaktadır (Bkz. Tekinay, **Teselsül**, s. 65).

Dağdelen (**a.g.e.**, s. 132), TBK m. 165 (EBK m. 144) çerçevesinde geniş bir yorumla durumu ayrıca değerlendirmekte, diğer müteselsil borçluların borçtan kurtulma sonucunun değişmeyeceğini ifade etmektedir. Buna göre, borçluların birbirlerinin durumunu ağırlaştıramaması kuralı, sadece başlangıçta var olan durumun değişmemesi şeklinde de değil, bunu da kapsayacak ve daha geniş olacak şekilde bir borçlunun teselsülün devamı sırasında diğerleri bakımından meydana getirdiği olumlu bir etkiyi bertaraf etmemesini de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Yazarın gerekçe olarak kullandığı TBK m. 165’in lafzı ve amacı kanaatimizce böyle bir yorum yapılmasına izin vermemektedir. Şöyle ki, söz konusu madde, borçluların teselsül ilişkisine girdikleri an bakımından konuyu ele almaktadır. Bir kimsenin kendi davranışı ile diğerleri açısından olumlu bir sonuç meydana getirmesi ve daha sonra bu sonucun ortadan kalkması ise, mezkûr başlangıç anı bakımından olumsuz bir etki yaratmamaktadır.

Öte yandan şayet Dağdelen’in ileri sürdüğü şekilde TBK m. 165 geniş yorumlanacak olursa, sadece “resmî konkordato” bakımından değil, başta “özel konkordato” olmak üzere, ibra, sulh vb. bir borçlunun yaptığı işlem neticesinde diğerleri bakımından kısmen kurtulmanın gerçekleştiği bütün işlemler bakımından aynı sonucun kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla, eğer alacaklı borçluyu ibra ettikten sonra, ibra tasarruf işleminin temelinde yatan borçlandırıcı işlem duruma göre şartların oluşmasıyla sona erdirilecek olursa, işlemin lehdarı bakımından ortadan kalkan borçtan kurtulma sonucunun, diğer borçlular bakımından hala geçerli olduğunun da savunulması gerekir. Ancak bu durum, ortadan kaldırılan borçlandırıcı işlemin tarafı olan müteselsil borçluyu değil, alacaklının kendisini daha güç bir durumda bırakmış olacaktır. Bir örnekle somutlaştıralım: A’ya karşı B1, B2 ve B3 3.000 TL için, iç ilişkide eşit paylarla olmak üzere, müteselsil borçlu olsun. A, B1’i ibra etsin. Bu durumda B2 ve B3’ün dolaylı olarak etkilenmeleri neticesinde ödemekle yükümlü oldukları borç miktarı 2.000 TL’ye düşecektir. Daha sonra A’nın ibraya temel teşkil eden işlemi sona erdirmesi neticesinde ibranın etkisi ortadan kalksın. Söz konusu görüş kabul edilecek olursa yeni durumda B1 3000 TL, B2 ve B3 ise 2000 TL ile sorumlu olacaktır. Bu durumda A, alacağını tamamını sadece B1’den talep edebilecektir. Son durumda müteselsil borçluluk sadece 2.000 TL için olacaktır. Bunun dışında B1 bireysel olarak fazladan 1.000 TL için daha sorumludur.

⁹⁷⁷ Bakı Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, C. IV, 3. Bası, İstanbul: Alfa, 1997, s. 3810; Eyüp Sabri Erman, “Konkordatonun Müşterek ve Müteselsil Borçlulara ve Kefillere Etkisi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 60, Sayı 1, s. 3-11, s. 5-6.

konkordatosunun bölünemez borç bakımından uygulanabilmesi tereddüt konusudur. Alacağın konkordatoya elverişli olabilmesi için içerik değiştirmesi konusunda anlaşma olduğu bir ihtimalde de, şayet taraflar özel bir kararlaştırmada bulunmadıysa, kanundan kaynaklanan bir istisna da bulunmuyorsa, birlikte borçluluk türü, kısmi borçluluğa dönüşecektir. Kısmi borçlulukta ise, borçlular birbirlerinden bağımsız olarak değerlendirileceği için müteselsil borçlulukta değinilen sorunlar gündeme gelmez. Zira kısmi borçlu, alacaklıya karşı borcun sorumluluğunu taşıdığı kendi payından kısmen kurtulduğunda, bunun diğerlerine bir etkisi olmaz.

e. Teselsülün Bağının Kaldırılması

Borçlular arasında var olan teselsül ilişkisi, alacaklı ile yapılan anlaşma ile kaldırılabilir ve birlikte borçluluk türü değiştirilebilir⁹⁷⁸. Olağan bir kurguda alacaklı ve bütün müteselsil borçluların bu yöndeki bir anlaşması, başka herhangi bir açıklık olmadığı takdirde, birlikte borçluluk ilişkisini kısmi borçluluğa dönüştürür. Bunun dışında taraflar isterlerse borçluluk türünü elbirliği borçluluğu, kümülatif borçluluk vs. gibi başka bir birlikte borçluluğa da dönüştürebilirler, buna herhangi bir engel yoktur.

Teselsül bağının kaldırılması, alacaklının alacağından vazgeçtiği anlamına gelmez, alacaklı salt olarak teselsülün kendine sağladığı teminat avantajından vazgeçmiş olur⁹⁷⁹.

Birlikte borçluluk türü müteselsil borçluluktan kısmi borçluluğa dönüştürüldüğünde, alacaklı borçluların her birine alacağının tamamı için başvuruda bulunamaz⁹⁸⁰. Her bir borçlunun sorumlu olduğu tutar, onun iç ilişkide sorumlu olduğu borç miktarıdır. Bununla birlikte alacaklı bu iç ilişkiden haberdar değilse, TBK m. 167 f.1'deki karine uyarınca her bir borçluya eşit borç yükleri için talepte bulunabilir. Borçluların iç ilişkisinin farklı şekilde tasarlandığını ortaya koymaları onun açısından bir anlam ifade etmez. Onun bu paylaşımına riayet etmesini gerektirecek tek durum, teselsül bağı kaldırılırken durumdan haberdar olmasıdır.

⁹⁷⁸ Hoai, **a.g.e.**, s. 45; Moreau, **a.g.e.**, s. 124; Sbai, **a.g.e.**, s. 156.

⁹⁷⁹ Moreau, **a.g.e.**, s. 124.

⁹⁸⁰ Hoai, **a.g.e.**, s. 45; Plissonneau-Duquêne, **a.g.e.**, s. 163.

Alacaklı bir borçlu ile anlaşarak borçluluk türünü değiştirmek istediğinde bunun birlikte borçluluk ilişkisine nasıl bir etkisinin olacağı da düşünülmelidir. Böyle bir durumda, alacaklı sadece bir borçludan kısmi olarak talepte bulunmayı onunla yaptığı anlaşma çerçevesinde kabul etmekte ve onun teselsül bağının dışına çıkarmaktadır⁹⁸¹. Diğer müteselsil borçluların borçtan sorumlulukları da bu durumdan etkilenecektir. Nitekim burada da yine kıyas yoluyla uygulama alanı bulacak olan hüküm TBK m. 166 f.3 hükmüdür⁹⁸². Bir örnekle somutlaştıralım. A karşısında B1, B2 ve B3 3000 TL için –iç ilişkide eşit paylarla- müteselsil olarak borçlu olsunlar. A, B1’le teselsülün kaldırılması hakkında bir anlaşma yaptığında, B1 sadece 1000 TL’yi ödemekle borcundan kurtulabilecektir. B2 ve B3 ise bu durumda teselsül bağı dışına çıkan B1’in iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulmuş olurlar. Dolayısıyla onların müteselsil olarak sorumlu oldukları borç değeri de son tahlilde 2000 TL olacaktır.

Borca katılma bakımından da aynı açıklamalar geçerlidir. Buna karşılık bölünemeyen borçluluk bakımından bu şekilde bir operasyonun aynı surette gerçekleşmesi mümkün olmaz. Bu durum alacaklı gerek birlikte borçluların tümüyle gerekse de aralarından biri ve birkaçı ile anlaşma yapmak istediğinde söz konusu olur. Bir defa bütün borçlularla anlaşma yapıldığı vakit, borcun konusu bakımından da bir değişiklik yapılması gerekir. İlk durumdaki bölünemez borcun konusu ister istemez bölünebilir bir edimle (çoğunlukla para edimi) değiştirilecektir. Diğer taraftan alacaklı sadece bir borçluya bu konuda anlaşmak istediğinde de aynı durum vakidir. Zira ilk plandaki borcun konusu kısmen azaltılamamaktadır. Normal şartlarda böyle bir durumun gerçekleşmesi daha düşük bir olasılıktır. Yine de böyle bir durum söz konusu olduğunda, hemen bunun hiçbir suretle gerçekleşmeyeceğine dair bir tutum sergilenmesi gereği bulunmamaktadır. Bölünemeyen borçlulukta, sadece bir borçlu bakımından böyle bir tür değişikliği yapılması istenildiğinde, ilgili borçlu, iç ilişkide taşıyacağı nihai borç yükünün –objektif olarak takdir edilecek- parasal değerini diğerlerine ifa ederek alacaklıya karşı sadece kendi nihai borç yükü için sorumlu olmayı seçebilir. Yalnız şayet bölünemez borcun konusu mutlak olarak bütün borçluların katılımı ile ifa edilebiliyorsa, bu durumda alacaklının sadece bir birlikte borçluya bu şekilde bir anlaşma yapması, diğerleri açısından borcun ifasını

⁹⁸¹ Hoai, **a.g.e.**, s. 48; Sbai, **a.g.e.**, s. 157; Moreau, **a.g.e.**, s. 125; Plissonneau-Duquêne, **a.g.e.**, s. 167.

⁹⁸² Fr. MK m. 1210’da da benzer yönde bir çözüm açık olarak benimsenmiştir (Bkz. Hoai, **a.g.e.**, s. 48; Moreau, **a.g.e.**, s. 125).

sorumlu olmadıkları şekilde imkânsız hale getirir ve onların tamamen borçtan kurtulmalarını sağlar.

f. Tecdit (Yenileme) Anlaşması

Tecdit (*novatio*) ile taraflar var olan bir borcu sona erdirerek yeni bir borcun meydana getirilmesi konusunda bir anlaşmaya varırlar⁹⁸³. Dar anlamda borç ilişkisi tecdit konusu olabileceği gibi (örneğin borcun kendisi, konusu veya tabi olduğu hükümler), geniş anlamda borç ilişkisi⁹⁸⁴ (örneğin borç ilişkisinin sebebi, tarafları⁹⁸⁵ veya türü) de tecdit anlaşmasının konusunu oluşturabilir⁹⁸⁶,⁹⁸⁷. Tecdit anlaşmasının bunlardan hangisine ilişkin olduğu taraf iradelerinin yorumuyla ortaya çıkarılır⁹⁸⁸.

Tecdit anlaşmasının vücuda getirilmesinde işlemi tecdit etme niyetinin (*animus novandi*) açıkça anlaşılabilir olması gerekir, kanun bunu özel olarak şart koştur⁹⁸⁹. Bunun sebebi tecditin istisnai şekilde borcu sona erdirmesi yerine yeni borç oluşturmaktır. Aksi takdirde tarafların bir sözleşme değişikliğine gittikleri sonucuna varılabilir. Bu son durum ise, tecdite göre daha olağan bir sonuç oluşturur, etkisi yalındır.

⁹⁸³ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 579; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 989; Engel, **Partie Générale**, s. 768; Deschenaux, **Partie II**, s. 78.

⁹⁸⁴ Bu durumda geniş anlamda borç ilişkisi tamamen ortadan kaldırılmakta, yerini başka bir geniş anlamda borç ilişkisi almaktadır. Örneğin mevcut bir kira sözleşmesi sona erdirilmekte, yerine başka bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Yeni sözleşme bir başka aynı türden kira sözleşmesi veya bu sözleşmenin bir başka alt türü olabileceği gibi satış sözleşmesi gibi bambaşka bir sözleşme de olabilir. Bu durumda, ilk ilişkinin sona ermesinin etkisi ikale sözleşmesi sonucundaki etkiye benzemektedir. Sonuçta ilk ilişki içerdiği tüm haklar ve borçlar ve diğer türden yetkilerle sona ermekte, yerine yepyeni bir ilişki kurulmaktadır.

⁹⁸⁵ Bu durumun alacağın temlik ve borcun nakliyle oluşan hukukî durumdan ayırt edilmesi gerekir. Alacağın temlikinde borcun alacaklısı, borcun naklinde ise borcun borçlusuna değişmektedir. Ne var ki borç sona ermemekte, aynı borç bir kişiden diğerine geçmektedir. Dolayısıyla borcun özellikleri de aynen devamlılık gösterir. Oysaki tecditte birlikte, borç ilişkisinin taraflarından birinin değişmesiyle, borç bir kişinin şahsında sona ermekte bir başka kişinin şahsında yeniden doğmaktadır. Yeni borcun eski borçla herhangi bir ilgisi bulunmaz (Tennur Koyuncuoğlu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972, s. 59; İpek Yücer, “Yenileme (Tecdit)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1, 2007, s. 233-259, s. 236; Engel, **Partie Générale**, s. 769).

⁹⁸⁶ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 580.

⁹⁸⁷ Fransız MK m. 1271’de, tecditin bu şekilde farklı olasılıklarda gündeme gelebileceği açık olarak ifade edilmiştir. Buna karşılık, TBK m. 133’te tecditin içeriği ile ilgili hiçbir tarife yer verilmemekte sadece tecdit iradesinin açık olması gereğine vurguda bulunmaktadır (Benzer açıklamalar için bkz. Koyuncuoğlu, **a.g.e.**, s. 35, Yücer, **a.g.e.**, s. 235).

⁹⁸⁸ Yücer, **a.g.e.**, s. 236.

⁹⁸⁹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 581; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 990; Deschenaux, **Partie II**, s. 79.

Borcu sona erdiren yönüyle tecdit anlaşması bir tasarruf işlemi teşkil eder. Anlaşmayı yapmak isteyen taraflar, bireysel olarak tecditin konusunu oluşturan husus üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmalıdır. Bunun yanında sona erdirilmek istenen borcun varlığı ve geçerliliği konusunda da bir tereddüt⁹⁹⁰ bulunmaması gerekir⁹⁹¹.

Tecditin sona erdirici etkisiyle birlikte, ortadan kalkan borca ilişkin verilmiş ferî haklar sona erer⁹⁹². Örneğin eski borç bir para borcu olup da temerrüt faizi işlemişse, ya da borç için bir cezai şart öngörülmüşse yahut borç için kefalet veya rehin teminatlarından biri sağlanmışsa bunlar da sona ermiş olacaktır. Hatta ferî borcun durumdan etkilenmeyeceğinin kararlaştırılması bile durumu değiştirmez. Zira ferî bir borç, kural olarak aslı olmadan bir farazi an için bile var olamaz⁹⁹³. Ferî bir teminat hakkı sağlamayan garanti sözleşmesinden doğan garanti borcunun da tecditten nasıl etkileneceğine bir açıklık getirmek gerekir. Garanti sözleşmesiyle kararlaştırılan garanti borcu, sebepten soyut bir borç oluşturmayıp, üçüncü bir kişinin belli bir edimi yerine getirmemesi riski ile alakalı bulunmaktadır. Şayet, bu edim yükümlülüğü ortadan kalkarsa, garanti sözleşmesinin konusunu oluşturan risk de ortadan kalkacaktır, dolayısıyla garanti borcu da sona erecektir.

Tecdit sonrasında oluşan yeni borç, eski borcun modalitelerinden hiçbir suretle etkilenmez. Aynı şekilde tecditten önce ileri sürülebilecek olan itiraz ve defiler, tecdit sonrasında meydana getirilen işlem bakımından ileri sürülemez⁹⁹⁴. Örnek olarak, eski borç için kanunda öngörülen zamanaşımı ne kadar olursa olsun tecdit sonrasında meydana getirilen yeni borç kendi zamanaşımı süresine tabidir.

Müteselsil borçluluk söz konusu olduğunda da alacaklıyla tecdit anlaşmasının yapılmasına engel teşkil eden bir durum bulunmaz. Böyle bir anlaşmanın etkisi, farklı olasılıklar gözetilerek değerlendirilmelidir. Bütün müteselsil borçluların bir

⁹⁹⁰ Eğer tecdit edilmek istenen borç, taraflardan birinin iradesinin sakat olması nedeniyle iptal edilebilirlik statüsünde ise, tecdit işleminin gerçekleştirilmesiyle, iptal hakkı olan kişinin bu hakkından feragat ettiği kabul edilecektir, bu durum işlemin gerçekleştirilmesine bir mani doğurmaz (Bkz. aynı yönde Koyuncuoğlu, **a.g.e.**, s. 63; Yücer, **a.g.e.**, s. 239).

⁹⁹¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 990; Koyuncuoğlu, **a.g.e.**, s. 63.

⁹⁹² Deschenaux, **Partie II**, s. 80-81.

⁹⁹³ Oluşmuş olan faiz borcunun saklı tutulabileceği ile ilgili olarak bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 574. Esasen bu durum faizin oluşmadan evvel tamamen alacağa bağlı, oluştuktan sonra ise alacağa bağlı olmakla birlikte bağımsız bir borç nüvesini de taşımasının bir sonucudur. Yoksa daha oluşmamış bir faiz alacağının saklı tutulması mümkün olamaz.

⁹⁹⁴ Deschenaux, **Partie II**, s. 80.

araya gelerek alacaklıyla ne türde olursa olsun bir tecdit anlaşması yapmalarına hiçbir engel yoktur. Zira müteselsil borçlular birlikte hareket ettiklerinden gerek dar anlamda borç ilişkileri bakımından bireysel olarak, gerekse de geniş anlamda borç ilişkisinin tamamı bakımından hep birlikte tasarruf yetkisine sahiptir. Hatta birlikte borçlular alacaklıyla anlaşarak birlikte borçluluk türünü bile tecdit edebilirler⁹⁹⁵, örneğin bu şekilde teselsül ilişkisine son vererek kısmi borçluluk temelinde yeni bir ilişki oluşturabilirler⁹⁹⁶, ⁹⁹⁷.

Tecdit anlaşması, alacaklıyla müteselsil borçlulardan sadece biri arasında yapılıyorsa, öncelikle vurgulanmalıdır ki tecdit sadece dar anlamda borç ilişkisi bakımından gündeme gelebilecektir⁹⁹⁸. Zira borçlunun tek başına üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunduğu yegâne borç ilişkisi kendisinin yükümlüsü konumunda olduğu dar anlamda borç ilişkisidir⁹⁹⁹. Borçlunun bu bireysel işleminin diğerlerinin borçlarını nasıl etkileyeceğine de açıklık getirilmesi gerekir. Öncelikle bir müteselsil borçlunun yaptığı tecdit anlaşmasından diğerlerinin bizzat katılmamış olsalar bile tamamıyla etkilenecekleri, alacaklının iradesi diğerlerinin faydalanması yönünde olsa dahi söylenemez. Zira bu durumda, diğer borçluların iradesi olup olmamasına göre tartışılması bir yana, tecdit iradesinin açık olması bizzat kanun tarafından aranmaktadır¹⁰⁰⁰ (TBK m. 133 f.1). Diğer borçlular işlem yapılırken buna açıkça

⁹⁹⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1215.

⁹⁹⁶ Belirtilmelidir ki, borçluluk türünün değiştirilmesinin tek ve olmazsa olmaz yolu tecdit değildir. Taraflar basit bir sözleşme değişikliği ile de bunu sağlayabilirler. İki olasılık arasındaki fark, ferî hakların ve teminatların birincisinde zorunlu olarak sona erecek, ikincisinde ise aynen korunacak olmasıdır.

⁹⁹⁷ Ayrıca bkz. ve karşı. yukarıda §2, IV, A, 3, f. Taraflar sadece teselsülün kaldırılması noktasında anlaşmalarında etki sadece teselsül bağı bakımından meydana gelirken, ilişki türü tecdit edildiğinde, ilişkiye bağlı diğer unsurlar (örneğin ilişkiye bağlı teminatlar) da sona erecektir, bu anlamda iki kurum pratik sonuçlar açısından ciddi farklılıklar göstermektedir.

⁹⁹⁸ Tecditte beraber daha önce var olan teselsül rabitasının kopartılması bir müteselsil borçlunun alacaklıyla anlaşması dâhilinde mümkün olmaz. Zira bu durum (teselsül) geniş anlamda borç ilişkisinin bir modalitesidir, bunun üzerinde tasarruf edilebilmesi ise ancak bütün borçluların ortak tasarrufu ile mümkün olur (Bkz. bu açıklamalara yer vermeden aynı sonucun tespiti için Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 30; Canyürek, **a.g.e.**, s. 59; Bigat, **a.g.e.**, s. 31).

⁹⁹⁹ Yalnız dar anlamda borcunun konusunu başka bir edim olarak değiştiren müteselsil borçlunun, geniş anlamda borç ilişkisini, (örneğin onun hukukî sebebinin) dolaylı olarak değiştirebilecek bir edim yüklenemeyeceği açıktır. Örnek olarak bir satış sözleşmesi kapsamında müteselsil konumda bulunan satıcıların borçlarının konusu bir arabanın teslim edilmesi olarak aynı ve tek olsun. Müteselsil borçlulardan biri tecdit anlaşmasıyla araba verme edimini, başka bir şey verme edimi ile değiştirebilir. Ne var ki, bir inşaat meydana getirme borcu yüklenemez. Zira böyle bir durumda, geniş anlamda borç ilişkisinin hukukî sebebinin de farklılaştırılmış olacaktır. Oysaki borçlunun tek başına buna yetkisi bulunmamaktadır.

¹⁰⁰⁰ Karş. Braconi / Carron / Scyboz, **a.g.e.**, s. 125. Yazarlar, somut duruma göre yorum yapılabileceğini, bu şekilde sadece ilgili borçlunun mu, tüm borçluların mı tecditte borçtan kurtulacağını tespitinin yapılabileceğini iletmişlerdir. Konunun ele alındığı ve tüm müteselsil

onay vermişlerse (ki zaten bu hepsinin bir araya gelerek işlem yaptıkları anlamına gelir) sorun yoktur.

Peki, sadece bir müteselsil borçlunun tek başına etkileneceği bir tecdit anlaşması yapıldığında bunun diğerlerine nasıl bir dolaylı etkisi olur?

818 Sayılı EBK döneminde konuyla ilgili üç farklı görüş ileri sürülmekte idi. Buna göre bir görüş bir borçluyla yapılan tecdidin diğer borçluları da tamamen borçtan kurtaracağını, artık alacaklının karşısında tek başına sorumlu olan yeni bir borçlunun ve borcun söz konusu olacağını kabul ediyordu¹⁰⁰¹. İkinci bir görüşe göre ise, tecdit sadece anlaşmanın tarafı borçluyu borcundan kurtarmakta idi. Böyle olunca da diğerleri eski borçlarından aynı şekilde sorumlu olmaya aynı şekilde devam edecek, anlaşmayı yapan borçlu da yenilenmiş borcu ile onların yanında müteselsil borçlu olarak yer alacaktır¹⁰⁰², ¹⁰⁰³. Son olarak ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, tecdit anlaşmasını yapan borçlunun borçtan tamamen kurtulması, diğerlerini de onun iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtarır. Dolayısıyla bu son görüşe göre, tecdit anlaşmasını yapan borçlu, yeni borcundan sorumlu olurken, diğerlerinin sorumlulukları onun iç ilişkideki payı kadar azalmış olarak devam edecektir¹⁰⁰⁴.

6098 Sayılı TBK, bu konuda ibra anlaşması bakımından yaptığına benzer şekilde yeni ve doğrudan ilgili bir hüküm sevk etmemiştir. Dolayısıyla aynı tartışmalar yine söz konusu olacaktır. Bu konudaki tavrımızı aşağıda izah edeceğimiz gerekçelerle, yukarıda 818 Sayılı EBK zamanında ileri sürülen ikinci görüş çerçevesinde alıyoruz.

borçlular bakımından –tecditle- sona erme sonucunun oluştuğuna karar verilen bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 126 III 375.

Bu bakış açısına metinde belirttiğimiz –tecdit iradesinin açık olması- gerekçesiyle katılmıyoruz. Kanaatimizce salt alacaklının bütün borçluların kurtulacağını gözetmesi bu sonuca varılabilmesi için yeterli olmayacaktır.

¹⁰⁰¹ Martin, **a.g.e.**, s. 208; Fick, **Commentaire CO**, Art. 147, N. 6; Eyüp Sabri Erman, “Müşterek ve Müteselsil Borçluluk ve Borçlulardan Birinin Beraatını Gerektiren Hallerin Diğer Borçlulara Etkisi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 59, Sayı 7-12, 1968, s. 597-605, s. 604.

¹⁰⁰² Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 801; Rossel, **a.g.e.**, s. 210; Sbai, **a.g.e.**, s. 111; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 7; Becker, **BerKom.**, Art. 147, N. 4; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1053; Eren, **a.g.e.**, s. 1215.

¹⁰⁰³ Alman Hukukunda BGB § 425’te tecdidin etkisi bizzat bu yaklaşım çerçevesinde ele alınmaktadır.

¹⁰⁰⁴ Tekinay, **Teselsül**, s. 67; Canyürek, **a.g.e.**, s. 60; Canbolat, **Sona Erme**, s. 76.

Bu noktada, tecditle ilk borcun sona ermesi sonucu bakımından, ibra anlaşmasının müteselsil borçluluktaki etkisine ilişkin borcu sona eren müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı oranında, diğerlerinin de borcunun kısmen sona ereceği kuralının (TBK m. 166 f.3) kıyasen uygulanmasının düşünülmemeyeceğinden hareket etmeyi uygun buluyoruz. Böyle bir sonucun kıyasen uygulanması düşüncesine katılmıyoruz, zira tecditle sadece bir borcun ortadan kaldırılması değil, yeni bir borcun yaratılması da söz konusu olmaktadır. Yukarıda andığımız ve TBK m. 166 f.3'ün "atası" olan son görüş, bu hükümdeki gibi bir uygulamayı, tecditin diğerlerine etkisini sadece sona erme veçhesiyle gözetmektedir. Açıkçası böyle bir yaklaşım da, aşağıdaki sakıncaları bertaraf etmekle beraber, bir kişi açısından yapılan tecditin, diğerleri açısından kısmi ibra sonucu çıkarması gibi isabetli olmayan bir sonuca götürür.

TBK m. 166 f.3'ün kıyasen uygulanması dâhilinde, tecditin kendi özellikleri gözetilerek borçtan kurtulma düşüncesi kabul edilirse, diğer müteselsil borçluların kısmen tecdit lehdarı borçlunun payı oranında eski borçtan kurtulacakları, onun yeni borcundan da eksilen pay oranında sorumlu olacakları gibi garip bir sonuç ortaya çıkar. Sonucun garip olması bir yana bırakılacak olursa, açık bir tecdit iradesi olmadığı halde, kısmen dahi olsa tecditin kabul edilebilmesi TBK m. 133 f.1 kapsamında zaten düşünülemez. Zira bu durum onların dar anlamda borç ilişkisini etkilemektedir. Böyle olunca da teselsül yapısı tecditten sonra da devam edecek, ifade bulunan borçluların birbirlerine rücu hakları bakımından bir değişiklik gündeme gelmeyecektir.

Tabii, borçluların bireysel olarak açıkça onay vermeleri halinde, onay verenler bakımından böyle bir sonuç söz konusu olabilir. Yalnız bu sonuç, diğer müteselsil borçlu tarafından onay verilmiş olsa dahi, tecditle meydana gelen yeni borç bölünemez bir borç olduğunda kabul edilemez. Zira böyle bir durumda, kısmi sona ermeden sonra meydana gelebilecek yeni kısmi bir borç olamayacaktır.

Bir örnek üzerinden somutlaştıracak olursak, B1, B2 ve B3 A'yla yaptıkları satış sözleşmesinde, iç ilişkilerinde eşit paylarla sorumlu olmak üzere, A'ya 300 adet koyun teslim etmeyi kararlaştırsınlar. Daha sonra B1, A ile bir araya gelerek bir tecdit anlaşması yapsın ve borcunu 150 adet dananın teslim edilmesi olarak

değiştirsin. Bu durumda TBK m. 166 f.3 hükmü kıyasen uygulanacak olursa, B2 ve B3'ün alacaklıya olan borçları, 200 adet koyun ve 50 adet dananın teslimi olarak dolaylı ve kısmen tecdit edilmiş olacaktır. Bu sonuç yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle kabul edilemez. Tecditten sonraki görünüm şöyle olmalıdır: B1, A'ya karşı 150 adet dana teslim etme borcu altında iken, diğerleri onunla birlikte müteselsilen 300 adet koyun teslim etme borcu altında olacaktır. Söz konusu durumda, rücu ilişkisi de hiçbir suretle etkilenmeyecektir. Örneğin öncelikle B2 ifade bulunursa, o diğerlerine payını aşan ifası için rücu edebilecektir.

Yalnız bu noktada bir konuya daha açıklık getirmek gerekir. Eğer B1'in üstlendiği 150 adet dana verme edimi, 300 adet koyun verme ediminden daha düşük bir değerde ise B1'in B2'ye olan rücu borcu hangi değer üzerinden hesap edilecektir? Ortada başlangıçtan bu şekilde farklı edimlerle sorumluluk altına girme durumu olsaydı, B1'in edimi daha düşük bir değerde ise, B2 kendi yüksek değerli ediminin değeri üzerinden ona karşı talepte bulunamazdı. Sonuçta müteselsil borçlunun iç ilişkideki durumu (gerek rücu alacağı gerekse de rücu borcu bakımından) kendi edimi üzerinden değerlendirilecekti. Ancak burada, söz konusu durum daha sonra tecditle meydana geldiği için, B1 söz konusu gerekçeyle yeni ediminin değeri üzerinden daha az bir suretle ödemedede bulunmayı talep edemez. Zira yaptığı tecdit işlemiyle B2'nin durumunu kötüleştirilmesi mümkün değildir (Bkz. TBK m. 165).

Eğer örneği yukarıdaki kurgulamamız üzerinden biraz ilerletip bir de bu durumda B2'nin B1'in yapacağı tecdit anlaşmasına açıkça onay verdiğini söyleyecek olursak ortaya şöyle bir sonuç çıkar: A'ya karşı B1 150 adet danayı teslim etme borcu, B2 sadece 200 adet koyun ve 50 adet danayı teslim etme borcu, B3 ise 300 adet koyun teslim etme borcu altındadır. Yalnız B1'in yerine getireceği yeni borcunun konusu lüks bir araba olsaydı, son olasılık hiçbir suretle, B2 onay verse dahi, gündeme gelemezdi.

Öte yandan bu tartışmalar kapsamında değinilen ilk görüş, yani bir müteselsil borçlunun yapacağı tecdit anlaşmasıyla, diğerlerini tamamen borçtan kurtarması, geniş anlamda borç ilişkisi bakımından bir değişikliğe neden olacağı için diğerlerinin açık tecdit iradesinin bulunmaması kapsamında kabul edilemez. Hatta bu görüş yukarıda bu konudaki son görüş bakımından eleştiride bulunduğumuz noktayı daha

da orantısızlaştırmaktadır. Burada bütün borçluların işleme katılması gereğinin aranmamasının yanı sıra, bir de alacaklı bakımından çok ağır bir sonuç onun kabul edip etmemesine bakılmaksızın kendiliğinden kabul edilmektedir. Zira bu görüş kabul edildiğinde alacaklının karşısında müteselsil borçlular grubu değil tek bir borçlunun bulunacağı açıktır. Böyle bir sonucun alacaklının rızasının olup olmadığına bakılmadan genel götürü kabul edilmesi de diğer sakınca bir yana ayrıca isabetli olmaz.

Sonuç itibarıyla, müteselsil borçlulukta sadece bir borçlu ile tecdit anlaşması yapıldığında bunun yalnızca ilgili borçluyu etkilemesi, diğer müteselsil borçluların ise o ana kadar mevcut olan borçları her ne ise bununla sorumlu olmaya devam etmeleri, anlattıklarımız ışığında konuyla ilgili en isabetli çözümlene olacaktır.

Borca katılma bakımından, konuyla ilgili açıklamalarımız herhangi değişiklik içermeyecektir.

İbre bölünemeyen borçluluk yönüne çevrildiğinde ise, bu birlikte borçluluk türünde tecditin etkisiyle ilgili olarak şu farklılıklar belirtilmelidir. Bölünemeyen borçlulukta hem geniş anlamda hem de dar anlamda tek borç ilişkisi olduğu için, borçlular arasında daha sıkı bir bağlılık söz konusudur. Bu bağlılık borcun konusu ile ilgili tasarruflarda daha da belirginleşir. Buna yukarıda İbra anlaşması bahsinde de değinmiştik. İşte burada da, bölünemeyen borcun borçlularından sadece biri borç üzerinde tasarruf edemeyecektir, zira tek başına tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla tecdit işlemi, ancak bütün borçluların katılımıyla gerçekleştiğinde sonuç doğurabilir. Tek bir borçlunun borcu tecdit etmesi söz konusu olamayacağı için yukarıda müteselsil borçluluk bakımından ele alınan tartışmalar bu borçluluk türünde söz konusu olmayacaktır.

g. Borçlu ve Alacaklı Sıfatlarının Birleşmesi

Bir borç ilişkisinde alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişide toplandığında borç (diğer yönüyle alacak hakkı) sona erer¹⁰⁰⁵ (TBK m. 135). Söz konusu birleşme, külli

¹⁰⁰⁵ Deschenaux, **Partie II**, s. 81; Rossel, **a.g.e.**, s. 175; Engel, **Partie Générale**, s. 777; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 997.

halefiyet yaratan bir durum sonucunda meydana gelebileceği gibi cüzi halefiyet yaratan bir durum neticesinde de meydana gelebilir¹⁰⁰⁶. Külli halefiyette bir malvarlığı bütünü, ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek olmaksızın bir başkasına geçerken, cüzi halefiyette malvarlığının içindeki belirli değerler teker teker ayrı ayrı tasarruf işlemleriyle devredilmektedir. Bu hallere örnek olarak, tek başına (alacaklı veya borçluya) mirasçılık¹⁰⁰⁷, şirket birleşmesi ve ticari işletmenin devri halleri gösterilebilir¹⁰⁰⁸. Cüzi halefiyet için ise örnek olarak bir alacak hakkının borçlusuna temlik edilmesi haline işaret edilebilir¹⁰⁰⁹.

Bunlardan başka, birleşmeye yol açan daha farklı bir durum olarak, mevcut alacaklı ve borçlunun evlilik birliğinde bir araya gelerek eşler arası mal rejimlerinden mal ortaklığı rejimini seçmeleri akla gelebilir. Böyle bir durumda, eşler arasında oluşan elbirliği ortaklığının malvarlığı içinde söz konusu değerler birleşme gösterecek ve sona erecektir. Son durumun diğerlerinden farklılığı, bir malvarlığından diğerine diğerine külli ya da cüzi geçişin olmaması, bizatihi iki

Sbai (a.g.e., s. 120-121), kanunun birleşmeye bağladığı sona erme çözümünü yerinde bulmamaktadır. Yazara göre, aslında burada borcun sona ermesinden ziyade, sıfatların birleşmesi nedeniyle oluşan bir imkânsızlık hali bulunmaktadır. Dolayısıyla, yazar sona ermiş bir borcun daha sonra baştan varlığını sürdürmesi gibi çelişki yaratabilecek istisnai bir varsayımın kabul edilmesi yerine, söz konusu imkânsızlığın kalıcı veya geçici olmasına odaklanılmasının daha yerinde olacağını aktarmaktadır.

¹⁰⁰⁶ Akıntürk, a.g.e., s. 186; Dağdelen, a.g.e., s. 135-136.

¹⁰⁰⁷ Zira böyle bir durumda hem alacak hakkı hem de onu talep için haklı gerekçe oluşturan borç aynı malvarlığında yer alacağı için sona erme gerçekleşir. Zira malvarlığının aktifi ve pasifi birbirini dengelemiş olacaktır (Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 587).

Ancak ölen alacaklının (/ borçlunun) mirasçuları sadece borçlunun (/ alacaklının) kendisinden ibaret değilse aynı sonuç oluşmaz. Farklı sonuçlar söz konusu olacağından her bir olasılığı ayrı ayrı inceleyelim:

Alacaklıya sadece borçlu değil başka kişiler de mirasçı olduğunda, alacak ve borç ayrı malvarlıklarında yer alıyor olacaktır. Şöyle ki borç, borçlunun malvarlığının pasif tarafında yer alırken, alacak ölenin terekesinin aktifinde yer almaktadır. Tereke üzerindeki her bir değer üzerinde ise elbirliği ortakları olan mirasçıların ortaklaşa hakkı bulunmaktadır.

Diğer durumda, yani borçluya sadece alacaklı değil de başkaları da mirasçı olduğunda durum biraz farklı olacaktır. Zira mirasçılar tereke malvarlığının pasifinde yer alan borçlarından müteselsilen sorumludur, artık yeni bir borçluluk yapısı kendiliğinden kanun gereği oluşmuş olur. Yani mirasçı (borçlu) sayısı kadar dar anlamda borç, her bir mirasçının kendi pasifinde yer alacaktır. Böyle olunca miras bırakanın alacaklısının kendi malvarlığında yer alan dar anlamda borç, birleşme nedeniyle sona erer. Ancak bu diğer müteselsil borçlu mirasçıların borçtan tamamen kurtulduğu anlamına gelmez. Onlar ancak (aşağıda bu konuya değineceğiz) TBK m. 166 f.3'ün kıyasen uygulanmasıyla, borçtan kurtulan borçlunun iç ilişkideki payı kadar borçtan kurtulmuş olacaktır (Bkz. bu yönde bir çözüm için Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, a.g.e., s. 997). Buna karşılık İsviçre uygulamasında, borcun terekede elbirliği ortaklığının malvarlığı içinde bulunmasından ötürü hiçbir borçlu açısından sona ermeyeceğini kabul eden bir görüş de mevcut bulunmaktadır (Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararı: BGE 71 II 219).

¹⁰⁰⁸ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 586; Deschenaux, **Partie II**, s. 82.

¹⁰⁰⁹ Canyürek, a.g.e., s. 59; Akıntürk, a.g.e., s. 187.

malvarlığının da külli olarak başka bir ortak malvarlığına (seçilen mal rejimiyle oluşan elbirliği ortaklığının malvarlığı) aktarılmasıdır¹⁰¹⁰.

Borcun sona ermesi, diğer hallerde olduğu gibi burada da borca bağlı ferî hakları da sona erdirir¹⁰¹¹ (TBK m. 131). Yalnız bu durum, üçüncü kişilerin söz konusu alacak hakkı üzerindeki haklarına bir etkide bulunmaz. Şöyle ki üçüncü kişiler, söz konusu alacak hakkı üzerinde bir rehin veya intifa hakkına sahipse ya da hak üzerine haciz koydurmuşlarsa, onların mevcut hakları sona ermeden etkilenmez¹⁰¹² (TBK m. 135).

Birleşme ile ilgili olarak önem arz eden başka bir konu, birleşmeye sebep olan olgu ortadan kalktığında veya hükümsüzleştiğinde borcun sanki hiç sona ermemiş şekilde tekrar varlığına yeniden kavuşmasıdır¹⁰¹³ (TBK m. 135 f.2). Örnek olarak mirasçının mirası reddetmesi veya alacağı temlik işleminin bağlı bulunduğu bozucu şart buna sebep olmuş olabilir. Birleşmenin ortadan kalkmasına bağlı olarak da ferî haklar da tekrar canlanır, yalnız alacak lehine verilmiş taşınmaz üzerinde rehin hakları bundan müstesnadır (TBK m. 135 f.3). Onlar kendiliğinden yeniden canlılık kazanmaz, ilgili merasimlerin yeniden gerçekleştirilmesi gereklidir¹⁰¹⁴.

Müteselsil borçlulukta, borçluların hepsinin borçlu sıfatlarının alacaklıyla birleşmesi durumunda borç hepsi açısından sona erecektir. Buna karşılık sadece bir borçlunun nezdinde gerçekleşen birleşme olgusunun diğerlerini etkileyip etkilemeyeceği hakkında kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda ibraya ilişkin TBK m. 166 f.3, mahiyeti itibariyle kıyasen uygulamaya elverişlidir. Buna göre, borçlulardan birinin nezdinde gerçekleşen birleşme olgusu diğer borçluları onun iç ilişkideki payı kadar borçtan kurtaracaktır¹⁰¹⁵. 818 Sayılı EBK zamanında da doktrin bu konuda neredeyse tereddütsüz bu çerçevede bir çözüme

¹⁰¹⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 587.

¹⁰¹¹ Sona erme durumunda, garanti sözleşmesinden doğan bağımsız garanti alacağı ile ilgili olarak *mutatis mutandis* bkz. §2, IV, A, 3, f altındaki açıklamalarımız.

¹⁰¹² Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 587.

¹⁰¹³ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 587; Deschenaux, **Partie II**, s. 83; Rossel, **a.g.e.**, s. 176; Engel, **Partie Générale**, s. 780.

¹⁰¹⁴ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 588.

¹⁰¹⁵ PECL Art. 10:107(2) ve DFCR Art. III - 4:108:(2) düzenlemelerinde de aynı sonuca varılmaktadır (Bkz. Rouiller, **a.g.e.**, s. 60; von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 988-989).

ulaşmıştır¹⁰¹⁶. Bir örnekle somutlaştıralım: A'ya karşı B1, B2 ve B3 3.000 TL için müteselsil borçlu olsun. A vefat ettiğinde tek mirasçısı B1 onun yerine geçsin, böyle bir durumda önerdiğimiz çözüm çerçevesinde yeni alacaklı B1, kalan borçlular B2 veya B3'ten yalnızca 2.000 TL için talepte bulunabilir.

Birleşme olgusu sona erdiğinde ise, müteselsil borçlular ilk planda yerine getirmekten kurtuldukları borçla yeniden yükümlenirler, teselsül ilişkisi üzerinden alacaklı her birine ilk başta sorumlu oldukları toplam borç tutarı üzerinden talep yöneltebilir¹⁰¹⁷.

Borca katılma bakımından yukarıda müteselsil borçluluk bakımından değinilen sonuçlar aynen geçerli olacaktır.

Bölünemeyen borçluluk bakımından ise, konuya ilişkin somut değerlendirmelere rastlanılmamıştır. İlgili konuda mevcut genel bilgiler çerçevesinde, aşağıdaki çözümlenmeler yapılabilir. Buna göre borçlanılan bölünemez edimin niteliğine göre, durum farklılık gösterir. Eğer söz konusu bölünemez edimin bir borçludan talep edilmesiyle yerine getirilmesi mümkün olamıyorsa, bölünemeyen borçluların hepsi veya bir tanesi alacaklı sıfatını kazandığında borç hepsi açısından sona ermiş olacaktır¹⁰¹⁸. Buna karşılık eğer edim, bölünemez olmakla birlikte borçlulardan her biri tarafından bireysel olarak yerine getirilebiliyorsa, konu müteselsil borçluluğa benzer şekilde çözümlenebilir. Yani bölünemeyen borçluluk, borçtan kurtulan diğer birlikte borçlular açısından devam edecektir. Şu kadar ki, ifada bulunan borçlu, yeni alacaklıya (eski birlikte borçlu) ifada bulunduktan sonra,

¹⁰¹⁶ Tekinay, **Teselsül**, s. 69; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 307; Canyürek, **a.g.e.**, s. 57; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 186; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 329; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 137; Topkoru, **a.g.e.**, s. 103; Bigat, **a.g.e.**, s. 28; Eren, **a.g.e.**, s. 1214-1215; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 8; Sbai, **a.g.e.**, s. 121; Engel, **Partie Générale**, s. 843; Gadmer, **a.g.e.**, s. 51; Martin, **a.g.e.**, s. 180; Koller, **a.g.e.**, s. 1222; Guhl, **Obligationenrecht**, s. 33.

Doktrinde ileri sürülen ayrık bir görüş ise, aynı sonuca EBK m. 146 (TBK m. 167) üzerinden varmaktadır. Rücu alacağındaki azalma bir savunma sebebi olarak ileri sürülerek yeni alacaklıya (müteselsil borçlulardan biri) eksik ödemede bulunulabileceğini savunmaktadır (Bkz. bu yönde Oğuzman / Öz, **EBK Genel Hükümler**, s. 854; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 8; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1053; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 801).

Birleşmenin diğer müteselsil borçlulara etkisiyle ilgili olarak bkz. İsviçre Federal Mahkemesi Kararı: BGE 95 II 242.

¹⁰¹⁷ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 187; Canyürek, **a.g.e.**, s. 57; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 137

¹⁰¹⁸ Yalnızca sadece bir borçlu alacaklı sıfatını kazandığında borcun sona erme sebepleri farklılaşacaktır: Birleşme olgusu nezdinde gerçekleşen borçlular bakımından bizzat bu durum borcun sona erme sebebinin oluştururken, diğer borçlular sorumlu olmadıkları ifa imkânsızlığı (TBK m. 136) nedeniyle borçtan kurtulurlar.

sona erme olgusu onları iç ilişkide etkilemeyeceği için gerek hala birlikte borçlu olduğu borçludan, gerekse de yeni alacaklı konumunda olan eski birlikte borçludan rücu talebinde bulunabilir.

h. Zamanaşımı

Hukuk düzeninde, haklar kural olarak herhangi bir süreye tabi olmadan var olabilirler. Ancak alacak hakkı, diğer hak türlerinden farklı olarak, sadece hak sahibini ilgilendirmez, aynı zamanda kendi borçlusu bakımından onun bağlı olduğu hukukî bir zincir (*juris vinculum*) oluşturur. Alacak haklarının bu özelliği gözetilerek, kanunda muacceliyetten itibaren belli bir zamanın geçmesinin hakkın talep edilmesine engel olabileceği bir yapı kurulmuştur¹⁰¹⁹. Şöyle ki alacaklı hakkını mutlaka belirli bir zaman diliminde talep etmek zorunda değildir, ancak kanunda hakkın talep edilmesi için öngörülmuş süre geçmiş olursa, borçlu bir defa hakkından faydalanarak alacaklının talebini geri püskürtebilir¹⁰²⁰. İşte bu defa, zamanaşımı defidir¹⁰²¹. Dolayısıyla zamanaşımının geçmesi hakkın sona ermesine ve bir itiraz sebebinin meydana gelmesine yol açmaz ve fakat bir defa hakkı sağlar¹⁰²².

Zamanaşımı sürelerinin öngörülmesinin temelinde, alacaklıyı hakkını takip etmeye yöneltme, borçlunun üzerindeki spekülative gerginliği kaldırma ve üzerinden zaman geçmiş ve görülmesinde güçlük yaşanabilecek eski olaylar bakımından mahkemelerin işini kolaylaştırmak gibi gerekçeler bulunmaktadır¹⁰²³.

¹⁰¹⁹ Genel olarak zamanın geçmesinin haklara etkisi çeşitlidir. Bu etki bazı haklar bakımından hayatidir. Şöyle ki bazı haklar ancak kendileri için belirlenmiş bir süre için var olabilirler, bunlar *süreye bağlı haklar* olarak adlandırılır.

Diğer taraftan yine bazı türden haklar için kanunda öngörülen sürede kullanılmama hakkın kaybına sebep olur. Böyle bir durumda ise, *hak düşürücü süreden* söz edilmek gerekir. Kanun koyucunun hak düşürücü süre öngördüğü alanda, yenilik doğuran haklar gibi varolan düzeni bir şekilde değiştirebilecek ve bu süreç gerçekleşene kadar belli oranda belirsizlik yaratan haklar bulunmaktadır. Bazen de tarafların arzusu dâhilinde belirli bir zaman dilimi içinde belirli bir harekette bulunulmamasının etkisi, *bozucu şart mahiyetinde* etki gösterip hakkın sona ermesine yol açabilir. Bu hallerin her birinde birer itiraz sebebi söz konusudur. Zamanaşımı bakımından ise durum farklıdır, ortada borçlunun kullanabileceği özel bir savunma sebebi, bir defa hakkı bulunmaktadır (Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 620; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1032; Jean-Luc Niklaus, **La prescription extinctive: modifications conventionnelles et renonciation**, Collection Neuchâteloise, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008, s. 11-12; Engel, **Partie Générale**, s. 798-799).

¹⁰²⁰ Niklaus, **a.g.e.**, s. 28; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1593.

¹⁰²¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 621-622; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1546; Engel, **Partie Générale**, s. 796.

¹⁰²² Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1030.

¹⁰²³ Niklaus, **a.g.e.**, s. 14; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1550; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1030-1031.

Zamanaşımı süresi, kanunda aksi öngörülmedikçe borcun muacceliyetinden itibaren işlemeye başlar¹⁰²⁴. Bazı durumlarda ise, zamanaşımı süresinin kesildiğinden bahsedilir. Böyle bir durum gerçekleştiğinde zamanaşımı tekrar en baştan işlemeye başlar¹⁰²⁵. Yine başka bazı daha istisnai ve özellik arz eden durumlarda ise, zamanaşımı sadece işlemeyi durdurur¹⁰²⁶. Söz konusu durum ortadan kalktığında zamanaşımı süresi kaldığı yerden işlemeye devam eder¹⁰²⁷. Bunun dışında bir alacak hakkını teminat altına almak amacıyla taşınmaz rehni öngörülmüşse zaten zamanaşımı hiç işlemez¹⁰²⁸ (MK m. 884). Bir alacak hakkı taşınır rehni ile teminat altına alındığında ise, zamanaşımı süresi bundan etkilenmez ve işlemeye devam eder. Ancak zamanaşımı süresi geçtikten sonra bile, rehlin paraya çevrilmesi mümkün ve talep edilebilir olacaktır¹⁰²⁹ (TBK m. 159).

¹⁰²⁴ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1563; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1043.

¹⁰²⁵ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1576; Engel, **Partie Générale**, s. 813; Çandarlı, **a.g.e.**, s. 1291; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1052.

¹⁰²⁶ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1571; Engel, **Partie Générale**, s. 811.

¹⁰²⁷ Bigat, **a.g.e.**, s. 34; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 201; Canyürek, **a.g.e.**, s. 46; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1048.

¹⁰²⁸ Alacağın taşınmaz rehni ile teminat alınması, daha sonraki bir süreçte de gündeme gelebilecektir. Böyle bir durumda alacak rehni hakkının kurulduğu tarihten itibaren zamanaşımına tabi olmayacaktır. Daha sonradan, alacak devam ederken bu rehni hakkının kaldırılması söz konusu olursa, zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Kanaatimizce bu noktada bir ayırım yapılmalıdır. Ayırımın temelinde TBK m. 154 b.1 yer almaktadır. Söz konusu hüküm, “[1]. Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehni vermiş veya kefil göstermişse,” zamanaşımının kesileceğini bildirmektedir. Eğer rehni hakkı bizzat borçlu tarafından verildiyse, bu zaten bir kesilme sebebi de oluşturacaktır. Dolayısıyla rehni hakkı önceden ortadan kalkacak olursa, alacak bakımından işleyecek zamanaşımı süresi en baştan başlayacaktır (TBK m. 156 f.1). Borç için bir üçüncü kişinin de rehni hakkı tanınması söz konusu olabilir. Böyle bir rehni daha sonradan kaldırılırsa, ayrıca varlığı araştırılacak bir kıstas çerçevesinde bir ayırma gidilmesi yerinde olur. Eğer bizzat borçlu üçüncü kişinin rehni vermesi için gerekli ayarlamaları ve organizasyonu yaptıysa, bu durumda rehni dolaylı olarak onun tarafından sağlanması söz konusu olacaktır. Bizce bu durum yine TBK m. 154 b.1 geniş yorumlanarak bu çerçevede değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, bu bağlamda zamanaşımı süresi yine kesilmiş olur. Ne var ki söz konusu rehni borçlunun bilgisi ve isteği dışında bir üçüncü kişi tarafından sağlanıyorsa, rehni alacak sona ermeden önce kaldırılması noktasında varılacak sonuç farklı olmalıdır. Böyle bir durumda zamanaşımını kesen bir sebep söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla zamanaşımı süresi, rehni kaldırılmasından sonra kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Durmaya benzer bir etkiden söz edilmek yerinde olur.

Müteselsil borçluluk bakımından bu konu özelinde fazladan birkaç şey daha söylenebilir. Müteselsil borçlulukta, bir borçlunun kendi borcu bakımından taşınmaz rehni teminatı göstermesi (doğrudan kendisi veya dolaylı olarak bilgisi ve isteği dâhilinde bir başkası) bir kesilme sebebi oluşturacağından, bu durum TBK m. 155 uyarınca diğerlerinin durumunu da etkiler. Buna karşılık, ufak bir farklılık söz konusu olur. Rehni varlığı süresince, teminatı sağlayan borçlunun borcu zamanaşımı süresine tabi olmazken, diğerlerinin her ne kadar en baştan başlayacak olsa da işlemeye devam eder. Aynı durumun bölünmez borçlulukta etkisi ise daha farklıdır. Bölünmez borçlulukta dar anlamda tek borç ilişkisinin bulunması nedeniyle, bir borçlu taşınmaz rehni teminatı gösterdiğinde, bu zamanaşımını sadece kesmekle kalmaz, bunun ötesinde rehni hakkının varlığı devamında borç hiçbir borçlu açısından zamanaşımına tabi olmayacaktır.

¹⁰²⁹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 625.

Öte yandan zamanaşımı süresi, geniş anlamda borç ilişkisi bakımından değil, dar anlamda borç ilişkisi bakımından öngörülmüş bir süredir¹⁰³⁰. Dolayısıyla geniş anlamdaki borç ilişkisinden doğan her bir dar anlamda borç ilişkisi için ayrı zamanlarda işlemeye başlayacak ayrı zamanaşımı süreleri söz konusu olabilir.

İşte müteselsil borçlulukta, birden çok dar anlamda borç ilişkisi söz konusu olduğundan, birden fazla hatta işlemekte olan zamanaşımı süreleri bulunmaktadır¹⁰³¹,¹⁰³². Bir müteselsil borçlunun borcu için öngörülebilecek vade, şart gibi modaliteler, zamanaşımı süresinin başlangıç tarihini ve dolayısıyla gelecekte tamamlandığı tarihi diğerlerinininkinden farklılaştırılabilir¹⁰³³. Hatta bazı durumlarda, borçlular birbirlerinden farklı edimleri de borçlanabildikleri için, zamanaşımı süreleri özünde (işleyecek süre bakımından) bile farklılık gösterebilir¹⁰³⁴. Nitekim böyle olduğunda zamanaşımı defî kişisel defî olmanın ötesine geçmez. Aynı husus, borçluların farklı sebeplerle müteselsil sorumluluk altında oldukları durumlarda da geçerlidir.

Kişisel bir defî olarak zamanaşımının ileri sürülmesinin diğer borçlulara bir etkisinin olup olmayacağı ise doktrinde tartışma konusu yapılmıştır. Bir görüşe göre bir borçlunun nezdinde oluşan zamanaşımı defî hakkının kullanılması, diğer

¹⁰³⁰ Bazı durumlarda geniş anlamda borç ilişkisinin varlığı da belirli bir süreyle kısıtlanmış olabilir. Ancak bu dar anlamda borç ilişkisinin gündeme getirilmesine kısıtlama getiren zamanaşımı süresinden daha farklı bir durum oluşturur.

¹⁰³¹ Gautschi, **a.g.e.**, s. 126; Weiss, **a.g.e.**, s. 88; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3720; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 201; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1059.

Yalnız her ne kadar dar anlamda borç ilişkilerinin birden fazla ve (ifayı gerçekleştirme amacı bakımından nispi) bağımsız olduğu söylenirse ve zamanaşımı süreleri öngörülebilecek özel şartlara göre farklılaştırılabilirse de, müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımını kesen hareketi, diğer borçlular bakımından da zamanaşımı süresini kesmektedir (TBK m. 155). Tabii bu etkinin doğabilmesi için, her bir borçlu bakımından ilgili zamanaşımı süresinin başlamış ve henüz sona ermemiş olması gereği bulunmaktadır. Söz konusu hüküm, müteselsil borçlulukta borçların çokluğu görüşü ile uyum içinde bulunmamakta ve eleştirilmektedir. (Bkz. yukarıda §2, II, A, 3 altındaki açıklamalarımız ve orada özellikle dn. 676).

¹⁰³² PECL Art. 10:110 ve Art. 11.1.7 UNIDROIT Principles 2010 düzenlemeleri de müteselsil borçluların borçlarının tabi oldukları zamanaşımı sürelerinin birbirlerinden ayrı değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir (Fontaine, **New Provisions**, s. 555; Rouiller, **a.g.e.**, s. 61)

Bundan başka, PECL'da böyle bir hüküm olmasa da, Art. 11.1.7 (2) UNIDROIT Principles 2010'da, TBK m. 155 hükmüne kısmen benzer şekilde alacaklının bir borçluya karşı yapacağı takip neticesinde zamanaşımı süresinin kesilmesinin diğer borçluların borcu bakımından işleyen zamanaşımı sürelerini de keseceği hükmünü sevkettmektedir (Art. 11.1.7 Comment 2, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 379; Fontaine, **New Provisions**, s.555-556).

Bu hükümde tasarlanan sonuç, bizi esasen yukarıda dn. 675'te belirttiğimiz Tekinay'ın (**Teselsül**, s. 45vd.) TBK m. 155 bakımından yaptığı yorumla aynı noktaya çıkarmaktadır.

¹⁰³³ Béguelin, **FJS 872**, s. 2.

¹⁰³⁴ Gautschi, **a.g.e.**, s. 27; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 802; Eren, **a.g.e.**, s. 1207.

borçluları alacaklıya karşı onun iç ilişkideki payı kadar takip edilmekten kurtarır¹⁰³⁵. Söz konusu görüş zamanaşımı defini, âdeta bir borcun sona ermesi sebebi gibiymiş gibi değerlendirmeye almakta ve bir borçlu için tamamen talep edilemez hale gelen borç tutarının diğer borçlular bakımından onun iç ilişkideki payı oranında talep edilemez hale getirildiğini savunmaktadır. Buna karşılık olarak ikinci bir görüş, zamanaşımı definin bir kişisel defi olduğu durumda sadece ilgili borçluyu ilgilendirdiğini, diğer borçlulara herhangi bir etkisinin olmayacağını kabul etmektedir¹⁰³⁶.

Yukarıdaki tartışmada, açıklayacağımız nedenlerle ikinci görüş yanında tavır alınması gerektiğini düşünüyoruz. Yapacağımız değerlendirmede ibra anlaşmasına ilişkin TBK m. 166 f.3 hükmünün de bu alan bakımından, görüşün savunduğuna benzer şekilde kullanılmayacağı kanaatindeyiz¹⁰³⁷. Öncelikle belirtilmelidir ki, ilk görüşün ileri sürdüğü yapının temelinde ciddi bir sakatlık bulunmaktadır. Bu da itiraz ve defi kavramlarının farklılığından ileri gelir. İtiraz bir olay iken, defi yükümlü kişiye tanınan kişisel ve özel bir savunma hakkıdır. Zamanaşımı da bu yönden bir defi hakkı oluşturur ve ancak kişisel olarak kullanılabilir¹⁰³⁸. Oysaki görüşün kabul ettiği yapıda borcun talep edilemez olmasından diğer borçluların da

¹⁰³⁵ Tekinay, **Zamanaşımı**, s. 174; Tekinay, **Teselsül**, s. 71; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 309; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 329; Canbolat, **Sona Erme**, s. 77.

¹⁰³⁶ Gadmer, **a.g.e.**, s. 71; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 112; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 188.

¹⁰³⁷ Dağdelen (**a.g.e.**, s. 112-113), aynı fikri zamanaşımının bir borcun sona erme sebebi olmamasından yola çıkarak savunmaktadır. Zira zamanaşımı sadece borcun ifasından kaçınmayı sağlayan bir defi hakkı oluşturur. Yalnız yazar, bu noktayı belirttikten sonra, söz konusu durumun borçlular açısından adaletsiz bir sonuç yarattığını belirterek başka bir çözüm yolu önerir. Buna göre, üretilecek çözümün dayanağı TBK m. 168 f.2 olmalıdır. Alacaklı, bir borçlunun zamanaşımı defi ileri sürmesi üzerine, diğer borçlulardan tam ifayı sağlayabilecektir. Ancak ifade bulunan borçlu, diğerlerine rücu ettiğinde, kendi nezdinde zamanaşımı dolmuş olan borçlu, yine zamanaşımı defini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Böyle olunca da ilk planda ifade bulunmuş müteselsil borçlu ekstradan yüke katlanmış olacaktır. İşte bu durumda, yazarın fikrine göre TBK m. 168 f.2 devreye girmelidir. Sonuçta alacaklı, zamanaşımının işlemesine göz yumarak dolaylı fiiliyle diğer borçluların durumunu ağırlaştırmış olur.

Yazarın bu görüşüne tam olarak katılmıyoruz. Bunun sebebi, alacaklıya tam ifade bulunan borçlunun rücu yolunda bir sorunla karşılaşmayacağını düşünmemizdir. Açacak olursak, bir müteselsil borçlu alacaklıya ifade bulduktan sonra özel rücu yolundan veya genel rücu (halefiyet) yolundan faydalanarak diğer borçlulara talepte bulunabilecektir. Hatta bu taleplerin özel rücu talebi sınır teşkil etmek kaydıyla birleştirilip yöneltmesi de mümkündür. Yazarın değindiği şekilde bir durum, borçlunun halefiyet yoluyla talepte bulunduğu olasılıkta gündeme gelir. Zira burada talepte bulunan müteselsil borçlu, alacaklının yerine geçtiği için ona karşı ileri sürülebilecek tüm savunmalar, halefine de ileri sürülebilir. Oysaki (kanunda karine olarak da kabul edilmiş) özel rücu yoluna gidildiğinde, borçlunun herhangi savunma sebebi ortaya atabilmesi mümkün değildir, burada talep temeli başkadır. Alacaklıyla olan dış ilişkideki savunma, özel rücu yolunda dile getirilemez. Dolayısıyla en nihayetinde borçlunun rücu alacağına kavuşması bakımından bir engel söz konusu olmaz. Bu bağlamda, hükmün sınırları zorlanarak TBK m. 168 f.2'den faydalanılmasına da bir gereklilik bulunmamaktadır (Genel ve özel rücu haklarının birbiriyle ilişkisine dair ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda §3, I, B).

¹⁰³⁸ İyimaya, **a.g.e.**, s. 140.

yararlanabileceğini söylemek bu belirttiklerimizle çelişki gösterir. Eğer borcun, ilk borçlunun iç ilişkideki payı oranında diğerlerinden talep edilemez olduğu savunulursa, zamanaşımı define hak sahibi ilk müteselsil borçlu bakımından yarattığı etkinin de ötesinde bir itiraz etkisi yüklenmiş olur ki bu hiç kabul edilemez. Yok, eğer böyle olmayıp diğer borçluların, ilk borçlunun zamanaşımı defini kısmi olarak ileri sürmesi kaydıyla bu etkinin sağlanacağı söyleniyorsa, bu da tereddütle karşılanmalıdır. Zira borçlulardan birinin kişisel defî, bu durumda kısmen de olsa bir çeşit ortak defî katına çıkarılmış olur. Diğer taraftan bu noktada borcun ibrayla sona ermesinin diğerlerine etkisine ilişkin TBK m. 166 f.3'ten de kıyas yoluyla faydalanılması mümkün olamaz. Zira hem ortada bir itiraz sebebi bulunmamaktadır, hem de burada alacaklının iradesinin ortaya koyarak bir borçluyu borçtan kurtarması söz konusu değildir. Onun iradesi dışında gerçekleşen bir savunma sebebinin, bir de kişisel özelliği kısmen kenara atılıp âdeti “kamuya açılarak” kullanılmasına göz yummak isabetli bir çözüm yolu oluşturmaz. Sonuç olarak kişisel defî olarak ortaya çıktığında zamanaşımı definin diğer borçlulara herhangi bir etkisi bulunmadığının kabulü daha isabetli olur.

Bazı durumlarda zamanaşımı süresi bütün borçlular bakımından ortak bir defî olarak da ortaya çıkabilir. Bütün borçluların aynı türden borcu için aynı vade öngörüldüğünde bu sonucun ortaya çıkması muhtemel olacaktır. Böyle bir durumda zamanaşımı defî, ortak bir savunma hakkı olarak her bir borçlu tarafından kullanılabilmesi gibi, bir yükümlülük olarak da kullanılması kaçınılmazdır. Aksi takdirde, zamanaşımı definin ileri sürülmesinden imtina edilmesi borçlunun rücu hakkının kaybına yol verecektir.

Peki, ortak defî, sadece bir borçluya karşı yapılan dava dışı ifa talebinde veya açılan davada ileri sürüldüğünde bunun diğer borçlular bakımından etkisi ne olur? Sorunun ikinci kısmı usûl hukukunu ilgilendirdiğinden, konuyu ikiye ayırarak ele almak gerekir. Dava dışında, yapılan ifa talebine karşı bir borçlunun zamanaşımı savunmasında bulunması, diğerleri bakımından da borcu talep edilemez hale getirmez. Zira ortada bir defî hakkı olduğu için, bu hak kendisine kişisel olarak tanınmış olan kişilerden her biri hakkı kullanıp kullanmamakta (sonuçlarına katlanmak suretiyle) serbesttir, otomatik bir uygulama söz konusu olmaz.

Dava içinde zamanaşımı definin kullanılmasında ise, akla farklı alt olasılıklar gelebilecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, alacaklı tarafından açılacak herhangi bir davada müteselsil borçlular, ihtiyari dava arkadaşları konumundadırlar. Dolayısıyla genel olarak birine açılan davanın kesin hüküm teşkil eden sonucu olumlu veya olumsuz olsun, diğeri bakımından herhangi bir hüküm doğurmayacaktır. Bütün borçlulara aynı anda dava açıldığında da aynı durum geçerlidir, böyle bir durumda birlikte görülen ayrı davalar söz konusudur, borçlu sayısı kadar davadan söz edilmek gerekir. Bunlardan birinin neticesi diğere etkide de bulunmayacaktır. Nitekim konuyla ilgili bu bilgiler ışığında yapılacak ilk tespit şu olmalıdır: gerek bir borçluya karşı açılan davada o borçlunun, gerekse de her bir borçlunun kendisine karşı açılacak davada her bir borçlunun, ilgili ortak defiyi bizzat ileri sürmesi gereği bulunur. İkinci tespit ise, bir borçluya açılmış olan dava zamanaşımı definin ileri sürülmesiyle reddedilirse bu durum sadece onun lehine sonuç doğuracaktır. Diğerleri bakımından verilen hükmün kesin delil etkisi bulunmamaktadır.

Borca katılma bahsi bakımından yapılacak açıklamalar, yukarıda müteselsil borçluluk bakımından yapılanlardan farklılık göstermeyecektir.

Bölünemeyen borçlulukta ise, dar anlamda da tek borç ilişkisi olduğundan zamanaşımı bütün borçlular açısından her zaman ortak bir süre olarak işler, borçluların her biri açısından farklılaşmaya gidilmesi bir olasılık olarak söz konusu olmaz. Öte yandan TBK m. 155 f.2, bir borçlunun zamanaşımını kesen hareketinin diğer borçlular açısından aynı etkiyi yaratacağını belirtmektedir. Müteselsil borçlulukta çoklu yapıyla çelişen bu hüküm, bölünemeyen borçlulukta bir çelişki meydana getirmez. Peki, bölünemeyen borçlulukta bir borçlu açısından etkili olan zamanaşımının durması sebebi, diğerleri bakımından bir etkide bulunur mu? Kanunda bu soruya yönelik bir cevap yer almamaktadır. Açıkçası bu sorunun cevabını vermek güçtür, eğer borçlulardan biri için duran zamanaşımı süresinin diğerleri bakımından devam edeceği söylenirse, işlemekte olan zamanaşımı süreleri bakımından farklılaşma söz konusu olur. Bu da, söz konusu borçlulukta dar anlamda tek borç ilişkisi bulunması olgusuyla çelişki gösterir. Diğer taraftan bu çelişkiyi ortadan kaldırmak için durma sebebinin diğer borçlular bakımından da etkili olacağı söylenirse, bu durumda da durma sebeplerinin istisnai ve özel ilişkilere dayanması olgusu bakımından bir soru işareti ortaya çıkar. Tam tersine durma sebebinin, bizzat

nezdinde doğan borçlu için etkili olmaması da kabul edilebilecek bir çözüm oluşturmayacaktır. Kanaatimizce, bu alanda çelişki yaratmayan bir sonuç bulmak mümkün değildir. Dolayısıyla çelişkili olsa da akla en yatkın olan çözüm, durma sebebinin sadece ilgili borçlu bakımından sonuç doğurduğu, diğerleri bakımından ise sonuç doğurmadığı ve onlar zamanaşımının işlemeye devam edecek olmasının kabul edilmesidir.

i. Aşırı İfa Güçlüğü

Bir sözleşme akdedildikten sonra meydana gelen, öngörülemeyen ve beklenmedik olaylar neticesinde gerçekleşen koşul değişiklikleri karşısında borcun ifa edilmesi bakımından adaletsizliklere yol açarak, ilgili sözleşme tarafını mağdur edebilir. Böyle bir durum, sözleşmenin yeniden ele alınmasını ve değişen durumlara uyarlanmasını gerektirebilir. Sözleşmenin yeniden ele alınması ve uyarlanması ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin bir istisnasını oluşturur¹⁰³⁹. Böyle durumlarda işlem temelinin çökmüş olduğundan söz açılır.

Hemen belirtmelidir ki, bir sözleşmenin uzun veya kısa süreli olması, uyarlanması bakımından temelde bir değişiklik meydana getirmemektedir. Bunun yanında kısa süreli sözleşme kavramı içine, kuruluş anı ile ifa anı arasında bir zaman diliminin geçmesi öngörülen sözleşmeler de dâhildir¹⁰⁴⁰. Yoksa “*Sadece sürekli borç ilişkilerinin uyarlanması mümkündür,*” şeklinde bir yanılgıya düşülmemesi gerekir. Yalnız bu konuda, şu hususun özel olarak dikkate alınması önem taşır. Uzun süreli sözleşmelerde sözleşmenin süresinin uzunluğu, gerçekten öngörülemeyecek olayların ve koşul değişikliklerinin gerçekleşme olasılığını arttırmaktadır. Bununla birlikte, tarafların da uzun süreli sözleşme kurmanın getirdiği riskleri hesaba katma ödevleri de artar. Kısa süreli sözleşmelerde ise olayın öngörülmesi olasılığı yüksek olmakla beraber tarafların riskleri hesaba katma ödevleri daha azdır. Dolayısıyla sözleşme süresinin uzunluğu veya kısalığı uyarlama bakımından önemi, sadece risklerin öngörülmesi ödevlerinin ne ölçüde yerine getirildiği bakımından önem taşır. Yoksa sürenin kısalığı otomatik olarak uyarlama imkânını ortadan kaldırırsa denilemez¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁹ Başak Baysal, “Aşırı İfa Güçlüğü”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, s. 113-145, s. 117.

¹⁰⁴⁰ Baysal, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁰⁴¹ Baysal, **a.g.e.**, s. 122.

Belirtilen her bir durumda, sözleşmenin temeli söz konusu beklenmeyen hal nedeniyle çökebilir.

İşlem temelinin çökmesi dolayısıyla sözleşmenin uyarlanması üç farklı halde söz konusu olabilir. Bunlardan ilki aşırı ifa güçlüğüdür. Bunun yanında, herhangi bir ifa güçlüğü oluşturmada da, karşılıklı borç ilişkilerinden karşı edimin değerinin azalması veya edimler arası dengenin bozulması yine ayrı birer işlem temeli çökmesi halidir ve uyarlamaya gidilmesi gerekebilir.

TBK m. 138, işlem temelinin çökmesinin bu üç sebebinden sadece aşırı ifa güçlüğüne ele alarak şöyle bir düzenleme öngörmektedir: “[S]özleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. / Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.” Görüldüğü üzere, hüküm belirli şartlarla aşırı ifa güçlüğü yaratan bir durumda taraflar arasındaki sözleşmenin uyarlanmasına cevaz vermektedir. Hükümün diğer işlem temelinin çökmesi olgularından bahsetmemesi, bunların uyarlamaya yol verebilip veremeyeceği açısından tereddüt yaratmaktadır. Kanaatimizce MK m. 2 çerçevesinde somut durumlar değerlendirilmeli, söz konusu durumlarda gerektiğinde sözleşmenin uyarlanabilmesine bir engel olmamalıdır. Aksine menfi çözümün kabul edilerek diğer hallerin dışlandığını söylemek isabet taşımaz. Keza böyle bir gereklilik de bulunmamaktadır.

Müteselsil borçlulukta aşırı ifa güçlüğüne şartlarının oluşması durumunda nasıl hareket edilmelidir? Bu durumda verilecek cevap farklı kurgulara göre değişkenlik gösterecektir. Bir defa bütün müteselsil borçluların aynı edimi borçlanmaları durumunda, meydana gelecek öngörülemeyen değişiklik hepsi açısından aşırı ifa güçlüğü yaratabilir. Bu durumda borçluların hepsi açısından geniş

anlamda borç ilişkisinin ve dolayısıyla dar anlamda borç ilişkilerinin değişen duruma uyarlanması veya sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna gidilebilir. Bununla birlikte aynı edimin borçlanması durumunda, özel olarak, sadece bir borçlu açısından böyle bir durumun oluşması pek olası gözükmemektedir. Ancak kişisel durumla ilgili olayların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Bu durumda sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi sadece bir borçlu bakımından meydana gelir. Diğer borçluların da durumları TBK m. 166 f.3'ün kıyasen uygulanması suretiyle, kısmen, hakkında TBK m. 138'in uygulama alanı bulunduğu borçlunun iç ilişkideki payı oranında etkilenirler. Böyle tek borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesinin daha olası olduğu bir durum, müteselsil borçluların farklı ve ayrı şekilde ifa edilecek edimleri ifa borcunu üstlenmeleridir. Aynı şekilde TBK m. 166 f.3'ün kıyasen uygulanmasına ilişkin açıklamalarımız burada da geçerli olur.

Borca katılmada da, müteselsil borçluluk özelinde yapılan açıklamalardan aynen yararlanılabilir. Keza bölünemeyen borçlulukta da, yapılan açıklamalar benzer özellik taşır. Zaten bu son durumda, birlikte borçlular zorunlu olarak aynı edimi borçlanmış olurlar. Bu durumda, eğer edimin ifası için kaçınılmaz olarak bütün borçluların katılımı gerekiyorsa, aşırı ifa güçlüğü bütün borçlular bakımından gündeme gelecek ve hepsinin durumunu etkileyecektir. Örneğin borçluların elbirliği ortaklığında bulunan bir malın verilmesi borcunda, bu şekilde bir sonuç doğacaktır. Buna karşılık eğer edimin her bir borçlu tarafından ifası mümkün ise, bu durumda sadece bir borçlu bakımından aşırı ifa güçlüğü teşkil eden bir durumun oluşması düşük bir olasılıktır. Ne var ki, böyle bir durumun oluştuğu ihtimalde nasıl düşünmek gerekir? Bir defa edim bölünebilir olmadığı için borçlunun borçtan tamamen veya kısmen borçtan kurtulmasının diğer borçlulara doğrudan yansıtılabilmesi mümkün değildir. Bu durumda, ilgili borçlunun sözleşme bağından kurtulması veya ilişkinin yapısının değiştirilmesi, diğerlerine onun iç ilişkideki payının değerinin hesaplanması suretiyle bir miktar denkleştirme bedeli aktarması suretiyle mümkün olabilmelidir. Aksi halde diğerleri açısından olumsuz bir durumun oluşacağı aşikârdır. Bu son durumda kalan borçlular, dışarıda kalan borçlunun varlığının kendileri için olmazsa olmaz özellikte olduğunu ileri sürerek kendileri açısından da işlem temelinin çöktüğünü iddia edebilirler. Bu durumda sözleşme her bir borçlunun durumu yeniden gözetilmek suretiyle uyarlanmalı veya mümkün olamıyorsa sona erdirilmelidir. Bu son durumda işlem temelinin çökmesi olgusu, TBK m. 138'de

sözü edilen aşırı ifa güçlüğünden daha farklı bir sebebe, sözleşmenin yapılmasından ilk planda gözetilen amacın boşa çıkmasına dayanmaktadır, MK m. 2 çerçevesinde bir çözümleme yapılmak gerekecektir.

j. Sözleşmeden Dönme

TBK'nın sözleşme hukuku sistemine bakıldığı zaman, yenilik doğuran bir etkiyi haiz olan dönme hakkının alacaklıya sadece bazı istisnai hallerde tanındığı görülmektedir. Bunun nedeni, esas prensibin ahde vefa (*pacta sunt servanda*) olduğu sözleşmeler hukuku sisteminde, bu hakkın kullanılmasıyla beraber sözleşmesel düğümün (*contractus*) çözülüyor olmasıdır. Dolayısıyla geniş anlamda borç ilişkisi dönme yenilik doğurucu beyanıyla birlikte bir tasfiye ilişkisine dönüşür.

Genel olarak sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla taraflar sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmekten kurtuldukları (*effet libératoire*) gibi bir de bu sözleşme kapsamında elde ettiklerini iade etme yükümlülüğü altına girerler. Ancak dönmenin etkisinin hukukî olarak nitelendirilmesinde ve iade yükümlülüklerinin saptanmasında öğretide bir görüş birliği söz konusu değildir. Sonuçları bakımından farklılaşan çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerin genel olarak dört grup altında toplanabilmesi mümkündür. Bunlar klasik dönme görüşü, aynî etkili dönme görüşü, yasal borç ilişkisi görüşü ve modern dönme görüşü görüşüdür. Müteselsil borçluluk bakımından açıklamalarımıza geçmeden önce, aşağıda her bir görüş açısından kısa açıklamalara yer verilecektir.

Klasik dönme görüşünü savunan yazarlara¹⁰⁴² göre dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme geçmişe etkili bir biçimde (*ex tunc*) hiç kurulmamışçasına ortadan kalkar. Yenilik doğurucu etkisi bozucu niteliktedir. Buna göre henüz yerine getirilmemiş yükümlülükler sona erecek, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin bir talep borcun sona erdiği itirazı ile karşılaşacaktır. Dönme anına kadar yerine getirilmiş edimler ise hukukî sebeplerini (*causa*) kaybettikleri üzere ancak sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talep (*condictio ob causam finitam*) kapsamında geri istenebilecektir.

¹⁰⁴² Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 549 ve orada dn. 663'te anılan yazarlar; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 951.

Aynî etkili dönme görüşünü savunan yazarlara¹⁰⁴³ göre sözleşme, dönme hakkının kullanılması ile birlikte klasik görüşte olduğu gibi geçmişe etkili bir biçimde ortadan kalkar. Bu görüşte ileri sürülen farklılık, dönmenin –sebebe bağlı tasarruf işlemleri bakımından- aynî etki doğurmasıdır. Buna göre dönmeden sadece borçlandırıcı işlemler değil, sebebe bağlı tasarruf işlemleri de etkilenecektir¹⁰⁴⁴. Bunun sonucu olarak da borçlandırıcı işlemin ifası amacıyla karşı tarafa kazandırılan aynî haklar da kendiliğinden eski hak sahibine geri dönecektir. Dolayısıyla iade talebi kural olarak istihkaka dayalı olacaktır. Ancak karışma –özellikle para edimleri-, birleşme, işleme veya iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımları bakımından yine sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iade talebinde bulunulabilecektir. Yine aynı şekilde sebepten soyut tasarruf işlemleri de dönme beyanından etkilenmez, bunlara dayalı kazanımlar korunacağından iade talebi sebepsiz zenginleşmeye dayanabilecektir. İstihkak talebi herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı değilken, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talepler TBK m. 82 kapsamında 2 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Yasal borç ilişkisi görüşünü savunan yazarlara¹⁰⁴⁵ göre ise, dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme ilişkisini ortadan kaldırır ve fakat kurulduğu andan itibaren hükümsüzleşmesi sonucu söz konusu olmaz. Buna göre taraflar arasında TBK m. 125’te dayanağını bulan tasfiyeye yönelik yasal bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilir. Sözleşme geçerli iken gerçekleşen kazanımlar dönmeden etkilenmeyecektir. Ancak önceden yerine getirilmiş olan edimlerin iadesi, yasal tasfiye ilişkisi içinde talep edilebilecektir. Bu talebin kapsamı kıyasen sebepsiz zenginleşme kurallarına göre belirlenir. Ancak zamanaşımı süresi bakımından TBK m. 146 çerçevesindeki 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır.

Son olarak modern dönme görüşünü savunan yazarlara¹⁰⁴⁶ göre dönmenin sözleşmeyi doğrudan ortadan kaldırıcı bir etkisi bulunmaz. Yenilik doğurucu etki,

¹⁰⁴³ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Vedat Buz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s. 139; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1989, s. 40; Turgut Öz, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **MHAD**, Yıl 1985, C. 13, Sayı 16, s. 131-172, 131 vd.

¹⁰⁴⁴ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 549.

¹⁰⁴⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için Bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 962; Becker, **BerKom.**, Art 109, N. 4.

¹⁰⁴⁶ Bu görüşte Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 78 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 231; Eren, **a.g.e.**, s. 1077; Özer Seliçi, **Sürekli Borç İlişkilerinin Sona**

değiştirici niteliktedir. Sadece sözleşmenin konusu, deyim yerindeyse içerik değiştirilerek ters çevrilmekte, verme yükümlülükleri geri verme yükümlülüğüne dönüşmektedir. Buna göre daha yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri yönünden bu yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınmaya ilişkin defî hakları kullanılabilir. Dönme anına kadar yerine getirilmiş edimler bakımından “değiştirilmiş” sözleşmeye dayalı geri verme talepleri söz konusu olabilir.

Müteselsil borçlulukta, geniş anlamda tek bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Eğer dönme hakkı borçluların hepsi için doğmuş bulunuyorsa, bütün borçlular birlikte dönme hakkını kullanarak tüm ilişkiyi sona erdirebilir¹⁰⁴⁷. Bununla beraber dönme hakkının sadece borçlulardan birinin şahsında doğması halinde, onun geniş borç ilişkisini tamamen sona erdirmeye yönelik bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle de doktrinde müteselsil borçlulukta dönme hakkının sadece bir borçlunun şahsında söz konusu olması halinde hakkın hiç kullanılmayacağı ileri sürülmektedir¹⁰⁴⁸. Kanaatimizce böyle bir durumda dönme hakkının hiçbir şekilde kullanılmasına izin verilmemesi aşırı bir sınırlama oluşturabilir. Tek başına borçlulukta, borçlu temerrüdünde, borç bölünebilir olduğunda, borcun sadece bir kısmı bakımından temerrüde düşen kişiye, kısmi dönme hakkının kullandırılması genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre yukarıda kabul edilecek teoriye göre ilgili sonuçlar kısmen gerçekleşmiş olur. Müteselsil borçlulukta da, aynı durum edimin kendisi bakımından değil borçluların şahsı bakımından oluştuğunda neden böyle bir imkândan faydalanılamayacak olsun? Dolayısıyla çözüm, borçlulardan birinin dönme beyanının, ancak sözleşmenin içinde tasarruf edebileceği, kendi dar anlamda borç ilişkisi kadar etkili olmasıdır. Böylece ilgili borçlu tamamen borçtan kurtulacak, diğerlerinin durumu da, TBK m. 166 f.3'ün kıyasen uygulanması neticesinde, bundan kısmen etkilenecektir.

Borca katılma bakımından, yapacağımız açıklama ufak bir farklılık gösterir. Borca katılan, katılma işlemi gerçekleşip müteselsil borçlu konumuna geldiğinde, kural olarak taraflar arasındaki sözleşmenin dolayısıyla geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı olmamaktadır. Böyle bir durumun oluşabilmesi için sözleşmeye

Ermesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 209. Bkz. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde bir kararı: BGE 114 II 157.

¹⁰⁴⁷ Gauch / Schluep / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3725.

¹⁰⁴⁸ Gauch / Schluep / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3725.

katılmanın söz konusu olması gerekir. Dolayısıyla borca katılan bakımından dönme veya fesih beyanlarının kullanılarak sözleşmenin etkilenmesi mümkün değildir. Buna karşılık, ilk borçlu geniş anlamda borç ilişkisinin tek başına tarafı olacağı için ilişkiyi tamamen sona erdirebilecek, yerine tasfiye ilişkisinin geçmesini sağlayabilecektir. İlk ilişkinin ortadan kalkması, dar anlamda borç ilişkilerinin de tamamıyla sona ermesine yol açacaktır. Sonuç olarak, gerek tasfiye ilişkisindeki iade yükümünden, gerekse de varsa zarar tazmini borcundan sadece ilk borçlu sorumlu olur. Bu durum yukarıda aktarılan teorilerden hangisi kabul edilirse edilsin farklılık göstermez.

Bölünemeyen borçlulukta ise, değişik olasılıklar üzerinden değerlendirme yapılmak gerekir. Bütün borçluların şahsında dönme hakkının doğmasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Hepsi birlikte hareket ederek ilişkiyi bütünüyle şüphesiz sona erdirebilecektir.

Diğer taraftan sadece bir borçlunun şahsında dönme hakkının oluşabileceği olasılıkta bir ayrıma gidilmesi şarttır¹⁰⁴⁹. Şayet borcun konusunu oluşturan bölünemez edim, borçlulardan sadece birinin ifasının mümkün olduğu türde bir edim yükümlülüğü ise, varılacak sonuçlar ufak bir farklılaşma dışında müteselsil borçluluktakine benzer özellik gösterir. Şöyle ki, bölünemeyen borçluluğun yapısı gerek geniş gerekse de dar anlamda tek bir borç ilişkisinden ibarettir. Dolayısıyla kendi şahsında dönme hakkı doğan birlikte borçlu kendi dar anlamda borç ilişkisinden sıyrılarak, dönmenin geniş anlamda borç ilişkisi bakımından kısmi bir etkisi olmasına yol açmamakta, sadece iki ilişkiden de tek bir şartla sıyrılabilmektedir. O da, diğerlerine iç ilişkide kendi üzerine düşecek nihai borç taşıma yükü değeri üzerinden bir denkleştirme bedelini ödemektir. Zira onun bu şekilde ilişkiden sıyrılmasına izin verilmesi, borçluların yükünün artmasına yol açmamalıdır. Burada TBK m. 166 f.3 hükmünden geniş bir perspektifte faydalanılmaktadır.

Buna karşılık şayet bölünemeyen borçlulukta borçlanılan edim, yalnızca bütün borçluların ortak hareketiyle birlikte gerçekleştirilebilecek bir edimse sadece bir borçlunun şahsında dönme hakkının oluşması durumunda, aynı türden bir yaklaşımda bulunulması söz konusu olamaz. Zira sadece bir borçlunun ilişkinin

¹⁰⁴⁹ Bütün borçluların şahsında dönme hakkının koşulları olduğu bir ihtimalde de, borçlulardan sadece bazıları ilişkiyi sona erdirmek istediğinde de yine aynı çerçevede hareket edilmek gerekecektir.

dışına çıkması durumunda bile, borç ifa edilemez hale gelmiş olacak ve diğer borçluların sorumlu olmadıkları bir imkânsızlıktan bahsedilecektir. Dolayısıyla bütün borçlular borçtan kurtulmuş olacaktır. Dönme hakkını kullanan borçlunun alacaklıyla olan tasfiye ilişkisi ayrıca değerlendirilmelidir. Bu düşüncenin aksine son olasılıkta, ilgili borçluya dönme hakkının kullandırılmaması, isabet taşımaz. Öyle ki, zaten hakkın kullanılma koşullarının oluşmasına sebep olan bizzat alacaklıdır, öte yandan diğer borçlular da herhangi bir şekilde durumdan zarar görmemekte, bizatihi ilişkiden kurtulabilmektedir. Dolayısıyla aksi düşüncenin savunulması, dönme hakkı nezdinde doğan borçlu açısından ilişkiyi haksız şekilde bir “pranga” haline getirmektedir.

k. Borcun Nakli

TBK m. 196 düzenlenen borcun nakli (borcun dış yüklenilmesi), dar anlamda bir borç üzerinde tasarruf edilerek, borcun borçlusunun değiştirilmesidir¹⁰⁵⁰. Borçlunun değişmesi alacaklının ifa menfaatini yakından ilgilendirdiğinden, sadece eski ve yeni borçlunun anlaşmaları yeterli olmaz, onun da mutlak rızasını gerektirmektedir¹⁰⁵¹. Sonuçta yeni borçlunun malvarlığı, eski borçluya göre daha kötü durumda olmasına ve alacağı elde edememe riskinin artmasına alacaklı katlanmak zorunda değildir.

Müteselsil borçluluğun mevcut olduğu bir durumda borcun naklinin değişik görünümüleri olabilir. Bu noktada öncelikle devralan üçüncü kişinin alacaklıyla yaptığı anlaşma önem taşımaktadır¹⁰⁵². Eğer alacaklı, üçüncü kişinin teselsül yapısı içindeki her bir dar anlamda borcu devralmasına rıza gösterirse, oluşacak yeni durumda bütün müteselsil borçlular borç yükünden kurtulur. Böyle olunca üçüncü kişi yeni borçlu olarak borcu tek başına üstlenmiş ve dolayısıyla teselsül de sona ermiş olur. Bu durumda diğer borçlular borçtan kurtuldukları için onların hepsinin duruma rıza göstermesi gerekir¹⁰⁵³. Söz konusu işleme bazı borçluların rıza göstermemesi durumunda, borcun nakli teselsülü kısmen veya tamamen yine sona erdirecek, devrolunan borç miktarı işleme rıza gösteren borçluların iç ilişkideki

¹⁰⁵⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 592.

¹⁰⁵¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 594.

¹⁰⁵² Engel, **Partie Générale**, s. 842.

¹⁰⁵³ Engel, **Partie Générale**, s. 843.

payları kadar olacaktır. Bir örnekle somutlaştıralım. A'ya karşı B1, B2, B3 ve B4 eşit paylarla 4.000 TL için müteselsil olarak sorumlu olsunlar. Sonradan ortaya çıkan Ü tüm müteselsil borcu devralmak konusunda alacaklı A'yla anlaşsın ancak B1 ve B2 bu duruma rıza göstermesinler. Bu durumda, Ü B3 ve B4'ün iç ilişkideki payları kadar, yani 2.000 TL için borcu devralmış olacak, öte yandan B1 ve B2 için de 2.000 TL üzerinden A'ya karşı müteselsil sorumluluk devam edecektir.

Bunun yanında üçüncü kişi alacaklının rızası dâhilinde sadece bir müteselsil borçlunun dar anlamda borcunu devralmak isteyebilir. Böyle bir durumda ortaya nasıl bir sonucun ortaya çıkacağı titizlikle tespit edilmelidir. Esasen temelde cevaplanması gereken iki soru bulunur. Bunlardan birincisi yeni borçlunun teselsül ilişkisine dâhil olup olmayacağı, ikincisi ise onun teselsül ilişkisine katılması bakımından diğer müteselsil borçluların rıza göstermelerinin ne ölçüde gerekli olduğu veya rıza vermemelerinin etkisinin ne olacağıdır.

Öncelikle diğer müteselsil borçluların bir itirazı olmadığı olasılık üzerinde duralım. Borçlular bu işleme karşı çıkmadıklarında, ilgili müteselsil borçlunun dar anlamdaki borcunun üçüncü kişi tarafından devralınmasında hiçbir yönden bir sıkıntı söz konusu olmaz. Dış ilişki bakımından bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Bir tek söz konusu yeni borçlunun sözleşme tarafı olmadığı unutulmamalıdır, onun sözleşme tarafı olmaktan kaynaklanan yetkileri tek başına kullanabilmesi mümkün olmaz. Alacaklı yine istediği müteselsil borçlulara borcun tamamı için başvuruda bulunabilir. Bunun akabinde de müteselsil borçlular iç ilişkileri kapsamında hesaplaşırlar. İşte müteselsil borçluların borcun nakli işlemine onay vermelerinin aranmasının temelinde diğer müteselsil borçluların yeni borçlu üçüncü kişiyle rücu ilişkisinde muhatap olacakları düşüncesi yer almaktadır. Sonuçta kanun, genel olarak –sözleşme neticesinde oluşan- müteselsil borçlular arasında bir iç ilişkinin varlığını karene olarak kabul etmektedir. İşte müteselsil borçlular, üçüncü kişinin borcu devralmasına rıza gösterdiklerinde, onların bu rızası bu kişinin iç ilişkinin de tarafı olabilmesine ilişkin olacaktır.

İkinci olasılıkta ise, yani şayet, müteselsil borçlular böyle bir rıza göstermezlerse, bu dar anlamda müteselsil borcun devri açısından şüphesiz bir sorun teşkil etmez. Borç devrolunmuş olur. Dış ilişkideki yapılanma yine aynı olacak,

alacaklı dilediği borçluya başvuruda bulunabilecektir. Ne var ki, dış ilişkide devir suretiyle borçtan kurtulan ilk müteselsil borçlu iç ilişki çerçevesinde diğerlerine karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Sonuçta, dar anlamda müteselsil borcu devralan üçüncü kişinin iç ilişkiye taraf olması diğerlerinin rızası olmaksızın düşünülemez. Zira iç ilişkiye taraf olunması ancak sözleşmenin devri tasarruf işlemi ile mümkündür, bu işlemde gerek alacak gerekse de borcun devralınması söz konusu olduğu için diğer müteselsil borçluların rücu alacaklısı olarak rızalarının alınması kaçınılmazdır. Öte yandan böyle bir durumda üçüncü kişinin alacaklıya tüm müteselsil borç tutarı için yapacağı ifa da kendisine, iç ilişkiye taraf olmadığı için, diğerlerine başvurma konusunda bir alacak hakkı vermez.

Yine yukarıdaki ilk durumdaki örnek üzerinden açıklamalarımızı somutlaştıralım. Aynı örnek dâhilinde, Ü sadece B1'in borcunu devralmayı tasarlasın ve bu konuda A'nın rızasını alsın. Diğer müteselsil borçlular ise, tanımadıkları Ü'nün malvarlığı durumu hakkında bilgi sahibi olmadıkları için onu iç ilişkilerine dâhil etmesinler. Bu durumda Ü, diğer müteselsil borçlularla birlikte 4.000 TL'nin tamamı için alacaklıya karşı sorumludur. Şayet B2 alacaklıya 4.000 TL'yi ifa ederse, iç ilişki dâhilinde B1, B3 ve B4'e payını aşan ödemesi için başvuruda bulunabilecektir. Buna karşılık eğer Ü, 4.000 TL için ifada bulunursa, o diğerlerine dâhil olmadığı iç ilişki kapsamında rücu edemez. Bu durumda eğer Ü sadece (B1'in iç ilişkideki yükü bakımından) 1.000 TL'nin mali yüküne katlanmak amacıyla borcu devralmışsa, B1'den fazladan ödediği 3.000 TL için bir talep ileri sürebilir. B1 de, bu ödemesini hala tarafı olmaya devam ettiği iç ilişkideki B2, B3 ve B4'ten talep edebilecektir. Görüldüğü üzere, alacaklı bakımından çok önemli olmasa da, borcunu devreden borçlu bakımından diğer müteselsil borçluların rızasının alınması, belirtilen türden bir rücu ilişkisi karmaşası çıkmaması açısından elzemdir.

Diğer borçluların rızasının alınmadığı bir olasılıkta bu tarzda bir durumun oluşması istenmiyorsa, alacaklı ve üçüncü kişinin anlaşması şöyle tasarlanmalıdır: Ü, A'ya karşı B1'in iç ilişkideki payını yani 1.000 TL'yi devralmayı, B1'in ibrası karşılığında taahhüt etmelidir. Böyle bir durumda TBK m. 166 f.3 devreye girecek ve diğer borçlular da iç ilişkilerinde ibra edilen B1'in payı kadar borçtan kurtulacaktır. Son tahlilde alacaklı Ü'den sadece 1.000 TL için; B2, B3 ve B4'ten ise kalan borç tutarı 3.000 TL için müteselsil olarak talepte bulunabilecektir.

Borca katılma yoluyla oluşacak müteselsil borçluluk bakımından da yukarıdakilerle özdeş değerlendirmeler yapılabilir. Buna karşılık bölünemeyen borçlulukta, teknik olarak daha farklı değerlendirmelerin yapılması gerekebilir. Zira bu birlikte borçluluk türü, müteselsil borçluluktan farklı olarak dar anlamda tek bir borç ilişkisi içerir. Bölünemez borcun bir bütün olarak sadece bir üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi durumunda birlikte borç ilişkisi, tek kişilik borç ilişkisine dönüşür. Yalnız böyle bir durumda bütün borçluların bu işlemi onaylamaları gerekir. Eğer işlem bazı birlikte borçlular tarafından onaylanmazsa gerçekleşemez. Zira borcun bölünerek bir kısmının üçüncü kişiye devredilebilmesi mümkün değildir. Aynı sonuca sadece bir borçlunun borcunun üstlenilmesi teşebbüsü bakımından da varılması mümkündür. Özetle, bölünemez borcun sadece bir bütün olarak, tüm borçluların üzerinden devralınması ve bir üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi imkân dâhilinde olduğu söylenebilir.

I. İrade Sakatlıkları

İrade sakatlıkları, TBK m. 30 vd.'da düzenlenmektedir. Buna göre bir hukukî işlemde hata, hile veya ikrah sebeplerinden biriyle iradesi sakat olan taraf, işlemin iptalini isteyebilecektir. İptal beyanı yenilik doğurucu bir beyandır, kullanılmasıyla birlikte işlemi baştan itibaren ve kesin olarak hükümsüz hale getirmektedir. Beyanın kullanılabilmesi, bir hak düşürücü süreyle sınırlanmıştır. Söz konusu süre içinde beyanın kullanılmasına kadar işlem iptal edilebilirlik statüsündedir. Eğer süre sonunda söz konusu iptal hakkı kullanılmamış olursa, işlem geçerli bir işlem olarak varlık gösterir. Kanun hükmünde (TBK m. 39) her ne kadar iradesi sakat olan tarafın işleme icazet vermesinden (onama) bahsedilse de, burada teknik anlamıyla bir icazet söz konusu değildir, daha ziyade yenilik doğuran iptal hakkını kullanmaktan feragat edilmesi söz konusudur.

İptal beyanının etkileyeceği yapı, geniş anlamda borç ilişkisidir. Yoksa dar anlamda borçlar bakımından bu beyanın yalnızca, geniş olanı sona erdirmesi bakımından dolaylı bir etkisi olduğu söylenebilir.

Müteselsil borçlulukta, alacaklıyla yapılan hukukî işlemin bir tarafını oluşturan müteselsil borçlular grubunun her birinin iradesinin sakatlanması durumunda onlar

ortak olarak bulunacakları iptal beyanıyla geniş anlamda borç ilişkisinin hükümlerini doğurmasına son verebilirler.

Her bir borçlunun irade sakatlığı bulunmasına rağmen borçlulardan sadece biri sözleşmeyi iptal etmek istiyor, diğerleri istemiyorsa, nasıl bir çözüm üretileceği tartışmaya açılmalıdır. Bir görüşe göre, burada TBK m. 27 f.2'den faydalanılabilecektir. Dolayısıyla TBK m. 27 f.2'nin kısmi hükümsüzlüğe ilişkin hükmünün geniş yorumlanarak uygulanması ile ortadaki sorun çözümlenmelidir. Zira bu kural esasen sözleşmenin bir bölümünün hükümsüz olması halinde nasıl bir müdahalenin yapılması gerektiğine ilişkindir, oysaki burada sözleşme taraflarına ilişkin bir sorun bulunmaktadır. Sözleşme tarafını geniş bir yorumla sözleşmenin bir parçası olarak kabul etmek mümkün olacaktır. Buna göre, hüküm bu şekilde uygulandığında, kural diğer borçluların ilgili borçlu olmadan ilişkinin tarafı olmaya devam etmeleridir, istisnai olarak ise sözleşmenin bu şekilde kısmen bazı borçlular açısından sonuç doğurmaması söz konusu ise, sözleşme hiçbir borçlu açısından (ya da sadece ilgili borçlu açısından) sonuç doğurmayacaktır. Açıkçası, burada sözleşmedeki diğer müteselsil borçluların iptal hakkına başlangıçtan itibaren sahip olup bunu kullanmamaları, sözleşmeyi ayakta tutma yönündeki iradelerini açıkça ortaya koyduğundan, söz konusu olasılık bakımından böyle bir yaklaşımda bulunulması söz konusu olamaz. Bu durumda işlem, bir borçlunun dışarıda kalması dışında, diğer özellikleri bakımından hiçbir sekteye uğramaksızın diğerleri için geçerli olacaktır. Yani amiyane tabirle, borcun üst tutarı bakımından “ya hep ya hiç” sözcük grubunun doğrudan yansıttığı şekilde bir uygulamanın olacağı söylenebilir¹⁰⁵⁴. Diğer bir görüş ise, diğer borçluların durumu bilmemeleri halinde iptal beyanında bulunan ilgili borçlunun iç ilişkideki payı oranınca geniş anlamda borç ilişkisinin kısmen değişiklik göstereceğini, aynen borçtan kurtulma neticesinde olduğu gibi kısmi bir etkilenmenin söz konusu olacağını savunmaktadır. Öte yandan şayet durumu bilerek borç altına girme söz konusu ise, borçlular durumdan hiç etkilenmeden sorumlu olmaya devam edecektir¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁴ Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 795 ve özellikle dn. 64; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 448.

¹⁰⁵⁵ Sbai, **a.g.e.**, s. 133-134; Tekinay, **Teselsül**, s. 72; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 310.

Bu alanda, son görüşün ve onun mevcut pozitif hukuktaki (bir açıdan) yansımaları oluşturan TBK m. 166 f.3'ün kıyasen uygulanması düşünülemez¹⁰⁵⁶. Zira ortada alacaklının hukukî işlem iradesiyle meydana getirdiği bir sonuç bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu durum, geçerli bir hukukî işlemde doğan borcun sona ermesiyle değil bizatihi işlemin hükümsüzlüğü ile ilgilidir. Dolayısıyla zaten kıyas yoluyla bir uygulama yapılabilmesinin koşulları oluşmamıştır. Dolayısıyla ilk görüşün önerdiği çözüm, konu bakımından elverişli bir yaklaşım teşkil etmez.

Diğer taraftan irade sakatlığına yol açan sebep sadece bir müteselsil borçlu bakımından gündeme gelmiş olabilir. Dolayısıyla bu borçlu iptal beyanında bulunarak kendi açısından sözleşmenin hüküm doğurmaması sonucunu sağlayabilir¹⁰⁵⁷. Böyle bir durumda, yine hemen evvelki paragraflarda değindiğimiz tartışma mevcuttur. Kanımızca burada da, diğer borçluların durumdan nasıl etkileneceğine ilişkin olarak, yine yukarıdaki gibi, TBK m. 27 f.2 üzerinden bir çözüm üretilmelidir. Ancak burada yapılacak değerlendirmede, sonucun bir nebze farklılaşabilmesi mümkündür. Şöyle ki, son durumda, müteselsil borçlulardan sadece birinin ileri sürebileceği bir iptal hakkı söz konusu olduğu için, onların iradesine ilişkin yukarıdaki gibi bir belirti bulunmamaktadır. Dolayısıyla diğerlerinin işlemde istisnai olarak tamamen kurtulup kurtulamayacağı yapılacak yorumla belirlenecektir. Eğer iptal hakkını kullanan müteselsil borçlunun kişiliği ve varlığı diğerleri bakımından hukukî işlemin kurulmasında olmazsa olmaz (*condictio sine qua non*) bir özellikteyse, işlem hepsi açısından hükümsüzleşir. Buna karşılık, eğer böyle bir sonuca ulaşılamıyorsa alacaklıyla olan hukukî ilişki, müteselsil borçluların sorumluluklarında herhangi değişiklik meydana gelmeksizin, iptal beyanında bulunan borçlunun ona taraf olmaması dışında geçerliliğini koruyacaktır.

Konuyla ilgili olarak bölünemeyen borçlulukta temelde müteselsil borçluluktan farklı bir yapı olmasına rağmen kabul ettiğimiz yaklaşım ileri sürülebilir. Yalnız

¹⁰⁵⁶ Oğuzman / Öz (**Borçlar Hukuku II**, s. 448, dn. 184), bu görüşü iptal hakkının kullanılmasının hukukî sonuçlarıyla ve borçlular arasındaki iç ilişkinin alacaklıya yansımaları ilkesiyle bağdaşmaması yönünden eleştirmektedir.

¹⁰⁵⁷ Müteselsil borçlunun bu hareketi, hiçbir şekilde diğerlerinin durumunu ağırlaştırarak bir fiil olarak görülemez (TBK m. 165). Zira böyle bir ağırlaştırılmama yükü, müteselsil borçluluğun devamında söz konusudur. Burada her ne kadar iptal sonucu, ilişkinin devamında gündeme gelse de, kökeninde birlikte borç altına girilirken içinde bulunulan bir durum bulunmaktadır. Öte yandan iradesi sakat olan borçlu açısından böyle bir yasaklamaya gidilmesi ve ona ilişkiden sıyrılma olanağının verilmemesi hakkaniyete de uygun düşmez.

bölünemez edimin zorunlu olarak borçluların şahsına bağlı ve tümünün katılımı ile ifa edilebilecek bir edim olması durumunda konuya daha farklı yaklaşmak gerekir. Zira burada bir borçlunun borç ilişkisinden çekilmesi, diğerleri açısından sonradan meydana gelen imkânsızlık nedeniyle borçtan kurtulmaya sebep olur.

Buna karşılık borca katılma konusunda, başlangıçta ferîlik özelliği kapsamında, farklı bir sonuca ulaşılması gerekir. Borca katılanın borcu, geçerli bir şekilde doğabilmesi açısından diğer borçlunun borcunun geçerliliğine tabi bulunmaktadır. Bu özellik, sadece borcun doğumu bakımından geçerlidir, borç geçerli bir şekilde doğduktan sonra, her bir müteselsil borçlunun borcu (nispi) bağımsız olarak değerlendirilecektir. İşte ilk borcun doğduğu borç ilişkisinin geçerliliğinin iptal edilebilirlik statüsünde olması, borca katılanın borcunu da ferîlik neticesinde ilk borcun durumuna tabi kılar. Yalnız bu durum, borca katılanın ayrıca bir iptal beyanında bulunma hakkına sahip olduğu şeklinde de anlaşılmalıdır. Bir defa salt borca katılan kişi geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı haline gelmemektedir, iptal beyanı ise sadece geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı olan kişi tarafından kullanılabilir. Öte yandan borca katılma bakımından buna istisna getiren bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dolayısıyla borca katılan, ilk borçlunun alacağı tavra göre borçlu olmaya devam edecek veya borcu hükümsüzleşeceği için sorumluluğu baştan itibaren ortadan kalkacaktır. O, ilk borçlunun bu konudaki hareketini beklemek durumundadır.

Yalnız belki bu bekleme evresi bakımından ne olacağı konusunda ayrıca bir düşünce geliştirilebilir. Kanunda bu konuya ilişkin olarak bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla beraber tamamen ferî özellikteki kefalet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerinden TBK m. 140, takasla ilgili olarak şu hükmü getirmektedir: “[A]sıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulunduğça, kefil de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir.” Görüldüğü üzere, kanun borçlunun takas hakkı olduğu durumda, diğer birlikte borçlu kefile özel bir defî hakkı sunmaktadır. Kefalet sözleşmesi bakımından bu hüküm, başkaca belirsizlik durumlarında uygulanabilmek üzere geniş yorumlanır¹⁰⁵⁸. Nitekim bu belirsizlik durumlarından biri de asıl borçlunun tarafı olduğu hukukî işlemin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilirlik statüsünde olmasıdır. Sonuç olarak, kefil, asıl borç ilişkisinin iptal

¹⁰⁵⁸ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 721; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 18; Altay, **Borca Katılma**, s. 114; Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 14; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 502, N. 11.

edilebilir olduğu durumlar bakımından, alacaklının ifa talebine karşı bir defi hakkından faydalanır. Söz konusu maddenin geniş yorumlanan bu halinin takas bakımından kabul edilemese de¹⁰⁵⁹, bizzat borcun geçerliliğiyle ilgili bir durum oluşturması ve bu kapsamda da başlangıçtaki ferîlik kapsamında borca katılanın da bir durum değişikliği olursa bundan etkileneceğinden yola çıkılarak, kıyasen bir uygulamanın söz konusu olabileceği söylenebilir¹⁰⁶⁰. Zira menfaatler dengesi, burada birbirini tam olarak karşılamakta ve ilgili durumlar arasında ciddi bir benzerlik bulunmaktadır. Sonuç olarak, ilk borçlunun irade sakatlığı nedeniyle bir iptal hakkına sahip olduğu durumda, borca katılanın da, ortadaki belirsizlik açıklığa kavuşuncaya kadar, bir defi hakkından faydalanmasının mümkün olabileceği kabul edilebilir¹⁰⁶¹.

Diğer taraftan borca katılanın iradesinin sakat olması nedeniyle iptal hakkına sahip olmasının herhangi bir şekilde ilk borçlunun durumuna etkide bulunacağı söylenemez. Borca katılan iptal hakkını kullanarak, kendi borcunu hükümsüz hale getirebilir. Bu durumda ilk borçlunun borcu aynen devam edecektir. İlk borçlu, borca katılan olmasaydı ilgili borç altına girmeyeceği şeklinde bir savunma yapamayacağı için, kısmi hükümsüzlüğün istisnai olarak tam hükümsüzlüğe dönüşebilmesi burada mümkün olmayacaktır.

m. Ehliyetsizlik

Hukukî işlemin geçerli bir şekilde yapılabilmesi, tarafların gerekli fiil ehliyeti koşullarını sağlaması ile mümkündür. Kural olarak, tam ehliyetliler (başka özel bir şart aranmadıkça) her türlü işlemi geçerli olarak yapabilirken, tam ehliyetsizlerin kendi başlarına yaptıkları işlemler kesin hükümsüzdür. Bu iki statü arasında kalan sınırlı ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetliler ise bazı işlemleri tek başlarına yapabilirken, bazı başka işlemler açısından ise yasal temsilci veya danışmanlarının rızasına (izin veya icazet) ihtiyaç duymaktadırlar. İzin alınmadan sınırlı ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetlinin işlem yapılması durumunda, yapılan işlem durum açıklığa kavuşana

¹⁰⁵⁹ Bkz. yukarıda §2, IV, A, 2, b, i altındaki açıklamalarımız.

¹⁰⁶⁰ Bkz. aynı yönde Altay, **Borca Katılma**, s. 114.

¹⁰⁶¹ Alman Hukukunda, asıl borcun iptal edilebilirlik statüsünde olduğu durumlarda, kefile BGB §770 f.1 hükmüyle, bu defi hakkı tanınmaktadır. Bu defi hakkının borca katılmada da kıyasen uygulanabileceği doktrinde genel olarak kabul edilmektedir (Bkz. Madaus, **a.g.e.**, s. 154-155; Larenz, **a.g.e.**, s. 612; Reichel, **a.g.e.**, s. 349).

kadar askıda hükümsüzlük statüsünde bulunacaktır. Sonradan yasal temsilci veya danışmanın icazetinin (onayının) gelip gelmemesine göre, işlem baştan itibaren tamamen geçerli veya kesin hükümsüz olabilir.

Müteselsil borçlulukta, borçluların ehliyetsizliği bakımından nasıl sonuçların oluşacağı bütün ehliyetsizlik türleri bakımından benzer sonuçlar doğuracağından birlikte ele alınabilir. Borçluların her birinin işlem yapılırken, ayırt etme gücünden yoksun (tam ehliyetsiz) olmaları durumunda, yapılan işlem onların tümü açısından kesin hükümsüz olacaktır. Bir müteselsil borçlunun işlem yapılırken tam ehliyetsiz statüsünde olması işlemi kendi açısından kesin hükümsüz hale getirir. Bu şekilde borçlulardan biri bakımından oluşan kesin hükümsüzlüğün diğer borçlular açısından nasıl bir etkisinin olduğu da açıklığa kavuşturulmalıdır. Konu, irade sakatlıkları bakımından yapılan tartışmanın tam olarak olmasa da bir benzeri çerçevesinde ele alınmıştır. Doktrinde genel olarak kabul gören görüş, her türlü ehliyetsizlik durumu bakımından, bir kişi için söz konusu olacak kesin hükümsüzlüğün diğerleri açısından TBK m. 27 f.2'nin çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğidir¹⁰⁶². Şayet ehliyetsiz olan borçlunun ilk planda varlığı diğerleri açısından, durum bilinmeksizin, olmazsa olmaz bir nitelik teşkil ediyorsa, işlemin tamamen hükümsüz, diğer hallerde ise borçlunun varlığı dışında bir değişiklik söz konusu olmaksızın geçerli olacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık sadece sınırlı ehliyetsizliğin sonuçları bakımından ileri sürülen diğer bir görüş ise, bazı özel bir şartlara bağlı olarak bir borçlunun ehliyetsizliği nedeniyle "oyun dışı" kalmasının diğerlerine yine kısmen kurtarıcı etkide bulunacağını kabul etmektedir¹⁰⁶³. Böylece şartları gerçekleştiğinde diğerleri, işlem kendisi açısından kesin hükümsüz olacak borçlunun iç ilişkideki payı kadar borç yükünden kurtulmuş olurlar. Bu görüş, kefalet sözleşmesindeki TBK m. 582 f.2 hükmünden esinlenmektedir. Bu durumun oluşabilmesi için borçluların durumu bilmiyor olmaları, alacaklının da durumu bildiği halde onları bilgilendirmiş olması şartlarının gerçekleşmesi gereklidir. Bu şekilde alacaklının MK m. 2 f.2'ye aykırı davranışı da korunmamış olacaktır. Söz konusu görüş, doktrinde tam ehliyetsizlik ve

¹⁰⁶² Oser / Schöenberger, **ZürKom.**, Art. 147, N. 11; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 453; Akıntürk, **a.g.e.**, s.192; Bigat, **a.g.e.**, s. 43; Canyürek, **a.g.e.**, s. 44-45; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 313; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 795 ve özellikle dn. 64.

Eren (**a.g.e.**, s. 1207), aynı görüşü paylaşmakla birlikte, bu durumdan sadece bir kişisel defî olarak söz etmiş, ancak TBK m. 27 f.2 üzerinden bir değerlendirme yapmamıştır.

¹⁰⁶³ Sbai, **a.g.e.**, s. 130-131.

sınırlı ehliyetsizlik halleri bakımından suni bir ayırmada bulunduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁶⁴.

Tam olarak aynı tartışma bulunmasa da irade sakatlıklarında yaptığımız yaklaşıma özdeş şekilde, aynı gerekçelerle, genel kabul gören görüşün uygulanmasının isabetli olacağını düşünüyoruz¹⁰⁶⁵.

Konuyla ilgili olarak, sınırlı ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetli bir müteselsil borçlunun yaptığı işlem bakımından bir parantez daha açmak gerekebilir. Burada ayrıca ele alınması gerekebilecek olan bu husus, geçerlilik statüsünün askıda hükümsüzlük olarak adlandırıldığı belirsizlik döneminde, durumun diğer müteselsil borçlulara bir etkisinin olup olmayacağıdır. Söz konusu durum, sadece ilgili müteselsil borçlu bakımından bir etki doğuracak bir kişisel savunma sebebi oluşturur. Diğer müteselsil borçlular herhangi bir şekilde bunu bir savunma sebebi olarak ileri süremezler. Yasal temsilcinin onay vermediğinin belli olmasından sonraki dönemde ise, kesin hükümsüzlük söz konusu ise, yine yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bir sonuca ulaşmak gerekecektir.

Bölünemeyen borçlulukta da yapacağımız açıklamalar, birlikte borçluluk türünün diğerine oranla yapısal farklılık arz etmesine rağmen benzer olacaktır. Yalnızca şu hususa dikkat çekmek yerinde olur: Borcun konusu zorunlu olarak bütün borçluların şahsına bağlı ve birlikte ifa edilmesi lazım gelen bir edim oluşturuyorsa, bir yaklaşım farklılığına gidilmesi gerekir. Böyle bir durumda bir borçlunun borç bağından kurtulması diğerleri açısından sorumlu olmadıkları bir ifa imkânsızlığı yaratacağı için onlar da borçtan kurtulurlar (TBK m. 136).

¹⁰⁶⁴ Tekinay, **Teselsül**, s. 74; Canyürek, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁰⁶⁵ Bunun yanında, gerek bir borçlunun nezdinde gerçekleşen ehliyetsizlik gerekse de irade sakatlığı halleri bakımından şöyle bir düşünce de geliştirilebilir. Borçlulardan biri ehliyetsiz (veya iradesi sakat) olan müteselsil borçlunun varlığını gözeterek işleme katıldıysa, onun geçersizlik sonucunun gündeme gelmesiyle işlemin dışında kalması ilgili borçlu açısından bir saik hatası oluşturur. Saik hataları normal şartlarda işlemin iptaline izin vermez. İptal hakkının kullanılabilmesi için kümülatif olarak gerçekleşmesi gereken üç önemli şart bulunmaktadır: Bunlar, hataya düşülen olgunun sözleşme tarafı açısından olmazsa olmaz bir unsur oluşturması, alacaklının bunun farkında olabilecek durumda olması ve işlem hayatındaki dürüstlük kuralına göre işlemin iptal edilmesinin kabul edilebilir bir sonuç olmasıdır. Böyle bir durumda iptal hakkını kullanabilecek olan borçlu, işlemi tamamen değil, yalnızca kendi açısından hükümsüz hale getirmektedir. Tabi hata neticesinde sözleşmeyi iptal eden taraf bunun mali sonuçlarına da katlanmak durumunda kalacaktır. Görüldüğü üzere, bu son çözümlene, yükü daha ziyade borçlu üzerine yüklemekte ve onun açısından sözleşmeden sıyrılmayı daha zorlaştırıcı -özellikle tazminat ödeme borcu gözetilecek olursa- şartlar içermektedir (Aynı yönde bir yaklaşım için bkz. Dağdelen, **a.g.e.**, s. 114).

Borca katılma açısından ise, ilgili borçluluk yapısındaki başlangıçtaki ferîlik özelliği çerçevesinde yaklaşımımız farklılaşma gösterecektir. Buna göre, ilk borçlu borç altına girdiğinde ayırt etme gücünden yoksun bulunuyorsa, bu durum borca katılanın durumunu da etkileyecektir. Onun borcu da, varlık ve geçerlilik açısından ilk borcu izlediğinden, kaderi kesin hükümsüzlük olacaktır. Aynı düşünce, ilk borçlu sınırlı ehliyetsiz olarak yasal temsilcisinin iznini alması gerektiği halde almadan hareket ettiğinde de işletilebilir. Bu durumda, borca katılanın borcun kaderi, ilk borcunki gibi yasal temsilcinin rızası gelene kadar belirsizliğini koruyacak ve bu dönemdeki hukukî statüsü askıda hükümsüzlük olacaktır. Dolayısıyla alacaklının borca katılandan da bir talepte bulunması söz konusu olamaz.

Peki, borç ilişkisine taraf olurken tam ehliyetli olan ilk borçlu daha sonradan tam ehliyetsiz konumuna gelerek, sözleşme bağından kurtulacak olursa (örneğin bkz. TBK m. 513) bunun borca katılana nasıl bir etkisi olur? Böyle bir durumda, söz konusu olay borcun doğumundan daha sonra gerçekleştiğinden ve bu anlamda söz konusu dönemdeki geçerliliğini etkilemeyip sadece sona erme sonucuna yol açtığından, başlangıçtaki ferîlik özelliğine bağlı bir kader ortaklığıyla ilgili bir sonuç doğmayacaktır. Nitekim borç doğumu aşamasından sonra teselsül yapısı içinde (nispi) bağımsızlık kazanacaktır. Yalnız burada sona erme sonucu dar anlamda borç ilişkisini dolaylı olarak ilgilendirmekte, bu sonuç geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Borca katılmada, katılan kişi geniş anlamda borç ilişkisinin dolayısıyla sözleşmenin tarafı olmaz, o sadece ilk borçlunun dar anlamda borcuna, kendi dar anlamda borcuyla birlikte eklenir. İşte burada da geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesi sonucu, borca katılanın tek başına var olamayacak dar anlamda borç ilişkisini de etkiler ve sona erdirir¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁶ Buna karşılık olağan bir müteselsil borçluluk halinde, bütün müteselsil borçlular geniş anlamda borç ilişkisinin, sözleşmenin bir tarafını oluşturmaktadır (*Başlangıçta sözleşme tarafı borçluyla birlikte sadece müteselsilen borç üstlenme halinde ise, yine sözleşme ilişkisinin tarafı olmayan müteselsil borçlular söz konusu olacağı için metinde ifade edilen sonuçlar gündeme gelecektir*). Aralarından birinin ehliyet kaybı, sadece o kişi açısından geniş anlamda borç ilişkisini kısmi olarak sona erdirmektedir, dolayısıyla diğer borçlular sözleşmenin tarafı oldukları için ilişki sona ermez, bu durumda onların dar anlamda borç ilişkilerinin bu durumdan nasıl etkileneceğinin düşünülmesi gerekebilir. Ortada bir sona erme olgusu olduğu için ibra anlaşmasına ilişkin çözüm getiren TBK m. 166 f.3 uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Diğer taraftan sözleşme ilişkisinde sonradan bu şekilde beklenmeyen bir değişiklik olması, diğerleri açısından bir işlem temelinin çökmesi sebebi oluşturabilir ve buna göre ilişkinin duruma uyarlanması veya sona erdirilmesi düşünülebilir.

Dolayısıyla böyle bir durumda ehliyetsizlik olgusu ilk borçlu bakımından sözleşme bağından kurtulma sonucuna yol açıyorsa, borca katılanlar bakımından yapılacak yorum, olağan bir müteselsil borçluluk halindeki gibi olacaktır. Yine TBK m. 27 f.2 çerçevesinde bir değerlendirme yapılmak gerekir.

Diğer taraftan borca katılmayla oluşan birlikte borçlulukta ilk borçlunun değil de borca katılanın ehliyetsizliği nedeniyle yaptığı işlem kesin hükümsüz olursa, ilk borçlu bundan hiçbir suretle etkilenmez. Zira o, borç altına girdiğinde böyle bir durum söz konusu olmadığı için, ilgili durum TBK m. 27 f.2 kapsamında işlemin tamamının hükümsüz olmasına neden olabilecek, onun kararını etkileyici bir unsur oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, ilk borçlu durumdan hiçbir şekilde etkilenmeksizin borcuyla bağlı olmaya devam eder.

4. Özel Olarak: Müteselsil Borçluların Birbirlerine Önceden Borçtan Kurtarılmaya Yönelik Bir Talebi Olabilir mi?

Türk Hukukunda (ve aynı şekilde kaynak İsviçre Hukukunda) müteselsil borçlular, alacaklıyla olan dış ilişkide ifa yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra aralarındaki iç ilişkide birbirlerine rücu ederek hesaplaşmaktadır. Buna göre aksi kararlaştırılmadıkça veya kanunda bir istisna öngörülmedikçe müteselsil borçlular, borcun nihai yükünü eşit paylarla taşırlar. Dış ilişkideki durum somutlaşana ve sonlana kadar müteselsil borçlular arasındaki iç ilişki, ifanın gerçekleşmesine ilişkin kanuni şart gerçekleşene kadar potansiyel (gizil) bir durumda beklemede kalır¹⁰⁶⁷.

Düzenleme Alman Hukukunda da benzer şekildedir (Bkz. BGB § 426). Yalnız söz konusu hukuk sisteminde müteselsil borçlular arasındaki iç ilişki ve bundan doğan yükümlülükler, doktrinde ileri sürülen ve çoğunlukla kabul gören bir görüşe göre daha geniş olarak algılanmalıdır. Bu çerçevede, müteselsil borçlular sadece dış ilişki sona erdikten sonra değil, bundan daha öncesinde de birbirleriyle hesaplaşmaya girişebilmelidir. Müteselsil borçluların birbirlerine gerek dış ilişki sonlanmadan gerekse de dış ilişki sonlandıktan sonra söz konusu olacak bu iki veçheli

¹⁰⁶⁷ Bkz. Becker, **BerKom.**, Art. 148, N. 6; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 213; Canyürek, **a.g.e.**, s. 107; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 156; Sabah Altay, “Müteselsil Borçlulukta Rücu Hakkının Doğumundan Evvel Borçtan Kurtarılmaya Talebi” **MÜHF, HAD**, C. 17, S. 1-2, s. 394-411, s. 408; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 92; Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1244.

yükümlülüğü, genel olarak “denkleştirme borcu” olarak anılmaktadır. BGB § 426, bu şekilde müteselsil borçlular arasında başlangıçtan, müteselsil borç ilişkisinin – alacaklı karşısında hükümlerini doğurmasından itibaren kanuni bir borç ilişkisi kurmaktadır¹⁰⁶⁸, ¹⁰⁶⁹. Öyle ki söz konusu ilişki, sadece alacaklıyla olan dış ilişki bittikten sonra iç ilişkideki rücuyla ilişkin yükümlülüğü doğurmaz. Bunun yanında aynı zamanda, dış ilişkideki ifa süreci tamamlanana ve alacaklıya karşı borçtan kurtulma durumu sabit olana kadar, sadece bir borçlunun tek başına karşılaşılabileceği ifa talebi riskini bertaraf etmeyi de diğer müteselsil borçlulara yükler¹⁰⁷⁰. Zira müteselsil borçluyu tek başına bütünüyle ifa yükümlülüğü riski altında bırakmak hakkaniyete uygun olmaz¹⁰⁷¹. Dolayısıyla borç muaccel olduğu andan itibaren müteselsil borçlular içlerinden birinin karşılaşılabileceği tam ifa talebini, söz konusu borçlu sadece iç ilişkideki payı kadar ifada bulunabileceği surette ortaklaşa karşılamalıdır. Denkleştirme yükümlülüğünün bu yüzü, ifaya katılma yükümlülüğü (*Mitwirkungspflicht*) olarak da adlandırılmaktadır. Bu yükümlülüğe uyulmaması halinde, alacaklının talepte bulunduğu müteselsil borçlunun ifayı gerçekleştirememeye riskine bağlı olacak zararlardan da, diğer müteselsil borçluların sorumlu olması gündeme gelecektir¹⁰⁷². İşte bu şekilde geniş anlamdaki denkleştirme yükümlülüklerinin içinde ifaya katılma yükümlülüğü de bulunduğu kabul edilecek olursa, buna dayalı olarak bütün müteselsil borçluların, daha alacaklıyla dış ilişki mevcut ve sonuçlanmamışken, borçtan kurtarılmayı talep hakkını (*Befreiungsanspruch*) haiz olduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁷³.

Öte yandan yine Alman doktrininde ileri sürülen ve azınlıkta kalan başka bir görüşe göre ise, böyle bir ifaya katılma yükümlülüğünün varlığı her bir durumda kolaylıkla kabul edilemez. Nitekim kanunda böyle bir yükümlülüğün açıkça

¹⁰⁶⁸ Schwedhelm, **a.g.e.**, s. 122; Bydlinski, **MünKom.**, BGB §426, N.16; Larenz, **a.g.e.**, s. 587; Altay, **Borçtan Kurtarılma Talebi**, s. 400.

¹⁰⁶⁹ Düşüncemize göre söz konusu maddenin (BGB § 426) asıl işlevi, TBK m. 167 bakımından kabul ettiğimiz üzere, iç ilişkinin varlığına ve iç ilişkideki paylaşım oranına yönelik bir karine getirmektir. Yoksa müteselsil borçlular arasında -kural olarak- ortak ifa amacı altında belirginleşen bir ortaklık ilişkisi zaten kurulmaktadır. Bu bakımdan ayrıca bir kanuni ilişkinin varlığından söz etmek yerinde olmayabilir (Bkz. aşağıda § 3, III, B, 1, c, i altındaki açıklamalarımız).

¹⁰⁷⁰ Ulrich Noack, **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhaelthisse, §§397-432**, Berlin: Sellier – de Gruyter, 2005, § 426, N. 6.

¹⁰⁷¹ Noack, **Staudingers Kom.**, § 426, N. 74.

¹⁰⁷² Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 426, N. 12; Noack, **Staudingers Kom.**, § 426, N. 6; Selb, **a.g.e.**, s. 94; Larenz, **a.g.e.**, s. 588.

¹⁰⁷³ Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 426, N. 12; Noack, **Staudingers Kom.**, § 426, N. 6; Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, s. 398.

öngörülmemesi, kabulü bakımından da şüphe doğurur. Kaldı ki özellikle haksız fiiller hukukunda söz konusunda olacak teselsül ilişkisinde iç ilişkideki rücu yükü baştan tam olarak kestirilemediği için böyle bir yükümlülüğün olacağını söylemek hiçbir şekilde isabetli olmaz¹⁰⁷⁴.

Borçtan kurtarılma talebinin varlığının kabulü halinde, ileri sürülebilir olması için, gerek talebi öne süren borçlu gerekse de diğer müteselsil borçlular bakımından müteselsil borcun doğmuş ve talep edilebilir olması gerekir. Eğer borcun muacceliyeti veya doğumu, her bir borçlu açısından farklı vadelere veya şartların gerçekleşmesine bağlanmışsa, borçtan kurtarılma talebi hakkında zaten borç talep edilemez durumda olan bir müteselsil borçluya karşı ileri sürülemez, yerine getirilmediğinde ise bir tazminat yükümlülüğü doğmaz. Aynı şey, borçlunun borcun ifasını gerçekleştirmekten kaçınmak yönünde bir savunma sebebi olduğunda da geçerlidir. Sonuçta alacaklının bile ondan bir talebi olmayacağı bir halde, borçlulardan birinin alacaklıya ifada bulunulması yönünde talepte bulunması isabetli olmaz.

Borçtan kurtarılma talebi, dava yoluyla da kullanılabilir. Buna göre bir müteselsil borçluya yapılan ifa talebi neticesinde, diğerlerinin ifaya katılma yükümlülüklerini yerine getirmemeleri, belirtildiği üzere bir borca aykırılık oluşturacağı için, oluşacak zarara bağlı tazminat talep edilebilmesini haklı kılar¹⁰⁷⁵. Yalnız böyle bir talebin veya davanın alacaklının tam ifa talebi bloke edici bir etkisi de bulunmamaktadır. Öyle ki, borçtan kurtarılma talebi dava yoluyla yöneltildiğinde, bu davanın sonuçlanmasının alacaklının ifa talebine ilişkin davası bakımından bekletici mesele yapılması dahi teklif edilemeyecektir. Alacaklı, teselsülün kendine sağladığı istediği borçludan tam ifa talebinde bulunma avantajı her zaman, müteselsil borçlunun borçtan kurtarılma talebine göre öncelikli olacaktır. Aksi düşünce teselsülün yapısına aykırı bir çözümlenme oluşturacaktır, dolayısıyla kabul edilemez. Kaldı ki, taleplerden biri alacaklı ve borçlu arasındaki dış ilişkiyi ilgilendirirken, diğeri borçlular arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirmektedir. Birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gereken bu yapıların bu şekilde ilişkilendirilmesi uygun olmaz¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ Henry Winter, **Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld**, Frankfurt: Verlag Peter, 1985, s. 105 vd.

¹⁰⁷⁵ Schwedhelm, **a.g.e.**, s. 122; Noack, **Staudingers Kom.**, § 426, N. 6; Larenz, **a.g.e.**, s. 588.

¹⁰⁷⁶ Belki şöyle bir yöntemle iki yapının ilişkilendirilmesi düşünülebilir: Müteselsil borçlu, alacaklının yaptığı ifa teklifine karşılık olarak, kendi payıyla ilgili kısmi ifada bulunmayı ve diğerlerinin payı için

Müteselsil borçlu, borçtan kurtarma talebinin sonuçsuz kalması neticesinde alacaklıya ifada bulunursa, artık diğer borçlulardan iki ayrı talebi olabilecektir. Bu taleplerden birincisi payından fazlası için yaptığı ödemeye dayalı olarak rücu alacağına ilişkindir. İkincisi ise, borçtan kurtarılma talebinin sonuçsuz kalmasına bağlı olarak uğradığı zarardan dolayı tazminat alacağı bakımından gündeme gelecektir¹⁰⁷⁷. Sonuçta ifa talebini hemen yerine getiremediği için müteselsil borçlu temerrüde düşmüş ve bu yüzden alacaklıya karşı ekstra sorumluluk altına girmiş (duruma göre faiz veya tazminat), veya alacaklının kendisini takip veya etmesi neticesinde takip ve dava masraflarını ödemek zorunda kalmış olabilir. Tabiidir ki her iki talep de, diğer borçluların ancak iç ilişkideki payları oranında, onlara ayrı ayrı yöneltilebilecektir.

Türk Hukukunda ise, müteselsil borçluların rücu haklarının doğumundan önce bir borçtan kurtarılma haklarına sahip olup olmadıkları **Altay**'ın konuyla doğrudan ilgili makalesine kadar pek tartışılmış değildir¹⁰⁷⁸. Yazar, çalışmasında konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalarda bulunduktan sonra, sistemlerin benzerliği neticesinde Türk Hukukunda da benzer bir kavramın TBK m. 167'nin geniş yorumlanmasıyla kabul edilebileceğini, hatta böyle bir kabulün bazı sorunları da kendiliğinden çözeceğini iletmiştir¹⁰⁷⁹.

Kanaatimizce böyle bir imkânın sağlanmasına kural olarak herhangi bir engel olmamalıdır. Yalnız bu konuda birkaç noktanın özel olarak vurgulanması gerekebilir.

Bir defa söz konusu talep TBK m. 167 üzerinden değil, müteselsil borçlular arasında kurulduğunu kabul ettiğimiz geçici ortaklık ilişkisi çerçevesinde düşünülmelidir¹⁰⁸⁰. Zira bu hüküm, sadece müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkinin

de kısmi bir ifa yerine veya uğruna edim teşkil etmek üzere mevcut borçtan kurtarılma talebinin içeriğini temlik edebilir. Tabiidir ki bu husus, tamamen alacaklının kabulüne bağlı olacaktır. Yoksa bir dayatma söz konusu olamaz.

¹⁰⁷⁷ Noack, **Staudingers Kom.**, § 426, N. 80; Schwedhelm, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁰⁷⁸ Bkz. Sabah Altay, **Borçtan Kurtarılma Talebi**, s. 394 vd.

¹⁰⁷⁹ Bkz. Altay (**Borca Kurtarılma Talebi**, s. 409-410), özellikle bir müteselsil borçlunun sorumlu olduğu temerrüt faizi ve dava takip masraflarının diğer müteselsil borçlulardan istenilip istenemeyeceği noktasındaki arayışlarda biraz zorlama olabilecek çözümler ileri sürüldüğünü (bkz. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 216-217) halbuki böyle bir hakkın varlığı kabul edilebilecek olursa soruna net bir çözüm getirilebileceğini savunmaktadır. Yazar, bundan başka TBK m. 167 f.3 çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorunlara da, bu hak dolayısıyla bir proaktif çözüm önerisi sunmaktadır.

¹⁰⁸⁰ Bkz. bu konuda aşağıda §3, III, B, 1, c, i altındaki açıklamalarımız.

varlığına ve bu ilişki çerçevesindeki paylaşım oranlarına ilişkin bir karine getirmektedir.

İkinci olarak sadece sözleşmeden doğan teselsül halleri için bu şekilde bir geniş yorum yapılabilir. Haksız fiiller alanında böyle bir kurgunun mümkün olamayacağını düşünmemiz, alacaklı (zarar gören) ile olan ilişkide tarafların sorumluluk bakımından birbirlerine güven duyarak hareket etmelerine yol verecek bir yakınlaşmanın söz konusu olmamasına dayanır. Bizatihi bu alanda rücu hakkının varlığına ve içeriğine karar verecek olan kişi hâkimdir¹⁰⁸¹ (TBK m. 62 f.1).

Ayrıca bu imkânın öngörülebileceği sözleşmesel teselsül yapısında bazı hallere dikkat edilmelidir. Teselsül yapısında ifa edilmesi gereken edim, hiç şüphesiz bütün borçlular için aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Ancak borçluların birbirlerinden farklı bir edimi borçlanmaları durumunda, borçtan kurtarma talebinin konusu bakımından bir özellik olacağı söylenebilir. Bu durum, her bir borçlu tarafından yapılacak ifanın konuları birbirlerinden farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Zaten böyle bir ifa akabinde gerçekleşen rücu ilişkisinde ise, nihai borç yükünün paylaşılması da özellik arz etmektedir.

Bu konunun somut bir örnek üzerinden ifade edilmesi daha kolay olacaktır. A karşısında B1 10.000 TL'lik bir kolyeyi, B2 ise 20.000 TL'lik bir antika tabancayı müteselsil olarak borçlansın. Bu durumda, B1 ifada bulunduğu, borçlular eşit paylarla sorumlu olacağından, B2'den 5.000 TL için bir rücu talebinde bulunabilir. Buna karşılık B2 ifada bulunduğu, B1'den isteyebileceği değer yine 5.000 TL olacaktır. Zira borçlulardan biri teselsüldeki iç ilişki neticesinde zenginleştirilemeyeceği gibi (B1'in ifa neticesinde B2'den 10.000 TL isteyememesi), hiçbir borçluya da iç ilişki çerçevesinde, borçlandığı değeri aşacak bir yükümlülük (B2'nin ifa neticesinde B1'den 10.000 TL isteyememesi) yüklenemeyecektir.

Bu şekilde farklı edimleri ifa yükümlülüğü altına girmiş müteselsil borçlulara, alacaklının yapacağı bir ifa talebi bakımından, borçtan kurtarılma hakkının verilmesi halinde, müteselsil borçlular iki şekilde davranabilir. Buna göre müteselsil borçlu, ya diğer borçluya ileride rücu ilişkisi bakımından söz konusu olacak değer payını

¹⁰⁸¹ Gautschi, **a.g.e.**, s. 90; Sbai, **a.g.e.**, s. 55; Koller, **a.g.e.**, s. 1244; Körner, **a.g.e.**, s. 25; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 50, N. 17; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3738.

ödemeli, ya da kendi edimini alacaklıya doğrudan ifa ederek diğerini de borçtan kurtarmalıdır. Bu konuda ifaya katılma yükümlüsü borçlunun bir seçimlik hakkı olduğu söylenebilir. Bu hakkı kullanma iktidarı, tamamen hak sahibi müteselsil borçludur. Yoksa borçtan kurtarma talebini yapan diğer borçlu, ondan mutlaka bu yollardan birini seçerek hareket etmesini isteyemeyecektir. Yine yukarıdaki örnek üzerinden devam edecek olursak, kolyeyi verme edimini an itibariyle yerine getiremeyecek ve temerrüde düşecek olan B1, B2'nin borçtan kurtarma amaçlı olarak kendisine yapacağı 5.000 TL'lik ödeme yerine, doğrudan antika tabancayı ifa etmesini isteyemez. Böyle bir durumda o, temerrüdünün sonuçlarından kendisi sorumlu olur.

Müteselsil borçlular müteselsil borcun konusu olarak bölünemez bir edimi borçlandıklarında, borçtan kurtulma talebinin bir özellik arz edip arz etmeyeceği düşünülebilir. Bu konuda sadece bir borçlunun ifasıyla yerine getirilebilecek bir bölünemez edimle, zorunlu olarak bütün müteselsil borçluların katılımı suretiyle ifa edilebilecek bir bölünemez edim arasında ayırım yapılmalıdır.

İlk bölünemez edim türü söz konusu olduğunda, borçtan kurtarma talebinin içeriği ifaya dolaylı olarak katılım gösterilmesi şeklinde olacaktır. Bir örnekle somutlaştıralım: B1 ve B2, A'ya karşı, hâlihazırda ellerinde olmayan, ünlü bir ressamın belirli bir portresinin devredilmesini taahhüt etsinler. Bu durumda A, B1'den ifa talebinde bulunduğu, B2'nin elinde iki olanağı olabilecektir. Buna göre, B2 ya B1'in yapacağı ifaya dolaylı olarak katılım gösterecek ya da doğrudan ilgili portrenin A'ya devredilmesini sağlayacaktır. Bu durum, tabiidir ki B1 ile B2 arasında bir görev paylaşımı öngörülmüşse farklılaşabilecektir.

İkinci tür durumda ise, yani eğer bölünemez edimin ifası zorunlu olarak bütün borçluların katılımını gerektiriyorsa, her bir müteselsil borçlunun ifaya katılması gerekecektir. Aksi takdirde, bir ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Örnek olarak metin yazarı B1 ve video görüntü uzmanı B2'nin A'ya üzere bir kısa film hazırlama borcu altına girdikleri düşünölsün. Böyle bir durumda A sadece B1'den talepte bulunduğu, B1 borcu ifa etmeyi istese de B2'nin aktif katılımı olmadan bunu gerçekleştirmesi mümkün olamayacaktır. Aynı durum B2 açısından da geçerlidir. Bu ifa imkânsızlığından dolayı doğacak tazminat sorumluluğu münhasıran ifaya katılım

göstermeyen borçlular üzerindedir (TBK m. 112). Gerekli ifa hazırlıklarında bulunan müteselsil borçlular bakımından ise bu durum, borçtan kurtulma sonucunu doğuracaktır (TBK m. 136).

B. Kefalet Sözleşmesinde

1. Kefilin Asıl Borca Bağlı Olarak Borçtan Kurtulması

a. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesini düzenleyen hükümlerden TBK m. 598 f.1'e göre "[H]angi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur." Düzenleme, kefalet sözleşmesinin ferî özelliğinin bir yansımasıdır¹⁰⁸². Kefalet sözleşmesi ferî bir sorumluluk doğurduğuna göre, kefilin sorumlu tutulabilmesi için her zaman varlığından şüphe edilmeyen geçerli bir asıl borcun bulunması gerekir. Geçerli bir asıl borç olmadan geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulamayacağı gibi, asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi halinde kefilin sorumluluğu son bulur¹⁰⁸³. Kefaletin varlığı ve geçerliliği asıl borcun varlığı ve geçerliliğine tabi olduğuna göre, asıl borç ortadan kalkınca kefalet borcu da ortadan kalkmış olacaktır. Nitekim bu husus, TBK. m. 131 f. 1'de ferî borçlar açısından genel olarak da belirtilmektedir: "Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur." Asıl borç tamamen ortadan kalktığında kefalet borcu da tamamen, kısmen ortadan kalktığında kefalet borcu da kısmen sona erer¹⁰⁸⁴. Bu sayede kefil, asıl borçlunun yükümlü olduğu değer üzerinde alacaklıya ödemedede bulunmak zorunda kalmaz¹⁰⁸⁵.

Kural olarak kefil, asıl borçlunun savunmalarını ileri sürmekten başlangıçta feragat edemez. Kefilin asıl borçluya ait savunmaları ileri sürmekten başlangıçta feragat etmesi, sözleşmenin tabi olduğu ferîlik ilkesinin çerçevesini çatlatır. Böylece tipik bir kefalet sözleşmesinden de uzaklaşmış olur. Sonuçta, normal şartlarda bir

¹⁰⁸² Scyboz, **a.g.e.**, s. 114; Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 2; Honsell, **a.g.e.**, s. 423; Théo Guhl, "Cautionnement IV: Fin du contrat", **FJS**, N. 182, Genève, 1942, s. 1; Yavuz, **a.g.e.**, s. 319; Barlas, **Yenilikler**, s. 227.

¹⁰⁸³ Guhl, **FJS 182**, s. 1; Müller, **Contrats**, s. 583; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 68; Yavuz, **a.g.e.**, s. 319.

¹⁰⁸⁴ Özen, **Kefalet**, s. 517; Develioğlu, **Garanti**, s. 431; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 377; Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 3; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 6.

¹⁰⁸⁵ Özen, **Kefalet**, s. 371.

kefil asla asıl borçludan daha fazla bir sorumluluk altına girmiş olamaz. Bunun için de tipik bir kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçluya ait savunma sebeplerine dayanmaktan peşin olarak feragat edemez. Bu şekilde bir vazgeçme, ancak kefaletten başka bir garanti veya atipik teminat sözleşmesinin yapılmak istendiği şeklinde yorumlanabilir¹⁰⁸⁶.

Asıl borç ilişkisi ve kefalet sözleşmesinin ayrı ayrı sözleşmeler olarak farklı hukuklara tabi olması mümkündür¹⁰⁸⁷. Bu durumda asıl borç ilişkisini tabi olduğu hukuk çerçevesinde sona erdiren bir sebebin, kefaletin tabi olduğu hukukta sona erme sebebi olarak kabul edilmemesinin sonucunun ne olacağı merak konusu olabilir. Örneğin asıl borç ilişkisinin tabi olduğu ülke hukuku borcun konusunu oluşturan para ile ilgili olarak birtakım kısıtlamalar öngörmüş olabilir. Buna karşılık kefalet sözleşmesinin tabi olduğu ülke hukuku bakımından söz konusu sınırlama söz konusu olmayabilir. Bu durumda asıl borcun borçlunun sorumlu olmadığı şekilde imkânsızlaşması kefil nasıl etkiler? Kanaatimizce burada dikkate alınması gereken husus, ferîlik ilkesidir. Kefalet borcu bir ferî borç olduğu için, aslının kaderine tabi olacaktır. Asıl borç ilişkisinin ve kefaletin ayrı hukuklara tabi olması, kefaletin tabi olduğu hukuk sisteminde ferîlik özelliğinin kabul edildiği çerçevede bir farklılık meydana getirmez.

Nitekim konuyla ilgili –mutlaka farklı bir hukuk seçimi söz konusu olmaksızın- daha geniş perspektiften bir düzenleme getiren TBK m. 590 f. son hükmü de ferîlik ilkesinin teyidi olarak bu yöndedir. İlgili düzenlemede farklı hukuk seçimlerinin olduğu olasılıktan bahsedilmemektedir. Sadece asıl borçlunun yerleşim yerinin farklı ülkede olduğu olasılık ele alınmaktadır: “[Y]erleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.”

Aşağıda kefalet borcunun sona ermesi ile ilgili yapacağımız incelemede, sona erdirici sebeplerin kavramsal çerçevesine ve genel olarak etkisine yukarıda yer

¹⁰⁸⁶ Scyboz, **a.g.e.**, s. 71; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 12; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 783; Özen, **Kefalet**, s. 370.

¹⁰⁸⁷ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 251-253.

verildiği için tekrar değinilmeyecek, sadece kefalet borcu bakımından etkisine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Borcun sona ermesiyle ilgili kavramlarla ilgili genel bilgiler için yukarıda yaptığımız açıklamalardan faydalanılabilir¹⁰⁸⁸.

b. İfa, İfa Yerine Edim ve Takas

Olağan bir kurguda asıl borçlunun borcunu yerine getirmesi kefilini borcunu da sona erdirir¹⁰⁸⁹. Zira kefil, asıl borçlunun ödeme gücüyle ilgili olarak bir teminat sağlamaktadır. Eğer bu konuda bir şüphe kalmamışsa, kefil de borcundan kurtulmuş olacaktır. Öte yandan kefalet sözleşmesinin ferî özelliği de bu sonucu kendiliğinden sağlar¹⁰⁹⁰. Aynı sonuç üçüncü kişi ifada bulunduğu da gerçekleşecektir. Yalnız üçüncü kişinin ifasının istisnai olarak halefiyetle sonuçlandığı hallerde, kefil borç sona ermeyeceği sorumlu olmaya devam eder¹⁰⁹¹.

Asıl borçlunun ifa yerine sonuç doğurabilecek diğer işlemleri de asıl borcu sona erdirdiği ölçüde kefil de borcundan kurtaracaktır. İfa yerine edim anlaşması ifaya benzer bir sonuçla borcu sona erdirmektedir. Buna karşılık ifa uğruna edim anlaşmasının aynı etkiyi doğrudan doğruya göstereceği söylenemez. Zira ifa uğruna edim borcu doğrudan sona erdirici etkide bulunmamakta, bu sonuç ancak alacaklı ilk planda ifa edilecek edimin değerini elde ettiğinde gerçekleşebilmektedir.

Asıl borçlunun takas ile de borcu sona erdirebilmesi mümkündür. Kefil, bizatihi asıl borçlunun takas hakkını kullanma ihtimali olduğu bir durumda TBK m. 140'a göre ödemede bulunmaktan kanunun sağladığı geçici defî sayesinde kaçınabilir. Takas hakkının kullanılmasıyla birlikte ise borç sona ereceği için kefalet borcu da ferî özelliği neticesinde onu takip edecektir¹⁰⁹².

Sözün özü, ifa ve ifa *surrogatlarının* asıl borç bakımından yarattığı etki, ferîlik çerçevesinde doğrudan kefalet borcu bakımından da yansımaları gösterir.

¹⁰⁸⁸ Bkz. yukarıda §2, IV, A, 2-3 altındaki açıklamalarımız.

¹⁰⁸⁹ Reisoğlu, **Defî Hakları**, s. 179

¹⁰⁹⁰ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 3; Müller, **Contrats**, s. 584; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 224; Develioğlu, **Garanti**, s. 430.

¹⁰⁹¹ Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 538; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 791; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 699.

¹⁰⁹² Reisoğlu, **Kefalet**, s. 230; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 795; Develioğlu, **Garanti**, s. 433; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 699.

c. İmkânsızlık

Asıl borcun baştan objektif imkânsızlığı, asıl borç ilişkisinin geçersizliğine yol açacağı için kefalet borcunun doğumuna da izin vermez¹⁰⁹³. Asıl borç sonradan borçlunun kusuruyla veya sorumlu olduğu bir sebeple imkânsızlaşacak olursa, kefil de borçlunun sorumluluğu devam edeceği için onunla birlikte, kefalet sözleşmesinin üst limitine kadar olmak üzere, sorumlu olur¹⁰⁹⁴. Ne var ki, sorumlu olunmayan bir imkânsızlık hali söz konusu ise, asıl borç sona ereceğinden kefalet borcu da sona erecektir¹⁰⁹⁵. Yalnız bu sonuncusunun borçlunun subjektif ödeme güçsüzlüğünün yol açtığı bir imkânsızlık olmaması gerekir. Zira kefilin varlık sebebi, asıl borçlunun ödeme gücünü temin etmektedir¹⁰⁹⁶.

Asıl borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlığının kefil tarafından meydana getirilmiş olmasında da, sona erme olgusu bakımından cevap değişmeyecektir. Şu farkla ki bu durumda, kefil alacaklıya karşı verdiği zarardan sorumlu olur. Zira kefalet sözleşmesinin kurulma görüşmelerinin başladığı aşamadan itibaren tarafların birbirlerine, ilgili sözleşme çerçevesinde veya dışında zarar vermeme yükümlülükleri doğar. Bu yükümlülükler ilişki devam ederken, hatta bazen ilişki sonrasında bile etkili olmaktadır. Dolayısıyla alacaklı, her ne kadar kefalet sözleşmesinden doğan borcu asıl borcun sona ermesine bağlı olarak sona ermiş olsa da, kefilen TBK m. 112'ye dayanarak tazminat talebinde bulunabilecektir¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹³ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 3; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 186.

¹⁰⁹⁴ TBK m. 112'de belirtilen borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlığın borcu sona erdirdiğini ve yerine yeni bir tazminat borcunun doğduğunu kabul eden bu konudaki ayrık görüş, buradaki sona ermenin ferî özellikteki kefaleti sona erdirmeyeceğini TBK m. 589 üzerinden kabul etmektedir (Oğuzman / Öz, **EBK Genel Hükümler**, s. 313).

¹⁰⁹⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 3; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 225; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 379; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 131.

¹⁰⁹⁶ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 791; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 131; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 225; Develioğlu, **Garanti**, s. 432.

¹⁰⁹⁷ Reisoğlu (**Kefalet**, s. 225), aynı fikri paylaşmamaktadır (Aynı yönde Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 19; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 7). Yazara göre, böyle bir durumda kefilin asıl borcun yerine getirilmesinin engellemek yönünde kefalet sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğü olmadığı için, bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Asıl borçlu ancak TBK m. 49 vd. çerçevesinde haksız fiile dayalı bir talepte bulunabilecektir. Yazarın görüşüne katılmıyoruz. Zira belirttiğimiz üzere, asıl edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi daha kefalet sözleşmesinin kurulması aşamasında tarafların bilinçli olarak yakınlaşmaları ve birbirlerine duydukları güven çerçevesinde oluşacak ve sözleşmenin kurulmasından sonra da sözleşmenin bir parçası olarak varlığını devam ettirecektir. Alacaklı, kefilin davranış yükümüne aykırı davrandığını ileri sürerek TBK m. 112 çerçevesinde tazminat talep edebilecektir.

Reisoğlu'nun fikri çerçevesinde alacaklı TBK m. 49 çerçevesinde kefile başvurusunda çoğunlukla bir şey elde edemeyecektir. Zira kefil sadece alacaklının asıl borç ilişkisine dayalı nisbi bir hakkını ihlal etmiş olacağı ve herhangi bir hukuka aykırılık bağı da olmadığı için TBK m. 49 f.1 çerçevesinde bir talep söz konusu olamaz. Yapılacak talep ancak kefil kasten alacaklıya zarar vermek için hareket

Asıl borçlunun yabancı bir ülkede, kefilin ise ülke sınırları içinde olması durumunda ise, TBK m. 590 f.3 imkânsızlık bakımından şu hükmü getirmektedir: “[Y]erleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.” Dolayısıyla ilgili durumda da, kefilin ferî özellikteki borcunun aslının kaderine tabi olduğunu ortaya koyabilecek ve borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlığın sona erdirici etkisinden faydalanacaktır¹⁰⁹⁸.

d. Sözleşmeden Dönme

Asıl borç ilişkisinin dönme ile sona erdirilmesinin kefalet sözleşmesi bakımından doğacak sonuçları, sözleşmeden dönmenin etkisi üzerinden değerlendirilmelidir. Hatırlanacağı üzere, dönmenin etkisinin hukukî olarak nitelendirilmesinde ve iade yükümlülüklerinin saptanmasında öğretide bir görüş birliği söz konusu değildir. Sonuçları bakımından farklılaşan çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Asıl borcun kaynaklandığı sözleşmeden dönülmesi, klâsik görüş uyarınca sözleşme ilişkisini başlangıçtan itibaren ortadan kaldıracak ve borçlu alacaklının menfî zararını tazmin edecektir¹⁰⁹⁹. Buna bağlı olarak ferî bir sorumluluk doğuran kefalet sözleşmesinin de aynı şekilde hükümsüzleştiğini kabul etmek zorunludur¹¹⁰⁰. Kefilin kefalet borcu bakımından sorumluluğu, alacaklının ifaya olan çıkarını elde edememesine bağlı müspet zararın tazminiyle alakalıdır. Böylesine bir sorumluluk ancak asıl borcun kaynaklandığı sözleşme ayakta durduğu sürece söz konusu olabilir. Bu görüş çerçevesinde, sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkacak menfî zararın

ettiyse TBK m. 49 f.2 çerçevesinde sonuç bulabilir. Bu hüküm çerçevesinde hukuka aykırılık bağı aranmamaktadır, hareketin sadece ahlaka aykırı olması yeterlidir.

Özen (**Kefalet**, s. 521) ise, aynı konuda, yukarıda önerilen dolambaçlı bir yoldan alacaklıya sahip çıkmak yerine, esas borcun kendi kusuru yüzünden imkânsızlaşmasına yol açan kefilin ferîlik ilkesine dayanmasını (ve sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürmesini) hakkın kötüye kullanılması olarak saymanın isabetli olacağını iletmektedir (Aynı yönde bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 19; Giovanoli, **BerKom.**, Art 509, N. 7; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 22).

¹⁰⁹⁸ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 226; Özen, **Kefalet**, s. 520; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 132.

¹⁰⁹⁹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 548 ve orada dn. 663’te anılan yazarlar; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 951.

¹¹⁰⁰ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 224; Özen, **Kefalet**, s. 129; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 5; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N.7.

tazmini, hiçbir şekilde kefalet borcunun olağan kapsamında değerlendirilemez¹¹⁰¹. Zaten sözleşme ortadan kalktığı için kefilin sorumluluğu da sona ermiş olur. Tarafların kefalet sözleşmesinde kefilin ayrıca sözleşmeden dönme şartına bağlı olarak menfi zarara kefil olacağı ise, TBK m. 589 f. son kapsamında kararlaştırılmaz. Hüküm, menfi zarara kefil olunmasına engel getirmektedir.

Sözleşmeden dönmenin etkisi bakımından ileri sürülen modern görüşe göre, dönmeyle birlikte sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayacak, bir tasfiye ilişkisine dönüşerek varlığını devam ettirecektir¹¹⁰². Dolayısıyla böyle bir durumda kefil olan kişi, dönme ardından gündeme gelecek tasfiye ilişkisindeki yeni taleplerin sorumluluğunu taşıyacaktır. Sözleşme ortadan kalkmadığı sadece şekil değiştirdiği için kefalet de ortadan kalkmaz, asıl borcun alacağı yeni halin ferî teminatı olmaya devam eder. Hatta bu görüş kapsamında kefaletin, tasfiye ilişkisindeki iade borcunun yanında menfi zararın tazmini talebini de kendiliğinden kapsadığı da bir an için söylenebilir¹¹⁰³. Ancak bu son önerme, yani menfi zararın kefalet kapsamında olması, TBK m. 589 f. son kapsamında hiçbir şekilde kabul edilemez. Zira yukarıda da belirtildiği üzere söz konusu düzenleme kefilin menfi zarardan sorumlu tutulmasına açık bir yasak getirmekte ve engel oluşturmaktadır¹¹⁰⁴.

e. İbra Anlaşması

Alacaklının ve asıl borçlunun yapacağı bir ibra anlaşmasıyla asıl borç sona erdiğinde, bu durum kefilin borcunu da etkiler. Buna göre anlaşmanın kapsamında göre kefilin borcu da tamamen veya kısmen ortadan kalkacaktır¹¹⁰⁵.

¹¹⁰¹ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 224; Özen, **Kefalet**, s. 129; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 791.

¹¹⁰² Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 78 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 231; Seliçi, **a.g.e.**, s. 209; Eren, **a.g.e.**, s. 1077; Bkz. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde bir kararı: BGE 114 II 157. Burada özel bir sonuç farklılığı ortaya çıkmadığından, dönmenin etkisi ile ilgili diğer görüşlere doğrudan yer verilmemiştir. Bu görüşler (tasfiye ilişkisi görüşü, aynı etkili dönme görüşü) hakkında genel bilgi için bkz. yukarıda §2, IV, A, 3, j altındaki açıklamalarımız.

¹¹⁰³ Özen, **Kefalet**, s. 130.

¹¹⁰⁴ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 131.

¹¹⁰⁵ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 794; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 182-183; Özen, **Kefalet**, s. 180; Develioğlu, **Garanti**, s. 433; Burcu Başar, **Ödemede Bulunan Kefilin Alacaklıya Halef Olması ve Bunun Hukukî Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2009, s. 55; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 22; Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 3; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 5.

Öte yandan yapılan anlaşmada, ibradan kefilin yararlanamayacağı kararlaştırılmaz. Kefilin sorumluluğunun sıkı biçimde ferî özellik göstermesi asıl borcun kaderini takip etmesi buna engeldir. Dolayısıyla asıl borçlunun tamamen veya kısmen ibra edilmesi, kefile de zorunlu olarak yarayacaktır¹¹⁰⁶. Kefil, asıl borçluyla alacaklı arasında yapılan, asıl borca ilişkin ibranın, kendisini etkilemeyeceği konusunda onay vermiş olsa da bu sonuç değişmez. Tipik bir kefalet sözleşmesinin ferî özelliği bu şekilde bertaraf edilemez. Şayet ferîlik özelliğinden kısmen veya tamamen uzaklaşılarak, bazı yönlerden bağımsız bir taahhüt altına girilecek olursa ortada bütünüyle kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek bir sözleşme bulunmaz¹¹⁰⁷. Öte yandan teminat sözleşmeleri alanında *numerus clausus* ilkesi geçerli olmadığından belli özellikleri bakımından ferî, belli özellikleri bakımından bağımsız atipik bir teminat sözleşmesinin kurgulanmasına bir engel bulunmamaktadır¹¹⁰⁸. Ancak bu sözleşmeye bütünüyle tipik bir kefalet sözleşmesi gözüyle de bakılamaz. Böyle bir sözleşme çerçevesinde teminat verenin borcunun asıl borç için yapılacak ibra anlaşmasından etkilenmeyeceği kararlaştırılabilir.

İbra anlaşmasına vücut veren borçlandırıcı işlemin geçersiz olması halinde, bir tasarruf işlemi olarak ibra anlaşmasının geçerlilik durumu, sebepten soyut veya sebebe bağlı olduğunun kabulüne göre değişiklik gösterecektir¹¹⁰⁹. Genel olarak kabul edilen ibra anlaşmasının bir tasarruf işlemi olarak sebepten soyutluğudur¹¹¹⁰. Bu kabul çerçevesinde, işlem geçersiz hale gelmez. Zira bir tasarruf işlemi olarak ibra anlaşmasının sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersiz olması, ibranın borcu sona erdirici etkisini değiştirmez. Sadece asıl borçlu böyle bir durumda sebepsiz zenginleşmiş olur. Dolayısıyla alacaklının asıl borçludan sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iade talebi olabilir. Böyle bir durumda kefilin borcunun zaten hiçbir bağlantısının bulunmadığı ve teminat altına da almadığı için söz konusu iade borcunun tekrar canlanacağı söylenemez¹¹¹¹. Kefilin borcu özel olarak asıl borç ilişkisindeki borcun yerine getirilmesinin temin edilmesidir. Geçerli bir ibra anlaşmasıyla bu borç sona erdiğinden onun kaderini takip eden kefalet borcu da sona

¹¹⁰⁶ Özen, **Kefalet**, s. 180; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 229.

¹¹⁰⁷ Özen, **Kefalet**, s. 180.

¹¹⁰⁸ Dietrich Reinicke / Klaus Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, Neuwied-Kriftel-Berlin: Luchterhand, 1995, s. 96 vd.; Kleiner, **a.g.e.**, s. 87 vd.; Özen, **Kefalet**, s. 99 vd.; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 817; Barlas, **BTM**, s. 48.

¹¹⁰⁹ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 229; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 130.

¹¹¹⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 578.

¹¹¹¹ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 131; Guhl, **Bürgschaft**, s. 119.

ermiş olacaktır¹¹¹². Buna karşılık eğer ibra anlaşmasının sebebe bağlı bir tasarruf işlemi olduğu kabul edilirse¹¹¹³, varılacak sonuç farklılık gösterecektir. Zira ibra anlaşmasının geçersiz olması asıl borcun hiç ortadan kalkmadığına işaret eder. Bu durumda kefilin borcu da onun ferîsi olarak varlık göstermeye devam edecektir¹¹¹⁴.

f. Borçlu ve Alacaklı Sıfatlarının Birleşmesi

Asıl borç bakımından alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi borcun sona ermesine, dolayısıyla ferî nitelikteki kefalet borcunun da ortadan kalkmasına sebep olur¹¹¹⁵. Birleşmenin ortadan kalkması durumunda ise asıl borç tekrar ortaya çıkacağı için kefilin sorumluluğu da tekrar söz konusu olacaktır¹¹¹⁶.

Bu başlık altında belki kefil ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde ne gibi bir durumun oluşacağına da değinmek gerekir.

Aslında, iki ayrı sebeple borçlu kişinin, borçlu sıfatlarının birleşmesi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinden farklı bir durum oluşturur¹¹¹⁷. Zira normal şartlarda borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi borçlardan herhangi birini sona erdirmez. Kişi iki farklı borçtan da ayrıca sorumlu olur. Ne var ki, somut bahis bakımından farklı bir değerlendirmenin yapılması şarttır. Bir kişinin başlangıçta kendi borcu bakımından aynı anda asıl borçlu ve kefil olması mümkün değildir. Zira kişisel teminatı veren her zaman asıl borç ilişkisinin dışında bir üçüncü kişidir, bu şekilde alacaklı ikinci bir malvarlığına daha başvurabilme şansını elde etmektedir¹¹¹⁸. Nitekim mantıken sonradan bu durumun meydana gelmesinde de, tali nitelikteki kefaletin sona ermesi (asıl borç içinde erimesi) asıl olmalıdır¹¹¹⁹. Öte yandan gerek kefalet, gerekse de asıl borç günün sonunda aynı amaca hizmet etmektedir. Asıl borç ifa edilirse alacaklı zarara uğramayacak, o ifa edilmeyip kefalet borcu ifa edilirse alacaklı zarardan kurtulacaktır. Dolayısıyla alacaklının karşısında yarışır durumda iki

¹¹¹² Reisoğlu, **Kefalet**, s. 229.

¹¹¹³ Bu yönde bkz. Keller / Schöbi, **a.g.e.**, s. 193.

¹¹¹⁴ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 229.

¹¹¹⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N.3; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 700; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 183.

¹¹¹⁶ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 7; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 700; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 184.

¹¹¹⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 12; Scyboz, **a.g.e.**, s. 122; Özen, **Kefalet**, s. 530.

¹¹¹⁸ Scyboz, **a.g.e.**, s. 26; Özen, **Kefalet**, s. 530.

¹¹¹⁹ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 382; Yavuz, **a.g.e.**, s. 322; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 71.

borç bulunmaktadır¹¹²⁰. Hatta eğer gerek asıl borcun konusu bir miktar paranın ödenmesi ise, konu olarak kefaletle örtüşen bir borçtan bahsetmek gerekir. Böyle bir durumda, kişinin hiçbir özel belirtmede bulunmaksızın ödemede bulunması durumunda, asıl borcun ifa edildiği kabul edilmelidir. Zira kefalet ferî özelliكتedir¹¹²¹.

Ne var ki kanunda alacaklının menfaati özellikle korunmak istenilmiştir. TBK m. 598 f.2 “[B]orçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan yararlar saklıdır,” hükmünü sevk etmektedir. Böylece şayet kefalet borcunu temin eden bir rehin hakkı veya başka bir kefalet (kefile kefalet) söz konusu ise, alacaklı bunlardan da faydalanabilecektir¹¹²². Ancak böyle bir özel durum söz konusu değilse kefalet borcunun varlığı –yukarıdaki paragrafta belirtildiği üzere– sona erecektir¹¹²³.

g. Aşırı İfa Güçlüğü

Asıl borçlu aşırı ifa güçlüğü yaratan ve TBK m. 138’de şartları belirtilen bir durum oluştuğunda sözleşmenin uyarlanmasını veya sona erdirilmesini isteyebilecektir. Böyle bir durumda kefilin borcunun akıbetinin ne olacağına dair çeşitli düşünceler ileri sürülebilir.

Bunlardan birincisi, ferîlik ilkesi gözetilerek söylenebilir. Ferîlik ilkesi çerçevesinde kefilin borcu asıl borcun kaderine tabi bulunmaktadır. Dolayısıyla asıl borcun bir şekilde kısmen içerik değiştirmesi (uyarlanması) veya tamamıyla sona ermesi halinde, kefalet borcu da onu takip edecek ve dolayısıyla aynı şekilde ve aynı oranda durumdan etkilenecektir¹¹²⁴. Davanın henüz sonuçlanmadığı durumda ise kefil, geçici bir defî hakkından faydalanabilir¹¹²⁵.

¹¹²⁰ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 12; Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 48.

¹¹²¹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 48; Özen, **Kefalet**, s. 530.

¹¹²² Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 13; Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 49; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 10; Özen, **Kefalet**, s. 531; Yavuz, **a.g.e.**, s. 322.

¹¹²³ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 382; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 10.

¹¹²⁴ Bu yönde verilmiş bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGHZ 6, 385.

¹¹²⁵ Bu görüş ve uygulaması için bkz. Bönner, **Grenzen der Akzessorietät der Bürgschaft**, Köln: 1958, s. 75 vd.; Plate, **Die Gefahrtragung des Bürgen nach dem BGB sowie ausgewählte Probleme aus dem Bürgschaft**, Hamburg: 1968, s. 44 vd. (Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 25, dn. 30’dan naklen).

Buna karşılık, kefilin bizzat asıl borçlunun ödeme gücünün temin edilmesi için hareket ettiği düşünülecek olursa, ilk düşüncenin isabetsiz olduğu kanısına varılabilir. Zira kefil, ferîlik çerçevesinde asıl borçlunun tarafı olduğu ilişkide aşırı ifa güçlüğü nedeniyle işlem temelinin çökmediği hallerde, onun ödeme gücü yoksunluğu gerekçesiyle ileri sürebileceği savunmaları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınması mümkün olmaz¹¹²⁶. Dolayısıyla aşırı ifa güçlüğü nedeniyle oluşan ödeme gücü sıkıntısı da bu kapsamda değerlendirilebilir.

Son olarak iki düşünce yapısı bir araya getirilerek, olay bazında inceleme yapılmalı ve kanımızca da daha isabetli olarak şu sonuca varılmalıdır: Şayet, aşırı ifa güçlüğü, sadece asıl borçlu bakımından değil, teminat amacı bakımından değerlendirildiğinde kefil bakımından da söz konusu ise, bu durumda kefil de aynı sonuçların meydana gelmesinden faydalanabilecektir. Dolayısıyla ilk düşünce, ikinci düşüncedeki kısıtlama tatbik edilerek uygulanmalıdır. Yalnız böyle bir durumda her iki sözleşme de kendi özel alanlarında değerlendirilmelidir. Yoksa asıl borcun aşırı ifa güçlüğü neticesinde sona ermesi ferîlik çerçevesinde otomatik olarak kefalet borcunu da sona erdirmeyecektir. Özel olarak kefilin de aynı aşırı ifa güçlüğüne ortaya koyarak ilişkinin uyarlanması veya sona erdirilmesi ayrıca bir talepte bulunması gerekir.

Esasen kefil tarafından ileri sürülebilecek bu türden bir iddianın, yani aşırı ifa güçlüğüne, çok istisnai bazı durumlar dışında dikkate alınabileceği de kolaylıkla söylenemez. Zira diğer türlü, kefaletin teminat işlevine gölge düşürülmüş olur. Belki şöyle bir örnek çerçevesinde somutlaştırma yapılabilir: Asıl borcun konusu yabancı para borcu olsun ve kefilin sorumluluğunun üst sınırı da yabancı para olarak belirlensin. Ardından Türk parası, işbu yabancı para birimi karşısında aşırı ölçüde ve beklenmeyecek şekilde değer kaybetsin. İşte böyle bir durumda gerek asıl borç gerekse de kefalet sözleşmesi bakımından aşırı ifa güçlüğü nedeniyle işlem temelinin çökmüş olacağı söylenebilir. Gerek asıl borçlu gerekse de kefil bu iddia ile ortaya çıkabilirler¹¹²⁷. Eğer asıl borçlunun borcu bakımından bir oranlama yapıldıysa, bu

¹¹²⁶ Blessing, *Akzessorietät und Sicherungszweck der Bürgschaft, eine Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, französischem Recht*, Stuttgart: 1972, s. 140; Coing, "Bürgenschuld und Leistungsverweigerungsrecht aus §21, IV UmstG", *NJW*, 1951, s. 385 (Elçin Grassinger, *Savunma İmkânları*, s. 24, dn. 29'dan naklen).

¹¹²⁷ Kefalet sözleşmesi özelinde işlem temelinin çökmesiyle ilgili aynı yönde açıklamalar için bkz. Özen, *Kefalet*, s. 255; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 58.

kefalet sözleşmesi bakımından doğrudan uygulanabilir değildir, verilecek mahkeme kararının kefil açısından kesin hüküm teşkil etmesi de söz konusu olmaz. Ancak kefil, ferîlik özelliği de gözetilerek, söz konusu karardan kendi açacağı uyarılma davasında belki bir yardımcı bir unsur olarak faydalanabilir.

h. Tecdit (Yenileme) Anlaşması

Asıl borç tecdit anlaşması ile son bulduğunda kefalet borcu da kural olarak sona erecektir¹¹²⁸. Kefilin tecdit anlaşmasına onay verip vermemesi bir önem taşımaz. Yeni borcun kefalet ile teminat altına alınabilmesi için, yeniden buna ilişkin işlem yapılması icap eder¹¹²⁹.

Yalnız bu konuda cari hesap bakımından özellikli bir duruma değinmek gereklidir. Cari hesap, iki kişinin birbirlerinden olan alacaklarını talep etmeyip bunların ortak bir hesaba aktif ve pasif olarak kaydedilmesini ve belirli devrelerin sonunda aktif ve pasifte yer alan bu alacak ve borçların toplu olarak takas edilip kalan miktar üzerinden alacağın devam etmesini kararlaştırdıkları sözleşmesel ilişkidir¹¹³⁰. Taraflar arasında bulunan cari hesap ilişkisi kapsamındaki her bir borç kaleminin hesaba kaydedilmesi, tecdit anlaşması niteliği taşımaz¹¹³¹. Tecditin söz konusu olabilmesi için hesabın kesilmesi ve çıkan sonucun karşı tarafça da kabul edilmesi gerekmektedir. Söz konusu kabul dâhilinde, kesilen hesap içinde yer alan önceki borç kalemleri sona erecektir¹¹³².

Dolayısıyla genel kural takip edilecek olursa, borç kalemlerine ait ferî hakların ve dolayısıyla kefalet borcunun da sona ereceği açıktır. Ne var ki böyle bir durum, tarafların amacına uygun olmayabileceği ve ticari hayattaki güvenliği sarsabileceği için kanun burada farklı bir kabullenmeye gitmiştir¹¹³³. Buna göre söz konusu borç kalemleri için verilen kişisel ve aynî teminatlar hesabın kesilmesiyle beraber sona

¹¹²⁸ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 584; Özen, **Kefalet**, s. 523; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 379; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 539; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 129; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 69. Bkz bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi Kararları: BGE 127 III 559; BGE 126 III 375; BGE 64 II 284

¹¹²⁹ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 700; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 129; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 181.

¹¹³⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 585; Engel, **Partie Générale**, s. 774; Deschenaux, **Partie II**, s. 81; Rossel, **a.g.e.**, s. 174.

¹¹³¹ Engel, **Partie Générale**, s. 775.

¹¹³² Engel, **Partie Générale**, s. 775.

¹¹³³ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 129; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 181.

ermeyecek, ortaya çıkan yeni borç kalemini teminat altına alacaktır (TBK m. 134 f.3). Dolayısıyla kefil de hesap sonucunun tamamı kapatılana kadar, kefalet borcundan sorumlu olmaya devam edecektir¹¹³⁴. Hesap sonucunun sıfırlanması ise, kefilin sorumluluğunu da sona erdirir. Artık bu aşamadan sonra yeni kalemlerin eklenmesi söz konusu olsa kefil bunlardan sorumlu olmayacaktır¹¹³⁵. Öte yandan kefil, hesap sıfırlanana kadar, sadece bakiye borcundan kaynaklanan defileri ileri sürebilecektir, yoksa onun borcun ilk haline ilişkin defileri ileri sürebilmesi söz konusu değildir¹¹³⁶.

Yalnız bu sonuç, cari hesap içinde yer alan borç kalemlerine değil, bizzat cari hesap ilişkisinin bütününe kefil olduğunda farklılık gösterir. Böyle bir durumda cari hesap ilişkisinin bazı ara dönemlerde sıfırlanması kefilin borcunu sona erdirmez. Onun borçtan kurtulabilmesi bu kez cari hesap ilişkisinin kesin olarak sona ermesine bağlı bulunmaktadır¹¹³⁷.

i. Borcun Nakli

Asıl borç yeni bir borçlu tarafından devralındığında, borç sona ermez. İlk bakışta ferî olan kefalet borcunun da bu anlamda sona ermeyeceği sonucuna varılabilir¹¹³⁸. Oysa kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun şahsı önemlidir (*intuitu personae*). Zira özel olarak onun ödeme gücü gözetilerek teminat verilmektedir¹¹³⁹. Böyle olunca asıl borçlunun kimliğinin değişmesi de, kefilin riskinin artması anlamına gelecektir¹¹⁴⁰. Kanun koyucu da bu durumu özel olarak gözeterek kefil

¹¹³⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 26; Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 5; Guhl, **Bürgschaft**, s. 114; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 3; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 11; Scyboz, **a.g.e.**, s. 58; Özen, **Kefalet**, s. 524; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 228; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 129; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 700; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 585; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 379; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 538; Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 182.

¹¹³⁵ Aslında bu düzenleme, kefilin normalde girmek istediğinden daha ağır bir yükün altına sokmuş olur. Zira kefil zamanla kendisinin hiçbir şekilde taahhüt etmediği bir borcun teminat vereni olarak bulabilecektir. Cari hesaptaki her bir hesap kalemi bakımından bağımsız hareket engellenmiş olduğu için, kefilin en başta teminat aldığı borç çoktan ortadan kalkmış olsa da hesap sıfırlana kadar kefil sorumlu olmaya devam edecektir (Reisoğlu, **Kefalet**, s. 228).

¹¹³⁶ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 228.

¹¹³⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 26; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 229; Özen, **Kefalet**, s. 524.

¹¹³⁸ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 6.

¹¹³⁹ Gillieron, **a.g.e.**, s. 159; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 246.

¹¹⁴⁰ Meier, **CoRo.**, Art. 493, N. 26; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7096; Özen, **Kefalet**, s. 90.

koruyucu bir hüküm öngörmektedir¹¹⁴¹. TBK m. 198 f.2'ye göre “[b]ununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder.”

Bu düzenleme uyarınca kefilin her bir somut borcun nakli işlemi bakımından rızasını göstermesi gerekir¹¹⁴². Hüküm, rızanın yazılı olarak verilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu rıza, mutlaka borcun nakli tasarruf işleminin öncesinde (izin) gösterilmiş olmalıdır. Aksi takdirde kefalet sözleşmesi hükümsüzleşir, sonradan verilen rıza (icazet, onay) da bu sonucun oluşmasına engel olamaz¹¹⁴³. Böyle bir durumda “yeni” asıl borçlunun borcu için tekrar ilgili merasimlerin gerçekleştirilerek yeni bir kefalet sözleşmesinin yapılması gerekir¹¹⁴⁴.

Diğer taraftan kefil başlangıçta, daha kefalet sözleşmesi kurulurken, asıl borçlu bakımından sonradan meydana gelecek değişiklikleri götürü şekilde ve peşin olarak kabul edemez. Böyle bir düzenleme -TBK m. 582 f.3'ye göre nispi emredici nitelik taşıyan- TBK m. 198 f.2'ye aykırı ve dolayısıyla geçersiz olur¹¹⁴⁵.

TBK m. 198 f.2 hükmünün uygulama alanına yalnızca iradi ve borçtan kurtarıcı nitelik taşıyan borç nakilleri girmektedir. Şayet borcun nakli yasa gereği gerçekleşiyorsa, hüküm uygulanmaz¹¹⁴⁶. Birlikte borç üstlenilmesi, yani borca katılma bakımından da bu hüküm uygulanmayacaktır. Zira böyle bir durumda, borcun naklinden farklı olarak ilk borçlu borçlu olmaya devam etmekte, sadece borcun yerine getirilmesi bakımından ekstra bir “teminat” sağlanmış olmaktadır¹¹⁴⁷.

¹¹⁴¹ Scyboz, **a.g.e.**, s. 74; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 13; Özen, **Kefalet**, s. 85; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 700.

¹¹⁴² Scyboz, **a.g.e.**, s. 74; Meier, **CoRo.**, Art. 493, N. 26; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 13.

¹¹⁴³ Meier, **CoRo.**, Art. 493, N. 27; Özen, **Kefalet**, s. 96; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 140. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararları BGE 67 II 128; GBE 60 II 332.

Aksi görüşte bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 246; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 761. Yazarlara göre rızanın önceden verilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır, borcun nakli işleminin sonrasında verilen rıza da kefalet borcunun devam etmesini sağlar.

¹¹⁴⁴ Meier, **CoRo.**, Art. 493, N. 27.

¹¹⁴⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 493, N. 76; Özen, **Kefalet**, s. 95; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 246; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 141. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararı BGE 67 II 128.

¹¹⁴⁶ Bu hallere örnekler için bkz. Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7097; Özen, **Kefalet**, s. 92-93.

¹¹⁴⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 6; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7098.

j. Asıl Borçlu Hakkında Verilmiş Olan Kesin Hüküm

Kefalet teminatı altına alınan asıl borca ilişkin olarak verilmiş ve asıl borçluyu borçtan kurtaran bir mahkeme kararından kefilin de olumlu olarak etkileneceği genel olarak kabul edilmektedir. Kefil, verilen hükme istinaden bir savunma hakkından istifade edebilecek, alacaklı kendisine talepte bulunduğu (kefalet) borcu(nu) yerine getirmekten kaçınabilecektir¹¹⁴⁸.

Ancak bu durum, kesin hükmün etkisiyle açıklanamaz. Zira kesin hüküm sadece dava tarafları arasında geçerli olur (Bkz. HMK m. 303). Bizzat kefalet sözleşmesinin ferî özelliği bu sonucun doğumunda rol oynamaktadır¹¹⁴⁹ (TBK m. 582). Esasen burada başka bir davada verilmiş olan hükmün belirli bir hukukî sonucun gerçekleşmesini sağlaması, yani unsur etkisi söz konusudur. Sonuçta ferî bir borç, bağlı olduğu asıl borç varlığını devam ettirdikçe var olabilir. Burada ise verilen hükümle asıl borca sona erdiği tespit edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla asıl borç sona erdiği için kefalet borcu da sona erecektir¹¹⁵⁰.

Diğer taraftan aynı durum, verilen hüküm asıl borçlunun aleyhine olduğunda söz konusu olmaz¹¹⁵¹. Kefil böyle bir durumda daha sonra kendisinden bir talepte bulunulması durumunda alacaklıya karşı gerek kendi savunma imkânlarını gerekse de asıl borçluya ait savunma imkânlarını kullanabilecektir. Onun kendisini savunma imkânı elinden alınmamalıdır. Kaldı ki burada yukarıda değinilen unsur etkisinin oluşmasını sağlayacak koşullar da mevcut bulunmamaktadır.

k. Zamanaşımı

Asıl borç ilişkisinden doğan borç, kefalet verildikten sonra zamanaşımına uğramış olursa, kefil de aynı sürekli defiyi ileri sürerek alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir¹¹⁵². Zamanaşımı savunmasının kefilin kusuruyla yapılmaması, rücu

¹¹⁴⁸ Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 185; Necip Bilge, “Borçlu Hakkındaki Kesin Hükümün Kefile Tesiri”, **Adalet Dergisi**, Yıl 45, Sayı 5, Mayıs 1954, s. 592-602, s. 599.

¹¹⁴⁹ Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 186, Bilge, **Kesin Hükümün Etkisi**, s. 600.

¹¹⁵⁰ Bilge, **Kesin Hükümün Etkisi**, s. 600

¹¹⁵¹ Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 186; Bilge, **Kesin Hükümün Etkisi**, s. 597; Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 21.

¹¹⁵² Reisoğlu, **Defi Hakları**, s. 189.

hakkının kaybına yol açar, zira zamanaşımı sürekli bir defî oluşturmaktadır¹¹⁵³. Ne de olsa asıl borçlu, sadece belirli bir zaman dilimi için değil, ilanihaye ifadan kaçınabilecektir. Eğer geçici bir defî hakkından söz ediliyor olsaydı, kefilin böyle bir defiyi ileri sürmemesi doğrudan rücu hakkının kaybına yol açmazdı, sadece ilgili definin ileri sürülebileceği süre zarfında, kefilin alacaklıya başvuramaması sonucunu doğurmuş olurdu.

Diğer taraftan, kefilin zaten zamanaşımına uğramış bir borca başlangıçta bilinçli olarak teminat vermesi durumunda, aynı sonuçların oluşacağından söz edilemez. TBK m. 582 f.2 c.2’de de bu sonuç açık olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanun burada, diğer tüm yönleriyle ferî olsa da, bir yönüyle ferî olmayan bir atipik teminat sözleşmesini düzenlemiş bulunmaktadır, yoksa bu sözleşmenin tipik bir kefalet olduğundan söz edilemez¹¹⁵⁴.

2. Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebepler

a. Genel Olarak

Asıl borç ilişkisindeki sona erme sebepleri bir yana, ayrı bir sözleşme olarak kefalet sözleşmesini ve kefilin borcunu etkileyen ayrı sebepler de bulunmaktadır. Öyle bazı durumlar olabilir ki, asıl borç ilişkisi devam etse de kefalet sözleşmesi son bulabilir¹¹⁵⁵. Kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisi olmadan var olamaması ferîlik ilkesinin bir sonucudur. Oysa asıl sözleşmenin varlığı veya devamlılığı için herhangi bir şekilde kefalet sözleşmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Asıl borç, ferî borcun ortadan kalkmasından olumsuz etkilenmez, bağımsız olarak varlığını sürdürür. Dolayısıyla aslın ferîsi üzerindeki “taşyıcı kolon” etkisi sadece tek yönlüdür.

Kefalet sözleşmesinden doğan borcun sona ermesi, genel olarak bir borcun sona erme sebepleri olan ifa, ifa yerine edim, ibra¹¹⁵⁶, takas, alacaklı borçlu sıfatının birleşmesi, tecdit¹¹⁵⁷ vb. nedeniyle gündeme gelebilir¹¹⁵⁸.

¹¹⁵³ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 4.

¹¹⁵⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 31; Özen, **Kefalet**, s. 525.

¹¹⁵⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 8; Guhl, **FJS 182**, s. 1; Reisoğlu, **Defî Hakları**, s. 205.

¹¹⁵⁶ Kefaletin ibrası bakımından kefalet sözleşmesinin kurulmasındaki şekil şartlarına uygun hareket edilmesi aranmamaktadır. Bu konudaki ibra anlaşması herhangi bir özel şekil kuralına tabi olmadan geçerli olacaktır (TBK m. 132). Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 529; Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 44.

Bundan başka kefalet borcu kendi zamanaşımı süresine tabidir. Bu süre, asıl borcun zamanaşımı süresinden farklı bir süredir. Kefilin borcunun muacceliyeti ile birlikte başlar. Kefalet borcunun zamanaşımı TBK m. 146 çerçevesinde 10 yıldır¹¹⁵⁹. Yalnız asıl borcun zamanaşımı süresi ve kefalet borcunun zamanaşımı süresi arasında TBK m. 155 f.2 hükmünden kaynaklı dolaylı bir bağlantı bulunmaktadır. Buna göre, asıl borçluya karşı zamanaşımının kesilmesi, kefalet borcu bakımından işlemekte olan zamanaşımını da etkiler, onun da kesilmesine sebep olur. Ancak bunun tersi geçerli değildir. Diğer bir deyişle kefalet borcu için kesilen zamanaşımı süresi, asıl borcun zamanaşımı süresi bakımından bir etki meydana getirmez.

Buna karşılık, her bir durumda kefalet borcunun zamanaşımı süresinin asıl borcun zamanaşımı süresinin uğradığı değişikliklerden etkileneceği söylenemez. Asıl borcun zamanaşımı süresi durduğunda, kefalet borcununki işlemeye devam eder. Asıl borç için bir taşınmaz rehni sağlandığında ise, bunun asıl borcun zamanaşımı süresi açısından kesilme yarattığı ölçüde kefalet borcunun zamanaşımı süresi de etkilenecek ve kesilecektir. Ancak, taşınmaz rehniyle birlikte alacağın zamanaşımı süresi sadece kesilmekle kalmaz, aynı zamanda artık alacak, rehinle teminat altına alınmış olduğu sürece zamanaşımına hiç uğramaz. Oysaki kefilin borcunun zamanaşımı süresi için, kesilme etkisinin haricinde bir etkinin olduğu söylenemez¹¹⁶⁰. Aynı husus, asıl borçlunun hakkında yapılan takip neticesinde aciz vesikası alınması bakımından da geçerlidir. Bu noktadan sonra, asıl borç açısından zamanaşımı hiç işlemeyecek olsa da, kefalet borcu bakımından zamanaşımı işlemeye devam eder¹¹⁶¹.

Bunların yanında bir de, kefalet sözleşmesine özgü olarak bazı özel sona erme sebepleri de mevcut bulunmaktadır. Söz konusu sebeplere aşağıda yer verilecektir.

¹¹⁵⁷ Tecdit anlaşmasıyla var olan kefalet borcu ortadan kaldırılırken yerine yeni ve başka bir kefalet borcu koyulmak isteniyorsa, kefaletin geçerlilik şartlarına uygun suretle hareket edilmelidir. Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 529; Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 43.

¹¹⁵⁸ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 35 vd.; Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 8; Guhl, **FJS 182**, s. 1.

¹¹⁵⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 39; Guhl, **Bürgschaft**, s. 120.

¹¹⁶⁰ Özen, **Kefalet**, s. 528.

¹¹⁶¹ Özen, **Kefalet**, s. 529; Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 41; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 16.

b. Kararlaştırılan Kefalet Süresinin Dolması (TBK m. 600)

Kefalet sözleşmesinin bir süreye bağlanması TBK m. 600 uyarınca mümkündür. Bu durum, kefalet borcunun muacceliyeti için vade kararlaştırılmasından farklıdır¹¹⁶². Bizzat sorumluluğun sona ermesine ilişkin olarak bir süre belirlenmektedir. Buna göre kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur¹¹⁶³,¹¹⁶⁴. Düzenlemenin kapsamına her türlü kefalet (adi/müteselsil) ilişkisi dâhildir¹¹⁶⁵.

Kefalet sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan süre, bir tür hak düşürücü süre vazifesi görmektedir¹¹⁶⁶,¹¹⁶⁷. Sürenin sona erdirici etkisi tek başına mutlakır¹¹⁶⁸. Zira sürenin sonunda alacaklının kefile başvurabilmesi mümkün olmaz, kefilin sorumluluğu ileriye etkili olarak (*ex nunc*) sona erer¹¹⁶⁹. Süre etkisini kendiliğinden gösterecektir, ayrıca bir işlem yapılması veya bu durumun mahkemeye başvuruda

¹¹⁶² Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 385; Özen, **Kefalet**, s. 532.

¹¹⁶³ Yavuz, **a.g.e.**, s. 327; Barlas, **Yenilikler**, s. 229.

¹¹⁶⁴ TBK m. 600, İsviçre Hukukundan farklı bir sistem benimsemiştir. İsviçre BK m. 510'a göre kefilin belirli süreli kefalet sözleşmesinde borçtan kurtulabilmesi için süre tamamlandıktan sonra alacaklının hareketsiz kaldığı 4 haftalık bir sürenin (*delai de grâce*) daha geçmesi veya alacaklının başladığı dava veya takibe uzun bir süre geçmesi gerekmektedir (Müller, **Contrats**, s. 585-586; Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 10; Honsell, **a.g.e.**, s. 423; Guhl, **FJS 182**, s. 1; Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 28; Barlas, **Yenilikler**, s. 229; Altop, **Yenilikler**, s. 26; Altop, Tasarı, s. 159; Burak Özen, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Temmuz 2011, Yıl: 10, C. 10, Sayı 2, s. 53-80, s. 56-57; Nami Barlas, "Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK m. 494/f.1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s.170-213, s. 172-73).

¹¹⁶⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 25; Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 11; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 9; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 510, N. 14; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 385; Yavuz, **a.g.e.**, s. 328; Özen, **Kefalet**, s. 532.

¹¹⁶⁶ Müller, **Contrats**, s. 585; Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 28; Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 13; Guhl, **FJS 182**, s. 1; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 12; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 510, N. 15; Özen, **Kefalet**, s. 532.

¹¹⁶⁷ Kefalet sözleşmesinde sorumluluğun sona ermesi için belirli bir sürenin kararlaştırılması, bozucu şartta bağlı olarak kurulan kefalet sözleşmesinden farklılık arz eder. Bozucu şartta, şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve dolayısıyla sözleşmenin sona erip ermeyeceği baştan belli değilken, kefalet süresinin sonunda kefaletin sona ereceği baştan kesin olarak bellidir (Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 32; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 510, N. 10; Yavuz, **a.g.e.**, s. 328).

Buna karşılık, kefalet süresi içinde veya yine başka öngörülecek bir başvuru süresi kapsamında alacaklının kefile başvurması kararlaştırıldığında, yine süreli bir kefaletten söz edilecektir. Yalnız, böyle bir durumda, sadece sürenin içinde riskin gerçekleşmesi yeterli görülmemiş bunun yanında alacaklının başvuruda bulunmaması bir iradi bozucu şart olarak kararlaştırılmış olur.

¹¹⁶⁸ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 385; Yavuz, **a.g.e.**, s. 327; Özen, **Kefalet**, s. 535.

¹¹⁶⁹ Bunun aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Örneğin sözleşmeyle süre bittikten sonra alacaklının derhal başvuruda bulunmaması şartına bağlı olarak kefalet süresinin sona erdirici etkisinin olacağına kurgulanması düşünülemez. Zira böyle bir kararlaştırma, kefalet hükümlerinin nispi anlamda (kefil bakımından) emredici etkisini kabul eden TBK m. 582 çerçevesinde, TBK m. 600'e aykırılık teşkil edecektir (Benzer yönde bkz. Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 388).

bulunularak tespit edilmesi gereği de bulunmamaktadır¹¹⁷⁰. Ancak süre sona erene kadar kefil sorumluluktan –istisnai durumlar dışında (TBK m. 599)- kurtulamayacaktır. Ancak aksinin de kararlaştırılması mümkündür, örneğin kefile sürenin tamamlanmasından önce kullanılabilir bir dönme hakkı tanınabilir¹¹⁷¹.

Kefalet süresi, gerçek kişilerin kefil olduğu kefalet sözleşmelerinde taraflarca belirli bir sınıra kadar serbest olarak kararlaştırılabilir. Söz konusu sınır, TBK m. 598 f.3'te öngörülen kanuni azamî on yıllık süredir¹¹⁷². Tüzel kişilerin kefaletinde böyle süre sınırı bulunmamaktadır. Öte yandan sürenin mutlaka açık olarak kararlaştırılması gerekli değildir. Taraflar zımni olarak da bir süre öngörmüş olabilirler, bu durum taraf iradelerinin yorumlanmasından çıkarılabilir¹¹⁷³. Söz konusu iradenin mutlaka kefalet belgesinde somutlaşmasının gereği de bulunmamaktadır. Kefalet sözleşmesini tevsik eden belgenin dışında kalan hususlar da böyle bir belirti taşıyabilir¹¹⁷⁴. Örnek olarak belirli süreli bir kira sözleşmesine kefil olan kişinin sorumluluğunun süreli olduğu çıkarsamasının yapılması mümkündür¹¹⁷⁵. Bunlar üzerinden kefalet sözleşmesinin süreli olduğuna hükmedilebilir¹¹⁷⁶. Ancak kefaletin süreli olduğu karine olarak kabul edilemez¹¹⁷⁷. Bunu iddia eden kefil, gerekli ispat faaliyetini gerçekleştirmelidir¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁰ Düzenleme bu bakımdan 818 Sayılı EBK m. 493 (İsv. BK m. 510)'ten farklı bir yapı öngörmektedir. TBK m. 493'e göre, “[b]ir kimse mahdut bir zamân için kefil olup da bu zamânın inkızasını takip eden bir ay zarfında alacaklı bu bapta icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse yahut takibatına uzun müddet fasıla verirse kefil kefaletten beri olur.” Dolayısıyla söz konusu düzenleme çerçevesinde sona erme sonucu, kendiliğinden sadece sürenin dolmasıyla gerçekleşmemekte, alacaklının dava ve takip haklarını bir ay içinde kullanmaması veya başvurduğu hukukî yolun devamına uzun bir süre ara vermesi şartına bağlıyordu. Düzenleme bu haliyle, süreye bağlı haklarla ilgili genel kuralın bir istisnasını oluşturmakta idi (Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 799, Reisoğlu, **Kefalet**, s. 231; Cevdet Yavuz / Burak Özen / Faruk Acar, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Beta, 2007, s. 867; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 143; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 385; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 510, N. 10; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 8).

¹¹⁷¹ Özen, **Kefalet**, s. 537.

¹¹⁷² Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 386; Özen, **Kefalet**, s. 533; Özen, **Sona Erme**, s. 57.

¹¹⁷³ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 10; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 510, N. 10; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 386; Yavuz, **a.g.e.**, s. 327.

¹¹⁷⁴ Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 11; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 800; Özen, **Kefalet**, s. 533. Aksi görüşte bkz. Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 388.

¹¹⁷⁵ Bkz. bu konuda Yargıtay kararları: Yarg. 6. HD., 26.06.2006 T., E. 5059 / K. 7401 (YKD, C. 32, Yıl 2006, S. 11, s. 1753 vd.); Yarg. 12. HD., 18.05.2001 T., E. 7879, K. 8795; Yarg. 13. HD., 05.06.2003 T., E. 3257 / K. 7364 (www.kazanci.com).

¹¹⁷⁶ Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 30; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 510, N. 10; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 11.

¹¹⁷⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 34-35; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 11; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 800; Özen, **Kefalet**, s. 535.

¹¹⁷⁸ Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 35; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 11; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 386; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 146.

Kefalet süresinin dolmasının, birlikte kefaletteki etkisinin de saptanması gerekir. Buna göre, kefillerden sadece birinin kefalet süresinin dolması, diğerlerine nasıl bir etkide bulunacaktır? Adi birlikte kefalet bakımından, sadece kendi süresi dolan kefil, kefalet yükünden kurtulur. Yani onun gerek kendi payı bakımından olan asli sorumluluğu gerekse de diğerlerin payları bakımından olan kefile kefil sıfatıyla sorumluluğu sona erer. Ne var ki diğerleri bundan etkilenmez ve sorumlu olmaya devam ederler¹¹⁷⁹. Müteselsil birlikte kefalette ise durum farklıdır. Kendi nezdinde kefalet süresi dolan birlikte kefil kefalet borcundan tamamen kurtulurken, diğerleri, müteselsil borçlulukta ibra yoluyla bir borçlunun borçtan kurtulmasının diğer borçlulara etkisini düzenleyen TBK m. 166 f.3'e kıyasen, onun iç ilişkideki payı kadar sorumluluktan kurtulacaktır¹¹⁸⁰.

c. Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Sözleşmenin TBK m. 601'e Göre Sona Ermesi

Belirsiz süreli bir kefalet sözleşmesinde sona erme, TBK. m. 601'in şartlarının oluşmasıyla gerçekleşebilir. Buna göre “[S]üreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. / Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir. / Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur.”

Görüldüğü üzere kefil, madde adi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise bir ölçüde¹¹⁸¹, sadece “[k]anunun öngördüğü hâllerde”, bu madde kapsamında

¹¹⁷⁹ Gümüüş, *Özel Hükümler II*, s. 389.

¹¹⁸⁰ Gümüüş, *Özel Hükümler II*, s. 389.

¹¹⁸¹ Bu düzenlemenin getirisi, 818 Sayılı Borçlar Kanunu zamanındaki uygulamaya göre farklılık arz etmektedir. Söz konusu dönemde EBK m. 494'ün –renksiz ifadesine rağmen- uygulaması kapsamına müteselsil kefaletin dâhil olmadığı doktrinde genel olarak kabul edilmekte idi. Bunun sebebi müteselsil kefilin ne tartışma definden ne de önce rehnin paraya çevrilmesi definden ilk planda faydalanamamasıydı. Böyle olunca da, bir müteselsil kefilin hükümde öngörülen alacaklının derhal harekete geçmesini veya elindeki rehinleri paraya çevirmesini istemesi olanağı, böyle bir talep ciddi

getirilen bu borçtan kurtulma imkânından faydalanabilecektir¹¹⁸². Kanunun öngördüğü haller ifadesinden kasıt, müteselsil kefilin adi kefil gibi defî haklarından faydalanabildiği durumlardır¹¹⁸³. Belirtilmelidir ki, müteselsil kefil zaten tartışma definden faydalanamaz. Öte yandan onun önce rehlin paraya çevrilmesi define başvurabilmesi ise, sadece asıl borcun teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile teminat altına alınmış olması halinde mümkündür (TBK m. 586 f.2). Dolayısıyla, alacaklının elinde asıl borç bakımından bu türden bir rehin hakkı bulunduğu, müteselsil kefil TBK m. 601'in uygulamasından yarar görebilir. Yalnız bunun için, alacaklının bu haklara kefilin söz konusu imkândan faydalanmak istediği tarihte hala sahip olması gereklidir. Eğer alacaklı söz konusu rehin haklarını zaten paraya çevirmiş ancak hala daha alacağının tamamına ulaşamamışsa, kefil TBK m. 601 uygulamasıyla borçtan kurtulamayacaktır. Zira böyle bir olasılıkta yine, alacaklıdan paraya çevirmesini isteyebileceği bir rehin hakkı bulunmamaktadır¹¹⁸⁴. Özetle, alacaklının elinde henüz paraya çevrilmemiş bir teslimine bağlı taşınır rehni ya da alacak rehni bulunuyorsa, müteselsil kefil TBK m. 601 uyarınca alacaklıya bunları paraya çevirmek üzere harekete geçmesini isteyebilir. Alacaklı, bu süreci bir ay içinde¹¹⁸⁵ başlatmadığı vakit, sürenin sonunda kefil borçtan kurtulacaktır¹¹⁸⁶. Alacaklı bir ay içinde süreci başlattığı halde ciddi şekilde ara vermek suretiyle, sürecin devamlılığı bakımından gecikme meydana getiriyorsa aynı sonuç uygulanır¹¹⁸⁷.

Adi kefalette ise, her iki defî hakkı bakımından da kefil TBK m. 601'e dayanabilir. Hatta önce bir defîye (tartışma defî) dayalı olarak bildirimde bulunduktan ve alacaklı buna ilişkin işlemleri tamamladıktan sonra, ikinci defî hakkına dayanarak tekrar bildirimde bulunabilir. Alacaklının bu ikinci bildirim gereğini yerine getirmemesi yine sözleşmenin sona ermesine yol açacaktır.

bir çelişki meydana getireceği için, zaten olamazdı (Reisoğlu, **Kefalet**, s. 241; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 802; Barlas, **Müteselsil Kefalet**, s. 187 vd. Aksi görüş için bkz. Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 154 vd.).

¹¹⁸² Yavuz, **a.g.e.**, s. 332; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 702.

¹¹⁸³ Özen, **Kefalet**, s. 543-544; Özen, **Sona Erme**, s. 61.

¹¹⁸⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 511, N. 8, 27; Guhl, **Bürgschaft**, s. 127; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 155; Özen, **Kefalet**, s. 544.

¹¹⁸⁵ İsviçre Hukukunda İsv. BK. m. 511'e göre bu süre 4 haftadır (bkz. Guhl, **FJS 182**, s. 1).

¹¹⁸⁶ Yavuz, **a.g.e.**, s. 330.

¹¹⁸⁷ Guhl, **FJS 182**, s. 1. Ayrıca bu konuda bkz. BGE 64 II 190.

Sürekli borç ilişkilerine belirsiz süreli kefalette de TBK m. 601'e dayanarak kefilin kefalet borcundan kurtulabilmesi mümkündür. Yalnız küçük bir farklılığın altı çizilmelidir. Sürekli borç ilişkisi devam ederken, ortaya çıkan dönemsel borçlardan bir kısmının ödenmemesi durumunda kefil, pek tabiidir ki TBK m. 601'e göre alacaklıya ilgili işlemleri yapmak üzere harekete geçmesi yönünde ihbarda bulunabilir. Bu durumda, alacaklı gerekli işlemleri yapmaktan kaçındığı ve bir aylık süreyi geçirdiği ihtimalde kefil, asıl borçlardan mevcut ve muaccel olmuş olanlarına kefaletinden kurtulur. Ne var ki asıl borç ilişkisinde, süreklilik arz eden yapıdan ötürü, henüz muaccel olmamış diğer dönemsel asıl borçlara verilen kefalet bu durumdan etkilenmez. Kefil, ileride muaccel olduklarında bunlara ilişkin ifa yapılmadığı vakit, yine kefalet teminatından sorumlu olmaya devam edecektir. Zira alacaklı, söz konusu asıl borçlar için henüz talepte bulunma iktidarına zaten sahip değildir ki herhangi bir savaşılması söz konusu olsun. Dolayısıyla kefilin bunlar için de TBK m. 601'e dayanabilmesi ancak muacceliyet tarihinden sonrası bakımından mümkündür¹¹⁸⁸, ¹¹⁸⁹. Bir yıldan uzun süreli asıl borç ilişkilerine kefalette, bir yıllık süre geçtikten sonra alacaklının elinde bir fesih imkânı bulunduğu olasılıklarda TBK m. 601 f.2'ye kıyasen, kefilin alacaklıya bu hakkı kullanarak ilişkiyi ileri yönelik sona erdirmesi yönünde bir talebi olabilecektir¹¹⁹⁰.

Kefilin TBK m. 601 kapsamında alacaklıya yapacağı bildirim, yenilik doğurucu bir beyan özelliği taşımaktadır. Zira bu bildirimle beraber, bir aylık sürenin

¹¹⁸⁸ Beck (**Bürgschaft**, Art. 511, N. 19), muacceliyetten kısa bir süre öncesinde de bu imkânın kullanılabileceğini kabul etmektedir. Kanaatimizce, böyle bir durumda, görüş kabul edilecek olursa, bir aylık süre en erken muacceliyet tarihinden itibaren başlatılmalıdır.

Pestalozzi (**BasKom.**, Art. 511, N. 5) ise, muacceliyet öncesinde genel olarak talepte bulunabilmesinin mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, alacaklıya iktidarında olmadığı bir yetki bakımından sorumluluk yüklenmiş olacaktır. Bu ise, kefilin koruma düşüncesiyle de olsa adaletli bir durum yaratmaz. Bu görüş kabul edilebilmesi, ancak Beck'in görüşü bakımından ileri sürdüğümüz şekilde bir uygulama olduğunda mümkündür. Yani bir aylık süre yine muacceliyetten itibaren başlatılmış olmalıdır.

¹¹⁸⁹ Kefilin muacceliyet öncesinde alacaklıya başvurması sadece TBK m. 601 f.2 kapsamında ifade edilen olasılıkta mümkündür. Söz konusu durumda, muacceliyet bizzat alacaklının asıl borçluya yapacağı ihbara bağlıdır. Böyle olunca ancak alacaklının devreye girmesiyle, TBK m. 601 f.1'in genel koşulları ancak oluşabileceği için, özel bir hüküm sevkiyle alacaklının bunu geciktirebilmesinin önüne geçilmek, kefilin çıkarı korunmak istenmiştir. Yalnız onun bu olanaktan faydalanabilmesi için kefalet sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmiş olması gerekmektedir. Kanun koyucu bu şekilde, alacaklıya asıl borç ilişkisinde tanınan muacceliyet ihbarı imkânının tamamen onun iktidarı dışında kullanılmasını engellemiş, altın ortayı gözetmiştir.

Bir yıllık süre geçtikten sonra, kefilin yapacağı bildirim neticesinde alacaklı derhal asıl borçluya muacceliyet ihbarını yapmış olmalıdır. Bu noktada onun TBK m. 601 f.1'deki bir aylık süreden yararlanması düşünülemez (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 512, N. 34; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 512, N. 10).

¹¹⁹⁰ Beck, **Bürgschaft**, Art. 511, N. 11.

sonunda kefalet borcu doğrudan sona erecektir. Sona erme sonucunun oluşması için kefilin zarara uğramasına da gerek yoktur¹¹⁹¹. Söz konusu bildirim, alacaklıya varması gereken bir irade beyanıdır¹¹⁹² ve içeriğinin alacaklı tarafından anlaşılabilir olması gerekir¹¹⁹³. Yani diğer bir deyişle kefil, TBK m. 601 uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeye muradını doğrudan ya da dolaylı olarak dile getirmiş olmalıdır¹¹⁹⁴. Öte yandan sözleşmeye bir hüküm koyularak, herhangi bir bildirim gereği olmaksızın alacaklının bizzat muacceliyet tarihinden itibaren bir ay içinde harekete geçmemesi halinde hakkını kaybedeceği kabul edilebilir. Sonuçta böyle bir düzenleme kefil lehine olacağından mümkündür, ancak aksine alacaklının yararına bir değişiklik TBK m. 582 f.3 kapsamında yapılamaz¹¹⁹⁵.

d. Alacaklının Kefilin Ödeme Teklifini Reddetmesi (Alacaklı Temerrüdü)

Alacaklının kefilin ödeme teklifini haklı bir sebep olmaksızın reddetmesi durumunda, olağan alacaklı temerrüdü sonuçlarını düzenleyen genel hükümler (TBK m. 106 vd.) doğrudan uygulanmaz¹¹⁹⁶. Zira TBK m. 593 f.2 bu konuda özel bir düzenleme (*lex specialis*) öngörmektedir: “[A]lacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabulden kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.” Buna göre kefil, tevdiye de mahal kalmaksızın derhal borçtan kurtulur. Dolayısıyla ödemeyi kabul, alacaklı açısından bir külfet niteliğindedir. Alacaklı kefilin ifa girişimini boşa çıkardığında bunun sonuçlarına katlanacaktır. Bu konuda kefilin ifada bulunma çıkarı daha üstün tutulmuş, kefil bir an önce borçtan kurtarılmak istenilmiştir¹¹⁹⁷.

¹¹⁹¹ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 512, N. 12; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 512, N. 7.

¹¹⁹² Bir aylık sürenin başlangıcı, bildirim alacaklıya ulaştığı tarihtir. Bu süre yalnızca işlemlere başlanması içindir, süre içinde başlayan işlemlerin süreyi aşan zamanda sonuçlanması önemli değildir. Önemli olan alacaklının harekete geçmiş ve istim üzerinde olmasıdır. Buna karşılık Alacaklı takibe ara verirse, kefilin ayrıca bir beyanda bulunmasına gerek olmadan, sanki bir aylık sürede hiç takip başlatılmamış gibi kefalet borcu sona erer (Beck, **Bürgschaft**, Art. 511, N. 32).

¹¹⁹³ Beck, **Bürgschaft**, Art. 511, N. 18; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 511, N. 1.

¹¹⁹⁴ Guhl, **Bürgschaft**, s. 128; Beck, **Bürgschaft**, Art. 511, N. 20-22; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 511, N. 4; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 511, N. 4.

¹¹⁹⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 511, N. 19; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 511, N. 5; Yavuz, **a.g.e.**, s. 332.

¹¹⁹⁶ Beck, **Bürgschaft**, Art. 504, N. 4; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 504, N. 1; Özen, **Kefalet**, s. 382.

¹¹⁹⁷ Giovanoli, **BerKom.**, Art. 504, N. 2; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 504, N. 1; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 52; Yavuz, **a.g.e.**, s. 307; Özen, **Kefalet**, s. 553.

Yalnız kefilin ifa teklifi, muacceliyet öncesinde bir zamana rastlıyorsa, yani erken ifa bakımından, biraz daha farklı düşünmek gerekir. TBK m. 593 f. 3, böyle bir halde, alacaklının ifayı reddetme hakkı bulunduğunu belirtmektedir. Ancak madde bu haliyle alacaklının kefilin muacceliyet öncesinde yaptığı her ifa teklifinin reddedebileceği anlamına gelmez. Hüküm, erken ifayı düzenleyen genel hüküm TBK m. 96 ile birlikte okunarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Erken ifa imkânını düzenleyen TBK m. 96, alacaklının vade tarihi bakımından özel bir çıkarı olmadıkça, borçlunun ifada bulunabileceğini düzenlemektedir¹¹⁹⁸. Normal şartlarda, vade alacaklının değil borçlunun yararına konulmuş bulunmaktadır, bu yüzden borçlu bu avantajdan vazgeçerek borçtan kurtulmak için derhal ifayı gerçekleştirme iktidarına sahiptir. İşte eğer alacaklı, TBK m. 96'daki istisnai haller bakımından nasıl asıl borçlunun ifa teklifini reddedebiliyorsa, TBK m. 593 kapsamında kefilin ifa teklifini de reddedebilir, sonuçta vade onun için bir anlam ve önemi taşımaktadır. Muacceliyet tarihinin alacaklı yararına konulmadığı hallerde ise, durum TBK m. 593 f.2'deki genel sonuçtan farklı olmayacaktır, kefilin çıkarı en önde gözetilecektir. Nitekim kefilin erken ifa teklifini reddeden alacaklı, hakkını kaybedecektir¹¹⁹⁹. Alacaklının erken ifa teklifine rızasının arandığı hallerde ise, kefil ona ifada bulunduktan sonra derhal borçluya rücu edemeyecektir. Kefilin bu hakkını kullanabilmesi, asıl borcun vadesinin gelmesine bağlıdır¹²⁰⁰.

Kefil ifayı kısmen gerçekleştirmek isterse, zaten bu durum başlı başına –kural olarak- alacaklının rızasına bağlı olacağından, onun söz konusu ifa teklifini reddetmesi hak kaybına yol açmaz. Ancak kefilin kısmi ifada bulunmaya haklı olduğu istisnai haller bakımından, alacaklının ifayı reddetmesi, hak kaybına yol verebilecektir. Şöyle ki, kefil ifayı taksitler halinde yapacağını alacaklıya baştan kabul ettirmiş olabilir. Böyle bir durumda onun yapacağı bir taksitin ifası alacaklı tarafından kısmi ifa olduğu gerekçesiyle reddedilemez. Bu durumda TBK m. 593 f.3 uygulama alanı bulacak, ifa teklifini reddeden alacaklı ifa edilmek istenen kısım oranında hakkını kaybedecektir. Bunun yanında asıl borcun kısmen ifa edilebilecek bir borç olması durumunda, kefilin borcu da ferîlik kapsamında kısmen ifa edilebilir. Bu durumda da alacaklının reddi, kefilin -yine kısmen- borçtan kurtarır. Aynı şey, asıl

¹¹⁹⁸ Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 158.

¹¹⁹⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art 504, N. 6; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 504, N. 1.

¹²⁰⁰ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 188; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 159; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 787; Beck, **Bürgschaft**, Art. 504, N. 6-7; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 504, N. 3; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 504, N. 1.

borcun sadece bir kısmı için kefil olan kişi bakımından da geçerlidir. Zaten böyle bir durumda kefil esasen kısmi ifada da bulunmamaktadır, onun borcunun tamamı ayrı bir borç olarak asıl borcun belirli bir miktarını oluşturmaktadır¹²⁰¹.

Kısmi ifayla ilgili akla gelebilecek bir başka sorun da şu olasılıkta söz konusu olabilir: Kefil daha evvel alacaklının kabulüyle kısım kısım ifaları gerçekleştirmiş, ancak son kısım bakımından alacaklının teyakkuzu ile karşılaşmıştır. Bu durumda kefil borcun tamamından mı kurtulmuş olacaktır? Bu soruya verilecek yanıt olumsuzdur. Alacaklının belirtilen şekilde, ifayı kabul etmekten kaçınması, kefil sadece kabulden kaçınılan kısım bakımından borçtan kurtarır. Yoksa başlangıçta ödenen diğer kısımlar bakımından alacaklının bir iade yükümü altında olduğu sonucuna varılamaz¹²⁰².

Öte yandan kısmi ifanın mümkün olduğu özel bir hal, müteselsil birlikte kefalet bakımından TBK m. 587 f.2’de düzenlenmiştir. Buna göre müteselsil birlikte kefil belli koşulların oluşması halinde payından fazla ödemede bulunmayı reddedebilecektir. TBK m. 593 f.1 de bu hükme koşut biçimde, müteselsil birlikte kefilin yapacağı kısmi ödemenin reddine kefilin borçtan kurtulması sonucunu bağlamıştır. İlgili müteselsil birlikte kefilin sorumluluktan kurtulması, diğerlerini de onun iç ilişkideki payı oranında sorumluluktan kurtarır¹²⁰³. Aslında bu sonucu kaleme alan TBK m. 593 f.2 bir çeviri hatasından ötürü diğer kefillerin “*kendilerine düşen pay miktarınca*” borçtan kurtulacaklarını belirtmektedir. Hükümün lafzı bu haliyle herhangi bir anlam taşımadığından, TBK m. 166 f.3’le birlikte okunarak, düzeltici yoruma tabi tutulmalıdır¹²⁰⁴. Zira varılmak istenen sonuç kaynak İsviçre düzenlemesinde (İsv. BK m. 504 f.2) de bu şekildedir¹²⁰⁵.

Kefalette alacaklı temerrüdünün TBK m. 593 kapsamında kural olarak borçtan kurtulma sonucuna yol açacağını yukarıda belirttik. Peki, kefil açısından TBK m. 106 vd.’daki genel alacaklı temerrüdü sonuçlarına dayanmak daha avantajlı ise, kefil borcu tevdi etmeyi seçebilir mi? Aynı soru, kefilin borçluyla olan temel ilişkisinde mutlaka ödemede bulunma borcu altına girdiğinde de sorulabilir. Bu soruya

¹²⁰¹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 504, N. 8; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 504, N. 4.

¹²⁰² Beck, **Bürgschaft**, Art. 504, N. 11.

¹²⁰³ Beck, **Bürgschaft**, Art. 504, N. 12.

¹²⁰⁴ Özen, **Kefalet**, s. 382.

¹²⁰⁵ Özen, **Kefalet**, s. 381.

doktrinde olumlu yanıt verilmektedir¹²⁰⁶. Kendi yararına olacak şekilde veya bir zorunluluğun sonucu olarak, genel hükümler üzerinden hareket etmek isteyen kefile engel olunmamalıdır. Bu durumda, borç ifa ikamesi bir yolla sona erdirilmiş olacağından kefilin rücu hakkı doğacaktır. O, isterse özel isterse genel yola başvurarak asıl borçludan yaptığı ödemeye (tevdî konusu) ilişkin talepte bulunabilir¹²⁰⁷. Bununla beraber, kefilin sözleşme kurulurken TBK m. 593'teki borçtan kurtulma sebebinin devre dışı bırakması, alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanacağını kabul etmesi mümkün değildir. Kefalet hükümlerini nispi emredici özellik veren TBK m. 582 f.3 böyle bir feragate engel oluşturur¹²⁰⁸.

e. Alacaklının Elindeki Teminatları Korumaması

Alacaklı, kefalet sözleşmesini düzenleyen hükümler çerçevesinde, kefil karşısında genel bir özen gösterme yükümü altında değildir¹²⁰⁹. Bununla beraber, bazı noktalarda özel olarak düzenlenmiş özen yükümlülüklerinin bulunduğu söz açılabilir¹²¹⁰. Nitekim kefilin halefiyet sonrasında faydalanabileceği teminatların korunmasına ilişkin düzenleme bunlardan birisidir. Alacaklının elindeki teminatları koruma yükümü ile ilgili hüküm getiren TBK m. 592, bu konuda iki boyutlu bir düzenleme öngörmektedir. Bunlardan ilki olan TBK. m. 592 f. 1'ye göre “[A]lacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağı özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin

¹²⁰⁶ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 30; Özen, **Kefalet**, s. 554

¹²⁰⁷ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 30.

¹²⁰⁸ Giovanoli, **BerKom.**, Art. 504, N. 4; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 504, N. 6.

¹²⁰⁹ Doktrinde bazı yazarlar MK m. 2'den hareketle genel bir özen yükümünün bulunduğunu kabul etmektedir. (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 395; Guhl, **Bürgschaft**, s. 80; Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 1; Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 14; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 503, N. 1; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 503, N. 4).

Buna karşılık, aksi görüşü savunan Reisoğlu (**Kefalet**, s. 185) alacaklının herhangi bir kanun hükmünden türetililecek genel bir özen yükümü olmadığı kanaatindedir. Yazarın bu düşüncesine tam olarak katılmıyoruz. Zira her bir sözleşme ilişkisi –ilişkinin içine işlemiş şekilde öncesinden başlayan ve bazı durumlarda sonrasında da devam eden- (asli) edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisiyle örülüdür. Bu ilişkiden, gerek alacaklı gerekse de kefil açısından birbirlerine özenli davranma konusunda bazı davranış yükümleri doğacağı açıktır. Örnekler için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 395.

Özen'in (**Kefalet**, s. 394) haklı olarak belirttiği üzere, kefalet sözleşmesi hükümleri arasında genel bir özen yükümüne yer verilmemesinin nedeni bu teminat sözleşmesinin popülaritesini düşürmemektedir. Aksi halde alacaklı ciddi bir yüküm altına girmiş olacaktır. Aynı yönde bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 12. Ne var ki MK m. 2'den çıkarılabilecek genel bir özen yükümünün olduğu konusunda tereddüt edilemez.

¹²¹⁰ Bu yükümlülüklerle ilgili olarak bkz. Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 3.

fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.” Diğer hüküm ise, TBK m. 592 f. son’dur. Söz konusu düzenlemeye göre: “[A]lacaklı haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve zararının giderilmesini isteyebilir.” Bu iki düzenlemenin birbirlerine olan konumlarının incelenmesi ve bağdaştırılması şarttır. İlk bakışta söylenebilecek olan, alacaklının sadece teminatın değerini azaltma yönündeki teşebbüsünün¹²¹¹,¹²¹² sonucunun daha az şiddetle takdir edildiğidir, öyle ki özel olarak kefilin zarara uğraması da aranmaktadır¹²¹³,¹²¹⁴. Buna karşılık alacaklı teminatı ağır kusurla (kast veya ağır ihmal) tamamen elinden çıkaracak olursa yaptırım ciddileşmektedir¹²¹⁵. İlk olasılıkta, kefilin sorumluluk miktarı azalırken¹²¹⁶, ikinci olasılıkta kefil tamamen borçtan kurtulmasının yanında zararı varsa tazminat da talep edebilmektedir¹²¹⁷.

Belirtildiği üzere, aslında burada korunması amaçlanan teminatlar, kefilin halefiyeti çerçevesinde yararlanabileceği teminatlardır¹²¹⁸. Yoksa kefilin faydalanamayacağı teminatların korunmasında herhangi bir mantık da bulunmamaktadır. Bu açıdan düzenleme, kefilin halefiyetini düzenleyen TBK m. 596 f.2 ile de bakışlıdır. Kanun koyucunun amacı, halefiyet öncesinde alacaklının kefilin sonraki durumunu kötüleştirmesini önlemektir. Alacaklı böyle bir değişikliğe ancak kefilin ve TBK m. 584 f.2 kapsamında varsa (ve gerekliyse) eşinin rızasıyla gidebilecektir¹²¹⁹. Aksi takdirde oluşacak olumsuz sonuçlardan sorumlu olacaktır.

¹²¹¹ Alacaklının teminatın değerinin azalmasında bir kusuru bulunmuyorsa, böyle bir sonucun gerçekleşeceğinden de söz edilemez (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 403).

¹²¹² Söz konusu teşebbüs aktif bir hareketle olabileceği gibi belirli bir harekette bulunulmasından kaçınılması neticesinde de meydana gelmiş olabilir (Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 10).

¹²¹³ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 202.

¹²¹⁴ Yalnız bir noktaya dikkat çekilmelidir. Salt azalmanın meydana gelmesi kefilin sorumluluğunu azaltır, buna karşılık alacaklı kefilin bir zararının olmadığını ya da azalmanda herhangi bir kusurunun olmadığını ispat edebilirse kefil başlangıçtaki miktar üzerinden sorumlu olmaya devam eder. Dolayısıyla kefile önemli bir ispat avantajı sağlanmıştır (Özen, **Kefalet**, s. 404).

¹²¹⁵ TBK m. 592 f.son hükmü, TBK. m. 587 f. 3’le benzerlik gösterir. TBK. m. 587 f.3’e göre, başka kefillerin varlığına güvenerek kefalet yükü altına giren kişinin, alacaklının bundan haberi bulunuyorsa, söz konusu kefiller bulunmadığı vakit, saik hatasını ileri sürerek borçtan kurtulabilir. Nitekim TBK m. 592 f.son olmasaydı, bu sonuca TBK m. 587 f.3’ün kıyasen uygulanmasıyla da varılabirdi. (Bkz. bu yönde açıklamaları için Özen, **Kefalet**, s. 403).

¹²¹⁶ Sorumluluk miktarının azalması, kefilin sorumluluğunun üst limiti bakımından değil, bizzat son tahlilde alacaklıya karşı sorumlu olduğu miktar bakımındandır (Özen, **Kefalet**, s. 407).

¹²¹⁷ Lombardini, **a.g.e.**, s. 933; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 53-54.

¹²¹⁸ Yavuz, **a.g.e.**, s. 301-302.

¹²¹⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 9.

Zira alacaklı teminatların korunması özelinde kefile karşı âdeta bir vekil gibi sorumludur¹²²⁰.

Alacaklının korunması gerekli teminatlar içine kanun veya sözleşmeden doğan her türlü rehin hakkı¹²²¹, kefalet gibi ferî teminatlar gireceği gibi, garanti ve teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılma¹²²² gibi bağımsız teminatlar da bunlar arasında yer alacaktır. Bunun dışında mülkiyeti saklı tutma anlaşması, inançlı mülkiyet/alacak devirleri de korunacak teminatlar kapsamında yer alır. Yalnız aynî teminatlar bakımından teminatı veren kişiye göre zamansal bir ayrıma gidilmesi gerekir. Şöyle ki eğer bizzat borçlu tarafından verilen bir aynî teminat söz konusu ise, gerek kefalet anında var olan gerekse de sonra –özellikle¹²²³- verilen teminatlar koruma kapsamı dâhilindedir. Üçüncü kişilerin verdikleri teminatlar ise, sadece kefalet sözleşmesi kurulurken mevcutsa, kefil korumadan faydalanabilir. Kişisel teminatlar sadece üçüncü kişiler tarafından verilebildiği için bu şekilde bir ayırım yapılmasına gerek yoktur, bunlardan sadece kefalet anında var olanlar korunacaktır. Kanunun koruma çerçevesine aldığı teminat haklarını belirlerken izlediği düşünce, kefil olan kişinin belli teminatları gözeterek ve bunlara güvenerek kefalet borcu altına girmesidir. Kefaletten sonra tanınan teminatlar ise, onun kefalet borcu altına girmesinden sonraki zamana denk geldiğinden kefilin durumunda bir değişiklik meydana getirmez. Borçlunun ilgili borç için sonradan verdiği aynî teminatların kapsama alınmasının altındaki mantık ise, bunların kefalet anında zaten borçlunun malvarlığında yer alıyor olmalarıdır. Dolayısıyla ilgili değerlerin, sonradan malvarlığı dışına çıkarılarak sadece alacaklının öncelikli başvurusuna teminat olarak hasredilmesinden kefil de yararlandırılmak istenilmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, TBK m. 582 f.3 kapsamında teminatların korunmasına ilişkin bu hükümler nispi emredicidir, sözleşmenin kurulması

¹²²⁰ Özen, **Kefalet**, s. 404; Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 26; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 503, N. 12.

¹²²¹ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 190; Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 17; Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 6; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 503, N. 4; de Biasio, **a.g.e.**, s. 59.

¹²²² Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 18; Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 6; de Biasio, **a.g.e.**, s. 59.

¹²²³ Burada “özellikle” verilen teminattan kasıt, genel teminat kaydıyla başvurulabilecek teminatların kapsam dışında bırakılmasının sağlanmasıdır. Eğer teminat verilirken bizzat söz konusu alacakla ilgili olduğu belirtilmiyorsa durum böyle olacaktır. Alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkide yer alan genel teminat kaydı, alacaklının borçlunun başka borçları için öngörülmüş teminatlardan da faydalanmasını sağlar. İşte bu türden bir yapı dâhilinde yararlanılabilecek teminatlar koruma yükümünün çerçevesi dışında bırakılmıştır (Bkz. Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 9; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 503, N. 8; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 503, N. 7).

aşamasında kefilin aleyhine bir düzenleme yapılamaz¹²²⁴. Bununla birlikte kefil lehine halefiyet sonrası faydalanabilecek teminatların genişletilmesine bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir düzenleme, alacaklının koruma ödevini genişletir, o kapsam dâhiline alınan teminatları da korumakla yükümlü olur.

Bu düzenlemelerin müteselsil birlikte kefalette, alacaklıya ödemede bulunan ve halef olan kefil bakımından da uygulanmasının yerinde olacağı doktrinde savunulmaktadır. Özellikle menfaatler dengesi arasındaki benzerlik dikkate alınacak olursa, böyle bir uygulamanın hakkaniyete uygun ve isabetli olacağı aşîkârdır¹²²⁵.

f. Kanunda Öngörülen Azamî Sorumluluk Süresinin Dolması

Kefalet sözleşmesinde, taraflarca üzerinde anlaşılmış özel bir süre sınırlaması olmasa dahi, kanun gerçek kişi¹²²⁶ kefilin belirli bir süre sonunda (10 yıl) sorumluluktan tamamen ve kesin olarak kurtulmasını düzenleme altına almıştır¹²²⁷. Söz konusu süre, alacaklının kefilin takip hakkı bakımından getirilmiş sona erdirici bir süre sınırır¹²²⁸. Alacaklının kefilin takip hakkı böylece süreye bağlı bir hak (*befristetes Recht*) haline getirilmiştir¹²²⁹. Düzenlemenin aşağıda izah edilecek amacı gözetilecek olursa, bu durum yadırganmamalıdır. Bu amaç doğrultusunda, söz konusu düzenlemenin emredici nitelik taşıdığı da söylenmelidir¹²³⁰.

¹²²⁴ Yavuz, **a.g.e.**, s. 306.

¹²²⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 11; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 503, N. 12; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 503, N. 17. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi daha değişik bir yaklaşımla, benzer bir sonuca vekâletsiz iş görme hükümleri üzerinden kıyasen varmaktadır. Bkz. BGE 66 II 126; BGE 56 II 139.

¹²²⁶ Tüzel kişiler açısından ise, böyle bir korumaya gereklilik bulunmamaktadır, onların daha uzun bir süreyle hatta süresiz olarak kefalet sorumluluğu altına girmesine bir engel yoktur (Özen, **Kefalet**, s. 556; Yavuz, **a.g.e.**, s. 320, Develioğlu, **Garanti**, s. 455; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 703).

¹²²⁷ Scyboz, **a.g.e.**, s. 116; Guhl, **FJS 182**, s. 2; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 76; Müller, **Contrats**, s. 592; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7126; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 11; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 22; Altop, **Yenilikler**, s. 25; Altop, **Tasarı**, s. 159; Yavuz, **a.g.e.**, s. 320; Barlas, **Yenilikler**, s. 227; Göktürk, **a.g.e.**, s. 340.

¹²²⁸ Barlas, **Yenilikler**, s. 227.

¹²²⁹ Barlas, **Yenilikler**, s. 227.

Süreye bağlı hakta, hak öznesinin zamanında harekete geçip geçmediğine önem atfedilmez, salt sürenin geçmesiyle hak sona erer. Şayet söz konusu süre, bir hak düşürücü süre olarak kabul edilseydi, varılacak sonuçlar değişkenlik gösterirdi. Hak düşürücü süre bakımından önemli olan ilgili süre içinde harekete geçilmesidir. Burada hakkın kaybına sebep olan, hak öznesinin hareketsiz ve pasif durumda kalmasıdır (Süreye bağlı hak ve hak düşürücü sürenin doğurduğu etkilere ilişkin farklılıklar için bkz. Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, s. 228).

¹²³⁰ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 14; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 22; Özen, **Kefalet**, s. 556.

TBK m. 598 f.3 vd.'da yer alan bu düzenlemeye göre, “[B]ir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. / Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir. / Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir.” Buna göre, kefil kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra en fazla on yıllık süreyle kefalet borcundan sorumlu tutulabilir. Kefilin daha uzun süreli bir sorumluluk yüklenmesi, işbu on yıllık süreyi aştığı ölçüde geçerli olmayacaktır¹²³¹. Böyle bir kararlaştırma, azami süre öngören hükümdeki değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Dolayısıyla söz konusu anlaşma tamamen geçersiz olmaz, sadece azami sürenin aşıldığı ölçüde herhangi bir hüküm doğurmaz¹²³².

TBK. m. 598 f.3’ün getirdiği bu düzenleme¹²³³, kefilin, kişilik hakkına aykırı düşecek kadar uzun bir süreyle sorumluluk altına girmesini engellemek istemektedir. Zira uzun süre kefalet sorumluluğunun yüklenilmesi, kefilin ekonomik geleceğini ciddi biçimde tehlikeye düşürecektir¹²³⁴. Zaten kefil çoğunlukla bir karşılık da almaksızın bu sorumluluğun ağırlığını göz ardı ederek bu taahhüt altına girmektedir¹²³⁵. TBK m. 430 f.3, benzer bir düzenlemeyi hizmet sözleşmesi bakımından getirir. Buna göre on yıldan fazla bir süre için veya ömür boyu devam edecek bir hizmet sözleşmesine taraf olan işçi, sözleşmenin kurulmasından itibaren on yıl geçtikten sonra, altı ay öncesinde ihbarda bulunarak sözleşmeyi feshedebilir. Her iki düzenleme de kişiyi (kefil / işçi) ekonomik geleceği tehlikeye sokabilecek aşırı uzun bir bağlılıktan korumaktadır¹²³⁶. Aradaki temel fark, kefilin sona erdirici bir beyanda bulunmasına gereklilik olmaksızın, ilişkiden sıyrılabilmesidir. Bu

¹²³¹ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7127; Müller, **Contrats**, s. 592; Honsell, **a.g.e.**, s. 423; Barlas, **Yenilikler**, s. 227.

¹²³² Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 53; Guhl, **FJS 182**, s. 2; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 12; Lombardini, **a.g.e.**, s. 934; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 24; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 383; Özen, **Kefalet**, s. 556; Develioğlu, **Garanti**, s. 455.

¹²³³ Maddenin İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer alan benzeri (İsv. BK m. 509 f.3) bu süreyi yirmi yıl olarak öngörmektedir.

¹²³⁴ Giovanoli, **BerKom.**, Art. N. 22; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 11.

¹²³⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 51; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 382; Özen, **Kefalet**, s. 555 ve özellikle dn. 1299.

¹²³⁶ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 382.

şekilde kefil, işçiden farklı ve daha geniş kapsamlı olarak, sadece sözleşmenin diğer tarafına karşı değil, bizzat kendisine karşı da korunmuştur.

Kanunda öngörülen azamî sürenin dolmasıyla kefilin sorumluluktan kurtulması bütün kefalet türleri için geçerlidir. Dolayısıyla gerek adi, gerekse de müteselsil kefiller hükmün kapsamı içinde değerlendirilir¹²³⁷. Yalnız birlikte kefiller bakımından söz konusu sürenin etkisini nasıl göstereceğine ilişkin olarak kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla konu yorumlanmaya muhtaçtır. Adi birlikte kefalette konuyla ilgili bir düşünce geliştirmek nispeten daha kolaydır. Buna göre sorumluluk süresi dolan adi birlikte kefilin, artık ne kendi payından ne de diğer birlikte kefillerin payı nedeniyle kefile kefil sıfatıyla sorumlu olmayacağı rahatlıkla kabul edilebilir. Buna karşılık müteselsil birlikte kefalette durum daha karmaşıktır ve daha ince bir düşünce silsilesini gerektirir. Ancak kesin bir sonuca varmak da kabil değildir. Bu konuda iki farklı düşünce geliştirilebilir. İlk düşünceye göre bir müteselsil kefilin sorumluluk süresinin dolması, sadece onun açısından etki doğurur, diğer birlikte kefiller ise borcun tamamından sorumlu olmaya devam ederler. İkinci olarak geliştirilebilecek daha farklı bir düşünceye göre ise, müteselsil borçlulukta bir borçlunun borçtan ibra yoluyla kurtulmasının diğerlerine etkisine ilişkin TBK m. 166 f.3 kıyasen burada uygulanarak bir sonuca ulaşılabilir¹²³⁸, ¹²³⁹. Böylece, sorumluluktan sürenin dolması neticesinde kurtulan müteselsil birlikte kefil tamamen, diğerleri ise onun iç ilişkideki payı oranında kefalet yükünden kurtulacaktır¹²⁴⁰, ¹²⁴¹.

Kefilin sorumlu tutulabileceği bu on yıllık süre, kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda işlemeye başlar ve kesilmeksizin veya durmaksızın devam eder¹²⁴². Yani başlangıçtan itibaren sürenin ne zaman sona ereceği her zaman tam olarak

¹²³⁷ Scyboz, **a.g.e.**, s. 116; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 12; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 382; Özen, **Kefalet**, s. 557; Develioğlu, **Garanti**, s. 455; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 703.

¹²³⁸ Bu görüşte bkz. Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 384.

¹²³⁹ Söz konusu hüküm ve getirisi hakkında genel açıklamalar için bkz. yukarıda §2, IV, A, 3, a altındaki açıklamalarımız.

¹²⁴⁰ Aynı yaklaşım için bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 60.

¹²⁴¹ Müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler, müteselsil birlikte kefalet bakımından doğrudan uygulanabilirliği olan hükümler değildir, zira kanun burada teselsül ilişkisini daha farklı şekilde kurgulamıştır, ne var ki somut olay bakımından iki teselsül yapısı arasında benzerlik bağıntısı oluşturmak isabetsiz bir düşünce oluşturmaz, çünkü söz konusu farklılaşmanın bu alanda bir etkisi bulunmamaktadır.

¹²⁴² Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 383; Özen, **Kefalet**, s. 559; Yavuz, **a.g.e.**, s. 321; Develioğlu, **Garanti**, s. 456.

tespit edilebilecektir. Diğer taraftan kefalet teminatının konusunu oluşturan borç henüz doğmamış veya muaccel olmamış olsa da, söz konusu süre sınırlaması etkilidir¹²⁴³. Gelecekte doğacak borçlara kefil olan kişi bakımından da, on yıllık süre sınırlamasının etkili olacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla gelecekte doğacak bir asıl borca kefalette, borç doğsa da doğmasa da, sözleşme kurulduktan on yıl sonra sorumluluk yükü sona erecektir¹²⁴⁴. Asıl borcun doğum anının bu bakımdan sona ermede herhangi bir önemi de bulunmamaktadır¹²⁴⁵.

Söz konusu süreye taraflarca yapılabilecek tek müdahale, kefaletin geçerlilik koşullarına uygun olarak sürenin uzatılmasıdır¹²⁴⁶, ¹²⁴⁷. Yalnız böyle bir uzatma anlaşmasıyla sürenin uzatılması, iki ayrı kısıtlamaya tabidir¹²⁴⁸. Bu kısıtlamalardan ilki uzatmanın en erken sürenin bitiminden bir yıl önceye kadar yapılamamasıdır¹²⁴⁹. Dolayısıyla kefil, on yıllık sürenin son yılına girilmeden önce sorumluluk süresinin uzatılmasına ilişkin bir beyanda bulunamaz. Ya da zamanı gelince sorumluluk süresinin uzatılmasına rıza göstereceğini başlangıçtan peşin olarak kabul edemez¹²⁵⁰. İkinci kısıtlama ise, uzamanın süresi bakımındandır. Buna göre kefilin sorumluluğu

¹²⁴³ Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 15; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 12; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 23.

¹²⁴⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 56; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 14; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 36.

¹²⁴⁵ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 12

¹²⁴⁶ Scyboz, **a.g.e.**, s. 117; Guhl, **FJS 182**, s. 2; Müller, **Contrats**, s. 592; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 76; Honsell, **a.g.e.**, s. 423; Göktürk, **a.g.e.**, s. 340.

Diğer taraftan kefalet sözleşmesinin ifasına ilişkin olarak dava açıldıktan sonra sürenin sona ermesi halinde ne olacağı düşünülebilir. Bu durumda, şöyle düşünmek yerinde olur: Dava, teknik olarak alacak hakkından doğan talep yetkisinin mahkeme önündeki uzantısıdır. Dolayısıyla, dava açıldığında talepte bulunulmuş olmakla beraber nasıl sonuçlanacağı davanın sonuna kadar bilinmemektedir. Bu yüzden davanın ilgili azami süre dolmadan açılmış olması yeterli olacaktır. Yoksa sıkı sıkıya mutlaka süre içinde sonuçlanmasını aramak, alacaklı açısından hakkaniyetli bir yaklaşım olmaz. Keza bu düzenlemenin amacıyla da çelişki gösterir.

Yalnız süre içinde dava açılmasına / takibin başlatılmasına rağmen yargılama süreci alacaklı yüzünden kesintiye uğrarsa ve ilgili kesinti sırasında azami sorumluluk süresi dolmuş olursa, bu durumun davanın reddine / takibin sona erdirilmesine sebep olacağı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 59; Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 18; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 13; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 33; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 383; Özen, **Kefalet**, s. 560; Develioğlu, **Garanti**, s. 456).

¹²⁴⁷ Esasen dolaylı olarak başka bir imkânın daha olduğu söylenebilir. O da yeni bir kefalet sözleşmesinin yapılmasıdır. Hem de bu son imkân bakımından mutlaka on yıllık sürenin son yılına girilmesinin beklenilmesine herhangi bir gereklilik de bulunmamaktadır. Bu imkân TBK m. 598 hükmünün dolanılması olarak da görülemez (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 70; Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 19; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 27; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 16; Yavuz, **a.g.e.**, s. 321; Develioğlu, **Garanti**, s. 456).

¹²⁴⁸ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7128; Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 57; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 384; Özen, **Kefalet**, s. 561.

¹²⁴⁹ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 704.

¹²⁵⁰ Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 25; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 16.

en fazla on yıllık bir dönem için uzatılabilir¹²⁵¹. Daha uzun süreli bir uzatma, yine başlangıçta daha uzun bir sürenin kararlaştırılması bakımından olduğu üzere, değiştirilmiş kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacak, son tahlilde öngörülen süre budanarak on yıla indirilecektir¹²⁵². Ayrıca öğretide uzatma imkânının sadece bir kereye mahsus kullanılabileceği kabul edilmektedir¹²⁵³. Aksi, düzenlemenin amacıyla da bağdaşmayacaktır. Ancak bu aşamadan sonra da, ilgili şekil ve geçerlilik şartlarına uyularak yeni bir kefalet sözleşmesi yapılmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır¹²⁵⁴.

Yukarıda da belirtildiği üzere on yıllık sürenin tamamlanmasıyla birlikte kefilin yükümlülüğü *ipso iure* ve ileriye yönelik (*ex nunc*) olarak ortadan kalkar, yoksa kefilin herhangi bir işlem yapmasına veya bir beyanda bulunmasına gerek yoktur¹²⁵⁵. Sorumluluğun ortadan kalkması, artık kefile başvuruda bulunulmaması anlamına gelir. Yalnız burada borç, zamanaşımına uğramış bir kefalet borcundan farklı olarak sadece talep edilemez hale gelmemekte, bizzat ortadan kalkmış olmaktadır¹²⁵⁶. Nitekim sürenin dolması, maddî hukuk anlamında bir defî değil de bir itiraz sebebi oluşturduğu için de, özel olarak kefil tarafından ileri sürülmesi gereği yoktur. Durumun dava dosyasından anlaşılabilmesi, hâkim tarafından re'sen dikkate alınması için yeterlidir¹²⁵⁷.

Sorumluluk süresinin dolmuş olmasına rağmen, kefilin sona eren borca dair bir ifade bulunması halinde, alacaklıya yaptığı kazandırma sebepsiz zenginleşme

¹²⁵¹ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 704.

¹²⁵² Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 383

¹²⁵³ Müller, **Contrats**, s. 592; Meier, **CoRo.**, Art. 509, N. 19; Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 69; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 25; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 15.

¹²⁵⁴ Bu noktada ortaya sadece şöyle bir farklılık çıkacaktır. Uzatma beyanının yapılması kefaletin şekil şartlarına uygun yapılmalıdır. Ne var ki her bir durumda eşin rızasının alınacağından söz edilemez. Eşin rızası ancak kefilin durumunu ağırlaştırıcı değişiklikler bakımından gereklidir. Böyle bir durum ise, kefilin uzatma süresindeki sorumluluğu bakımından daha önce dayanabileceği teminatlara dayanamaması, teminatların söz konusu sürede ortadan kalkması halinde söz konusu olabilir (TBK m. 584 f.2). Ancak her zaman gündeme gelmez. Oysa yeni bir kefalet sözleşmesi yapıldığında her bir durumda hem şekil şartlarına uyulacak, hem de kefilin eşinin rızası alınacaktır (Bkz. bu yönde Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 68; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 384; Özen, **Kefalet**, s. 562).

Konuyla ilgili olarak Pestalozzi (Art. 509, N. 16), süre uzatımında eşin rızasının hiçbir durumda aranmayacağını savunmaktadır. Yazarın bu görüşüne, TBK m. 584 f.2'yi göz ardı etmesi yönünden tam olarak katılmıyoruz. Zira ortada sözleşme değişikliği olarak kabul edilebilecek bir durum bulunmaktadır. Sonuçta, sözleşme kanunen süre kısıtlamasına tabi tutulduğu için bunun aksine ileride yapılacak bir anlaşma, esasen dolaylı bir sözleşme değişikliğidir.

¹²⁵⁵ Özen, **Kefalet**, s. 559; Yavuz, **a.g.e.**, s. 321; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s.704.

¹²⁵⁶ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 12; Özen, **Kefalet**, s. 560.

¹²⁵⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 58; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 509, N. 12; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 509, N. 23; Özen, **Kefalet**, s. 560.

oluşturacak ve geri istenebilecektir. Yalnız, on yıllık sürenin tamamlanmasıyla birlikte kefilin sorumluluğu baştan itibaren ortadan kalkmamaktadır, diğer bir deyişle sona ermenin etkisi geriye yönelik (*ex tunc*) değil ileriye yöneliktir (*ex nunc*'tur)¹²⁵⁸. Bu nedenle sürenin dolmasından önce kefilin yaptığı ödemeler, ödendikleri dönemde geçerli bir borca ilişkin oldukları için, süre dolduktan sonrasında yapılan ödemelerden farklı olarak sebepsiz zenginleşme oluşturmaz ve herhangi bir şekilde alacaklıdan geri istenemez. Tabiidir ki kefil, yaptığı bu ifa neticesinde asıl borçluya başvurabilecektir. Bu başvuru genel veya özel rücu yolundan herhangi biri üzerinden (hatta örtüştürülebildiği ölçüde her ikisi üzerinden de) yapılabilecektir¹²⁵⁹.

g. Kefalet Sözleşmesinden Dönme

Kefilin kefalet sözleşmesinden dönme hakkı, özel olarak TBK. m. 599'da düzenlenmektedir. Buna göre “[G]elecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önce malî durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya malî durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. / Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”

Söz konusu dönme hakkı hem tarafların geçerliliği için bir süre kararlaştırdıkları kefalet sözleşmeleri, hem de kefilin süresiz olarak¹²⁶⁰ kefalet yükünü taşıdığı kefalet sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulur¹²⁶¹. Böylece kefaletin devam ettiği süre içinde, asıl borçlunun durumundaki değişmelere bağlı olarak teminat altına alınan risk aşırı ölçüde farklılaştığında kefil sözleşmeden sıyrılabilecektir¹²⁶². Sonuçta onun başlangıçta öngördüğü zarar yaratacak tehlike böyle bir durumda değişkenlik gösterdiği için kefile durumunu gözden geçirebilmesi

¹²⁵⁸ Özen, **Kefalet**, s. 560.

¹²⁵⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 509, N. 59.

¹²⁶⁰ Sonuçta her ihtimalde, kefalet sözleşmesi kurulmasından itibaren on yıllık kanuni süre ile kısıtlanmıştır, bu durum göz ardı edilmemelidir (Bkz. yukarıda §2, IV, B, 2, f altındaki açıklamalarımız).

¹²⁶¹ Müller, **Contrats**, s. 590; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7120; Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 1; Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 2; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 510, N. 9; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 3; Develioğlu, **Garanti**, s. 458; Özen, **Kefalet**, s. 562; Barlas, **Yenilikler**, s. 229.

¹²⁶² Guhl, **FJS 182**, s. 2; Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 2; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 75; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 3; Özen, **Kefalet**, s. 563.

şansının verilmesi yerinde bir düzenleme oluşturur. Hüküm hakkaniyet gerekçesiyle sevk edilmiştir¹²⁶³. Buna karşılık alacaklının kefalet güvencesini gözeterek asıl borçluya karşı üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmekte zarara uğrayacak olması durumu göz ardı edilemez. Eğer böyle bir durum oluşmuşsa, kefilin dönme hakkından söz edilemez. Bu şekilde bir denge sağlanmak istenmiştir¹²⁶⁴.

Kefilin dönme hakkını kullanabilmesi, özel olarak iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır¹²⁶⁵. İlk şart, kefaletle teminat altına alınan alacağın doğum anı ile ilgilidir. Buna göre alacağın özel olarak gelecekte doğması planlanan¹²⁶⁶ ve dönme hakkının kullanılacağı tarihte henüz doğmamış olan bir alacak olması gereklidir¹²⁶⁷. Hatta kefil dönmeye ilişkin yazılı¹²⁶⁸ irade beyanında bulunduktan sonra alacaklıya varana kadar geçen sürede asıl borç doğmuş olursa, dönme hakkının kullanılması bir sonuç doğurmaz¹²⁶⁹. Bunun yanında, alacaklının asıl borçluya karşı kendi edimini yerine getirmemiş olması gerekmektedir. Şayet alacaklı kefalet teminatının varlığına duyduğu güven nedeniyle böyle bir harekette bulunuyorsa, artık kefil de sözleşmeden dönmeyecektir¹²⁷⁰. Ne var ki, alacaklı böyle bir zorunluluk altında olmadığı halde (örneğin hâlihazırda elinde ifayı geciktirebileceği ve ifadan tümüyle kaçınabileceği bir savunma sebebi veya hakkı bulunuyorsa durum böyledir) ifade bulunmuşsa aynı şey söz konusu olmaz. Bu durumda kefilin dönme hakkını kullanmasına herhangi bir sakıncanın bulunduğundan söz edilemez.

Dönme hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan ikinci şart, asıl borçlunun malvarlığı durumunun, sözleşmenin kurulması için kefilin irade beyanında bulunduğu andan sonra önemli ölçüde kötüleşmiş olması veya daha baştan durum böyle kötü olmakla birlikte kefilin iyi niyetle yaptığı değerlendirmede bunu fark etmeden kefalet borcu altına girmiş olmasıdır¹²⁷¹, ¹²⁷². Diğer bir anlatımla, ya kefalet

¹²⁶³ Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 2; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 3; Develioğlu, **Garanti**, s. 458.

¹²⁶⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 4; Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 5; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 4; Özen, **Kefalet**, s. 563.

¹²⁶⁵ Özen, **Kefalet**, s. 564.

¹²⁶⁶ Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 4; Müller, **Contrats**, s. 590.

¹²⁶⁷ Müller, **Contrats**, s. 590; Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 5; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 4; Develioğlu, **Garanti**, s. 458; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 704.

¹²⁶⁸ Burada yapılacak dönme beyanının geçerliliği özel olarak adi yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 19).

¹²⁶⁹ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 5; Özen, **Kefalet**, s. 564.

¹²⁷⁰ Guhl, **Bürgschaft**, s. 130.

¹²⁷¹ Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 6; Müller, **Contrats**, s. 591.

sözleşmesinin teminat altına aldığı rizikonun içeriği sonradan ciddi ölçüde değişiklik göstermekte ya da zaten öyle olduğu sonradan ortaya çıkmaktadır¹²⁷³. Önemli ölçüde değişiklikten (kötülemeden) kasıt ise, kefilin söz konusu ilk durumda böyle bir sözleşmeyi akdetme kararını hiç vermeyeceği kadar birbirinden farklı malvarlığı durumlarının söz konusu olmasıdır¹²⁷⁴. Dolayısıyla kefile bu durumdan kurtulabilmesi için sonradan bir şans verilmiş olmaktadır¹²⁷⁵. Dönme hakkının kullanılması bakımından sözü edilen bu ikinci şartın alacaklının kusuru neticesinde gerçekleşmiş olması özel olarak gerekli değildir¹²⁷⁶.

Şartların oluşması halinde kefil sözleşmeden dönebilir, bu konudaki ispat yükü kefile aittir¹²⁷⁷. Dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, kefalet sözleşmesi ortadan kalkar, oluşacak tasfiye ilişkisi çerçevesinde kefil, daha önce herhangi bir ödemede bulduysa bunun kendisine iade edilmesini isteyebilir¹²⁷⁸, ¹²⁷⁹. Kefalet sözleşmesi

Aslında bu ikinci durumda ortada bir saik hatasının bulunduğu bahsedilmek gerekir. Ancak her saik hatası, hataya düşen bakımından bir iptal hakkı doğurmaz. İptal hakkından söz edilebilmek için saik hatasının esaslı olması (temel hatası) gerekmektedir. Bunun şartları ise, borçlu açısından hataya düşülen olgunun olmazsa olmaz özellik teşkil etmesi, karşı tarafın bu durumun farkında olabilecek olması ve son olarak iş hayatının dürüstlük kurallarının iptal hakkının kullanılmasına bir mani teşkil etmemesidir. Dolayısıyla söz konusu subjektif ve objektif şartlar oluşmaksızın iptal hakkı kullanılmayacaktır. Kanun burada kefil açısından daha avantajlı bir düzenleme getirmiş, -başka bazı şartlarla birlikte- salt bir saik hatası olduğu ihtimalde dönme hakkının kullanılabilmesine ve sözleşmenin sona erdirilebilmesine izin vermiştir (Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 6).

Giovanoli'ye (**BerKom.**, Art. 510, N. 4) göre ise, burada esasen bir temel hatası vardır, ancak iptal hakkının yerini dönme hakkı almıştır. Yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Kanaatimizce kefil, şartlarının oluşması çerçevesinde dilerse dönme hakkını, dilerse de iptal hakkını kullanabilecektir. Sonuç olarak iki hak, ayrı şartların gerçekleşmesine bağlı olarak tabi oldukları farklı sürelerde, yarışır şekilde kullanılabilir.

¹²⁷² Erden Kuntalp / Nami Barlas / Ahu Ayanoğlu Morali / Pelin Çavuşoğlu Işıntan / Mehtap İpek / Mert Yaşar / Sedef Koç, (**Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2005, s. 272), hükmün tasarı halinde yaptıkları değerlendirmede, hüküm içeriğinde geçen borçlunun mali durumunun bozulması şartının objektif bir şart olduğu için yerinde gördüklerini, buna karşılık durumun kefilin varsayımının dışında çıkması şartının olduğu gibi kefilin subjektif durumunu ilgilendirdiği için isabetli bulmadıklarını aktarmaktadırlar.

¹²⁷³ Bunun ortaya çıkarılmasında borçlunun kefilin olduğunu varsaydığı ve borçlunun gerçek malvarlığı arasında bir karşılaştırma yapılacaktır (Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 17; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 6).

¹²⁷⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 16; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 6; Özen, **Kefalet**, s. 566.

¹²⁷⁵ Guhl, **Bürgschaft**, s. 131; Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 4; Özen, **Kefalet**, s. 567.

¹²⁷⁶ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 705.

¹²⁷⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 7; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 6; Develioğlu, **Garanti**, s. 459.

¹²⁷⁸ Dönme hakkının kullanılmasıyla oluşacak tasfiye ilişkisinin hukukî niteliği ve kefilin talebinin temeli tartışmalıdır. Buna göre klasik teorinin kabulü halinde, sözleşme baştan itibaren ortadan kalkacak ve tasfiye süreci sebepsiz zenginleşme ilişkisi çerçevesinde sonuçlandırılacaktır.

Buna karşılık modern teori, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşmesel bir tasfiye ilişkisinin oluşacağını kabul etmektedir. Buna göre yapılacak talep, sözleşmesel iade borcunun ifasına ilişkin olacaktır. İlk plandaki sözleşme sadece kılık değiştirmiş olmaktadır.

Bu alanda doktrindeki genel kabulün klasik teorinin uygulanması yönünde olduğu görülmektedir (Bkz. Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 8; Müller, **Contrats**, s. 591; Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 20;

kural olarak tek tarafa borç yüklediği için, kural olarak alacaklının bir talebi olamaz. Bununla birlikte eğer ivaz karşılığı akdedilmiş olan bir kefalet sözleşmesi söz konusu ise ve alacaklı yüklendiği ivaza ilişkin bir ifade bulunmuşsa, o da kefinden iade talebinde bulunabilecektir.

Bunun yanında, TBK m. 599 f.2, alacaklının menfi zararının karşılanmasını öngörür¹²⁸⁰. Sonuçta her durumda olmasa da, alacaklı kefalet sözleşmesinin varlığına güvenerek asıl borç ilişkisinde bazı ön giderler yapmış olabilir. Örnek olarak asıl borç ilişkisi telefon ağı sistemi kurulmasına alacaklıya ilişkin olduğunda, alacaklının kefaletin varlığına güvenerek önceden çeşitli altyapı maliyetlerini üstlenerek çeşitli harcamalar yapması söz konusu olabilir. İşte alacaklı, malvarlığında meydana gelen bu eksilmeyi kefinden talep edebilecektir.

Kefilin sözleşmeden dönmesi dolaylı olarak asıl borçlunun da zarara uğramasına yol açabilir. Asıl borçlu kefalet teminatının ortadan kalkması yüzünden asıl borç ilişkisinden istediği randımanı alamamış olabilir, elde ettiği verim beklentisinin altında kalabilir. Örnek olarak, borçlu bankadan kredi alabilmek için kefil göstermiş, daha sonra kefilin çekilmesi nedeniyle beklediğinden düşük bir miktarda kredi elde edebilmiş olabilir. Böyle bir durumda, onun elindeki imkân kefile aralarındaki iç ilişki kapsamında bir talepte bulunmaktır. Bu talebin kendi şartlarının oluşup oluşmadığı da özel olarak araştırılmalıdır¹²⁸¹.

Kefalet sözleşmesinden dönülmesine ilişkin söz konusu bu hüküm, TBK m. 582 f.3 çerçevesinde kefilin aleyhine değiştirilemez, nispi emredici özellik taşımaktadır¹²⁸².

Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 4; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 510, N. 7; Develioğlu, **Garanti**, s. 459; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7125).

Diğer teorilere (tasfiye ilişkisi teorisi, aynî etkili dönme teorisi), konu bakımından özel bir etki meydana getirmediklerinden, özel bir değinmede bulunulmamıştır. Bu teorilere ilişkin genel bilgiler için bkz. yukarıda §2, IV, A, 3, j altındaki açıklamalarımız.

¹²⁷⁹ Şayet bir birlikte kefalet ilişkisi söz konusu ise, diğer kefiller de şartları oluştursa TBK m. 587 f.3 kapsamında kefalet borcundan kurtulduklarını iddia edebilirler (Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 7; Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 8).

¹²⁸⁰ Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 22; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7125; Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 9; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 510, N. 7; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 510, N. 8; Develioğlu, **Garanti**, s. 459; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 705.

¹²⁸¹ Aslında kefilin kanundan doğan bir hakkını kullanması, tarafı olduğu başka bir ilişkide borca aykırılığa vücut vermesi yadırgatıcı da olabilir (Nitekim bkz. bu yönde Guhl, **Bürgschaft**, s. 131; Beck, **Bürgschaft**, Art. 510, N. 23).

¹²⁸² Meier, **CoRo.**, Art. 510, N. 2; Develioğlu, **Garanti**, s. 459.

3. Kefilin Asıl Borçludan Borçtan Kurtarma veya Teminat Gösterilmesi Talebinde Bulunabileceği Haller

TBK. m. 595'e göre kefil, belirli durumların gerçekleşmesine bağlı olarak asıl borçludan teminat göstermesini, yahut kendisini kefalet borcundan kurtarmasını isteyebilir. Böylece kefilin alacaklıya ödemedede bulunmasına bağlı olarak ileride doğabilecek rücu hakkı, âdeta ödeme öncesinde etkisini göstermekte ve kendisini güvence altına aldırılmış olmaktadır¹²⁸³, ¹²⁸⁴. Kaynağını Roma Hukukunda bulan bu kanuni hakkın arka planında, yine başkasının borcu için sorumluluk üstlenerek fedakârlıkta bulunan kefilin korunması düşüncesi yatmaktadır¹²⁸⁵. Bu imkândan adi veya müteselsil olmasına bakılmaksızın bütün kefiller istifade edebilir¹²⁸⁶. Öte yandan hüküm emredici özellik taşımaktadır, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmaz¹²⁸⁷, ¹²⁸⁸.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu hakkın kullanılabilmesi için, şüphesiz olarak kefilin yapacağı ödeme sonrasında asıl borçluya rücu edebilir durumda olmalıdır¹²⁸⁹. Eğer kefil yapacağı ödeme sonrasında asıl borçluya aralarındaki iç ilişki çerçevesinde zaten rücu edemeyecekse bu hakkı kullanabilmesinin olanağı yoktur. Örneklendirmek gerekirse, kefilin kendi yararına (*in rem suam*) veya asıl borçluya bağışlamada bulunma kastıyla kefalet borcu altına girdiği durumlarda borçtan kurtarılmaya ilişkin bir talep ileri sürmesi mümkün değildir¹²⁹⁰. Zira rücu hakkının aslına başvuramayacak kişi, öncelenmiş uzantısına hiç başvuramamalıdır. Zaten böyle bir durumda bu hakkın tanınmasının bir mantığı olmadığı da aşikârdır. Diğer

¹²⁸³ Bu etki doktrinde "rücu hakkının öncelenmiş etkisi" (*effet anticipé de droit de recours / Vorwirkungen des Regressrechts*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Meier, **CoRo.**, Art. 506, N.1; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 506, N. 1; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 506, N. 1; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 205; Develioğlu, **Garanti**, s. 408 ve orada dn. 1571; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 444; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 393.

¹²⁸⁴ Söz konusu hüküm vekâlet sözleşmesinde vekilin borçtan kurtarılmasına ilişkin TBK m. 510 f.1'in özel bir görünümüdür, daha farklı bir düzenleme içermektedir. Bu açıdan kefil, asıl borçlu ile aralarında vekâlet ilişkisi bulunduğu TBK m. 510 f.1'e değil, TBK m. 595'e dayalı olarak borçtan kurtarılmayı talep edebilir. Bu şekilde özel bir hüküm öngörülmesinin sebebi alacaklının teminat çıkarıdır (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 74; de Biasio, **a.g.e.**, s. 34; Özen, **Kefalet**, s. 453).

¹²⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 417 ve orada dn. 971; de Biasio, **a.g.e.**, s. 120.

¹²⁸⁶ Meier, **CoRo.**, Art. 506, N. 3; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 506, N. 3; Özen, **Kefalet**, s. 419.

¹²⁸⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 506, N. 2; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 506, N. 2; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 506, N. 3; Develioğlu, **Garanti**, s. 408. Hüküm emredici olmadığı görüşünde bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 206; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 444; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 394.

¹²⁸⁸ Yalnız hükümün uygulanması asıl borçlunun belirtilen hallerde zor durumda olması nedeniyle çoğunlukla kısıtlı olacaktır, bu nedenle büyük bir pratik öneminin olduğu söylenemeyecektir (Bkz Meier, **CoRo.**, Art. 506, N. 2; Develioğlu, **Garanti**, s. 408).

¹²⁸⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 3; Giovanoli, **BerKom.**, Art.506, N. 1.

¹²⁹⁰ Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 5; Özen, **Kefalet**, s. 418; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 444.

tarafından, ilgili şartlar gerçekleştiğinde, kefilin söz konusu hakkı kullanması için, ayrıca bu iç ilişkinin varlığını ispat etmesine herhangi bir gereklilik bulunmamaktadır. Nitekim özel rücu hakkına yol verecek bir ilişkinin varlığı kanunda esas alınır, aksini iddia eden asıl borçlu bunu kendisi ispat etmelidir¹²⁹¹. Yalnız söz konusu iç ilişkinin bir sözleşme ilişkisi veya bir vekâletsiz iş görme ilişkisi olması herhangi bir farklılık meydana getirmez¹²⁹². Kanun, bir ayırım gözetmeksizin herhangi bir rücu ilişkisinin varlığı durumunda kefile bu korumayı sağlamış bulunmaktadır.

TBK m. 595'te borçtan kurtulma veya ek teminat gösterilme kapısını aralayan durumlar sadece maddede belirtilenlerle sınırlıdır. İlgili durumlardan sadece birinin gerçekleşmesi kefilin talepte bulunabilmesi için yeterlidir¹²⁹³. Buna ilişkin ispat yükü ise, kefilin üzerindedir¹²⁹⁴. Söz konusu maddede üç bent olarak sayılan bu durumlar, özel olarak asıl borçlunun kefile olan iç ilişkideki taahhütlerine aykırılık etmesi, asıl borçlunun borçlu temerrüdüne düşmesi, asıl borçlunun yerleşim yerini değiştirmesi nedeniyle hakkında yapılacak takibin zorlaşması ve son olarak asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi veya teminatların değer kaybetmesi yahut asıl borçlunun kusurunun neticesinde kefilin üstlendiği riskin ciddi ölçüde artmasıdır¹²⁹⁵. Kolayca tespit edilebileceği üzere, bütün sayılan durumların ortak noktası, bunlardan her birinin gerçekleşmesinin asıl borçlunun kefilin durumunu kötüleştirme yönündeki hareketlerine bağlı olmasıdır¹²⁹⁶. Şimdi teker teker ve ayrıntılarıyla bu durumlara değinelim:

TBK m. 595 b.1'e göre, asıl borçlu kefile arasındaki iç ilişkideki taahhütlerine aykırılık etmişse kefil kendisine teminat gösterilmesini veya borçtan kurtarılmasını talep edebilecektir. Sonuçta kefil, çoğunlukla asıl borçluyla arasında olan sözleşmesel ilişki kapsamında kefalet borcu altına girmeyi kabul eder. İşte asıl borçlu da kefilin bu yönde hareket etmesini kolaylaştırmak için bazı karşı taahhütlerde bulunmuş olabilir. Bu taahhütlere örnek olarak, asıl borçlunun kefile belirli bir süre

¹²⁹¹ Özen, **Kefalet**, s. 419.

¹²⁹² Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 3; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 393.

¹²⁹³ Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 7; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 506, N. 2; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 506, N. 3.

¹²⁹⁴ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 506, N. 3; de Biasio, **a.g.e.**, s. 122; Develioğlu, **Garanti**, s. 409.

¹²⁹⁵ Guhl, **FJS 181**, s. 2-3.

¹²⁹⁶ Guhl, **Bürgschaft**, s. 93; Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 7; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 506, N. 3; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 506, N. 3; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 445.

sonunda kefalet yükünden kurtarmayı yükümlenmesi gösterilebilir¹²⁹⁷. Söz konusu taahhüdün doğrudan ifası, kararlaştırılan sürenin sonunda asıl borcun yerine getirilmesi ile veya başka bir suretle alacaklının tatmin edilmesiyle sağlanabilir. Böyle bir durumda, kefalet de ferîlik ilkesi gereğince asıl borcun sona ermesini takiben sona erecektir¹²⁹⁸. Bundan başka asıl borçlu kefile, onun teminatının yanında başka teminatlar da sağlamayı taahhüt etmiş olabilir. Böylece kefil, borcun ifa edilmemesi riskin tek başına karşılamamış olacaktır. Yine asıl borçlunun malvarlığını kefalet devam ettiği sürece belirli bir değer üzerinde tutması, azalmaları önlemesi de bu türden taahhütlere örnek olarak gösterilebilir¹²⁹⁹. Borçlu iç ilişkideki işbu taahhütlerine aykırılık etmişse, kefil bunu ileri sürerek kefalet borcundan kurtulabilecektir. Bu hakkın kullanılabilmesi için asıl borçlunun borca aykırılığının kusurla gerçekleşmiş olmasına da gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla asıl borçlu, TBK m. 112'ye dayanamayacak, kusuru olmadığını ispat ederek sorumlu olmaktan kurtulamaz¹³⁰⁰.

TBK m. 595 b.2'ye göre, kefilin teminat gösterilmesini istemesine veya borçtan kurtarılma hakkını kullanabilmesine izin veren ikinci durum, asıl borçlunun alacaklıya karşı borçlu temerrüdüne düşmesidir. Hatırlanacağı üzere, kefil asıl borçlunun temerrüdünün kanuni neticelerinden sorumludur (TBK m. 589 f.2 b.1). Dolayısıyla asıl borçlunun temerrüde düşmesi, bir defa kefilin baştan asıl borç üzerinden takdir ettiği sorumluluğunun artmasına neden olur¹³⁰¹. Öte yandan asıl borçlunun temerrüde düşmesi, ödeme gücündeki sıkıntıya da işaret eder, bu anlamda kefilin rücu alacağının akıbeti de meçhuldür. İşte tüm bu sebeplerle kanun koyucu, kefile özel bir hak tanımış bulunmaktadır. Asıl borçlunun bir kere temerrüde düşmesiyle kefilin bu hakkı doğar, daha sonradan asıl borçlu ile alacaklının yaptığı bir tecil anlaşması, kefilin hakkına bir etkide bulunmaz¹³⁰². Buna karşılık eğer asıl borçlu, böyle bir tecil anlaşması vadeden önce yapıldığı için hiç temerrüde

¹²⁹⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 506, N. 6; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 506, N. 6; Özen, **Kefalet**, s. 420; Yavuz, **a.g.e.**, s. 311; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 788.

¹²⁹⁸ Özen, **Kefalet**, s. 420.

¹²⁹⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 8; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 206; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 445; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 698.

¹³⁰⁰ Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 8; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 206. Aksi yönde bir görüş için bkz. Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 445.

¹³⁰¹ Bununla birlikte söz konusu durum bakımından kefilin üstlendiği riskin artıp artmadığı özel olarak hâkim tarafından değerlendirilmeyecektir. Burada salt temerrüt sonucunun gerçekleşmesi yeterli görülmüştür (Karş. TBK m. 595 b.3).

¹³⁰² Özen, **Kefalet**, s. 421; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 206; Yavuz, **a.g.e.**, s. 312; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 446.

düşmemişse, kefilin bu hakkı zaten hiç doğmamış olacağı için kullanılamaz. Bundan başka, yine söz konusu bende göre, şayet asıl borçlu yerleşim yerini başka bir ülkeye naklettiyse ve bu yüzden takip edilmesi önemli ölçüde zorlaşacaksa kefil yine bu haklardan istifade edebilecektir¹³⁰³.

TBK m. 595 b.3 ise, kefilin üstlendiği riskin başlangıçtakine oranla arttığı birkaç olasılıkta hakkın kullanılabilmesi imkânını tanımaktadır¹³⁰⁴. Riskin bu şekilde ağırlaşıp ağırlaşmadığının takdirini hâkim yapacaktır¹³⁰⁵. Riskin artmasına sebep olan ilk olasılık, borçlunun malvarlığı durumunun kötüleşmesidir. Sonuçta, kefil ödemede bulunup alacaklıya halef olduğunda başvurabileceği değerlerde ciddi azalma olması kefilin üstlendiği riski ağırlaştırmaktadır. Esasen borçlunun bu durumun oluşmasında bir kusurunun bulunup bulunmadığı da herhangi bir önem taşımamaktadır¹³⁰⁶. Objektif olarak yapılacak bir değerlendirmeye sonuca ulaşılabilecektir¹³⁰⁷. Yine riskin artmasına yol açacak ikinci olasılık, teminatların değerinin azalmasıdır. Bir aynî teminat bakımından, eşyanın değerindeki azalma, bir kişisel teminat bakımından ise teminat borçlusunun malvarlığı değerlerindeki azalma buna örnek gösterilebilir. Sonuçta ilk olasılık bakımından olduğu üzere, kefil halef olduğunda bu teminat değerlerinden başlangıçta öngördüğü gibi yararlanamamış olacaktır. Son olarak, asıl borçlunun alacaklıya karşı kusuruyla borca aykırılık teşkil edecek hareketlerde bulunması yine kefilin üstlendiği riski ağırlaştıracaktır¹³⁰⁸. Zira kefil asıl borçlunun kusurunun yasal sonuçlarından sorumludur (TBK m. 589 f.2 b.1).

¹³⁰³ Meier, **CoRo.**, Art. 506, N. 6. Buna karşılık aynı ülke içinde ikametgâh değiştirilmesi aynı sonuca yol açmaz (Bkz. de Biasio, **a.g.e.**, s. 124; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 207; Yavuz, **a.g.e.**, s. 312).

¹³⁰⁴ Risk başlangıçta da yüksek olduğu halde kefil bunun tam olarak farkında değilse, TBK m. 595 sonuçlarının kıyasen uygulanması önerilmektedir. Bkz. bu yönde Özen, **Kefalet**, s. 421; Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 11)

Esas itibarıyla burada saik hatası teşkil eden bir durum bulunmaktadır. (Saik hatası ancak esaslı olduğu suretle ilişki üzerinde –iptal hakkını kullanmak suretiyle- tasarrufta bulunmaya imkân verir. Burada ise, TBK m. 595’in kıyasen uygulanmasında böyle bir şartın gerçekleşmesi gerekip gerekmediği bu görüşü savunan yazarlar tarafından belirtilmemiştir. Kanaatimizce, MK m. 2 çerçevesinde durum gözetilmeli, kefilin ağır ihmeline bağlı olarak meydana gelen öngörü eksikliği tolere edilmemeli, hükmün kıyasen uygulanmasına imkân verilmemelidir.

¹³⁰⁵ de Biasio, **a.g.e.**, s. 125; Guhl, **Bürgschaft**, s. 95; Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 11; Özen, **Kefalet**, s. 421.

¹³⁰⁶ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 699.

¹³⁰⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 13; Meier, **CoRo.**, Art. 506, N. 6; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 506, N. 4; Özen, **Kefalet**, s. 421; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 207; Yavuz, **a.g.e.**, s. 312; Gümüş, **Kefalet**, s. 446; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 789.

¹³⁰⁸ Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 14; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 506, N. 9.

TBK m. 595'teki hallerden biri olduğunda kefilin seçimlik olarak kullanabileceği iki farklı talebi olabilir. Bunlardan kefilin kefalet borcundan kurtarılmayı talep edebilmesi, asıl borcun muaccel olması ön şartına bağlıdır. Asıl borç henüz muaccel olmamışsa bu talebe başvurulamaz¹³⁰⁹. Asıl borçlu bu talebi, alacaklıyı tatmin ederek gerçekleştirebilir, böyle bir durumda kurtulma sonucu kendiliğinden ferîlik özelliğine bağlı olarak doğacaktır. Bunun dışında kefilin ayrı bir hukukî işlemle (örneğin ibra sözleşmesi) borçtan kurtarılabilmesi, alacaklının katılımını gerektirmektedir¹³¹⁰. Asıl borçlu alacaklıyla yapacağı anlaşmayla, onun kefil borçtan kurtarması karşılığında başka bir teminat göstermeyi taahhüt edebilir¹³¹¹. Ancak kefil, hiçbir olasılıkta kendiliğinden borçtan kurtulmamaktadır¹³¹². Teminat gösterilmesi ise, borç henüz muaccel olmadan dahi talep edilebilir¹³¹³. Kanun hükmü, gösterilecek teminatın türüne ve içeriğine ilişkin bir açıklık taşımamaktadır. Dolayısıyla temelde asıl borçlunun mevcut imkânlarına göre bir tercih yapılacaktır, uyuşmazlık halinde ise bu konudaki hâkim kararı bağlayıcı olacaktır¹³¹⁴. Sonuç olarak, hâkim durumun özelliklerine göre bir aynı teminat gösterilmesine karar verebileceği gibi, bir kişisel teminat gösterilmesini de isteyebilir¹³¹⁵. Teminat tutarı ise, gelecekte gerçekleşecek rücu talebinin yaklaşık olarak içeriğini karşılayabilecek suretle belirlenecektir¹³¹⁶. Peki, kefilin borçtan kurtulma veya teminat gösterilmesi yönündeki talebi borçlu tarafından yerine getirilmezse bunun kefalet sözleşmesine nasıl bir etkisi olur? Kanun bu konuda da açıklık taşımamaktadır. Ancak asıl borçlunun tarafı olmadığı bir ilişkide, üzerine düşen yükümlülüğü getirmemesinin kefalet sözleşmesinin sona ereceği sonucuna götürmesi isabetli bir düşünce oluşturmaz. Dolayısıyla kefilin sadece, asıl borçlu hakkında bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için takip yapabileceği söylenebilir¹³¹⁷. Eğer kefil, bu yüzden bir zarara uğrayacak olursa, bunu da talep edebilmelidir.

¹³⁰⁹ Aksi yönde bir düzenleme, asıl borçluyu vaktinden önce ifaya zorlamak olacağından muacceliyet şartı özel olarak aranmıştır. Sonuçta kefilin asıl borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiye böyle bir müdahale imkânı olmamalıdır.

¹³¹⁰ Kefilin borçtan kurtulabilmesi için alacaklının rıza göstermesi hükmün pratik önemini azaltmaktadır (Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 789).

¹³¹¹ Meier, **CoRo.**, Art. 506, N. 5; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 506, N. 4; Yavuz, **a.g.e.**, s. 313.

¹³¹² Reisoğlu, **Kefalet**, s. 208.

¹³¹³ Develioğlu, **Garanti**, s. 408; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 208; Gümüş, s. 445.

¹³¹⁴ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 208.

¹³¹⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 506, N. 4; de Biasio, **a.g.e.**, s. 126; Yavuz, **a.g.e.**, s. 312.

¹³¹⁶ Guhl, **Bürgschaft**, s. 96; Beck, **Bürgschaft**, Art. 506, N. 17; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 446.

¹³¹⁷ de Biasio, **a.g.e.**, s. 127; Özen, **Kefalet**, s. 423; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 208.

4. Özel Olarak: Birlikte Kefalette TBK m. 587 f.3 uyarınca Borçtan Kurtulma

TBK m. 587 f.3'e göre¹³¹⁸, “[a]lacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.” Bu hüküm gerek adi birlikte kefalet, gerekse de müteselsil birlikte kefalet¹³¹⁹ türlerinin hepsi için uygulama alanı bulacaktır¹³²⁰, ¹³²¹. Ancak bağımsız toplu kefalet, hükmün uygulaması dışında kalır¹³²².

Söz konusu hükümden kanun koyucunun, kefilin yükümlülük altına girerken başka kişilerin de aynı borç için benzer şekilde yükümlülük altına girdiği veya gireceği hakkındaki düşüncesini önemseydiği açık olarak tespit edilebilmektedir¹³²³. Zira normal şartlarda, kanun koyucu bu tarzda düşüncelere, saiklere önem vermez. Herhangi bir borçlunun bu şekildeki bir saikteki yanılmasına kanun, ancak esaslı saik

¹³¹⁸ Kuntalp / Barlas / Ayanoğlu Morali / Çavuşoğlu Işıntan / İpek / Yaşar / Koç (a.g.e., s. 268), kanunun tasarı haline ilişkin yaptıkları öneri ve değerlendirmelerde söz konusu maddeyi sadece kefilin subjektif durumunu gözeten lafzı nedeniyle eleştirmekte, maddenin uygulanmasında MK m. 2'nin esas alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

¹³¹⁹ Söz konusu hüküm, müteselsil borçluluktan birinin ibrasının diğerlerini de ibra lehtarları borçlunun iç ilişkideki payı kadar borçtan kurtaracağına ilişkin TBK m. 166 f.3 düzenlemesiyle farklı sonuçlar öngörmektedir. Bu durum, kanun koyucunun müteselsil birlikte kefilin menfaatini diğer herhangi bir müteselsil borçluya göre daha şiddetle gözettiğine işaret etmektedir.

¹³²⁰ Scyboz, a.g.e., s. 109; Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 49; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 26; Özen, **Kefalet**, s. 342; Gümüüş, **Özel Hükümler II**, s. 406.

¹³²¹ TBK m. 587 f.3 hükmü asıl borç için başka türden teminatların verildiği olasılıklar bakımından uygulama alanı bulmaz. Örneğin, kefilin bir başka kişinin verdiği garanti taahhüdüne yahut rehin teminatına güvenerek borç altına girdiği gerekçesiyle bu hüküm üzerinden bir getiri sağlayamaz (Bkz. Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 173).

¹³²² Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 49; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 142; Yavuz, a.g.e., s. 289; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 173.

¹³²³ Düzenlemenin 818 Sayılı Borçlar Kanunu'ndaki eski versiyonu olan EBK m. 488 f.3, birlikte kefalet borcu altına girildikten sonra, sadece diğer kefillerin sözleşmelerinin geçersiz olduğu ihtimalde aynı sonucun gerçekleşmesini öngörüyordu, sonradan gerçekleşen sona erme hallerini nazara almıyordu. Oysaki geçersizlik veya sona erme arasında, varolan beklentinin ve güvenin boşa çıkarılması bakımından birbirinden çok da uzak olan kavramlar değildir. Bu nedenle maddenin sona erme hallerini kapsama alması kabul edilebilir bir sonuçtur (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 338; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 146; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 177; Barlas, **Bazı Sorunlar**, s. 66; Barlas, **Yenilikler**, s. 225).

Nitekim İsviçre Hukukunda da 1941 revizyonundan önce söz konusu olan maddenin bu ilk halinin uygulamasına sona erme durumları da dâhil edilmekte idi (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 47; Bu yönde (kefillerden birinin ibra edilmesine ilişkin olarak) İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 59 II 31; BGE 44 II 63; BGE 60 II 232).

Her iki hukuk sisteminde sonradan yapılan revizyonlarda, bugün itibariyle sona erme halleri de açık olarak hüküm kapsamına alınmış bulunmaktadır.

hatası özellikleri mevcutsa, iptal edilebilirlik sonucunu bağlar. Hâlbuki normal şartlarda, böyle bir saik hatası esaslı olarak kabul edilemez¹³²⁴, ¹³²⁵.

İşte kefalet sözleşmesi bakımından, başka kefillerin de bulunabileceği saikinin boşa dönmesi, istisnai olarak birlikte kefilin borçtan kurtulması sonucunu beraberinde getirebilecektir¹³²⁶. Bu konuda kefile yine başkası için fedakârlıkta bulunan kişi olması nedeniyle bir ayrıcalık tanınmış bulunmaktadır¹³²⁷. Kefilin saiki, âdeta bir şart mertebesine çıkartılmıştır¹³²⁸. Zira burada kefilin bir yenilik doğuran beyanda bulunmasına bile gerek yoktur, TBK m. 587 f.3 yerine göre geciktirici (kefil olması beklenen kişilerin sonradan yükümlülük altına girmediğinin belli olması) veya bozucu bir şart (kefillerden birinin borçtan kurtarılması veya verdiği kefaletin geçersizliğinin tespit edilmesi) gibi doğrudan etkisini gösterir¹³²⁹. Tabii diğer taraftan da alacaklının bunun bilincinde olması gereği aranmıştır. Alacaklının bu durumu bilebilecek olması yeterlidir, yoksa mutlaka bu yönde bir hilesinin olup olmadığına da bakılmaz¹³³⁰.

Doktrinde TBK m. 587 f.3'ün emredici olmadığı kabul edilir¹³³¹. TBK m. 582 f.3, kefile tanınan haklardan kefilin önceden vazgeçemeyeceğini düzenleme altına almaktadır. Ancak burada kefile tanınan imkân, bizatihi onun belli bir saikte olmasına bağlanmıştır. Buna karşılık bir kefilin her durumda mutlaka bu saikte olduğu söylenemez. Dolayısıyla kefil dilerse, başka kefillerden tamamen bağımsız şekilde yükümlülük altına girebileceğini taahhüt edebilecektir. Bu durum, TBK m. 582 f.3'e da bir aykırılık oluşturmaz. Peki, kefil başlangıçta bu saiki taşıdığı halde, daha sonradan buna istinaden tanınmış olan imkândan vazgeçebilir mi? Esas itibariyle, bir ayırım yapılarak cevap verilmelidir. Eğer henüz saikin konusu

¹³²⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 47; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 26; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 12; Özen, **Kefalet**, s. 333; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 405.

¹³²⁵ Öte yandan şayet borçlu bu hataya alacaklının hilesi sonucunda düşmüşse, saik hatasının esaslı olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmaz, doğrudan iptal hakkı kullanılabilir. Burada TBK m. 587 f.3 hükmü, TBK m. 36 f.2 uyarınca kefilin yenilik doğuran iptal beyanında bulunmasına gerek kalmaksızın borçtan kurtulabilmesini sağlamaktadır.

¹³²⁶ Müller, **Contrats**, s. 544; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 26; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 406.

¹³²⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 26.

¹³²⁸ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 52; Özen, **Kefalet**, s. 334; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 141; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 406.

¹³²⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 52; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 12.

¹³³⁰ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 53; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 28; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N. 29; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 407; Özen, **Kefalet**, s. 345; Yavuz, **a.g.e.**, s. 289; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 174.

¹³³¹ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 31; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 406; Özen, **Kefalet**, s. 336.

gerçekleşmemişse (yani varlığına güven duyulan kefillerin borcu henüz sona ermemişse), bu durum kefil aleyhine, onun durumunu ağırlaştırıran bir sözleşme değişikliği teşkil ettiğinden onun (ve varsa –duruma göre- eşinin rızasına) bağlı olacaktır (TBK m. 583 f.son ve m. 584 f.2). Ne var ki saikin konusu gerçekleşmişse, burada etki, kanunda varlığı öngörülen şartın gerçekleşmesiyle kendiliğinden doğacağından bunun engellenebilmesi mümkün değildir. Böyle bir olasılıkta, diğer sözleşme sona erip kefil borçtan kurtulduğundan, yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması gerekecektir.

TBK m. 587 f.3'ün uygulanması için kefilin öngörüsünün ciddi biçimde sarsılmış olmasına veya kefilin zarara uğramasına gerek yoktur¹³³². Birlikte kefillerden sadece birinin öngörüldüğü halde kefil olmaması yahut taraf olduğu sözleşmenin geçersiz olması veya kefilin borçtan kurtulması bile, diğerlerinin varlığına güvenen kefilin borçtan kurtulma sonucunun gerçekleşmesi için yeterlidir¹³³³. Bu olgulardan birinin gerçekleştiğinin ispat yükü kefilin üzerindedir¹³³⁴. Bu kefilin yerine bir başkasının geçmesi de sonucu değiştirmez¹³³⁵. Hatta kefillerden birinin öncelikle müteselsil kefil olarak taahhüt altına gireceğini belirtmesi sonrasında sadece adi kefil olarak taahhüt altına girmesinde de aynı sonuç geçerlidir¹³³⁶.

Yalnız hüküm, kefilin benzer beklentilerinin boşa çıkması halinde kıyasen uygulama alanı bulamaz. Örneğin kefalet borcu için bazı teminatların verilmesinin öngörülüp de bunun gerçekleşmediği durumlarda uygulama alanı bulmaz¹³³⁷. Yine kefaletle birlikte verilen kişisel teminatların kefaletten başka olması (örneğin bir

¹³³² Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 62; Özen, **Kefalet**, s. 340.

¹³³³ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 6875; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 145; Özen, **Kefalet**, s. 339.

¹³³⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 52; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 12; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 143; Özen, **Kefalet**, s. 343.

¹³³⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 53; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 29; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 12; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N. 29; Özen, **Kefalet**, s. 332. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde kararı için bkz. BGE 63 II 167.

Reisoğlu (**Kefalet**, s. 146) böyle bir durumda borç altına girecek yeni kefilin ödeme gücü olmayan bir kimse olması halinde sonucun haklı görülebileceğini, buna karşılık ödeme gücü diğerine göre daha yüksek ise, hükmün uygulanmasının MK m. 2'ye aykırılık oluşturacağını iletmektedir.

¹³³⁶ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 145.

¹³³⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 51; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 406; Özen, **Kefalet**, s. 342; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 142.

garanti ya da atipik teminat sözleşmesinin bulunması¹³³⁸) yahut kefaletle birlikte çeşitli aynî teminatlar verilmesinin kararlaştırılması halinde de hüküm uygulama alanı bulamaz¹³³⁹. Zaten hüküm istisnai ve alacaklı için ağır sonuçlar öngören bir düzenleme getirdiğinden bu şekilde uygulama alanının genişletilmesi uygun düşmez¹³⁴⁰ (*Singularia non sunt extendenda*).

TBK m. 587 f.3'ün uygulanmasıyla birlikte, kefil doğrudan ve bütün olarak sorumluluktan kurtulacaktır¹³⁴¹. Kefilin borçtan kurtulma anı, hâkim tarafından kefaletin hüküm doğurmadığının tespit edildiği andır¹³⁴². Yalnız hükmün bu şekilde uygulanması bazı durumlarda hakkaniyete aykırı bir durum oluşturabilecektir. Bu nedenle söz konusu durumlar bakımından hükmün etkisi daraltılarak uygulanması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Buna göre, diğer kefilin varlığına güvenerek kefalet veren kişinin tamamen değil kısmen borçtan kurtulması sonucuna ulaşılması uygun görülmektedir¹³⁴³.

C. Garanti Sözleşmesinde

1. Asıl Borç İlişkisinde Gelişen Durumların Garanti Sözleşmesine Etkisi

Asıl borcun sona ermesinin garanti borcu bakımından nasıl bir etki yaratacağına ilişkin kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Garanti borcu asıl borçtan bağımsız özellik gösterdiğinden, ferî kefalet borcuna ilişkin hükümlerin burada uygulama alanı bulması düşünülemez¹³⁴⁴. Bununla birlikte garanti borcunun her durumda ve katıksız olarak mezkur bağımsız olma özelliğini devam ettireceğini söylemek de yerinde olmaz. Zira garanti borcu risk kavramına bağlı özellik gösterdiğinden, asıl borç ilişkisinde riski etkileyebilecek durumlar ister istemez dolaylı olarak garanti borcunun akıbetini de etkileyecektir. Garanti sözleşmesinde riskin konusu borcun gereği gibi ifa edilmemesidir. Bu risk gerçekleştiğinde oluşacak

¹³³⁸ Böyle bir durumda eğer müteselsil olarak garanti borcu altına girildiği söylenebiliyorsa, TBK m. 166 f.3'ten sadece bir borçlu lehine etkili olabilecek borçtan kurtulma hallerinde benzer bir sonucun diğer borçlular lehine kısmen gerçekleşeceği söylenebilir.

¹³³⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 51; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 27; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 142; Yavuz, **a.g.e.**, s. 289.

¹³⁴⁰ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 142; Yavuz, **a.g.e.**, s. 289.

¹³⁴¹ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 30.

¹³⁴² Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 408.

¹³⁴³ Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 19. HD., 28.03.2003 T., E. 6979, K. 2287 (www.kazanci.com).

¹³⁴⁴ Develioğlu, **Garanti**, s. 437.

zarardan garanti veren de sorumlu olacaktır. Somutlaştırılacak olursa, aşağıda belirtilecek ve asıl borç ilişkisini etkileyen durumlarda garanti verenin borcunun da risk kavramının arada yarattığı bağlantı dolayısıyla etkileneceği söylenebilir. Misal olarak riskin gerçekleşme olasılığının ortadan kalkması garanti verenin borcunun sona erdirecektir¹³⁴⁵. Aynı şekilde, asıl borcun konusu edimin gereği gibi yerine getirilmesi veya yerine getirilmesine artık bir gereklilik bulunmaması garanti verenin borcunu ortadan kaldırır¹³⁴⁶.

Asıl borcun ifa ile sona erdirilmesi durumunda garanti borcu da sona erecektir. Alacaklıya yapılan ifanın –niteliği elverdiği ölçüde- bizzat asıl borçlu tarafından veya üçüncü kişi tarafından yapılmasının bir farkı da bulunmamaktadır. Sonuçta anılan her bir durumda risk ortadan kalkmış olur¹³⁴⁷. Yalnız ifanın gereği gibi yerine getirilmediği haller bakımından, alacaklının zarara uğraması söz konusu olacağından, risk –kısmen- gerçekleşmiş olacak ve garanti veren sorumlu olacaktır. Eğer borcun gereği gibi yerine getirilmemesi bakımından bir dönme hakkından istifade edilebiliyorsa, bu kez garanti borcunun akıbeti kabul edilecek görüşe göre belirlenecektir. Bu konuda kefalet sözleşmesi bakımından yaptığımız açıklamalar esas alınabilir¹³⁴⁸.

Asıl borcun ifa ikameleri sayılan ifa yerine edim anlaşması veya takasla sona erdirilmesinde de, garanti borcu bakımından aynı etki söz konusu olacaktır. Bu hallerde riskin zaten gerçekleşmeyeceği sabittir¹³⁴⁹.

Yine alacaklı ve asıl borçlu arasında bir ibra anlaşması yapılırsa, asıl borç sona erecek ve garanti borcunun doğumu için öngörülen risk ortadan kalkacağı için garanti veren de artık sorumlu olmayacaktır¹³⁵⁰.

Bundan başka asıl borç için tecdit anlaşması yapılırsa, garanti borcu da sona erer. Oluşan yeni borcun yerine gelmemesinden dolayı garanti verenin sorumlu olabilmesi ancak onun yeniden garanti borcu altına girmeyi kabul etmesiyle mümkün

¹³⁴⁵ Develioğlu, **Garanti**, s. 436.

¹³⁴⁶ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 111, N. 16.

¹³⁴⁷ Develioğlu, **Garanti**, s. 436.

¹³⁴⁸ *Mutatis mutandis* olarak bkz. yukarıda §2, IV, B, 1, d altındaki açıklamalarımız.

¹³⁴⁹ Develioğlu, **Garanti**, s. 436-437.

¹³⁵⁰ Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 75.

olabilir. Cari hesapla ilgili olarak kefalet borcu bakımından uygulama alanı bulacağını iletmiş TBK m. 134 f.3 hükmü ise, garanti borcu bakımından uygulama alanı bulmaz¹³⁵¹.

Eğer garanti borcu bakımından alacaklı ve borçlu (garanti veren) sıfatları birleşecek olursa garanti borcu sona erer¹³⁵². Diğer taraftan garanti veren ve asıl borçlu sıfatlarının aynı kişide sonradan birleşmesi durumunda ne olacağı da düşünmeye değerdir. Garanti sözleşmesi dar ve teknik anlamıyla kişisel bir teminat sözleşmesi olduğu için böyle bir durumda gerçek anlamıyla teminat işlevini yitirir. Bununla birlikte söz konusu durum, alacaklı karşısında yarışan iki ayrı borç bulunduğunu gerçeğini değiştirmez. Alacaklı, bu iki borçtan birinin ifasıyla tatmin sağladığında artık diğeri için talepte bulunamayacaktır. Eğer borçlu, hiçbir belirtmede bulunmadan ifada bulunursa kefalette olduğu gibi asıl borcun ifa edildiği asıl olmalıdır.

İmkânsızlık bakımından ise şu değerlendirmeler yapılmalıdır: Baştan objektif imkânsızlık söz konusu olmuş ise, riskin gerçekleşmesi de imkânsızlıktan etkileneceğinden zaten geçerli bir garanti borcunun doğacağından söz açılmaz¹³⁵³. Sonraki imkânsızlıkta, gerek borçlunun sorumlu olduğu gerekse de sorumlu olmadığı imkânsızlık sebebinden dolayı garanti verenin borcu sona ermez¹³⁵⁴. Zira bu durumlarda borcun konusu olan edim gereği gibi yerine getirilememiş olur. Bir tek alacaklının kendi sebep olduğu imkânsızlık bakımından durum farklıdır. Bu durumda garanti borcun talep edilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir¹³⁵⁵. Dolayısıyla garanti borcunun da talep edilemeyeceği sonucuna varmak yerinde olur.

2. Garanti Sözleşmesine Özgü Sebepler

a. Genel Olarak

Ayrı ve bağımsız bir sözleşme olarak garanti sözleşmesini ve garanti verenin borcunu etkileyen özel sebepler de bulunmaktadır. Bir defa garanti sözleşmesinden

¹³⁵¹ Develioğlu, **Garanti**, s. 437.

¹³⁵² Develioğlu, **Garanti**, s. 437.

¹³⁵³ Pestalozzi, Art. 111, **BasKom.**, N. 15.

¹³⁵⁴ Pestalozzi, Art. 111, **BasKom.**, N. 15; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 883.

¹³⁵⁵ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 883; Develioğlu, **Garanti**, s. 437.

doğan borcun sona ermesi, genel olarak bir borcun sona erme sebepleri olan ifa, ifa yerine edim, ibra, takas, alacaklı borçlu sıfatının birleşmesi, tecdit vb. nedeniyle gündeme gelebilir¹³⁵⁶.

Yine garanti verenin borcu, kendi zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Bu borcun zamanaşımı, muacceliyetten itibaren başlayacak ve TBK m. 146 kapsamında 10 yıllık süreye tabi tutulacaktır¹³⁵⁷. Garanti borcunun muacceliyeti ise, taraflar arasında ayrıca özel bir düzenleme kabul edilmemişse, riskin gerçekleşmesiyle gerçekleşir¹³⁵⁸. Asıl borcun zamanaşımını kesen veya durduran sebepler, garanti verenin borcunu herhangi bir şekilde etkilemez, zira söz konusu iki borç birbirinden bağımsız özellik göstermektedir¹³⁵⁹.

b. Garanti Süresinin Dolması

i. Belirli Süreli Garanti Sözleşmesinde

Garanti sözleşmesinin taraflarca belirli bir süre ile sınırlandırılabilmesi mümkündür. Bu durumda garanti süresiyle ilgili olarak karşımıza iki farklı olasılık çıkabilecektir. Bunlardan ilki, yalın olarak garanti sözleşmesiyle teminat altına alınan riskin gerçekleşmesinin bir süreyle sınırlandırılmasıdır. Diğer bir deyişle, asıl borçlu ifayı belirlenmiş sürenin içinde edimini yerine getirmemiş olursa, alacaklı garanti verenden ödemede bulunmasını isteyebilecektir. Dolayısıyla, garanti verenin sorumluluğundan söz edebilmek için sadece riskin gerçekleşmesi yetmez. Bunun yanında riskin kararlaştırılan süre içinde gerçekleşip gerçekleşmediği de önem taşır¹³⁶⁰. Riskin sadece süre içinde gerçekleşmesi yeterlidir. Böylece garanti verenin borcu muaccel olmuş olacaktır. Bunun dışında alacaklının derhal garanti verene başvurma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Alacaklı, garanti verene TBK m. 146'da yer alan 10 yıllık alacak zamanaşımı süresi içinde istediği zaman

¹³⁵⁶ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 882; Develioğlu, **Garanti**, s. 440-442; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 713.

¹³⁵⁷ Develioğlu, **Garanti**, s. 461.

¹³⁵⁸ Develioğlu, **Garanti**, s. 462.

¹³⁵⁹ Reisoğlu, **BTM**, s. 105; Develioğlu, **Garanti**, s. 463.

¹³⁶⁰ Lombardini, **a.g.e.**, s. 601.

başvurabilecektir¹³⁶¹. Süre içinde riskin gerçekleşmemesi durumunda ise garanti verenin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz.

Öte yandan ortada sadece yalın bir süre sınırlaması söz konusu olmayabilir. Garanti veren aynı zamanda aynı süre içinde (veya daha kısa bir süre de olabilir) alacaklının kendisine başvurmuş olmasını da şart koşabilir¹³⁶². Bu durumda garanti süresi *hem riskin ortaya çıkması hem de başvurunun yapılma süresini* teşkil edecektir. Dolayısıyla, risk süre içinde gerçekleşse bile başvuru yapılmadığı takdirde garanti verenin bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Başvuru süresinin geçirilmesiyle sorumluluk da sona erecektir. Buna karşılık, garanti süresi içinde risk gerçekleşip başvuru süresi içinde de başvuru yapıldığında TBK m. 146'ya göre 10 yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Uygulamada çoğunlukla bu tarzda bir sürenin kararlaştırılması söz konusudur. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdü düzenleyen TBK m. 128 f.2 de bu şekilde bir süre verilebileceğine ilişkin bir belirtmede bulunmaktadır¹³⁶³. Esas itibariyle bu hükmün herhangi bir hukukî önemi bulunmamaktadır, düzenleme zaten mümkün olan bir hususun açık şekilde tekrar edilmesinden ibarettir¹³⁶⁴.

Bazı durumlarda, alacaklı sona eren garanti süresinin uzatılmasını talep edebilir. Yalnız garanti veren eğer asıl borçlu ile bir sözleşme ilişkisi (vekâlet) içinde ise, kendi başına süre uzatımına karar veremez, daha doğrusu vermemelidir¹³⁶⁵. Zira garanti verenin bu şekilde takındığı tavır, hiç şüphesiz alacaklı ile olan ilişkisinde bir geçersizlik sebebi meydana getirmez. Ne var ki, izleyen süreçte risk gerçekleşip alacaklıya ödemede bulunulduğu durumda bunun sakıncalı sonuçları ortaya çıkar. Vekil olarak, müvekkil asıl borçlunun talimatı alınmadan hareket ettiği için, ilgili durum garanti verenin rücu yolunda problem yaşamasına ve rücu alacağına kavuşamamasına yol açacaktır. Zira böyle bir durumda yapılan masraf usûlüne uygun hareket eden bir vekilin yaptığı masraf olarak sayılamaz.

¹³⁶¹ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 462; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 124; Akyazan, **Sorunlar**, s. 578. Bu konuda bkz. Yarg. 11. HD. 06.05.1982 T., E. 1583; K. 2139 (www.kazanci.com).

¹³⁶² Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 124; Akyazan, **Sorunlar**, s. 578; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 707; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 135.

¹³⁶³ Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 282.

¹³⁶⁴ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 891; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 425; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 135.

¹³⁶⁵ Lombardini, **a.g.e.**, s. 602.

ii. Belirsiz Süreli Garanti Sözleşmesinde

Garanti sözleşmesinde bir süre kararlaştırılmadığı zaman ortada belirsiz süreli bir sözleşmenin varlığı söz konusudur. Böyle bir durumda garanti verenin ne kadar süre ile sorumlu olacağına tespit edilmesi gerekmektedir. Garanti veren ilanihaye riskten sorumlu olması, sürekli bir şüphe tehdidi altında ekonomik hayatına devam etmesinin kabul edilmesi isabetli olmaz¹³⁶⁶. Bu soruna, kanuni bir dayanak olmaksızın, genellikle şöyle bir çözüm önerilmektedir: TBK m. 146'daki zamanaşımı süresi kıyasen bir garanti süresi olarak kullanılabilir. Buna göre garanti sözleşmesinin kurulmasından itibaren geçecek 10 yıllık sürede sözleşmenin konusunu oluşturan riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bakılmalıdır¹³⁶⁷. Şayet risk gerçekleşirse bu durumda riskin gerçekleşmesinden itibaren işleyecek zamanaşımı süresinde alacaklı bir talepte bulunabilecektir. Bu süre de yine TBK m. 146'daki 10 yıllık süre olacaktır¹³⁶⁸. Genel bir değerlendirmeyle, bu çözüm kapsamında garanti verenin sorumluluk taşıma süresi en az 10, en fazla 20 yıl sorumlu olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Tabii burada zamanaşımı süresinin kesilmediği veya durmadığı bir olasılık değerlendirilmektedir. Bir örnek ile somutlaştıracak olursak: B A'ya karşı süre belirtmeden bir garanti taahhüdü altına girsin. Bu durumda, garanti süresi 10 yıl olarak kabul edilecektir. Söz konusu 10 yıllık sürenin 8. yılında risk meydana geldiğinde, bu kez alacak zamanaşımı süresi 10 yıl olacak, bu süre içinde A B'den talepte bulunabilecektir. Sonuç olarak, zamanaşımının kesilmesi veya durması söz konusu olmazsa, garanti verenin toplam sorumluluk süresi 18 yıl olacaktır.

¹³⁶⁶ Reisoğlu, **Garanti**, s. 171.

¹³⁶⁷ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 885; Yavuz/ Özen/ Acar, **Özel Hükümler**, s. 714.

¹³⁶⁸ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 892; Develioğlu, **Garanti**, s. 461; Yavuz/ Özen/ Acar, **Özel Hükümler**, s. 714; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 124; Omağ, **BTM**, s. 340; Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 274-275.

Akyazan (**Zamanaşımı**, s. 11-12) banka teminat mektupları özelinde yaptığı açıklamalarda, garanti alacağının TBK m. 146'ya göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağını kabul etmekle birlikte bu zamanaşımı süresinin banka teminat mektubunun verildiği tarihten itibaren başlayacağını düşünmektedir. Yazarın zamanaşımının başlangıcı bakımından yaptığı yaklaşıma katılmıyoruz. Zira garanti sözleşmesinden doğan garanti alacağı, teminat mektubunun verildiği yani ilişkinin kurulduğu tarihte henüz doğmamıştır. Yazarın bu düşüncesinin altında, banka teminat mektuplarında bankanın alacaklına talebine dayalı olarak ödemedede bulunacağı fikri yatmaktadır. Oysa banka fiilen böyle bir talebe ilişkin ödemedede bulursa da, riskin gerçekleşmediğinin ortaya çıkmasıyla, yaptığı ödemeyi sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak geri alabilecektir. Bu durum banka teminat mektupları uygulamasında hâkim olan "Önce öde, sonra geri al," prensibinin bir sonucudur. Ancak bu durum bizi garanti alacağının doğuşunun garanti sözleşmesinin kurulduğu an olmasına götürmemelidir. Garanti alacağı riskin gerçekleşmesiyle doğacak –ve başka bir şart veya vade öngörülmediyse- muaccel olacaktır.

Bu düşünceye tam olarak katılmanın ne kadar isabetli olacağı konusunda şüpheliyiz. Zira borcun muacceliyetinden itibaren başlayacak ve talep edilebilirliğine ilişkin olarak tasarlanmış bir sürenin (zamanaşımı süresi), meydana gelmesi şüpheli bir olayın gerçekleşmesi ve dolayısıyla borcun doğması için söz konusu olacak süre olarak kullanılmasının ne derece isabetli olduğu tartışma konusu yapılabilir. Kanaatimizce böyle bir durumda TBK m. 146'nın yedek bir garanti süresi olarak uygulama alanı bulması yerine, hâkimin işin niteliğine ve TMK m. 2 f.1'e göre garanti verenin risk taşıma süresini tespit ederek bir karar vermesi yerinde olacaktır¹³⁶⁹. Hâkimin tespit ettiği süre içinde gerçekleşen riskin meydana getirdiği alacak hakkı bakımından söz konusu olacak zamanaşımı süresi ise, şüpheyne mahal olmaksızın TBK m. 146 uyarınca 10 yıldır¹³⁷⁰.

c. Garanti Sözleşmesinden Dönme

Garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmiş tipik bir sözleşme olmadığı için bu sözleşme özelinde tanınmış bir dönme hakkı da söz konusu değildir. Şayet sözleşme ivazlı olarak yapılmışsa, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün bir sonucu olarak sözleşmeden dönme gündeme gelebilir. Ancak kural olarak garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için bu imkânın da sıklıkla söz konusu olmayacağı açıktır. Diğer taraftan tarafların sözleşmede garanti veren lehine bir dönme hakkı tanımları durumunda, garanti veren sözleşmeden dönebilir.

Doktrinde bir görüş, kefalet sözleşmesine ilişkin özel dönme hakkı veren TBK m. 599 hükmünün bazı hallerde garanti sözleşmesinde de kıyasen uygulanmasını önermektedir. Bu görüş, TBK m. 599'un öngörülme gerekçesinden hareket eder. Zira bu hüküm kefalet sözleşmesinin ferî özelliği ile doğrudan alakalı bir hüküm olmayıp hakkaniyet gerekçesiyle öngörülmüş bir hükümdür. Dolayısıyla garanti verenin iş hayatında tecrübe sahibi olmayan bir gerçek kişi olduğu hallerde kıyasen uygulanması düşünülebilecektir. Zira buradaki korunma menfaati de en az kefalettteki kadar takdire şayandır¹³⁷¹.

¹³⁶⁹ Bkz. benzer yönde Reisoğlu, **Garanti**, s. 171.

¹³⁷⁰ Reisoğlu, **Garanti**, s. 172.

¹³⁷¹ Develioğlu, **Garanti**, s. 459.

Yine garanti verenin sözleşme ilişkisinden sıyrılması, özel olarak sürekli bir borç ilişkisinden doğan alacaklara teminat verilmesi bakımından düşünülebilir. Yalnız bu kez kullanılacak yenilik doğuran hak bir dönme hakkı değil, fesih hakkı olacaktır. Bilindiği üzere, sürekli borç ilişkisi bakımından herhangi bir süre öngörülmediği vakit, ilişkinin uygun bir zamanda karşı tarafa belirli bir ihbar süresi verilerek de olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkündür. Öte yandan sürekli borç ilişkileri, ilişkinin çekilmez hale geldiği bir durumda olağanüstü fesih yoluyla derhal sona erdirilebilir. Garanti sözleşmesi ise, hiç şüphesiz bir ani edimli borç ilişkisi oluşturmaktadır, zira alacaklının ifaya olan menfaati tek seferde gerçekleşmektedir. Ne var ki, bir sürekli borç ilişkisindeki borçlunun devamlılık gösteren edimleri açısından garanti taahhüdü altına girmesi söz konusu olduğunda, garanti verenin de süreklilik arz eden bir yapı içinde olduğu ve bu nedenle benzer şekilde ortaya çıkan menfaatinin korunması gerektiği ileri sürülebilir. Buna göre eğer garanti sözleşmesinde bir risk taşıma süresi de kararlaştırılmadıysa, garanti verene uygun bir zamanda, alacaklıya belirli bir süre öncesinden ihbarda bulunulmak kaydıyla sözleşme ilişkisini (olağan) fesihle sona erdirebilme yetkisinin tanınması düşünülebilir. Ya da böyle bir garanti sözleşmesinde, risk için herhangi bir süre kararlaştırılsın kararlaştırılmasın, alacaklıyla olan ilişkisi çekilmez hale gelen bir garanti veren sözleşme bağı (olağanüstü) fesihle koparabilmelidir.

D. Sigorta Sözleşmesinde

1. Sigortalının Üçüncü Kişiyle Olan İlişkinden Doğan Sebepler

Sigortacının, sigortalı ve üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisinde üçüncü kişinin borçtan kurtulmasını gerektiren hallerden etkileneceği kural olarak söylenemez. Bununla birlikte bazı hallerde bu ilişki çerçevesinde meydana gelen gelişmelerden sigortacı da etkilenebilir, risk gerçekleşmiş olsa da sigorta tazminatını ifa borcundan kurtulabilir.

Bir defa sigortalı öncelikle üçüncü kişiden zararın tazmin edilmesi talebinde bulunduğu ve bu talebi yerine getirildiğinde, sigortacının sözleşme kapsamındaki sigorta tazminatını yerine getirme borcu da sona erecektir. Zira karşılanması gereken bir zarar kalmamış olur. Sonuçta sigortalı yarışan taleplere sahiptir, o ya zararı veren

üçüncü kişiden ya da sigortacıdan talepte bulunabilecek, ancak her ikisine birden yığışmalı olarak başvuramayacaktır.

Bundan başka sigortalının zarar veren üçüncü kişiyle anlaşma yaparak tazminat hakkından vazgeçmesi halinde de yine sigortacı borcundan kurtulur. Bu sonuç TTK m. 1472 f.1 c.2 uyarınca dolaylı olarak takas definin ileri sürülmesiyle sağlanır. Takas konusu edilecek borçlar, sigortacının sigorta tazminatı borcu ile sigortalının sigortacının halefiyetini engelleyen davranışı nedeniyle ona olan tazminat borcudur^{1372, 1373}.

2. Sigorta Sözleşmesine Özgü Sebepler

a. Genel Olarak

Sigortacının sigorta sözleşmesi kapsamındaki borcunun sona ermesi, TBK m. 131 vd. çerçevesinde, genel olarak bir borcun sona erme sebepleri olan ifa, ifa yerine edim, ibra, takas, alacaklı borçlu sıfatının birleşmesi, tecdit vb. nedeniyle gündeme gelebilir.

Bundan başka, aşağıda değinileceği üzere, sigorta sözleşmesi özelinde de bazı özel sona erme halleri söz konusu olabilecektir.

b. Kararlaştırılan Sürenin Dolması

Sigorta sözleşmesi, sürekli bir borç ilişkisidir. Bu ilişki çerçevesinde iki farklı süreden bahsedilmek gerekecektir. Bunlar şeklî ve maddî sürelerdir¹³⁷⁴.

Sigorta sözleşmesinin hükümlerini doğurmasının bir süreye bağlanması mümkündür. Taraflar söz konusu sürenin uzunluğunu takdir etmede serbesttir. Eğer taraflar arasında hiçbir kararlaştırma yoksa bu süre TTK m. 1410 f.1 çerçevesinde

¹³⁷² Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 145.

¹³⁷³ Fransız Hukukunda da konu L-121-12'de aynı şekilde düzenlenmektedir (Bkz. Beignier, **a.g.e.**, s. 538-539; Picard / Besson, **a.g.e.**, s. 501; Lambert-Faivre / Leveneur, **a.g.e.**, s. 450; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 345).

¹³⁷⁴ Kender, **a.g.e.**, s. 227; Can, **a.g.e.**, s. 306.

hâkim tarafından tayin edilecektir¹³⁷⁵. Bu şekilde sözleşmenin devam edeceği ve hükümlerini doğuracağı süre, öğretide şeklî süre olarak da adlandırılmaktadır. Uygulamada ise, zarar sigortası sözleşmesinin süresinin bir yıl olarak kararlaştırılmakla birlikte sona ermesinin sigorta ettirenin fesih beyanında bulunmasına bağlandığı görülmektedir¹³⁷⁶. Yine aynı yapı dâhilinde bir yıllık sürenin sonunda sigorta ettiren fesih beyanında bulunmadığı takdirde –tıpkı konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde olduğu gibi- sözleşme aynı şartlarla bir yıl daha uzamaktadır¹³⁷⁷. Bu durum, sözleşme süresinin bir yıl olarak kararlaştırıldığı ve süre sona erdikten sonra yeniden sözleşme yapıldığı halden farklıdır¹³⁷⁸.

Bundan başka bir de sigorta sözleşmesinde sigortacının sorumluluğunun ne kadar süre ile devam edeceğinin belirlenmesi gereklidir. İşbu süre, sigortacının borcu bakımından (risk taşıma süresi) asıl olarak dikkate alınması gerekli olan süredir¹³⁷⁹. Riskin söz konusu süre içinde gerçekleşmesi gerekir. Sigortacının belirtilen sorumluluk süresi, kural olarak ilk sigorta priminin ödendiği tarihten itibaren başlamakta (Bkz. TTK m. 1421) ve sigorta sözleşmesinin hükümlerini doğurduğu sürenin sonuna kadar devam etmektedir¹³⁸⁰. İlgili süre, maddî süre olarak adlandırılır¹³⁸¹.

Normal şartlarda şeklî süre ile maddî sürenin başlangıç tarihleri farklı olmakla birlikte sona erme tarihleri aynıdır. İstisnai olarak ise, maddî sürenin sigorta sözleşmesinin hükümlerini doğurmasından önce başlaması (geçmişe etkili sigorta) veya hükümlerini doğurmasının sona ermesinin akabinde (geleceğe etkili sigorta) etkisini devam ettirmesi mümkün olabilir. Geçmişe etkili sigortanın kabul edilebilmesi için riskin sözleşme yapıldığı tarihte gerçekleşmemiş olması gereklidir¹³⁸². Eğer yukarıda belirttiğimiz şekilde, fesih beyanında bulunulmadığı vakit kendiliğinden uzayan bir sözleşme yapısı söz konusu ise, maddî süre her bir uzama durumunda kendiliğinden devam etmez ancak uzayan sözleşme döneminin ilk priminin ödenmesiyle birlikte tekrar işlemeye başlar. Uzayan sözleşmede, maddî

¹³⁷⁵ Kender, **a.g.e.**, s. 227.

¹³⁷⁶ Kender, **a.g.e.**, s. 227.

¹³⁷⁷ Can, **a.g.e.**, s. 306.

¹³⁷⁸ Kender, **a.g.e.**, s. 227.

¹³⁷⁹ Kender, **a.g.e.**, s. 227.

¹³⁸⁰ Kender, **a.g.e.**, s. 228.

¹³⁸¹ Kender, **a.g.e.**, s. 228.

¹³⁸² Kender, **a.g.e.**, s. 228.

sürenin primin ödenmemesi nedeniyle başlamadığı dönemde riskin gerçekleşmesi, sigortacının sorumluluğunu gerektirmez¹³⁸³.

Risk, maddî süre içinde gerçekleşmezse, sigortacı borcundan kurtulur. Risk anılan sürede gerçekleştiği takdirde ise, sigortalı sigortacıdan ilgili zamanaşımı süresinin sonuna kadar talepte bulunabilir (Bkz. TTK m. 1420 ve m. 1482).

Bazı durumlarda maddî süre, belirli devrelere bölünüp her devrenin sigorta primi yükümlülüğü ayrı ayrı hesap edilebilir. Bu durumda sigortacının toplam riski taşıdığı bu devreler teknik süre olarak ifade edilir. Teknik süre, prim ödeme borcu bakımından önem taşır. Şöyle ki karşılaştırılan devreler bakımından prim borcu bölünemez. Sigorta sözleşmesi, riskin gerçekleşmesi nedeniyle karşılaştırılan süreden önce sona erecek olursa, sözleşmenin sona erme anına kadar doğmuş ve ifası gerekli olan prim borçları teknik süre dikkate alınarak tespit edilecektir¹³⁸⁴.

c. Sigortalanan Menfaatin Ortadan Kalkması

Sigortalanan menfaat sigorta süresi içinde, sigorta himayesi dışında bir risk nedeniyle ortadan kalkabilir. Bu durumda sigorta sözleşmesi ve dolayısıyla sigorta sözleşmesinden kaynaklı sigorta himayesi borcu da sona ermiş olur¹³⁸⁵. Eğer sigortalanan menfaat sigorta sözleşmesi kurulmadan önce ortadan kalkmış olsaydı, zaten sigorta sözleşmesi geçerli olarak kurulamazdı (Bkz. TBK m. 27 ve TTK m. 1408). Örneğin zarar sigortası kapsamında yangına karşı himaye altına alınmış olan bir taşınmaz, idari birimlerin aldığı bir kararla yıkılabilir. Bu durumda artık riskin gerçekleşmesi sonradan imkânsız hale geleceğinden sigorta sözleşmesi de sona erecektir.

d. Riskin Gerçekleşme Olasılığının Kalmaması

Sigorta himayesinin konusunu oluşturan riskin gerçekleşme olasılığının ortadan kalkması da sigorta sözleşmesini sona erdirir. Zira böyle bir durumda

¹³⁸³ Can, **a.g.e.**, s. 306.

¹³⁸⁴ Can, **a.g.e.**, s. 307.

¹³⁸⁵ Can, **a.g.e.**, s. 308; Kender, **a.g.e.**, s. 341.

sözleşmenin devam etmesi bakımından tarafların herhangi bir şekilde hukukî yararı da bulunmamaktadır¹³⁸⁶.

e. Sigorta Sözleşmesinden Cayma

TTK m. 1430 f.3, sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra ve fakat sigortacının sorumluluğu başlamadan önce, sigorta ettirene sözleşmede öngörülen sigorta priminin yarısını ödemek suretiyle, keyfi olarak sözleşmeyi sona erdirme (cayma¹³⁸⁷) hakkı tanımaktadır¹³⁸⁸. Bu hak geçmişe etkilidir (*ex tunc*), kullanılmasıyla birlikte sözleşmeyi baştan itibaren ortadan kaldırır. Hakkın kullanılabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan primin yarısının ödenmesi ise, teknik anlamda kanundan kaynaklanan bir dönme cezası (TBK m. 179 f.3) olarak değerlendirilebilir¹³⁸⁹. Sözleşmenin bu şekilde tamamen sona erdirilmesi mümkün olduğu gibi, kısmen gerçekleştirilecek bir sona erdirme de imkân dâhilindedir. Bu durumda cayılan döneme ilişkin olarak kararlaştırılan primin yarısının ödenmesi gerekecektir.

f. Sigorta Sözleşmesinin Feshi

Gerek sigortacı gerekse sigorta ettiren kanunda öngörülen çeşitli fesih sebeplerine (TTK m. 1413; TTK m. 1414; TTK m. 1417; TBK m. 125 vb.) dayalı olarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Sözleşmenin bu şekilde fesih hakkı ile sona erdirilmesi, yukarıda değinilen “cayma” hakkı ile sona erdirilmesinden farklı şekilde ileriye yönelik bir etki (*ex nunc*) doğurmaktadır¹³⁹⁰.

¹³⁸⁶ Can, **a.g.e.**, s. 307; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 216.

¹³⁸⁷ Aslında burada tanınan sözleşmeyi sona erdirici yenilik doğuran etkili hakkın, kullandığımız teknik terminoloji çerçevesinde “cayma hakkı” olarak adlandırılması çok da yerinde değildir. Zira cayma hakkı, aynı anda hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi sona erdiren bir yenilik doğurucu haktır ve fikri haklarla ilgili hukukî işlemler alanında karşımıza çıkmaktadır. Burada tanınan hakkın herhangi bir (haklı) sebebe dayanmadan ileri sürülebilecek olması, bu hakkın bir (icabı) geri alma hakkı olduğunu düşündürülebilir. Normal şartlarda kişi yaptığı icabıyla sözleşme kurulduktan sonra bağlı bulunur, icabını serbestçe geri alamaz. İşte burada, kanuni bir imkân olarak, herhangi bir sebep bildirilmeksizin icabın geri alınması imkânı tanınmaktadır. Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte sözleşme, kurucu unsurlarından olan icap ortadan kalktığı için hiç kurulmamış olarak kabul edilecektir.

¹³⁸⁸ Can, **a.g.e.**, s. 309.

¹³⁸⁹ Can, **a.g.e.**, s. 272.

¹³⁹⁰ Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 233.

§ 3. ALACAKLI TATMİN EDİLDİKTEN SONRA BORÇLULAR ARASI İLİŞKİLER

I. Kavramsal Çerçeve

A. İfada Bulunan (*Solvens*) Birlikte Borçlunun Diğerlerine Başvurması: Rücu Hakkı

Rücu hakkı, bir başkasının nihai olarak üstlenmesi gereken yükü geçici olarak üstlenen başka bir kişinin geriye dönerek ona başvuruda bulunması ve oluşan geçici durumun giderilmesinde kullanılan bir araçtır¹³⁹¹. Her bir birlikte borçluluk yapısında rücu hakkının doğacağından bahsedilemez. Rücu hakkının doğabilmesi için borçluların aralarında tespit ettikleri iç ilişkideki nihai borç yüklerinin üzerinde ifada bulunmuş olmaları şarttır. Nitekim rücu hakkı sayesinde bozulan bu denge yeniden sağlanmış olmaktadır¹³⁹². Sonuçta, ifada bulunan kişi bunu diğerinin lehine yapmıştır yapmasına, ancak bu yapılan fedakârlığın masrafının gerçek yükümlüsüne yükletilemeyeceği anlamına da gelmez. Dolayısıyla bu kurguda kullanılacak manivela, rücu hakkına dayalı yapılacak olan taleptir¹³⁹³.

Müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma ve bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçlulukta, borçlulardan her biri alacaklıya karşı edimin tamamından dolayı sorumludur. Dolayısıyla normal bir kurguda rücu ilişkisinin oluşması doğal karşılanacaktır. Zira borçlular nihai olarak iç ilişkide kendi paylarına düşen borç oranı kadar sorumlu olacaktır. Payından fazla ifada bulunan borçlu, diğerlerinden talepte bulunacaktır¹³⁹⁴. Meğerki alacaklı borçluların her birinden payı oranında

¹³⁹¹ Gautschi, **a.g.e.**, s. 84.

¹³⁹² Bugnon, **Action récursoire**, s. 23; Corboz, **Distinction**, s. 68.

¹³⁹³ Bugnon, **Action récursoire**, s. 23; Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 1.

¹³⁹⁴ Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 1

kısmi ifa talep etmiş olsun. Tabii böyle bir olasılık, yapısı itibariyle bölünemeyen borçlulukta hiçbir zaman gündeme gelemeyecektir.

Kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi kişisel teminat sözleşmeleri olarak, asıl borçlunun borç ilişkisindeki borcunu veya bundan soyut şekilde edimini teminat altına almak için mevcuttur. Borçlu bir şekilde ifayı gerçekleştirmediğinde, alacaklıyı teminat vermiş olan bu kişiler tatmin edecek, onun zarara uğramasını engelleyecektir. Ancak gerek kefil gerekse de garanti veren bunu salt asıl borçluya bir fayda sağlamak için yapmazlar, alacaklıyla hesaplaşma sona erdikten sonra asıl borçluya yapılan bu fedakârlığın karşılanması, ilgili masrafların giderilmesi için başvuruda bulunurlar. Meğerki aralarındaki iç ilişki daha farklı bir kurgu öngörmüş olsun.

Sigorta sözleşmesinde, riskin gerçekleşmesiyle sigortacı, sigortalıya zararının karşılanması için bir ödemede bulunur. Ancak yapılan bu ödemenin nihai yükünü taşıması gereken kişi sigortacı olmayıp, zararın verilmesine sebep olan üçüncü kişidir. Bu sözleşme türünde kural olarak zararı veren “asıl borçlu” ile sigortacı arasında doğrudan bir ilişki bulunmamakta, sigortacının taraf olduğu sözleşme uyarınca ödemeyi gerçekleştirilmesiyle birlikte bu kişiye başvurusu keyfiyeti hasıl olmaktadır.

Buna karşılık elbirliği borçluluğu, kısmi borçluluk ve kümülatif borçlulukta rücu ilişkisi kural olarak gündeme gelmez. Elbirliği borçluluğunda alacaklı borçluların hepsine başvurmalıdır, bu onun ifa menfaatine ulaşması için bir zorunluluktur. Kısmi borçlulukta, her bir borçlu borcun sadece bir kısmından sorumludur, alacaklı zaten borcun tamamı için başvuruda bulunamaz. Kümülatif borçlulukta ise ayrı hukukî sebeplerle ayrı ayrı sorumlu olan kişiler bulunmaktadır. Bunlardan birinin ifasının diğerini etkilemesi söz konusu olmaz, zira her ikisi de birbirinden bağımsız olarak ifayı gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır. Tabii istisnai olarak, birlikte borçluların anılan borçluluk türlerinde diğerlerine rücu etmeleri durumu da söz konusu olabilir. Örnek olarak kısmi borçlulardan biri, alacaklıya borcun tamamı için ifada bulunmuş olabilir. Burada onun yaptığı ifa esasen üçüncü kişinin ifasından başka bir şey değildir. Dolayısıyla arada kurulacak ilişkiye göre kısmi borçlunun diğerlerinden yaptığı fedakârlık ve masrafları için bir

talebi olabilecektir. Aynı durum elbirliği borçluluğunda veya kümülatif borçlulukta da gündeme gelebilir. Sonuç hep aynı olacaktır. Normalde katlanması gerekenden fazlasını yapmış olan kişi, diğerine başvuruda bulunabilecektir.

Rücu hakkı, iç ilişkiye dayanan özel rücu hakkı ve kanunda sadece özel bazı hallerde öngörülmüş olan genel rücu hakkı, yani halefiyet, olmak üzere ikiye ayrılabilir.

Ayrımın ilk ayağını oluşturan özel rücu hakkı, buna hak kazananın malvarlığında alacaklıyla olan ilişkinin tamamen dışında başka bir ilişkiden doğma yeni bir borç meydana getirmektedir. Bu ilişki duruma göre bir sözleşme ilişkisi, bir vekâletsiz iş görme ilişkisi veya sebepsiz zenginleşme olabilecektir. Öyle ki rücu hakkı sahibi ile bunu yerine getirmekle sorumlu olan kişi arasındaki yakınlık bu ilişkinin tespitinde esas alınacaktır. Somutlaştırılacak olursa, zaten birbirinden haberdar olan ve edim planının bu şekilde gerçekleşmesini arzu eden iki birlikte borçlunun arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu söylenebilir. Böyle yakın bir ilişki bulunmuyorsa, geriye iki olasılık kalacaktır. Şayet diğerinin zaten gerçekleştireceği asıl olan bir borcu ifa ederek onun yerine iş üstlenen başka bir borçlu varsa, bunlar arasındaki ilişki vekâletsiz iş görme olacaktır. Buna karşılık birbirinden hiç haberdar olmayan iki borçlu arasında ise, ifada bulunmakla yükümlü olanın borcu yerine getirmek yönünde hiçbir kaygısının da olmadığı bir ihtimalde, normalde olması gerekenden daha iyi bir malvarlığı durumunda bulunan kişinin durumu gözetilerek ancak bir sebepsiz zenginleşme ilişkisi bulunduğundan söz açılabilir. Bazı özel hallerde ise, kanun özel rücu ilişkisinin türünü ve kapsamını tayin etme yetkisini hâkime vermiş bulunmaktadır. Nitekim haksız fiillerden ötürü kanundan doğan teselsül ilişkisinde durum böyledir.

Genel rücu hakkı olan halefiyet ise, yalnızca kanunda öngörülen hallerde veya iradeyle tanınmak istenildiğinde kanunda belirtilen şartların yerine gelmesiyle faydalanılabilecek bir rücu yoludur¹³⁹⁵. Dolayısıyla nitelik itibarıyla istisnaidir. Zira ifayı gerçekleştiren borçlu, âdeta alacaklının tahtına oturmakta, onun yetkilerinden faydalanılabilmektedir. Yani özel rücu hakkında bahsedilenden farklı olarak, buradaki rücu hakkı başka bir ilişkiden doğan yeni bir hak değildir. Alacaklıya

¹³⁹⁵ Lucien Nussbaumer, **Subrogation et recours de la caution lors du concours des sûretés personnelles et réelles**, Lausanne: Librairie de Droit F. Roth & Cie, 1945, s. 98.

yapılan ifanın borcu sona erdirdiği kuralının bir istisnası olarak, ifade bulunan borçluya alacaklının hakkı kanunen aktarılmaktadır (*effet translatif de la subrogation*)¹³⁹⁶. Böyle bir varsayımda bulunulmasının nedeni, ifade bulunan borçlunun daha fazla korunabilmesi düşüncesidir. Dolayısıyla halefiyetle sağlanan rücu yolunda borçlu, varsa alacak için birinci planda verilmiş olan –ferî veya bağımsız- tüm teminatlardan faydalanabilecektir. Yalnız halefiyetle sağlanan bu imkânın sınırlarını bir üst paragrafta değindiğimiz özel rücu hakkının çerçevesi çizmektedir. Genel rücu hakkına, özel olanın ferîsinden öte bir rol yüklenemez¹³⁹⁷. Zira kanunun birlikte borçluların kendi aralarındaki özel iç ilişkinin ötesinde bazı sonuçlar öngörmesi irade serbestisinin kabul edildiği borçlar hukuku sisteminde kabul edilemez.

B. Özel ve Genel Rücu (*Halefiyet*) Haklarının Karşılaştırılması

Borcun nihai yükünün doğru şekilde paylaştırılmasına yarayan ve özünde birbirinden farklı hukukî kavramlar olan genel ve özel rücu hakları birbirleriyle yakından ilişki içindedir. Zira ikisi de aynı amaca hizmet etmektedir¹³⁹⁸. İkisinde de takip edilen amaç, başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin, bu kişiye karşı olan alacak hakkına dayalı talebinin sonuçlandırılması, bu şekilde borcun mali yükünün esas sorumlusuna aktarılmasıdır¹³⁹⁹. Bir diğersinin borcunu yerine getiren birlikte borçlu, sadece alacaklının durumunu iyileştirmekte, onu düzlüğe çıkarmaktadır. Yoksa başkasının borcunu yerine getiren birlikte borçlunun, normal şartlarda onu ihya etmek gibi bir amacı bulunmamaktadır. Meğerki ortada bir bağışlamada

¹³⁹⁶ Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 1; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 148.

¹³⁹⁷ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 429. Müteselsil borçluluk özelinde Becker, **BerKom.**, Art. 149, N. 3.

¹³⁹⁸ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 13; Başar, **a.g.e.**, s. 25. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Hubert Bugnon, “Conclusions du Colloque”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, éd. Franz Werro, Université Fribourg, Staempfli Editions SA, Berne, 2009, s. 205-211, s. 208; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 222; Gautschi, **a.g.e.**, s. 87. Bkz. Yarg. HGK, 23.2.2000 T., E. 4-103, K. 124: “[B]u bağlamda ardıllık (Halefiyet-Subrogation) ile dönme (Rücu-Regress) arasında hukukî nüansları belirtmekte yarar vardır. Başkasına ait bir borç nedeniyle alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını yasada belirtilen durumda ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesine ardıllık (halefiyet) denir. Dönme (rücu) hakkı başkasına ait borcu yerine getiren kişinin mal varlığında vücut bulan kaybı gidermeyi amaçlayan tazminat niteliğinde bir istem hakkıdır. 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.”(www.kazanci.com)

¹³⁹⁹ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 13; Necip Bilge, “Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler”, **AÜHFĐ**, C. XI, 1954, Sayı 1-2, s. 281-295, s. 283.

bulunma kastı olsun. Bu son durumda, kazandırmanın ilk planda karşılıksız olarak yapılması öngörüldüğünden zaten rüçunun da bir anlamı olmayacaktır.

Özel rücu hakkı (*Regress, droit de recours spéciale*), başkasına ait bir borcun yerine getirilmesinden sonra bu kişinin malvarlığı kaybını telafi etmeyi amaçlar. Bu hak, kimi zaman bir sözleşmeye (ki bu çoğunlukla duruma göre vekâlet veya adi ortaklık sözleşmesi olacaktır), kimi zaman (gerçek anlamda) vekâletsiz iş görmeye, kimi zaman da sebepsiz zenginleşmeye¹⁴⁰⁰ dayanmaktadır¹⁴⁰¹. Bahsi geçen ilişkiler ve doğan rücu haklarının kapsamı, bunlara dayanan kişi tarafından ispat edilmelidir¹⁴⁰². Özel rücu hakkı, anılan her bir durumda hak sahibinin malvarlığında doğan yeni bir haktır¹⁴⁰³. Tatmin edilen alacaklının hakkından bağımsız özellik

¹⁴⁰⁰ Kılıçoğlu (**Halefiyet**, s. 17), diğer özel rücu yolları (sözleşme veya vekâletsiz iş görme) bakımından bir itiraz ileri sürmemekle beraber, halefiyetle sebepsiz zenginleşmenin birlikte bulunamayacağını, bu iki rücu yolunun birbirlerini dışlayacağını ifade etmektedir. Buna göre, halefiyette borcun varlığı asıl borçlu bakımından devam ettiği için onun borçtan kurtulma yoluyla herhangi bir zenginleşmesi de söz konusu olmaz. Yazarın bu görüşüne tam olarak katılmıyoruz. Esas itibarıyla belirtilmelidir ki, aslında ilk bakışta söz konusu tespit teknik anlamda haklılık içermektedir. Zira halefiyet üzerinden kurulan varsayım, borcun devam ettiği yönündedir. Buna karşılık, esasen halefiyetin amacı yalın olarak borcun devam etmesini sağlamak olmayıp, özel rücu hakkının sağlamaştırılmasıdır. Özel rücu hakkının olmadığı yerde halefiyette de söz açılmayacağı için burada borcun devam etmekte olduğu gerçeğine bu mercikle bakılmak gerekir. Dolayısıyla, bu çerçevede halefiyet, sebepsiz zenginleşmeye dayalı rücu hakkıyla da yarışır ve örtüşürülebildiği suretle birlikte gündeme getirilebilir. Diğer türlü bir kabullenmede, sözleşme veya vekâletsiz iş görmenin söz konusu olmadığı bir durumda (ki her zaman bu ilişkilerin bulunacağı söylenemez) taraflar arasında herhangi bir özel ilişki de bulunmayacağından bunun ferisi olarak varolabilen halefiyet de söz konusu olamaz ki bu adaletsiz bir yapı oluşturur. Sonuç olarak, halefiyetin amacı gözetilerek, âdeta birbiriyle çelişen iki gerçeğin birlikte varolabildiği “düşünsel paralel borç evrenlerinin” varlığı kabul edilerek bu sakınca önlenebilir. İleri sürdüğümüz düşünce açılacak olursa, bir yandan ödemede bulunan birlikte borçlunun bu hareketiyle borç sona ermişçesine diğer borçlu bakımından sebepsiz zenginleşme sonucu oluşmakta, diğer taraftan bu talebin dış ilişkide var olan teminatlarla güçlendirilebilmesi adına borcun devam ettiği kabul edilmelidir.

Nitekim sebepsiz zenginleşme üzerinden yapılacak rücu talebinin halefiyette doğacak genel rücu talebiyle yarışabileceği –ileri sürdüğümüz gerekçelendirme yapılmaksızın- doktrinde genel olarak kabul edilmektedir (Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Yenice, **a.g.e.**, s. 68; Özen, **Kefalet**, s. 449; de Biasio, **a.g.e.**, s. 27; Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 8; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 1; Scyboz, **a.g.e.**, s. 126; Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 2).

¹⁴⁰¹ Halûk Nami Nomer, “Halefiyet ve Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, **İÜHF**, C. LV, Sayı 3, 1997, s. 243-260, s. 248. Kefalet sözleşmesinden doğan birlikte borçlulukta özel rücu ilişkisine ilişkin açıklamalar için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 424; Yenice, **a.g.e.**, s. 67-68; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 790; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 210; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 105; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 102-103; Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 8; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N.2; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N.1; de Biasio, **a.g.e.**, 9; Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 2; Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 281.

¹⁴⁰² Ahmet Kılıçoğlu, “Özel ve Sosyal Sigortalarda Rücu”, **AÜHFD**, Yıl 1974, 31, Sayı 1-4, s. 395-446, s. 397.

¹⁴⁰³ Corboz, **Distinction**, s. 68; Halûk Nami Nomer, “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: Legal, 2011, s. 249-254, s. 251.

göstermektedir¹⁴⁰⁴. Böylece rücu hakkı, hak sahibinin malvarlığında sıfırdan doğmakta ve kural olarak doğmasıyla birlikte muaccel olmaktadır. Bu hak, talebin içinden doğduğu ilişkiye dayalı olarak yeni bir zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Yoksa alacaklının tatmin edildiği alacak hakkı bakımından söz konusu olacak sürenin özel rücu hakkının zamanaşımı süresiyle herhangi bir ilintisi bulunmamaktadır¹⁴⁰⁵.

Genel rücu hakkı (*Subrogation, droit de recours générale*) ise, esas olarak yalnızca kanunun öngördüğü hallerde söz konusu olabilecek bir talep temeline dayalı olarak söz konusu olabilmektedir¹⁴⁰⁶, ¹⁴⁰⁷. Halefiyetin öngörülmesinde esas olan, birlikte borçlular ve alacaklı arasındaki dış ilişkinin özelliğidir¹⁴⁰⁸. Borç ilişkisinin taraflarının tamamen kendi istekleriyle, iradi olarak genel rücu hakkına dayalı bir talep temeli oluşturabilmeleri yine ve ancak TBK m. 127 f.2'deki usûle riayet ederek mümkündür. Buna göre, bizzat borçlu tarafından (*ex parte debitoris*) alacaklıya borcu bir şekilde (ifa veya ifa dışı yollardan) yerine getirecek üçüncü kişinin kendisine halef olacağına ilişkin bir ihbarda bulunulmalı, akabinde de üçüncü kişi tarafından alacaklı tatmin edilmelidir¹⁴⁰⁹. Görüldüğü üzere, kanunun tasarımı salt belirli bir zamanda yapılacak irade beyanına sonuç bağlamamış, bunun yanında bir kanuni şart olarak (*condicio iuris*) üçüncü kişinin ödemede bulunmasını aramıştır. Yoksa sadece halefiyet lafzının taraflar arasındaki ilişkide anılması yeterli olamamaktadır. İşte bu nokta nazara alınarak doktrinde, halefiyetin her zaman yalnızca kanundan doğabileceği ifade edilmiştir. Zira sonuç, sadece borçlunun

¹⁴⁰⁴ Corboz, **Distinction**, s. 69; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 13; Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 398; Nomer, **Sigorta**, s. 248.

¹⁴⁰⁵ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 13.

¹⁴⁰⁶ Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 5; Weber, Art. 110-113 OR, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband**, Bern: Staempfli Verlag AG, 2002, Art. 110, N. 10; Deschenaux, **Partie II**, s. 7; Edouard Béguelin, "Subrogation", **FJS**, N. 768, Genève, 1943, s. 3.

¹⁴⁰⁷ Öğretide bir görüş, böyle bir düzenleme olmadığı halde kefalet sözleşmesinde kefaletin halefiyetine ilişkin hükmün garanti sözleşmesine de kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedir (Bu görüş için bkz. Aral, **İlişkiler**, s. 197 dn. 51'de anılan yazarlar). Söz konusu görüşe katılmak mümkün değildir (Bkz. bu yönde Aral, **İlişkiler**, s. 197; Zobl, "Die Bankgarantie im schweizerischen Recht", **Personalsicherheiten, Bürgschaft, Bankgarantie, Patronaterklaerung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld**, Berner Bankrechtstag, Band 4, (Herausgeber Wolfgang Wiegand), Bern: Staempfli, 1997, s. 23-53, s. 49).

¹⁴⁰⁸ Bu ilişki bir müteselsil borçluluk, bölünmez borçluluk veya mevcut borca katılma, kefalet sözleşmesi yahut sigorta sözleşmesi olabilir. Başlangıçta ilişkinin bu borçluluk türlerinden biri olarak tasarlanması ileride şartları oluştuğunda halefiyetin doğumu için yeterlidir. Kefalet sözleşmesi özelinde bu noktaya ilişkin olarak bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 210.

¹⁴⁰⁹ Franko, **Halefiyet I**, s. 205-206; Béguelin, **FJS 768**, s. 1; Ayhan Örguevren, "Kanuni Halefiyet", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1952, Sayı 97-98, s. 33-38, s. 36.

iradesine bağlanmamakta, bu irade ancak kanun dairesinde sonuç doğurabilmektedir¹⁴¹⁰.

Birlikte borçluluk türlerinden bazılarında, bir başkasının borcunu (ya da onun borcundan ötürü kendi sorumluluğunu) yerine getirdikten sonra genel rücu hakkına dayalı olarak talepte bulunulabilir. Bu haller kanunda özel olarak belirtilmekte olup sınırlı sayıdadır¹⁴¹¹ (Bkz. Bölünemeyen borçlulukta TBK m. 85, müteselsil borçlulukta TBK m. 168, kefalet sözleşmesinde m. 596 ve sigorta sözleşmesinde TTK m. 1472¹⁴¹²). Bu hallerin sözleşme ile genişletilebilmesi mümkün değildir. Halefiyetin kanunen öngörülmediği birlikte borçluluk türlerinde bu sonucun dolaylı olarak sağlanması, ancak yukarıdaki paragrafta ele alınan TBK m. 127 f.2'deki borçlunun bu konudaki ihbarı usûlünün yerine getirilmesi ile mümkün olabilir¹⁴¹³,
1414

Halefiyet ile sağlanan genel rücu yolunda, borçlu tatmin edilen alacaklının yerine geçer ve onun hakkına dayalı olarak talepte bulunabilir¹⁴¹⁵. Bunun için özel

¹⁴¹⁰ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 22; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 57;

¹⁴¹¹ Becker, **BerKom.**, Art. 110, N. 2; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 30; Örgüven, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁴¹² Bkz. Franko, **Halefiyet I**, s. 205.

¹⁴¹³ Örnek olarak halefiyetin öngörülmediği garanti sözleşmesinde, garanti veren kişinin kendi borcu yerine asıl borcu yerine getirmesi de mümkündür, garanti verenin bu isteği alacaklının teyakkuzuyla da karşılaşamaz. Zira alacaklıyla hiçbir ilişkisi olmayan bir üçüncü kişinin yaptığı ifa teklifi bile kural olarak alacaklı tarafından kabul edilmek zorundadır. Bu durumda risk ortadan kalkacağı için garanti sözleşmesi de dolaylı olarak sona erer. İşte böyle bir olasılıkta, asıl borçlu alacaklıya ihbarda bulunursa, garanti veren halefiyetten faydalanabilir. Yalnız, şu husus göz ardı edilmemelidir. Garanti verenin burada olağan bir üçüncü kişiden hiçbir farkı yoktur. Yoksa aynı zamanda garanti sözleşmesini ifa etseydi yararlanabileceği özel rücu hakkından faydalanamayacaktır. Garanti veren ancak garanti sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmek için harekete geçtiğinde bu iç ilişkiden istifade edebilir. Oysaki bahsini açtığımız halefiyet olasılığında, artık onun ilişkisi herhangi bir üçüncü kişinin borçluyla olan ilişkisinden farksızdır. Onun özel rücu hakkı bu çerçevede ödemedeki bulunan üçüncü kişinin rücu hakkı olarak değerlendirilmelidir.

Bunun haricinde garanti veren ile alacaklı arasındaki garanti sözleşmesinde ifanın halefiyete yol açacağı düzenlenmesi bir anlam taşımaz. Diğer bir deyişle, böyle bir durumda garanti borcunun ödenmesiyle halefiyet sonucunun oluşması söz konusu olamaz.

¹⁴¹⁴ Benzer bir sonuca alacağın temlik ile de ulaşılabilir. Nitekim bankacılık uygulamasında garanti sözleşmesi dâhilinde, banka ödeme yaptıktan sonra asıl borç ilişkisindeki alacak hakkının bankaya – teminat amacıyla- temlikini öngören klozların bulunması yaygındır. Böyle bir durumda banka dilerse asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkiye dayanacak isterse de kendisine teminaten temlik edilmiş alacak hakkından faydalanabilecektir. Yalnız bankanın bu talepleri yığılmalı olarak ileri sürmesi mümkün değildir. Temlik edilen alacak hakkından faydalanılması –iç ilişki kapsamındaki- rücu alacağı oranında olabilecektir (Bkz. benzer yönde açıklamaları için Develioğlu, **Garanti**, s. 419; Aral, **İlişkiler**, s.198; Zobl, **a.g.e.**, s. 49).

Hukumumuza yabancı olmakla birlikte, Fransız Hukukunda (Fr MK m. 1251 f.1) alacaklının rızasıyla (*ex parte creditoris*) gerçekleşen bir halefiyet hali mevcuttur (Bénabent, **a.g.e.**, s. 539; Delebecque / Pansier, **a.g.e.**, s. 219; Yvaine Buffelan-Lanore / Virginie Larribeau-Teneyre, **Droit Civil, Les Obligations**, 12ème Edition, Paris: Dalloz, 2010, s. 152; Mestre, **a.g.e.**, s. 49 vd.).

¹⁴¹⁵ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 148.

rücu hakkında söz konusu olduğu gibi diğer borçluyla olan ilişkinin tespit ve ispat edilmesi de gerekmez. İspat etmesi gereken tek husus, halefiyet sonucu bağlanan geçerli bir ilişkiye dayalı olarak ifade bulunmuş olmasıdır¹⁴¹⁶. Dolayısıyla bunları ortaya koyabilen birlikte borçlu, genel rücu hakkı avantajıyla, âdeta alacak kendisine temlik edilmişçesine (*cessio legis*) alacaklının alacağa bağlı olarak ileri sürebileceği tüm talepleri ileri sürebilme hakkıyla donatılmış olur¹⁴¹⁷. Bu şekilde ifade bulunan ilk birlikte borçlu alacaklı karşısında ne konumdaysa, onun halef sıfatıyla rücu başvurusunda bulunduğu birlikte borçlu da aynı konumda olacaktır¹⁴¹⁸. Alacaklının sözleşme tarafı olmasına bağlı olarak kullanabileceği haklar ise, halefiyet kapsamında birlikte borçluya devrolunmaz¹⁴¹⁹.

Tabi alacaklının hakkı devralınmış olduğu üzere, onun alacağına bağlı haklardan nasıl yararlanılıyorsa, onun alacağının tabi olduğu kısıtlamalara aynen tabi tutulması da söz konusu olur¹⁴²⁰. Dolayısıyla halefiyete dayalı rücu başvurusunda bulunulan kişi, ilk planda (selef) alacaklıya karşı ileri sürebileceği savunmaları halefe karşı da ileri sürebilecektir¹⁴²¹. Bunun en net görülebilecek olan sonucu zamanaşımı defi bakımındandır. Genel rücu hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresi, kural olarak tatmini gerçekleştirilen alacağın -devam etmekte olan- kendi zamanaşımı süresidir¹⁴²². Yalnız halefiyetle devralınan genel rücu hakkının konusu ilk planda

¹⁴¹⁶ Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 93; Corinne Zellweger-Gutknecht, **BasKom.**, Art.110 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 110, N. 39; Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 397.

¹⁴¹⁷ Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 4; Sbai, **a.g.e.**, s. 147; Corboz, **Distinction**, s. 69; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7049; Mainguy / Respaud, **a.g.e.**, s. 386.

¹⁴¹⁸ Starck, **a.g.e.**, s. 705; Pichonnaz, **Prescription**, s. 160.

¹⁴¹⁹ Mestre, **a.g.e.**, s. 571; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 93; Corboz, **Distinction**, s. 69; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 98.

¹⁴²⁰ Pichonnaz, **Prescription**, s. 158.

¹⁴²¹ Sigorta sözleşmesi özelinde bkz. Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 348.

¹⁴²² Bazı hallerde kanun özel bir hükümlerle bu sonuçtan ayrılabilir. Nitekim kefalet hukukunda TBK m. 596 f.5'te halefiyetle intikal eden alacak için işleyecek zamanaşımının, kefilin alacaklıya ifade bulunduğu tarih olacağını düzenleme altına almaktadır. Söz konusu hüküm, kefil açısından önemli bir avantajı öngörmektedir. Esas itibarıyla kefilin yaptığı ödeme bir zamanaşımının kesilmesi sebebi olarak kabul edilmektedir (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 508; Scyboz, **a.g.e.**, s. 132).

Diğer taraftan müteselsil borçluluk ve bölünemeyen borçluluk bakımından da TBK m. 155 f.1, borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımının diğerlerine karşı da kesilmiş olacağını kabul ederken aynı düşünce üzerinden hareket etmektedir. Bu şekilde, ifade bulunan müteselsil / bölünemeyen borçlu (halefiyete dayalı) rücu talebi bakımından bir sorunla karşılaşmamış olacaktır (Bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 117).

Ayrıntılar için bkz. aşağıda §3, IV, B, 2 altındaki açıklamalarımız.

alacaklının sahip olduğu alacak hakkının konusundan farklılaşır¹⁴²³. Şöyle ki, alacaklıya birlikte borçluluk kapsamında borçlanılan edim herhangi bir edim olabilir. Ne var ki birlikte borçlunun rücu yolunda talep edeceği edim, bu ilk edimin para değeri karşılığıdır¹⁴²⁴. Birlikte borçlular arasında özel olarak bir anlaşma yapılmış olmadıkça, rücu yolunda ilk edim için halefiyet varsayımı ileri sürülerek talepte bulunulamaz¹⁴²⁵. Zaten böyle bir talep, halefiyetle sağlanmak istenen sonuca da hizmet etmez. Halefiyetle sağlanmak istenen, alacağın ilanihaye devamlılığı olmayıp, özel rücu hakkının kuvvetlendirilmesidir¹⁴²⁶. Bir örnekle somutlaştıralım: Gerçek olmayan birlikte borçluluk türlerinden kefalet sözleşmesiyle oluşan birlikte borçlulukta, kefil ödemedede bulunduktan sonra alacaklının halefi haline gelecektir. Böyle bir durumda asıl borçlunun borçlandığı edim bir tablo yapma edimi de olsa, kefil asıl borçludan halefiyet kapsamında –alacaklıyı tatmin edebildiği oranda- bu yapma ediminin parasal değerini talep edebilecektir. Aynı şekilde ilk planda bu tablo yapma edimi için öngörölmüş teminatlar varsa bunlar da rücu yolunda söz konusu edimin değerini karşılayan para edimini temin edecektir.

Belirtildiği üzere özel ve genel rücu hakları her zaman birlikte ortaya çıkmayabilirler. Ne var ki beraber ortaya çıktıkları bir kurguda birbirlerine olan etkilerinin de tespit edilmesi gerekir. Böyle bir kurguda, halefiyet özel rücu hakkının sadece bir yardımcıdır, onu takviye etmeyi amaçlar¹⁴²⁷. Öyle ki özel rücu hakkının bulunmayacağı bir kurguda halefiyetten de bahsedilemez¹⁴²⁸, ¹⁴²⁹. Bu sonuca

¹⁴²³ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 94. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 789; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 209; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 31. Kefalet sözleşmesi özelinde aksi yönde görüşü için bkz. de Biasio, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁴²⁴ Guhl, **Bürgschaft**, s. 98.

¹⁴²⁵ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 210.

Buna karşılık doktrinde de Biasio (**a.g.e.**, s. 21) böyle bir anlaşmanın varlığını dahi aramaksızın, kefilin asıl borçludan dilerse ilk planda taahhüt edilen edimi de yerine getirmesini talep edebileceğini savunmaktadır. Yazar, asıl borçlunun durumunun kefilin dahliyle değişmemesi gerektiğini savunmaktadır. Yazarın bu görüşüne yukarıda metinde belirttiğimiz halefiyetin amacı gerekçesi çerçevesinde katılmıyoruz. Kefilin kefalet borcu altına girerken belki asıl borçlunun borcunun konusunu oluşturan edime hak kazanmak gibi bir iradesi bulunmamaktadır. Onun muradı, bir an önce kefaletle girdiği yükün altından kurtarılmaktır. Öte yandan asıl borçlunun durumunda meydana gelen değişiklik kendi hareketi nedeniyle gerçekleşmektedir. Dolayısıyla onun bu şekilde bir değişikliğe kendi iradesiyle sebep olduğu söylenebilir.

¹⁴²⁶ Bugnon, **Action récursoire**, s. 31; Pichonnaz, **Prescription**, s. 159; Weiss, **a.g.e.**, s. 142; Seza Reisoğlu, “Kefilin Rücu ile İlgili Meseleler”, **BATİDER**, 1962, C. I, Sayı 4, s. 465-509, s. 465; Yenice, **a.g.e.**, s. 64; dolaylı olarak bu yönde bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 467; Franko, **Halefiyet I**, s. 203.

¹⁴²⁷ Nomer, **Sigorta**, s. 249. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Gautschi, **a.g.e.**, s. 102; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1648. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 433.

¹⁴²⁸ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Reinicke / Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, s. 114; Özen, **Kefalet**, s. 433.

halefiyetin teminat işlevinden hareketle ulaşılmaktadır. Hatta halefiyetin, özel rücu hakkının ferîsi olduğu da ifade edilmektedir¹⁴³⁰. Kanun koyucu halefiyeti öngördüğü hallerde kişiyi daha fazla korumak istemektedir¹⁴³¹. Dolayısıyla, özel rücu hakkı sahibi, dilerse halefiyete de dayanarak, yerine getirdiği alacağa bağlı olan haklardan, özellikle teminatlardan rahatlıkla yararlanabilecektir¹⁴³², ¹⁴³³. Anılan haklar, çoğunlukla özel bir öneme sahip bulunmaktadır, zira borçlunun kendisi alacaklıyı tatmin edemediğine göre olası ekonomik durumu bitap bir kişidir¹⁴³⁴. Böyle olunca da ona karşı özel rücu hakkına dayalı olarak ileri sürülebilecek olan talepler boşa dönebilecektir.

¹⁴²⁹ Kılıçoğlu (**Halefiyet**, s. 14-15), halefiyet hallerini tek başına halef olma ve özel bir rücu hakkına sahip olmak suretiyle halef olma şeklinde ikiye ayırmaktadır. Buna göre TBK m. 127, MK m. 779 ve TTK m. 1301, m. 1361'deki hallerde tek başına halefiyet söz konusudur. Söz konusu hallerde borcu yerine getiren kimse, alacaklıya ait olan mevcut hakkı olduğu gibi devralmaktadır. Rücu, doğrudan halefiyetin bir sonucudur. Buna karşılık TBK m. 85, m. 168, m. 596'da temelde özel bir rücu ilişkisi mevcut bulunmaktadır. Anılan hallerde amaç, kişiye daha sıkı bir koruma sağlanmasıdır.

Bu yaklaşıma tam olarak katılmıyoruz. Kanaatimizce esas itibarıyla her bir halefiyet halinde, özel rücu hakkına dayalı bir talep temeli zaten bulunmaktadır. Şöyle izah edilecek olursa: Normal şartlarda üçüncü kişi tarafından yapılacak ifa borcu sona erdirir. Bunun akabinde ise üçüncü kişi varsa borçluluyla arasındaki sözleşmesel ilişkiye, böyle bir ilişki yoksa vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak talepte bulunabilecektir. İşte borçlunun ihbarıyla gerçekleşen halefiyet sonucu yine temelde bulunan bu talep hakkını güçlendirir. Hatta öyle ki bu ilişki halefiyeten doğan talebin de çerçevesini belirler. Temel ilişkinin çerçevesini aşan bir talep borçlunun bu konuda yapacağı, ispat yükünün de kendisinde olduğu savunmayla bertaraf edilebilir. Aynı sonuç, TBK m. 127 f.1 kapsamında, rehin teminatının konusunu oluşturan bir mal üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynı hak sahibi olan bir kimsenin yapacağı ifayla oluşan halefiyet hali bakımından da geçerlidir. Sonuçta hak sahibi, mal paraya çevrildikten sonra oluşan kaybı için teminatın faydasını gören borçludan duruma göre sözleşme, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talepte bulunabilecekti. Bu durumda, onun malını kurtarmaya yönelik önceden yaptığı ödemeye dayalı olarak kanun koyucu tarafından halefiyet sonucu özel olarak öngörülmüştür. Maksat atipik bir durum meydana getirmek değildir, sadece üçüncü kişinin özel rücu hakkı halefiyetle güçlendirilmektedir. Yoksa halefiyet, belirtilen durumlarda, özel rücu hakkının ortaya çıkmasını engelleyen bir ikame oluşturmaz (Açıklamalarımızla aynı doğrultuda halefiyet hallerinin temelinde her zaman bir rücu hakkı olduğu yönünde bkz. Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 110, N. 2; Nomer, **Sigorta**, s. 248). Hatta düşüncemizin yerindeliğini marjinal bir örnekle daha da vurgulayalım. B1 A'ya 10.000 TL borçlu olsun. Daha sonra B2, B1'e sadece borcun yarısı bakımından halef olmak konusunda anlaşarak borcun tamamını ödeyeceğini taahhüt etsin. B1 alacaklı A'ya içerik belirtmeden sadece B2'nin yapacağı ödemenin halefiyet sonucunu doğuracağını bildirsin. İşte burada dışı yansıtılmasa da bir iç ilişkinin varlığı aşikârdır. Nitekim B2 fikir değiştirip A'nın halefi olarak 10.000 TL'nin tamamı için talepte bulunduğu, B1 iç ilişkiyi ileri sürerek 5.000 TL'yi ödemekten kaçınabilmelidir.

¹⁴³⁰ Meier, **Gesamtschuld**, s. 430; Kassler, **a.g.e.**, s. 47; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 15; Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 283; Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 463; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 15.

¹⁴³¹ Yenice, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁴³² Doktrinde bazı yazarlar, müteselsil borçluluk özelinde doğan halefiyetin özel rücu hakkından ayrı bir talep temeli oluşturmayacağı kanaatindedir. Yazarlar, görüşlerini TBK m. 168 f.1'e dayandırmaktadır. Buna göre gerek genel rücu hakkı gerekse de özel rücu hakkı kaynaşmış şekilde tek bir talepte ileri sürülebilecektir (Bkz. bu yönde Dağdelen, **a.g.e.**, s. 188; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1066). Söz konusu görüşe katılmıyoruz. Zira müteselsil borçlulukta, böyle bir ayrık düşüncenin ileri sürülmesini gerektirecek yapısal bir özellik bulunmamaktadır.

¹⁴³³ Doktrinde bazı yazarlar, halefiyetin öngörüldüğü hallerde bunun özel rücu hakkının yerini aldığını ifade etmektedir (Von Büren, **a.g.e.**, s. 99).

Bu görüşe katılmıyoruz. Halefiyet ve özel rücu hakkı birlikte varolabilen ve aynı amaca hizmet eden iki farklı hak sağlamaktadır. Bu iki hakkın birbiriyle ilişkisinde gözden kaçırılmaması gereken diğer bir özellik, yukarıda da belirtildiği üzere, halefiyetin özel rücu hakkına ferîsi olarak bağlılığıdır.

¹⁴³⁴ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Honsell, **a.g.e.**, s. 422; Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 478.

Halefiyet ve özel rücu hakkı birlikte ortaya çıktıklarında, örtüşen kapsamaları bakımından birbirleriyle yarışma halindedir¹⁴³⁵. Dolayısıyla taleplerden birinin ileri sürülerek başarıya ulaştırılması diğerinin de dolaylı olarak sona ermesine yol açar¹⁴³⁶. Sonuçta kanun her iki rücu yolunun da varlığını, bir şekilde birlikte borçlunun diğeri / diğerleri açısından yaptığı fedakârlığın karşılanmasını kolaylaştırmak için kabul etmiştir¹⁴³⁷. Ancak aşağıda da değinileceği üzere belirli durumlarda özel rücu hakkının kapsamı halefiyette daha geniş olabilecektir. Böyle olduğunda, halefiyet yolu üzerinden yapılan rücu talebi, özel rücu hakkını sadece kısmen sona erdirmiş olacaktır. Ne var ki hiçbir zaman halefiyet kapsamında yapılacak talep özel rücu hakkını kapsamını aşamaz¹⁴³⁸. Zira böyle bir düşünce birlikte borçlunun alacaklı sırtından diğer birlikte borçlu(lar) aleyhine zenginleşmesi anlamına gelecektir¹⁴³⁹.

Özel veya genel rücu haklarının birlikte ortaya çıktığı durumlarda, bunların kullanılması bakımından rücu alacaklısı birlikte borçlu, herhangi bir sıraya riayet etmek veya öncelikle bir hakkı kullanıp sonuç alamazsa diğerine başvurmak gibi zorunluluklar altında değildir. O tamamen kendi arzusu dâhilinde dilediği rücu yolundan üzerinde talepte bulunabilecektir¹⁴⁴⁰.

Bunlardan başka, halefiyetin öngörüldüğü birlikte borçluluk ilişkilerinde hangi rücu yoluna başlı başına dayanmanın daha avantajlı olacağı sorusu akla gelebilir. Bu konuda genel bir kural koymak mümkün değildir. Halefiyete dayanan genel rücu, belirtildiği üzere birlikte borçluyu çeşitli ispat¹⁴⁴¹ ve teminat avantajlarından

¹⁴³⁵ Oser / Schöenberger, **ZürKom.**, Art. 110, N. 15; Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Corboz, **Distinction**, s. 70; Nomer, **Rücu Zamanlaşımı**, s. 251. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7050, Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 108.

¹⁴³⁶ Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 467. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 213; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 435; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁴³⁷ Kefalet sözleşmesi özelinde Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 109.

¹⁴³⁸ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 697. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Deschenaux, **Partie II**, s. 136.

¹⁴³⁹ Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Corboz, **Distinction**, s. 70. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 15; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 10; de Biasio, **a.g.e.**, s. 26; Develioğlu, **Garanti**, s. 417; Burak Özen, “Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt II, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011, s. 1445-1481, s. 1461.

¹⁴⁴⁰ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁴⁴¹ Bazı hallerde özel rücu hakkı kanunda bir karine olarak öngörülmüş olabilir, bu durumda halefiyetin tek avantajı teminat haklarının da kullanılabilmesi bakımından olacaktır. TBK m. 167 f.1’de müteselsil borçluluktaki iç ilişki bakımından böyle bir karine öngörülmektedir (Bkz. aşağıda §3, III, B, 5).

faydalandırırken¹⁴⁴², iç ilişkiye dayanan özel rücu hakkı, kapsam olarak daha geniş bir talebe izin veriyor olabilir¹⁴⁴³. Şöyle ki, kefalet sözleşmesinde halefiyete dayanan kefil, asıl borçludan sadece kefalet sözleşmesi kapsamında yaptığı ödeme ve kanunda öngörülen diğer değer kalemleri için bir talepte bulunabilir. Oysa onun asıl borçlusuyla arasında bir vekâlet ilişkisi bulunuyorsa, başkaca yaptığı masraf kalemlerini de talebine dâhil edebilir¹⁴⁴⁴. Örneğin kefalet sözleşmesi noterde yapılmış ve bunun masraflarına veya asıl borçlu menfaatine açılan bir dava masraflarına kefil katlanmışsa, o rücu yolunda bunlar için talepte bulunulabilir¹⁴⁴⁵. Diğer taraftan yapılan masraflar için ayrıca faiz işletilmesi de, yine ancak iç ilişki kapsamında mümkündür¹⁴⁴⁶. Bunların yanında iç ilişkiye dayalı talebin yapılması için mutlaka alacaklının tatmininin sağlanmış olması da şart değildir, gerekli özenin gösterilerek hareket edildiği ancak sonucun oluşmadığı bir kurguda da kefil özel rücu talebinden istifade edebilir. Ayrıca kefil, mevcut durumda kefalet sözleşmesi nedeniyle uğradığı zararı da asıl borçluya aralarındaki iç ilişki kapsamında yansıtabilir. Mesela, kefil kefalet borcunu ödemek için çok yüksek faizli kredi ödemek zorunda kaldıysa, asıl borçlu lehine olarak açılan davada yer aldıysa ya da kefalet borcu yüzünden ekonomik geleceği tehlikeye girdiyse oluşan zararı belli olasılıklarda iç ilişkiye dayalı olarak asıl borçluya yansıtabilecektir¹⁴⁴⁷. Dolayısıyla iki yoldan hangisinin daha büyük bir avantaja sahip olduğu ancak somut koşullar incelendiğinde anlaşılabilir¹⁴⁴⁸. Bununla birlikte, olayların büyük çoğunluğunda halefiyet yolunun daha tatmin edici şekilde sonuç verdiği de söylenebilir¹⁴⁴⁹.

Belirtilmelidir ki, her iki rücu yolunun birlikte yer aldığı ve kapsamlarının da örtüştüğü olasılıklarda, talepte bulunacak birlikte borçlunun yerine getirdiği alacak için önce birine sonra diğerine dayalı olarak iki kez rücuda bulunması söz konusu olamaz. Yalnız iki talebin kapsamları farklıysa, bunların kaynaştırılarak ileri

¹⁴⁴² Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Sbai, **a.g.e.**, s. 148. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 102; Develioğlu, **Garanti**, s. 417; Nisim Franko, “Borçlar Kanununun 109. Maddesine Göre Halefiyet Halleri - II”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1983, Sayı 3, s. 384-391, s. 386; Yenice, **a.g.e.**, s. 67; Özen, **Kefalet**, s. 435; Martin, **a.g.e.**, s. 368; Bourassin / Brémond / Jobard-Bachelier, **a.g.e.**, s. 154.

¹⁴⁴³ Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Sbai, **a.g.e.**, s. 151. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 108; Özen, **Kefalet**, s. 435; Martin, **a.g.e.**, s. 368.

¹⁴⁴⁴ Franko, **Halefiyet II**, s. 386.

¹⁴⁴⁵ de Biasio, **a.g.e.**, s. 32; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 401.

¹⁴⁴⁶ Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 31; Franko, **Halefiyet II**, s. 386.

¹⁴⁴⁷ Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 9; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 108.

¹⁴⁴⁸ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 212-213.

¹⁴⁴⁹ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 109.

sürülmesi mümkündür¹⁴⁵⁰. Aynı şey taleplerin kapsamlarının örtüştüğü hallerde kısmen ileri sürülmeleri bakımından da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda rücu haklarının kısmen birine kısmen diğerine dayanılarak talepte bulunulacaktır. Ancak her bir olasılıkta, üst sınırı özel rücu hakkı çezecektir¹⁴⁵¹. Zira birlikte borçluların kendi aralarındaki ilişkide kararlaştırdıklarının ötesinde bir sonuca kavuşmaları uygun bir çözüm olarak kabul edilemez. Birlikte borçlu, uğradığı maddî kaybın ötesinde bir talepte bulunamaz. Aksinin kabul edilmesi, birlikte borçlunun alacaklının sırtından zenginleşmesine izin verilmesi demektir ki bu da kabul edilebilir bir sonuç değildir¹⁴⁵². Bununla beraber olayların büyük çoğunluğunda, özel rücu hakkının kapsamı daha geniş olacaktır. Zira özellikle taraflar arasındaki bir vekâlet sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu olasılıklarda bu ilişki, yapılan masrafların yanında faiz talebine ve bir zarara uğranılması söz konusu ise bunun için tazminat talebine kapıyı açık bırakmaktadır¹⁴⁵³. Halefiyet yolunda ise, alacaklının konumuna geçilmekte olduğundan yapılabilecek olan talep onunkiyile sınırlı bulunmaktadır.

Özel genel rücu hakları birbirleriyle olan bu ilişkilerinin dışında kendi şartları dâhilinde ileri sürülebilecek ayrı haklar olduğu da vurgulanmalıdır¹⁴⁵⁴, ¹⁴⁵⁵. Bu nedenle bu haklar ayrı hükümlere tabi olarak gündeme getirilebilecektir. Kefalet

¹⁴⁵⁰ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 213.

¹⁴⁵¹ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 212; Özen, **Kefalet**, s. 429; Reinicke / Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, s. 112; Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 31-32; Guhl, **Bürgschaft**, s. 92. Halefiyetin, özel rücu hakkının ferî olduğu dikkate alınacak olursa, bu sonuca varılması doğaldır, sonuçta ferî hak aslının ötesine geçemez, o olmadan varlık bulamaz. Onun varlık sebebi bizzat ve sadece, bağlı bulunduğu asıl hakkı takviye etmektir (Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 15).

¹⁴⁵² Nomer, **Sigorta**, s. 250.

¹⁴⁵³ Ancel, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁴⁵⁴ Cabrillac / Mouly / Cabrillac / Pétel, **a.g.e.**, s. 341; Starck, **a.g.e.**, s. 710. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Scyboz, **a.g.e.**, s. 127; Martin, **a.g.e.**, s. 368. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 149, N. 1a; Corboz, **Distinction**, s. 69-70.

¹⁴⁵⁵ Pichonnaz (**Prescription**, s. 161), -haksız fiilden doğan teselsül halleri özelinde yaptığı incelemede- halefiyet ve özel rücu hakkının bir arada bulunduğu durumlarda oluşan ikiliğin ikna edici bir gerekçelendirmeye dayanamayacağını belirtmektedir. Yazarın görüşüne göre, kapsamı birbirleriyle örtüşen ve farklı zamanlaşımı sürelerinde ileri sürülebilecek iki farklı rücu hakkının kabul edilmesi yerinde olmaz. Dolayısıyla âdeta bu iki yapı kaynaştırılarak tek bir rücu hakkı elde edilmelidir. Bu düşüncenin bir sonucu olarak yazar, tam teselsülde özel rücu hakkının zamanlaşımı süresinin halefiyetten doğan rücu hakkının zamanlaşımı süresine tabi olacağını ileri sürmektedir.

Yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Bir defa birlikte borçluluktaki iç ilişkide esas olanın özel rücu hakkı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Halefiyet mekanizmasının getirilmesinin sebebi, borçluya dış ilişkideki teminatlardan da faydalanabilmesini sağlamaktır. Sonuçta alacaklı ile olan dış ilişki, birlikte borçluların ikinci planda gündeme gelecek iç ilişkisine nazaran çoğu zaman daha iyi dizayn edilmiş olacaktır. Öte yandan söz konusu iki hakkın birbirine kaynaştırılmasını sağlamak ortaya daha da karmaşık sorunlar çıkartabilir. Aslında bu bakış açısı, müteselsil borçlulukta hem genel hem de özel rücu hakkının kanundan doğduğunun kabul edildiği bir olasılıkta pek de haksız değildir. Ne var ki kanaatimiz, müteselsil borçlulukta kanundan doğan bir özel rücu hakkı olmadığı, ilgili kanun hükmünün (TBK m. 167 f.1) sadece bu hakkın varlığına ilişkin bir karine getirdiği yönündedir (Ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda §3, III, B, 5).

sözleşmesinden örneklendirilecek olursa, kefilin asıl borçluya halefiyet yolu üzerinden talepte bulunurken sadece geçerli bir kefalet sözleşmesi olduğunu ve bu sözleşme uyarınca alacaklıyı tatmin ettiğini ortaya koyması gerekli ve yeterlidir. Oysaki kefil asıl borçlu ile aralarındaki vekâlet sözleşmesine dayalı bir özel rücu yolu üzerinden bir talepte bulunacaksa, bu sözleşmeyi, içeriğini ve yaptığı masrafları ortaya koymalıdır. İki rücu hakkının ayrı değerlendirilmesinin, bunların her birinin ayrı zamanaşımı sürelerine tabi olmaları yönünden de önemli bir sonucu olacağı söylenebilir. Nitekim özel rücu hakkı, birlikte borçlular arasındaki ilişkiden doğan taleplerin tabi olduğu zamanaşımına tabi iken, halefiyet dış ilişkideki alacak bakımından söz konusu olan zamanaşımı süresine tabidir¹⁴⁵⁶, ¹⁴⁵⁷.

C. Genel Rücu (*Halefiyet*) Hakkının Sağladığı Özel Avantajlar

Genel rücu hakkı olan halefiyet, bundan faydalanacak olan birlikte borçluya önemli avantajlar sağlamaktadır. Bu avantajlar, ispat ve teminatlar yönündendir¹⁴⁵⁸. İfade bulunan birlikte borçlu bunu gerçekleştirdikten sonra bir defa sadece halefiyete yol veren ilişkinin geçerli olduğunu ispat ederek talepte bulunabilecektir, onun ayrıca diğer borçlu ile arasındaki ilişkiyi ve bundan doğacak alacak hakkının (özel rücu hakkı) kapsamını ispat etmesi gerekmemektedir¹⁴⁵⁹, ¹⁴⁶⁰. Şayet özel rücu hakkının sınırlayıcı bir etkisi bulunuyorsa, talepte bulunan birlikte borçlunun talebinin sınırlandırılmasını isteyecek olan diğer borçlu bunu ortaya koymalı ve ispatlamalıdır¹⁴⁶¹. Kefalet sözleşmesi özelinde bu sonuç, TBK m. 596 f.3'de “[*k*]efil

¹⁴⁵⁶ Nomer, **Sigorta**, s. 252; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 13; Sbai, **a.g.e.**, s. 151.

¹⁴⁵⁷ Bu konuya aşağıda ayrıntılarıyla değinilecektir. Bkz. aşağıda §3, IV.

¹⁴⁵⁸ Mestre, **a.g.e.**, s. 500; Tharwat, **a.g.e.**, s. 25; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 32; Béguelin, **FJS 768**, s. 2; Honsell, **a.g.e.**, s. 422; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 400; Franko, **Halefiyet I**, s. 204; Corboz, **Distinction**, s. 70; Deschenaux, **Partie II**, s. 136; Bourassin / Brémond / Jobard-Bachelier, **a.g.e.**, s. 154; Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 426, N. 39.

¹⁴⁵⁹ Özen, **Kefalet**, s. 426; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 211.

¹⁴⁶⁰ Bazı durumlarda kanun özel rücu hakkının varlığını esas alır, yine bazen içeriğine ilişkin bir karine de kabul etmiş olabilir. Nitekim kefalet sözleşmesinde halefiyete dayalı olarak yapılacak rücu talebinde özel rücu hakkının ispat edilmesine gerek yoktur, talebi geri çevirmek isteyen borçlu bu hakkın var olmadığına dair bir savunma yapabilecektir.

Müteselsil borçlulukta ise, bunun daha da ötesine geçilmiş TBK m. 167 kapsamında hem özel rücu hakkının varlığı hem de içeriği karine olarak kabul edilmiştir. Salt ödemede bulunduğunu ispat eden müteselsil borçlu başkaca bir hususu ispat etmeye gerek kalmaksızın talebini başarıya ulaştırabilecektir (Bkz. Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 9).

Dolayısıyla müteselsil borçlulukta halefiyetin sağlayacağı avantaj teminatlar bakımındandır (Bkz. Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 149, N. 3; Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 10).

¹⁴⁶¹ Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 284.

ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkiden doğan istem ve defiler saklıdır,” hükmüyle açık olarak ifade edilmiştir¹⁴⁶².

Buna karşılık özel rücu hakkının halefiyete oranla daha yüksek bir değer üzerinden talepte bulunulmasını sağlayan bir kapsamı varsa bunun talep edilebilmesi ancak talepte bulunan birlikte borçlunun ispatıyla mümkün olabilecektir. Örnek olarak taraflar arasındaki iç ilişkinin vekâlet olduğu bir olasılıkta, vekilin yaptığı masraflar için faize de ayrıca hak kazanması durumu söz konusu olur¹⁴⁶³. Ne var ki bu talep, halefiyete dayalı rücu yolu üzerinden gündeme getirilemez. Dolayısıyla, talebinin kapsamını bu şekilde genişletmek isteyen birlikte borçlunun aradaki vekâlet veya sair ilişkisini ve kapsamını ispat etmesi gerekmektedir.

Öte yandan halefiyetin birlikte borçluya teminatlar bakımından da önemli bir getirisi bulunmaktadır. Normal şartlarda, özel rücu hakkı bakımından taraflar, bu yol üzerinden ifanın hiç veya gerektiği gibi sağlanamaması bakımından bir teminat öngörmemiş olabilirler. Böyle bir durumda talepte bulunulan birlikte borçlunun kötü ekonomik durumunun olumsuz sonuçlarına ve alacaklıya ifası gerçekleştirilen borcun mali yüküne katlanılması gibi olumsuz bir sonuç ortaya çıkacaktır¹⁴⁶⁴. Birlikte borçluluğun alacaklıyla olan ilişkisinde kararlaştırılan teminatlar, başka bir ilişkiyi temin etmekte olduklarından, borçlular arasındaki iç ilişkide gündeme getirilemez, bunlardan faydalanılamaz¹⁴⁶⁵. Oysaki halefiyetle birlikte bu olumsuz sonuç, -şayet ilk planda alacak bakımından öngörülmüş ve hala mevcutsa- aynî ya da şahsî bir teminatın varlığıyla bir ölçüde bertaraf edilmiş olmaktadır. Böyle bir durumda birlikte borçlunun başvurusu, salt özel rücu hakkının kullanılabilirdiği olasılığa kıyasla daha rahat ve güvenceli olacaktır¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶² Özen, **Kefalet**, s. 429.

¹⁴⁶³ Starck, **a.g.e.**, s. 710.

¹⁴⁶⁴ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 282.

¹⁴⁶⁵ Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Sbai, **a.g.e.**, s. 151.

¹⁴⁶⁶ Reinicke / Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, s. 110. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Dağdelen, **a.g.e.**, s. 187; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 337; Canyürek, **a.g.e.**, s. 131; Sbai, **a.g.e.**, s. 146.

D. Özel Rücu Hakkının Genel Rücu Hakkını (Halefiyeti) Sınırlayıcı Özelliği

Her zaman olmasa da özel rücu hakkının dayandığı ilişki, kanunun öngördüğü genel rücu hakkını (halefiyet) kısıtlayabilir veya tamamen ortadan kaldırabilir¹⁴⁶⁷. İç ilişkinin bu etkisi, istisnai olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle marjinal birkaç örnekle ilkenin getirisini daha belirgin şekilde ortaya koyabiliriz. Kefalet borcu altına giren kefil, asıl borçluluyla olan ilişkisinde ona bağışlamada bulunmak kastıyla alacaklıya bir ödemede bulunmuşsa, daha sonra kanunun kendisine sağladığı halefiyet avantajından faydalanarak asıl borçludan talepte bulunamaz¹⁴⁶⁸. Zira bu durumda iki birlikte borçlu arasındaki ilişki, bağışlama sözleşmesidir, dolayısıyla mali yükü taşınması gereken kişi de ödemede bulunan birlikte borçlunun ta kendisidir. Bundan başka bir örnek bir anonim ortaklığın en büyük pay sahibi ve yöneticisi olan kişinin bir kredi ilişkisinde kendi elde edeceği yararlar için bu ortaklığın borcuna katıldığı bir olasılıkta verilebilir. Pay sahibi ödemede bulunduktan sonra dönüp ortaklığa halefiyet temeli üzerinden tamamıyla rücu edemeyecektir. Zira bu durumda krediyle elde edilen yarar salt ortaklığın kendisine yönelik olmayıp doğrudan pay sahibini de (*in rem suam*) etkilemektedir¹⁴⁶⁹. Bu anlamda ortaklıkla olan büyük pay sahipliği ve yöneticilik ilişkisi çerçevesinde özel rücu talebinin temelindeki iç ilişki halefiyete dayalı genel rücu hakkını engelleyici etkiye sahip bulunmaktadır. Zira böyle bir durumda borç ekonomik açıdan borca katılana ait bulunmaktadır.

Bundan başka bazı durumlarda özel rücu hakkı halefiyetin hükümlerini doğurması anını geciktirebilir. Normal şartlarda, kanunda öngörüldüğü bir birlikte borçluluk türlerinde halefiyet sonucu alacaklının tatmin edilmesiyle kendiliğinden gerçekleşir¹⁴⁷⁰. Ne var ki eğer birlikte borçlular arasındaki iç ilişkide özel rücu hakkının belirli bir şartın gerçekleşmesiyle doğacağı yahut belirli bir vade tarihinde

¹⁴⁶⁷ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Scyboz, **a.g.e.**, s. 134; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 696. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Deschenaux, **Partie II**, s. 136.

¹⁴⁶⁸ Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 7; Gillieron, **a.g.e.**, s. 160; Özen, **Kefalet**, s. 428; Özen, **Özel Rücu**, s. 1465; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 810.

¹⁴⁶⁹ Guhl, **Bürgschaft**, s. 92; Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 281; Özen, **Kefalet**, s. 92; Özen, **Özel Rücu**, s. 1464.

¹⁴⁷⁰ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 94.

muaccel olacağı kararlaştırılmışsa bu durumda onun ferîsi olan halefiyete dayalı talep de şartın gerçekleştiği veya vadenin dolacağı ana kadar ötelenir¹⁴⁷¹.

Böylece birlikte borçlular arasındaki iç ilişkinin önemi ve taraflar üzerindeki bağlayıcı etkisi ortaya koyulmalıdır. Eğer taraflar arasındaki ilişki, özel rücu hakkının kullanılmasını sınırlıyorsa, böyle bir durumda onun ferîsi ve takviyecisi konumundaki halefiyetin de aslında gerçekleşmesine gerek de bulunmamaktadır¹⁴⁷². Zira halefiyet, özel rücu hakkının sadece ve ancak bir yardımcısı konumundadır. Ayrıca borçlar hukuku alanında esas olan sözleşme serbestisi olduğundan kanunun da bunun ötesinde taraf iradesine aykırı sonuçları tasarlaması uygun görülmez¹⁴⁷³. Öyle ki sınırlayıcı etkinin söz konusu olması gereken durumlarda, bir birlikte borçlunun kalkıp da halefiyete dayanması hakkın kötüye kullanılması olarak da değerlendirilebilir¹⁴⁷⁴.

Özel rücu hakkı hiç doğmamışsa, halefiyet de söz konusu olmaz. Nitekim kanunda bu husus bazen açıkça vurgulanmıştır¹⁴⁷⁵ (bkz. TBK m. 85, m. 168 ve m. 596 f.3). Birlikte borçluluk türlerinden müteselsil borçlulukta söz konusu sonuç şöyle örneklendirilebilir: Alacaklı A'nın karşısında bulunan müteselsil borçlulardan B1, B2 ve B3'ten B1 alacaklının rızası dâhilinde sadece iç ilişkide kendi üzerine düşen paya ilişkin bir ifade bulunduysa onun bir rücu hakkı söz konusu olmaz. Dolayısıyla halefiyet sonucu da meydana gelmez¹⁴⁷⁶. Diğer taraftan özel rücu hakkı bazı hallerde birlikte borçlunun belirli şartları yerine getirmemesi nedeniyle kullanılamaz olabilir. Şöyle ki, müteselsil borçlulukta ortak savunma sebeplerinin ileri sürülmemesi¹⁴⁷⁷ (TBK m. 164 f.2) ve kefalet sözleşmesinde kefil tarafından kusurlu biçimde asıl borç ilişkisinden doğan savunmaların yapılmaması (TBK m. 591 f.3 c.2), her bir borçluluk ilişkisinde, bunları ihmal eden birlikte borçlu açısından bir özel rücu yolu engeli

¹⁴⁷¹ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 94. Bu durum alacaklının erken olarak gerçekleştirilen bir ifa ile tatmin edilmesinden farklıdır. Orada halefiyet sonucu, alacaklı ile olan dış ilişkideki bir modalite yüzünden ertelenmektedir. Burada ise aynı sonuç borçluların bizzat kendi aralarındaki iç ilişkiden ileri gelmektedir.

Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 32; Özen, **Kefalet**, s. 430.

¹⁴⁷² Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 2; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 149, N. 2; Bugnon, **Action récursoire**, s. 90 vd.; Nomer, **Sigorta**, s. 250; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 400.

¹⁴⁷³ Reinicke / Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, s. 112.

¹⁴⁷⁴ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 429; Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 32.

¹⁴⁷⁵ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 2; Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 283.

¹⁴⁷⁶ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 74.

¹⁴⁷⁷ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 2.

meydana getirmektedir¹⁴⁷⁸. Bu rücu engeli, ihmal edilen savunmanın niteliğine göre geçici veya kesin, kısmi veya bütünsel olabilir¹⁴⁷⁹. Söz konusu rücu engelinin varlığı ve niteliği, halefiyetin doğumunu da doğrudan etkiler, özel rücu hakkı ne konumda bulunuyorsa, halefiyet de aynı konumda bulunur¹⁴⁸⁰. Şöyle ki, birlikte borçlular arasındaki iç ilişki çerçevesinde ileri sürülebilecek rücu hakkının ileri sürülebilmesi bir şart ya da vadeye bağlanmışsa, onun ferîsi olarak gündeme getirilebilecek olan halefiyete dayalı genel rücu yolu da vade doluncaya veya şart gerçekleşinceye kadar donar¹⁴⁸¹. Buna karşılık, bir kefilin asıl borç ilişkisinde söz konusu olacak –ve ileri sürmesi gereken- sürekli bir defiyi ileri sürmeyi kusuruyla ihmal etmesi durumunda, özel rücu hakkına başvuru da kesin olarak engellenmiş olacaktır, bu durumda halefiyetten de hiçbir suretle yararlanılamaz.

Son olarak özel rücu engeli yaratan bir diğer hal, yine gerek müteselsil borçlulukta gerekse de kefalet sözleşmesinde (açık olarak TBK m. 597 f.2 ve f.3) alacaklının tatmin edilmesi akabinde diğer birlikte borçlulara haber verilmemesi ve bu suretle ikinci kez ifa sonucuna yol açılmasıdır. Bu durumda bildirimde bulunmayan birlikte borçlu rücu hakkını ve dolayısıyla halefiyet avantajını da kaybeder. Onun elindeki tek imkân iki kez ödeme suretiyle sebepsiz zenginleşen alacaklıya bir talep yöneltmek olacaktır¹⁴⁸². İşbu hüküm, açık bir düzenlemenin bulunmadığı müteselsil borçlulukta da kıyasen uygulama alanı bulmaktadır¹⁴⁸³.

İç ilişkideki özel durumun halefiyete engel olması, bunu iddia eden birlikte borçlu tarafından ispat edilmek gerekecektir. Yoksa halefiyete dayalı rücu talebinde bulunan birlikte borçlu, buna bir engel olmadığını ilk planda ispat etmek zorunda değildir¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁷⁸ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 75 / 82.

¹⁴⁷⁹ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 50-53; Özen, **Kefalet**, s. 498-499; de Biasio, **a.g.e.**, s. 107.

¹⁴⁸⁰ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 2; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 75.

¹⁴⁸¹ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 213.

¹⁴⁸² Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 76 / 83. Kefalet sözleşmesi özelinde açıklamalar için bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 508, N. 5; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 508, N. 3; Özen, **Kefalet**, s. 417; Develioğlu, **Garanti**, s. 331.

¹⁴⁸³ Sbai, **a.g.e.**, s. 145-146.

¹⁴⁸⁴ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 212; Özen, **Kefalet**, s. 433; de Biasio, **a.g.e.**, s. 24; Reinicke / Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, s. 114.

E. “*Nemo Subrogat Contra Se*” (Alacaklı Zararına Halefiyet Olmaz) İlkesi

Borçlulardan biri alacaklıyı tatmin ettikten sonra söz konusu olan halefiyet, alacak ilişkisini onun açısından devam ettirerek rücu eden borçlunun durumunu kuvvetlendirir. Ancak bu esnada alacaklının var olan durumu, halefiyet nedeniyle asla ağırlaşmamalıdır¹⁴⁸⁵. Bir başka ifadeyle alacaklı, alacağın halefiyet olmaksızın sona ermesi söz konusu olduğunda içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmemelidir¹⁴⁸⁶. Zira bu borç ilişkisi içinde öncelikle menfaati korunması gereken kişi odur, halefiyet ise borçlunun durumunu temin etmek için kanun tarafından öngörülmuş özel ek bir mekanizmadır¹⁴⁸⁷. Dolayısıyla onun “farazi iradesi” böyle bir sonucun oluşmasına engel oluşturmaktadır¹⁴⁸⁸. Sonuçta olağan bir kurguda alacaklı, kendi menfaatleri aleyhine bir başkasının menfaatini ön planda tutarak halef olmasına göz yummayacaktır¹⁴⁸⁹. Öte yandan borçlunun alacaklı zararına hareket etmek istemesi, ilk planda alacaklıya birlikte borçlu sıfatıyla güvence vermesi olgusu ile çelişeceği için kabul edilemez. Kaldı ki böyle bir sonuç hakkaniyete de uygun olmaz¹⁴⁹⁰. İşte tüm bu sebeplerle, halefiyetin öngörüldüğü durumlarda hâkim olan temel ilke, Latince “*Nemo subrogat contra se,*” veya “*Nemo*

¹⁴⁸⁵ Bugnon, **Action récursoire**, s. 31; Mestre, **a.g.e.**, s. 627; Kassler, **a.g.e.**, s. 47; Selb, **a.g.e.**, s. 116; Sbai, **a.g.e.**, s. 150; Koller, **a.g.e.**, s. 1224; Becker, **BerKom.**, Art. 149, N.4; Bucher, **a.g.e.**, s. 498; Deschenaux, **Partie II**, s. 137; Braconi / Carron / Scyboz, **a.g.e.**, s. 101; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 166; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 467; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 812; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 321.

¹⁴⁸⁶ Mestre, **a.g.e.**, s. 630; Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 20; Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 77; Scyboz, **a.g.e.**, s. 133; Özen, **Kefalet**, s. 473; Franko, **Halefiyet II**, s. 385.

¹⁴⁸⁷ Öte yandan bu ilkeyi ve alacaklının menfaatinin üstün tutulmasını adaletsiz bulan bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, alacaklı ve halef olan borçlu aynı alacak hakkının değişik kısımlarından faydalanmaktadır. Dolayısıyla bu iki kişiden birinin diğerine göre öncelikli olmasını gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır. Kaldı ki alacaklı kısmi ifayı kabul etmeyerek bu sonucun gerçekleşmesini de engelleyebilirdi, bu durumda teminatlardan doğrudan ve tek başına faydalanabilirdi (Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. de Biasio, **a.g.e.**, s. 88).

Bu düşünceye tam olarak katılmıyoruz. Zira anılan görüş, halefiyetle sağlanan varsayımı, halefiyetin amacını göz ardı ederek çok geniş yorumlamaktadır. Sonuçta halefiyetin bazı birlikte borçluluk türleri bakımından öngörülmesinin temelinde bu ilişkilerde birlikte borçlunun rücu yolunda daha iyi korunması amacı bulunmaktadır. Ancak birlikte borçlu zaten kendi borcunu yerine getiren bir kişidir. Özellikle dış ilişkide öngörülen teminatlar, yukarıda belirttiğimiz üzere öncelikli olarak alacaklının menfaati düşünülerek sağlanmıştır. Dolayısıyla onun teminatlar bakımından öncelikli olması doğaldır (Benzer yönde bir düşünce için bkz. Tharwat, **a.g.e.**, s. 192).

¹⁴⁸⁸ Mestre, **a.g.e.**, s. 627.

¹⁴⁸⁹ Mestre, **a.g.e.**, s. 627; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 166; Gautschi, **a.g.e.**, s. 94.

¹⁴⁹⁰ Bugnon, **Action récursoire**, s. 31; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7064; Starck, **a.g.e.**, s. 710; Mestre, **a.g.e.**, s. 629.

contra se subrogasse censetur,” belitleri ile de anılan “Alacaklı zararına halefiyet olmaz,” ilkesidir¹⁴⁹¹, ¹⁴⁹².

Alacaklının tatmin edilmesi kısmi olarak gerçekleştiğinde ilkenin önemi anlaşılır¹⁴⁹³. Alacaklı kural olarak böyle bir ifa teklifini kabul etmek zorunda değildir (TBK m. 84). Ama tabiidir ki alacaklı bunu rızasıyla kabul etme yoluna gidebilir¹⁴⁹⁴. Hatta alacaklı başlangıçta ifanın kısım kısım yapılmasını kabul etmiş bile olabilir¹⁴⁹⁵.

Ayrıca istisnai bazı durumlarda alacaklı kısmi ifayı kabule zorunlu da tutulabilir. Buna örnek olarak kıymetli evraktan kaynaklanan bir borcun ifasında söz konusu olan TTK m.709 f.1 kuralı gösterilebilir. Diğer bir örnek kefalet hukukundan verilebilir. Birden fazla kişinin kefil olduğu durumda alacaklı kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi reddedemez¹⁴⁹⁶ (TBK m. 593 f.2). Öte yandan alacaklının kısmen gerçekleşecek tatmine razı olması takas hakkının kullanılması neticesinde söz konusu olabilir. Zira kısmi olarak etki doğuracak bir takas hakkı bakımından kanun alacaklıya bunu bertaraf edebilecek bir imkânı sunmamıştır¹⁴⁹⁷. Son olarak kısmi ifayı kabul zorunluluğu, dürüstlük kuralından ileri gelebilir. Ancak böyle bir olasılık daha da istisnaidir¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹¹ İlkenin uygulama bulduğu İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 25 II 945; BGE 60 II 178; BGE 96 II 355.

¹⁴⁹² Bu ilkenin varlığı, kısmi ifa bakımından, Fransız Hukukunda açık ve genel nitelikte bir kanun hükmüyle (Fr MK m. 1252) kabul edilmektedir (Hükümle ilgili açıklamalar için bkz. Mestre, **a.g.e.**, s. 625; Tharwat, **a.g.e.**, s. 189; Ancel, **a.g.e.**, s. 53; Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1362; Mainguy / Respaud, **a.g.e.**, s. 386; Bénabent, **a.g.e.**, s. 543; Buffelan-Lanore / Larribeau-Teneyre, **a.g.e.**, s.156; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 348-349; Haillecourt, **a.g.e.**, s. 94).

Alman Hukukunda müteselsil borçluluğa ilişkin BGB §426 f.2 c.2 ve kefalet sözleşmesine ilişkin BGB §774 bu konuda hüküm getirmekte ve alacaklı aleyhine halefiyetin gerçekleşmeyeceğini belirtmektedir (Bkz. Selb, **a.g.e.**, s. 116; von Prollius, **a.g.e.**, s. 41; Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 426, N. 47-48; Haillecourt, **a.g.e.**, s. 95).

Söz konusu ilkeye -müteselsil borçluluğu düzenleyen hükümler özelinde- PECL Art. 10:106 (2), DFCR Art. III - 4:107:(1) ve Art. 11.1.11 (2) UNIDROIT Principles 2010 kapsamında da yer verilmektedir (Rouiller, **a.g.e.**, 60; von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 986; Fontaine, **New Provisions**, s. 557; Art. 11.1.11 Comment 2, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 384-385).

Aynı şekilde bağımlı teminatları (kefalet) düzenleme altına alan PEL Pers. Sec. hükümlerinde de, Art. 2:113:(2) kapsamında söz konusu ilke varlık bulmaktadır (Bkz. Drobnig, **a.g.e.**, s. 305).

¹⁴⁹³ Bugnon, **Action récursoire**, s. 29; Scyboz, **a.g.e.**, s. 133; Deschenaux, **Partie II**, s. 8; Bénabent, **a.g.e.**, s. 543; Özen, **Kefalet**, s. 474.

¹⁴⁹⁴ Hohl, **CoRo.**, Art. 69, N. 4.

¹⁴⁹⁵ Hohl, **CoRo.**, Art. 69, N. 5.

¹⁴⁹⁶ Barlas, **Yenilikler**, s. 225.

¹⁴⁹⁷ Kefalet sözleşmesi özelinde Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 286; Scyboz, **a.g.e.**, s. 133; Develioğlu, **Garanti**, s. 413.

¹⁴⁹⁸ Hohl, **CoRo.**, Art. 69, N. 5.

Ya da bunların da ötesinde birlikte borçlu alacağın yalnızca bir kısmından sorumlu kılınmış olabilir, bu durumda da doğal olarak “kısmi” özellik gösteren bir tam ifa söz konusu olacaktır. Örnek olarak kefil, asıl borcun sadece bir kısmı bakımından teminat verdiği ve buna istinaden tüm kefalet borcuna ilişkin ödemede bulunduğu, kısmi ödeme yapmadığı halde, halefiyetten öncelikle alacaklının yararlanmasına razı olmak zorundadır¹⁴⁹⁹.

Bunlardan başka, (müteselsil) birlikte borçlu sahip olduğu kişisel savunması neticesinde borcun sadece belirli bir miktarını yerine getirmekle yükümlü olduğunda da yine aynı husus gündeme gelecektir¹⁵⁰⁰.

İşte anılan durumlardan herhangi biri gerçekleştiğinde, alacak ikiye bölünecek, ifada bulunan borçlu kısmen halefiyet avantajından yararlanırken, alacaklı da alacağının geri kalanını tatmin için başka çareler arayacaktır¹⁵⁰¹. Alacağı temin eden aynî veya kişisel teminatlar, bu bağlamda ilk olarak başvurulacak hukukî çarelerdir. Bu durumda, alacaklıya borcun sadece bir kısmını ödemekle yükümlü olan birlikte borçlu, borcun ödemede bulunduğu kısmı için diğerlerine (halefiyet yolu üzerinden) rücu ederken, alacaklının kalan alacağı bakımından olan talebi bu ilkinin göre öncelikli olarak gözetilmektedir¹⁵⁰².

Söz konusu ilke çerçevesinde alacaklının, iki nokta bakımından öncelikli olacağı kabul edilmektedir¹⁵⁰³.

Bunlardan birincisi alacaklının alacağının kalan kısmını elde etmeye yönelik takibinin, halef birlikte borçlunun rücu alacağına yönelik takibine göre öncelikli olmasıdır. Şöyle ki birlikte borçlunun kişisel malvarlığı değerleri bakımından, hem alacaklı hem de birlikte borçlu tarafından bir takip başlatılabilir. Bu takip sonucunda birlikte borçlunun malvarlığı, her iki alacağı da karşılayabilecek durumda ise zaten böyle bir sorun hiçbir şekilde söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık başvuruda

¹⁴⁹⁹ Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 13; Deschenaux, **Partie II**, s. 8; Develioğlu, **Garanti**, s. 413; Starck, **a.g.e.**, s. 710.

¹⁵⁰⁰ Bugnon, **Action récursoire**, s. 29.

¹⁵⁰¹ Bénabent, **a.g.e.**, s. 543; Franko, **Halefiyet II**, s. 385. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 285.

¹⁵⁰² Bugnon, **Action récursoire**, s. 30; Bucher, **a.g.e.**, s. 498; Bénabent, **a.g.e.**, s. 543; Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 77; Koller, **a.g.e.**, s. 1225; Becker, **BerKom.**, Art. 149, N.4; Reinicke / Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, s. 118; Selb, **a.g.e.**, s. 116; Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 426, N. 47.

¹⁵⁰³ Özen, **Kefalet**, s. 478.

bulunulan birlikte borçlunun malvarlığı her iki alacak tutarının tamamını karşılamaya elverişli değilse, elde edilen değerden öncelikle alacaklı faydalandırılmalıdır. Ancak bundan sonra halef birlikte borçlu da geri kalan değerden istifade edebilecektir. Yoksa alacaklı ve halef birlikte borçlu, başvuru neticesinde elde edilen değerlerden alacaklarının değeri oranında orantılı olarak istifade edememelidir¹⁵⁰⁴. Bir örnek üzerinden somutlaştıralım. A'ya karşı B1 ve B2 müteselsilen 2.000 TL için borçlu olsunlar. B1 1600 TL için ödemedede bulunduğu alacaklının mevcut alacak hakkından geriye 400 TL kalacaktır. Öte yandan B1, B2'ye payını aşan 600 TL için halefiyet yoluyla başvuruda bulunabilecektir. İşte eğer B2'nin malvarlığında toplam 700 TL değer bulunuyorsa, alacaklı ve birlikte borçlunun yaptıkları takipte, alacağını öncelikle elde edecek olan kişi A olacaktır. B1 ise ancak geriye kalan 300 TL'den faydalanabilecektir. Hâlbuki normal şartlarda birlikte takip yapan iki alacaklı elde edilen malvarlığını değerini 2/3 oranında garamaten paylaşmaları gerekirdi.

İkinci olarak, aynı hususun teminatların paraya çevrilmesi yoluyla yapılacak takip bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Alacaklı teminatları paraya çevirme konusunda da önceliklidir. Belirtildiği gibi borç ilişkisinde deyim yerindeyse başrolde olan kişi alacaklı olduğu için, borçlunun ifada bulundu diye onu gölgede bırakmaması gerekir¹⁵⁰⁵. Böyle bir sonuç hakkaniyetli olmaz¹⁵⁰⁶. Şayet teminatlar, hem alacaklıyı hem de ifada bulunan borçluyu tatmin edebilecek durumdaysa herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Aksi durumunda ise, alacaklının halef borçluya göre bir rüçhan (öncelik) hakkının olduğu kabul edilmesi gerekmektedir¹⁵⁰⁷, ¹⁵⁰⁸. Halef borçlu, kısmen eline geçen teminatı alacaklı zararına ileri süremez. Örneğin bir rehin hakkı söz konusu ise, rehlin paraya çevrilmesi suretiyle elde edilecek olan tutar

¹⁵⁰⁴ Özen, **Kefalet**, s. 478.

¹⁵⁰⁵ Özen, **Kefalet**, s. 479.

¹⁵⁰⁶ Bugnon, **Action récursoire**, s. 31; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 166.

¹⁵⁰⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 13; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 7; Scyboz, **a.g.e.**, s. 133; Özen, **Kefalet**, s. 479; de Biasio, **a.g.e.**, s. 89; Develioğlu, **Garanti**, s. 413; Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 288; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 166; Reşat Atabek, "Sigorta ve Sosyal Sigortada Halefiyet ve Rücu", **İş Hukuku Dergisi**, 1969, C. I, Sayı 3, s. 226-296, s. 245; Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 415; Eren, **a.g.e.**, s. 1213.

Bilge (**Kefilin Halefiyeti**, s. 288), İİK m. 204'te "*Nemo subrogat contra se*" ilkesinin bir yansımasının görülebileceğini ifade etmektedir. Söz konusu hükme göre "[a]lacaklı müflise birlikte borçlu olandan alacağının bir kısmını almış ise müşterek borçlunun müflise rücu hakkı olsun olmasın, borcun tamamı masaya kaydolunur. Alacaklı masaca yapılan taksimde alacağının tamamına düşen hisseden alacağını tamamlayacak kadarını alır; geri kalan paradan müşterek borçluya rücu hakkı olduğu miktara düşen hisse verilir." (Benzer yönde bir görüş için bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 321).

¹⁵⁰⁸ Hatta böyle bir durumda, kısmi ifa ile birlikte, alacaklı ve halef borçlu lehine iki farklı teminat hakkının oluştuğu da söylenebilir. Alacaklının teminatı daha ön sırada olacaktır (Bkz. Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 20).

öncelikle alacaklının tatmin edilmesi için kullanılacaktır. Borçlu ancak geriye bir şey kalırsa bunu rücu talebi bakımından kullanabilecektir. Ne var ki bu ilkenin kanunda genel kural olarak doğrudan bir yansıması bulunmamaktadır.

Öte yandan belirtilen ilke, bu iki özel görünüm biçimini de kapsar şekilde olmasa da, kanunun belli maddelerinde açık olarak görülmekte ve cisimleşmektedir (*expressis verbis*). Bunlardan TBK m. 596, kısmi ifa halinde alacaklının kendisini kısmen tatmin etmiş olan kefile teminatlardan faydalanılması bakımından öncelikli olduğunu açıkça belirtilmektedir¹⁵⁰⁹. Yine İİK m. 204'te iflas masası tarafından yapılan paylaştırmada alacaklının diğer birlikte borçlulara göre öncelikli olduğu kabul edilmektedir.

Bu maddelerin hepsi nazara alınarak bir toplu (hukukî) kıyas yapılırsa, bu ilkenin yansıması genel bir kuralın hukukumuzda da –özellikle teminat hakları bakımından- tüm halefiyet halleri bakımından kabul edilebileceği sonucuna varılabilir¹⁵¹⁰. Yalnız belirtilmelidir ki bu kural ile yalnızca alacaklının haleflere göre (birkaç kişi varsa) öncelikli olduğu sonucuna varılabilir, yoksa halefler arasında da zamana göre bir önceliklilik ilişkisi kurulamaz.

Yalnız şu hususun altı çizilmelidir, anılan ilke alacaklının sadece birlikte borçluluk bakımından olan alacağı bakımından uygulama alanı bulur. Bunun ötesinde, söz konusu alacak bakımından tatmin edilen alacaklının, bu alacak bakımından güvence teşkil eden rehin hakları bakımından bir öncelikli faydalanma hakkının olacağından söz edilemez. Bu durum, aynı rehin hakkı hem birlikte borçluların borçlarının konusunu oluşturan alacağı hem de alacaklının başka sair alacaklarını teminat aldığı anda gündeme gelir. Alacaklının zararına halefiyet olmaz ilkesi, yalnızca birlikte borçluluk konusu alacak bakımından, dış ilişkinin iç ilişkiye olan üstünlüğüne işaret eder. Yoksa alacaklı, borçlular karşısında her anlamıyla kutsanması gereken üstün bir kişi değildir¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁹ Sbai, **a.g.e.**, s. 150; Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 13; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 7; Scyboz, **a.g.e.**, s. 133; de Biasio, **a.g.e.**, s. 89; Tharwat, **a.g.e.**, s. 189.

¹⁵¹⁰ Bkz. aynı yönde Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 166.

¹⁵¹¹ Bkz. bu yönde Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 289.

Diğer taraftan birlikte borçlular alacaklıyla başlangıçta anlaşarak aksi yönde bir anlaşma yapabilir ve teminat haklarından kimin ne ölçüde yararlanabileceğine karar verebilirler¹⁵¹². Buna da herhangi bir engel bulunmamaktadır. Sonuçta belirtilen ilkenin getirisi kamu düzeniyle alakalı değildir¹⁵¹³. Alacaklı, dış ilişkideki hakları üzerinde istediği gibi tasarruf edebilecektir. Böyle bir anlaşma dâhilinde, kısmi ifayı gerçekleştiren birlikte borçlu alacaklıyla aynı seviyede alacağa bağlı teminat haklarından faydalanabilir¹⁵¹⁴. Hatta bunun da ötesinde alacaklının kendisini ikinci derecede bir konuma yerleştirmesi, kısmi ifayı gerçekleştiren birlikte borçluya öncelik tanınması bile mümkündür¹⁵¹⁵.

Son olarak akla gelebilecek bir soru, farklı zamanlarda alacağın değişik kısımları bakımından kısmi ifalarda bulunmuş ve rücu hakkına sahip olan birlikte borçlulardan herhangi birinin diğerine göre bir öncelik hakkı olup olmayacağı noktasındadır. Bu konuda ifade öncelik bir önem taşımaz. Sonuçta birlikte borçlulardan herhangi biri, sırf üzerine düşen ifayı daha önce gerçekleştirdi diye bir öncelik hakkına sahip olamaz¹⁵¹⁶. Onun menfaat durumu alacaklınınkinden farklıdır. Öte yandan son olarak ifade bulunan borçlunun alacaklıdan halefiyet yoluyla öncelik hakkını da devraldığı söylenemez. Bir defa, öncelik hakkı alacaklının şahsını doğrudan ilgilendirdiği için zaten devredilemez. Kaldı ki son olarak ifade bulunmuş olan birlikte borçluya böyle bir hakkın tanınması adaletli de olmaz¹⁵¹⁷. Birlikte borçlu konumunda olmayan herhangi başka bir üçüncü kişinin gerçekleştireceği ifa neticesinde halef olması bakımından da aynı sonuca ulaşmak gereklidir. Her iki kısmi halef de birbirlerine herhangi bir öncelikleri olmadan, alacaklıyı tatmin ettikleri oranda teminatlardan faydalanabilecektir¹⁵¹⁸.

Bu bağlamda ortaya çıkabilecek diğer bir olasılık da, kısmi ifade bulunan ve rücu hakkına sahip olan birlikte borçludan sonra rücu hakkına sahip olmayan birlikte borçlunun borcun kalan kısmı için gerekli ödemeyi gerçekleştirmiş olmasıdır. Alacaklının tam olarak tatmin edilmesinden sonraki durumda, artık alacaklının öncelikli olarak kullanabileceği bir rehin hakkı bulunmamakta, öte yandan diğer

¹⁵¹² Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 76.

¹⁵¹³ Starck, **a.g.e.**, s. 710; Buffelan-Lanore / Larribeau-Teneyre, **a.g.e.**, s. 156.

¹⁵¹⁴ Tharwat, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁵¹⁵ Tharwat, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁵¹⁶ Mestre, **a.g.e.**, s. 635-636.

¹⁵¹⁷ Bu konuda ileri sürülen farklı görüşler için bkz. Tharwat, **a.g.e.**, s. 194-195; Mestre, **a.g.e.**, s. 636 vd.

¹⁵¹⁸ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 82.

birlikte borçlu da halef olmadığı için ona da herhangi bir rehin hakkı tanınmamaktadır. Dolayısıyla, halef birlikte borçlu tek başına rehin hakkından istifade edebilecektir. Böyle bir olasılık kefilin yaptığı kısmi ödemeyi takiben asıl borçlunun kalan borç kısmı için ödemede bulunduğu durumda söz konusu olabilir¹⁵¹⁹.

F. Rücu Haklarına İlişkin Anlaşmalar

Birlikte borçlular dilerlerse, rücu haklarının kapsamını daraltan veya genişleten anlaşmalar yapabilirler, bu tarzda anlaşmaların yapılmasına kural olarak bir engel bulunmamaktadır. Söz konusu anlaşmalar, gerek genel rücu¹⁵²⁰ gerekse de özel rücu hakkına ilişkin olabilecektir.

Örnek olarak müteselsil borçlulukta borçlular, sadece özel rücu yoluna başvuracakları, buna karşılık kesin olarak halefiyetten yararlanmayacakları konusunda bir anlaşma akdedebilirler¹⁵²¹. Müteselsil borçlulukta halefiyete ilişkin TBK m. 168 kuralı emredici bir mahiyet taşımamaktadır¹⁵²². Bu durumda müteselsil borçlulardan her biri payından fazlası için yaptığı ifa için diğerlerine ancak özel yoldan rücu edebilecek, ne var ki halefiyet avantajından faydalanamayacaktır. Yine müteselsil borçluların, alacaklının seçeceği borçlunun ifa yükünü yükleneyeceği ve iç ilişkide hiçbir şekilde diğerlerine başvuruda bulunmayacağını kararlaştırmaları da mümkündür. Bu son verdiğimiz örnekte, müteselsil borçlular alacaklının seçimine bağlı olarak bir riski üzerlerine almış olurlar. Dikkat edilmesi gereken önemli nokta, özel rücu yoluna ilişkin olarak yapılan bir anlaşmanın dolaylı olarak halefiyet yolunu da etkilemesi, kendisiyle beraber onu da bertaraf etmesidir. Zira belirtildiği üzere halefiyet, özel rücu hakkının bir ferîsini teşkil eder ve onun tabi olduğu kısıtlamalardan etkilenir. Sonuç olarak, genel rücu yolundan vazgeçilmesi halinde hala özel rücu yoluna gidilebilmesine bir engel bulunmazken, aksi önerme geçerli değildir. Yani özel rücu yolunun tıkanması, genel rücu yolunu etkiler. Benzer sonuçlar, halefiyetin öngörüldüğü bölünemeyen borçluluk bakımından da dile getirilebilir.

¹⁵¹⁹ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 82.

¹⁵²⁰ Halefiyete ilişkin kuralların genel olarak emredici nitelikte olmadığına ilişkin olarak bkz. Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 24.

¹⁵²¹ Weiss, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁵²² Weiss, **a.g.e.**, s. 141; Eren, **a.g.e.**, s. 1212.

Diğer taraftan, kefalet hukukunda halefiyetin kısıtlanması ile ilgili olarak yapılacak açıklamalar farklılık gösterir. Zira kefilin halefiyet sonucundan önceden vazgeçmesi geçerli değildir¹⁵²³. Bu sonuç kefalet hükümlerini kefil bakımından nispi emredici niteliğe büründüren TBK m. 582 f.3 hükmünden çıkartılır¹⁵²⁴. Dolayısıyla alacaklı ve kefil arasında yapılacak bu türden bir anlaşmanın kaderi kesin hükümsüzlük olacaktır.

Bununla birlikte, kefil ve borçlu arasındaki özel rücu ilişkisinin farklılaştırılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkündür. Böyle bir düzenleme TBK m. 582 f.3'ün etki alanı dışındadır, zira kefalet sözleşmesi dışındaki bir ilişkiyi ilgilendirmektedir¹⁵²⁵. Önceki paragraflarda, özel rücu ilişkisini kısıtlayan anlaşmalar bakımından yaptığımız yaklaşım, yani halefiyet avantajının da onunla birlikte ortadan kalkması burada da geçerli bir sonuç olacaktır. Sonuçta, kefil asıl borçluya sadece kefalet ödemesini yaptığını ispat etmek suretiyle genel rücu yolu üzerinden başvurduğunda, asıl borçlu ona TBK m. 596 f.3 çerçevesinde aralarındaki özel ilişkiye dayalı savunmalarda bulunabilecektir. İşte özel rücu hakkı yolunun blokajı da bu yönde bir savunma oluşturacak ve ferîsi halefiyete başvurulmasına da engel olacaktır¹⁵²⁶. Yalnız asıl borçlu ile kefil arasında yapılmış ve halefiyeti engelleyen bu türden bir anlaşma, sadece ve özellikle alacaklı yararı için TBK m. 596 hükmü dolanılmak amacıyla yapılıyorsa durum farklıdır. Böyle bir durumda

¹⁵²³ Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 5; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 8; Develioğlu, **Garanti**, s. 411; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 789; Erlüle, **a.g.e.**, s. 644; Tekinay, **Mukayese**, s. 750; Başar, **a.g.e.**, s. 29.

¹⁵²⁴ Scyboz, **a.g.e.**, s. 41; Martin, **a.g.e.**, s. 369.

¹⁵²⁵ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁵²⁶ Özen, **Kefalet**, s. 431; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 216; Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 499; Guhl, **Bürgschaft**, s. 92.

Aksi yönde görüş için bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 9; de Biasio, **a.g.e.**, s. 11; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 112; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 405. Yazarlar, halefiyet yolundan önceden feragat edilmesinin önüne geçen TBK m. 582 f.3'ün (Eski düzenleme (bkz. EBK m. 496) bu kadar geniş değildi, sadece halefiyetten önceden vazgeçilmesini yasaklıyordu) rücu hakkından da vazgeçilmesinin önüne geçtiğini savunmaktadır. Yazarların bu görüşüne TBK m. 596 f. 3 çerçevesinde katılmıyoruz. Öte yandan bu düzenleme yalnızca kefalet sözleşmesi bakımından etkilidir, yoksa kefalet sözleşmesinin dışında kalan asıl borçlu ve kefil arasındaki özel ilişkiyi de etkileyeceği söylenemez. Özel rücu hakkının kısıtlanmasına yönelik alacaklı ve kefil arasındaki sözleşmesel kayıtlara da özel olarak değinilebilir. Bu tür kayıtlar bizzat kefalet sözleşmesinde yer aldıkları için, farklı bir muameleye tabi tutulmalıdır. Zira bu türden bir kayıt her ne kadar özel rücu hakkına ilişkin olarak görünc de dolaylı olarak halefiyete başvurulmasını da engellemektedir. Böyle bir sonuç ise, halefiyetten önceden vazgeçilmesini yasaklayan TBK m. 582 f.3'e dolaylı olarak aykırılık içerir, zira bizzat kefalet sözleşmesi içeriği olarak karşımıza çıkmaktadır, dolayısıyla geçersizdir (Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 432; Özen, **Özel Rücu**, s. 1467).

kanuna karşı hilenin yaptırımını uygulama alanı bulur ve anlaşma nispi emredici hükme aykırılıktan ötürü kesin hükümsüz sayılır¹⁵²⁷.

Sigorta Hukukunda öngörülen halefiyet kuralları (TTK m. 1472 ve m. 1481) da benzer şekilde emredici bir özellik taşır¹⁵²⁸. Buna göre sigorta sözleşmesinde aksi yönde bir yapılacak bir anlaşma ile sigortacının sigortalıya halef olmayacağı kararlaştırılmaz veya rücu talebinin kapsamı kısıtlanamaz¹⁵²⁹. Böyle bir anlaşmanın kaderi kesin hükümsüzlüktür¹⁵³⁰. Yalnız burada, halefiyete ilişkin hükmün emredici özelliğinin kökeninde kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, fedakârlıkta bulunan bir kişiyi koruma gibi bir düşünce bulunmamaktadır. Söz konusu özellik, zarar sigortalarına hâkim olan zarar görenin (sigortalı) zenginleştirilmemesi ilkesinden (TTK m. 1459) ileri gelmektedir¹⁵³¹. Bu ilke de esasen kamu düzenini korumak amacıyla benimsenmektedir¹⁵³². Sonuçta sigorta hukuku sistemi, toplumun ortak servetinin olumsuz sonuç doğurabilecek tehlikeli olayların gerçekleşmesi ihtimaline istinaden bir elde toplanmasını ve herhangi bir kişinin bu şekilde uğradığı zararın telafisinde kullanılmasını sağlamaktadır¹⁵³³. Oysaki zararın hem gerçek sorumlusuna tazmin ettirilmesi hem de sigortacıdan sigorta tazminatı alınması sigortalının zenginleşmesine yol açar. Nitekim bu şekilde sigortalının iki kere zararını karşılatmasına göz yumulacak olursa, hem bu sonucun oluşması için kastî olarak yapılacak davranışların ve istismarın önüne geçilemez, hem de bir elde toplanan toplumun ortak serveti bir kişinin zenginleşmesi amacına hizmet etmiş olur. Örneğin yangına karşı sigorta güvencesi altına alınan bir ev, hem evin değerine hem de sigorta tazminatına hak kazanmak için yakılmak istenebilir. Bu durumda hem evin kendisi ve çevresinde bulunan yapılar gereksiz şekilde zarar görebilir, hem de toplumun ortak serveti, sistemin temelindeki amacın tamamen dışında belirli bir kişinin zenginleşmesinde kullanılmış olur. Diğer taraftan, halefiyet prensibi sayesinde sigortacıya ödenecek prim miktarı da azalma göstereceği için, sigorta bireyler için daha az külfetli hale gelmekte, bu da dolaylı olarak sigorta himayesinin

¹⁵²⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 33; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁵²⁸ Bkz. Bonnard, **a.g.e.**, s. 224.

¹⁵²⁹ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 54; Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 414; Ali Bozer, "Sigortacının Rücu Hakkı", **BATİDER**, 1962, C. II, Sayı 3, s. 477-480, s. 480.

¹⁵³⁰ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 55; Ali Bozer, **Sigorta Hukuku**, Ankara, 1965, s. 215.

¹⁵³¹ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 54; Can, **a.g.e.**, s. 45; Kender, **a.g.e.**, s. 343; Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 16 / 23; Picard / Besson, **a.g.e.**, s. 30; de l'Isle, **a.g.e.**, s. 173-174; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 297.

¹⁵³² Bu ilkenin kamu düzenine ilişkin getirisine ilişkin olarak bkz. Picard / Besson, **a.g.e.**, s. 289 vd.

¹⁵³³ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 54.

yaygınlığının artmasını ve zararların daha efektif şekilde genele dağıtılablmesini sağlamaktadır¹⁵³⁴. Sonuç olarak zarar sigortalarında zenginleşme yasağına ilişkin bu ilkenin benimsenmesi kaçınılmazdır. İlkenin somut getirisi ve tamamlayıcısı olan halefiyete ilişkin TTK m. 1471 ve m. 1482 hükümleri de tüm bu belirttiğimiz sebeplerle kamu düzenine ilişkin ve emredicidir.

Öte yandan sigorta sözleşmesi kapsamında, kefalet sözleşmesinden farklı olarak, böyle bir kısıtlamanın özel rücu hakkına temel oluşturan ilişkide söz konusu olmasına da pek rastlanmaz. Zira zararı veren üçüncü kişi ve sigortacı arasında çoğunlukla bir sözleşmesel ilişki bulunmaz. Sigortacının bu kişiye olan özel rücu hakkının temeli ya sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görme temeli üzerinde vücut bulur. Dolayısıyla sonradan ortaya çıkan bu ilişkiler bakımından önceden bir kısıtlama öngörülmesi pek olası olmaz.

II. Genel Rücu Hakkı (*Halefiyet*)

A. Kavram ve Görünüş Biçimleri

Halefiyet en genel kelime anlamıyla, bir kimsenin bir başkasının yerine geçmesidir. Özel hukuk çerçevesinde halefiyet, bir kimsenin diğerinin bir hakkına ya da malvarlığı bütününe kendiliğinden sahip olmasını ifade eder. Bu anlamıyla halefiyet, hukukî ilişkilerde birbirlerinin yerini alan kişiler için kullanılan genel bir kavramdır¹⁵³⁵. Malvarlığı bütünü bir kimseden diğerine geçmesini konu alan külli halefiyet inceleme konumuzun dışında kalmaktadır. Burada ele alacağımız halefiyet, münferit alacak hakları bakımından meydana gelen dar anlamıyla (cüzi) halefiyettir¹⁵³⁶. Dar anlamıyla cüzi halefiyet, ifayla borcun sona ermesinin bir istisnasını oluşturur¹⁵³⁷. Bu istisna, alacağın ilanihaye süregelebilmesini sağlamak ve

¹⁵³⁴ Kender, **a.g.e.**, s. 343.

¹⁵³⁵ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 11; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 3; Nomer, **Sigorta**, s. 246; Nomer, **Rücu Zamaşımı**, s. 250; Starck, **a.g.e.**, s. 705.

¹⁵³⁶ Geniş anlamda cüzi halefiyet kavramının içine, sözleşmesel, kanuni veya mahkeme kararıyla gerçekleşen alacak temlikleriyle oluşan hukukî durumlar da sokulabilir, bizim burada dar anlamla cüzi halefiyetle kastetmek istediğimiz özel olarak kanuni halefiyet halleridir (Bkz. Nomer, **Sigorta**, s. 247; Nomer, **Rücu Zamaşımı**, s. 250).

¹⁵³⁷ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 11; Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 1; Deschenaux, **Partie II**, s. 6; Béguelin, **FJS 768**, s. 1; Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1349; Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 643; Mainguy / Respaud, **a.g.e.**, s. 384; Buffelan-Lanore / Larribeau-Teneyre, **a.g.e.**, s. 151; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 264; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 28; Franko, **Halefiyet I**, s. 202; Başar, **a.g.e.**, s. 23; Örguevren, **a.g.e.**, s. 35.

ona devamlılık kazandırmak için değil, ödemede bulunmuş (*solvens*) rücu alacaklısına ekstra bir güvence sağlamak için özel kanun hükümleriyle öngörülmektedir¹⁵³⁸.

Türk Hukukunda, Borçlar Kanunu çerçevesinde halefiyeti genel olarak düzenleyen bir hükümler silsilesi mevcut değildir. Daha ziyade kanunun farklı yerlerinde ve yine başka kanunlarda dağınık biçimde bulunan ve sınırlı sayıda öngörülmüş halefiyet hükümleri bulunmaktadır¹⁵³⁹. Farklı kurgularda ortaya çıksalar da bütün halefiyet hallerinin ortak noktasının “*bir alacaklının alacağı bakımından tatmin edilmiş olması*” olduğu söylenebilir¹⁵⁴⁰, ¹⁵⁴¹. Bunun ispat külfeti, halef olduğunu iddia eden kişi üzerindedir¹⁵⁴². Genel olarak bakılacak olursa, en çok karşılaşılan halefiyet halleri, borçlunun ihbarı suretiyle halefiyet, önceden rehinden mal kurtarmak için hareket eden borcu ifa eden aynî hak sahibinin halefiyeti, bölünemez edimden doğan borçlulukta halefiyet, müteselsil borçlulukta halefiyet, kefalet sözleşmesinde halefiyet ve (bazı) sigorta sözleşmelerindeki halefiyet halleridir. Bizim ilgimizi yakından celbeden halefiyet halleri ise, birlikte borçluluk türleri bakımından görülenlerdir. Bu nedenle aşağıda yapılacak açıklamalarda özel olarak bu hallere ilişkin açıklamalar verilecek, yeri geldiği ölçüde diğer halefiyet hallerine de açıklama getirilecek ve göndermelerde bulunulacaktır.

Halefiyetin hukukî niteliği çeşitli görüşler ileri sürülerek açıklanmaya çalışılmıştır. Temelde ileri sürülen üç farklı görüş bulunmaktadır¹⁵⁴³. Bunlara kısaca değinecek olursak; temelini Roma Hukukunda¹⁵⁴⁴ bulan ilk görüşe göre, halefiyette zorunlu bir alacak satışı meydana gelmektedir¹⁵⁴⁵. İkinci bir görüş, kanuni bir tecditin

¹⁵³⁸ Sbai, **a.g.e.**, s. 148; Béguelin, **FJS 768**, s. 1; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 433.

¹⁵³⁹ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 29; Örgüven, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁵⁴⁰ Starck, **a.g.e.**, s. 706; Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 2; Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1362; Mestre, **a.g.e.**, s. 374; Buffelan-Lanore / Larribeau-Teneyre, **a.g.e.**, s. 152.

¹⁵⁴¹ Herhangi bir ödeme olmaksızın bir halefiyet halinin öncelenmiş (*subrogation in futurum*) olarak gerçekleşmesi mümkün değildir.

¹⁵⁴² Mestre, **a.g.e.**, s. 390; Zellweger-Gutknecht, **BasKom.**, Art. 110, N. 1.

¹⁵⁴³ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 7-9.

¹⁵⁴⁴ Esasen günümüzdeki anlamıyla halefiyet kavramına Roma Hukukunda tam olarak rastlanmamaktadır. Roma Hukukunda, halefiyete temel teşkil edebilecek iki kurum bulunmaktaydı. Bunlar ödemede bulunan kefilin teminatları kendisine devrettirebilmesine ilişkin “*Beneficium Cedendarum Actionum*” ve ipotekli alacaklının kendisinden bir önceki ipotekli alacaklı yerine geçmesini sağlayan “*Successio In Locum Creditoris*” idi (Bkz. Mestre, **a.g.e.**, s. 22-25; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 48 ve orada özellikle dn. 45).

¹⁵⁴⁵ Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 102; de Biasio, **a.g.e.**, s. 40.

meydana geldiğini ileri sürer¹⁵⁴⁶. Son olarak bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre, halefiyette ifa ve alacak temlikli kaynaşmış bir bütün olarak yer almaktadır¹⁵⁴⁷. Buna göre ifayla borcun sona ereceği temel kuralının bir istisnasını oluşturan halefiyetle, yalnızca kanunda öngörülen özel hallerde olmak üzere, bir tür kanuni bir alacak temlikli kendiliğinden gerçekleşmektedir¹⁵⁴⁸.

Belirtilmelidir ki halefiyetle alacağın temlikli arasında bir benzerlik kurulmaya ve bu şekilde ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanmaya çalışılsa¹⁵⁴⁹ da bu çaba ancak sınırlı olarak sonuç verebilir¹⁵⁵⁰. Zira alacağın temlikli, alacağı talep edebilecek kişinin değişmesini yani alacağın devrini öngören tasarruf işlemidir. Bu işlem kapsamında alacak kendisine bağlı bütün haklarla birlikte devrolur. Temlikte alacağın aynı şekilde devamlılığını sağlama düşüncesi esastır. Oysaki halefiyette, özel yollarla (iç ilişkileri çerçevesinde) borçluya rücu edecek bir kişinin elindeki imkânların artırılması amacıyla sınırlı olarak belirli şartlar dâhilinde gerçekleşen kanuni bir devir vardır. Diğer bir deyişle halefiyet, alacaklıyı tatmin eden kişinin malvarlığının rücu yoluyla denkleştirilmesi menfaatini temin etmektir¹⁵⁵¹. Dolayısıyla bu amaç çerçevesinde halefiyetle sağlanan devrin kapsamının alacağın temlikindekine göre daha kısıtlı olacağı söylenebilir¹⁵⁵². Mesela alacaklıyı tatmin eden ve ona halef olan kişi, yaptığı fedakârlıktan halefiyet yoluyla daha fazlasını elde edemez. Alacağın temlikinde ise böyle bir sınırlama bulunmamaktadır¹⁵⁵³. Öte yandan alacaklının alacakla ilgili sorumluluğu halefiyette daha az şiddetle takdir edilir. Alacağın temlikinin ivazlı olarak gerçekleştiği hallerde TBK m. 191 f.1 söz konusu olacak, alacağın varlığı ve borçlunun ödeme gücünden garanti sorumluluğu (*garantie pour la vérité et la bonité*), halefiyet bakımından söz konusu olmaz¹⁵⁵⁴. Kaldı ki, halefiyetin gerçekleşmesine zaten alacaklı sebep vermemektedir. Bu açıdan

¹⁵⁴⁶ Stammer, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁵⁴⁷ Tharwat, **a.g.e.**, s. 18; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 13; Béguelin, **FJS 768**, s.1; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 9.

¹⁵⁴⁸ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 9; Pichonnaz, **Prescription**, s. 158.

¹⁵⁴⁹ Bkz. Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 110, N. 10; Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 44; Başar, **a.g.e.**, s. 23; André Warnery, **La cession des créances, Etude des art. 164-174 C.O.**, Lausanne: Imprimerie G. Vaney-Burnier S.A., 1924, s. 37.

¹⁵⁵⁰ Starck, **a.g.e.**, s. 705; Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 643; Warnery, **a.g.e.**, s. 38. Karş. Corboz, **Distinction**, s. 69.

¹⁵⁵¹ Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 648; Warnery, **a.g.e.**, 38.

¹⁵⁵² Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1369.

¹⁵⁵³ Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1369.

¹⁵⁵⁴ Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 71; Mestre, **a.g.e.**, s. 659; Becker, **BerKom.**, Art. 110, N. 9; Béguelin, **FJS 768**, s. 2; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 303; Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 16; Buffelan-Lanore / Larribeau-Teneyre, **a.g.e.**, s. 155; Corboz, **Distinction**, s. 69; Starck, **a.g.e.**, s. 710; Malinvaud / Fenouillet, **a.g.e.**, s. 648.

onun üzerine bu şekilde ağır bir sorumluluk yüklemek adaletli de olmaz¹⁵⁵⁵. Son olarak kısmi suretle gerçekleşen halefiyette halef, alacaklının önceliğine riayet etmek durumunda iken, kısmi alacak temlikinde yeni alacaklının böyle bir zorunluluk altında olduğu söylenemez. Alacağın elde edilmesi bakımından her bir alacaklı aynı seviyede hak sahibi olacaktır¹⁵⁵⁶. Bütün bu farklılıklar toplu olarak dikkate alınacak olursa, alacağın temlikinden kıyas yoluyla faydalanılabilecek hükümlerin halefiyetin denkleştirme amacı süzgecinden geçirilmesi gereği rahatlıkla tespit edilebilir. Aşağıdaki incelemelerimizde de yeri geldikçe bu hususa değinmelerde bulunulacaktır.

Kanundan doğan halefiyet halleri genel olarak emredici bir özellik taşımaz¹⁵⁵⁷. Yani taraflar dilerlerse halefiyet oluşturabilecek bir ilişkide, bu sonucun meydana gelmesini iradeleriyle başlangıçta daha ilişki kurulurken bertaraf edebilirler¹⁵⁵⁸.

Ne var ki bu şekilde bertaraf edilemeyecek halefiyet halleri de bulunmaktadır: TBK m. 596 f.1’de yer alan kefilin halefiyeti, önceden sözleşme ile bertaraf edilemez¹⁵⁵⁹. Bu sonuç doğrudan ilgili hükümden değil, daha geniş bir kapsamı olan ve kefalet sözleşmesinde kefilin yararına düzenleme getiren hükümlere nispi emredici nitelik büründüren TBK m. 582 f.3 hükmünden çıkarılır¹⁵⁶⁰. Söz konusu düzenlemeye göre “[k]anundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.” Söz konusu düzenlemenin emredici niteliği, kefilin korunması amacına dayanır. Aynı şekilde, sigorta hukukunda halefiyete ilişkin düzenleme getiren TTK m. 1472 ve m. 1481 hükümleri de emredici nitelik taşımaktadır. Bu düzenlemelerin emredici özelliğinin altında ise, sigorta hukukundaki sigortalının zenginleştirilmesi yasağı ilkesi (tazminat ilkesi) yatar¹⁵⁶¹ (TTK m. 1459).

¹⁵⁵⁵ Aslında aynı sonuca doğrudan doğruya halefiyetin bir kanuni temlik olduğu noktasından da ulaşılabilir. Kanun koyucu, kanun gereğince gerçekleşen temliklerde garanti sorumluluğunu öngörmemektedir (Bkz. TBK m. 191 f.2).

¹⁵⁵⁶ Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1369.

¹⁵⁵⁷ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 22; Zellweger-Gutknecht, **BasKom.**, Art. 110, N. 36.

¹⁵⁵⁸ Nitekim alacak açısından sözleşmesel bir temlik engeli kararlaştırılmışsa bu durum halefiyetin de gerçekleşmesine engel olacaktır (Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 110, N. 8).

¹⁵⁵⁹ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 22; Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 13; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 4; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 217; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 11; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 435.

¹⁵⁶⁰ Bkz. yukarıda §3, I, F altındaki açıklamalarımız.

¹⁵⁶¹ Bkz. yukarıda §3, I, F altındaki açıklamalarımız.

B. Şartları

1. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta

a. Toplu Bakış

Müteselsil borçluluk, borca katılma ve bölünemeyen borçlulukta halefiyetin söz konusu olabilmesi için alacaklının borçlulardan biri tarafından tatmin edilmesi ve alacaklıyı tatmin eden borçlunun diğer borçlularla arasındaki iç ilişkide payına düşenden daha fazlasını ödemiş olması gerekmektedir¹⁵⁶². Halefiyet, bu borçluluk türleri bakımından özel rücu hakkının kanundan doğan bir tamamlayıcısı, kuvvetlendiricisidir¹⁵⁶³. Bu borçluluk türlerinde halefiyetin öngörülmesinin gerekçesi, bu ilişkiler çerçevesinde (çoğunlukla) rücu ilişkilerinin söz konusu olması ve söz konusu ilişkiler çerçevesinde nihai paylaşımın dış ilişkideki alacak bakımından öngörülen teminatlar vasıtasıyla güvence altına alınmasıdır. Zira borçlular çoğu kez, birlikteliğin “ikinci perde”si olarak adlandırılabilen rücu ilişkisini, alacaklıyla olan dış ilişkideki titizlikle düzenleme altına almamaktadır. Böyle olunca da, rücu ilişkisinin sonuçsuz kalması, yükün sadece bir borçlu üzerinde kalmasına sebep olabilmektedir. Oysaki istenen sonuç bu değildir. Nitekim aynı düşünceyle, halefiyetin yanı sıra –özel rücu hakkı ile ilgili olarak- kaleme alınan bir hüküm de hiç şüphesiz TBK m. 167 f.3’tür. Söz konusu düzenleme, üzerinde yapılan tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, genel olarak birlikte borçlulardan birinin aciz haline düşmesi halinde borcun nihai yükünün diğerleri arasında hakkaniyetli bir biçimde paylaşılmasını hedef almaktadır.

¹⁵⁶² Akıntürk, **a.g.e.**, s. 222.

¹⁵⁶³ Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Canyürek, **a.g.e.**, s. 132; Becker, **BerKom.**, Art. 149, N. 3. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Başar, **a.g.e.**, s. 31.

b. Müteselsil Borçlulukta

i. Genel Olarak

aa. Teselsül İlişkisinin Varlığı

Öncelikle TBK m. 162 vd.'daki genel müteselsil borçluluk halleri bakımından konuyu inceleyelim. Müteselsil borçlulukta halefiyet yolunun varlığı için bir defa ortada her şeyden önce varlığından şüphe edilmeyecek şekilde kanundan veya sözleşmeden doğan müteselsil borçluluk ilişkisi olmalıdır. Yukarıda ele alındığı üzere, birden çok borçlu olduğu her halde teselsülün bulunduğu söz edilemez. Zira Türk Hukukunda borçlu çokluğunda esas alınan temel borçluluk yapısı, kısmi borçluluktur. Bununla beraber TTK m. 7 ticari işler bakımından bir teselsül karinesi öngörmektedir. Dolayısıyla ticari işlerde aksi yönde bir belirtme olmadıkça teselsülün varlığı asıldır. Bunun dışında kalan hallerde açık bir kanun hükmünün veya taraf iradesinin varlığı aranacaktır.

bb. Alacaklının Tatmin Edilmiş Olması

Sadece teselsülün varlığı başlı başına halefiyet sonucunun söz konusu olabilmesine yeterli değildir. Bundan başka, müteselsil borçlulardan birinin alacaklıyı tatmin etmesi ve bunun neticesinde özel rücu hakkından faydalanabilecek olması da gerekmektedir¹⁵⁶⁴. Alacaklının tatmini ifa veya ifa ikamesi sayılan yollardan biriyle (ifa yerine edim, takas) meydana gelmiş olabilir. Ancak halefiyetin söz konusu olabilmesi için mutlaka alacaklının tamamen tatmin edilmiş olması da aranmaz. Birlikte borçlunun iç ilişkideki payından bir miktar fazla ifada bulunmuş olması, söz konusu miktar oranında kısmi olarak halefiyete yol verir¹⁵⁶⁵. Diğer bir deyişle, tatmin kısmen gerçekleşmişse¹⁵⁶⁶, halefiyet de kısmen gerçekleşecektir¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁴ Weiss, **a.g.e.**, s. 134; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 223; Tunçomağ, s. 1066; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1640.

¹⁵⁶⁵ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 467; Tekinay / Akman / Burcuğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 321; Tunçomağ, s. 1067; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 806; Deschenaux, **Partie II**, s. 135; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1641.

¹⁵⁶⁶ Esasında normal şartlarda TBK m. 167 f.1'in uygulama alanı bulduğu durumlarda, halefiyet hiçbir zaman tamamen yapılan ifa oranında gerçekleşmez (Bkz. Erlüle, **a.g.e.**, s. 643). Bununla birlikte alacaklı yapılan ifa ile "oyun sahnesinden" çekilir. Burada ise kastedilmek istenen, özel olarak müteselsil borçlunun yanında alacaklının da hala alacak hakkının bir kısmından faydalanabildiği olasılıktır.

Bu şekilde, alacak bakımından söz konusu olacak teminat hakları alacağın gerek alacaklıda kalan kısmını, gerekse de müteselsil borçlunun halef olarak elde ettiği kısmını koruma altına almaktadır. Ancak yukarıda genel olarak değinildiği üzere alacaklı aleyhine halefiyet olamayacağından, alacaklının, diğerlerine rücu edecek müteselsil borçluya göre öncelikli olduğu hatırlatılmalıdır¹⁵⁶⁸.

Halefiyetin gerçekleşeceği ve etkisini doğuracağı an kural olarak alacaklının tatmin edildiği andır¹⁵⁶⁹. Bununla birlikte şayet, müteselsil borçlu erken ifada bulunmuşsa, halefiyetin oluşması borcun diğer borçlulardan ilk talepte bulunulabilecek ana kadar ötelenir.

cc. Özel Rücu Hakkının Varlığı

Halefiyetin doğumu için olmazsa olmaz şartlardan bir diğeri, özel rücu hakkının varlığıdır¹⁵⁷⁰. Eğer alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlu buna rağmen iç ilişkide özel rücu hakkından faydalanamayacaksa, halefiyetten de istifade edemez¹⁵⁷¹. Bu husus TBK m. 168 f.1 hükmünden de anlaşılmaktadır¹⁵⁷². Söz konusu hükme göre, “[D]iğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.” Dolayısıyla (özel) rücu hakkının hiç doğmadığı bir olasılıkta, onun ferîsi olarak şekillenen halefiyetten de söz açılmayacaktır. Diğer taraftan şayet özel rücu hakkı zamanaşımına uğrayacak¹⁵⁷³ ya da bir şekilde sona erecek olursa, onun engelleyici etkisi dâhilinde yine halefiyet de söz konusu olamayacaktır¹⁵⁷⁴. Örneğin, özel rücu hakkına başvuran borçlu, kanundan doğan bu hakkını kullandığında diğer müteselsil borçlu ile aralarındaki başka bir

¹⁵⁶⁷ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 189; Canyürek, **a.g.e.**, s. 133; Eren, **a.g.e.**, s. 1212; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1305.

¹⁵⁶⁸ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 223; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 189-190; Eren, **a.g.e.**, s. 1213.

¹⁵⁶⁹ Corboz, **Distinction**, s. 68; Deschenaux.

¹⁵⁷⁰ Weiss, **a.g.e.**, s. 139-140.

¹⁵⁷¹ Meier, **Gesamtschuld**, s. 430; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 149, N. 1; Gautschi, **a.g.e.**, s. 93.

¹⁵⁷² Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 2; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 222; Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 284. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu bir kararı için bkz. BGE 53 II 25.

¹⁵⁷³ Burada sadece özel rücu hakkı bakımından zamanaşımının tamamlandığı bir olasılık üzerinden örnek verilmektedir. Yoksa her bir rücu yolu (genel / özel) kendi zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Ne var ki, özel rücu yolu bakımından zamanaşımı süresinin dolması, bu ilişkiden doğan hakka karşı bir defî ileri sürülebilmesini mümkün kılar. Söz konusu sürekli defî ileri sürüldükten sonra ise, rücu muhatabı müteselsil borçlu rücu borcunu ifa etmek zorunda olmayacaktır, zira borç eksik bir borca dönüşür. İşte yukarıdaki örnekte bu olasılık kastedilmiştir.

¹⁵⁷⁴ Weiss, **a.g.e.**, s. 135; Meier, **Gesamtschuld**, s. 431; Pichonnaz, **Prescription**, s. 160; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 223.

ilişkiden olan bir alacak hakkına istinaden takas defii ileri sürebilir. Bu durumda, borcun sona ermesiyle özel rücu yolu bloke olduğundan halefiyet de gündeme gelemez. Bir diğeri önemli nokta, halefiyetin alacaklıya yapılan ödeme oranında değil, iç ilişkideki paylaşım oranı kadar olacaktır¹⁵⁷⁵.

Yalnız kanunda borçlular arasındaki iç ilişkiye ilişkin düzenleme getiren TBK m. 167 hükmü, müteselsil borçlulardan birinin toplam borcun borçlu sayısına bölündüğündeki değerinden fazlası için ödemede bulunan borçluya özel rücu hakkını karine olarak zaten tanımaktadır¹⁵⁷⁶. Dolayısıyla başvuruda bulunacak borçlunun iç ilişkideki payı kanundakine eşit veya bundan daha az ise, onun bu konuda özel bir ispat faaliyetinde bulunmasına gerek yoktur¹⁵⁷⁷. Böyle bir durumda, eğer kendilerine başvuruda bulunulan diğeri müteselsil borçlular, iç ilişkilerinde daha farklı bir paylaşım yapacaklarının kararlaştırıldığını veya kendilerine hiçbir sorumluluk payı isabet etmeyeceğini bir şekilde ortaya koymıyor, ispatlayamıyorlarsa söz konusu borçlunun TBK m. 167 uyarınca eşit yük paylaşımı çerçevesinde bir rücu hakkına sahip olacağı karinesi esas alınır. Bunu takiben de, söz konusu müteselsil borçlunun, TBK m. 168 uyarınca bu kapsamda alacaklıya, iç ilişkideki payını aşan ödemesi oranında halef olabileceği sonucuna varılmak gerekecektir¹⁵⁷⁸. Buna karşılık iç ilişkideki paylaşım uyarınca, kanundaki karineden daha fazla bir payı hak eden müteselsil borçlunun bunu ispat edebilmesi halinde, her iki rücu yolunun da farklı avantajları içereceği aşikârdır. Böyle bir olasılıkta müteselsil borçlu, bunu doğrudan

¹⁵⁷⁵ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 2; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 95; Buffelan-Lanore / Larribeau-Teneyre, **a.g.e.**, s. 156.

¹⁵⁷⁶ Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 2; Gauch / Schluep / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3737; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 149, N. 3; Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 461.

¹⁵⁷⁷ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 224; Canyürek, **a.g.e.**, s. 133; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 337.

Aksi yönde bir görüş için bkz. Dağdelen, **a.g.e.**, s. 189. Yazar, müteselsil borçlunun halefiyetten faydalanabilmesi için mutlaka bir özel rücu hakkının bulunması gerektiğini, müteselsil borçlunun bunu ispat etmeksizin halefiyete dayalı rücu yoluna başvuramayacağını düşünmektedir. Yazarın gerekçe olarak sürdüğü düşüncesini yerinde bulmakla beraber, görüşüne katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira burada arka planda halefiyetin ferilik özelliği ile bağlı olduğu bir özel rücu hakkı hiç olmaksızın halefiyete dayalı bir talep yapılması söz konusu değildir. Borçlunun üzerinden alınan yük sadece ispat hukukuna ilişkindir. Kendisine halefiyetle rücu edilen müteselsil borçlu, özel rücu hakkının olmadığını veya yapılan talebin içeriğini tam olarak karşılamadığını ileri sürerek bu talebi hiç şüphesiz püskürtebilir. Dolayısıyla söz konusu gerekçe görüşün desteklenmesi için zaten kullanılamaz.

¹⁵⁷⁸ Akıntürk (**a.g.e.**, s. 224) halefiyetin, özel rücu hakkından daha avantajlı olduğunu, ondan farklı olarak müteselsil borçlunun diğeri başvuruda bulunabilmesi için salt alacaklıya ifade bulunulduğunun ispat etmesinin yeterli olacağını belirtmektedir (Aynı yönde bkz. Canyürek, **a.g.e.**, s. 133). Yazarın bu açıklamasına tam olarak katılmıyoruz. Zira müteselsil borçlunun alacaklıya ifade bulunması ve onu tatmin etmesi, karine olarak özel rücu hakkının doğumuna ve *ipso iure* bunun kuvvetlendiricisi halefiyete birlikte yol açmaktadır. Yazarın açıklaması, hiç şüphesiz iç ilişkide daha az bir nihai borç yüküne katılması gereken borçlu açısından kabul edilebilir.

ispat edemeyip sadece kanundaki karineyle yetinmek durumunda kalıyorsa, halefiyet kesin olarak özel rücu hakkından daha avantajlı hale gelir. Zira bu durumda halefiyet, aynı değerdeki özel rücu hakkının tek başına imkân vermediği teminatlara başvurabilme olanağını da sağlamaktadır.

Yeri gelmişken özel rücu ilişkisiyle bağlantısı bakımından, halefiyetle ilgili olarak şu noktanın da vurgulanması gereklidir: Müteselsil borçlulukta yalnız bir iç ilişki aksi kararlaştırılmadığı ihtimalde bir kısmi borçluluk yapısı öngörür¹⁵⁷⁹. Yani ifade bulunup alacaklıyı tatmin eden borçlunun diğerlerinden teselsül yapısına dayalı olarak talepte bulunması mümkün değildir¹⁵⁸⁰, ¹⁵⁸¹. İşbu kısıtlama, alacaklıdan halefiyet yoluyla devralınan alacak hakkını kaynağında daraltır. Yoksa normal şartlar altında, rücu edecek müteselsil borçlu da, alacaklının faydalanabildiği gibi ilk planda söz konusu olan teselsülden faydalanabilir olmalıydı. Burada özel rücu ilişkisinin kısıtlaması doğrudan etkili olmaktadır¹⁵⁸². Zira söz konusu düzenleme bizzat TBK m. 167 f.2 c.2’de yer alır. Dolayısıyla iç ilişkinin böyle olmadığı ispat edilerek halefiyetin daraltılması gereği de yoktur. Bir örnekle somutlaştıralım. B1, B2 ve B3 A’ya karşı müteselsil borçlu olsunlar ve TBK m. 167’deki eşit paylaşım karinesi geçerli olsun. Eğer halefiyetle sağlanan kanuni alacak temliki olduğu gibi gerçekleşseydi, borcun tümünü ifa eden B1 diğerlerine payı için müteselsil olarak

¹⁵⁷⁹ Gautschi, **a.g.e.**, s. 96; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3741; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 149, N. 1a; Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 808; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1294; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 334.

¹⁵⁸⁰ Bucher, **a.g.e.**, s. 497; Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 6; Corboz, **Distinction**, s. 68; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1645; Sbai, **a.g.e.**, s. 152; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 215; Eren, **a.g.e.**, s. 1212; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 314; Tunçomağ, s. 1053; Turanboy, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁵⁸¹ Akla şöyle bir soru da gelebilir. Eğer bir üçüncü kişi müteselsil borcu ifa eder ve TBK m. 127 uyarınca alacaklıya halef olursa o, müteselsil borçlulara rücu ederken teselsülden istifade edebilecek midir?

Eğer halefiyet TBK m. 127 f.1 ile gerçekleşiyorsa, diğer bir deyişle rehinli malı kurtarmak isteyen bir aynî hak sahibinin durumu bakımından cevap verilirken rehin hakkının müteselsil borcun tamamı için mi yoksa sadece bir müteselsil borçlunun münferit borcu için mi verildiğinin incelenmesi gereklidir. Şayet bütün müteselsil borç için verilmiş bir rehin hakkı varsa, mal üzerinde aynî hak sahibi olan üçüncü kişi alacaklının halef sıfatıyla yerine geçtiğinde teselsülden faydalanabilecektir. Buna karşılık sadece münferit bir müteselsil borçlunun borcu için verilmiş (ki dar anlamda birden çok borcun olduğu nazara alınacak olursa bu durum imkân dâhilindedir) bir rehin hakkı söz konusu ise, halefiyet aynen müteselsil borçlunun faydalanabileceği kapsamda gerçekleşecektir. Yani üçüncü kişinin teselsülden faydalanması mümkün olamaz.

Eğer halefiyet TBK m. 127 f.2 ile gerçekleşiyorsa yine yukarıdakine benzer bir ayrıma gidilmelidir. Buna göre müteselsil borçluların hepsinin alacaklıya yapacakları ihbar ile sadece bir müteselsil borçlunun yapacağı ihbar birbirinden ayırt edilmelidir. İlk olasılıkta üçüncü kişi yine teselsülden faydalanabilecek buna karşılık ikinci olasılık teselsüle izin vermeyecektir. İkiden fazla müteselsil borçlu olduğunda ve bunların sadece bazıları halefiyet içinde ihbarda bulduklarında ise, teselsül sonucu kısmen oluşabilecektir.

Bu sonuçlara kısmen işaret eden açıklamaları için bkz. Sbai, **a.g.e.**, s. 152.

¹⁵⁸² Nomer, **Sigorta**, s. 250.

başvurabilecekti. Oysa kanunda kabul edilen özel rücu hakkı yapısı (TBK m. 167 f.2 c.2) bizatihi bu sonuca kendiliğinden engel olmaktadır. Bu sonuç zaten kanunda öngörüldüğünden halefiyet yolu üzerinden rücu eden B1'e karşı B2 veya B3'ün ayrıca ve özel olarak iç ilişkide kısmi olarak borçlu olduklarını ispat etmelerine gerek yoktur.

Buna karşılık şayet müteselsil borçlular, iç ilişkide de teselsül esasının cari olacağını öngörmüşlerse, bu durumda halefiyet yoluyla başvuruda bulunan müteselsil borçlu bunu özel olarak ispat etmelidir¹⁵⁸³. Zira böyle bir durumda, kanunda öngörülen karine, kendilerine başvuruda bulunulan müteselsil borçlulardan yana olacaktır. Yani aynı örnek üzerinden devam edilecek olursa, B1'in B2 ve B3'e müteselsil olarak rücu talebinde bulunabilmesi için bunu (yani aralarındaki iç ilişkinin bu farklı yapısını) özel olarak ispat etmesi aranacaktır. Yoksa kanuni eşikle yetinilecektir ki bu da kısmi borçluluk olduğundan yine kısıtlı bir halefiyet söz konusu olur.

Diğer taraftan, müteselsil borçlulardan birinin müteselsil borçluluktaki ortak savunmaları ileri sürmemesi, özel rücu hakkının yerine göre bir süre kullanılamamasına veya tamamen yahut kısmen kaybına sebep olacaktır¹⁵⁸⁴. Bu sonuç TBK m. 164 f.2'de "[M]üteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur," hükmüyle belirtilmektedir¹⁵⁸⁵. Aslında hükmün ifadesinden belirttiğimiz sonuç doğrudan anlaşılmamaktadır. Nitekim 818 sayılı EBK döneminde de aynı konu (EBK m. 145) doktrinde, kefalete ilişkin EBK m. 497 hükmü kıyasen uygulanarak çözülmekteydi. Buna göre kefil, asıl borçluya ait savunmaları kusuruyla yapmadığında rücu hakkını kaybeder. Aynı sonuca bugün de TBK m. 591 f.3 kıyasıyla şüphesiz olarak varılabilecektir.

Yalnız TBK m. 591 f.3, önemli bir farklılığı bünyesinde barındırmaktadır. İşbu yeni düzenleme kapsamında kefilin savunmaları yapmamakta kusursuz olduğu kabul edilmektedir, alacaklı ancak aksini ispat edebildiği takdirde rücu hakkının kaybı sonucu işlerlik kazanacaktır. İspat yükü kefilin üzerinden alınmıştır. Peki, hükmün bu yeni hali TBK m. 164 f.2 bakımından da kıyasen uygulanabilir mi? Yani

¹⁵⁸³ Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 6.

¹⁵⁸⁴ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 2; Deschenaux, **Partie II**, s. 135; Weiss, **a.g.e.**, s. 135-136.

¹⁵⁸⁵ Sbai, **a.g.e.**, s. 145.

müteselsil borçlulardan birinin ortak savunmayı yapmamasında temelde kusursuz olduğu kabul edilebilir mi? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerektiği kanaatindeyiz. Zira hükmün kıyasen uygulanabilmesi için gerekli benzerlik bulunmamaktadır. Kanun koyucunun kefalette bu hükmü sevk etmekteki amacı, çoğunlukla hatır ilişkisi içinde bir başkasının borcunu üstlenen kefilin korunmasıdır. Müteselsil borçlulukta ise, her bir durumda borçlulardan birinin diğerine göre böyle bir konumda olduğu söylenemeyecektir. Onlar bir amaç birliği içinde hareket etmektedir, bu amaç da alacaklının tatmin edilmesidir. Diğer taraftan, teminat amacıyla baştan müteselsil borç üstlenme ve mevcut borca katılma ile oluşan müteselsil borçluluk halleri bakımından burada bir parantez açmak gerekebilir. Diğer teselsül hallerinden farklı olarak bu şekilde oluşan teselsüllerde, bir kimsenin borcunu temin etme amacıyla hareket eden bir başka kimse bulunmaktadır. Dolayısıyla ilgili yapıda, kefalete daha çok benzeyen bir durum olduğundan söz edilebilir. Böyle olunca da müteselsil borçlular arasında bu şekilde konumlanma farklılığı ve teminat amacı güden tek yönlü bir ilişkinin bulunduğu ispat edilmesi durumunda teminat amacıyla hareket eden kişi bakımından böyle bir avantajın yaratılması hakkaniyetli olabilir.

Özel rücu engeli yaratan bir diğer hal, TBK m. 597 f.2 ve f.3'ten kıyasen alacaklının tatmin edilmesi akabinde diğer müteselsil borçlulara haber verilmemesi ve bu suretle ikinci kez ifa sonucuna yol açılmasıdır. Bu durumda bildirimde bulunmayan müteselsil borçlu rücu hakkını ve dolayısıyla halefiyet avantajını da kaybeder¹⁵⁸⁶.

ii. Özel Olarak

aa. Haksız Fiillerden Doğan Teselsülde

Haksız fiille verilen zarardan ötürü müteselsil borçlulukta halefiyetin doğumu genel olarak belirtilen şartların varlığına bağlı bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu teselsül türünde özel rücu hakkını doğuran iç ilişkinin özelliğine belki ayrıca dikkat çekmek gerekebilir. Haksız fiille verilen zarardan ötürü müteselsil borçluluğu düzenleyen TBK m. 62 bakımından iç ilişkinin ve dolayısıyla özel rücu hakkının

¹⁵⁸⁶ Sbai, a.g.e., s. 145-146.

varlığının tespiti TBK m. 167 uyarınca değil, hâkim kararıyla yapılır¹⁵⁸⁷. Bu konuda bir karine olduğundan söz edilemez. Zaten bir kimseye zarar verme konusunda amaç birliği edinen kişilerin bu anlaşmalarını bir iç ilişki olarak gündeme getirmeleri mümkün değildir. Çünkü böyle bir ilişki, hukuka aykırı bir amaç paylaşılmasından ötürü zaten TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olacaktır. Dolayısıyla burada iç ilişkinin varlığına ve şumulüne karar verecek olan kişi, bizzat rücu davasını gören hâkimdir. Bu konuda, müteselsil borçlularla alacaklının arasındaki dış ilişkiye ilişkin davanın görülmesini üstlenen hâkim kural olarak herhangi bir tasarrufta bulunamaz, zira onun üzerinde karar vermesi gerekli olan husus sadece dış ilişkide müteselsil borçluların hangi üst limitle sorumlu olduğudur. Bunun tespiti ayrıca açılacak rücu davasında yapılacaktır. İç ilişkide kimin kime özel rücu hakkından istifade edebileceğinin bu suretle belirlenmesi, akabinde yine *ipso iure* (TBK m. 62 f.2), halefiyete ilişkin rücu hakkının da ilgili kişi bakımından doğumunu sağlar.

bb. Farklılaştırılmış Teselsülde

Farklılaştırılmış teselsülde de yukarıda belirtilen genel esasların yanında haksız fiiller alanındaki teselsül bakımından kabul edilen esaslar da aynen geçerli olacaktır. Yalnız belki bir noktaya özel olarak dikkat çekilmesinde fayda olabilir. Burada, dış ilişkiye ilişkin karar veren hâkimin her müteselsil bir borçlu bakımından farklı sorumluluk üst limitleri öngörmesi, iç ilişkide nasıl bir paylaşımın yapılacağına karar verecek hâkim bakımından herhangi bir bağlayıcılık içermez¹⁵⁸⁸. Unsurları tam olarak mevcut olmadığı için, ilk davada verilen bu kararın diğer davada bir kesin hüküm oluşturması da düşünülemez¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁷ Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 4; Corboz, **Distinction**, s. 68; Ali Naci Tuncer, “Bir Zarara Birden Çok Kişinin Birlikte Neden Olmasında Zincirleme (Müteselsil) Sorumluluk ve Rücu İlişkileri (BK m. 50)”, **Adalet Dergisi**, Yıl 69, Sayı 5-6,1978, s. 408-452, s. 449. Ayrıca bkz. aşağıda §3, III, 4, a altındaki açıklamalarımız.

¹⁵⁸⁸ Vogt, **a.g.e.**, s. 327; Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1225; Altay, **Yetki Devri**, s. 327.

¹⁵⁸⁹ Yalnız belki dış ilişkiyi çözümleyen ve bir sonuca bağlayan mahkeme kararının iç ilişki bakımından açılacak davada bir “kuvvetli takdiri delil” olarak ileri sürülmesi düşünülebilir. Aslında bir delilin ispat bakımından kuvvetini ifade eden “kuvvetli takdiri delil” kavramının, Yargıtay uygulamasında kullanılmakla birlikte tam olarak kanuni bir temeli haiz olmadığına da altı çizilmelidir (Bkz. Pekcantez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 467).

c. Mevcut Borca Katılmada

Borca katılma bakımından halefiyete gelinecek olursa, özel rücu hakkı bakımından söz konusu olacağı gibi, halefiyet de kural olarak tek yönlü olarak gerçekleşebilecektir. Daha açık bir ifadeyle, farklı yönde bir anlaşma bulunmuyorsa, (teminat amaçlı) borca katılan alacaklıya halef olup borcun ilk ve gerçek anlamda borçlusundan talepte bulunabilecek, ancak ilk borçlu alacaklıya halef olarak borca katılandan talepte bulunamayacaktır. Zira (teminat amaçlı) borca katılmada, sonradan borca katılan birlikte borçlu salt alacaklıya teminat verme amacıyla hareket etmektedir. O, alacaklıyı tatmin ettiğinde aralarındaki iç ilişki bakımından borcun asıl yükünü yüklenmesi gereken borcuna katılım gösterilen birlikte borçludur. Ters durumda, yani ilk (asıl) borçlunun alacaklıyı tatmin ettiği durumda ise, iç ilişkide borca katılan üzerinde bir pay olmadığından ne özel rücu ne de halefiyet yoluyla yapılacak bir talep söz konusudur.

İstisnai olarak, borca katılan kişi, borcun bir kısmını nihai olarak yüklenmeyi kabul etmiş olabilir. Ya da başka akla gelebilecek bir olasılık, borca katılanın borcuna katılım gösterdiği ilk (asıl) borçlunun elde edeceği karşı alacaktan bir pay alacak olmasıdır. Bu durumlarda, iç ilişkideki borcun nihai yüküne katlanılması bakımından pay oranları değişkenlik gösterecek, borca katılan kişi de bu yükün bir miktarına katlanmak durumunda kalacaktır. Örneğin bir satış sözleşmesindeki 120.000 TL'lik satış bedeli borcuna katılan kişinin, karşı edim olarak elde edilecek arabaya 1/3 oranında paylı malik olacağının kararlaştırıldığı bir durum düşünülün. Böyle bir durumda, iç ilişkide paylaşımın 1:2 oranında olduğu söylenebilecektir. Nitekim ilk borçlu borcun tamamı bakımından ödemedede bulunduğu vakit, o da fazladan ödediği 40.000 TL için diğerine başvurabilecek ve bu oranda alacaklıya halef olacaktır. Zira onun taşıması gereken borç yükü 80.000 TL'dir. Oysa olağan bir kurguda olunsaydı, onun kendisine teminat sağlanan ilk borçlu olarak hiçbir suretle rücu hakkına sahip olmayacağı düşünülürdü.

d. Bölünemeyen Borçlulukta

Edimin bölünememesi nedeniyle “*şekli anlamda teselsül*” oluşturan bölünemeyen borçlulukta, ifade bulunan borçlu, diğerine iç ilişkideki payından

fazlası için başvuruda bulunabilecektir. Bu çerçevede, bölünemeyen borçlunun mutlaka payından fazlasını ifa edecektir, zira bu tarzda borçlulukta edimin bölünememesi olgusu bizatihi bu duruma kendiliğinden yol açmaktadır. İşte bu durumda da kanunda karine olarak kabul edilen özel rücu yoluna yine halefiyet eşlik edecektir.

Bölünemeyen borçlular, aralarındaki iç ilişkide farklı bir paylaşım öngördüklerini ispat etmedikleri sürece, müteselsil borçluluk bakımından TBK m. 167 f.1’de yer alan eşit paylaşım karinesi burada da cari olacaktır. Dolayısıyla borçlulardan biri, ifasıyla birlikte alacaklıya halef olacak ve payından fazlası için diğerlerinden –kısmi borçluluk esasları dairesinde- rücu talebinde bulunabilecektir.

Halefiyetin gerçekleşme şartları, yine müteselsil borçluluğuyla benzerdir. Talepte bulunulurken ispat edilmesi gerekli olan hususlar, alacaklıyla olan dış ilişkideki edimin bölünemez nitelikte olduğu, alacaklının tatmin edildiği ve özel rücu hakkının varlığıdır. Son husus bakımından bir ispat faaliyetinde bulunulması, ancak kanunda öngörülenden daha fazlası için talepte bulunulmak istenildiğinde gündeme gelir. Diğer hallerde TBK m. 167 f.1’deki karineden –kıyasen- faydalanılabilecektir.

2. Kefalet Sözleşmesinde

a. Genel Olarak

i. Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Varlığı

Kefilin genel rücu talebine dayalı olarak talepte bulunabilmesi için alacaklıyı geçerli bir kefalet sözleşmesine dayalı olarak tatmin etmiş olması gerekmektedir¹⁵⁹⁰. Kefalet sözleşmesi, her şeyden önce kendi geçerlilik şartlarını yerine getirmiş olmalıdır¹⁵⁹¹. Ayrıca esas borç ilişkisinde geçerliliği etkileyecek bir sakatlık da bulunmuyor olmalıdır. Kefalet sözleşmesi ferî bir sözleşme olduğundan esas borç ilişkisinde söz konusu olabilecek bir geçersizlik *ipso jure* onu da etkileyecektir. Aynı

¹⁵⁹⁰ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 24; Scyboz, **a.g.e.**, s. 131; Müller, **Contrats**, s. 579; Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 16; Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 7; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 5; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 4; de Biasio, **a.g.e.**, s. 46; Develioğlu, **Garanti**, s. 412; Başar, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁵⁹¹ Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 4; de Biasio, **a.g.e.**, s. 46; Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 473; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 79-80.

şekilde kefalet sözleşmesinin geçerliliği, kefilin alacaklıyı tatmin ettiği ana kadar devam etmiş olmalıdır. Zira başlangıçta geçerli olan ve fakat daha sonra geçerliliğini kaybeden bir kefalet sözleşmesine dayalı olarak alacaklıya ifada bulunulursa kefil yine genel rücu yolundan faydalanamayacaktır¹⁵⁹².

Şayet kefil geçerli olmayan bir kefalet sözleşmesine dayalı olarak ifayı gerçekleştirirse, genel rücu yolu üzerinden borçluya bir talepte bulunamaz. Kefilin ifada bulunurken sözleşmenin geçerli olduğuna olan inancı da bu durumu değiştirmeyecektir. Burada önemli olan husus salt kefalet sözleşmesinin maddî anlamda geçerli olmasıdır. Yoksa kefilin bu noktadaki safi inancı değildir.

Bununla beraber geçersiz bir kefalet sözleşmesine dayalı olarak ifayı gerçekleştirmiş olan “sözde kefil” asıl borçluya arasındaki ilişki çerçevesinde, özel rücu yolu üzerinden (vekâlet veya vekâletsiz iş görme talep temelleri üzerinden) asıl borçluya gidebileceği gibi, alacaklıya da (sebepsiz zenginleşme temeli üzerinden) başvurabilecektir¹⁵⁹³.

Öte yandan, taraflar arasında geçerli bir sözleşme bulunuyor olmasına rağmen, bu sözleşme kefalet sözleşmesi hukukî kalıbına oturmayan bir sözleşme, örneğin bir garanti sözleşmesi ya da (halefiyet hakkı tanımayan) atipik bir teminat sözleşmesi olabilir. Bu durumda genel rücu hakkı avantajı sadece kefalet sözleşmesine özgü olduğundan, aynı sonuçlar doğmaz.

ii. Alacaklının Tatmin Edilmiş Olması

Genel rücu hakkının doğumu için aranan bir diğer şart, alacaklının geçerli şekilde bir ifayla tatmin edilmiş olmasıdır. Buna göre yalnızca kendisine istinaden ifada bulunulan kefalet sözleşmesinin geçerli olması yeterli değildir, bununla birlikte usûlüne uygun ifa hareketlerinin gerçekleştirilmiş olması ve alacaklının da tatmin edilmiş olması gerekmektedir¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁹² Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 497; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 80; Hasan Ayrancı, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, **AÜHFD**, Yıl 2004, C. 53, Sayı 2, s. 95-120, s. 106 vd.

¹⁵⁹³ Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 16; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 25; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 107.

¹⁵⁹⁴ Müller, **Contrats**, s. 579; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7056; Scyboz, **a.g.e.**, s. 131; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 25; Başar, **a.g.e.**, s. 51.

Kefilin alacaklıyı tatmin etmesi, yapacağı erken ifa ile de gündeme gelebilir. Bu durumda, halefiyet sonucu doğrudan ödemeye birlikte gerçekleşmez. Asıl borçlu bakımından öngörülen vadenin gelmesi beklenmelidir¹⁵⁹⁵. Zira aksinin kabulü, kefilin iradesine dayalı olarak asıl borç ilişkisindeki vadenin değiştirilmesi anlamına gelecektir¹⁵⁹⁶.

Kefilin borcu her zaman bir miktar paranın ödenmesi borcudur. Bu anlamda asıl borç ilişkisinde yer alan borcun bir verme, yapma, yapmama edimi içerdiğine bakılmaz, kefil en fazla kefalet üst limitine kadar bir miktar para edimini yerini getirerek alacaklıya karşı olan borcunu sona erdirmiş olur. Kefilin ifa dışında –ifa ikamesi sayılan- bir yoldan da alacaklıyı tatmin etmesi mümkündür¹⁵⁹⁷. Ancak kefilin alacaklı tarafından ibra edilmiş olması veya alacaklıyla sulh akdetmiş olması halefiyete yol açmaz¹⁵⁹⁸. Zira böyle bir durumda, kefilin malvarlığı bakımından bir denkleştirme yapılması gereği de bulunmamaktadır¹⁵⁹⁹.

Kefilin borçlu olduğu para ediminin ifası dışında, esas borç ilişkisine konu edilen edimi yerine getirmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda kefilin bir ifa uğruna / ifa yerine edada mı bulunduğu¹⁶⁰⁰ yoksa asıl borçlunun borcunu üçüncü kişi olarak mı yerine getirdiği hususu tespit edilmelidir. İlk olasılıktaki haller için kefil ve alacaklı arasında bir anlaşmanın varlığı aranır, sonuçta ifa borcun konusu ile yerine getirilmelidir, burada ise kefil paradan başka bir edimi yerine getirmek istemektedir. Dolayısıyla alacaklının buna rıza göstermesi, bu durumun gerçekleşebilmesinin ön koşuldur. Taraflar arasında bu yönde bir anlaşma var, ancak bunun ifa yerine mi ifa uğruna mı edayı konu aldığı anlaşılamiyorsa bu durumda da ifa uğruna edanın esas

¹⁵⁹⁵ Müller, **Contrats**, s. 579.

¹⁵⁹⁶ Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 7; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 26; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7065; Develioğlu, **Garanti**, s. 412.

¹⁵⁹⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 7; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 26; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 5; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 4; Develioğlu, **Garanti**, s. 411.

¹⁵⁹⁸ Özen, **Kefalet**, s. 460; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 438.

¹⁵⁹⁹ Reisoğlu (**Kefalet**, s. 216), alacaklı kefile bir bağışlamada bulunmak amacıyla hareket ettiği bir durumda kefilin halefiyete dayalı olarak asıl borçluya rücu edebileceğini kabul etmektedir. Bu şekilde kefile yapılan bağışlamanın onun malvarlığına etkisi, asıl borçludan rücu yolunda elde edeceği değerle sağlanmış olacaktır.

¹⁶⁰⁰ İfa uğruna eda anlaşması söz konusu olduğunda, borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi alacaklı borcun konusunun yerine geçen edim paraya çevrilip elde edilecek değer ile alacaklı tatmin edilene kadar devam eder. Şayet elde edilen değer alacaklının ilk durumdaki ifa menfaatinin karşılamıyorsa, alacaklı borçludan munzam bir talepte bulunabilecektir. Buna karşılık alacaklı ifa menfaatinin ötesinde zenginleştiyse bu artık değeri de borçluya iade etmelidir. İfa yerine eda anlaşması söz konusu olduğunda ise, borcun konusu yerine geçen edimin ifası tamamlanınca borç ve akabinde borç ilişkisi sona erer (Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 278).

olduğu kabul edilmelidir. Zira bu son anlaşma, yapısı itibariyle her iki tarafın da ilk durumdaki menfaatlerine daha uygun bir içeriktedir. Sonuç olarak ilgili anlaşmalardan biri dolayısıyla alacaklı tatmin edildiği suretle, kefil açısından genel rücu yoluna gidebilme şansı doğmuş olacaktır.

İkinci durumda, yani borçlu yerine üçüncü kişi olarak ifada bulunulmasında ise, kefilin bu hareketi için alacaklının rıza göstermesine bir gereklilik bulunmamaktadır. Bununla beraber, kefilin bu hareketi alacaklıyı kefalet sözleşmesinin ifası dışında bir yoldan tatmin ettiğinden varılacak sonuç değişiklik gösterir. Kefil, burada dolaylı olarak kefalet sözleşmesinin de ortadan kalkmasına sebep olmuştur. Zira her ne kadar alacaklı layıkıyla tatmin edilmiş olsa da, geçerli kefalet sözleşmesi, esas borç ilişkisinin ferisi olarak, onun ifayla son bulmasıyla birlikte sona ermiş olacaktır. Dolayısıyla bu durumda kefil, genel rücu yoluna dayalı olarak asıl borçluya karşı bir talep ileri süremez¹⁶⁰¹. Ancak onun, aralarındaki ilişki çerçevesinde (vekâlet, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme) asıl borçludan özel rücu yolu üzerinden bir talepte bulunabilmesi mümkündür.

Geçerli bir kefalet sözleşmesine dayalı olarak ifada bulunmak ve alacaklıyı tatmin etmek isteyen kefil, alacaklının bu noktada ifaya karşı olan isteksizliği ile karşılaşırsa durum ne olacaktır? Böyle bir durumda, alacaklı bakımından temerrüt sonuçları oluşacaktır. Zira usûlüne uygun ifa teklifinin haklı sebep olmaksızın reddedilmesi alacaklı temerrüdüne yol açar. Normal şartlarda bir borçlunun, TBK m. 107 uyarınca, söz konusu bir verme borcu olduğu için bunu tevdi etmek suretiyle borcundan kurtulabileceğini söylemek mümkündür. Ancak kefalet sözleşmesini düzenleme altına alan hükümlerden TBK m. 593 burada biraz farklı bir sonuca varılmasını gerekli kılmaktadır. Bu maddeye göre, alacaklı kefilin ifasını kabulden kaçınacak olursa kefalet borcu ortadan kalkacaktır. Yani kefilin ayrıca kefalet borcunu bir yere tevdi etmesi gereği de bulunmamaktadır. Nitekim böyle bir durumda, kefalet sözleşmesi sona erdiği için genel rücu hakkının doğumu da söz konusu olmayacaktır¹⁶⁰². Ancak madde emredici, bu sonuç da mutlak değildir. Borçtan kurtulma, kanun tarafından kefile sağlanmış özel bir imkândır. Kefil dilerse, TBK m. 107 uyarınca kefalet borcunu tevdi etmeyi de seçebilmelidir. Öyle bazı durumlar olabilir ki, kefil asıl borçluya arasındaki ilişkide ifa sonucunu mutlaka

¹⁶⁰¹ Reinicke / Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, s. 109.

¹⁶⁰² Bkz. yukarıda §2, IV, B, 2, d altındaki açıklamalarımız.

yerine getireceğini taahhüt etmiş olabilir. Bu durumda tevdi ile birlikte borç ifa edilmiş gibi olacağından, kefil bakımından genel rücu hakkı doğacaktır.

iii. Özel Rücu Hakkının Varlığı

Kefilin halefiyetten faydalanabilmesi için özel rücu hakkının varlığı şarttır. Esasen bu husus TBK m. 596 f.3'te açık olarak belirtilmiştir¹⁶⁰³. Anılan düzenleme uyarınca “[k]efil ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkiden doğan istem ve defiler saklıdır.” Burada kastedilen, özel rücu hakkına vücut veren hukukî ilişkidir¹⁶⁰⁴. Yalnız bu düzenleme, müteselsil borçlulukta özel rücu hakkının varlığının yanında içeriğine ilişkin karine getiren TBK m. 167 düzenlemesinden farklıdır. Gerçekten de TBK m. 167 düzenlemesi, müteselsil borçlular arasında borçlu sayısının eşit paylaşım karinesi öngören bir düzenleme getirmektedir. Oysaki TBK m. 596 f.3'te bu ilişkiye sadece işaret edilmiştir. Bununla birlikte her iki düzenlemenin de ortak olan yanı, birlikte borçlunun halefiyete dayalı olarak rücu talebinde bulunurken, özel rücu hakkını ispat etmesine ilişkin bir gerekliliğin bulunmamasıdır.

Bazı durumlarda kefil ile asıl borçlu arasında bir vekâlet sözleşmesi değil de bir bağışlama sözleşmesi olduğu için özel rücu hakkı hiç doğmaz. Yine kefalet sözleşmesinin bizzat kefilin kendi şahsî işi için olması (*in rem suam*) özel rücu hakkına vücut vermez. Bu durumlarda halefiyetten de bahsedilemez¹⁶⁰⁵.

Bundan başka eğer kefil ile asıl borçlu arasında bir nedenle söz konusu özel rücu hakkı kaybedilmişse halefiyet de hüküm doğurmaz. Ancak özel rücu hakkının varlığı asıl olduğundan bunu ispat etmesi gerekli olan kişi asıl borçludur¹⁶⁰⁶.

Özel rücu hakkının kaybı, farklı sebeplerle gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, asıl borçluya ait savunmaların ileri sürülmesinden kefil tarafından kusurla imtina edilmesidir. Böyle bir durumda TBK m. 591 f.3'e göre kefil özel rücu hakkını belirli

¹⁶⁰³ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 696; Başar, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁶⁰⁴ Yavuz, **a.g.e.**, s. 314.

¹⁶⁰⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 18; Müller, **Contrats**, s. 579; Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 7; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 25; Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 281.

¹⁶⁰⁶ Özel rücu hakkının varlığının asıl olduğu kabul edilirse, halefiyet yolunun tanınmasıyla sağlanan önemli bir avantaj hiç söz konusu olmazdı (Bilge, **Kefilin Halefiyeti**, s. 284). Peki, kefile halefiyet yoluna başvurması bakımından özel rücu hakkını ispat etmesi külfetinin yüklenmesi geçerli olur mu? Kanaatimizce böyle bir durumda kefilin halefiyet hakkı sınırlandırıldığı için böyle bir anlaşma TBK m. 582 f.3 kapsamında kesin hükümsüz olacaktır.

bir süre için ileri süremez veya tamamen kaybeder¹⁶⁰⁷. Ancak hükmün düzenlemesi kefil bakımından önemli bir avantajı bünyesinde barındırır. Kefilin kusuruyla bu savunmayı ileri sürmediğini ispat etmesi gereken kişi, asıl borçlu olacaktır. Dolayısıyla kefilin savunmayı kusursuz olarak yapamadığı asıldır. Yani o kendisine halefiyet yoluyla rücu eden kefile karşı sadece asıl borç ilişkisinde kendisine ait defilerin alacaklıya karşı ileri sürülmediğini ve bu suretle kefilin özel rücu hakkına sahip olmadığını, bununsa halefiyete olan hakkı da bertaraf ettiğini ileri süremez. Kefilin kusurlu olduğunun ispat yükü de asıl borçlu üzerinde olduğu için, onun bunu da ayrıca ispat etmesi şarttır. Söz konusu hükmün öngörülme amacı kefilin korunması ve asıl borçlunun elindeki savunma sebeplerini, kefilin ifasından önceki bir zaman diliminde ona bildirmesinin sağlanmasıdır. Bu yöndeki bilgilendirme külfetini yerine getirmeyen asıl borçlu, kefilin herhangi bir rücu talebini bertaraf edemeyecektir.

Aslında, bir parantez açılacak olursa, söz konusu hükmün TBK m. 112 ekseninde incelendiğinde de ilginç olduğu dile getirilebilir. Bilindiği üzere TBK m. 112, borca aykırılıkta borçlunun kusurlu olduğunu esas almakta, bu konudaki ispat yükünü borçlunun üzerine yüklemektedir. Hatırlanacak olursa hüküm, sözleşmeler hukuku alanında kusurun ispat yükü dağılımını alacaklı yararına olacak şekilde farklı olarak tasarlamıştır. Öyle ki borçlu, kusursuzluğunu ispat edemediği suretle borca aykırılığından dolayı sorumlu tutulmaktadır. Bu bağlamda devam edilirse, asıl borçlu ile kefil arasında bir sözleşmesel ilişki olduğunda, bu ilişki çoğunlukla vekâlet sözleşmesi olacağı saptaması yapılabilir. Söz konusu sözleşme ilişkisinde asıl borçlu müvekkil, kefil ise onun vekili durumundadır. Yalın bir vekâlet ilişkisinde ise, özensiz davranış olarak addedilebilecek olan kefalet sözleşmesinde asıl borç ilişkisinden doğan savunma sebeplerinin ileri sürülmemesi davranışı, doğrudan borca aykırılık oluşturur. Bu durumda, olağan şartlarda iş görme borcunun alacaklısı müvekkilin vekilin ayrıca kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekliliği bulunmamaktadır.

İşte durum, vekâlet sözleşmesinin konusunun bir kefalet borcu altına girilmesi olduğu ihtimallerde değişiklik göstermektedir. Bu istisnai düzenlemenin altındaki düşünce, her zaman olduğu gibi kefilin bir başkasının borcu için kendisini riske

¹⁶⁰⁷ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 219; Develioğlu, **Garanti**, s. 331; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 790.

sokan diğerkâm (altruist) bir kişi olduğu çıkarsamasıdır. Öyle ki, vekâlet sözleşmesindeki iş görme alacaklısı (asıl borçlunun) menfaati, karşısındaki kişi kendi borcunun riskini taşıyan kefil bakımından daha az şiddetle takdir edilmiştir. Aslına bakılacak olursa bu seçim hiç de isabetsiz değildir. Bir an için temel kural olan TBK m. 112'den sapılmadığı olasılık düşünülecek olursa (ki 818 sayılı EBK m. 497 f.2 bakımından durum böyle idi) kefilin asıl borç ilişkisiyle ciddi bilgi edinme külfeti altına sokulmuş olacağı rahatlıklar gözlemlenebilir. Bu külfeti yerine getirmek isteyen kefil, umarsız bir asıl borçlunun bu konudaki isteksizliği ile karşılaştığında ise, bu durumu ispat etmesinin -menfi bir vakıanın ispatındaki güçlükler nazara alınacak olursa- daha zor olacağı açıktır. Dolayısıyla da bir başkası için fedakârlıkta bulunan kefilin bu denli bir zorluk altına sokulmasına bir gereklilik yoktur. Bunun yerine fedakârlıktan faydalanan asıl borçluyu yük altına sokmak daha adaletlidir.

Kefilin özel rücu hakkının kaybına neden olan ikinci durum, onun yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirmemesi ve bu şekilde borçlunun ikinci defa alacaklıyı tatmin etmiş olmasıdır¹⁶⁰⁸ (TBK m. 597 f.2). Burada korunan iyiniyetli asıl borçludur. Kefilin ise, korunmayı hareket edecek bir davranışı bulunmamaktadır. Zira o, bu konuda kendine yüklenen külfete uygun olarak hareket etmemiştir (TBK m. 597 f.1). Tabiidir ki, borçlunun kendisine bildirimde bulunulmamış olsa da, bir şekilde bu durumu bildiği veya bilmesi gerektiği ortaya konulabiliyorsa, kefilin özel rücu hakkını kaybetmesi söz konusu olmaz¹⁶⁰⁹.

Diğer taraftan şayet söz konusu durum, kefilin kusuru olmadan meydana gelmişse, yine aynı şekilde özel rücu hakkı bundan etkilenmez¹⁶¹⁰.

Özetle kefilin ödemede bulunduktan sonra asıl borçluya ihbarda bulunmamasının sonucu, özel rücu hakkını kaybetmesidir. Özel rücu hakkını kaybeden kefil, halefiyete dayalı olarak da talepte bulunamayacaktır¹⁶¹¹. Kefilin asıl borçluya halefiyet yolu üzerinden yönelteceği rücu talebi, asıl borçlunun kendisine bildirim yapılmadığı ve bu nedenle iyiniyetli olarak ikinci bir ifade bulunduğunu

¹⁶⁰⁸ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 508, N. 3; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 508, N. 3; Meier, **CoRo.**, Art. 508, N. 3; de Biasio, **a.g.e.**, s. 111; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 83; Develioğlu, **Garanti**, s. 331; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 790.

¹⁶⁰⁹ Giovanoli, **BerKom.**, Art. 508, N. 2; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 83.

¹⁶¹⁰ Beck, **Bürgschaft**, Art. 508, N. 5; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 508, N. 3; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 83.

¹⁶¹¹ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 791; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 211.

ispat etmesiyle püskürtülebilecektir¹⁶¹². Bu durumda kefilin elindeki tek imkân, bildirim yapılmasının kusurundan kaynaklanmadığını ortaya koymaktır.

b. Özel Olarak

i. Toplu Bağımsız Kefalette

Toplu bağımsız kefalette, birden çok kefil aynı borç için birbirlerinden habersiz olarak borç altına girmektedir. Bu yapıda ödemede bulunan kefilin asıl borçluya halefiyet yolu üzerinden başvurmasında yukarıda verilen açıklamalar geçerli olacaktır. Bunun yanında yanıtlanması gereken diğer bir soru, ödemede bulunan kefillerin diğerlerine de halefiyet yolu üzerinden başvurabilip başvuramayacağıdır. Alacaklı, her biri borcun tamamı için sorumlu olan bu kefillerden biri tarafından yapılacak ifa ile tatmin edilecek olursa, TBK m. 587 f. son, işbu birinci kefilin diğerlerine payları oranında rücu edebileceğini kabul etmektedir¹⁶¹³. Bu paylaşırma kural olarak eşit biçimde yapılacaktır¹⁶¹⁴. Söz konusu yapı, dış ilişkide kefillerin birbirlerinden bağımsız olmalarını, ancak iç ilişki çerçevesinde sorumluluğu paylaşmalarını gerektirmektedir. Dolayısıyla ilgili hüküm, kefile bir özel rücu hakkı temeli vermektedir. Kanundaki bu yapılanma, hakkaniyet gerekçesiyle kabul edilmiştir¹⁶¹⁵. Nitekim konuyu düzenleyen herhangi bir maddenin olmadığı 818 Sayılı EBK döneminde de, aynı gerekçeyle, ifade bulunan kefile sebepsiz zenginleşme temeli üzerinden rücu hakkı tanınması gerektiği savunulmakta idi¹⁶¹⁶.

¹⁶¹² Eğer buna rağmen asıl borçlu kefile ödemede bulunursa kefilin alacaklıdan olan sebepsiz zenginleşme alacağı otomatik olarak TBK m. 509 uyarınca asıl borçluya geçeceği savunulmaktadır (Bkz. Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 790; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 213).

¹⁶¹³ Scyboz, **a.g.e.**, s. 137; Guhl, **FJS 180**, s. 2; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 33; Honsell, **a.g.e.**, s. 417; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7082.

¹⁶¹⁴ Özen, **Kefalet**, s. 309. Bu konuda temelde aynı kanaati paylaşan Beck (**Bürgschaft**, Art. 497, N. 69), kefillerin kefalet limitlerinin de bu paylaşımında nazara alınabileceği düşüncesindedir.

¹⁶¹⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 33; Scyboz, **a.g.e.**, s. 137; Müller, **Contrats**, s. 583.

¹⁶¹⁶ Bkz. Tandoğan, **Özel Hükümler II**, 771; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 126; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 104; Özen, **Kefalet**, s. 308; İpek, **a.g.e.**, s. 545; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 360.

İsviçre'de 1941 revizyonundan önce konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. Bu dönemde İsviçre'de hâkim görüş, aksi sonuca varmakta ve rücu hakkına yer olmadığı sonucuna varmakta idi (Bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 497 N. 69. Konuyla ilgili bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. BGE 37 II 458). Revizyon sonrasında ise, bizde olduğu gibi toplu bağımsız kefillere rücu hakkı tanınmıştır.

Buna karşılık öğretide Özen (**Kefalet**, s. 308), konuyla ilgili olarak daha farklı bir kanaati paylaşmaktadır. Yazara göre, kefilin yapacağı ödemeyle birlikte zaten alacaklıya halef olması sonucu kendiliğinden doğacaktır. Bu nedenle söz konusu kefilin diğer kefillere başvurmasına bir engel bulunmamaktadır. Yalnız, işte söz konusu hakkaniyet düşüncesi burada devreye girmeli, kefilin doğrudan ödediği tüm miktar için diğerlerine başvurabilmesi engellenmelidir. Yerinde olacak olan, sorumluluğun eşit olarak paylaşılmasıdır.

Peki, kefil diğer bağımsız toplu kefillere halefiyet yolu üzerinden başvurabilir mi? Buna doğrudan işaret bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte kefilin yapacağı ödemeye alacaklıya halef olacağı düşünülecek olursa, bu halefiyet kapsamında diğer kefillere de (TBK m. 587 f.son'da sağlanan özel rücu hakkı çerçevesinde) sınırlı olarak başvuruda bulunacağı söylenebilir¹⁶¹⁷.

Söz konusu düzenleme emredici bir özellik taşımamaktadır, aksinin kararlaştırılmasına herhangi bir engel yoktur¹⁶¹⁸.

ii. Birlikte Kefalet Türlerinde

aa. Adi Birlikte Kefalette

Adi birlikte kefalette, ödemede bulunan kefil yine yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde asıl borçluya gerek halefiyete gerekse de özel rücu hakkına dayanarak başvuruda bulunabilecektir¹⁶¹⁹. Öte yandan adi birlikte kefilin, alacaklıya payından fazla ödemede bulunduğu¹⁶²⁰ diğer kefillere başvurabilip başvuramayacağı meselesi de açıklığa kavuşturulmalıdır. Kanunda bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır¹⁶²¹. İleri sürülen görüşler çeşitlidir.

Bir görüş, adi birlikte kefillerin birbirlerine rücu etmesi için, teselsülde (özel) rücu ve halefiyeti düzenleyen TBK m. 167'ye kıyasen dayanılabileceğini savunmaktadır¹⁶²². Diğer bir görüş, konuyu kefalet sözleşmesindeki halefiyeti düzenleyen TBK m. 596 üzerinden çözümlenmektedir¹⁶²³. Bu görüşe göre, kefil

Yazarın düşüncesini yerinde buluyor ve görüşüne katılıyoruz. Yalnız bu noktada küçük bir ekleme yapmak istiyoruz. Yukarıda kabul ettiğimiz çerçevede, halefiyetin özel rücu hakkı temeli olmaksızın varlığından söz edilmesi mümkün olmaz. Bu nedenle, doktrinde genel olarak belirtilen sebepsiz zenginleşmeye dayalı özel rücu hakkının da, bu halefiyete temel oluşturduğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁶¹⁷ Bu yaklaşım yapılırken Özen'in (**Kefalet**, s. 308) eski düzenleme bakımından ileri sürdüğü görüşü temel alınmıştır.

¹⁶¹⁸ Müller, **Contrats**, s. 583.

¹⁶¹⁹ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7051.

¹⁶²⁰ Aksi durumunda zaten adi birlikte kefilin diğerlerine karşı bir rücu hakkı olduğundan söz edilemez (Bkz. de Biasio, **a.g.e.**, s. 72; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 8; Özen, **Kefalet**, s. 354).

¹⁶²¹ Müller, **Contrats**, s. 582.

¹⁶²² Scyboz, **a.g.e.**, s. 138; Müller, **Contrats**, s. 582; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 133; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 773. Bkz. bu yönde Yarg. 3. HD. 22.2.1999 T, E. 1445 / K. 1605 (YKD, C. XXVIII, Sayı: 10, s. 1493) ve Yarg. 3. HD., 19.2.2001 T, E. 1308 / K. 1601 (Yavuz, **a.g.e.**, s. 826).

¹⁶²³ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 9; Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 20; Roos, s. 113; İpek, **a.g.e.**, s. 540; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 105; Özen, **Kefalet**, s. 317; Yenice, **a.g.e.**, s. 77.

alacaklıya zaten halef olacağı için, payından fazla yaptığı ödeme için bu halefiyet kapsamında diğer adi birlikte kefillere de başvurabilecektir. Bir üçüncü görüşe göre, adi birlikte kefilin diğerlerine rücu etmesinde talep temeli sebepsiz zenginleşme olacaktır¹⁶²⁴. İleri sürülen bütün görüşler, yarışmalı olarak vekâletsiz iş görme hükümlerine de dayanılabileceğini kabul etmektedir¹⁶²⁵.

Biz, bu görüşlerden ikincisine katılıyoruz. Buna göre alacaklıyı tatmin eden kefil, diğer adi birlikte kefillerden her birinin payına düşen miktar için onlara halefiyet yoluyla rücu edebilecektir. Bununla birlikte, adi birlikte kefiller ona karşı da bölme definden yararlanabilirler¹⁶²⁶. İlk görüşün, adi birlikte kefiller arasında teselsül değil de kısmi borçluluk ilişkisinin asıl olduğunu kabul ettiğimizden değerlendirmeye alınamayacağını düşünüyoruz. Üçüncü görüş ve yazarların hepsinin katıldığı yaklaşımı (vekâletsiz iş görmenin talep temeli olması), savunduğumuz görüşle aynı çerçevede dikkate alınabilir. Zira biz halefiyetin genel rücu yolu olarak, birlikte borçlular arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan özel rücu yollarını destekler ve örtüşebilir mahiyette olduğunu kabul ediyoruz¹⁶²⁷.

bb. Müteselsil Birlikte Kefalette

Müteselsil birlikte kefalette de, alacaklıya yapılan ödeme akabinde asıl borçluya zaten rücu edilebilecektir. Bir müteselsil birlikte kefilin diğer birlikte kefillerle olacak rücu ilişkisi ise, TBK m. 587 f.2 c.3'te açık olarak düzenlenmektedir. Buna göre, müteselsil birlikte kefillerden biri, alacaklıyı tatmin ederse, diğer kefillerin kendi paylarını henüz ödememiş bulunmaları kaydıyla¹⁶²⁸, onlara rücu edebilecektir¹⁶²⁹. Bu hüküm olmasaydı dahi, kefiller arasındaki ilişkinin müteselsil borçluluğun bir nevi olarak kabul edilebilmesinden¹⁶³⁰ hareketle TBK m. 167'nin uygulanabileceğini söyleyebilirdik¹⁶³¹. Ancak buradaki düzenleme TBK m.

¹⁶²⁴ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 354.

¹⁶²⁵ Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararı: BGE 49 II 109.

¹⁶²⁶ Bkz. bu yönde Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 105.

¹⁶²⁷ Bkz. aşağıda §4, I, B.

¹⁶²⁸ Kefillerin paylarını ödemiş olmaları durumunda onlara rücu edilmesi mümkün olmayacaktır (Özen, **Kefalet**, s. 326).

¹⁶²⁹ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 21; Scyboz, **a.g.e.**, s. 138; Müller, **Contrats**, s. 582; Özen, **Kefalet**, s. 325.

¹⁶³⁰ Bu konuda bölme definin bir suretle tanınmasından ötürü konuya ilişkin çekincemizi daha yukarıda §1, IV, B, 1 altındaki açıklamalarımızda belirtmiştik.

¹⁶³¹ Bkz. bu yönde açıklamalar için Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 40; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N. 25; Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 509; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 105-106.

167'yi bir özel hüküm olarak gölgede bırakmakta, ondan daha ileri sonuçları düzenlemektedir (*Lex specialis derogat lex generalis*). Şöyle ki, müteselsil borçlulukta payından fazlasına ilişkin ifade bulunan borçlu, diğerlerine payları oranında rücu edebilecektir¹⁶³². TBK m. 587'ye göre ise, müteselsil birlikte kefil, diğer kefillere payından daha az ödeme yapmış olsa bile¹⁶³³ başvurabilecektir. Kanun koyucu, kefillerin borcun yükünü her adımda birlikte paylaşmalarını arzu etmektedir. Düzenlemenin bu şekilde olağan bir teselsül halinden farklılaşmasının altında yatan gerekçe, yine kefile fedakârlıkta bulunan kişi olmasından ötürü özel ihtimam gösterilmesidir. Burada ayrıca birden çok kefil olduğunda bu ihtimamın dengelenmeye çalışıldığı da görülmektedir. Böylece sorumluluğun tesadüfi olarak sadece bir kefilin omuzlarında olması engellenmek istenmiştir¹⁶³⁴.

Müteselsil birlikte kefiller bu şekilde asıl borçluya ve birbirlerine farklı temeller üzerinden rücu edebilecekler, bu haklar tam bir yarışma halindedir¹⁶³⁵. Yani kefillerin öncelikle asıl borçluya başvurmaları, bir sonuç alamamaları halinde diğerlerine başvurmaları gibi dereceli bir yapı tasarlanmamıştır¹⁶³⁶.

iii. Kısmi Kefalette

Kısmi kefalette de kefillerden her biri, yaptığı ödeme için asıl borçluya – halefiyet yolu üzerinden- rücu edebilir¹⁶³⁷. Buna karşılık kefiller arasında herhangi bir iç ilişki mevcut değildir¹⁶³⁸. Zira bu kefalet türünde birden fazla kefilten her biri borcun farklı bir kısmı için teminat vermiştir. Bu nedenle kefillerin alacaklıya yapacakları –bağımsız- ödemeler birbirlerini ilgilendirmez ve akabinde herhangi bir rücu hakkı da vermez¹⁶³⁹.

¹⁶³² Guhl, **FJS 180**, s. 2. Ayrıca bkz. yukarıda §1, III, C, 4.

¹⁶³³ Aslında bu son nokta kanun metninde belirtilmemiştir. Ancak kaynak İsviçre kanun metninde İBK m. 497'de bu sonuç kabul edilmektedir (Bkz. Scyboz, **a.g.e.**, s. 139; Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 22). Bu bakımdan, amaç da nazara alınacak olursa, bilinçli olmayan bir farklılık meydana getirilmediğinin kabul edilmesi ve dolayısıyla kaynak aslına uygun şekilde maddenin yorumlanması gerekir (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 331).

¹⁶³⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 497, N. 41-43; de Biasio, **a.g.e.**, s. 77; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 497, N. 9; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 497, N. 24.

¹⁶³⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 24.

¹⁶³⁶ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 24.

¹⁶³⁷ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 3; Müller, **Contrats**, s. 578.

¹⁶³⁸ Meier, **CoRo.**, Art. 497, N. 4; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 6827; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 684.

¹⁶³⁹ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 6827; Müller, **Contrats**, s. 582.

iv. Açığa, Kefile ve Rücua Kefalette

Açığa kefalet, kefile kefalet ve rücua kefalette, kanunda halefiyet sonucuna ilişkin farklı bir durum olduğunu belirten düzenlemeler mevcut değildir¹⁶⁴⁰. Bununla birlikte, söz konusu kefalet türleri bakımından halefiyetle ilgili özel bazı hususlara değinilmesi yerinde olur.

Açığın kapatılmasına kefalette, kefil bir başka kefilin kefalet borcuna yerine getirememesini, alacaklının bir zararı kalırsa bunun da karşılanacağını özel olarak temin etmektedir¹⁶⁴¹. Böyle bir ilişki çerçevesinde, ilk plandaki teminat borçlusu kefil, alacaklının zararını tamamen karşılarsa, açığa kefil olan kişinin de sorumluluğu sona erer. İlk plandaki kefil, halefiyeti kapsamında yalnızca asıl borçludan talepte bulunabilecektir. Buna karşılık, tersi olasılıkta, yani ilk plandaki kefil kefaletten doğan borcunu tam olarak yerine getiremediği için açığa kefilin sorumluluğu doğduğunda, onun alacaklıya yapacağı ödeme sonrasında hem asıl borçluya hem de ilk plandaki kefile halef olması gündeme gelecektir. Diğer bir deyişle, açığa kefalet veren kişinin halefiyetinde, onun alacaklının ilk kefilen olan teminat hakkına başvurulmasına da izin verilmektedir.

Kefile kefalette, kefil olan kişi, özel olarak bir kefalet asıl borcunu yine başka bir kefalet sözleşmesiyle teminat altına almaktadır. Dolayısıyla onun asıl borçlusu, alacaklıya karşı yükümlü olan ilk kefiledir¹⁶⁴². Kefile kefilin alacaklıya yapacağı ödeme, şüphesiz halefiyet sonucunu oluşturacaktır, işte bu sonucun gerçekleşmesinde bir noktanın özellikle altı çizilmelidir. Kefile kefilin teminat altına aldığı ilk kefalet borcu, ferîsi olarak bulunduğu bir alacak hakkının varlığına muhtaçtır. Bu açıdan, kefile kefilin olağan bir kefil gibi halef sıfatıyla alacaklının yerine geçerek talepte bulunması sonucuna doğrudan varılamaz. Ancak ilk kefalet borcunun ferî olarak bağlı olduğu alacağın da kefile kefalet veren kişiye devriyle bu sonuç gerçekleşebilir. Söz konusu alacak hakkının bu şekilde kefile kefil olan kişiye halefiyet yoluyla geçmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Bir defa bu hak alacaklının malvarlığında varlığını sürdürmektedir. Öte yandan hak sahibi alacaklı

¹⁶⁴⁰ Müller, **Contrats**, s. 578.

¹⁶⁴¹ Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 531.

¹⁶⁴² Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 6819; Meier, **CoRo.**, Art. 498, N. 1; Honsell, **a.g.e.**, s. 414; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 530.

zaten kefile kefil tarafından tatmin edildiği için bu hakkın onda kalmasının da bir anlamı ve mantığı bulunmamaktadır. Kefile kefil açısından ise, rücu şansı bu hakkın varlığına muhtaçtır. Sonuç olarak kefile kefilin, ilk kefile başvurabilmesi bu hakkın alacaklıdan ona halefiyet yoluyla geçtiğinin kabul edilmesi şarttır¹⁶⁴³. Böyle olunca da kefile kefil, çifte katmanlı bir halefiyet avantajından faydalandırılmış olacaktır. O, dilerse alacak hakkının asıl borçlusuna, dilerse de (kendisinin asıl borçlusu) ilk kefile karşı talepte bulunabilecektir¹⁶⁴⁴.

Yalnız belirtilen sonuçların meydana gelebilmesi için asıl borçlu ve ilk kefil arasındaki özel ilişkide halefiyeti engelleyen bir durumun olmaması şarttır. Zira ilk kefil ödeme yapsaydı dahi asıl borçluya karşı zaten özel rücu hakkından faydalanamayacak idiyse, bu durum onun alacaklıya halef olmasını da engeller. İlk kefilin alacaklıya halef olamayacağı bir olasılıkta, kefile kefilin alacaklıya halef olabilmesi, kabul edilebilir bir sonuç oluşturmaz. Hal böyle olunca, halef olunabilecek bir asıl alacağın yokluğu, yine halefiyet konusunu oluşturabilecek ferfi kefalet alacağının da yokluğu sonucunu beraberinde getirir. Bu olasılıkta kefile kefil, hiçbir suretle halefiyetten faydalanamaz. Onun yapabileceği tek şey asıl borçlusu olan ilk kefile iç ilişkisindeki özel rücu hakkını kullanarak hesaplaşmaktır.

Rücu kefalette ise, asıl borçlu ile kefil arasındaki rücu alacağı teminat altına alınmaktadır¹⁶⁴⁵. Rücu kefil, alacaklısı konumunda olan ilk kefile ödemede bulunduğu, rücu alacağı bakımından halefiyet gerçekleşir. Yani rücu kefil, rücu alacağına ilişkin olarak ilk kefilin faydalanabileceği tüm imkânlardan faydalanabilir. Dolayısıyla onun hem özel rücu hakkına hem de onun kuvvetlendiricisi ve ferfi konumundaki halefiyete hak kazanmış olduğu söylenebilir. Aslında onun durumu adi (veya özel olarak kararlaştırılmışsa müteselsil) kefilin durumundan farklı değildir¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴³ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7051.

¹⁶⁴⁴ Meier, **CoRo.**, Art. 498, N. 7; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 3; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 160; Develioğlu, **Garanti**, s. 414.

¹⁶⁴⁵ Meier, **CoRo.**, Art. 498, N. 8; Honsell, **a.g.e.**, s. 415; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 687; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 530-531.

¹⁶⁴⁶ Meier, **CoRo.**, Art. 498, N. 14; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 687.

3. Sigorta Sözleşmesinde

a. Geçerli Bir Sigorta Sözleşmesinin Varlığı

Sigorta sözleşmesinde sigortacının sigorta ettirene (sigortalıya) halef olabilmesinin ilk şartı ortada geçerli ve halefiyete yol veren bir sigorta sözleşmesinin varlığıdır¹⁶⁴⁷. Bu sonuç (aktif) zarar sigortaları bakımından TTK m. 1472, sorumluluk sigortaları bakımından TTK m. 1481 hükümlerinde özel olarak düzenlenmektedir.

Yalnız bazen ortada bir sigorta sözleşmesi olsa bile halefiyet sonucu gerçekleşmez. Mesela bir meblağ sigortası olarak yapılan hayat sigortalarında durum böyledir¹⁶⁴⁸. Kaza sigortalarında da aynı husus geçerlidir¹⁶⁴⁹, ¹⁶⁵⁰. Şahısvarlığı değerlerine ilişkin bir sigorta sözleşmesinde, zarar sigortalarında olduğu gibi bir zenginleştirme yasağı¹⁶⁵¹ olmadığı için sigortacı ve sorumlu üçüncü kişi sigortalıya karşı kümülatif borçluluk esaslarına göre sorumlu olur¹⁶⁵². Bunlar arasında herhangi bir rücu ilişkisi ve dolayısıyla halefiyet de gündeme gelmez. Gerek sigortacı gerekse de üçüncü kişi ayrı ayrı sigortalıya ifade bulunacaktır.

¹⁶⁴⁷ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 70; Atabek, **a.g.e.**, s. 243; Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 413; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 345.

¹⁶⁴⁸ Kender, **a.g.e.**, s. 347; Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 406.

¹⁶⁴⁹ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 406; Can, **a.g.e.**, s. 209.

¹⁶⁵⁰ Yalnız kaza sigortası kapsamında, zarar sigortası ilkelerine göre ödeme yapılması gereken ödemeler yapılabilir. Mesela sigortacının kaza sonrasında tedavi masrafları için yaptığı ödemeler bu kapsamda değerlendirilebilir (Bkz. Can, **a.g.e.**, s. 210. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı için Yarg. 11. HD., 29.03.1979 T., E. 1051, K. 1629 (www.kazanci.com)).

¹⁶⁵¹ Zarar sigortalarında amaç, sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan riskin gerçekleşmesi halinde sigortalının azalan malvarlığının eski haline döndürülmesidir. Yoksa sigorta sözleşmesi, anılan sigorta sözleşmesi türleri bakımından hiçbir zaman bir kazanç aracı olarak kabul edilemez. Eğer sigortalı, sigorta sözleşmesi aracılığıyla mevcut olan zararından daha fazla bir değerle tatmin edilirse bu, onun elde edeceği karın topluma ödettirilmesi anlamına gelir ki, bu da kabul edilemez. Sonuçta sigorta hukukunun temel amacı ve sosyal fonksiyonu, zarar tehlikesi bulunan risklerin olumsuz sonuçlarının toplumun geneline paylaşılmasıdır. Öte yandan zenginleşeceğini bilen bir sigortalı riskin gerçekleşmesine kendisi sebep olabilir ki bu da sağlanmak istenen düzenin tamamen bozulmasına sebep olur (Sorumluluk hukukunda genel bir ilke olarak kabul edilen bu yasağın sigorta hukukundaki uygulamasına ilişkin olarak bkz. Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 406; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 4vd.; Can, **a.g.e.**, s. 45-46; Tekil, Tazmin İlkesi, s. 113-114; Beignier, **a.g.e.**, s. 483; Lambert-Faivre / Leveneur, **a.g.e.**, s. 407 vd.).

Diğer taraftan şahısvarlığı değerlerine ilişkin can sigortalarında (hayat sigortası, kaza sigortası) ise, zenginleştirme yasağı bulunmamaktadır. Bunun sebebi şahısvarlığına gelecek zararların miktarının objektif olarak hesaplanamamasıdır. Dolayısıyla bu sigorta türlerinde zararlar ilgili bir hesaplama yapılmaksızın bir sigorta tazminatı ödemesi yapıldığı gibi, zenginleştirme yasağı ilkesinin uzantısı olan halefiyet esası da uygulama alanı bulmaz (Bkz. Can, **a.g.e.**, s. 189-190; Lambert-Faivre / Leveneur, **a.g.e.**, s. 53).

¹⁶⁵² Lambert-Faivre / Leveneur, **a.g.e.**, s. 53; Can, **a.g.e.**, s. 209.

Eğer sigortacı, sigorta ettiren (sigortalı) ile halefiyete yol veren bir sigorta sözleşmesi ilişkisine girmiş, ancak bu sözleşme herhangi bir sebeple geçersiz olmuş ise bu durumda da halefiyet sonucu oluşmaz¹⁶⁵³. Geçerli bir sigorta sözleşmesinin varlığı, sigortacının sigorta tazminatı ödemesinin hukukî sebebini oluşturmaktadır¹⁶⁵⁴. Buna rağmen sigortacı yine de sigortalıya ödemede bulundu ise, ödediğini sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri isteyebilir¹⁶⁵⁵. Böyle bir durumda ortaya iki farklı olasılık çıkabilir. Eğer sigortacı hataen kendini borçlu zannederek sigortalıya ödemede bulunduysa talep temeli TBK m. 77 olacak, ancak bunun yanında TBK m. 78 f.1 de uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda sigortalı edimden ötürü zenginleşmiş olur, sigortacı ona karşı talepte bulunurken sebepsiz zenginleşmenin genel şartlarının yanında hatayla hareket ettiğini de ispat etmelidir. Buna karşılık sigortacı böyle değil de, zarardan sorumlu olan üçüncü kişinin borcunu ifa etmek maksadıyla –bunu açıkça belirterek- üçüncü kişi olarak hareket etmişse, bu durumda zenginleşme, sigortalının değil, zararı veren üçüncü kişinin malvarlığında gerçekleşmiş olur. Bu kez, borçtan kurtulmadan ötürü edim dışı bir zenginleşmenin varlığı söz konusudur. Sigortacının talepte bulunmak için salt sebepsiz zenginleşme genel şartlarını ispat etmesi yeterli olacaktır¹⁶⁵⁶. Bu son olasılıkta, üçüncü kişi olarak ifade bulunan sigortacı, zararın asıl sorumlusu ile anlaşarak onun yapacağı bildirimle TBK m. 127 f.2 uyarınca alacaklıya halef de olabilir¹⁶⁵⁷, ¹⁶⁵⁸. Ancak bu zaten sadece sigortacının değil, ifade bulunan herhangi bir üçüncü kişinin de faydalanabileceği genel bir imkândır.

Sigortacının halefiyetine ilişkin olarak TBK m. 61'in herhangi bir işlevinin olup olmadığı da düşünülebilir. Bu konuya aşağıda ayrıntılı olarak yer vereceğiz¹⁶⁵⁹. Yine de bu başlık altında da özetle birkaç şey söylemek yerinde olacaktır. TBK m.

¹⁶⁵³ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 73; Can, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁶⁵⁴ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 71.

¹⁶⁵⁵ Kender, **a.g.e.**, s. 345.

¹⁶⁵⁶ Öte yandan, eğer şartları oluştuysa sigortacının özel rücu talebini gerçek vekâletsiz görmeye dayandırması da düşünülebilir. Sonuçta, vekâletsiz iş görme hükümleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre daha avantajlı bir rücu hakkı sağlayacaktır (Bkz. Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 75; Atabek, **a.g.e.**, s. 244; Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 413).

¹⁶⁵⁷ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 73.

¹⁶⁵⁸ Halefiyet şartlarının oluşmasını bu şekilde sağlayamayan sigortacı, alacaklıyla anlaşmayı da deneyebilir. Türk Hukukunda alacaklının bir kimsenin kendisini halef olmasını doğrudan sağlayabilmesi mümkün değildir. Ancak alacaklının alacağını sigortacıya satması ve temlik etmesi suretiyle sigortacının zarardan sorumlu olan üçüncü karşısında halef gibi teminatlardan faydalanması sağlanabilir. Bu durumda teknik anlamda bir rücuda bahsedilemese de, sonuçları itibarıyla benzer bir durumun oluştuğu söylenebilir (Bkz. Kender, **a.g.e.**, s. 346; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 73).

¹⁶⁵⁹ Bkz. aşağıda §3, II, B, 4 altındaki açıklamalarımız.

61 aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olan kişiler bakımından müteselsil sorumluluk esasını öngörmekte ve bunun sonucu olarak alacaklıya (zarar görene) yapılan ifaya halefiyet sonucunu da bağlamaktadır. Ne var ki sigortacı, doktrinde yaygın olan kanunun aksine sigortalının zararından herhangi bir sebeple sorumlu olan bir kişi olarak değerlendirilemez. Zira o, sigortalıya karşı, sigorta sözleşmesi kapsamında, tamamen bambaşka ve ayrı bir edim olan sigorta tazminatını ödeme borcu altındadır¹⁶⁶⁰. Sigorta tazminatı, dolaylı olarak sigortalının zararının karşılanmasına hizmet etmekle beraber, zarardan sorumluluk kapsamında ödenmesi gereken bir meblağ olarak değerlendirilemez. Daha çarpıcı bir deyişle, sigortalının zararı, sigorta tazminatının edim değerinin belirlenmesinde sadece bir makyas (ölçüt) oluşturmaktadır. Yoksa sigortacının doğrudan doğruya bu zarardan bir sebeple sorumlu olması söz konusu değildir. Dolayısıyla, TBK m. 61 başlığı altında, sigortacının zarardan sorumlu olan kişilerle bir teselsül bağı bulunmamaktadır ve bu maddeden kaynaklı bir halefiyet sonucunun oluşabileceğinden de hiçbir suretle söz edilemeyecektir. Sigortacının halefiyeti, özel olarak sigorta sözleşmesini düzenleyen hükümlerden kaynaklanmaktadır¹⁶⁶¹.

b. Üçüncü Kişinin Sorumluluğunu Gerektiren Bir Halin Varlığı

Sigortacının sigortalıya halef olabilmesi için, sigortalının zarardan sorumlu bir üçüncü kişiden tazminat talebinde bulunabilir durumda olması gerekir¹⁶⁶². Üçüncü kişi kavramıyla kastedilen ise, sigorta sözleşmesi tarafları dışında ve bu ilişkiye yabancı olan diğer kimselerdir. Sigortalı ve sigorta ettirenin kimliği farklı ise, sigorta ettiren de üçüncü kişi kavramına girebilir¹⁶⁶³. Hatta kanun bir kısıtlama öngörmediği için sigortalının zarardan sorumlu olduğu halde bir sebeple tazminat talep

¹⁶⁶⁰ Yael Strub, **Der Regress des Schadenversicherers de lege lata – de lege ferenda**, Zurich: Schulthess, 2011, s. 73; Buz, **Sigortacının Hukukî Konumu**, s. 36.

¹⁶⁶¹ Strub, **a.g.e.**, s. 86; Buz, **Sigortacının Hukukî Konumu**, s. 38-39.

¹⁶⁶² Can, **a.g.e.**, s. 46; Kender, **a.g.e.**, s. 344; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 88; Atabek, **a.g.e.**, s. 244; Bozer, **Sigorta Hukuku**, s. 214; Beignier, **a.g.e.**, s. 534; Claude Berr / Hubert Groutel, **Droit des assurances**, 8ème Edition, Paris: Dalloz, 1998, s. 100; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 346. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 05.04.2000 T., E. 11-745, K. 734; Yarg. 11. HD., 26.05.1999 T., E. 2396, K. 4486 (www.kazanci.com).

¹⁶⁶³ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 409. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD. 13.02.1977 T., E. 6913, K. 775 (www.kazanci.com).

Aksi görüşte bkz. Kender, **a.g.e.**, s. 344. Yazara göre sigortalının sigortadan faydalanabilmesi için primlerini ödeyen sigorta ettirene karşı halefiyet yoluyla başvuru söz konusu olamamalıdır. Dolayısıyla bu kişi üçüncü kişi kavramının içinde değerlendirilmemelidir.

etmeyeceği kişiler –örneğin yakın aile bireyleri- de aynı kapsamda değerlendirilecektir. Eğer sigortalı bu kişilere daha sonra sigortacı tarafından halefiyet yolu üzerinden başvurulmasını istemiyorsa, en başta sigorta tazminatını hiç talep etmemelidir¹⁶⁶⁴.

Üçüncü kişinin zarardan sorumluluğunu gerektiren sebep, haksız fiile, kanundan doğan bir kusursuz sorumluluk temeline veya sözleşmeye dayanabilir¹⁶⁶⁵. Eğer zarardan farklı sebeplerle sorumlu olan kişiler bulunuyorsa sigortacı halefiyeti kapsamında bunlardan dilediğine ilgili sebeple başvurabilir. Bu durumda bu kişiler arasındaki teselsül ilişkisinin (TBK m. 61) özelliklerinden halef sigortacı da faydalanabilecektir¹⁶⁶⁶.

c. Sigortalının Tatmin Edilmiş Olması

Sigortacının halefiyetinin gerçekleşebilmesi için sigortalıya sigorta tazminatının ödenmiş olması gerekmektedir¹⁶⁶⁷. Sigorta tazminatı ödenene kadar sigortalı zarardan sorumlu olan kişiye ve sigortacıya başvurmak bakımından farklı ve yarışan taleplere sahip bulunmaktadır. Ne var ki sigortacı, sigorta tazminatını ifa ettikten sonra, artık sigortalı tarafından zarardan sorumlu olan kişiye başvurulması mümkün olmaz. Bu andan itibaren sigortacı, onun halefi olarak zarar sorumlusuna bizzat başvurabilecektir. Bir başka deyişle, halefiyetin etki anı, sigorta tazminatının ödenmesi anıdır.

Şayet sigortacı, sigorta tazminatıyla, sigortalıya ait zararın yalnızca bir kısmının karşılanmasını sağlamışsa, bu durumda sigortalı zarar sorumlusuna kalan değer için yine başvuruda bulunabilecektir¹⁶⁶⁸. Hatta onun başvurusu, *nemo subrogat contra se* ilkesi çerçevesinde sigortacıya göre öncelik arz eder. Ancak onun alacağına ulaşma süreci tamamlandıktan sonra sigortacının talebi değerlendirmeye alınabilir¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁴ Can, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁶⁶⁵ Kender, **a.g.e.**, s. 344; Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 411; Can, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁶⁶⁶ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 410.

¹⁶⁶⁷ Berr / Groutel, **a.g.e.**, s. 100; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 346; Lambert-Faivre / Leveneur, **a.g.e.**, s. 451.

¹⁶⁶⁸ Beignier, **a.g.e.**, s. 533.

¹⁶⁶⁹ Bu ilkeyle ilgili olarak bkz. yukarıda §3, I, E altındaki açıklamalarımız.

Arada geçerli bir sözleşme ilişkisi olmasına rağmen, sigortacı şartları oluşmadığı halde sigortalıya sigorta tazminatı ödemesinde bulduysa, yapılan ödeme halefiyetin oluşmasını sağlamayacaktır¹⁶⁷⁰. Sigortacı böyle bir durumda, borçlu olmadığı şeyi ifa etmiş olacağından yaptığı ödemeyi sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iade talebiyle (*condictio indebiti*) geri isteyebilir (TBK m. 78).

d. Özel Rücu Hakkının Varlığı

Sigortacının halefiyetten faydalanabilmesi için sigortalının zararından sorumlu olan üçüncü kişiden, sigorta tazminatına yaptığı ödemeye istinaden, özel rücu hakkına dayalı olarak talepte bulunabilir olması gerekir. Belirtilmelidir ki, sigortacı ile üçüncü kişinin birlikte borçlular olarak özel rücu yolunda karşı karşıya gelmeleri halefiyetin öngörüldüğü diğer birlikte borçluluk hallerine kıyasla tamamen tesadüfi bir özellik gösterir. Bu nedenle iç ilişki, bilinçli ve içeriği kararlaştırılmış bir ilişki olmaktan uzaktır. Sözün özü, bu ilişki çoğu zaman bir sözleşme ilişkisi olmayacaktır. Sigortacı ile üçüncü kişi arasında olabilecek ilişkiler, daha ziyade ya gerçek vekâletsiz iş görmeye ya da borçtan kurtulma yoluyla edim dışı sebepsiz zenginleşmeye dayanacaktır¹⁶⁷¹.

Yalnız bu şekilde, tesadüfi mahiyette de olsa mutlaka bir iç ilişkinin bulunması icap eder. Zira halefiyetin öngörülebilmesi bu iç ilişkiden doğan özel rücu hakkının varlığına bağlıdır. Sonuçta halefiyet aslının varlığına muhtaç bir ferî bir imkândır. Gerçi sigorta hukukunda halefiyet prensibinin öngörülmesinin ardında, yine halefiyetin öngörüldüğü diğer birlikte borçluluk hallerinden farklı olarak, sigortalının zenginleştirilmesi yasağı (tazminat ilkesi) bulunmaktadır. Öte yandan burada halefiyetin sigortacıya sağladığı imkânların da diğer durumlara kıyasla daha sönük kaldığı da gözden kaçırılmamalıdır. Sonuçta sigortalı ve zarar sorumlusu arasındaki -tesadüfi- ilişkide bir teminatın öngörülmüş olma olasılığı düşüktür. Belki sigortalı ve zararı veren kişi arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisi olduğunda teminatlar gündeme gelebilecektir. Ne var ki bu ilişkinin bir haksız fiil olduğu durumlarda,

¹⁶⁷⁰ Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 346.

¹⁶⁷¹ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 24-26. Farklı bir görüş için bkz. Nomer, **Sigorta**, s. 256-258. Yazar, rücu hakkının dayanağını haksız fiilde müteselsil sorumluluğa ilişkin iç ilişki düzenlemesini getiren TBK m. 61'e (EBK m. 51) dayandırmaktadır. Yazarın görüşüne katılmıyoruz. Zira sigortacının TBK m. 61 kapsamında zarardan dolayı müteselsil sorumlu kişiler arasında değerlendirilmeyeceği kanaatindeyiz (Bkz. aşağıda §3, II, B, 4 altındaki açıklamalarımız).

haksız fiilin tesadüfî mahiyeti –başlangıçta- borç için bir teminat gösterilmiş olması olasılığını düşürmektedir. Yine de sigortacıya yarışan farklı talep temellerinin sağlanması ve ona bunlardan şartları kendisine en uygun olanın seçilmesi şansı verilmesinin burada da ekstra bir avantaj oluşturduğu ve bu bağlamda özel rücu hakkını güçlendirdiği hususu yadsınamaz.

4. Garanti Sözleşmesiyle Oluşan Birlikte Borçlulukta TBK m. 62 f.2 Çerçevesinde Halefiyetin Oluşacağından Söz Edilebilir mi?

Haksız fiillerden dolayı müteselsil sorumluluğu düzenleyen TBK m. 61, “*aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu*” olan kişiler bakımından teselsül hükümlerinin (TBK m. 162-168) uygulanacağını belirtmektedir. Bu hükümlerin uygulanmasının bir sonucu da farklı sebeplerden sorumlu olan kişilerin hâkim tarafından tespit edilecek iç ilişkilerinde halefiyet yolundan faydalanabilmeleri de söz konusu olacaktır.

TBK m. 61, bu haliyle önemli bir yeniliği içermektedir. Söz konusu hükümle 818 Sayılı EBK dönemindeki tam – eksik teselsül ayrımı (TBK m. 50-51) kaldırılmış, aynı ve farklı sebeplerden sorumluluk olması halleri arasında bir ayrıma gitmeksizin tek bir teselsül yapısı kabul edilmiştir. Hâlbuki EBK m. 51, farklı sebeplerden dolayı aynı zarardan sorumlu olan kimselere sadece yalın bir rücu hakkı öngörmekte, halefiyetten faydalanmalarına izin vermemekte idi. Ayrıca hangi eksik müteselsil borçlunun hangisine rücu talebi yöneltilebileceği hakkında da kanunda hâkime yol gösterici nitelikte bir sıra mevcut bulunuyordu. Buna göre öngörülen sıralama şöyleydi: İlk olarak sebep olan haksız fiil sorumlusu, ikinci sırada sözleşmesel olarak sorumlu olan kişi, son olarak da kusuru olmaksızın sorumlu olan kişi. Bu çerçevede zararı veren kişinin tazminat borcunun nihai yükünü taşıması düşünülmüştür. O kimseye rücu edemeyecektir. Diğerleri de sıradaki durumlarına göre birbirine rücu edebilirler¹⁶⁷². Belirtildiği üzere, bu sıralamanın hâkim açısından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Hâkim, hakkaniyet çerçevesinde farklı bir paylaşım da yapabilir.

¹⁶⁷² Bugnon, *Action récursoire*, s. 71-72.

Peki, bir zarardan farklı sebeplerle sorumlu olan kişilerden kimler anlaşılacak gerekecektir? Doktrinde, eski dönemde kusuruyla zarar veren haksız fiil failinin, varsa kusursuz olarak bundan sorumlu olan kişinin ve sözleşmeyle bu zararı karşılamayı taahhüt etmiş olan kişinin (sigortacı) alacaklı zarar görene karşı eksik müteselsil borçlu konumunda olacağı kabul edilmekte idi¹⁶⁷³, ¹⁶⁷⁴. Şüphesiz bu yaklaşım doğrultusunda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında da bu kişiler aynı şekilde tam teselsüle tabi olurlar. Esasen sigorta sözleşmelerinde halefiyet kanunda özel olarak başka hükümlerle zaten öngörüldüğü için, sigortacı bakımından bu kabul dâhilinde dahi büyük bir değişiklik olacağı söylenemez. Oysaki ilgili düşünceyle, garanti veren kişinin durumu yeni düzenleme kapsamında tamamen değişecektir.

Ayrıntılandırılacak olursa, bu yaklaşımın kabulüyle birlikte, bir riskin gerçekleşmesi dâhilinde oluşacak zararın karşılanması bakımından garanti veren kişinin de bir müteselsil borçlu olacağı, dolayısıyla müteselsil borçlulukla ilgili rücu hükümlerine tabi olunacağı söylenebilir¹⁶⁷⁵. Böyle bir yaklaşım, garanti verenin hukukî durumuna tam anlamıyla “sınıf atlatacak”, eski düzenleme çerçevesinde bir rücu hakkına sahip olup olmadığı bile tartışmalı olan bu birlikte borçlu, hem halefiyet avantajına da sahip olarak bir rücu hakkı elde edebilmiş (tabi hâkim öngörürse) olacaktır. Öte yandan TBK m. 114 f.2’ye göre, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağı için,

¹⁶⁷³ Bkz. Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 388; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 302; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 51, N. 22; Brehm, **BerKom.**, Art. 51, N. 60-61; Werro, **CoRo.**, Art. 51, N. 13; Viret, **a.g.e.**, s. 152; Engel, **Partie Générale**, s. 569-570; Nomer, **Rücu Zamanlaşımı**, s. 252.

¹⁶⁷⁴ Aslında bu kabul, sigortacının halefiyeti hakkında başka sorunlara da yol açıyordu. Türk Hukukunda eksik teselsülde rücu sırası öngören EBK m. 51 f.2 ve ETTK m. 1301 hükümlerinin nasıl bağdaştırılacağı konusunda doktrinde tereddütler bulunmakta idi. Sonuçta sigortacının EBK m. 51 f.2’deki kademeli rücu sırasına dâhil olacağı kabul edilecek olursa, bu durum onun açısından bir rücu engeli de meydana getirir ve halefiyet öngören ETTK m. 1301 hükmünün uygulaması kısıtlanmış olur. Sigorta tazminatına ilişkin ödemede bulunan sigortacı zarardan kusursuz sorumlu olan üçüncü kişilere bu sınırlama dâhilinde başvuruda bulunamayacaktır (Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, **Sigortacının Hukukî Konumu**, s. 31). İsviçre Hukukunda benzer sorun ve çözüm önerileri için bkz. Vincent Brulhart, “La pluralité des responsables: quelques enjeux en droit des assurances”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, éd. Franz Werro, Université Fribourg, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 89-105, s. 94-95.

Sorun teşkil edebilecek olan bu durum, sigorta hukuku doktrininde ETTK m. 1301’in EBK m. 51 f.2’ye göre özel düzenleme teşkil ettiği düşüncesiyle aşılmakta idi (Bkz. Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 58; Nomer, **Rücu Zamanlaşımı**, s. 252; Brulhart, **a.g.e.**, s. 95-96).

¹⁶⁷⁵ Nitekim Reisoğlu (**Garanti**, s. 168), garanti verenin EBK m. 51’e göre eksik teselsül ilişkisine dâhil olacağını kabul etmektedir (Benzer yönde Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 872-874; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 51, N. 16; Béguelin, **FJS 769**, s. 7; Omağ, **BTM**, s. 338;). Aynı dönemde bu görüşün yasal bir temelini bulunmadığına ilişkin olarak ileri sürülen bir görüş de bulunmakta idi (Bkz. Barlas, **BTM**, s. 82; Develioğlu, **Garanti**, s. 421; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 463, Werro, **CoRo.**, Art. 51, N. 13).

gerek bir mutlak hak ihlaline bağlı oluşacak zarar riskini gerekse de bir borca aykırılığa bağlı oluşacak zarar riskini teminat altına alan garanti verenler bu imkândan şüphesiz olarak istifade edebilecektir.

Ne var ki biz, ilk tahlilde sigortacı bakımından yapılan bu yaklaşımı da yerinde bulmadığımız için, garanti veren bakımından¹⁶⁷⁶ da aynı sonucun oluşacağını düşünmüyoruz. Düşüncemizi şöyle açıklayabilir ve gerekçelendirebiliriz: Gerek sigortacı gerekse de garanti veren belirli bir riskin oluşması dâhilinde oluşacak zararı karşılamayı ayrı bir sözleşme ile alacaklıya (zarar görene) taahhüt ederler. Buraya kadar bir problem bulunmamaktadır. Söz konusu yanılğı bu noktada başlamaktadır. Ne sigortacı ne de garanti veren kişi, haksız fiil veya borca aykırılık nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu kişiler değildir. Onların sorumlu oldukları şey, “sigorta tazminatı” ve “zararın karşılanmasına ilişkin para ödenmesi” borçlarıdır. Bu iki borç da, söz konusu zararın karşılanmasına ilişkin tazminattan tamamen ayrı ve ayırt da edilmesi gereken iki “bağımsız” borç olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁷⁷. Yani zarar, yine deyim yerindeyse bu borçların içeriğinin belirlenmesinde sadece bir “mikyas” (ölçüt) vazifesi görür. Oysaki TBK m. 61’de teselsül ilintisi içinde birlikte borçlu olarak edilen diğer kişiler bizzat zararın kendisinden sorumludur ve tali tazminat edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu zaten hükmün uygulanması için de bir zorunluluktur. Hüküm açıkça “[a]ynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu” olunması halinde teselsül ilintisinin oluşacağını hükme bağlamıştır. Ancak ne sigortacı ne de garanti veren bizzat zarardan değil, yaptıkları sözleşmeyle alacaklıya karşı yükümlendikleri münferit ve ayrı edim yükümlülüklerinden sorumludur. Sonuç olarak buradaki püf noktasının, zararın bizzat ilgili sözleşmedeki borca aykırılıktan meydana gelmiş olması olduğu söylenebilir. Şayet böyle bir durum söz konusu ise, zarardan bu şekilde (TBK m. 112 uyarınca) sözleşme ile sorumlu olan kişi de teselsül ilintisi içinde değerlendirilir.

Dolayısıyla, garanti veren açısından bu düzenleme ışığına yeni bir dönemin açılacağını iddia etmek yerinde olmayacaktır. Garanti veren kişi, ancak şartları

¹⁶⁷⁶ Tandoğan (**Mesuliyet**, s. 388), kefalet ve garanti verenleri de EBK m. 51 kapsamındaki müteselsil sorumlulular arasında görmektedir. Aynı görüş için bkz. Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 881; Reisoğlu, **Garanti**, s. 166.

Bu görüşün gerekçemize benzer bir gerekçe ile eleştirisi için bkz. Barlas, **BTM**, s. 82-83.

¹⁶⁷⁷ Garanti borcunun ayrı bir borç olmasıyla ilgili olarak Lombardini, **a.g.e.**, s. 578. Ayrıca bkz. sigorta sözleşmesi bakımından doğrudan bu görüş kapsamındaki değerlendirmeleri için Werro, **CoRo.**, Art. 51, N. 13; Strub, **a.g.e.**, s. 73; Buz, **Sigortacının Hukukî Konumu**, s. 36 vd.

oluşmuşsa aşağıda detaylarıyla açıklanacak özel rücu hakkına sahip olabilecektir. Öte yandan hiç şüphesiz asıl borçlunun TBK m. 127 f.2 uyarınca yapacağı bir ihbar sonrasında onun yerine borcu yerine getiren bir garanti veren halefiyet avantajından faydalanabilecektir. Ancak bu durumda o, zaten garanti veren sıfatıyla hareket etmemekte, herhangi bir üçüncü kişinin yapabileceği şekilde asıl borcu ifa etmektedir. Asıl borcun bu şekilde ifa edilmesiyle ise, garanti sözleşmesinden doğan risk gerçekleşmeyeceği için garanti borcunun yerine getirilmesi gerekliliği hiç doğmayacaktır.

Yalnız bir noktaya da açıklık getirmek gereklidir: TBK m. 61 kapsamında zarardan müteselsil sorumluluğun kapsamına yukarıdaki açıklamalar kapsamında hiçbir zaman bir sözleşmesel borçlunun girmeyeceği gibi bir yargıda da bulunulamaz. Böyle bir durum, yani farklı sebeplerle oluşan teselsül yapısında sözleşmesel bir sorumlunun da bulunması, çeşitli sebeplerle hiç şüphesiz meydana gelebilir. Akla gelebilecek ilk örnek ifa yardımcısının davranışlarından ötürü sorumlu olan asıl borçlunun durumudur. İfa yardımcısı, alacaklıya karşı bir mutlak hak ihlalinde bulunduğu, kendisi haksız fiil nedeniyle, asıl borçlu ise sözleşme uyarınca (TBK m. 116) sorumlu olur. Bu iki kişi arasındaki teselsül ilişkisi kapsamında, zararı karşılayan müteselsil borçlu (sözleşme borçlusu) diğerine hâkimin bu yönde bir öngörüsü varsa rücu edebilir. Rücuyla ilişkin eski EBK m. 51 f.2 ise, doktrinel bir fikir olarak halen daha uygulanabilir. Sonuçta sistemin temelindeki mantık değişmediğine göre, yine zararı asıl veren kişinin nihai sorumlu tutulacağı bir skala üzerinden düşünülmesinde bir sakınca bulunmamaktadır¹⁶⁷⁸. Yalnız, bu verilen örnek dâhilinde, halefiyetin gerçekten bir işe yarayacağı kanısına da kapılmamalıdır. Zira rücu edilecek kişiye karşı alacaklının ilk planda bir teminattan faydalanması olasılığı zaten düşüktür. Özel rücu hakkını ise hâkimin takdir ettiği düşünülecek olursa, bu hakka temel teşkil eden ilişkinin içeriği ileri sürülmeden ileri sürülebilecek bir hak, dolayısıyla bir ispat avantajı da mevcut değildir.

¹⁶⁷⁸ Bkz. Halûk Nami Nomer, Nami, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, s. 53-60, s. 59-60.

C. Talebin Kapsamına Giren Değerler

1. Genel Olarak

Halef olan birlikte borçlunun, genel rücu hakkı kapsamında nelere ilişkin taleplerinin olabileceği tespit edilmelidir. Halefiyet kapsamında değerlendirilmesi gereken değerlerin başında nihai olarak yüklenilmesi gereken borç payını aşan değer gelmektedir. Peki, bundan başka ne gibi değerlere ilişkin talepte bulunulabilecektir? Farklı borçluluk ilişkilerinde farklı tespitlerin yapılması mümkündür.

Dolayısıyla bu başlık altında, özel olarak farklı ilişki türlerinde bir birlikte borçlunun alacaklıya ödediği borç ve borca bağlı olarak ortaya çıkacak değer kalemlerinin diğerlerine ne oranda halefiyet yolu üzerinden yansıtılabileceğine değinmek istiyoruz.

2. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta

a. Alacaklıya Olan Borcun İç İlişkideki Payı Aşan Kısmı

Müteselsil borçlulardan birinin alacaklıya iç ilişkide kendi üzerine düşen paydan fazla ifada bulunması durumunda, bu değer bakımından ona halef olacak ve iç ilişkideki payları oranında -ve kısmi borçluluk ilkeleri dâhilinde- diğer borçlulardan talepte bulunulabilecektir¹⁶⁷⁹. Özel rücu hakkı bakımından TBK m. 167 f.1, borçlular arasında özel bir paylaşırma olmadıkça eşit oranlarla sorumluluk doğacağını kabul etmektedir¹⁶⁸⁰. İfade bulunan borçlu, halefiyete dayalı olarak yapacağı rücu talebinde başka hiçbir belirtmede bulunmazsa, başka herhangi bir ispat faaliyetine bulunmasına gerek de kalmaksızın, her bir borçludan borcun eşit bir parçası için bulunmaksızın talepte bulunabilecektir. Eğer başvuruda bulunulan müteselsil borçlulardan biri, daha az bir değerle sorumlu olacağını iddia ediyorsa bunu kendisi ispat etmelidir. Aynı şekilde başvuruda bulunan borçlunun özel rücu hakkının kapsamı daha fazla ise, o da bunu ispat ederek daha yüksek bir değer üzerinden halefiyet avantajından faydalanabilir. Ne olursa olsun asıl alacak

¹⁶⁷⁹ Starck, **a.g.e.**, s. 710.

¹⁶⁸⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1212.

bakımından halefiyet, en fazla asıl alacak miktarı kadar gerçekleşebilecektir. Zira alacaklı sahip olduğundan fazlasını halefiyet kapsamında müteselsil borçluya devredemez¹⁶⁸¹.

Müteselsil borçlunun halefiyet yolundaki talebinin konusu, ilk planda borçlanılan edim her ne olursa olsun, bir para edimi olacaktır. Bu anlamda kendisine başvuruda bulunulan müteselsil borçlu, rücu talebine dış ilişkideki borcun konusunu oluşturan edimle ifade bulunarak borçtan kurtulamaz¹⁶⁸². Yani burada, halefiyetin alacağın sona ermeden devamını sağlayan varsayımı üzerinden, alacağı o haliyle devamının sağlandığı iddiası ileri sürülemez. Zira böyle bir iddia, halefiyetin altında yatan denkleştirme menfaatini teminat altına alma düşüncesiyle bağdaşmaz. Bu anlamda müteselsil borcun dış ilişkide konusunu oluşturan edimin bölünebilir veya bölünemez özellikte olması, rücu talebi açısından bir önem taşımaz. Zira halefiyet yolunda, bu ilk edim her zaman kendiliğinden bölünebilir bir para edimine dönüşecektir.

Buna karşılık müteselsil borçluların aynı ya da farklı değerlerde edimleri dış ilişkide alacaklıya karşı borçlanmaları rücu ilişkisi bakımından yapılacak değerlendirme ve payların hesaplanmasında önem taşır.

Bütün müteselsil borçluların aynı edimi borçlanmaları durumunda, payların hesaplanması kolay olacaktır. Edimin değeri, borçlular arasında yapılan paylaştırmaya göre bölünecek ve ifade bulunan borçlu bu değer üzerinden diğer her bir müteselsil borçluya başvuruda bulunabilecektir¹⁶⁸³. Bir örnekle somutlaştıralım. B1, B2 ve B3 A'ya karşı müteselsilen 3.000 TL borçlansınlar. B1 borcun tamamını ödesin. Bu durumda halefiyet yolu üzerinden yapacağı talepte B2'ye 1.000 TL, B3'e de 1.000 TL için talepte bulunabilecektir.

Buna karşılık her bir müteselsil borçlunun farklı edimi borçlandığı olasılıkta payların hesaplanması daha girift bir değerlendirmeyi gerektirecektir. Bu durumda öncelikle her bir borçlunun ediminin para değerinin hesaplanması şarttır. Daha sonra hangi borçlunun ifade bulunduğu göre talep edilebilecek değer farklılık

¹⁶⁸¹ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 95.

¹⁶⁸² Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 94.

¹⁶⁸³ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 177.

gösterecektir¹⁶⁸⁴. Doğrudan bir örnek üzerinden hareket edelim. B1, 15.000 TL değerinde bir antika duvar saati, B2 de 20.000 TL değerinde bir araba için müteselsil olarak A'ya karşı borçlansın. B1 ifayı gerçekleştirip, B2'ye rücu edebileceği zaman halefiyet yolu üzerinden rücu edebileceği değer, aksine bir kararlaştırma bulunmuyorsa kendi ediminin değerinin yarısı olan 7.500 TL için olacaktır. Yoksa B2'nin edim değerinin yarısı olan 10.000 TL için başvuruda bulunması düşünülemez. Zira böyle bir başvuru, B1'in B2 sırtından zenginleşmesi anlamına gelir. Diğer taraftan B2 ifayı gerçekleştirip B1'e başvurduğunda talep edebileceği değer kendi borçlandığı edimin yarı değeri olan 10.000 TL değil, B1'nin borçlandığı edimin yarı değeri olan 7.500 TL olacaktır. Aksi durumda, B1 başlangıçta tasarladığından daha yüksek bir nihai yüklenme ile borç altına girmiş olacaktır. Hâlbuki onun bu yönde bir iradesi bulunmamaktadır. Öte yandan bu durumun B2 için bir adaletsizlik oluşturduğu da söylenemez, o da başlangıçta borç altına girerken bu riski göz önünde bulundurmuş olacaktır. Sonuçta B1 önce ifada bulunsaydı onun sorumluluğu yalnızca 7.500 TL olacaktı. Buradan şöyle bir çıkarsama yapmak mümkündür: Farklı değerlerde edimleri borçlanan borçlular, aksi yönde bir kararlaştırma yapılmamışsa, halefiyete dayalı rücu ilişkisinde edimi daha az değerli olan borçlunun edim değeri üzerinden yapılacak paylaşırma bakımından nihai sorumluluk taşıyacaktır¹⁶⁸⁵. Bu noktada edimi daha yüksek değerde olan borçlunun veya edimi daha düşük değerde olan borçlunun ifada bulunması bir farklılık meydana getirmez.

Aslında burada dış ilişkideki müteselsil borçluluk da daha düşük edim değeri kadardır. Yani bu verdiğimiz örneğin B1'in 5.000 TL ile B2'nin ise 3.000 TL ile müteselsil olarak sorumlu olmalarından bir farkı yoktur. B1 ve B2 için müteselsil sorumluluk tavanı 3.000 TL'dir. Nitekim farklılaştırılmış teselsülde de benzer bir görünümün ortaya çıktığını, dış ilişkide farklı değerlerle alacaklıya karşı müteselsil sorumlu olan kişilerin bulunduğunu ama bunların ortak müteselsil sorumluluk tavanının sorumluluk değeri en düşük olan kişinin edim değeri olduğunu hatırlayalım. Bu tipte bir müteselsil borçluluk yapısında borçlu sayısının ikiden fazla olduğu durumlarda ise, temel prensip aynı olmakla birlikte daha karışık değerlendirmelerin yapılması gerekebilecektir. Buna göre B1 3.000 TL, B2 6.000 TL, B3 9.000 TL,

¹⁶⁸⁴ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 464.

¹⁶⁸⁵ Canyürek, **a.g.e.**, s. 123; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 177; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 318; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1300.

B4'ün de 12.000 TL değerlerinde para edimleriyle A'ya karşı sorumlu olduklarını düşünelim. Bu durumda A, bütün müteselsil borçlular bakımından ancak 3.000 TL değeri üzerinden müteselsil talepte bulunabilir. A'nın sadece B2, B3 ve B4'ten ortak talepte bulunduğu olasılıkta, müteselsil sorumluluk tavanı 6.000 TL olacak, sadece B3 ve B4'ten ortak talepte bulunduğu olasılıkta ise müteselsil sorumluluk tavanı 9.000 TL olacaktır. A 12.000 TL'nin tamamını ise sadece B4'ten isteyebilir. Böyle bir örnekte B4 borcun tamamı için ifada bulunduğu ise, onun halefiyete dayalı rücu talebinin diğer her bir borçlu bakımından değerleri şöyle sıralanabilir: B1 için 750 TL, B2 için 1750 TL (750 + 1000), B3 için 3250 TL (750 + 1000 + 1500). Yoksa diğer her bir borçlunun kendi sorumlu olduğu edim değeri dörde bölünerek bir nihai sorumluluk yükü bulunmamalı, teselsül katmanları teker teker ayrıştırılarak taşınacak yüklerin toplam hesabı yapılmalıdır. Bu katmanlı yapı dahilinde B4'ün nihai olarak taşıyacağı yük ise, 6250 TL (750 + 1000 + 1500 + 3000)'dir.

Müteselsil borçlulardan biri ifa yerine edimle alacaklıyı tatmin ederse, bu durumda yine farklı değerlerde edimi borçlanan müteselsil borçluların rücu ilişkisi bakımından izlenecek çözüm izlenecektir. İfanın yerine getirildiği edim ile ilk planda ifa edilmesi gereken edimden hangisinin değeri daha düşükse, paylaşırma o değer üzerinden yapılacaktır¹⁶⁸⁶.

Müteselsil borçlulardan biri kısmen ödemede bulunduğu anda, payını aşan değerde bir ödemede bulunduğu suretle yine halefiyete dayalı rücu talebinde bulunabilecektir¹⁶⁸⁷. Buna göre B1, B2, B3 A'ya karşı 3.000 TL için müteselsil olarak borçlanmış olsunlar. B1, 1.600 TL için kısmen ödemede bulunduğu takdirde, payını aşan 600 TL'lik kısmın 300 TL'si için B2'ye, 300 TL için B3'e rücu edebilecektir.

Borca katılma ve bölünemeyen borçluluk bakımından da bu konuda müteselsil borçluluk bakımından yapılan açıklamalar aynen geçerlidir.

¹⁶⁸⁶ Tunçomağ, s. 1062; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 335; Canyürek, **a.g.e.**, s. 123; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 178; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 318; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 148, N. 8.

¹⁶⁸⁷ Von Tuhr (Edege), **a.g.e.**, s. 806.

b. Faiz ve Diğer Masraflar

Müteselsil borç bir para borcu olduğunda, bu borç için değişik türde faizler işleyebilecektir. İlk olasılıkta, müteselsil olarak borçlanılmış para borcu için belirli dönemlerle anapara faizi işletilmesi kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda ifa edilecek müteselsil borçtan sorumluluğun kapsamına borcun ferîsi olan bu faiz borcu da dâhildir. Anapara faizi bakımından ödemede bulunan müteselsil borçlu, bu değer için de diğerlerine payları oranında talep yöneltebilmek üzere alacaklıya halef olacaktır¹⁶⁸⁸. Buna karşılık sadece bir müteselsil borçlunun dar anlamda borç ilişkisi bakımından anapara faizinin işleyeceği öngörülmüşse, bu borçlu diğerlerine, alacaklıya ödediği anapara faizi değeri için rücu edemeyecektir.

Diğer taraftan borçlunun temerrüde düşmesiyle söz konusu olacak temerrüt faizi bakımından ise, konuya anapara faizi bakımından olduğundan farklı yaklaşmak icap eder. Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde kabul ettiğimiz görüş uyarınca¹⁶⁸⁹, bir borçlunun borca aykırı davranışından ötürü diğeri sorumlu olmaz, zira borçlular birbirlerinin durumunu kişisel hareketleriyle ağırlaştıramazlar (Bkz. TBK m. 165). Buna göre, bir borçlunun borca aykırı davranışı, yalnızca kendisi bakımından bir sonuç oluşturur. Dolayısıyla, temerrüt faizi de, bir borca aykırılığın sonucu olarak, sadece ilgili borçlu bakımından sonuç doğuracaktır.

Yalnız akla şöyle bir soru gelebilir: Müteselsil borçlulardan hiçbiri ilgili vade tarihi geldiğinde ödeme yapmamış olabilir. Bu durumda her bir müteselsil borçlunun borcu bakımından temerrüt faizi işleyecektir. Daha sonra alacaklı bu müteselsil borçlulardan birinden talepte bulunduğu anda temerrüt faizini ödeyen borçlu diğerlerine bu faiz değeri için de talepte bulunabilecek midir? Esasen belirtilen prensip ışığında düşünülürse (TBK m. 165) bu soruya verilecek cevap da hayırdır. Zira alacaklı işleyecek temerrüt faizi için borçluların kişisel sorumluluğuna gidebilir. Bu anlamda müteselsil borçlu, bu kişisel sorumluluğun nihai yükünü diğerleriyle paylaşamaz. Ancak söz konusu kabul, garip bir sonuca da yol açabilir. Eğer alacaklı her bir borçludan kişisel olarak işlemiş temerrüt faizini talep edebilecekse, aynı borç için temerrüde düşen borçlu sayısı (dar anlamda borç ilişkisi sayısı) kadar ayrı faiz

¹⁶⁸⁸ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 216; Canyürek, **a.g.e.**, s. 124; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 179; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 318.

¹⁶⁸⁹ Bkz. yukarıda §2, II, A, 3 altındaki açıklamalarımız.

borcu talebi olabileceğinin kabulü gerekir. Bu durum, faiz borcunun zarar şartına da bağlı olmamasının bir sonucudur¹⁶⁹⁰. Ancak böyle bir sonuç, hakkaniyete aykırı olacağı için kabul edilemez. Alacaklının aynı alacağı için birden fazla kere temerrüt faizi isteyebilmesi isabetli olmaz. Dolayısıyla temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlulardan biri alacaklıya ilgili dönem için işleyen temerrüt faizini ifa ettiğinde, alacaklı diğerlerinden temerrüt faizi talebinde bulunamamalıdır. Buraya kadar dış ilişki bakımından sağlanan hakkaniyetin bu kez iç ilişki bakımından da gözetilmesi gerekir. Şöyle ki, alacaklı sadece temerrüde düşen müteselsil borçluların birinden faizin tamamı için talepte bulunduğunda bu borç kişisel bir borç olduğu için bu borçlunun diğerlerine bir rücu talebi olamayacaktır. Ancak bu da sadece alacaklının tesadüfen seçtiği müteselsil borçlunun tüm faiz yükünü yüklenmesi anlamına gelir. Diğerleri ise tamamen hiçbir kayba uğramaksızın bu yükten sıyrılmış olacaktır. Bu da hakkaniyetli olmaz. Dolayısıyla faiz borcuna ilişkin ödemede bulunan müteselsil borçlunun diğerlerine payları oranında, alacaklının halefi olarak rücu edebilmesi gerektiğinin kabulü gerekecektir. Toparlamak gerekirse, hakkaniyet düşüncesi çerçevesinde bu konuda vardığımız sonuçlar şöyle özetlenebilir: Müteselsil borcun konusu para olduğunda, tüm borçlular temerrüde düşecek olursa, alacaklı temerrüt faizini sadece bir kere talep edebilir. İç ilişkide ise, bu temerrüt faizi borcunun nihai yükü temerrüde düşen bütün müteselsil borçlular arasında paylaşılmalıdır¹⁶⁹¹.

İfada bulunan müteselsil borçlunun diğerlerinden halefiyete dayalı rücu yolunda isteyebileceği başka masraflar da olabilir. Bunlar müteselsil borçlunun alacaklıya yapacağı ifa için yapması gereken masraflardır. Sonuçta bu masrafların yapılmasıyla ifa gerçekleşecek diğer borçlular da borçtan kurtulmuş olacaktır¹⁶⁹². Dolayısıyla söz konusu masraflar, diğer borçluların bilgisi dâhilinde olan ve ifayı gerçekleştirecek her bir borçlunun yapması gereken masraflardır. İfayı gerçekleştiren borçlu diğerlerine halefiyet yoluyla başvurduğunda bu masrafları öngörülen paylaştırmaya göre talep edebilecektir. Yalnız şayet masrafın hiç yapılması

¹⁶⁹⁰ Eğer müteselsil borçluların borçlarının konusu para dışında başka bir edim olsaydı, böyle bir sonuçtan söz edilemezdi. Zira söz konusu durumda müteselsil borçluların temerrüde düşmesi alacaklı bakımından gecikme tazminatı isteme hakkı kazandıracaktı. Gecikme tazminatı ise, zarar şartına bağlı olacağı için, alacaklının gecikmeden doğan zararı bir kez karşılandığında, diğerlerinden zaten talepte bulunması mümkün olmaz.

¹⁶⁹¹ Nitekim benzer yönde bir çözümlenme için bkz. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 217; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 318; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1301.

¹⁶⁹² Dağdelen, **a.g.e.**, s. 181.

DFCR Art. III – 4:107:(1) de bu konuda düzenleme getirmekte ve makul olarak kabul edilebilecek masrafların talep edilebileceğini ortaya koymaktadır (Bkz. von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 986).

gerekmiyor veya daha az bir miktarda yapılması gerekiyorsa, talebin içeriği buna göre sınırlandırılır.

Müteselsil borçlu, doğrudan ifayla ilgili olanlar dışında başka, kendi kişisel olarak yaptığı veya alacaklıyla olan çekişmesine istinaden yaptığı dava, takip ve /veya dava dışı masraflarını diğerlerinden halefiyete dayalı rücu yolunda isteyemez¹⁶⁹³. Bunlar halefiyete dayalı rücu yolunda talep edilememekle birlikte, ancak şartları varsa özel rücu hakkının kullanılmasıyla belki karşılanabilir¹⁶⁹⁴.

Borca katılma bakımından yapılacak açıklamalar farklılık göstermemektedir. Bölünemeyen borçlulukta ise, faiz bakımından bir açıklama yapılması gereği bulunmamaktadır, öte yandan masraflar bakımından yapılan açıklamalar aynen geçerli olacaktır.

3. Kefalet Sözleşmesinde

a. Genel Olarak

Kefil, halefiyet yoluna dayalı olarak asıl borçluya rücu ederken, var olan ve geçerli bir kefalet sözleşmesi kapsamında yerine getirmesi gereken kefalet borcunun yerine getirdiği kısmı çerçevesinde talepte bulunabilir¹⁶⁹⁵. Kefilin, kefalet sözleşmesinden doğan bu borcunun kapsamının ötesinde bir ödemede bulunması, halefiyet sonucunu doğurmaz.

Diğer taraftan kefalet borcu, en fazla kefalet sözleşmesinde gösterilen üst limit miktarında olabilir¹⁶⁹⁶. Bu limiti aşan değerlerden dolayı kefil alacaklıya karşı

¹⁶⁹³ Esasen bu durum, bir müteselsil borçlunun diğerlerinin durumunu kendi hareketiyle ağırlaştırılamamasının bir sonucudur (Bkz. Becker, **BerKom.**, Art. 146, N.1).

¹⁶⁹⁴ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 217; Koller, **a.g.e.**, s. 1214; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 182; Eren, **a.g.e.**, s. 1211.

Aksi görüşte Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 96. Yazar, masrafların hem özel rücu yoluna hem de halefiyete dayanılarak istenebileceğini savunmaktadır. Görüş, kefalet sözleşmesine ilişkin hüküm getiren TBK m. 589'a dayandırılmaktadır. Oysaki bu hüküm, özel olarak kefilin sorumluluk kalemlerini saymaktadır. Müteselsil borçlulukta böyle sorumluluk kalemi sayımı yapılmamıştır. TBK m. 589 hükmündeki sorumluluk kalemlerinin müteselsil borçlulukta kıyasen uygulanmasını tam anlamıyla isabetli bulamıyoruz, zira arada herhangi bir benzerlik de bulunmamaktadır. Bu açıdan yazarın görüşüne katılmıyoruz.

¹⁶⁹⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 30.

¹⁶⁹⁶ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 6937; Honsell, **a.g.e.**, s. 417; Meier, **CoRo.**, Art. 499, N.1; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 40; Müller, **Contrats**, s. 561; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 689; Bilge, **Kefilin Mesuliyeti**, s. 102.

sorumlu olmaz. Dolayısıyla yine bu şekilde üst limiti aşkın olarak yapılan ödeme halefiyet sonucunu doğurmaz¹⁶⁹⁷. Her iki halde de normalde ödemesi gerekenden daha fazla bir miktar için ödemede bulunmuş olan kefil, ancak belki özel rücu hakkını kullanarak fazladan ödemede bulunduğu bu miktarı talep edebilecektir¹⁶⁹⁸.

İşte kefilin asıl borçluya olan halefiyete dayalı rücu talebinin içeriğine nelerin girdiğini tespit etmek için alacaklıya karşı olan sorumluluk kalemlerinin özel olarak ele alınması gerekmektedir. Bu kalemler, kefilin sorumluluğunun kapsamını belirleyen TBK m. 589'da açık olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla kefilin halefiyet kapsamındaki rücu alacağına kural olarak sadece asıl alacak miktarı değil, asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları ile faiz ve diğer başka yerine getirilen masraflar da dâhil olacaktır¹⁶⁹⁹.

Diğer taraftan kefilin sorumluluğunun kapsamına ilişkin hüküm getiren bu madde, esasen emredici bir özellik taşımamaktadır. Kefil, dilerse sorumluluk kapsamının genişletilmesine ilgili şekil şartlarına uymak koşuluyla razı olabilecektir. Veya aynı şekilde, kefalet sorumluluğunun kapsamından maddede belirtilen bazı değerleri çıkartabilecektir. Bu türden durumlarda, kefilin halefiyet kapsamında asıl borçluya yöneltebileceği talebi de sınırlanmış olur.

Yalnız bir noktaya özel olarak dikkat çekmek gerekebilir. Kefilin sözleşme cezası ve menfi zarar için de sorumlu olacağına ilişkin olarak kabul ettiği sözleşme kayıtları ve dolayısıyla bu suretle kefalet sorumluluğunu kapsamını genişletmesi TBK m. 589 f.son'a göre kesin hükümsüzdür. Diğer bir deyişle kefil bu iki değer için ayrıca kefalet sorumluluğu yüklense ve söz konusu değerler yapılacak hesaplamada kefalet üst limiti içinde kalacak olsa bile sorumlu olmaz. Bunun halefiyet bakımından sonucu, bu değerler için sorumluluk altına zaten girilememesi gerçeğinden hareketle, asıl borçluya yöneltilecek rücu talebinin kapsamına hiçbir şekilde dâhil olmayacak olmasıdır.

¹⁶⁹⁷ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 97; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 96; Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 493.

¹⁶⁹⁸ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 108; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 96.

¹⁶⁹⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 30; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 107.

b. Asıl Borç Değeri

Kefilin ilk ve asıl sorumluluk kalemi, asıl borç yerine getirilmediğinde bundan doğan zarardır. Dolayısıyla kefil alacaklıya karşı asıl alacağın (borcun) değeriyle sorumludur¹⁷⁰⁰. Alacağın değeri kefil borç altına girdikten sonra değişiklik gösterebilecektir. Kefil ise, kendisi borç altına girerken gözettiği asıl borç değerinden sorumlu olacaktır. Öyle ki şayet kefilin rızası alınmadan alacak değeri yükseltilecek olursa, o bu değişiklikten etkilenmez¹⁷⁰¹, yine ilk alacak değerinden sorumlu olmaya devam eder¹⁷⁰². Buna karşılık alacak değerinin sonradan azaltılması söz konusu ise, bu durum kefil lehine bir değişiklik oluşturduğu için onu doğrudan etkiler, sorumluluğunun azalmasına yol açar. Bu durum kefaletin ferî olmasının bir sonucudur¹⁷⁰³. Bundan başka asıl borcun değeri, alacaklı ve borçlunun anlaşmasına bağlı olarak değil de kendiliğinden ve olağan durumda beklenebilecek bir artış gösterdiyse kefil buna katlanacaktır. Böyle bir duruma özellikle gelecekte doğacak bir borç için kefil olduğunda rastlanılabilecektir¹⁷⁰⁴.

Öte yandan alacaklı kefilen talepte bulunduğu sırada somut alacak miktarı ne olacaksa kefil o oranda sorumlu olur. Yani alacağın bir kısmı zaten asıl borçlu tarafından yerine getirildiyse veya asıl borçlu bir şekilde söz konusu kısmı ifa dışı bir yoldan yerine getirmekten kurtulduysa, kefilin bundan dolayı sorumluluğu da o oranda azalacaktır¹⁷⁰⁵.

Sürekli bir borç ilişkisine kefil olan kişi aksi belirtilmedikçe, kefalet anından sonra doğan borçlardan sorumlu olacaktır. Bu sonuç, TBK. m. 589 f. 3'te açık olarak yer almaktadır¹⁷⁰⁶: “[S]özleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun

¹⁷⁰⁰ Meier, **CoRo.**, Art. 499, N. 7; Müller, **Contrats**, 563; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 41; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 688.

¹⁷⁰¹ Müller, **Contrats**, s. 564; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 42; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 161.

¹⁷⁰² Yalnız eğer alacak miktarının yükseleceği kefilin sorumluluk altına girdiği tarihte anlaşılabiliriyorsa kefil bundan sorumlu olmayacağını iddia edemez (Beck, **Bürgschaft**, Art. 499, N. 14; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 499, N. 10; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 42; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 499, N. 3; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 158).

¹⁷⁰³ Meier, **CoRo.**, Art. 499, N. 5; Müller, **Contrats**, s. 563; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 42; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 499, N. 3; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 158, Bilge, **Kefilin Mesuliyeti**, s. 112; Develioğlu, **Garanti**, s. 301.

¹⁷⁰⁴ Meier, **CoRo.**, Art. 499, N. 4; Develioğlu, **Garanti**, s. 301; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 158;

¹⁷⁰⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 499, N. 13.

¹⁷⁰⁶ Doktrinde Özen, (**Kefalet**, s. 122) bu maddenin İsviçre kaynağı İsv. BK m. 499 f.3'ten farklılık taşıdığını, ancak maddenin yorumunun aslına sadık kalınarak yapılması gerektiği kanaatindedir. Yazar, İsv BK m. 499 f.3, aksi kefalet belgesinden veya durum ve koşullardan çıkarılabilecek bir

sadece kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonraki borçlarından sorumludur.” Buna göre kefilin asıl borçluya yeni bir kredi sağlamak amacıyla borç altına girdiği esas alınır¹⁷⁰⁷. Kefilin kefalet anından önceki borçlardan da sorumlu olabilmesi için bunun sözleşmede açık olarak belirtilmesi gerekecektir. Söz konusu düzenleme hayatın olağan akışına da uygundur. Sürekli bir borç ilişkisine kefil olan kişi, aksini özellikle belirtmediği takdirde, borçlunun söz konusu borç ilişkisinde daha sonra doğacak borçları bakımından sorumluluk üstlenmek isteyecektir¹⁷⁰⁸. Zira gelecekte doğacak bir borç için kefil olmak, var olan bir borca kefil olmaktan daha az risk içerir. Zaten alacaklının var olan bir alacağı bakımından teminat arayışına girmesi, borçlusunun ödeme kabiliyetindeki bir sıkıntıya da dolaylı olarak işaret eder¹⁷⁰⁹.

c. Asıl Borçlunun Kusur ve Temerrüdünün Kanuni Sonuçları

TBK m. 598 f.2'ye göre, kefil asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçlarından da sorumlu olacaktır. Buna göre asıl borçlu, borca aykırılığı nedeniyle TBK m. 112'ye tazminat ödeme borcu altına girecek olursa kefil bundan sorumlu olur. Yahut asıl borçlu temerrüde düştüğünde TBK m. 118 vd.'da belirtilen kanuni sonuçlar da yine kefilin sorumluluğuna dâhil edilecektir¹⁷¹⁰.

Buna karşılık asıl borçlunun kusursuz olarak sorumlu tutulduğu hallerde, kefilin sorumluluğu doğmaz¹⁷¹¹. Örnek olarak, asıl borçlunun ifa yardımcısı kullanması ve bu ifa yardımcısının karşı tarafa zarar vermesinde bu zarardan ötürü asıl borçlunun sorumluluğu, kefile bir sorumluluk kalemi olarak yansıtılamaz. Aynı şekilde, asıl borçlunun satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğu kapsamında alıcının doğrudan zararlarından ötürü kusursuz sorumluluğu nedeniyle yerine getirmesi gereken seçimlik haklar ve tazminat değeri, kefilin sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilemez. Yalnız TBK m. 119'da yer alan ve beklenmedik

karine düzenlemesiyle yetinilirken, TBK m. 589'da aksi açıkça kefalet sözleşmesinde kararlaştırılmadığı takdirde ortaya çıkacak bir varsayım kuralı tasarlandığını belirtmektedir.

¹⁷⁰⁷ Meier, **CoRo.**, Art. 499, N. 17; Develioğlu, **Garanti**, s. 304.

¹⁷⁰⁸ Özen, **Kefalet**, s. 122.

¹⁷⁰⁹ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 13; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 720.

¹⁷¹⁰ Müller, **Contrats**, s. 564; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 499, N. 6; Meier, **CoRo.**, Art. 499, N. 9; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 688; Bilge, **Kefilin Mesuliyeti**, s. 119.

¹⁷¹¹ Bilge, **Kefilin Mesuliyeti**, s. 134; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 162; Özen, **Kefalet**, s. 124.

halden ötürü doğacak olan zarardan dolayı öngörülen kusursuz sorumluluk, borçlu temerrüdünün bir sonucu olduğu için kefilin sorumluluğuna dâhildir¹⁷¹².

Aynı şekilde, asıl borcun yerine getirilmemesi durumunda alacaklıya karşı taahhüt edilen sözleşme cezası da kefilin sorumluluğuna dâhil değildir. Bunun sebebi sözleşme cezasının asıl borçlunun kusuruna bağlı bir sonuç olmakla birlikte, kanundan değil sözleşmeden doğmuş olmasıdır¹⁷¹³. Hemen yukarıda da genel olarak belirtildiği üzere, TBK m. 589 f.son uyarınca, kefil ayrıca sözleşme cezası için sorumluluk üstlenmeyi kabul etse de, böyle bir anlaşmanın kaderi kesin hükümsüzlüktür¹⁷¹⁴. Hâlbuki kefilin asıl borçlunun kusursuz olarak sorumlu olduğu hallerde de sorumluluk üstlenmesini bertaraf eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹⁷¹⁵.

d. Faiz ve Diğer Masraflar

Asıl borç bir para borcu olduğunda, bu borç için anapara ve temerrüt faizi işlemiş olabilir. Kefilin asıl borç için kararlaştırılan anapara faizinden ötürü sorumluluğu, TBK m. 589 f.2 b.2’de düzenlenmiştir. Buna göre “[i]şlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan faizleri,” kefilin sorumluluğunun kapsamında değerlendirilecektir¹⁷¹⁶. Diğer bir deyişle kefil, asıl borç ilişkisinde anapara faizinin talep edilebileceği son vade tarihinden geriye doğru bir

¹⁷¹² Reisoğlu, **Kefalet**, s. 162.

¹⁷¹³ Müller, **Contrats**, s. 565; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 499, N. 6; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 499, N. 11; Bilge **Kefilin Mesuliyeti**, s. 108; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 775; Özen, **Kefalet**, s. 129; Develioğlu, **Garanti**, s. 302.

¹⁷¹⁴ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 688.

¹⁷¹⁵ Söz konusu hükmün yerindeliliğinin tartışılması ve eleştirisi için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 131.

¹⁷¹⁶ Müller, **Contrats**, s. 565; Engel, **Partie Spéciale**, s. 649; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 689.

Esas itibarıyla gerek anapara faizi gerekse de temerrüt faizi hem sözleşmesel (akdi) hem de kanuni faiz olabilir. Şayet, faiz oranı kanunda öngörülüyorsa kanuni faizden, sözleşmede salt tarafların öngördüğü ya da kanundaki orandan daha farklı şekilde öngörülmüş bir faiz söz konusu ise, sözleşmesel faizden söz edilmek gerekecektir. TBK m. 589 f.2 b.2 metninde terimler doğru şekilde kullanılmamıştır, burada maddede kullanılan “*akdi faiz*” ifadesi salt ve özel olarak anapara faizini karşılar şekilde anlaşılmalıdır. Diğer durumda, temerrüt faizi oranının sözleşmede farklı kararlaştırıldığı ihtimalde de, kefilin sorumlu olduğu miktarın daha farklı şekilde hesaplanması gerekecektir. Buna göre, TBK m. 589 f.2 b.2 sınırlaması, tarafların belirlediği temerrüt faizi oranı için de uygulama alanı bulacak, kanuni temerrüt faizi oranı üzerinden işleyen faiz için ise bir sınırlamanın olmadığı kabul edilecektir. Doktrinde bu yönde bir yorumlamada bulunduğu gözlemlenmemiştir, kanun koyucunun da amacının bu yönde olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, burada “*akdi faiz*” ifadesinin münhasıran anapara faizi olarak anlaşılması isabetli olacaktır (Bkz. bu yönde Özen, **Kefalet**, s. 123).

yıllık sürede işlemiş olan ve yine bu vade tarihinden ileriye doğru kendisinden talepte bulunulan tarihe kadar işlemeye devam eden anapara faizlerinden sorumlu olacaktır. Görüldüğü üzere, kefilin anapara faizinden dolayı sorumluluğu kanunda sınırlandırılmıştır¹⁷¹⁷. Bununla birlikte, söz konusu madde emredici özellik taşımamaktadır. Taraflar dilerlerse, daha başlangıçta kefalet sözleşmesinde kefilin bu kalemden ötürü olan sorumluluğunu genişletebilirler.

Kefilin sorumluluğu kapsamındaki asıl borç bakımından işleyecek temerrüt faizi açısından ise, kanunda herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. TBK m. 589 f.2 b.1'e göre kefil, asıl borçlunun temerrüdünün kanuni bir sonucu olan temerrüt faizinden, hiçbir sınırlama olmaksızın sorumludur¹⁷¹⁸. Diğer bir ifadeyle, asıl borçlu temerrüde düştükten sonra ne kadar süre geçerse geçsin ve bu süre boyunca ne kadar temerrüt faizi işlemiş olursa olsun, kefil bunların hepsinden sorumlu olur¹⁷¹⁹. Burada kefilin sorumluluğunun söylenebilecek tek sınırı, kefalet belgesinde belirtilen kefalet sorumluluğunun üst sınırıdır.

Diğer taraftan kefil, kural olarak TBK m. 589 f. 2 b.2 kapsamında ve hükümde öngörülen şartlarla, asıl borçlu hakkında yapılan dava ve takip masraflarından da sorumludur¹⁷²⁰. Söz konusu sorumluluk, kefilin adi veya müteselsil kefalet vermiş olduğuna bakılmaksızın geçerlidir. Dava ve takip masraflarından dolayı da kefilin sorumluluğun sınırı da yine kefalet belgesindeki üst limitir. Aynı şekilde birlikte kefalet türlerinde de asıl borçluya karşı yapılan dava ve takip giderleri birlikte kefillere yansıtılabilir. Yalnız TBK m. 589 f. 2 b.2 kapsamında, birlikte kefillerden biri aleyhine yapılan dava veya takibin masraflarının da diğer kefillere yükletilebilmesi söz konusu olmaz, bu madde münhasıran asıl borçluya karşı açılan dava ve başlatılan takiplerle ilintilidir¹⁷²¹.

¹⁷¹⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 499, N. 24; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 165.

¹⁷¹⁸ Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 688.

¹⁷¹⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 499, N. 26; Meier, **CoRo.**, Art. 499, N. 14; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 499, N. 6, 10; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 499, N. 14; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 164; Özen, **Kefalet**, s. 124; Develioğlu, **Garanti**, s. 303.

¹⁷²⁰ Müller, **Contrats**, s. 565; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 165; Özen, **Kefalet**, s. 125; Develioğlu, **Garanti**, s. 303.

¹⁷²¹ Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 499, N. 8; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 163. Aksi görüşte bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 499, N. 30.

Diğer taraftan usûl hukuku kuralları çerçevesinde, bizzat kendisine karşı açılan dava ve başlatılan takibin alacaklı tarafından başarı ile sonuçlandırılması durumunda, kefilin bu dava veya takibin masraflarına katlanacağı da kuşkusuzdur. Üstelik bu son masraflar kefilin sorumluluk üst limitiyle de sınırlandırılmamıştır, sonuçta bunlar onun kefalet sözleşmesi kapsamındaki sorumluluğu içinde yer almaz. Bu anlamda söz konusu masraflar, kefilin TBK m. 589 kapsamındaki yasal sorumluluğuna

Yalnız alacaklının dava ve takip masraflarına ilişkin talebinin olumlu olarak sonuçlanabilmesi için, bunların usûlüne uygun olarak ve iyiniyetle yapılmış olmaları gerekmektedir. Eğer alacaklı usûlüne uygun olarak hareket etmemiş ve normalde yapılması gerekenden daha fazla bir masraf yapmışsa, bunlar kefinden talep edilemez. Burada alacaklının usûlüne uygun olarak hareket etmesiyle kastedilen, kendisinin asıl borçlu hakkında takibe veya davaya girişmeden kefile konuyla ilgili bildirimde bulunarak, onu ifaya davet etmesi ve süre vermesidir¹⁷²² (Bkz. TBK m. 589 f.2 b.2).

Buna karşılık, bir noktanın önemle altı çizilmelidir, şayet kefilin asıl borçludan ayrı olarak faydalanabileceği bir vade veya bir geciktirici şart hükmü bulunuyorsa, böyle bir bildirim yapılsa bile kefilin bunlardan dolayı sorumluluğunun doğacağından söz açılmaz. Zira böyle bir durumda kefilin ödeme yükümlülüğü henüz doğmamış olacağından onun ödemede bulunması ve bu şekilde asıl borçluya dava açılmasını veya takipte bulunulmasını engellemesi beklenemez.

Dava ve takip masraflarına ilişkin TBK m. 589 f.2 b.2 hükmü, emredici değildir. Taraflar anlaşarak kefilin sorumlu olduğu giderlerin kapsamını genişleten anlaşmalar yapabilirler¹⁷²³. Nitekim taraflar isterlerse kefile, birlikte sorumlu olduğu kefiller hakkında yapılan dava ve takip masrafları için de başvurulabileceğini yahut alacaklının kefile konuyla ilgili olarak bildirimde bulunmadığı halde de dava ve takip masrafları için başvurabileceğini kararlaştırabilirler. Yine tarafların kefil yararına bütün bu masraf kalemlerini sorumluluk çerçevesi dışına çıkarmaları da mümkündür.

4. Sigorta Sözleşmesinde

Sigortacı sigortalıya ödediği sigorta tazminatı neticesinde *ex lege* ona halef olacaktır¹⁷²⁴. Sigortacının sigorta sözleşmesine dayalı bu halefiyeti bakımından üçüncü kişiye yöneltebileceği talebin kapsamı, en fazla fiilen sigortalıya ödediği sigorta tazminatı değeri kadar olabilecektir¹⁷²⁵. Yoksa sigortalıya sadece taahhüt

dahil olmadıklarından, halefiyet çerçevesinde asıl borçludan talep edilemez (Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 125).

¹⁷²² Meier, **CoRo.**, Art. 499, N. 11-12; Develioğlu, **Garanti**, s. 303.

¹⁷²³ Beck, **Bürgschaft**, Art. 499, N. 33; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 163.

¹⁷²⁴ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 148.

¹⁷²⁵ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 415.

edilen meblağ üzerinden üçüncü kişiye bir talepte bulunulması söz konusu değildir. Hatta üçüncü kişi zarar görene karşı daha fazla bir değer için tazminat sorumluluğu altında olduğunda da durum aynıdır. Sonuçta amaç, sigortacının elinden çıkan değerlerin ona geri sağlanmasıdır, yoksa onu zenginleştirmek değildir¹⁷²⁶.

Diğer taraftan zarardan sorumlu olan üçüncü kişi, sigortalıya karşı ileri sürebildiği bütün savunma sebeplerini sigortacıya karşı da ileri sürebilecektir. Zira alacağın temlikinde olduğu üzere, halefiyette de borçlu, devirle birlikte ilk durumda olduğundan daha kötü bir konuma getirilemez¹⁷²⁷. Dolayısıyla bir şekilde üçüncü kişinin zarar görene ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı, fiilen ödemedede bulunan sigorta tazminatından daha az ise, sigortacının halefiyetinde sınır olarak benimsenecek değer, bu kez üçüncü kişinin ödemekle yükümlü olduğu söz konusu değer olacaktır¹⁷²⁸.

Sigortacı eğer yükümlü olduğu sigorta tazminatını sigortalıya kısmen ödemişse, bu durumda halefiyeti de bu oranda gerçekleştirebilecektir. Yalnız böyle bir durumda, sigortalının zarar sorumlusu üçüncü kişiye yönelteceği talep kapsamındaki hakları, sigortacıya göre önceliklidir. Yani sigortalı alacağına kavuştuktan sonradır ki, sigortacıya da halefiyet kapsamında üçüncü kişiden talepte bulunma fırsatı doğmuş olsun. Eğer zarar gören üçüncü kişi, sorumlu olduğu tazminat talebini tam olarak yerine getiremiyorsa, öncelikle zarar görenin talebi karşılanacaktır. Üçüncü kişinin ödeme güçsüzlüğünün olumsuz sonucuna katlanacak olan kişi ise, sigortacı olacaktır. Bu durum *nemo subrogat contra se* (alacaklı zararına halefiyet olmaz) ilkesinin bir getirisi¹⁷²⁹. Aynı husus, kısmi sigortalar bakımından da gündeme gelebilecektir. Kısmi sigortada, sigorta tazminatı, zarar gören sigortalının zararının sadece bir bölümünü karşılamaktadır. Bu nedenle, sigortalıya kısmi ödeme yapılmasına benzer şekilde hem sigortacının hem de sigortalının üçüncü kişiden olan taleplerinin bir arada gündeme geleceği bir yapı oluşmaktadır¹⁷³⁰.

Belki bir noktaya daha değinmek önem arz edebilir. Haksız fiil yargılamasında, tazminat miktarının hesaplanması bilindiği üzere iki aşamalıdır. Buna göre öncelikle

¹⁷²⁶ Lambert-Faivre / Leveneur, **a.g.e.**, s. 52; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 297-298.

¹⁷²⁷ Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 2.

¹⁷²⁸ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 415.

¹⁷²⁹ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 415; Atabek, **a.g.e.**, s. 244.

¹⁷³⁰ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 415.

zarar miktarı hesaplanır, ardından bulunan zarar miktarını aşmamak üzere tazminatın hesaplanmasına geçilir. Yalnız –vücut bütünlüğüne ilişkin zararlar dışında¹⁷³¹- zararın hesaplandığı tarih konusunda değişik yaklaşımlar bulunmaktadır. Konuda tam bir görüş birliği yoktur. Ağırlıklı olan ilk görüşe göre, tazminatın ve dolayısıyla zararın hesaplandığı tarih zararın meydana gelme tarihidir. Bu durumda *fur semper in mora* (hırsız her zaman temerrüttedir) prensibinin doğrudan bir yansımasını oluşturan TBK m. 117 f.2 uyarınca bir ihtar gereği de bulunmaksızın tazminat sorumlusu fiilin işlenip zararın meydana geldiği tarihte temerrüde düşmüş olarak farz edilecek ve zararın oluşma tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilecektir. Yine başka bir görüş, davanın açıldığı tarihte zararın hesaplanması gerektiğini savunmaktadır. Esasen bu görüşün dayanak noktası daha muğlak olmakla birlikte, ilk görüşle benzer şekilde bir hüküm tarihinde bir temerrüt faizi eklemesini gerektireceği açıktır. Yargıtay kararlarında işletilen bu temerrüt faizi, tazminat faizi olarak adlandırılmaktadır. Son olarak diğer bir görüş, zararın hesaplanması tarihinin hüküm tarihi olduğunu kabul etmektedir. Bu durumda belirtilen temerrüt faizi hesaplamasının yapılmasına –en azından zararın oluştuğu andan itibaren- gerek olmayacaktır. Esasen bu son görüş, hesapta yalınlık içermesi nedeniyle daha isabetlidir. Ancak belirtildiği üzere hâkim olan ilk görüştür. İşte eğer ilk görüşe göre bir hesaplama yapılacak olursa, sigortacı üçüncü kişiye halefiyet yolu üzerinden rücu ederken belirtilen temerrüt faizine de hak kazanacaktır¹⁷³². Sonuçta bu faiz de sorumlu üçüncü kişinin ödemesi gereken tazminatın bir parçasını oluşturur.

Peki, sigortacı, ödediği sigorta tazminatı değeri dışında sigorta sözleşmesinin yapılmasına veya zararın tespit edilmesine ilişkin başkaca masraflar yaptıysa bunları zarardan sorumlu üçüncü kişiden isteyebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmek gerekir. Zira aksi yönde bir kabul, halefiyetle zarardan sorumlu üçüncü kişinin durumunun ağırlaşmasına sebebiyet verir. Sonuçta bu kişi söz konusu değerlerden ötürü zarar gören sigortalıya karşı sorumlu değildir, dolayısıyla halef sigortacıya karşı sorumlu olması bu kapsamda açıklanamaz¹⁷³³. Sigortacının olağan bir kurguda bu değerleri özel rücu hakkına dayalı olarak da talep edebilmesi mümkün değildir. Zira ister sebepsiz zenginleşme bakımından olsun, isterse de gerçek vekâletsiz iş

¹⁷³¹ Bu türden zararlarda hesap tarihi kanunda açıkça hüküm tarihi olarak kabul edilmiştir (Bkz. TBK m. 75).

¹⁷³² Kender, **a.g.e.**, s. 352.

¹⁷³³ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 416.

görme bakımından olsun söz konusu değerler zarardan sorumlu üçüncü kişiye yansıtılabilir değerler değildir. Dolayısıyla bunlar hep sigortacının kendisinin katlanmak zorunda olduğu masraflar olacaktır. Sonuçta sigortacı bunları dilerse en baştan sigorta primleri üzerinden dolaylı olarak sigortalıya yansıtabilir.

Eğer sigortacının halefiyete dayalı rücu talebi, üçüncü kişinin borcunu yerine getirmemesi üzerine dava yoluyla çözümlenmişse, davayı kaybeden üçüncü kişinin dava masraflarını ödemesi gerektiği aşikârdır¹⁷³⁴. Nitekim zarar gören tarafından dava açılmış olsaydı, aynı sonucun doğacağına şüphe yoktur. Burada söz konusu masrafların doğmasına sebep olan kişi zaten üçüncü kişinin ta kendisidir.

D. Hükümleri

1. Alacak Hakkının Kanuni Devri (*Cessio Legis*)

Halef olan birlikte borçlu alacaklıyı tatmin ettiği oranda onun diğer birlikte borçlular karşısındaki haklarından –özel rücu hakkının çerçevesi içinde-faydalanabilecektir¹⁷³⁵. Yalnız halefiyet, birlikte borçluya alacaklının dış ilişkiye taraf olmaktan kaynaklanan yetkileri sağlamaz. İntikal değerlendirmesi salt alacak hakkı ve buna bağlı değerler üzerinden yapılmalıdır¹⁷³⁶.

Alacaklı bütünüyle tatmin edildiğinde, halefiyete dayalı olarak gerçekleşen intikal bütünüyle (*in toto*) olacaktır¹⁷³⁷. Buna karşılık alacaklı sadece borcun bir kısmı bakımından tatmin edildiyse, halefiyet de bu oranda gerçekleşecektir¹⁷³⁸, ¹⁷³⁹.

¹⁷³⁴ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 416.

¹⁷³⁵ Tharwat, **a.g.e.**, s. 176; Franko, **Halefiyet II**, s. 384; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 28. Sigorta sözleşmesi özelinde bkz. Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 161. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Müller, **Contrats**, s. 580. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Weiss, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁷³⁶ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 97; Franko, **Halefiyet II**, s. 384-385; Béguelin, **FJS 768**, s. 5. Alacağın temliki bakımından benzer değerlendirme için bkz. Baki İlkay Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002, s. 38. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 463; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 439; Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 35; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 6; Guhl, **Bürgschaft**, s. 99. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Weiss, **a.g.e.**, s. 141; Corboz, **Distinction**, s. 69.

¹⁷³⁷ Müteselsil borçlulukta olağan bir kurguda tam ifa yapıldığında tam bir halefiyet gerçekleşmez. Bu konuda özel rücu hakkına ilişkin karine getiren TBK m. 167 f.1 belirleyici olacaktır (Konuyla ilgili olarak bkz. BGE 57 II 324).

¹⁷³⁸ Mestre, **a.g.e.**, s. 414; Zellweger-Gutknecht, **BasKom.**, Art. 110, N. 35; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 110, N. 13; Gautschi, **a.g.e.**, s. 93; Tharwat, **a.g.e.**, s. 189; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 108; Béguelin, **FJS 768**, s. 5; Buffelan-Lanore / Larribeau-Teneyre, **a.g.e.**, s. 156; Berr / Groutel, **a.g.e.**, s. 102; Picard / Besson, **a.g.e.**, s. 492; Fick, **Commentaire CO**, Art. 505, N.12; Tercier / Favre,

Yalnız alacaklının alacak hakkının geri kalanı bakımından, halef olan birlikte borçluya göre öncelikli olduğu da gözden kaçırılmamalıdır¹⁷⁴⁰. Diğer taraftan eğer alacaklı, bir ifa yerine edim sağlanmak suretiyle tatmin edilmişse, yapılacak değerlendirmede şu husus dikkate alınmalıdır: Eğer ifa yerine edimin değeri, alacak değerinden daha düşükse, halefiyet ancak bu oranda meydana gelecektir¹⁷⁴¹. Buna karşılık ifa yerine edimin değeri alacak değerinden yüksekse, halefiyet ancak ve ancak alacağın değeri oranında gerçekleşebilecektir¹⁷⁴². Özetle iki değer karşılaştırılacak ve hangisi daha düşükse o dikkate alınacaktır.

Halefiyet çerçevesinde devrolunan hakkın kapsamının belirlenmesinde, birlikte borçlunun alacaklıyı tatmin ettiği an esas alınmaktadır¹⁷⁴³. Zira halefiyete bağlı hak bu anda doğmaktadır. Yalnız özel rücu hakkının bir ferfi olarak halefiyetten faydalanılabilmesi için, özel rücu hakkının zaten doğmuş ve muaccel olmuş olması gerekir. Şayet özel rücu hakkı, alacaklının tatmin anında henüz doğmamış veya muaccel olmamışsa halefiyete dayalı hak doğmuş olmakla birlikte ondan da faydalanılamaz¹⁷⁴⁴. Diğer taraftan henüz doğmamış veya muaccel olmamış bir borç için alacaklı tatmin edilmiş olursa, halefiyet etkisini ancak ve ancak alacağın doğmuş ve talep edilebilir olmasıyla gösterebilir¹⁷⁴⁵.

Halefiyetin söz konusu olduğu birlikte borçluluk türleri bakımından devir alınacak alacak hakkı bakımından bir somutlaştırma yapılacak olursa sırasıyla şunlar söylenilmelidir: Müteselsil borçluluk, bölünemeyen borçluluk ve borca katılma ile oluşan birlikte borçluluk hallerinde alacaklıyı tamamen tatmin eden birlikte borçlu

a.g.e., N. 7064; Scyboz, **a.g.e.**, s. 131; Lombardini, **a.g.e.**, s. 933; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 406; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 161.

¹⁷³⁹ Bu durum Latince "*Sutor ne supra crepidam!*" (Ey kunduracı, [*senin söz hakkın*] ayakkabıdan yukarısı için değil!) deyişiyle de marjinal bir biçimde vurgulanabilir. Söz konusu deyiş, yaptığı resimde boyayacağı sandalet için fikir aldığı kunduracının resmini genel olarak eleştirmesi üzerine ona uyarıda bulunan Yunan ressam Apelles'e aittir. Sonuçta deyiştekine benzer şekilde halef olan birlikte borçlu da alacaklıyı tatmin ettiği değer üzerinde bir hakka sahip olamaz. (Bkz. Sigorta sözleşmesi özelinde Beignier, **a.g.e.**, s. 533).

¹⁷⁴⁰ Tharwat, **a.g.e.**, s. 186; Zellweger-Gutknecht, **BasKom.**, Art. 110, N. 35; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7064; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 161.

¹⁷⁴¹ Starck, **a.g.e.**, s. 709; Tharwat, **a.g.e.**, s. 184.

¹⁷⁴² Starck, **a.g.e.**, s. 709.

¹⁷⁴³ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 94; Fick, **Commentaire CO**, Art. 149, N. 6; Buffelan-Lanore / Larribeau-Teneyre, **a.g.e.**, s. 152. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 28; Özen, **Kefalet**, s. 459. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Gautschi, **a.g.e.**, s. 98.

¹⁷⁴⁴ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 95.

¹⁷⁴⁵ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7065.

diğerlerine bir kısmi borçluluk yapısı çerçevesinde halef olur¹⁷⁴⁶. Dolayısıyla alacaklının bütünüyle tatmin edilmesi bakımından alacağa bütünüyle halef olunması bu kısmi borçluluk çerçevesinde anlaşılmalıdır. Şöyle ki, B1, B2, B3 ve B4 A'ya karşı 4.000 TL için müteselsil olarak borçlu olduklarında, bu borca ilişkin tamamıyla ödemede bulunan B1, diğerlerine kendi payı dışında payları oranında halef olacaktır. Kanunda öngörülen eşit paylaşım karinesi çerçevesinde kalınacağı düşünülürse, B1 diğer her bir birlikte borçludan halefiyete dayalı olarak 1.000 TL talep edebilecektir. Eğer B1, A'yı sadece 2.500 TL için kısmen tatmin etmiş olsaydı, bu kez diğer her bir birlikte borçluya 500 TL için halef olacağı söylenmelidir. Dolayısıyla kısmi ifa sonucunda gerçekleşecek halefiyet kapsamında yapılacak talebin içeriği, ifayı gerçekleştiren borçlunun üzerine düşen nihai pay çıkarıldıktan sonra kalan değer her bir birlikte borcunun payı üzerinden oranlanarak hesaplanacaktır. Buna karşılık anılan borçluluk türlerinde yaptığı kısmi ifanın değeri, kendi payının da altında kalan birlikte borçlu diğerlerine halef olamaz. Halefiyetin gerçekleşebilmesi için birlikte borçlunun en az iç ilişkideki payının oranını aşan bir ifada bulunmuş olması şarttır¹⁷⁴⁷.

Bölünemeyen borçluluk bakımından müteselsil borçluluktakine benzer bir yaklaşımda bulunulabilir. Tek farklılık, alacaklıya kısmi ifa şansının bulunmaması nedeniyle, son değinilen olasılıkların bu borçluluk türünde gündeme gelmeyecek olmasıdır.

Teminat amacıyla hareket edilen bir borca katılmada, borca katılan ödediği miktarın tamamı için halef olabilecektir, bu yönde bir fiilî karine kabul edilebilir. Ya da borca katılan kişi ilk borçlunun tabi olduğu sözleşme ilişkisinden bir şekilde menfaat elde ediyorsa, bu husus da paylaştırma bakımından kullanılacak oranlamada yine bir fiilî karine olarak esas alınabilir. Ne var ki, bu şekilde borca katılan teminat amacıyla borca katıldığını halefiyet yoluyla rücu ederken açıkça ispat etmelidir. Zira kanunda olağan müteselsil borçluluk hallerinde öngörülen türde bir paylaşım karinesine, borca katılma bakımından özel olarak yer verilmemiştir. Dolayısıyla şayet sadece aradaki teselsül bağlantısına istinaden talepte bulunan bir borca katılan, ilk borçluya ancak kanunda genel olarak öngörülen eşit oranda paylaşım karinesi çerçevesinde ödediği borç miktarının bir kısmı için halef olabilecektir.

¹⁷⁴⁶ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 95; Roos, s. 42; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 464.

¹⁷⁴⁷ Tharwat, **a.g.e.**, s. 184.

Kefalet bakımından konuya bakılacak olursa, yine benzer şeyler söylenebilir. A'ya B'nin 1.000 TL borcu için kefil olan K, gerek tam gerekse de kısmi bir ödemeyle halef olduğunda –iç ilişkide aksi öngörülmemişse- ödediği tüm alacak miktarını asıl borçludan talep edebilecektir¹⁷⁴⁸. Kefaletle oluşan birlikte borçlulukta, yukarıda bahsettiğimiz teminat amacıyla borca katılma olasılığından farklı olarak kanun ayrıca bir ispat faaliyetinde bulunulmaksızın ödenilen borç tutarının tamamı için halefiyete dayalı rücu talebini mümkün kılmıştır.

Halefiyetle devrolunan alacağın konusu bakımından da özel bir değerlendirme yapılması yerinde olur. Birlikte borçlulukta alacaklıya karşı olan borcun konusu bir miktar paranın verilmesi dışında bir edim yükümlülüğü ise, borcun konusu ne olursa olsun, halefiyetle birlikte değişerek ve âdeta “yenilerek” bir para borcuna dönüşecektir¹⁷⁴⁹. Söz konusu para borcu tutarı, böyle durumlarda edimin objektif değeri üzerinden hesap edilecektir. Dolayısıyla halefiyetle, borcun sadece alacaklısı değil, konusu da değişiklik göstermektedir¹⁷⁵⁰. Halefiyetin bu etkisinin kökeninde, özel rücu hakkının bir sağlamalaştırıcısı bir kuvvetlendiricisi olma özelliğinin yattığı

¹⁷⁴⁸ Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 27.

¹⁷⁴⁹ Frédéric Murlon, **Traité théorique et pratique de la subrogation personnelles**, Paris: 1848, s. 33; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 94. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7062; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 12a; Özen, **Kefalet**, s. 459; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 437; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 537; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 218; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 399; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 31; Guhl, **Bürgschaft**, s. 98. Aksi fikirde bkz. de Biasio, **a.g.e.**, s. 21; Tharwat, **a.g.e.**, s. 176, dn. 1.

Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art 149, N.1.

Tharwat (**a.g.e.**, s. 176, dn.1), halefiyetin rücu alacağını teminat altına alma özelliğinin göz ardı edilemeyeceğini ancak bu şekilde borcun “yenilendiğinin” söylenmesinin biraz abartılı bir yaklaşım olduğunu belirtmektedir. Sonuç olarak kanunda bu şekilde açık bir belirtme bulunmamaktadır. Yalnız borcun konusunun bölünmez özellik gösterdiği durumlarda bu sonuca varılması kaçınılmazdır.

Yazarın bu düşüncesi ve gerekçeleri, teknik bir değerlendirme yapılacak olursa, çok da haksız değildir. Gerçekten kanunda halefiyetin devralınan borcu yenilediğine dair bir hüküm yer almamaktadır. Yenileme(tecdit), istisnai bir değişikliktir, yalnızca kanunda öngörüldüğü hallerde söz konusu olabilir. Öte yandan borcun yenilendiğini söylendiğinde eski borç sona erip yeni bir borç meydana geleceğinden alacağa bağlı ferî hakların ve özellikle teminatların nasıl devamlılık gösterdiklerini ikna edici biçimde açıklamak güçtür. Doktrinde kefalet sözleşmesi özelinde bu yönde görüş savunan Gümüş (**Özel Hükümler II**, s. 434), söz konusu yenilemenin kendine özgü bir yapısı olduğunu, burada birlikte borçlunun (kefilin) korunması amacıyla ferî hakların ve teminatların devamlılık gösterdiğini iddia etmektedir.

Kanaatimizce burada halefiyetin borca etkisi bakımından kanunda örtülü bir boşluk bulunmaktadır. Hükümün kendisi ve amacı çelişmektedir. Halefiyetin amacı nazara alındığında, borcun eski haliyle olduğu gibi yeni “alacaklıya” geçmesi işlevsel değildir. Birlikte borçlunun malvarlığındaki azalmanın bu şekilde denkleştirilmesi çoğunlukla elverişsiz olacaktır. Bu noktada, sözü edilen boşluğu doldurmak amacıyla, borcun para borcuna dönüşeceği kabul edilmek yerinde olur. Bu değişimin mutlaka bir yenileme suretiyle gerçekleşmesi de gerekli değildir. Ki belirttiğimiz üzere, yenileme (tecdit) fikrinin kabul edilmesi başka bazı komplikasyonlara da yol açabilecek, zorlama sayılabilecek açıklamaları beraberinde getirebilecektir.

¹⁷⁵⁰ Murlon, **a.g.e.**, s. 34.

kabul edilmektedir¹⁷⁵¹. Diğer taraftan, özel rücu hakkının halefiyetle sağlanacak hakkı sınırladığı da düşünülecek olursa, aksi türde bir yaklaşımının kabulünün ne gibi sıkıntılara yol açacağı izahtan varestedir. Esasen halefiyetin kanunen devrolunan borç bakımından yarattığı bu etki onu diğer –olağan- alacağın temlik hallerinden ayırmaktadır¹⁷⁵², ¹⁷⁵³. Bu açıdan halefiyetin özel olarak teminat amacıyla alacak temlikine benzediği ileri sürülebilir. Teminat amacıyla yapılan alacak temlikinde de, teminat alan alacağı paraya çevirmek suretiyle içinden teminat altına alınan asıl alacak hakkının değerini elde etmesi asıldır.

Bundan başka eğer halefiyet yoluyla devredilen ve nitelik değiştirdiği kabul edilen bu alacak hakkı, iradi bir temlikle tekrar bir başkasına devredilmek istenirse de, hak herhangi bir şekilde nitelik değiştirip tekrar ilk haline geri dönmez. Alacak artık bu yeni haliyle bir para alacağı olarak devre konu olur. Sonuçta hiç kimse başlangıçta sahip olduğundan fazlasını devredemez (*Nemo plus iuris transfere ad alium potest quam ipse habet*).

Halefiyetle gerçekleşebilecek kanuni temlikin üst sınırı, dış ilişkideki alacak miktarıdır¹⁷⁵⁴. Birlikte borçlu alacaklıyı daha fazla bir değer için tatmin etmiş olsa bile, halefiyet buna istinaden gerçekleşmez. Sonuçta alacaklı, asıl borçluya karşı sahip olduğu haktan fazlasını devredemez¹⁷⁵⁵. Aynı şekilde birlikte borçlu, alacaklıyı tatmin ederken alacak tutarından daha az bir harcama yapmak suretiyle alacaklıyı tatmin etmişse, halefiyet de alacağın gerçek miktarı üzerinden değil, birlikte borçlunun yaptığı harcama oranında gerçekleşecektir. Zira halefiyet, öncelikle ifada bulunan birlikte borçlunun diğerlerinin sırtından zenginleşmesine izin veren bir imkân olarak değerlendirilemez¹⁷⁵⁶.

Öte yandan halefiyetle birlikte alacak, -konusunun para edimine dönüşmesi haricinde- ifa gerçekleştirildiğinde ne durumdaysa o şekilde devralınmış olur.

¹⁷⁵¹ Mourlon, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁷⁵² Tharwat, **a.g.e.**, s. 176.

¹⁷⁵³ Halefiyetin bir tür kanuni temlik olduğu kabul edilebilir. Ancak alacağın temlik edilmesine ilişkin hükümler ancak halefiyetin amacı çerçevesinde yorumlanarak tatbik edilebilir (Bkz. Thomas Probst, CO Art. 164-183, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 166, N. 3).

¹⁷⁵⁴ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 460-461.

¹⁷⁵⁵ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 95. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 458.

¹⁷⁵⁶ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 29; Özen, **Kefalet**, s. 460; de Biasio, **a.g.e.**, s. 57.

Meydana gelen kanuni devir, aynen alacağın temlikinde söz konusu olduğu gibi, birlikte borçlunun durumunu ağırlaştıramaz¹⁷⁵⁷ (Bkz. TBK m.188). Söz gelimi, diğer birlikte borçluların alacaklıya karşı ileri sürebilecekleri kişisel savunma sebepleri, halef olan birlikte borçluya karşı da ileri sürülebilir¹⁷⁵⁸, ¹⁷⁵⁹. Aynı husus ortak savunma sebepleri veya asıl borç ilişkisine ait savunma sebepleri bakımından da geçerlidir. Örnek olarak kendisine başvuruda bulunulan birlikte borçlu, alacaklıya karşı bir şart veya vadeden faydalanabilecekse, dış ilişkideki sözleşme ilişkisi geçersizse, borçlu lehine aciz veya ödemezlik defii ileri sürme imkânı bulunuyorsa; o bunları alacaklıya halef olan birlikte borçluya karşı da ileri sürebilecektir. Hatırlanacağı üzere bunların ileri sürülmemesi zaten özel rücu hakkının bir süre için ileri sürülememesine veya kaybına da yol açmaktadır¹⁷⁶⁰ (Bkz. TBK m. 164 f.2, m. 591). Ne var ki bu şekilde düzenlemeler olmasaydı dahi, halefiyetin meydana getirdiği varsayım üzerinden de aynı sonuca ulaşmak kabil olurdu.

¹⁷⁵⁷ Mestre, **a.g.e.**, s. 453; Bénabent, **a.g.e.**, s. 541; Zellweger-Gutknecht, **BasKom.**, Art. 110, N. 35; Buffelan-Lanore / Larribeau-Teneyre, **a.g.e.**, s. 155; Tevini, **CoRo.**, Art. 110, N. 15; Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 66-67; Mainguy / Respaud, **a.g.e.**, s. 386; Chagny / Perdrix, **a.g.e.**, s. 348.

Yalnız salt olasılık bazında gerçekleşmesi ümidi duyulan hususların, alacak sahibinin kimliğinin değişmesi nedeniyle gerçekleşmemesi ve bu yüzden durumun ağırlaşması sözü edilen ilkenin dışında kalır. Böyle bir durumda kötüleşme hukukî açıdan değil, fiili açıdan meydana gelmektedir (Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 458; de Biasio, **a.g.e.**, s. 48)

¹⁷⁵⁸ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 6; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 438.

¹⁷⁵⁹ Yalnız müteselsil borçluluk açısından burada iki noktada özel bir parantez açmak gerekebilir. Bir defa ileri sürülebilecek olan kişisel savunma sebebinin bizzat müteselsil borcun konusu ile alakalı olması icap eder. Zira alacaklıyla olan borç konusu ile ilgisiz bir ilişkiden doğan savunma sebebi halefiyet kapsamında diğer müteselsil borçlulara karşı ileri sürülemez.

Diğer taraftan borcun konusu ile ilgili savunma sebeplerinin ileri sürülebilirliği bakımından da bir ayırımın gözetilmesi gereklidir. Eğer söz konusu kişisel savunma sebebi müteselsil borcun tesis edilmesi sırasında zaten mevcutsa herhangi bir sorun ortaya çıkmaz, alacaklıya karşı ileri sürülebilecek bir kişisel savunma olarak halefiyet kapsamında müteselsil borçluya karşı da ileri sürülmesi rahatlıkla kabul edilecektir. Ne var ki şayet, söz konusu kişisel savunma sebebi, müteselsil borç ilişkisinin kurulmasından sonraki bir safhada alacaklıyla yapılan anlaşma dâhilinde elde edilmişse, bunun halefiyet kapsamında ileri sürülebilmesi, bir borçlunun alacaklıyla anlaşarak diğer borçluların durumunu ağırlaştırmaması ilkesi nedeniyle mümkün olmayacaktır (Bkz. Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1298).

¹⁷⁶⁰ Tharwat, **a.g.e.**, s. 187; Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 54. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. de Biasio, **a.g.e.**, s. 36; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 219.

2. Alacağa Bağlı Hakların Devri

a. Ferî Haklar

i. Teminatlar

aa. Genel Olarak

Halefiyetle beraber, sadece alacak hakkının kendisi değil, ona bağlı olan ferî teminatlar da alacaklıyı tatmin ederek rücu hakkını elde eden birlikte borçluya geçer¹⁷⁶¹. Ferî olanın aslını izlemesi kuralı çerçevesinde bu kendiliğinden (*ipso iure*) gerçekleşen bir sonuç olacaktır¹⁷⁶². Yalnız alacaklının bu devrin tam manasıyla gerçekleşebilmesi için bazı durumlarda üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi ve birlikte borçlunun durumunu kolaylaştırması da beklenir. Zira çoğu durumda, teminatın kendiliğinden halefe geçişi yeterli bir koruma sağlamamaktadır¹⁷⁶³. Bu yükümlülüğe istinaden alacaklı, ferî teminat haklarına ilişkin bilgi içeren belge ve ispat araçlarını halef olan birlikte borçluya devretmelidir¹⁷⁶⁴ (Bkz. kefalet sözleşmesi özelinde TBK m. 592 f. 3).

¹⁷⁶¹ Zellweger-Gutknecht, **BasKom.**, Art. 110, N. 33; Weiss, **a.g.e.**, s. 141; Nomer, **Rücu Zamaşımı**, s. 250; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 62; Bydlinski, **MünKom.**, BGB § 426, N. 45. Bu bağlamda müteselsil borçluluk özelinde bir noktaya özel olarak dikkat çekilmek gerekebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere (Bkz. §1, III, C, 1, a), müteselsil borçlulukta dar anlamda borçlu sayısı kadar dar anlamda borç bulunmaktadır. Sağlanan teminat müteselsil borç bütünü için olabileceği gibi, sadece bir dar anlamda müteselsil borç için öngörülmüş olabilir (Bkz. Engel, **Partie Générale**, s. 839).

İlk olasılık bakımından metindeki açıklamalarımız yeterli olacaktır. Ne var ki ikinci olasılık, yani dar anlamda borçlardan sadece biri için teminat öngörülmüş olması durumunda şu noktaya özel olarak dikkat çekilmek gerekecektir: Alacaklıyı tatmin ederek halef olan müteselsil borçlu, yalnızca ilgili borçluya başvururken öngörülmüş olan teminata halefiyeti kapsamında başvurabilecektir. Yoksa halef olarak diğer borçlulara başvururken bu teminattan faydalanabilmesi söz konusu olamaz. Bir örnekle somutlaştıralım. A karşısında B1, B2 ve B3 3.000 TL için müteselsilen borçlu olsunlar. T de, sadece B1'in borcu için ipotek teminatı sağlamış olsun. İfa zamanı geldiğinde alacaklıyı tatmin eden B2, halefiyeti kapsamında yalnızca B1'e 1.000 TL'lik rücu alacağı için başvuruda bulunurken ilgili ipotek hakkından fayda sağlayabilir. Yoksa onun B3'e halefiyeti kapsamında yapacağı rücu talebi, T'nin sağladığı ipotegin güvencesi altında değildir.

¹⁷⁶² Mestre, **a.g.e.**, s. 499; Tharwat, **a.g.e.**, s. 181; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 97; Fick, **Commentaire CO**, Art. 505, N. 6; Starck, **a.g.e.**, s. 709; Meier, **Gesamtschuld**, s. 447; Selb, **a.g.e.**, s. 116. Alacanın temlik bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 38. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 12; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 439; Reisoğlu, **Kefilin Rücu**, s. 476-477; Özen, **Kefalet**, s. 463; Develioğlu, **Garanti**, s. 413; Lombardini, **a.g.e.**, s. 933. Müteselsil borçluluk özelinde bkz. Tunçomağ, s. 1066; Terré / Simler / Lequette, **a.g.e.**, s. 1366. Sigorta sözleşmesi özelinde Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 162

¹⁷⁶³ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁷⁶⁴ Tharwat, **a.g.e.**, s. 182; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 51-52; Yenice, **a.g.e.**, s. 83.

Söz konusu teminatların dış ilişkide taraflarca öngörölmüş veya kanun tarafından sağlanmış olması da bir farklılık yaratmamaktadır. Bu şekilde birlikte borçluya geçecek olan teminatlar, rehin veya hapis hakları gibi aynî teminatlar olabileceği gibi, kefalet gibi kişisel bir teminatlar da olabilecektir¹⁷⁶⁵, ¹⁷⁶⁶. Halefiyetle gerçekleşen devir neticesinde, teminat veren kişiler ilk planda alacaklı karşısında nasıl bir sorumluluk taşıyorlarsa, onların bu sorumlulukları halef olan birlikte borçluya karşı devam edecektir.

Birlikte borçlu, aynen alacağın kendisi bakımından olduğu gibi, ancak alacaklıyı tatmin ettiği oranda teminatlardan faydalanabilecektir¹⁷⁶⁷. Bunun yanında kısmi ifa durumunda, yukarıda açıklandığı üzere, alacaklı teminatlardan faydalanmada öncelikli olacaktır¹⁷⁶⁸. Sonuçta, alacaklı dış ilişkide sağlanan teminatlardan yarar görecektir olan asıl kişidir, teminatlar başlangıçta onun için tasarlanmıştır. İfade bulunarak halefiyet yoluyla bunlardan faydalanmaya hak kazanan birlikte borçlu ise, alacaklıya göre her zaman ikincidir. Öte yandan birlikte borçlunun hangi teminatlardan faydalanabileceği noktasında da, kural olarak sadece alacaklının tatmin edildiği an esas alınacaktır¹⁷⁶⁹. Zira ancak bu an itibarıyla mevcut olan ferî teminatlar, halefiyet yoluyla birlikte borçluya devrolunmaktadır. Bununla birlikte aşağıda değinileceği üzere, kefilin halefiyetinde başvurulabilecek teminatlara ilişkin olarak kanun, ayrıca bazı özel kısıtlamalar da öngörmektedir.

Şimdi yukarıda genel olarak belirttiğimiz ferî teminatları, kendilerine has özelliklerini de dikkate alarak ayrıntılarıyla teker teker ele alalım. Ferî aynî teminatlar kategorisinde, taşınır rehni, teslimine bağlı ve teslimsiz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Teslimine bağlı taşınır rehninde, halefiyet etkisiyle birlikte rehin hakkı kendiliğinden birlikte borçluya geçer. Hakkın birlikte borçluya geçişi bakımından ayrıca bir tasarruf işleminin yapılmasına gereklilik bulunmaz. Yalnız, artık hak sahibi olmayan alacaklının elindeki eşyayı, yeni hak sahibi birlikte borçluya teslim

¹⁷⁶⁵ Tharwat, **a.g.e.**, s. 180; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 98. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 40-41.

¹⁷⁶⁶ Teminat türleri ile ilgili olarak bkz. Erden Kuntalp, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s. 263-299, s. 282.

¹⁷⁶⁷ Olağan şartlarda müteselsil borçlulukta alacaklı tamamen tatmin edilse bile, teminatlardan kısmen faydalanabilme bir zorunluluk olarak ortaya çıkacaktır, zira alacaklıyı tatmin etmiş olan müteselsil borçlu yalnızca payını aşan kısım bakımından yaptığı ödeme için halef olur (Bkz. Meier, **Gesamtschuld**, s. 447; Tharwat, **a.g.e.**, s. 183).

¹⁷⁶⁸ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 162.

¹⁷⁶⁹ Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 478; Yenice, **a.g.e.**, s. 83.

etmelidir. Alacaklı tatmin edilip halefiyet etkisinin oluşmasından teslim maddî fiili gerçekleşene kadar geçen sürede alacaklı başkası için zilyet konumunda olacaktır. Şayet alacaklı, rehin hakkı konusu eşyayı birlikte borçluya haklı bir sebep olmadan teslim etmekten kaçınırsa, birlikte borçlu ona karşı aynî hakka dayalı bir talepte (istihkak) bulunabilir. Teslimsiz taşınır rehinlerinde de aynı kural geçerlidir. Rehlin hakkının geçişi bakımından herhangi bir işlem yapılması gereği yoktur. Ancak söz konusu rehin hakları bakımından da alacaklı, birlikte borçlu lehine ilgili resmî kayıtların düzeltilmesini sağlamakla yükümlüdür. Zira kayıtlar gerçek hak sahipliği durumunu tam olarak yansıtmamaktadır. Alacaklının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda birlikte borçlu aynî hakkına dayalı olarak bir kayıt düzeltme davası açabilecektir.

Kanunda çeşitli yerlerde öngörülen hapis hakkı da, kanuni bir taşınır rehni türü olarak kabul edilir¹⁷⁷⁰. Buna göre, kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesiyle birlikte kendi zilyetliğinde bulunan borçluya ait mallar üzerinde alacaklı, bunları alıkoyma ve paraya çevirme yetkilerini bahşeden hapis hakkından faydalanabilir¹⁷⁷¹. Bir taşınır rehni türü olarak hapis hakkı, ferî özelliği gereği alacakla birlikte kendiliğinden devrolunacaktır¹⁷⁷², ¹⁷⁷³. Hapis hakkı konusu eşyanın zilyedi olan alacaklı, halefiyetin etkisiyle beraber başkası için zilyet konumunda bulunacak ve eşyayı talep edildiğinde birlikte borçluya devretmek durumunda olacaktır¹⁷⁷⁴. Eğer hapis hakkına konu olabilecek birden çok eşya bulunuyorsa, bunlardan hangisi üzerinde rehin hakkı kurulacağına seçimi ilk planda alacaklıya ait bulunmaktadır¹⁷⁷⁵. Birlikte borçlu halefiyet etkisiyle, hapis hakkını devralırken alacaklının seçimiyle bağlıdır.

Bir alacak veya hak üzerindeki rehin hakkı da geniş anlamda taşınır rehni olarak kabul edilmektedir. Bunların da intikali kendiliğinden gerçekleşir. Yalnız hak durumunu yansıtan resmî bir kayıt veya hak sahipliğini gösteren bir belge

¹⁷⁷⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 1019.

¹⁷⁷¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 1019.

¹⁷⁷² Tharwat, **a.g.e.**, s. 181; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 102. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 17; de Biasio, **a.g.e.**, s. 60; Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 477; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 196.

¹⁷⁷³ Bu konuda doktrinde ileri sürülen bazı görüşler, hapis hakları arasında bir ayrım gözeterek halefiyetin etkisini buna göre değerlendirmektedir (Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 101-102).

¹⁷⁷⁴ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 102.

¹⁷⁷⁵ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 1020.

bulunuyorsa, alacaklının gerçek hak sahipliğinin birlikte borçluya ait olduğunu gösterir işlemleri gerçekleştirmesi aranır. Kural olarak bir hak üzerinde rehin hakkı kurulması, hakkın devredilmesine ilişkin merasimle gerçekleştirilir. İşte bu merasime ait belgelerin gerçek hak sahipliği durumunu yansıtması arzu edilebilir. Yani alacaklı, bir alacak hakkı üzerinde bir rehin hakkı söz konusu ise, ilgili temlik işlemini yapmalı ve borç senedini de halef olan birlikte borçluya tevdi etmelidir¹⁷⁷⁶. Alacaklının bunu sağlamaması durumunda, rehin hakkına (bu durumda rehin hakkının hukukî niteliği kayıtladığı hakkın hukukî niteliğine göre tespit edilecektir) dayalı bir dava açılabilir. Söz konusu davada alacaklının ilgili irade beyanında bulunulması talep edilecektir. Türk Hukukunda bu konuda açık bir düzenleme olmamakla birlikte böyle durumlarda hâkimin vereceği kararın irade beyanı yerine geçeceği kabul edilmektedir.

Aslına bakılacak olursa, birlikte borçlu halefiyet yoluyla devrolunan alacaktan ve ona bağlı rehin haklarından hemen faydalanmak isteyecektir. Bu açıdan sadece alacaklıya halef olduğunu göstererek ilgili takipleri gerçekleştirmesi mümkündür. Dolayısıyla çoğunlukla yukarıda belirtildiği üzere fiilî veya kaydî durumun gerçeği yansıtmasına ihtiyaç duyulmayabilir. Ne var ki, bazı durumlarda birlikte borçlu alacak hakkı üzerinde başkaca tasarruflarda bulunmak isteyebilecektir. Örneğin o, halefiyetle devraldığı alacağı bir başka üçüncü kişiye daha düşük bir değer üzerinden temlik ederek sorunsuz bir şekilde ilişkiden sıyrılmak istiyor olabilir. İşte bu türden durumlarda, fiilî veya kaydî durumun gerçeği yansıtması önem kazanabilir¹⁷⁷⁷.

Taşınmaz rehni ise, ipotek, ipotekli borç senedi ve irad senedi olmak üzere üç gruba ayrılır. Türk uygulamasında taşınmaz rehninin sözü geçen son iki türü pek benimsenen teminatlar olmamıştır. Bu açıdan açıklamalarımızda özel olarak ipoteğe ağırlık vereceğiz. Halefiyet etkisinin doğmasıyla birlikte ipotek hakkı yukarıda diğer hallerde belirttiğimiz üzere kendiliğinden rücuya hak kazanan birlikte borçluya geçer¹⁷⁷⁸. Bundan başka özel olarak kurucu bir merasimin gerçekleştirilmesine gerek bulunmamaktadır¹⁷⁷⁹. Böyle bir durumda gerçek hak sahipliğini sicile yansıtmak isteyen birlikte borçlu, Tapu Sicili Nizamnamesi m. 31 f.2 uyarınca kendisinin

¹⁷⁷⁶ Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 484.

¹⁷⁷⁷ Benzer yönde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁷⁷⁸ Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 484.

¹⁷⁷⁹ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 99; Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 484.

alacaklının halefi olarak düşünceler sütununda belirtilmesini isteyebilir. Bunun dışında tapu sicilinin düzeltilmesi için talepte bulunulmasına gereklilik bulunmamaktadır. Belirtilen şekilde birlikte borçlu, gerçek hak sahipliği görüntüsünün tapuya yansıtılmasını sağlayabilir. Ancak yapılan bu kayıt hiç şüphesiz bir aynî hakkın tescil edilmesiyle aynı etkiyi yaratmaz¹⁷⁸⁰.

Kişisel teminat türlerinden ferî özellikli kefalet de alacaklının tatmin edilmesi suretiyle birlikte borçluya kendiliğinden devrolunacaktır¹⁷⁸¹. Alacağın teminatı olarak devredilen kefalet alacağı da başka teminatlarla (rehin veya kefile kefalet gibi) güvence altına alındıysa bunlar da bağlı buldukları kefalet alacağı ile birlikte borçluya devredilirler.

bb. Kefilin Halefijetinde Teminatlar Bakımından Öngörülen Kısıtlamalar

Halef olan birlikte borçluya devrolacak teminatlar¹⁷⁸², yukarıda da belirtildiği üzere kural olarak sadece alacaklının tatmin edildiği an nazara alınarak belirlenir. Kefalet sözleşmesi bakımından ise, konuyla ilgili olarak TBK m. 596 f.2 c.1’de, özel ve sınırlayıcı bir düzenleme daha öngörülmektedir: “[K]efil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur.” Hükümde kefilin halefijet dolayısıyla yararlanabileceği teminatlar, teminatı veren kişi ve teminatın verilme anı bakımından kısıtlamaya tabi tutulmaktadır¹⁷⁸³.

Buna göre kefalet sözleşmesi yapılmadan önce gerek üçüncü kişilerin gerekse de asıl borçlunun verdiği teminatlar hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın ödemede bulunup halef olan kefile geçecektir¹⁷⁸⁴. Söz konusu teminatlar, aynî veya kişisel

¹⁷⁸⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 945.

¹⁷⁸¹ Tharwat, **a.g.e.**, s. 181; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 41; Kılıçoğlu, **Halefijet**, s. 103; Reisoğlu, **Kefilin Rücuu**, s. 477.

¹⁷⁸² Söz konusu teminatlar sadece ferî teminatlardan ibaret değildir. Garanti sözleşmesi, müteselsil borçluluk vb. ferî özellik taşımayan teminatlar da hükmün kapsamındadır. Aşağıda (§3, II, D, 2, d) diğer teminatlar bakımından yapacağımız açıklamalarda kefalet sözleşmesi özelinde bu nokta göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁷⁸³ Özen, **Kefalet**, s. 470; Yavuz, **a.g.e.**, s. 315; Scyboz, **a.g.e.**, s. 133; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7063.

¹⁷⁸⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 20; Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 8; Guhl, **Bürgschaft**, s. 82; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 503, N. 6; Özen, **Kefalet**, s. 471.

özellik taşıyabilecektir. Kefalet anı öncesinde bu şekilde bütün teminatların daha sonra halefiyette kefilin yararlanmasına bırakılmasının temelinde, kefilin teminat borcu altına girerken bu teminatların varlığını gözettiği düşüncesi bulunmaktadır. Yalnız birkaç noktaya özellikle dikkat çekilmelidir. Bir defa eğer söz konusu teminat, bir aynî teminat ise, kefalet sözleşmesinin kurulması anından önce, bu hakkın doğumu için gerekli tasarruf işlemlerinin tamamlanmış olması gereklidir¹⁷⁸⁵. Söz gelimi bir taşınır rehni söz konusuysa, rehin kurma sözleşmesinin yapılmış olması yetmez, akabinde aynî sözleşme ve teslimden oluşan tasarruf işlemi aşamasının da tamamlanmış olması gereklidir. Ya da bir taşınmaz söz konusu ise, ipotegün tescil talebi neticesinde tapuya tescilinin yapılmış olması gerekmektedir¹⁷⁸⁶. Diğer taraftan verilen teminat asıl alacağa ilişkin olmalıdır. Asıl alacağı teminat altına alan birden fazla kefalet sözleşmesi varsa ve ilk kefalet sözleşmesinden doğan alacak, ikinci kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce teminat altına alındıysa, bu teminat sadece önce verildi diye ikinci kefilin halefiyeti kapsamında değerlendirilemez. Çünkü maddede değinilen ve halefiyet kapsamına gireceği belirtilen teminatlar asıl borcu ilgilendirmektedir¹⁷⁸⁷.

Kefalet anından sonra ise, ancak bizzat asıl borçlu tarafından ve özellikle kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınmış alacak bakımından özellikle verilmiş teminatlar kapsam dâhilinde değerlendirilecektir¹⁷⁸⁸. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından verilmiş teminatlar, kefil bunların varlığına güvenerek teminat borcu altına girmediği için kefilin yararlanması dışında tutulmuştur. Asıl borçlunun sonradan verdiği teminatların halefiyet kapsamında değerlendirilmesinin sebebi ise, kefilin bu teminatın verileceğini kefalet anında speküle ederek tasarlamış ve buna güvenmiş olması değildir. Buradaki düşünce biraz daha farklıdır. Ödemede bulunan kefil son tahlilde, asıl borçlunun malvarlığına müracaat edecektir. Bu nedenle kefil söz konusu malvarlığı değerlerinin varlığına güvenerek borç altına girmiştir. Daha sonra bu malvarlığı değerlerinden birinin ayrıştırılarak sadece belirli bir alacaklının menfaatine özgülmesi, yani bir rehin hakkı kurulması kefilin bu menfaatini de

¹⁷⁸⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 21; Özen, **Kefalet**, s. 471.

¹⁷⁸⁶ de Biasio, **a.g.e.**, s. 62.

¹⁷⁸⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 20; de Biasio, **a.g.e.**, s. 62; Gümüş, **Özel Hükümler II**, 440; Özen, **Kefalet**, s. 471.

¹⁷⁸⁸ Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 9; Develioğlu, **Garanti**, s. 412; Özen, **Kefalet**, s. 471; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 439.

dolaylı olarak etkileyecektir. Dolayısıyla kefile bu konuda da bir hak tanınmış olması doğal karşılanabilir. Yalnız önemli olan nokta, teminatın “özellikle” belirtilen alacak için verilmiş olmasıdır. “Özellikle” sözünden ne anlaşılacak gerekir? Bu soruya cevap verilebilmesi, genel teminat kaydı kavramına değinilmesini gerektirir. Bazı durumlarda, genel teminat kaydı (*clause de garantie générale*) olarak adlandırılan ek bir anlaşma, başka bir borç için verilmiş olan teminatın, bizzat teminat altına alınan mevcut ilişkide de kullanılmasını sağlayabilir¹⁷⁸⁹. Söz konusu anlaşma, genellikle bankalar tarafından yapılan sözleşmelerde özel bir kayıt olarak yer almaktadır. Bir örnekle somutlaştıralım: A’nın B’den “x” alacağına K kefil olsun. Bunun dışında A’nın B’den başka bir ilişkiden doğan ve (yine B tarafından sağlanmış) bir rehin hakkıyla teminat altına alınmış bir “y” alacağı bulunsun. İşte A, genel teminat kaydı sayesinde “x” alacağı için B’ye başvuruda bulunurken “y” alacağı için verilmiş olan teminata da başvurabilir. Buna karşılık TBK m. 596 hükmü, bu şekilde A’nın faydalanabileceği teminattan kefile faydalandırmak istememiştir. Kefil, özel olarak “x” alacağı için verilmiş bir teminattan faydalanabilecektir¹⁷⁹⁰. Yalnız eğer, söz konusu teminat hem “x” hem de “y” alacağı için verildiyse, halefiyet kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Zira burada teminata başvurulabilmesi genel teminat kaydı sayesinde değil, bizzat o borç için verilmesiyle sağlanmıştır. Yoksa kefilin halefiyeti kapsamında başvurabileceği teminatın mutlaka ve sadece tek başına asıl borcu güvence altına almış olması gereği yoktur¹⁷⁹¹.

Kanun, yukarıda anılan teminatın “özel olarak verilme” gereğini sadece kefalet anından sonraki teminat hakları için aramaktadır. Dolayısıyla, kefalet anı öncesinde alacaklının genel teminat kaydıyla faydalanabileceği (gerek asıl borçlunun gerekse de üçüncü kişilerin verdiği) teminatlardan faydalanabilmesi mümkündür¹⁷⁹².

Kefilin teminatlardan faydalanmasına ilişkin sınırlamalar getiren bu hüküm, yine TBK m. 582 f.3 uyarınca, kefil lehine olarak nispi emredici özellik taşımaktadır.

¹⁷⁸⁹ Özen, **Kefalet**, s. 472.

¹⁷⁹⁰ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 48.

¹⁷⁹¹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 24; Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 9; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 503, N. 8; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 503, N. 7; Scyboz, **a.g.e.**, s. 93; de Biasio, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁷⁹² Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 20; Guhl, **Bürgschaft**, s. 82; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 439; Özen, **Kefalet**, s. 471.

Aksi görüşte bkz. Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 8; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 503, N. 8-9; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 503, N. 9. Yazarların genel teminat kaydı kapsamındaki teminatları hiç kapsama almamak istemelerinde etken olan düşünce, alacaklı üzerindeki koruma yükümlülüğünün aşırılığı kaçmasının engellenmesidir.

Yani, kefalet sözleşmesi kurulurken kefil lehine bir değişikliğin yapılması mümkün olmakla birlikte, onun aleyhine değişiklik yapılması ise söz konusu olamaz¹⁷⁹³. Söz gelimi, kefil kanunda düzenlenen diğer halefiyet hallerinde olduğu gibi hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaksızın teminatlardan faydalandırılabilir, ancak kanunda getirilen sınırlamanın ötesine geçilmesi ve teminat kapsamının daha da daraltılması söz konusu olamaz. Bununla birlikte, tıpkı özel rücu hakkıyla ilgili olarak asıl borçluyla anlaşma yapılarak halefiyet kapsamının daraltılmasında olduğu gibi, kefilin teminatı sağlayan kişilerle bizzat ilişki kurarak onlara karşı teminattan faydalanmayacağı yönünde taahhüt altına girmesi mümkündür. Sonuçta kefilin böyle bir taahhütte bulunması sadece kefalet sözleşmesi bakımından yasaklanmıştır¹⁷⁹⁴.

Kefilin teminatlardan faydalanmasına ilişkin söz konusu hükmün alacaklıya koruma yükümlülüğü yükleyen izdüşümü, TBK m. 592 f.1 düzenlemesidir¹⁷⁹⁵. Buna göre “[a]lacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.”

ii. Sözleşme Cezası

Sözleşme cezası, alacağa bağlı bir ferî bir yükümlülük oluşturur. Amacı borçlu üzerinde baskı oluşturularak alacaklının ifa menfaatinin kuvvetlendirilmesidir. Sözleşme cezası iki farklı türde olabilir. Eğer ifaya eklenen bir sözleşme cezası kararlaştırılmışsa, alacaklı hem borcun ifasını hem de sözleşme cezasını talep edebilecek, diğer durumda yani ortada bir ifa yerine (seçimlik) sözleşme cezası bulunuyorsa, sözleşme cezası ile borç arasında bir seçimde bulunması gerekecektir.

Sözleşme cezası kural olarak borcun ihlal edilmesiyle birlikte doğar ve talep edilebilir hale gelir, diğer bir deyişle muaccel olur. Tabii taraflar dilerlerse sözleşme

¹⁷⁹³ Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 38; Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 11; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 507, N. 7; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 440; Özen, **Kefalet**, s. 472; Yavuz, **a.g.e.**, s. 315. Aksi görüşte bkz. Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N.8.

¹⁷⁹⁴ Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 13; Özen, **Kefalet**, s. 472.

¹⁷⁹⁵ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 52; Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 10; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 7; Özen, **Kefalet**, s. 470; Yavuz, **a.g.e.**, s. 315.

cezasının doğumunu bundan başka ayrı bir şartın gerçekleşmesine veya muacceliyetini ayrı bir vadenin dolmasına da bağlayabilirler. Buna da bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda ise, salt asıl borcun ihlal edilmesiyle, kararlaştırılan (ek) şart gerçekleşmeden sözleşme cezasının doğduğundan (ve dolayısıyla muaccel olduğundan), vade dolmadan ise muaccel olduğundan söz edilemez.

Halefiyet etkisine dayalı kabul edilen varsayımda, alacağın devriyle ona bağlı ferî hakların da kendiliğinden devrolacağı asıldır. Sözleşme cezası bakımından ise, doktrinde –alacağın temlikinin etkisi bakımından yapılan yaklaşım temelinde- bu yükümlülüğün halefiyet anında muaccel olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmek suretiyle bir sonuca ulaşılması yerinde olacağı belirtilmektedir. Zira sözleşme cezası, muacceliyet anına kadar, tamamen alacağa bağlı özellik gösterirken, muacceliyetle birlikte asıl alacağın yanında ayrı bir hak karakteri de kazanmaktadır¹⁷⁹⁶. Bu da yapılacak değerlendirmenin farklılaşmasına ve muacceliyet anının önem kazanmasına sebep olacaktır. Tabii bu değerlendirme yapılırken halefiyetin amacı ve alacağın temlikinden farklılaşan özellikleri de göz önünde tutulmalıdır. Bahsettiğimiz açıdan ayırım hakkında şüphelerimiz bulunsa da, buna ilişkin değerlendirmelerimizi, konu üzerindeki mevcut düşünceyi aktardıktan sonra, en sonda yapmayı uygun buluyoruz.

İlk olasılıkta, yani sözleşme cezası henüz muaccel olmadan halefiyet etkisi gerçekleşmişse, o ferî ve tam anlamıyla bağlı bir borç olarak asıl alacağın kaderini takip edeceğinden, hiç şüphesiz halef olan birlikte borçluya da kendiliğinden devrolunacağı kabul edilir¹⁷⁹⁷. Dolayısıyla birlikte borçlu daha sonra sözleşme cezası doğup muacceliyet kazandığında bunu da halefiyet yolu üzerinden yapacağı rücu başvurusunda talep edebilecektir¹⁷⁹⁸. Eğer kararlaştırılan sözleşme cezası ifaya eklenen türde ise, birlikte borçlu bunu da alacağın yanında rücu talebine dâhil edebilecektir. Buna karşılık ifa yerine istenebilecek seçimlik bir sözleşme cezası kararlaştırılmışsa, bu kez halef birlikte borçlu, alacakla birlikte kendisine devrolunan seçim hakkını (yenilik doğuran hak) kullanarak talebin içeriğini alacak hakkı veya

¹⁷⁹⁶ Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 58.

¹⁷⁹⁷ Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 58; Gaspard Couchepin, **La clause pénale, Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction**, Zurich-Bâle-Genève: Schulthess, 2008, s. 151.

¹⁷⁹⁸ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 113.

(onun yerine geçecek) sözleşme cezası olarak belirleyebilecektir¹⁷⁹⁹. İlginçtir, böylece aslında birlikte borçlu alacaklıyı tatmin ederken sözleşme cezasına ilişkin herhangi bir ödemede bulunmadığı halde, halefiyeti kapsamında daha sonra – muacceliyetinin gerçekleşmesiyle birlikte- bu değeri talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁰⁰. Dolayısıyla bazı birlikte borçluluk türlerinde sözünü ettiğimiz engeller –müteselsil borçlulukta sözleşme cezasının borcun bütünü bakımından kararlaştırılması gereği her olasılıkta bulunmaktadır- burada etkili olmayacaktır. Yalnız bu ilk olasılıkta, halef olan birlikte borçlunun sonradan muaccel olacak sözleşme cezasını talep edebilmesi için, her durumda halefiyete dayalı genel rücu talebine sözleşme cezasının da eklenmesiyle bulunacak olan değer onun diğer borçlularla iç ilişkisindeki özel rücu hakkının kapsamında talep edilebilecek değeri aşmamış olması da şarttır. Sonuçta halefiyet kapsamında yapılabilecek ferî nitelikteki rücu talebi, hiçbir durumda asıl nitelikteki özel rücu hakkına dayalı talebin kapsamını aşamaz.

İkinci olasılıkta ise, yani sözleşme cezası bir kez doğmuş, muaccel olmuş ve daha sonra halefiyet etkisi gerçekleşmişse yapılacak değerlendirme farklılaşır. Zira bu durumda ferî sözleşme cezası alacaktan bağımsız bir özellik de kazanacak ve ayrıca talep edilebilecektir. Halefiyete benzer bir durum meydana getiren alacağın iradi olarak temlikinde, böyle bağımsız özellik kazanan sözleşme cezası alacağının, devreden alacaklı tarafından temlik kapsamına alınması veya kapsamı dışında tutulması mümkündür. Ancak bu konuda herhangi bir kararlaştırma yoksa kural, muaccel olmuş sözleşme cezasının alacağı devralan kişiye geçmemesidir¹⁸⁰¹.

Halefiyet kapsamında muaccel olmuş sözleşme cezasının devri bakımından ise daha farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Yapılacak değerlendirmede, halefiyetin birlikte borçlunun durumunu denkleştirme amacı gözetilerek, sözleşme cezasının alacaklıya ifade bulunan birlikte borçlunun bu ifadan sorumluluğunun kapsamına

¹⁷⁹⁹ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 113.

¹⁸⁰⁰ Belki bunun sebebi, söz konusu evrede sözleşme cezasının işlevinin –halefiyet etkisiyle birlikte- artık dış ilişkideki alacağın değil, iç ilişkideki rücu alacağının yerine getirilmesi için diğer birlikte borçlular üzerinde sadece bir baskı unsuru oluşturması olarak görülebilir. Oysaki muaccel olmuş bir sözleşme cezası, borç artık çoktan ihlal edilmiş olacağı için baskı unsuru oluşturma etkisini yitirecektir. Ne var ki söz konusu ayrımı yapılmasında böyle bir gerekçeye yer verildiği görülmemektedir (Bkz. Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 112-113).

¹⁸⁰¹ Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 58; Walter Pfister, **Der gesetzliche Eintritt eines Dritten in die Rechte des Gläubigers nach 110 OR, Ein Beitrag zu Lehre der Subrogation**, Basel: Diss. 1946, s. 56; Couchepin, **Clause Pénale**, s. 152; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 112; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 634.

girip girmediği tespit edilmelidir. Buna göre halefiyetle birlikte sözleşme cezasının devrinin gerçekleşebilmesi için alacaklıyı tatmin eden birlikte borçlunun sorumluluğunun kapsamına mutlaka bu sözleşme cezası değerinin de dâhil olması gereklidir. Zira aksi takdirde, birlikte borçlu zenginleşmiş olur.

Özel olarak ve farklı birlikte borçluluk türleri bakımından ele almak gerekecek olursa, muaccel olmuş sözleşme cezası bakımından böyle bir kurgu, yani sözleşme cezasının birlikte borçlunun sorumluluğuna dâhil olarak görülmesi, TBK m. 589 f. son'un emredici düzenlemesi kapsamında kefalet sözleşmesinde mümkün değildir. Zira kefilin sözleşme cezasından da sorumlu olacağı kararlaştırılamaz. Dolayısıyla kefilin halefiyetine, hiçbir suretle muaccel olmuş sözleşme cezası girmez.

Müteselsil borçluluk ve borca katılma bakımından bu durumun söz konusu olabilmesi ancak müteselsil borç bütünü için sözleşme cezası kararlaştırılması ile mümkündür. Hâlbuki sadece bir müteselsil borçlunun borcu için sözleşme cezası kararlaştırıldıysa diğer müteselsil borçlular bundan müteselsil olarak sorumlu olmayacakları ve sözleşme cezası salt bir borçlunun kişisel borcu olarak addedileceği için, halefiyet kapsamında değerlendirilmesi de mümkün olmayacaktır. Bölünemeyen borçlulukta dar anlamda tek bir borç ilişkisinin olması, bölünemeyen borçluların borçtan sorumluluklarının müteselsil borçlulukta olduğu gibi farklılaştırılmasına izin vermemektedir. Buna göre sadece borcun bütünü için sözleşme cezası kararlaştırılabilir ve böyle bir durumda bütün borçlular bundan sorumlu olur. Dolayısıyla alacaklıya ifada bulunan bölünemeyen borçlu, halefiyeti kapsamında ifasını yaptığı sözleşme cezası için de rücu talebinde bulunabilir. Sigorta sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşecek halefiyette ise, sözleşme cezasının sigortacının rücu talebi içinde değerlendirilebilmesi ancak bu değer sigorta zararı içinde değerlendirilebilmesine bağlı olacaktır. Ne var ki, belirtilen sözleşme cezası değerinin sigorta zararı kapsamında değerlendirildiği bir olasılıkta bile, sigorta bedelini aşan zarar miktarı sigortacı tarafından karşılanmayacaktır. Bu hususun da gözden kaçırılmaması gerekir.

Bunlardan başka sözleşme cezası, ifaya eklenen özellikte olup, ifanın gecikmesine bağlı olarak belirli zaman zarfında artan bir değer olarak da kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda ortada alacaklının tatmininin

gerçekleştiği halefiyet anında bir kısmı işlemiş bir kısmı ise işlemeye devam eden bir sözleşme cezası olacaktır. Böyle olunca da yukarıda değindiğimiz ilk iki olasılığın da aynı anda gerçekleştiği söylenebilir. Dolayısıyla yapılacak değerlendirmede ikili bir ayırım yapılarak hareket edilmeli ve böylece sonuca ulaşılmalıdır.

Aslında bakılacak olursa alacağın temlikindeki yaklaşımdan hareketle, muacceliyete dayalı bu şekilde ikili bir ayırım yapılmasının halefiyette ne kadar doğru ve bir o kadar da işlevsel olduğu da tartışmaya açılabılır. Bir defa halefiyetin amacı, alacağın temlikinde olduğu gibi devamlılığının sağlanması olmayıp, daha ziyade - özellikle teminat hakları bakımından- alacaklıyı tatmin eden birlikte borçlunun elinin sağlamlaştırılması, özel rücu hakkına dayalı olarak yapacağı talebin güvence altına alınmasıdır. Yoksa birlikte borçlunun normalde olacağından daha avantajlı bir duruma yükselmesi amaçlanmamıştır. Bu açıdan ilk olasılık dâhilinde, birlikte borçlunun henüz muaccel olmamış sözleşme cezasından daha sonra faydalandırılması, ona alacaklıya yaptığı ifanın ve gerçekleştirdiği tatminin ötesinde ek bir takım ek imkânların sunulması anlamına gelecektir ki bu halefiyetin belirtilen (denkleştirme) amacı çerçevesinde kabul edilemez.

Öte yandan halefiyet bakımından esas gerçekleşebilecek olasılık, ikinci olasılıktır. İlk olasılık –ayırım yerinde görülse bile- ancak sözleşme cezasının muacceliyetinin borcun ihlal edilmesi anından sonra gerçekleşmesi halinde bir anlam ifade edebilir. Bunun dışında anlatılana benzer bir sonucun ortaya çıkması söz konusu değildir. Düşüncemizi bir örnek üzerinden somutlaştıralım: A'ya karşı B1, B2 ve B3 3.000 TL için belirli bir vade tarihinde ödenmek üzere müteselsil olarak borç altına girmiş olsunlar. Müteselsil borcun zamanında yerine getirilmemesi halinde bütün borçluların 400 TL ifaya eklenen sözleşme cezası da ödeyecekleri öngörölsün. B1 A'ya borcun tamamı için erken ifada bulunsun. Böyle bir durumda halefiyetin etkisi kendisini ancak müteselsil borcun vade tarihinde gösterebilecektir. Dolayısıyla erken ifa halefiyetin etki anı bakımından bir önem taşımayacaktır.

iii. Faiz

Faiz alacağı, asıl alacağa bağlı ferî bir hak oluşturur. Doktrinde halefiyetin gerçekleşmesinin faiz bakımından nasıl bir etki doğurduğu sözleşme cezasına benzer

şekilde ikiye ayrılarak incelemeye tabi tutulmuştur. Bu ayrımın temelinde de alacağın temlikindeki düşünce bulunmaktadır¹⁸⁰².

Söz konusu ayrım, faizin işlemiş olup olmadığına dayanmakta olup gerek anapara gerekse de temerrüt faizi bakımından geçerli olacaktır. Öyle ki faiz alacağı işlemekte iken tamamen ferî özellik gösterirken, işledikten sonra, asıl alacaktan ayrı bir özellik de kazanmaktadır¹⁸⁰³. Bu nedenle yapılacak yaklaşım da farklılık gösterecektir. Aslında sözleşme cezası bakımından da açıklamada bulunduğumuz üzere alacağın temliki bakımından geçerli olan aşağıdaki bu ayrım, halefiyetteki düşünceye ne kadar uygundur, tartışma konusu yapılabilir. Biz öncelikle yine doktrinde yapılan ayrıma ve sonuçlarına yer verdikten sonra, en sonda eleştiri ve düşüncelerimizi iletacağız.

Yapılan ayrıma göre ilk olasılıkta, işlemekte olan faiz bakımından, bunların alacağı tamamıyla bağlı özellik göstermesinden hareketle, aynen alacağın temlikinde olduğu üzere (TBK m. 189 f.1), halefiyetle birlikte devrolacağı kabul edilmektedir¹⁸⁰⁴. Dolayısıyla, alacak için öngörülen sözleşmesel faiz olsun, hakkın temerrüde düşülerek ihlal edilmesiyle söz konusu olacak temerrüt faizi olsun, daha işlememiş halde halef olan birlikte borçluya devrolacak ve halefiyet anından sonra gerekli koşulların oluşması halinde onun lehine işleyecektir. Eğer alacaklı ile birlikte borçlular arasındaki dış ilişkide, faiz açısından sözleşmesel bir oran öngörüldüyse bu oran halef olan birlikte borçlu açısından da geçerli olacaktır¹⁸⁰⁵.

İkinci olasılıkta işlemiş faizler bakımından ise, yapılacak değerlendirmede önem taşıyan husus, halef olacak birlikte borçlunun bunları ne ölçüde yerine

¹⁸⁰² Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 56; Gadmer, **a.g.e.**, s. 112; Pfister, **a.g.e.**, s. 56; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 111; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 216.

¹⁸⁰³ Weber, **BerKom.**, Art. 73, N. 44; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 789.

¹⁸⁰⁴ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 111. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. bu yönde Yarg. 13. HD., 20.02.2006 T., E. 14902, K. 2026: "(...) [h]alefiyet asıl borçla birlikte fer'ilerini de intikal ettirir. İşlemekte olan faiz de alacağın fer'idir. Başkasına ait bir borcu yerine getiren kişi alacak hakkına değil alacaklının haklarına halef olur. İşlemekte olan faizler de alacaklının haklarındandır. Kefilin, borcu ödemesi nedeniyle işlemekte olan faizlerden sorumlu olmayacağını kabul etmek, borcunu ödemeyen esas borçlu için iyileştirme sonucunu doğurur. Borçlu alacaklıya karşı ne şekilde sorumlu ise halef olan kefil karşısında da aynı şekilde sorumlu olmaya devam eder. Bu nedenle kefil alacaklıya ödeme yaptığı tarihten itibaren asıl borçludan faiz isteyebilir." (www.kazanci.com).

Aksi yönde bkz. Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 56; Pfister, **a.g.e.**, s. 56.

¹⁸⁰⁵ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 111. Yazar, işlemekte olan faizin halef olan kişiye geçişi engellenecek olursa, bunun ilk plandaki borçlunun durumunu iyileştireceğini, ancak halefiyetin böyle bir amacı olamayacağını belirtmektedir.

getirdiğidir. Alacağın temlikinde geçerli olan, aksi belirtilmediği halde işlemiş olan faizlerin de temlik alana devrolacağı kuralı (TBK m. 189 f.2) burada da uygulama alanı bulur¹⁸⁰⁶. Şu farkla ki, burada bir de halefiyetin denkleştirme amacı çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Birlikte borçlunun alacaklıya karşı bunları ne ölçüde yerine getirdiğine bakılmalıdır¹⁸⁰⁷. Zira birlikte borçlu, kural olarak, ancak yerine getirdiği ölçüde asıl alacaktan bağımsızlaşmış faiz alacaklarına da halefiyet kapsamında hak kazanabilecektir¹⁸⁰⁸. Bu noktada birlikte borçluluk türleri özelinde birel değerlendirilmeler yapılarak, birlikte borçlunun söz konusu faiz alacağını içinde bulunduğu borçluluk ilişkisi çerçevesinde ne ölçüde yerine getirmesi gerektiğinden yola çıkılmalıdır. Zira eğer söz konusu borçluluk ilişkisi, zaten faizin ifasına ilişkin bir zorunluluk getirmiyorsa, söz konusu faiz ifa edilmiş olsa da halefiyet etkisi doğmayacaktır.

Müteselsil borçluluk ve mevcut borca katılmada borcun bütünü bakımından bir anapara faizi öngörüldüyse, alacaklıya yapılacak ifade bu değer de herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın ifa edilmesi gerekecektir. Buna karşılık sadece bir borçlunun dar anlamda borcu açısından öngörülen faiz bu değerlendirmenin dışında tutulacaktır. Diğer taraftan müteselsil borçluların tümünün ayrı ayrı sorumlu olacağı temerrüt faizinden ötürü sorumluluklarında da, yukarıda belirttiğimiz hakkaniyet düşüncesi çerçevesinde, halefiyet kapsamına dâhil edilebilmelidir¹⁸⁰⁹.

Kefalet sözleşmesinde ise, kefilin faizden ötürü sorumluluğu TBK m. 589'da düzenlenmiştir. Buna göre kefil işlemiş olan temerrüt faizinden sınırsız olarak sorumlu iken anapara faizinden öngörülen sınır dâhilinde sorumlu olacaktır. Tabi kefilin her durumda işlemiş olan faiz hangi türden ve hangi tutarda olursa olsun en fazla kefalet üst limiti kadar sorumlu tutulabileceği de akıldan çıkarılmamalıdır.

Sigorta sözleşmesi bakımından ise, yine sözleşme cezası bakımından belirttiğimiz üzere, sigortacı işlemiş olan anapara / temerrüt faizlerini, bunlar sigorta zararı çerçevesinde değerlendirilebildiği ve sigorta bedeli limit değerini aşmadığı ölçüde sigorta tazminatı kapsamında yerine getirmekle yükümlü olacaktır.

¹⁸⁰⁶ Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 56.

¹⁸⁰⁷ Pfister, **a.g.e.**, s. 56.

¹⁸⁰⁸ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 111.

¹⁸⁰⁹ Bkz. yukarıda §3, II, C, 2, b altındaki açıklamalarımız.

Şimdi yapılan bu ayırım bakımından düşüncemizi aktarmak istiyoruz. Halefiyette alacağın bir kişiden diğerine kanunen devri tasarlanmış olsa da temelde yatan amaç farklıdır: Halefiyet, özel rücu yolunda zorluklarla karşılaşabilecek olan birlikte borçlunun konumunu güvence altına almaktadır. Dolayısıyla temeldeki düşünce denkleştirmedir. İşbu denkleştirme amacı kapsamında düşünüldüğünde, ilk olasılıktaki işlemekte olan faizlerin halef olan birlikte borçluya geçmesi çok isabetli gözükmemektedir¹⁸¹⁰. Alacağın temlikinde isabet taşıyan bu mantık, halefiyet bakımından etkin şekilde savunulamaz. Zira bu tarzda bir düşünceyle açık şekilde birlikte borçlunun zenginleşmesine hizmet edilmiş olacaktır. Bu ise kabul edilebilir değildir. Kanaatimizce sadece ikinci olasılıkta kalan işlemiş faizler halefiyetin etkisiyle birlikte devredilebilmelidir. Bu devrin sınırları da bir yandan birlikte borçlunun tabi olduğu ilişkide bunları ne ölçüde yerine getirmesi gerektiği, diğer yandan somut durumda ne ölçüde yerine getirdiğidir. Nitekim yerine getirilmesi gerekmediği halde, faiz borcunu karşılayan birlikte borçlu alacaklıya halef olamadığı gibi, somut olarak yerine getirdiğinden fazlası için de halef olamayacaktır.

b. Yenilik Doğuran Haklar

Halefiyetle birlikte, alacağın temlikine benzer bir şekilde, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar da halef olan birlikte borçluya geçer¹⁸¹¹. Yalnız yukarıda daha önce de belirtildiği üzere, alacağın doğduğu sözleşme ilişkisine taraf olunması şartıyla kullanılabilir olan yenilik doğuran haklar –örneğin sözleşmeden dönme hakkı– halef olan kişiye geçmez¹⁸¹².

Alacağa bağlı yenilik doğuran haklara çok fazla örnek bulunmamakla birlikte, belki seçimlik bir alacak için seçim hakkı veya alacağın muacceliyeti için yapılacak muacceliyet bildirimini gösterilebilir¹⁸¹³. Bu belirtilen son iki hak münhasıran alacağın kendisine bağlı bulunduğu için, tıpkı alacağın temlikinde temlik alan bakımından söz konusu olduğu gibi, halefiyette de halef olan kişiye intikal edebilecektir¹⁸¹⁴.

¹⁸¹⁰ Bu yönde Pfister, **a.g.e.**, s. 56. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 439 ve özellikle dn. 1033; Özen, **Özel Rücu**, s. 1455-1456.

¹⁸¹¹ Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 60; Pfister, **a.g.e.**, s. 56; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 113.

¹⁸¹² Mestre, **a.g.e.**, s. 760; Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 62; Béguelin, **FJS 768**, s. 5; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 113.

¹⁸¹³ Başka örnekler için bkz. Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 61.

¹⁸¹⁴ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 113.

Yalnız şu nokta da gözden kaçırılmamalıdır. Verilen bu teorik örneklerin ne kadar gerçekleşebilir olduğu tartışılabilir. İlk örnek, yani seçim hakkı bakımından konuyu ele alacak olursak, hatırlanmalıdır ki birlikte borçlulukta gerçekleşen halefiyette, belirtildiği üzere borcun konusu ne olursa olsun bir para verme edimine dönüşmektedir¹⁸¹⁵. Dolayısıyla halef olunan borcun konusu seçimlik edimlerden oluştuğunda ve alacaklı tarafından seçim hakkı henüz kullanılmamış olduğunda halef sadece seçim hakkını kullandığı edimin para değerini diğer birlikte borçludan talep edebilecektir. Açıkçası böyle bir olasılığın uygulamada ortaya çıkması başka nedenlerden ötürü güçtür. Kefalet sözleşmesi özelinde düşünelim. Kendisine kefil olunan asıl borçlu seçimlik edimler için borç altında olabilir. Ancak risk gerçekleştiğinde kefilin alacaklıya yapacağı ödeme tutarının tespiti edimin seçilmiş olmasına bağlı olacaktır. Dolayısıyla bu durumun kefalet sözleşmesi bakımından meydana gelmesi pek de imkân dâhilinde görülemez. Müteselsil borçlulukta da benzer şeyler söylenebilir. Bir tek belki şöyle bir olasılıkta belirttiğimiz şekilde bir uygulama olabilir. A'ya karşı B1 bir miktar para vermeyi, B2 ise bir bisiklet ya da bir mobilet vermeyi –seçim yetkisi de A'da olmak üzere- müteselsil olarak taahhüt etmiş olsun. B1 para borcunu ödeyerek, payını aşan kısım için A'ya halef olduğunda, B2'ye karşı seçim hakkını kullanabilir. Ancak bu durumda da B1 veya B2'nin edimlerinden hangisi daha düşük değerde olursa, o değer üzerinden paylaşırma yapılacaktır.

Yine ikinci örneğin (muacceliyet ihbarı) de çok sık ortaya çıkabilecek bir örnek olduğu söylenemez. Ancak yine de rastlanılabilir. Kefalet sözleşmesi borcun ödenmemesi riskine bağlı olduğu için olağan bir kurguda böyle bir durumun oluşması zordur. Ancak belki kefilin asıl borç muaccel olmadan ödemedede bulunması düşünülebilir. Burada kefilin borcu, risk gerçekleşmediği için aslında henüz doğmamıştır da. Ancak geçerli bir kefalet sözleşmesine dayalı olarak alacaklıyı tatmin eden kefil, kendisine devrolunan muacceliyet bildirimini yenilik doğuran hakkını kullanarak borcu muaccel kılabilir ve asıl borçludan halefiyete dayalı talepte bulunabilir. Müteselsil borçlulukta da borçluların birbirlerinden farklı modalitelere tabi tutulduğu düşünülün. Tam olarak yaptığı ifayla alacaklıya halef olan müteselsil borçlu, kendisine devrolunan muacceliyet bildirimini ile başka bir müteselsil borçlunun borcunu da kendi rücu talebi için muaccel hale getirebilecektir.

¹⁸¹⁵ Bkz. yukarıda §3, II, D, 1 altındaki açıklamalarımız.

c. Rüşhan, Dava ve İcra Takibi Hakları

Halefiyetle birlikte bizzat alacağa bağlı rüşhan, dava ve icra takibi hakları da halef olan birlikte borçluya geçecektir¹⁸¹⁶. Bu sonuç, alacağın temlikine ilişkin TBK m. 189 hükmünden dolayı olarak çıkarılmaktadır. Hükmün halefiyette de kıyasen uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır, sonuçta halefiyetin amacıyla çelişen bir düzenleme söz konusu değildir¹⁸¹⁷.

Rüşhan hakkı, alacaklının borçlunun iflası ve icra yoluyla takip edilmesi halinde alacağın diğer başka alacaklılara göre öncelikle elde edilmesi imkânını sağlamaktadır. Ne türden alacak haklarının rüşhan hakkını içerdiği İİK m. 206'da özel olarak belirtilmektedir.

Halefiyetin gerçekleşmesiyle, alacaklı alacak hakkında nerede ve ne şartlarla dava ve takip başlatabilecekse birlikte halef olan birlikte borçlu da aynı yollara başvurabilecektir. Bu noktada alacağın dava yoluyla talep edilebilmesine ilişkin olarak bir yetki veya bir tahkim anlaşması bulunduğu anda, bunların gerçekleşecek halefiyette nasıl etkilediğinin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yetki ve tahkim anlaşmaları, usûl hukukuna ilişkin birer yan anlaşma (*pactum adiectum*) oluştururlar. Her ikisi belirli bir uyuşmazlık hakkında, bunu çözmeye yetkili makamı tarafların arzusuna göre belirlemeye hizmet eder. Alacağın temlikinde de gündeme gelen söz konusu yetki / tahkim anlaşmalarının ilgili durumdaki akıbetine ilişkin olarak farklı düşünceler geliştirilebilecektir. Aşağıda öncelikle alacağın temlik bakımından yapılabilecek yaklaşımları aktarmak ve akabinde bunların bir nevi kanuni temlik olarak görülen halefiyette ne ölçüde uygulanabileceğine değinmek istiyoruz.

İlk olarak, dava hakkının alacak hakkından doğan talep yetkisinin bir uzantısı olduğu düşüncesinden yola çıkılarak bir düşünce geliştirilebilir. Dolayısıyla dava edilebilirliğe ilişkin modalitedeki değişiklik alacağa bağlı bir unsur olarak devirle birlikte “yeni alacaklıya” geçecektir¹⁸¹⁸. Bu düşüncüyü, alacağın temlikinde kabul

¹⁸¹⁶ Mestre, **a.g.e.**, s. 531-532; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 115; Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 57.

¹⁸¹⁷ Canyürek, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁸¹⁸ Bkz. bu yönde Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 165; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 115.

edilen, “alacak ilk durumda ne halde ise o halde yeni alacaklıya devrolması” ve “borçlunun ilk alacaklıya karşı yapabileceği tüm savunmaları yeni alacaklıya karşı yapabilecek olması” ilkeleri de destekler.

Buna karşılık, ikinci olarak geliştirilebilecek daha farklı bir düşünceye göre, gerek yetki gerekse de tahkim anlaşmalarının alacağa bağlı olma özelliklerinin yanında, “sözleşme” karakterlerinin ortaya koyulmasıyla ulaşılabilir. Buna göre her iki anlaşma da, alacağın talep edilebilirliğini etkileyen modaliteler olarak değerlendirilseler bile, onların “sözleşmesel” karakteri gözden kaçırılmamalı ve “yeni alacaklı” tarafından borçluya karşı ileri sürülebilmesi, borçlunun bu konudaki rızası olmadan mümkün olamamalıdır. Sonuçta bir sözleşmenin devri, sadece alacakların değil, borçların da devrini içeren bir işlem oluşturduğundan sözleşmenin karşı tarafının da rızasını mutlak olarak gerektirir (TBK m. 205 f.1). Dolayısıyla, ancak borçlu rıza gösterirse, ilgili sözleşme devri de gerçekleşerek alacak yetki/tahkim anlaşmasına göre yeni alacaklı tarafından talep edilebilecektir. Yok, eğer, borçlu bu konuda rıza göstermezse yeni alacaklı alacağını bu kez kanunda yer alan yedek kurallar üzerinden talep edebilecektir. Sonuçta yeni alacaklı bu anlaşmalardan faydalanamaz ama bu, alacak bakımından bir temlik engeli kararlaştırıldığı anlamına da gelmez. Görüldüğü üzere, ikinci olarak geliştirilen düşünce daha rafine bir çözüm üretmesi gerekçesiyle tercihe şayandır.

Alacağın temliki bakımından varılan bu sonucun halefियette de geçerli olması, burada halefियetin amacıyla çelişen bir özellik söz konusu olmadığı için kabul edilebilir. Yalnız, şu nokta gözden kaçırılmamalıdır. Alacağın temlikinde, yeni alacaklı olacak kişinin kimliği, borçlu tarafından ilk durumda yetki / tahkim anlaşması yapılırken bilinemez durumdadır. Buna karşılık birlikte borçluluk hallerinin çoğunluğu bakımından gerçekleşecek halefियette, borçlular zaten birlikte borç altına girerken daha sonra birbirlerine halef olabileceklerinin bilincindedirler. Dolayısıyla başvuruda bulunulacak birlikte borçlunun ilgili rızayı vermemesi bir hakkın kötüye kullanılması hali olarak yorumlanabilir ve rıza verilmiş gibi halef olan birlikte borçlunun başvuruda söz konusu anlaşmada kararlaştırılan merci önünde talepte bulunması düşünülebilir.

Diğer taraftan sözleşmenin devrine ilişkin TBK m. 205 f.4'te “[K]anundan doğan halefiyet halleri ve diğer özel hükümler saklıdır,” hükmü yer almaktadır. Acaba aynı sonuca bu hükümden hareketle ulaşılabilir mi? Yani yetki / tahkim anlaşması bakımından borçlunun rızası gereği yadsınabilir mi? Kanaatimizce söz konusu hükümden faydalanılarak burada bir sonuca ulaşılması pek olası değildir. Zira söz konusu hüküm, dar anlamda cüzi halefiyetin dolaylı etkilerinden değil, geniş anlamıyla halefiyet hallerinden söz etmektedir. Geniş anlamda halefiyet, sözleşme ilişkileri bakımından da gerçekleşebilir. İşte böyle durumlarda, sözleşmenin karşı tarafının rızası aranmaz, taraf değişikliği kendiliğinden gerçekleşir. Örneğin, miras hukukunda gerçekleşen külli halefiyetle birlikte mirasçılar, murisin kişiliğinin önemli olmadığı sözleşme ilişkilerinin tarafı haline gelirler. Bu noktada, sözleşmenin karşı tarafının rıza gösterip göstermemesinin bir önemi bulunmamaktadır.

Bu konuyla ilgili son olarak yetki anlaşması özelinde HMK m. 17'ye de değinilmesi gerekir. Söz konusu hüküm yetki anlaşmasının tarafları bakımından bir sınırlama öngörmektedir. Buna göre yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri bu anlaşmanın tarafı olabilecektir. Söz konusu sınırlamanın amacı bir uyuşmazlıkta güçlü olan tarafın zayıf olana bu konudaki dayatmasının önüne geçilmesidir. Tacirler ve kamu tüzel kişilerinin ise, alelade kişilerden farklı olarak, bu tür dayatmalara karşı kendileri koruyabildikleri veya en azından korumaları gerektiği varsayımından hareket edilmiştir¹⁸¹⁹. İşte eğer halefiyet neticesinde, yetki anlaşması tarafı bir tacir veya kamu tüzel kişisi olmaktan çıkıyorsa, anlaşma zaten herhangi bir hüküm doğurmayacaktır. Bu noktada ortada kanuni bir kısıtlama bulunmasından hareketle anlaşmanın diğer tarafını oluşturan borçlunun rıza gösterip göstermemesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda alacak, kanundaki yedek kurallara göre uyuşmazlığın çözümünün istenebileceği yetkili merci önünde talep edilebilecektir.

Buraya kadar alacağın henüz takibe ve davaya konu olmadan önce halefiyetin etkisini incelemiş olduk. Alacak için dava açıldığı veya icra takibine başlandıktan sonra halefiyet gerçekleşirse ne olacağına da ayrıca değinilmelidir.

Alacak için dava açıldıktan sonra halefiyet etkisi gerçekleşirse ne olacağı dava konusu alacağın davacı tarafından temlik ile ilgili düzenlemeler üzerinden

¹⁸¹⁹ Pekcanitez / Atalay / Özkes, **a.g.e.**, s. 125-126.

çözümünebilir. HMK m. 125 f.2'ye göre, dava açıldıktan sonra davacı tarafından dava konusu şey devredilecek olursa, devralan kişi davacının yerine geçerek davaya kalınan yerden devam edecektir¹⁸²⁰. Böyle bir durumda davalı, eski davacıya karşı ileri sürebileceği tüm savunma sebeplerini yeni davacıya karşı da ileri sürebilir. Eğer dava, yetki anlaşmasına göre yetkili mahkemede açılmışsa, devam etmekte olan davada davalı bu konuda rızasının olmadığı veya karşı tarafın tacir veya kamu tüzel kişisi olmadığı gerekçeleriyle yetki itirazında bulunamaz. Zira yetki itirazı bir ilk itirazdır, davanın her aşamasında ileri sürülemez. Kaldı ki, bir an için itirazda bulunulabileceği düşünülecek olsaydı dahi, yetki anlaşması yapılması bakımından öngörülen yasağın zaten tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan kişinin korunması amacıyla getirilmiş olması dürüstlük kuralı çerçevesinde buna engel olurdu.

Alacak bakımından icra takibine başlanmışsa da varılacak sonuç aynıdır. Halef olan birlikte borçlu, takibe alacaklının kaldığı yerden devam edebilecektir¹⁸²¹. Onun yeniden ödeme emri göndermesine herhangi bir gereklilik bulunmamaktadır.

d. Ferî Olmayan Diğer Teminatların Durumu

Halefiyet birlikte borçlunun özel rücu hakkını güvence altına alan bir mekanizmadır. Bu açıdan ekonomik veya hukukî anlamda alacağı güvence altına alan bütün teminatların halefiyet kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹⁸²². Ferî nitelikteki teminatlar bakımından halefiyet etkisi kendiliğinden başka bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın doğar.

Ferî teminatların dışında kalan teminatlar bakımından da durumun ne olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu teminatlar, inançlı temlik veya mülkiyeti saklı tutma anlaşması çerçevesinde elde edilen bir aynî teminat olabileceği gibi, garanti

¹⁸²⁰ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 116; Mestre, **a.g.e.**, s. 534.

¹⁸²¹ Mestre, **a.g.e.**, s. 533.

¹⁸²² Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 35.

Nitekim bu sonuca ödeme neticesinde halefiyet hakkı veren bağımlı teminat sözleşmelerini düzenleme altına alan PEL Pers. Sec. Art. 2:113:(3)'te de açık olarak yer verilmiş ve halefiyet kapsamında gerek ferî teminatların gerekse de bağımsız teminatların halef olan teminat verene geçeceği belirtilmiştir. Ancak bu durum bağımsız teminat için bir temlik engeli olduğunda uygulama alanı bulmaz (Bkz. Drobniç, **a.g.e.**, s. 305).

sözleşmesi ve müteselsil borçluluk (ve borca katılma) çerçevesinde elde edilen bir kişisel teminat da olabilir¹⁸²³.

İnançlı (teminaten) temlik¹⁸²⁴, bir taşınır/taşınmazın mülkiyetinin veya bir hakkın hak sahipliğinin¹⁸²⁵ teminat amacıyla ve bir inanç sözleşmesi dâhilinde bir başka kişiye devredilmesidir¹⁸²⁶,¹⁸²⁷. Bu ilişki borçlar hukuku ve eşya hukuku

¹⁸²³ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 41; Guhl, **Bürgschaft**, s. 82; Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 18.

¹⁸²⁴ Aslında teminaten temlik anlaşmasının ferî bir hak meydana getirip getirmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, teminaten temlik ferî özellik göstermektedir. Görüşün temelinde teminat amacıyla gerçekleştirilen devir işlemlerinden doğan hakkı rehin hakkına yaklaştırma düşüncesi bulunmaktadır. Bu şekilde hakkı teminaten temlik edenin durumu güçlendirilmiş olacaktır. Diğer bir görüş, aksi yönde teminaten temlikin ferî özellik taşımadığına işaret etmektedir. Görüşü savunanlar gerekçe olarak, burada rehin hakkından farklı olarak mülkiyet hakkının teminat alana sağlandığını, bu hakkın çok geniş çerçevede yetkiler bahsettiğini, dolayısıyla ferîlik özelliğinin hakkın bünyesiyle bağdaşmadığını göstermektedir. Ferîlik görüşü kabul edilecek olursa, ihlalde bulunan herkese karşı ileri sürülebilen talepleri bünyesinde barındıran, hak sahibine en geniş yetkileri sağlayan mülkiyet hakkının kaderinin sadece borçlusuna karşı ileri sürülebilecek bir alacak hakkına dönüştürülmesi söz konusu olacaktır. Bunun sonucu olarak malik tasarruf yetkisini dilediği gibi kullanamayacaktır. Zira ferî hakkın bağlı olduğu alacak hakkından bağımsız bir tasarrufun gerçekleştirilmesi söz konusu olamaz. Böyle bir öngörü ise sonuçları itibariyle TMK sistemiyle, özellikle tipe bağlılık ve tip sınırlılığı ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Öte yandan alacak hakkı sona erdiğinde, teminaten temlikin gerçekleştirildiği tasarruf işleminin alacaklıya bahsettiği hakkın ortadan kalkması ve hakkın eski sahibine gerisin geriye dönmesi kabul edilebilecek bir sonuç değildir. Taşınır eşya bakımından böyle bir sonuç alışveriş güvenliğini ciddi şekilde tehlikeye sokacak bir yapı seyrederken, taşınmaz eşya bakımında ise, tescilsiz iktisap hallerinin istisnai ve ancak kanunla öngörülebilmesi ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bütün bu gerekçelerle, ikinci görüşe ağırlık vermek daha yerinde olacaktır, nitekim öğretilde baskın özellik taşıyan bu görüştür. Tarafların aralarındaki anlaşma dâhilinde, teminat altına alınan alacak devredildiğine, teminat hakkının da devredileceğini kararlaştırabilirler. Ancak böyle bir anlaşma ancak borçlar hukuku alanında hüküm doğurabilir, mutlak bir etkisi olamaz, bunun sebebi yine yukarıdaki belirttiklerimiz olacaktır.

Alacak hakkının teminaten temlik edilmesinde ise, ferîlik özelliği bakımından değişik tarzda bir düşünce sergilemek, en azından tereddütte kalmak mümkündür. Zira alacak hakkının bu şekilde devrinde, nispi bir hak devri gerçekleştirilmektedir. Nispi hak ise, yalnızca ilgili borçluya karşı ileri sürülebilecektir. Nispi haklarda, herkese karşı ileri sürülebilme niteliği olmadığından, kavramsal çerçeve taraf anlaşmasıyla emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirlenebilecektir. Dolayısıyla bir alacak hakkının, başka bir alacak hakkının temlik alınması suretiyle teminat altına alınması olasılığında teminaten temlik anlaşmasının ferî bir nitelik taşıması kabul edilebilir. Ancak genel kanaat, alacağın inançlı temlik bakımından taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin teminaten temlik bakımından yapılan açıklamaları esas almaktadır. Dolayısıyla baskın görüşün burada da ferîliğin kabul edilemeyeceğini ifade ettiği söylenebilecektir. Ne var ki, belirttiğimiz gerekçeyle aksinin kabul edilmesine yukarıdaki durumda olduğu gibi açık teorik bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde, ferîlik özelliği taraf anlaşmasıyla kabul edilebileceği söylenebilecektir. Böyle bir durumda hukukî kurgu, taraf anlaşmasıyla alacağı temlik tasarruf işleminin şarta (bir yönüyle bozucu, bir yönüyle geciktirici nitelik taşıyan melez bir yapıda) bağlı olarak yapıldığı söylenebilecektir. Taşınmazlara ilişkin olanlar dışında kalan tasarruf işlemlerinin şarta bağlı olarak yapılabileceği genel olarak kabul edilmektedir. İşte burada alacak hakkının teminat altına alınması bakımından yapılan inançlı temlik tasarruf işlemi, asıl alacak sahibinin değişmesine bağlı olarak ortadan kalkmakta (bozucu karakter), yeni alacaklı için de hüküm doğurmaktadır (geciktirici karakter). Sonuç itibariyle alacak haklarının temlik edilmesinde sözleşmesel bir temlik engeline nasıl mutlak özellik tanınabilmesi teorik olarak mümkün ise, temlik edilebilirliğinin de bir başka alacağın temlik şartına bağlanmasına bir engel de bulunmamaktadır.

¹⁸²⁵ Saibe Oktay-Özdemir, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, **İÜHF**, C. LVII, Sayı 1-2, 1999, s. 265-299, s. 265 vd.

¹⁸²⁶ Guggenheim, **Droit Bancaire**, s. 526; Saibe Oktay-Özdemir, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel**

bakımından ayrı sonuçları ortaya çıkarmaktadır¹⁸²⁸. Buna göre eşya hukuku bakımından teminaten temlik alan gerçek anlamda hak sahipliğine tam ve eksiksiz olarak kavuşmaktadır. Bununla birlikte temlik edene karşı aralarındaki inanç anlaşması¹⁸²⁹ çerçevesinde malı veya hakkı sadece teminat amacıyla elinde bulundurması bakımından sorumludur¹⁸³⁰. Diğer bir deyişle, temlik alan, devredilen haktan teminat amacını aşacak şekilde faydalanmayacak ve teminat altına alınan alacak gereği gibi yerine getirildikten sonra hakkı geri devretmeyi yükümlenmektedir, bunlara aykırı davranışları bakımından ise sorumlu olacaktır¹⁸³¹. Halefiyet gerçekleştiğinde, teminat amaçlı devrin konusunu oluşturan hak, ilgili modalitelere riayet edilmek kaydıyla halef birlikte borçluya devredilmelidir. Nitekim ortada bir taşınır eşya bulunuyorsa aynî sözleşme ve teslim (yahut zilyetliğin sözleşmesel olarak devri), taşınmaz eşya bulunuyorsa, tescil talebi ve tescil, yok eğer bir alacak hakkı bulunuyorsa temlik tasarruf işlemlerinin yapılması gerekecektir. Bu işlemler yapılmadığı takdirde, halef birlikte borçlu taşınır üzerindeki mülkiyet hakkı ve alacak hakkı söz konusu ise bir ifaya yönelik bir eda davası, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı söz konusu ise yenilik doğurucu mahiyette bir tescile zorlama davasını açarak devir sonucuna ulaşabilecektir.

Gerçekleşen devirle beraber, halef birlikte borçlu eşya hukuku anlamında hak sahibi olur ancak onun da alacaklının tabi olduğu kısıtlamaya tabi olacağı ve ilgili haktan sadece teminat amacıyla istifade edebileceği gözden kaçırılmamalıdır, aksi takdirde TBK m. 112 anlamında tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır. Tazminat alacaklısı, duruma göre inançlı temlikte bulunan teminat veren olabileceği gibi, alacaklının kendisi de olabilecektir. Bu durum, teminat veren üçüncü kişinin

Hukuk Bülteni, Yıl 19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, s. 657-683, s. 657-658; Kuntalp, **a.g.e.**, s. 282. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesinin tanımı için bkz. BGE 91 III 104.

¹⁸²⁷ Teminat amaçlı bu inançlı işlemlerin temelinde Roma Hukukundaki *fiduciae cum creditore* işlemi bulunmaktadır. Bu işlem kapsamında inanan (temlikte bulunan kişi), malvarlığındaki bir değeri alacağın teminatı olmak üzere inanılana devretmektedir. (Ahu Ayanoglu Morali, **Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2006, s. 66; Guggenheim, **Droit Bancaire**, s. 527; Claude Reymond, **Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire**, Montreux: Imprimerie Ganguin et Laubscher S.A., 1948, s. 4).

¹⁸²⁸ Reymond, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁸²⁹ Bu anlaşmanın hukukî niteliği tartışmalıdır, bir görüşe göre atipik bir sözleşme ilişkisi diğer bir görüşe göre ise vekâlet sözleşmesi ilişkisi kurulduğu kabul edilmektedir (Bkz. Guggenheim, **Droit Bancaire**, s. 525-526; Reymond, **a.g.e.**, s. 39 vd.).

¹⁸³⁰ Jean-Marc Rapp, "La Fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses – état de la question", **Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse**, éd. Michel Jaccard, CEDICAC, Lausanne: Litec, 1994, s. 25-57, s. 33.

¹⁸³¹ Rapp, **Fiducie**, s. 33; Ayanoglu Morali, **a.g.e.**, s. 69.

halef olan birlikte borçluyu, alacaklıyla aralarındaki inanç sözleşmesinin tarafı olarak kabul edip etmemesine bağlıdır¹⁸³² (Bkz. TBK m. 205). Şayet teminat veren, bu konuda rıza gösterirse, halef birlikte borçlu inanç sözleşmesine dayalı olarak doğrudan ona karşı sorumlu olacaktır. Bu durumda alacaklının herhangi bir sorumluluk altında olacağından söz edilemez. Yok, eğer rıza göstermemişse ki buna da bir engel bulunmamaktadır, halef birlikte borçlunun hareketinden ötürü alacaklıyla arasındaki inanç sözleşmesinin ihlaline dayalı olarak direkt alacaklıdan talepte bulunabilecektir.

Eğer alacaklı kısmen tatmin edilmişse, *nemo subrogat contra se* ilkesi çerçevesinde alacaklının ilk planda inançlı işlem konusu teminat hakkını devretmesi gerektiğinden söz açılmaz. Böyle bir zorunluluk alacaklının kendi tatminini sağladıktan sonra kalan değer bakımından gündeme gelebilir, onun öncelik hakkı söz konusudur¹⁸³³. Normal şartlarda, fazla değeri ilk hak sahibine geri aktarmak zorunluluğu altında olan alacaklı, bu kez kendisini kısmen tatmin etmiş olan halef borçluya devri gerçekleştirme yükümlülüğü altında olacaktır. Aksi takdirde, borçlunun halefiyetini engellediği için bundan sorumluluğu söz konusu olur¹⁸³⁴.

Diğer taraftan şayet birden fazla borçlu, aynı zamanda alacaklıya yaptıkları kısmi ifalar neticesinde ona kısmen halef olmuşsa, bu kez ilgili borçlular arasında inançlı işlemde kaynaklanan teminat hakkı bakımından bir paylı hak sahipliği ilişkisi söz konusu olacaktır. Buna göre gerekli işlemler gerçekleştirilecek ve borçlular ifayı gerçekleştirdikleri oranda teminat hakkından yararlanabilecektir.

Mülkiyeti saklı tutma anlaşması¹⁸³⁵ kapsamında ise, bir taşınır eşyanın zilyetliğini mülkiyet hakkını kazandırma amacıyla devreden bir kimse¹⁸³⁶, belli bir olayın gerçekleşmesine kadar, mülkiyet hakkını teminat amacıyla saklı

¹⁸³² Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 617.

¹⁸³³ Bkz. yukarıda §3, I, E altındaki açıklamalarımız.

¹⁸³⁴ Bkz. aşağıda §3, II, D, 3 altındaki açıklamalarımız.

¹⁸³⁵ Bu anlaşmanın da ferî bir özellik taşıdığı ileri süren bir görüş bulunmaktadır (Bkz. Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 114 ve orada dn. 59'da anılan yazarlar).

¹⁸³⁶ Mülkiyeti devir amacı güden sözleşmelerden herhangi biri olabilir, örneğin trampa, bağışlama, bu amacı taşıyan atipik sözleşmeler. Yalnız bağışlama sözleşmesi söz konusu olduğunda bunun bir yüklemeli bağışlama olacağı kanaatindeyiz. Yükleme, karşı edim yükümlülüğünden farklı olarak bağışlama konusu değer üzerinden yerine getirilmesi gereken bir edim yükümlülüğüdür. Bizzat bağışlayana karşı yerine getirilebileceği gibi üçüncü kişileri veya hak ehliyeti dahi olmayan şeyleri ilgilendirebilir. Bağışlayan, yükleme yerine getirilene kadar bağışladığı şeyin mülkiyetini saklı tutmak isteyebilir.

tutabilecektir¹⁸³⁷. Bu olay çoğunlukla ilgili sözleşmedeki karşı edim borcunun yerine getirilmesi olacaktır. Mülkiyeti saklı tutma anlaşması bir yan anlaşma (*pactum adiectum*) olarak bağımsız bir varlık sergileyemez¹⁸³⁸. Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına bağlı teminatın devredilmesi, satış (veya devir amacı güden başka bir sözleşme) konusu malın zilyetliğinin halefe zilyetliğin havalesi yoluyla devredilmesi ve alıcıya ihbarda bulunulması ile gerçekleşir. Bunun yanında ilgili noter nezdinde tutulan sicilde gerekli değişiklik de yapılmalıdır¹⁸³⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere, halefiyetin gerçekleşmesiyle birlikte, alacaklı ferî olmayan teminat haklarını halef olan birlikte borçluya devretmek için gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü altına girer. Bu işlemler alacaklı açısından yasal bir borç oluşturmaktadır¹⁸⁴⁰. Eğer alacaklı teminatın devri bakımından ilgili tasarruf işlemini gerçekleştirmezse, halef birlikte borçlu bu yönde bir dava açabilecektir. Ancak bundan önce teminata başvurabilmesi mümkün değildir.

Eğer alacaklı teminatı rızasıyla devretmediği için dava açılması gerekiyorsa ve ilgili ara dönemde teminata başvuramaması halef birlikte borçlunun zarara uğramasına yol açıyorsa, birlikte borçlu alacaklıdan yasadan kaynaklanan borca aykırı davrandığı için tazminat da talep edebilecektir (TBK m. 112).

3. Alacaklının Hareketleriyle Kendisine Halef Olacak Birlikte Borçlunun Durumunu Kötüleştirmesine Bağlı Sonuçlar

a. Genel Olarak

Halefiyetin öngörüldüğü farklı birlikte borçluluk türlerinde, birlikte borçlunun halef olduğundaki durumunu ağırlaştırmasına benzer sonuçlar bağlanmıştır. Halefiyetin başlı başına birlikte borçlunun rücu hakkını güvence altına alan “ferî bir teminat” teşkil ettiğinden söz etmiştik. İşte alacaklı bu teminatın özünü yıpratacak çeşitli hareketlerden de kaçınmalıdır.

¹⁸³⁷ Rona Serozan, “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması”, **MHAD**, 1968, s. 176-200, s. 176; Kuntalp, **a.g.e.**, s. 282.

¹⁸³⁸ Serozan, **MSTA**, s. 176.

¹⁸³⁹ de Biasio, **a.g.e.**, s. 60; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N.2; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 198; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 114.

¹⁸⁴⁰ Reinicke / Tiedtke, **Bürgschaftsrecht**, s. 116.

b. Müteselsil Borçluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta

Müteselsil borçluluk özelinde bakılacak olursa, bu konuda düzenleme getiren hüküm, kapsamı çok da geniş olmamak ve lafzı itibariyle de doğrudan bu yönde bir açıklık içermemekle birlikte, TBK m. 168 f.2 hükmüdür¹⁸⁴¹, ¹⁸⁴². Buna göre “[a]lacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır.” Söz konusu hükmün doğru şekilde anlamlandırılabilmesi için içerdiği bir arada bulunmasına sonuç bağladığı unsurların incelenmesi gerekmektedir¹⁸⁴³. Buna göre, hüküm her şeyden önce alacaklı tarafından gerçekleştirilmiş bir hareketin bulunmasını aramaktadır. Bu hareket özel olarak bir borçlunun durumunu iyileştirmelidir¹⁸⁴⁴, ¹⁸⁴⁵. Diğer borçlular ise bundan zarar görmelidir¹⁸⁴⁶. Zarara ilişkin değerlendirme yapılırken, alacaklının hareketi öncesi ve sonrasındaki durum arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Bu konudaki ispat yükü zarara uğrayan müteselsil borçlu üzerindedir¹⁸⁴⁷. Eğer müteselsil borçlu özel rücu hakkından zaten faydalanamayacaksa, halefiyet hakkından da faydalanamayacağı için, bu durumda herhangi bir zararın oluşacağından söz edilemez, hüküm uygulama alanı bulamaz¹⁸⁴⁸. Son olarak alacaklının bir borçlunun durumunu iyileştirmesine ilişkin hareketi ile diğer borçlunun zarara uğraması arasında illiyet bağı bulunuyor olmalıdır¹⁸⁴⁹. Bu unsurların hepsi bir arada bulunduğu, alacaklı meydana gelecek zarardan ötürü sorumlu olacaktır¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴¹ Sbai, **a.g.e.**, s. 153; Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 3; Becker, **BerKom.**, Art. 149, N. 6; Deschenaux, **Partie II**, s. 137; Chappuis, **Transaction**, s. 138; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 93; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 459.

¹⁸⁴² Fransız hukukunda müteselsil borçluluktaki halefiyette teminatların korunmasına ilişkin herhangi bir hüküm hiçbir suretle mevcut değildir. Kefalette konuyla ilgili düzenleme getiren Fr MK m. 2037'nin burada uygulanabilmesi tartışmaya açılmıştır. Hâkim kanaat, kefalet sözleşmesinde kefilin konumuyla, müteselsil borçlulukta borçluların konumunun aynı olmaması nedeniyle böyle bir uygulamayı alacaklının müteselsil borçlulara zarar verme kastıyla hareket ettiği olasılıklar dışında genel olarak reddetmektedir (Konuyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Sbai, **a.g.e.**, s. 154-155).

¹⁸⁴³ Söz konusu hükümle alacaklının borçlular arasındaki iç ilişkiye müdahale edilmesinin önüne geçilmekte değildir. Zira alacaklı tarafı olmadığı bu iç ilişkiye zaten doğrudan herhangi bir müdahalede bulunamaz (Bu yönde bkz. Dağdelen, **a.g.e.**, s. 89).

¹⁸⁴⁴ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 90.

¹⁸⁴⁵ Yalnız salt borçlulardan birinin durumunun iyileştirilmesi, ötekiler bundan zarar görmüyorsa alacaklının TBK m. 168 f.2 anlamında sorumluluğuna yol açmadığının altı çizilmelidir (Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 459).

¹⁸⁴⁶ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 90.

¹⁸⁴⁷ Sbai, **a.g.e.**, s. 154; Becker, **BerKom.**, Art. 149, N. 7.

¹⁸⁴⁸ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 5.

¹⁸⁴⁹ Dağdelen, **a.g.e.**, s. 90.

¹⁸⁵⁰ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 5; Chappuis, **Transaction**, s. 137; Béguelin, **FJS 873**, s. 3; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3747; Bigat, **a.g.e.**, s. 5-6.

Hükmün uygulamasına hangi hallerin girdiği bu unsurlar üzerinden tespit edilebilecektir. Alacaklı bir müteselsil borçlunun durumunu onu borçtan kurtararak iyileştirebilir. Söz gelimi borçluyu kısmen veya tamamen ibra edebilir veya onunla bir sulh sözleşmesi yapabilir. Ancak bu türden borçtan kurtarma hallerinde, diğer müteselsil borçluların herhangi bir zarara uğraması söz konusu olmaz. Sonuçta bu hallerin hiçbirinde, borçlulardan birinin bireysel hareketi diğerinin durumunu zaten ağırlaştıramadığından (TBK m. 165), dış ilişkide onları etkileyecek zarar verici bir sonuç zaten meydana geleceği söylenemez¹⁸⁵¹. Bu türden haller, TBK m. 166 hükmü çerçevesinde çözümlenmektedir¹⁸⁵². Dolayısıyla TBK m. 168 f.2 hükmü uygulama alanı bulmaz. Böyle olunca, bu madde ile korunmak istenen menfaatin özel olarak müteselsil borçlunun alacaklıya halef olduğu bir olasılıktaki durumu ilgilendirdiği sonucuna varılmalıdır¹⁸⁵³. Yalnız yine üç unsurun varlığına özel olarak bakılacaktır. Yoksa götürü bir şekilde, teminatların alacaklı tarafından azaltılmasının TBK m. 168 f.2'nin uygulanmasına yol açacağı söylenemez. Bu açıdan somut ve kesin bir uygulama hali, alacaklının borçlulardan biri tarafından verilmiş olan teminatı azaltması veya elden çıkarması olabilir¹⁸⁵⁴. Böyle bir olasılıkta ise, alacaklı bir borçlunun durumunu iyileştirirken diğerlerinin halefiyetlerindeki durumunu olumsuz etkilemektedir. Bu noktada teminatın ne zaman verildiği de bir önem taşımamaktadır. Alacaklının bu konudaki koruma yükümlülüğü müteselsil borcun doğum anından itibaren başlamakta ve sonrası için de devam etmektedir¹⁸⁵⁵. Zira müteselsil borçlu halefiyeti kapsamında müteselsil borç bakımından verilmiş bütün teminatlardan faydalanabilecektir. Böyle olmakla beraber, alacaklının salt müteselsil borç için üçüncü kişiler tarafından verilmiş teminatları elden çıkarması veya azaltması ise bu hüküm kapsamında değerlendirilmez¹⁸⁵⁶. Zira böyle bir durumda borçluların hepsinin durumu kötüleşmiş olmakla beraber, söz konusu hareket hiçbir borçlunun durumunu da iyileştirmemiştir. Bu anlamda hükmün uygulanabilmesi

¹⁸⁵¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 459.

¹⁸⁵² Sbai, **a.g.e.**, s. 153; Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 5; Fick, **Commentaire CO**, Art. 149, N. 14; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 460; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 92. Aksi yönde bir görüş için bkz. Rossel, **a.g.e.**, s. 211; Béguelin, **FJS 873**, s. 3; Haberstich (Gilliéron), **a.g.e.**, s. 271.

¹⁸⁵³ Sbai, **a.g.e.**, s. 153; Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 5; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 149, N. 5; Schnyder, Art. 149, N. 2; Becker, **BerKom.**, Art. 149, N. 14; Chappuis, **Transaction**, s. 138; Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 93; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 160; Canyürek, **a.g.e.**, s. 134; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 461; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 321.

¹⁸⁵⁴ Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 149, N. 2; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 149, N. 5; Koller, **a.g.e.**, s. 1225; Canyürek, **a.g.e.**, s. 134; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 321; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 334.

¹⁸⁵⁵ Sbai, **a.g.e.**, s. 154; Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 7.

¹⁸⁵⁶ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 160; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 91; Braconi / Carron / Scyboz, **a.g.e.**, s. 125. Hükmün kıyasen benzer başka durumlarda uygulanması hususuyla ilgili olarak bkz. BGE 44 II 145.

açısından gerekli olan unsurlarda eksiklik bulunmaktadır¹⁸⁵⁷. Öte yandan bu olasılıkta alacaklıya yükümlülük getiren bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda kendilerini koruma altına almak isteyen müteselsil borçlular, sözleşmeyle alacaklının böyle bir yükümlülüğünün olmasını kararlaştırabilirler¹⁸⁵⁸. Sonuçta TBK m. 168 f.2 düzenlemesi emredici değildir, alacaklının teminatları koruma yükümlülüğünün kapsamı taraflarca istenildiği gibi genişletilebilir veya daraltılabilir.

Hükmün uygulanmasının nasıl bir netice vereceği de somutlaştırılmalıdır. Hükmün unsurları oluştuysa, alacaklı diğer müteselsil borçluların uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Eğer alacaklı, halefiyet anından yani tatmin edilmesinden önce bir müteselsil borçlunun verdiği teminatları elden çıkarıyorsa, diğer müteselsil borçluların alacaklıya karşı olan sorumlulukları halefiyet gerçekleştiğinde uğrayacakları zarar kadar sona erecektir. Yok, eğer aynı hareket, halefiyet sonrasında gerçekleştirildiyse, alacaklı bu kez zaten bir kere tatmin edilmiş olduğundan, halef olan müteselsil borçlunun zararından ötürü bilfiil sorumlu olur¹⁸⁵⁹.

Bunun dışında TBK m. 168 f.2 hükmünün alacaklının bir müteselsil borçlunun durumunu iyileştirip diğerlerinin durumunu kötüleştiren işlemlerde bulunması, işlemin geçerliliği bakımından bir sorun teşkil etmez¹⁸⁶⁰.

Bu hüküm, mevcut borca katılmada doğrudan, bölünemeyen borçlulukta ise kıyasen uygulama alanı bulabilecektir.

c. Kefalet Sözleşmesinde

Kefalet sözleşmesi bakımından, bu konuyla ilgili daha ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır. Esasen bu konuya yukarıda özel bir başlık altında ayrıca değindiğimizden burada sadece anahatlarıyla değineceğiz¹⁸⁶¹. Konuyla ilgili düzenleme getiren TBK m. 592, iki ayrı hüküm fıkrası içermektedir. Bunlardan ilki olan TBK. m. 592 f. 1'ye göre “[A]lacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha

¹⁸⁵⁷ Sbai, **a.g.e.**, s. 154; Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 5. Aksi yönde bir görüş için bkz. Merz (Giovannoni), **a.g.e.**, s. 93.

¹⁸⁵⁸ Benzer yönde Sbai, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁸⁵⁹ Romy, **CoRo.**, Art. 149, N. 6; Becker, **BerKom.**, Art. 149, N. 14; Koller, **a.g.e.**, s. 1225; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 160.

¹⁸⁶⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 460.

¹⁸⁶¹ Bkz. yukarıda §2, IV, B, 2, e altındaki açıklamalarımız.

sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.” Diğer hüküm fıkrası ise, TBK m. 592 f. son’dur. Söz konusu düzenlemeye göre: “[A]lacaklı haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve zararının giderilmesini isteyebilir.” İlk olasılıkta, kefilin sadece sorumluluk miktarı azalırken¹⁸⁶², ikinci olasılıkta ise, alacaklının hareketinin ağırlığı neticesinde, kefil tamamen borçtan kurtulmasının yanında zararı varsa tazminat da talep edebilmektedir¹⁸⁶³. Her bir olasılıkta alacaklının kusurlu olması şarttır¹⁸⁶⁴. Burada korunması amaçlanan teminatlar, kefilin halefiyeti çerçevesinde yararlanabileceği teminatlardır. Yoksa kefilin faydalanamayacağı teminatların korunmasında zaten herhangi bir mantık da bulunmamaktadır¹⁸⁶⁵. Bu açıdan düzenleme, kefilin halefiyetini düzenleyen TBK m. 596 f.2 ile de bakışımıdır¹⁸⁶⁶. TBK m. 582 f.3 kapsamında teminatların korunmasına ilişkin hükümler nispi emredicidir, sözleşmenin kurulması aşamasında kefilin aleyhine bir düzenleme yapılamaz. Bununla birlikte, kefil lehine halefiyet sonrası faydalanabilecek teminatların genişletilmesine bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda dolaylı olarak alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamı da genişletilmiş olacaktır.

Alacaklının korunması gerekli bu teminatlar içine kanun veya sözleşmeden doğan her türlü rehin hakkı¹⁸⁶⁷, kefalet gibi ferî teminatlar gireceği gibi, garanti ve teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılma¹⁸⁶⁸ gibi bağımsız teminatlar da yine bunlar arasında yer alacaktır. Aynı şekilde mülkiyeti saklı tutma anlaşması, inançlı mülkiyet devirleri de korunacak teminatlar kapsamında değerlendirilmelidir.

¹⁸⁶² Sorumluluk miktarının azalması, kefilin sorumluluğunun üst limiti bakımından değil, bizzat son tahlilde alacaklıya karşı sorumlu olduğu miktar bakımındandır (Özen, **Kefalet**, s. 407).

¹⁸⁶³ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 69; Honsell, **a.g.e.**, s. 420; Müller, **Contrats**, s. 571.

¹⁸⁶⁴ Müller, **Contrats**, s. 570. Bkz. bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için BGE 64 II 25.

¹⁸⁶⁵ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7006; Müller, **Contrats**, s. 570; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 503, N. 8; Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 8.

¹⁸⁶⁶ Müller, **Contrats**, s. 569.

¹⁸⁶⁷ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 190; Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 17; Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 6; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 503, N. 4; de Biasio, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁸⁶⁸ Beck, **Bürgschaft**, Art. 503, N. 18; Meier, **CoRo.**, Art. 503, N. 6; de Biasio, **a.g.e.**, s. 59.

d. Sigorta Sözleşmesinde

Sigorta sözleşmesinde ise, konuyla ilgili doğrudan düzenleme getiren TTK m. 1472 f.2 c.1'e göre "[s]igortalı, birinci fıkraya göre sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur." Dolayısıyla sigortalı, sigortacının halefiyet hakkını kısıtlayan veya ortadan kaldıran herhangi bir davranışta bulunmama yükümlülüğü altındadır¹⁸⁶⁹. Bu yükümlülük, gerek olumlu gerekse olumsuz davranışları kapsamına almaktadır¹⁸⁷⁰. Davranış kavramı da geniş olarak anlaşılmalı, gerek maddî fiilleri gerekse de hukukî işlemleri kapsamına aldığı noktasında şüphe gösterilmemelidir¹⁸⁷¹. Nitekim sigortalı, zarardan sorumlu olan kişiye karşı yöneltebileceği –ve ileride sigortacının halef olması olasılığı olan- talebinin zamanaşımına uğramaması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür¹⁸⁷². Bundan başka yine sigortacıya başvurmayı planlayan bir sigortalı zarar sorumlusuna karşı olan tazminat alacağını ibra ile sona erdirmemiş olmalıdır¹⁸⁷³. Bu tarzda somutlaşabilecek davranış yükümlülüklerine uymayan sigortalı, sigortacıya karşı tazminatla sorumlu olacaktır. Sorumluluğun dayanağı ise, sigorta sözleşmesinin kendisi olacaktır¹⁸⁷⁴. Diğer taraftan şu noktaya işaret edilmesi de yerinde olabilir. Sigortalının anılan yükümlülüklerinin mükemmel şekilde yerine getirmesine rağmen, üçüncü kişinin aczi nedeniyle sigortacının halefiyette doğan rücu alacağına kavuşamaması söz konusu olabilir. Böyle bir olasılıkta, sigortalı bu durumdan sorumlu tutulamaz¹⁸⁷⁵.

Bunun yanında, sigortalı sigortacının halefiyete dayalı hakkını kullanmasına da yardımda bulunmalıdır. Söz konusu yardımın kapsamı sigorta sözleşmesinin kurulmasından risk gerçekleşip sigortacının halefiyeti şartlarının oluşmasına kadar geniş bir sahayı kapsar ve şöyle somutlaştırılabilir: Bir defa bilindiği üzere, sigorta sözleşmesi kurulurken ve devamında sigorta ettiren kişi sigortacıya karşı birtakım bildirim yükümlülükleri altına girmektedir (Bkz. TTK m. 1447). Nitekim ortada sigortacının sözleşmeyi hiç yapmamasına veya daha ağır koşullarla yapmasına yol açacak bir durum söz konusu ise, sigorta ettirenin sigortacıya bildirimde bulunması

¹⁸⁶⁹ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 419; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 130-131.

¹⁸⁷⁰ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 132.

¹⁸⁷¹ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 132.

¹⁸⁷² Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 133.

¹⁸⁷³ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 133.

¹⁸⁷⁴ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 420; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 144.

¹⁸⁷⁵ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 148.

gerekir¹⁸⁷⁶. İşte daha başlangıçta eğer ileride sigortacının halef olmasına engel olacak bir durum söz konusu ise, bunlar da sigortacıya bildirilmelidir. Diğer taraftan risk gerçekleşikten sonra ise, -alacağın temlik hükümlerine kıyasen- sigortalı vakit kaybetmeksizin kullanabileceği ispat vasıtalarını tespit etmeli ve sigortacıya bildirmelidir¹⁸⁷⁷. Şayet sigortalının zararı kısmi olarak karşılanmışsa, bu durumda sigortalının söz konusu ispat belgelerinin asıllarını verme yükümlülüğü altına olduğundan tam olarak söz açılmaz. Bu durumda belgelerin asıllarının geçici olarak veya suretlerinin çıkarılarak sigortacıya teslim edilmesi düşünülebilir¹⁸⁷⁸.

E. Özel Olarak: Farklı Birlikte Borçluluk Türlerinin Bir Arada Bulunduğu Kurgularda Halefiyet

Halefiyet etkisini doğuran birden fazla birlikte borç ilişkisinin aynı alacaklı karşısında bir arada karşımıza çıkması da söz konusu olabilir. Öyle ki alacaklı karşısında farklı gruplamalarla bir araya gelmiş birlikte borçlular olabilir. Bu tarz durumlarda halefiyete dayalı rücu yoluna başvurulmasında bazı inceliklerin gözetilmesi gerekecektir. Özellikle kefalet sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluk ve müteselsil borçluluğun beraber ortaya çıktığı bu türden durumlarda ilişkinin içeriği dikkatle tespit edilerek yapılacak yaklaşım saptanmalıdır. Aşağıda somut örnekler üzerinde çeşitlendirmeler yaparak bu konudaki incelememizi sürdüreceğiz.

İlk örnekte A karşısında B1 ve B2 müteselsilen borçlu olsunlar. K da onların borcu için kefil olsun. Böyle bir durumda alacaklı karşısında iki gruptan oluşan üç birlikte borçlu bulunmaktadır. B1 ve B2 kendi içlerinde ilk birlikte borçluluk grubunu oluştururken, B1, B2 ve K kefalet sözleşmesinden doğan birlikte borçluluk grubunu oluşturmaktadır. Tüm bu yapı dâhilinde borcun nihai yükünü taşıması gerekli olan kişiler, aksine bir kararlaştırma da olmadığı üzere eşit biçimde, B1 ve B2'dir. Nihai yükün paylaşımının değiştirilmesine de bir engel bulunmamaktadır. Önemli olan, nihai borç yükünü taşıması gerekli olan kişilerin üstlerine düşen borç yüklerini yüklenmesine değin, rücu hesaplaşmasının devam edeceğidir. Bu anlamda kimin önce ifada bulunmuş olduğu önem taşımaktadır.

¹⁸⁷⁶ Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 419.

¹⁸⁷⁷ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 147.

¹⁸⁷⁸ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 147.

İfa zamanı geldiğinde B1 A'ya ifada bulunursa, onu tatmin ettiği ölçüde halefi olacaktır. Halef B1, dilerse kefalet teminatından da faydalanabilecektir. B1, iç ilişkide kendisine düşen paydan fazlası için B2'ye başvurma hakkına sahip olduğu gibi, aynı oranda K'ya da başvurabilme hakkına sahip bulunmaktadır. Eğer B1 K tarafından tatmin edilirse, bu kez K yaptığı ödeme oranında ona halef olacak ve bu kez B2'ye başvuruda bulunacaktır.

Buna karşılık aynı örnekte K, yapacağı ödeme ile A'yı tatmin etmiş olsaydı, bu kez o alacaklının halefi olacak ve B1 ve B2'den rücu alacağını tamamını kendisine devrolunan teselsül ilişkisi üzerinden talep edebilecektir. Bunun akabinde, sadece B1 K'ya karşı rücu alacağını yerine getirirse, o da bu kez K'nın son durumda bulunduğu –alacaklının- yerine geçecek ve TBK m. 168 uyarınca B2 ile olan iç ilişkisi kapsamında B1'den talepte bulunabilecektir¹⁸⁷⁹.

İkinci örnekte yine A karşısında B1 ve B2 müteselsilen borçlu olsunlar, ancak bu kez K yalnızca B1'in borcuna kefil olmuş olsun. Yukarıda belirttiğimiz üzere çokluk teorisi kapsamında müteselsil borçlulukta borçlu sayısı kadar dar anlamda borç ilişkisi bulunduğu için, müteselsil borcun bütününe kefil olunabileceği gibi sadece bir borçlunun borcuna kefil olunabilmesi de mümkündür¹⁸⁸⁰. İlk örnekte olduğu gibi burada da nihai borç yükünü taşıması gerekli olan kişiler borcun yükünü yüklenene değin rücu hesaplaşması devam edecektir.

İç ilişkide her bir borçlunun TBK m. 167 uyarınca eşit paylarla sorumlu olduğu bir olasılıkta öncelikle B1 ifayı gerçekleştirirse, alacaklının yerine halef olarak geçtiğinde o sadece B2'ye başvuruda bulunabilir. Zira salt halefiyetin etkisi neticesinde kendisi lehine kefil olmuş kişiye başvuruda bulunması düşünülemez. Onun başvuruda bulunabileceği yegâne kişi yine nihai borç yükünün diğer yarısını taşıyan B2'dir.

Aynı örnekte öncelikle B2 alacaklıya ifada bulunmuş olsaydı, onun halefiyet kapsamında istifade edebileceği rücu hakkı, daha geniş bir çerçeveye sahiptir. O, payını aşan kısım için dilerse B1'e dilerse de K'ya başvuruda bulunabilecektir. Eğer B1, kendisine rücu alacağı ile ilgili olarak ifada

¹⁸⁷⁹ Benzer bir örnek ve çözümleme için bkz. Özen, **Kefalet**, s. 464.

¹⁸⁸⁰ Bkz. yukarıda §1, III, C, 1, a altındaki açıklamalarımız.

bulunacak olursa, artık K'nın borcu da sona erer. Buna karşılık K, B2'ye rücu alacağıyla ilgili ödemede bulunsaydı, o da daha sonra ona halef olarak B1'e başvuracaktı.

Son olarak ilk planda kefil K'nın alacaklıyı tatmin etmesi durumunda sonuçlar yine farklılaşacaktır. Böyle bir durumda, K A'ya halef olacak ve teselsül dâhilinde dilerse B1'e dilerse de B2'ye başvuruda bulunabilecektir. Bu aşamada B1 ve B2'den hangisi K'nın rücu alacağını karşılarsa, bu kez o K'ya halef olacak ve diğerine payından fazla ödediği miktar için talepte bulunabilecektir. Bu noktada, bir an için bile K'nın B1'in borcu için kefil olduğu halde nasıl ona halef olabildiği konusunda tereddüt edilmemelidir. Burada söz konusu olan halefiyet, teselsülden kaynaklanmaktadır. Öncelikle K'nın halefiyetle alacaklı A'nın yerine geçmiş olması herhangi bir değişiklik meydana getirmeyecektir. Öyle ki öncelikle müteselsil borçlulardan biri alacaklıyı tatmin etmiş olsaydı, o zaten buna hak kazanmış olacaktı.

Üçüncü bir örnek olarak A B1'den alacaklı olsun, bu ilişkide B2 teminat amacıyla B1'in borcuna katılsın (veya baştan birlikte teminat amacıyla müteselsil borç yüklensin), K da B1'in borcuna kefil olsun. Bu durumda, başkaca bir belirtme bulunmuyorsa B1'in nihai olarak borç yükünün tamamını taşıması gerektiği çıkarsaması yapılabilir.

Bu durumda öncelikle B1 ifayı gerçekleştirirse, başka herhangi bir rücu ilişkisi gerekmeksizin bütün birlikte borç ilişkileri sona erecektir. Borcu karşılayan kişi zaten son tahlilde onun yükünü de taşıması gereken kişidir.

Buna karşılık öncelikle B2 ifade bulunursa, o alacaklıya halef olacak ve gerek B1'e gerekse de onun borcu için kefil olmuş olan K'ya başvuruda bulunabilecektir. B2'nin rücu alacağı öncelikle K tarafından karşılanacak olursa, K da halefiyeti kapsamında B1'e rücu edebilecektir.

Son olarak eğer K alacaklıyı öncelikle tatmin ederse, bu durumda o halefiyeti kapsamında dilerse B1'e dilerse de B2'ye başvurabilecektir¹⁸⁸¹. Öncelikle B2 kendisine rücu alacağı için ifada bulunacak olursa, o da daha sonra teselsülden kaynaklanan halefiyeti kapsamında B1 ile hesaplaşabilecektir. K'nın halefiyeti bakımından önemli bir nokta şudur: Şayet durum örnekteki gibi olmayıp B2'nin borca katılması, onun kefalet borcu altına girmesi akabinde gerçekleşmiş olsaydı, K sadece B1'e başvurabilirdi. Zira kefil açısından borca katılma, borç için verilmiş –kişisel- bir teminatır. Kefil ise, halefiyeti kapsamında sadece kefalet anından önce verilmiş kişisel teminatlardan faydalanabilecektir.

III. Özel Rücu Hakkı

A. Genel Olarak

Birlikte borçlular, alacaklıyı dış ilişkide tatmin ettikten sonra, duruma göre kendi aralarındaki iç ilişki üzerinden birbirleriyle hesaplaşacaktır. Hesaplaşmanın söz konusu olabilmesi için birlikte borçlulardan birinin nihai olarak yüklenmesi gerekenden daha fazla bir değer için alacaklıyı dış ilişkide tatmin etmiş olması gereklidir.

Özel rücu hakkı, birlikte borçlunun şahsında doğan yeni bir haktır ve tamamıyla borçlular arasındaki iç ilişkiden kaynaklanır¹⁸⁸². Yoksa bu rücu hakkının halefiyette olduğu gibi borçlular ve alacaklı arasındaki dış ilişkiyle doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır¹⁸⁸³. Borçlular arasında gerçekleşecek hesaplaşmanın kapsam ve içeriği taraflar arasındaki ilişkinin hukukî niteliğine göre belirlenecektir. Söz konusu hukukî ilişki, bir sözleşme ilişkisi olabileceği gibi, bir sebepsiz

¹⁸⁸¹ Özen (**Kefalet**, s. 467-468), müteselsil borçlulardan birinin iç ilişkide tüm yükü taşıdığı bir olasılıklarda farklı düşünceler ileri sürmektedir. Yazarın düşüncesine göre, sadece müteselsil borçlulardan birinin borcu için kefalet güvencesi verildiği olasılıkta kefil, alacaklıyı tatmin edip ona halef olduğunda iç ilişkide hiç yük taşımayacak olan müteselsil borçluya başvuramayacaktır. Zira lehine kefalet güvencesi müteselsil borçlunun ödemedede bulunsaydı başvuramayacağı diğer müteselsil borçluya, kefilin de başvurması kabul edilemez.

Buna karşılık eğer bir borca katılma söz konusu ise, bu kez teminat verenler arasında ikilik yaratılmaması için onlardan hangisi alacaklıya tatmin edecek olursa olsun, birbirlerine yaptıkların kazandırmanın yarısı için halefiyet yoluyla başvuruda bulunabilecektir.

¹⁸⁸² Nomer, **Rücu Zamaşımı**, s. 250.

¹⁸⁸³ Kurt, **a.g.e.**, s. 140; Nomer, **Rücu Zamaşımı**, s. 250.

zenginleşme veya bir vekâletsiz iş görme ilişkisi de olabilecektir¹⁸⁸⁴. Bundan başka, kanun bazı durumlarda iç ilişkinin hâkim tarafından belirlenmesi gerektiğini belirtmekte, bazı durumlarda ise borçlular arasındaki iç ilişkiye atıfta bulunmakta veya ilişkinin varlığına ilişkin karine getirmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, bazı birlikte borçluluk ilişkilerinde, borçluluğun olağan yapısı buna kendiliğinden sebep olmakta iken, bazı başka birlikte borçluluk ilişkilerinde normal şartlarda hiçbir hesaplaşma olmasına gereklilik bulunmamaktadır. Şöyle ki, müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma, bölünemeyen borçluluk, kefalet, garanti ve (zarar) sigorta(sı) sözleşmelerinde bir alacaklı tatmin edildikten sonra nihai yük dağılımının ilk planda kararlaştırıldan farklı olması böyle bir denkleştirmeye ister istemez neden olur.

Buna karşılık kısmi borçluluk, elbirliği borçluluğu ve kümülatif borçluluk türlerinde, yapısal olarak herhangi bir iç hesaplaşmanın olması düşünülmez. Bu durum elbirliği borçluluğunda birlikte hareket etme zorunluluğundan, kısmi borçluluk ve kümülatif borçlulukta ise borçlular arasındaki tam bağımsızlıktan kaynaklanmaktadır. Eğer olağan olan bu yapı bir şekilde bozulursa, ancak o zaman bir rücu ilişkisi söz konusu olabilir. Ancak bu durumda rücu ilişkisi “birlikte borçluluk” olgusunun kendisinden kaynaklanmaz. Ortaya çıkan durum, yalın olarak tek kişinin borçlu olduğu bir ilişkide, üçüncü bir kişinin ifa yükünü yüklenmesiyle oluşacak durumun rücu ilişkisi ile denkleştirilmesinden pek de farklı değildir.

Bir tek kısmi borçluluğun daha özel bir görünümü olan paylı borçlulukla ilgili olarak bir parantez açmak gerekebilir. Paylı borçlulukta borçlular arasında var olan ilişkiden kaynaklanan paylaşım oranları dış ilişkide alacaklıya açıklanmadığında, yani alacaklı arasında sadece birkaç borçlunun aynı anda borç altına girmesi durumu söz konusu ise, her bir borçlunun borcun eşit bir kısmı için sorumlu olacağı karinesi uygulama alanı bulur. Dolayısıyla alacaklı, dış ilişki kapsamında her bir borçludan eşit paylar için talepte bulunabilecektir. İç ilişkideki durum ona herhangi bir şekilde başlangıçta yansıtılmadığı için de onun bu ilişkiden doğan bir savunma sebebinin dikkate alma zorunluluğu bulunmamaktadır. İşte böyle bir durumda, iç ilişkideki paylaşım oranından fazlası için ifade bulunmuş olan birlikte borçlu borçtan sorumlu

¹⁸⁸⁴ Nomer, **Rücu Zamaşımı**, s. 250.

olması ya da olmaları gereken diğer borçlulara ilgili miktar için rücu başvurusunda bulunabilir.

B. Dayanakları, Şartları ve Uygulanacak Hükümler

1. Sözleşme İlişkisi

a. Toplu Bakış

Rücu ilişkisinin en avantajlı olduğu yapı, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu olasılıklarda ortaya çıkar. Söz konusu sözleşme ilişkisi tür olarak çeşitlilik gösterebilecektir. Hatta tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde atipik sözleşme yapıları içinde bir araya gelmeleri de söz konusu da olabilir. Aşağıdaki incelememizde birlikte borçlular arasında söz konusu olabilecek temel iç ilişki yapıları ele alınmaktadır. Bundan başka bir de özel olarak karşı garanti kavramına ve alabileceği farklı görünümlere özel olarak değinilecektir.

b. Vekâlet Sözleşmesi

i. İlişkinin Yapısı ve Özellikleri

Vekâlet sözleşmesi, TBK m. 502 vd. hükümlerinde düzenlenen tipik bir iş görme sözleşmesidir. TBK m. 502'deki tanımıyla “[v]ekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.” Bu sözleşme çerçevesinde, bağımsız olarak¹⁸⁸⁵ hareket eden vekil kendisine verilen işi bir sonuç taahhüdü altına girmeksizin görmeyi üstlenir¹⁸⁸⁶. Onun borcu işin görülmesindeki süreç bakımındandır, bu süreçte en üst düzeyde özeni göstermesi şarttır ama mutlaka olumlu bir sonucun meydana gelmesi gereği

¹⁸⁸⁵ İş görme sözleşmeleri içinde iş gören kişinin bağımsızlığının en üst noktaya çıktığı ilişki, vekâlet ilişkisidir (bkz. Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 531).

¹⁸⁸⁶ Josef Hofstetter, **Le mandat et la gestion d'affaires**, Volume VII, Tome II, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1994, s. 2; Franz Werro, CO Art. 394-406, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 394, N.2; Franz Werro, **Le mandat et ses effets**, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1993, N. 95; Müller, **Contrats**, N. 1902-1903; Honsell, **a.g.e.**, s. 315; Engel, **Partie Spéciale**, s. 481; Martin, **a.g.e.**, s. 260; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 522.

bulunmamaktadır¹⁸⁸⁷. Kaldı ki vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görmede sonucun gerçekleşmesi, zaten objektif olarak taahhüt edilemez¹⁸⁸⁸. Öte yandan vekâlet sözleşmesinde, taraflar arasındaki güven unsuru büyük bir önem taşımaktadır¹⁸⁸⁹.

Konumuz özelinde kurulacak vekâlet sözleşmesinde görülmesi gereken iş, bir borç için (geniş anlamıyla) teminat sağlanması olacaktır. Bir borçlunun bir başka kişiden kendisiyle bir birlikte borçluluk münasebetine girmesini istemesi vekâlet sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir icap oluşturur, bu isteğin kabulüyle ise sözleşme kurulur¹⁸⁹⁰, ¹⁸⁹¹. Belirtildiği üzere, bu şekilde oluşturulmak istenen birlikte borçluluklarda amaç büyük olasılıkla, ilk borçlunun tarafı olduğu başka bir borç ilişkisinde, kendisi lehine -geniş anlamda- bir teminat sağlamasıdır¹⁸⁹². Söz konusu teminat, bir kefalet, garanti sözleşmesi kurulması¹⁸⁹³ veya mevcut borca katılma işlemi¹⁸⁹⁴ (ve bu şekilde vekilin anılan borç ilişkisi bakımından müteselsil borçlu haline gelmesi) yoluyla sağlanabilir. Dolayısıyla vekil, vekâletin ifası için, müvekkilinin gösterdiği “alacaklı” kişi ile –türünü yine müvekkil ile kararlaştırdıkları- başka bir sözleşme ilişkisi içine girecektir¹⁸⁹⁵, ¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁸⁷ Hofstetter, **a.g.e.**, s. 20; Werro, **CoRo.**, Art 394, N. 6-7; Werro, **Mandat**, N. 91; Rolf H. Weber, Art. 394-406 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 394, N. 2; Engel, **Partie Spéciale**, s. 482; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 124; Hüseyin Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 388; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 522.

¹⁸⁸⁸ Yine de objektif olarak gerçekleşmeyecek sonuç bakımından taahhütte bulunulduysa, duruma göre bu taahhüdün sonucun gerçekleşmemesi halinde (risk), zararın karşılanmasına ilişkin bağlı (murtabit) bir garanti taahhüdü olduğu yorumu yapılabilecektir.

¹⁸⁸⁹ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 121.

¹⁸⁹⁰ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Özel Rücu**, s. 1471; Develioğlu, **Garanti**, s. 416. Garanti sözleşmesi özelinde bkz. Lombardini, **a.g.e.**, s. 583; Guggenheim, **Droit Bancaire**, s. 326-327.

¹⁸⁹¹ Bazı durumlarda bizzat bu vekâlet ilişkisinin kurulması alacaklı ile olan dış ilişkideki bir taahhüdün yerine getirilmesi anlamına gelir. Şöyle ki, asıl borç ilişkisi kapsamında, alacaklıya karşı borcu teminat altına almak için bir teminat sağlanacağı ayrı bir yüküm olarak üstlenilmiş olabilir (Aral, **İlişkiler**, s. 191).

¹⁸⁹² Garanti sözleşmesi özelinde blz. Guggenheim, **Droit Bancaire**, s. 326; Kuntalp, **a.g.e.**, s. 267.

¹⁸⁹³ Aral, **İlişkiler**, s. 192.

¹⁸⁹⁴ Baştan birlikte teminat amacıyla müteselsil borç üstlenilmesi bakımından da –durumun özellikleri gereği- taraflar arasında yine bir vekâlet sözleşmesinin kurulduğu söylenebilecektir.

¹⁸⁹⁵ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Özel Rücu**, s. 1471.

¹⁸⁹⁶ Alacaklı söz konusu teminat ilişkisinin kurulması için birlikte borçluya, onun diğeriyle olan vekâlet sözleşmesine dayalı olarak talepte bulunamaz (Bkz. garanti sözleşmesi özelinde Lombardini, **a.g.e.**, s. 585).

ii. İlişki Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler

aa. Yapılan Masrafların Karşılanması Talebi

Vekâlet sözleşmesi gereği gibi ifa edildikten sonra vekil, yaptığı masrafları müvekkilinden isteyebilecektir¹⁸⁹⁷, ¹⁸⁹⁸. Masrafın yapılmasında vekil kendi iradesiyle¹⁸⁹⁹ geçici bir fedakârlıkta bulunmaktadır, onun bu fedakârlığı daha sonra müvekkil tarafından karşılanmalıdır¹⁹⁰⁰. Masrafların karşılanması bakımından müvekkilin önceden bunlara ilişkin ödemede bulunacağını taahhüt etmesi yahut masrafların yapılması bakımından talimat vermiş olmasına bir gereklilik bulunmamaktadır¹⁹⁰¹, ¹⁹⁰². TBK m. 510 f.1'e göre "[v]ekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklenildiği borçlardan kurtarmakla yükümlüdür." Burada sözü edilen masraflar, doğrudan veya dolaylı olarak somut vekâlet konusuyla bağlantılı masraflardır¹⁹⁰³. Bu masrafların mutlaka özel bir yarar sağlaması gerekli değildir, eğer masraflar vekâlet konusunun ifası bakımından zorunlu görülebiliyorsa müvekkil tarafından karşılanmak durumundadır¹⁹⁰⁴. Sonuçta, işin görülmesi vekilin malvarlığını olumsuz

¹⁸⁹⁷ Hofstetter, **a.g.e.**, s. 73; Werro, **CoRo.**, Art. 402, N. 1; Werro, **Mandat**, N. 636; Honsell, **a.g.e.**, s. 335; Martin, **a.g.e.**, s. 276; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 578; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 174; Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 421. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁸⁹⁸ Bu talebin kökeninde Roma Hukukundaki *actio mandati contraria* bulunmaktadır. Roma Hukuk sisteminde vekâlet sözleşmesi ivazsızdı. Buna bağlı olarak vekilin müvekkil için yaptığı masrafların ilgili talep temeli üzerinden karşılanması sağlanmaktaydı. Zira dostluk ilişkisi çerçevesinde (Werro, **Mandat**, N. 30) iş gören vekilin başkası yararına yapılan masraflarına da katlanması adaletli olmayacağı düşünülüyordu (Bkz. Werro, **Mandat**, N. 638).

Bugünkü durumda, masrafların karşılanması gerek ivazlı gerekse de ivazsız vekâlette uygulama alanı bulur (Müller, **Contrats**, N. 2053).

¹⁸⁹⁹ İradî olarak yapılması yönünden masraf kavramı, zarar kavramından farklılık arz eder. Zarar, vekilin iradesi hilafına ortaya çıkmaktadır. Vekilin yaptığı masrafların karşılanması bakımından müvekkilin kusur aranmadığı halde, uğradığı zararın tazmin edilmesi bakımından –ivazlı vekâlette– müvekkilin kusurlu olması şarttır (Bkz. Hofstetter, **a.g.e.**, s. 74; Werro, **CoRo.**, Art. 402, N. 6; Werro, **Mandat**, N. 673; Charles Dürr, **Du mandat**, Editions Dürr, Renens: Impremerie Favre & Favre, 1972, s. 109; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 580; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 562. Bu ayrıma ilişkin bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 1933 II 245).

¹⁹⁰⁰ Engel, **Partie Spéciale**, s. 488; Müller, **Contrats**, N. 2053; Dürr, **a.g.e.**, s. 107; Martin, **a.g.e.**, s. 276; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 578.

¹⁹⁰¹ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 584.

¹⁹⁰² Diğer taraftan söz konusu düzenleme emredici mahiyette değildir. Taraflarca masrafların karşılanmayacağına ilişkin anlaşma yapılabilir. Örneğin masrafların vekilin hak edeceği ücretten karşılanacağı kararlaştırılabilir (Müller, **Contrats**, N. 2054).

¹⁹⁰³ Werro, **Mandat**, N. 670; Müller, **Contrats**, N. 2056; Oser / Schönenberger, **ZürKom.**, Art. 402, N. 3; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 580; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 561.

¹⁹⁰⁴ Werro, **Mandat**, N. 676; Weber, **BasKom.**, Art. 402, N. 5; Walter Fellmann, Art. 394-406 OR, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband**, Bern: Staempfli

olarak etkilememelidir¹⁹⁰⁵. Konumuz bakımından hükmün uygulamasına, vekilin müvekkilin gösterdiği “alacaklıyla” girdiği sözleşme ilişkisine bağlı olarak yapılan masraflar girecektir. Örneğin vekilin ilgili sözleşme ilişkisini kurmak, “alacaklı” kişi ile daha sonra irtibata geçmek ve sözleşmeyi gereği gibi ifa etmek ve alacaklının talebine ilişkin haklı şüpheler bulunuyorsa bunların dava yoluyla giderilmesi için yaptığı masraflar hep bu çerçevede değerlendirilecektir¹⁹⁰⁶. İşte özel rücu hakkı kapsamında vekâlet sözleşmesine dayalı olan talep, öncelikle yapılan masrafların karşılanması kapsamaktadır. Örneğin kefil / garanti veren olan bir kişinin gerek kefalet sözleşmesini kurmak gerekse de ifa etmek için yapacağı bütün ödemeler (asıl alacak, anapara ve temerrüt faizleri vs.) masraf olarak değerlendirilecektir^{1907, 1908}.

Masrafların müvekkil tarafından karşılanması, belirtildiği üzere vekâletin usûlüne uygun hareket edilerek, gereği gibi ifa edilmiş olmasına da bağlıdır¹⁹⁰⁹. Bunun vekilin işin özenli bir şekilde görülmesi, müvekkile karşı sadakatle hareket edilmesi, müvekkilin talimatlarına uyulması¹⁹¹⁰ yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir¹⁹¹¹. Konumuz özelinde vekâletin gereği gibi ifasına örnek olarak, birlikte borçlulukta –varsa- alacaklıyı ve diğer birlikte borçluları bilgilendirme (bildirimde bulunma) yükümleri veya ileri sürülmesi gereken savunma sebepleri hakkında bilgi toplanılması gibi yükümlülüklerin yerine getirilmiş olması ve bu suretle iş görme kapsamında alacaklıya ifanın yapılmış olması gösterilebilir¹⁹¹². Daha da özelleştirirsek, örneğin bir borca katılma söz konusu ise, borca katılan ortak defiler hakkında, yok bir kefalet sözleşmesi söz konusu ise kefil asıl borçlunun ileri sürebileceği savunma sebepleri hakkında bilgi sahibi olmalıdır¹⁹¹³. Eğer masrafın yapılması, vekilin özen borcu çerçevesinde değerlendirildiğinde aşırı olarak nitelendirilebiliyorsa, müvekkil bunu karşılamak zorunda değildir. Örneğin kefil olan

Verlag AG, 1992, Art. 402, N. 27; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 175. Garanti sözleşmesi özelinde bkz. Aral, **İlişkiler**, s. 196-197.

¹⁹⁰⁵ Weber, **BasKom.**, Art. 394, N. 3; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 174.

¹⁹⁰⁶ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Scyboz, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁹⁰⁷ Özen, **Özel Rücu**, s. 1457.

¹⁹⁰⁸ Garanti sözleşmesi özelinde bkz. BGE 120 II 34.

¹⁹⁰⁹ Honsell, **a.g.e.**, s. 335.

¹⁹¹⁰ Bazı durumlardan talimatlardan ayrılarak hareket edilmesi gerekli olabilir. Bu durumda vekil, borcu yine gereği gibi ifa etmiş sayılacaktır (Konuyla ilgili olarak bkz. Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 551-552; Müller, **Contrats**, N. 2001-2004; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 445-446; Aral, **İlişkiler**, s. 193).

¹⁹¹¹ Hofstetter, **a.g.e.**, s. 74; Werro, **CoRo.**, Art. 402, N. 7; Engel, **Partie Spéciale**, s. 488; Lombardini, **a.g.e.**, s. 584.

¹⁹¹² Martin, **a.g.e.**, s. 276. Garanti sözleşmesi özelinde bkz. Aral, **İlişkiler**, s.194- 195.

¹⁹¹³ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Özel Rücu**, s. 1472.

kişi, böyle bir zorunluluk olmadığı halde kefalet sözleşmesinin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılması konusunda ısrarcı olmuşsa asıl borçlunun müvekkil olarak bu masrafı karşılaması gerektiği söylenemez. Ne var ki, aynı durum “alacaklı”nın ısrarı neticesinde gerçekleşmiş olsaydı, bu kez vekilin özen borcunu ihlal eden bir davranışı olmayacağı için asıl borçlunun bunu müvekkil olarak karşılaması gerektiği sonucuna varmak gerekirdi¹⁹¹⁴. Aynı örneği borca katılma yönünden incelemeye alalım. Borca katılma bakımından, katılan borcun doğduğu sözleşme şekle bağlı olsa bile, bir şekil zorunluluğu katılan kişinin alacaklıyla yaptığı sözleşmenin aynı şekle tabi olup olmayacağı tartışmalıdır¹⁹¹⁵. Bundan başka, TBK m. 603 de gerçek kişilerin kişisel güvence vermesine ilişkin işlemlerde kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlere tabi olacağını kabul etmektedir¹⁹¹⁶. Bu hükmün borca katılma bakımından da geçerli olacağı, yine ayrık görüşler olmakla birlikte¹⁹¹⁷, ağırlıklı kabul edilmektedir¹⁹¹⁸. Müvekkiline teminat vermek amacıyla borca katılan özenli bir vekil, temkinli davranarak her ihtimale karşı hem TBK m. 603 uyarınca hareket ederek hem de ilk borcun doğduğu sözleşme şekle tabi tutulduğu için bunu gözeterek sözleşmenin kurulmasında özel masraflar yaptıysa bunları müvekkilinden isteyebilmelidir. Düşünülürse, bu masraflar bizatihi müvekkilin çıkarlarının korunması için yapılmaktadır. Zira şekil zorunluluğunun kabul edildiği bir durumda, verilen güvence hüküm doğurmadığı için zarar görecektir kişi müvekkil olacaktır.

Usülüne uygun olarak hareket eden vekilin üstlendiği iş görmeye ilişkin masrafları yapmasıyla birlikte, aksine herhangi bir anlaşma yoksa müvekkilin bunları karşılama borcu kendiliğinden muaccel olacaktır¹⁹¹⁹. Yoksa muacceliyet için vekilin müvekkilden talepte bulunması, vekâlet sözleşmesinin sona ermesi veya yükümlenilen iş görmenin sona ermesi gibi ek unsurlara gerek bulunmamaktadır¹⁹²⁰. Masraflar kural olarak yapıldıkları tarihteki değerleri üzerinden para ile ödenmelidir¹⁹²¹.

¹⁹¹⁴ Özen, **Kefalet**, s. 450.

¹⁹¹⁵ Tartışmalar için bkz. Şener, **a.g.e.**, s. 1292-1294; Altay, **Borca Katılma**, s. 127 vd.

¹⁹¹⁶ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 329.

¹⁹¹⁷ Develioğlu, **Borca Katılma**, s. 320.

¹⁹¹⁸ Özen, **Kefalet**, s. 49; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 329; Yavuz, **a.g.e.**, s. 335.

¹⁹¹⁹ Hofstetter, **a.g.e.**, s. 75; Fick, **Commentaire CO**, Art. 402, N. 14; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 175; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 561.

¹⁹²⁰ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 175.

¹⁹²¹ Oser / Schönberger, **ZürKom.**, Art. 402, N. 6; Müller, **Contrats**, N. 2058; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 585.

TBK m. 510'da ayrıca, müvekkilin vekili girdiği borçlardan da kurtarması gerektiği belirtilmektedir. Müvekkilin bu borcu masrafların karşılanması özel bir türü olarak değerlendirilebilir¹⁹²². Ancak konumuz bakımından hükmün özel bir uygulaması olacağından söz edilemez¹⁹²³. Zira burada sözü geçen vekilin borçlardan kurtarılması, özel olarak ve sadece dolaylı temsille girilen borçları kapsamaktadır¹⁹²⁴. Bilindiği üzere dolaylı temsille yapılan işlemlerde, bir kişi kendi adına ve başkası hesabına hareket etmektedir. Burada ise, vekil kendi adı ve müvekkil hesabına değil, tersine tamamen kendi adı ve hesabına müvekkil tarafından gösterilen “alacaklıya” karşı borç altına girmektedir. Dolayısıyla herhangi bir şekilde dolaylı temsil ilişkisinden söz edilemediği için borçtan kurtarılmadan söz açılması da söz konusu olmaz.

bb. Faize İlişkin Talep

Masrafların kendisinden başka vekilin yaptığı bu masraflar için yapıldıkları tarihten başlayarak kendiliğinden fiilen ödemenin yapılacağı tarihe kadar işleyecek olan faizin de müvekkil tarafından ödenmesi gerekmektedir¹⁹²⁵. Sözü geçen faiz, bir tür temerrüt faizi olmayıp, yapılan masrafın para olarak olağan değer kaybının karşılanmasına yönelik olarak kanunda öngörülmuş bir anapara faizidir ve müvekkilin masrafları karşılama borcunun bütünü içinde değerlendirilmelidir¹⁹²⁶. Dolayısıyla faiz borcunun işleyebilmesi için bir ihtar gerekliliği bulunmamaktadır, faiz masrafların yapıldığı tarihten itibaren kendiliğinden işlemeye başlayacaktır¹⁹²⁷. Örneğin kefalet sözleşmesi kapsamında kefilin asıl borç ve faizlerine ilişkin olarak yapacağı ödemenin, kefil ve asıl borçlu arasındaki vekâlet sözleşmesinde masraf olarak kabul edilecek ve bu masrafların üzerine kendiliğinden TBK m. 510

¹⁹²² Hofstetter, **a.g.e.**, s. 76; Honsell, **a.g.e.**, s. 335; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 588.

¹⁹²³ Bkz. farklı yönde Özen, **Kefalet**, s. 453. Yazar, kefalet sözleşmesi özelinde yaptığı açıklamalarda, hükmün uygulanması bakımından dolaylı temsille hareket edilmiş olması gereğinin bulunmadığını belirtmektedir. Bununla beraber, kefil, asıl borçludan TBK m. 510 çerçevesinde borçtan kurtarılmayı talep edemez. Zira bunun mümkün olabilmesi ancak konu hakkında kefalet sözleşmesi özelinde düzenleme getiren TBK m. 595'in şartlarının oluşması halinde mümkün olabilecektir (Bkz. aynı yönde Beck, **Bürgschaft**, Art. 492, N. 74; de Biasio, **a.g.e.**, s. 34; Engel, **Partie Spéciale**, s. 488).

¹⁹²⁴ Werro, **CoRo.**, Art. 402, N. 6; Oser / Schönerberger, **ZürKom.**, Art. 402, N. 8; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 588; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 176.

¹⁹²⁵ Hofstetter, **a.g.e.**, s. 75; Weber, **BasKom.**, Art. 402, N. 7; Dürr, **a.g.e.**, s. 108; Müller, **Contrats**, N. 2058; Fellman, Art. 402, N. 49; Fick, **Commentaire CO**, Art. 402, N. 15; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 176. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbauemer, s. 106.

¹⁹²⁶ Fellmann, **BerKom.**, Art. 402, N. 51; Martin, **a.g.e.**, s. 276; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 176. Aksı görüşte bkz. Dürr, **a.g.e.**, s. 109.

¹⁹²⁷ Martin, **a.g.e.**, s. 276.

çerçevesinde faiz işleyecektir. Burada faize faiz işletildiği de kesin suretle düşünülmemelidir. Kefilin asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu olduğu borç kalemleri bakımından yaptığı ödemeler bütünsel olarak masraf sayılır. Dolayısıyla, böyle bir ayırım yapılmadığı için faize faiz işletileceğinden de söz edilemez¹⁹²⁸.

Söz konusu faizin oranı taraflar arasında özel olarak kararlaştırılmamışsa, 3095 sayılı Faiz Kanunu'na göre tespit edilecektir¹⁹²⁹. Diğer taraftan eğer vekil, masrafın yapılabilmesi için yüksek faizle para bulmak zorunda kalmışsa ve bu durum vekâlet sözleşmesindeki özen borcuna bir aykırılık teşkil etmiyorsa, masrafa ilişkin faizin belirlenmesinde daha yüksek olan bu oran esas alınmalıdır¹⁹³⁰. Ancak bu oran hiçbir şekilde, birlikte borçluların alacaklıyla olan dış ilişkilerinde alacak bakımından tespit edilen faiz oranı olmayacaktır¹⁹³¹.

Eğer vekile yapacağı masraflarla ilgili olarak önceden müvekkili tarafından avans verilmiş ve masraflar bu avans değeri üzerinden karşılanmışsa, bu durumda müvekkilin başka herhangi bir borcu olmaz. Böyle bir durumda masraflar doğrudan ve anında karşılandığından herhangi bir faiz değerinin işlemesi de söz konusu olmaz¹⁹³².

cc. Zararın Karşılanması Talebi

Vekil, bunlardan başka vekâlet sözleşmesinin gereği gibi ifası sırasında uğradığı zararların da tazmin edilmesini isteyebilir¹⁹³³. Görülen zararın¹⁹³⁴ tazmin edilebilmesi, özel olarak vekâletin görülmesine ilişkin faaliyeti sebebiyle (*ex causa mandati*) oluşmuş olmasına bağlıdır¹⁹³⁵. Böylece iş görme esnasındaki zarar

¹⁹²⁸ de Biasio, **a.g.e.**, s. 33; Özen, **Kefalet**, s. 453; Özen, **Özel Rücu**, s. 1458.

¹⁹²⁹ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 586.

¹⁹³⁰ Oser / Schönberger, **ZürKom.**, Art. 402, N. 7; Fick, **Commentaire CO**, Art. 402, N. 16. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 452.

¹⁹³¹ Özen, **Özel Rücu**, s. 1457.

¹⁹³² Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 587.

¹⁹³³ Martin, **a.g.e.**, s. 277; Honsell, **a.g.e.**, s. 335. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁹³⁴ Burada kastedilen zarar, münhasır olarak maddî zarardır. Hükmün kapsamına manevi zararın tazmini dâhil değildir (Bkz. Dürr, **a.g.e.**, s. 109).

¹⁹³⁵ Hofstetter, **a.g.e.**, s. 78; Werro, **CoRo.**, Art. 402, N. 12; Weber, **BasKom.**, Art. 402, N. 12; Honsell, **a.g.e.**, s. 335; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 599; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 562.

rizikosunun müvekkil üzerinde olduğu söylenebilir¹⁹³⁶. O işin görülmesinde ortaya çıkabilecek muhtemel tehlikelere karşı vekili önceden uymalıdır¹⁹³⁷. Bu konuda düzenleme getiren TBK m. 510 f.2'ye göre “[v]ekil, vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekâlet verenden isteyebilir. Ancak vekâlet veren, kusurunun bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.” Müvekkilin sözü geçen tazminat borcu, kusur sorumluluğu esasına dayanır¹⁹³⁸. Bununla beraber, vekilin talepte bulunurken müvekkilin kusurlu olduğunu ispat etmesine gerek yoktur, kusursuzluğunu ispat etme külfeti müvekkil üzerindedir¹⁹³⁹. Hükümde somutlaşan bu tazminat borcunun kökeninde sözleşme ilişkisine girmek suretiyle bir araya gelen tarafların birbirlerine karşı olan dürüstlük kuralından doğan davranış yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁹⁴⁰. Tarafların tesadüfi düzeyi aşan yakınlaşması, onlara birbirlerine karşı zarar verici hareketlerden kaçınma ve özenli şekilde davranma yükümlülüğü yükler. Söz konusu davranış yükümlülükleri, sözleşmenin kurulması aşamasından başlayıp bazı hallerde sözleşme sonrasına kadar devam etmektedir. Söz konusu hüküm, borca aykırılık nedeniyle oluşan bir zararın tazminini öngördüğünden, sorumluluğun borca aykırı hareket (davranış yükümlülüğüne muhalefet) ve illiyet bağı diğer unsurlarının tamam olması gerekir. Bunları ispat yükü, zararı ispat bakımından da olduğu gibi vekilin üzerindedir.

Zarardan dolayı tazminat sorumluluğu öngören TBK m. 510 hükmünün uygulamasında, vekâlet sözleşmesinin ivazlı veya ivazsız olmasına kanunda herhangi bir sonuç farklılığı bağlamamıştır¹⁹⁴¹. Bununla birlikte doktrinde ve uygulamada, açıklayacağımız sebepler nedeniyle, bir farklılaşmaya gidilmesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Sorunun kaynağı, gerçek vekâletsiz iş görmeye ilişkin TBK m. 529 hükmüdür. Söz konusu hüküm, vekâletsiz iş gören tarafından lehine iş görülen kişinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak hareket edildiğinde, onun bu işin görülmesiyle ilgili olarak uğradığı zararların iş görme lehdarı tarafından kusursuz sorumluluk esas çerçevesinde karşılanacağını kabul etmektedir¹⁹⁴². Oysaki

¹⁹³⁶ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 596.

¹⁹³⁷ Hofstetter, **a.g.e.**, s. 76.

¹⁹³⁸ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 177; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 597; Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 421; Özen, **Kefalet**, s. 453.

¹⁹³⁹ Werro, **CoRo.**, Art. 402, N. 13; Weber, **BasKom.**, Art. 402, N. 11; Fick, **Commentaire CO**, Art. 402, N. 22; Dürr, **a.g.e.**, s. 110; Fellmann, **BerKom.**, Art. 402, N. 146; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 177; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 597; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 562.

¹⁹⁴⁰ Weber, **BasKom.**, Art. 402, N. 12; Fellmann, **BerKom.**, Art. 402, N. 151.

¹⁹⁴¹ Werro, **CoRo.**, Art. 402, N. 14; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 177.

¹⁹⁴² Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 178; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 598.

bilinçli bir ilişki oluşturan vekâlet sözleşmesinde kusur sorumluluğu esası kabul edilirken, tesadüfî mahiyet taşıyan vekâletsiz iş görmede kusursuz sorumluluk esasının kabul edilmesi sistemin bütünlüğü içinde çelişki oluşturur ve adaletsizliğe yol açar¹⁹⁴³. Dolayısıyla, TBK m. 510 hükmünün örtülü bir boşluk içerdiği ve amaçsal daraltmaya (*teleolojik redüksiyon*) tabi tutulması gerektiği kabul edilir. Buna göre ivazsız vekâlet sözleşmesinde, vekilin uğradığı zararın karşılanmasında da müvekkilin kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olacağı kabul edilmelidir¹⁹⁴⁴. Bu şekilde kanun metninde var olan çelişki giderilmiş olacaktır.

Vekilin, uğradığı zarar dolayısıyla yerine getirilmesi gereken tazminat borcuna, zararın hesaplandığı tarihe göre, ayrıca temerrüt faizi işletilmesi olasılığı da söz konusudur¹⁹⁴⁵. Hatırlanacağı üzere haksız fiiller hukuku bakımından bu konudaki hâkim görüş, -cismani zararlar dışında- zararın hüküm tarihine göre değil, doğumu tarihine göre hesaplanması gerektiğini kabul ettiğinden aradan geçen zamanın meydana getirdiği değer kaybı, işleyecek faizle kapatılmış olacaktır, bu temerrüt faizi özel olarak tazminat faizi olarak da adlandırılmaktadır. Öte yandan tazminat borcu için temerrüt faizinin işleyebilmesi için bir ihtar gerekliliği bulunmadığı da genel olarak kabul edilmektedir¹⁹⁴⁶.

Konumuz bakımından vekilin zarar görmesi olasılığının nasıl somutlaştırılacağından şüphe duyulabilir. Bir defa belirtilmelidir ki vekil birlikte borçlunun alacaklıya yapacağı ifa, malvarlığında rıza ile gerçekleşen bir azalma olduğu için hiçbir şekilde zarar olarak nitelendirilemez. Yukarıda belirtildiği üzere, “alacaklıya” olan borcun ifası, koşullar sağlandıysa bir masraf kalemi olarak müvekkil birlikte borçluya yansıtılabilecektir. Doktrinde hükmün uygulamasına girebilecek durumlara örnek olarak sözleşme ilişkisine girilecek müvekkilin gösterdiği “alacaklının” taşıdığı bulaşıcı hastalık virüsünü birlikte borçluya bulaştırması veya birlikte borçlunun alacaklının işyerine sözleşme ilişkisi kurmak

¹⁹⁴³ Hofstetter, **a.g.e.**, s. 77; Werro, **CoRo.**, Art. 402, N. 15; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 178; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 598; Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 421.

¹⁹⁴⁴ Hofstetter, **a.g.e.**, s. 77; Werro, **CoRo.**, Art. 402, N. 15; Werro, **Mandat**, N. 684; Weber, **BasKom.**, Art. 402, N. 14; Dürr, **a.g.e.**, s. 112; Fellmann, **BerKom.**, Art. 402, N. 140; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 178; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 598. Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması için bkz. ATF 1922 II 490; 1925 II 183; 1935 II 245).

¹⁹⁴⁵ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 178; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 603.

¹⁹⁴⁶ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 178.

için gittiğinde bir kaza geçirmiş olması gösterilmektedir¹⁹⁴⁷. Tabii zarara açan olayın bir şekilde müvekkilin kusuruyla bağdaştırılması gerekmektedir. Mesela, müvekkilin yukarıda verilen örnekler bakımından alacaklının taşıdığı virüs veya işyerindeki güvenlik eksikliği hakkında bir bilgi sahibi olmadığında ve olması da gerekmediğinde sorumlu olması gerekmez¹⁹⁴⁸. Diğer taraftan, müvekkil kusurlu olduğu bir ihtimalde bile, vekilin uğradığı zararlar kendi kusurlu hareketi arasındaki illiyet bağının bir şekilde kopmuş olduğunu ileri sürerek de tazminat borcundan kurtulabilecektir. Örneğin, bulaşıcı hastalık virüsünün zaten yaygın biçimde vekilin yaşadığı alanda bulunduğunu veya kazanın meydana gelişinde güvenlik eksikliğinden ziyade bir başka kişinin etkin hareketinin rol aldığını ortaya koyabilir.

c. Adi Ortaklık

i. İlişkinin Yapısı ve Özellikleri

TBK m. 620 f.1'e göre "[a]di ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir." TBK m. 620 vd. hükümlerinde düzenlenen adi ortaklık sözleşmesiyle, taraflar (ortaklar) bir tür iradi kişi birleşmesi modeli üzerinden bir amaç topluluğu meydana getirilmektedir. Adi ortaklık her türlü amaç için herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmadan kurulabilir¹⁹⁴⁹.

Adi ortaklık sözleşmesiyle oluşturulan topluluğun, kanunda düzenlenen diğer ortaklık türlerinden farklı olarak tüzel kişiliği bulunmaz¹⁹⁵⁰. Ortaklar kendi iç ilişkilerini diledikleri gibi şekillendirmek konusunda da geniş bir hareket yetkisine sahiptirler. Esasında ortada çift veçheli bir görünümün bulunduğu da söylenebilir. Bu

¹⁹⁴⁷ Özen, **Özel Rücu**, s. 1478.

¹⁹⁴⁸ Özen, **Özel Rücu**, s. 1479.

¹⁹⁴⁹ Robert Patry, **Précis de Droit Suisse des Sociétés**, V.1, Berne: Editions Staempfli & Cie SA, 1976, s. 198; François Chaix, CO Art. 530-551, **Commentaire Romand, Code des Obligations II, Art. 530-1186**, éd. Pierre Tercier & Marcel Amstutz, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2008, Art. 530, N. 2; Pascal Montavon, **Abrège de Droit Commercial**, 5ème Edition, Lausanne: Editions Juridiques AMC, 2011, s. 135; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 735; Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 12.

¹⁹⁵⁰ Alain Recordon, "Société simple I: La notion de société et les caractéristiques de la société simple", **FJS**, N. 676, Genève, 2004, s. 24; Chaix, **CoRo.**, Art. 530, N. 8; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7445; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 736; Théo Guhl / Max Kummer (çev. Sait Kemal Obut), "Adi Şirket", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 10 / 2, 1955, s. 159-170, s. 159.

yapıda, bir yandan ortakların müşterek amacı birlikte gerçekleştirmeleri yönünden sürekli bir borç ilişkisi vücut bulurken, bir yandan bir kişi topluluğunun meydana getirilmesi (en az iki kişiyle kurulabilmesi) yönünden de bir örgütlenme sözleşmesi varlık göstermektedir¹⁹⁵¹.

Adi ortaklık sözleşmesinin kurulabilmesi için kural olarak her bir ortağın bu yönde iradesini diğer ortaklara ayrı ayrı yöneltmesi, diğerlerinden de buna uygun karşı irade beyanının (*animus societatis*) gelmesi gerekir. Bu irade beyanlarının açık olması gerekliliği bulunmamaktadır, örtülü olarak uyuşma olması da yeterlidir¹⁹⁵². Böyle bir durumda ortakların bir adi ortaklık ilişkisi kurmak yönündeki iradeleri, somut durumun değerlendirilmesi çerçevesinde onların davranışlarından dolayı olarak çıkarılmaktadır. Tabii her durumda, irade beyanları sözleşmenin esaslı unsurlarını (*essentialia negotii*) içermelidir¹⁹⁵³.

Adi ortaklığın geçerliliği ise diğer sözleşmeler bakımından aranan genel geçerlilik şartlarının yerine getirilmesine bağlıdır. Bundan başka yerine getirilmesi gereken özel bir geçerlilik şartı (şekil zorunluluğu gibi) bulunmamaktadır. Yalnız bazı durumlarda belirli bir katılma payının getirilmesi, özel bir şekil şartına bağlı olabilir, bu durumda sözleşmenin geçerliliği ilgili şekil şartının yerine getirilmiş olmasına bağlıdır¹⁹⁵⁴.

Genel olarak adi ortaklık sözleşmesinin kavramsal olarak dört temel unsur üzerine bina edildiği söylenebilir. İlk temel unsur birden fazla kişi unsurudur. Sonuçta adi ortaklıkla bir kişi topluluğu meydana getirilmektedir¹⁹⁵⁵.

İkinci temel unsur ise, ortaklar arasında bir müşterek amacın kararlaştırılmış olmasıdır¹⁹⁵⁶. Adi ortaklık bakımından merkezi öneme sahip bir kavram olan

¹⁹⁵¹ Alfred Vogelsang, *Essai d'une Etude Dogmatique de la Société Simple en Droit Suisse*, Montreux: Imprimerie Nouvelle CH. Corbaz S.A., 1931, s. 110; Recordon, **FJS 676**, s. 6; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7432; Montavon, **Droit Commercial**, s. 119; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 736.

¹⁹⁵² Patry, **a.g.e.**, s. 199; Engel, **Partie Spéciale**, s. 705; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7528; Montavon, **Droit Commercial**, s. 126.

¹⁹⁵³ Chaix, **CoRo.**, Art. 530, N. 3.

¹⁹⁵⁴ Vogelsang, **a.g.e.**, s. 107; Engel, **Partie Spéciale**, s. 705; Chaix, **CoRo.**, Art. 530, N. 3; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7530 vd.; Guhl / Kummer (Obut), **a.g.e.**, s. 162.

¹⁹⁵⁵ Chaix, **CoRo.**, Art. 530, N. 3; Montavon, **Droit Commercial**, s. 120; Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 17-18.

müşterek amaç, ortakların birlikte işbirliği halinde gerçekleştirmeyi hedefledikleri objektif bireylerüstü bir sonucu ifade eder¹⁹⁵⁷. Bu yönüyle ortakları her birinin ortaklık ilişkisine girmekteki bireysel menfaat ve saiklerinden ayrılır. Nitekim ortaklardan her birinin ortaklığın kurulmasıyla oluşacak sonuçlar bakımından farklı öngörülere olabilir. Bu menfaatlere ulaşılabilmesi, her şeyden önce müşterek amacın gerçekleştirilmesiyle mümkün olabilecektir. Müşterek amaç, iktisadî veya ideal bir amaç olabilecektir. Bu amacın geçici veya sürekli özellik göstermesi de önemli değildir¹⁹⁵⁸. Yalnız müşterek amaç, imkânsız veya kanuna, ahlâk ve âdâba aykırı bir özellik göstermemelidir, aksi takdirde sözleşme geçersiz olur¹⁹⁵⁹ (TBK m. 27).

Ortakların sadece belirtildiği şekilde müşterek amaç etrafında toplanmaları adi ortaklığın oluşumu için yeterli değildir, bunun yanında ortaklar amacı birlikte takip etmeyi ve gerçekleşmesi için gerekli faaliyetlere katılmayı taahhüt etmiş olmalıdırlar. Diğer bir deyişle ortaklardan her biri müşterek amacın gerçekleşmesi yolunda yararlı olmalı ve amaca erişilmesi için gerekli faaliyetlere katılmalıdır. İşte müşterek amaç için birlikte hareket etme şeklinde ortaya çıkan bu üçüncü temel unsur, “*affectio societatis*” veya “*animus societatis*” olarak da adlandırılabilir¹⁹⁶⁰. Ortaklar müşterek amacı gerçekleştirme taahhütleri çerçevesinde müşterek amacın gerçekleştirilmesine ne şekilde katılacaklarını da sözleşme çerçevesinde belirlerler. Müşterek amaç unsuru ile bu müşterek amacı birlikte gerçekleştirme unsuru arasında yadsınamayacak derecede sıkı bir iç ilişki vardır. Öyle ki bu iki unsur, tümel tek bir unsurun iki parçası olarak da görülebilir¹⁹⁶¹.

Dördüncü ve son temel unsur ise, adi ortaklıkta her ortağın bir katılma payı (*Beitrag*) getirme taahhüdünde bulunmuş olmasıdır¹⁹⁶². Katılma payının içeriği ve kapsamının belirlenmesinde ortaklar serbesttir. Öyle ki ortaklar farklı türden katılma payı taahhütleri (*quoad dominium, quoad usum, quoad sortem*) altına da

¹⁹⁵⁶ Recordon, **FJS 676**, s. 4; Engel, **Partie Spéciale**, s. 700; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 736; Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 24.

¹⁹⁵⁷ Recordon, **FJS 676**, s. 20; Montavon, **Droit Commercial**, s. 121.

¹⁹⁵⁸ Patry, **a.g.e.**, s. 199; Recordon, **FJS 676**, s. 21; Chaix, **CoRo.**, Art. 530, N. 7; Guhl / Kummer (Obut), **a.g.e.**, s. 161.

¹⁹⁵⁹ Vogelsang, **a.g.e.**, s. 108; Engel, **Partie Spéciale**, s. 700; Montavon, **Droit Commercial**, s. 121; Guhl / Kummer (Obut), **a.g.e.**, s. 161.

¹⁹⁶⁰ Recordon, **FJS 676**, s. 4; Chaix, **CoRo.**, Art. 530, N. 7; Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 35.

¹⁹⁶¹ Bkz. bu yönde yaklaşımı için Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7458.

¹⁹⁶² Recordon, **FJS 676**, s. 4; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 736; Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 38.

girebilirler¹⁹⁶³. Müşterek amacın gerçekleştirilmesine elverişli olan her türlü edim, ortakların katılma payının konusunu oluşturabilir¹⁹⁶⁴. Katılma payı ortaklığa getirilmelidir, bu şekilde ortakların edimlerinin toplanması söz konusudur, yoksa edimlerin birbirlerinin karşılığını teşkil ettiği ve sözleşmenin değişime dayalı olduğu söylenemez¹⁹⁶⁵. Maddî değer içeren katılma paylarının toplanmasıyla ilk ortaklık malvarlığı oluşturulmuş olur. Önemli olan katılma payının işlevi itibariyle amacın gerçekleştirilmesine elverişli bir vasıta olarak görülebilmesidir¹⁹⁶⁶. Buna göre, taahhüt edilen katılma payının konusunu oluşturan edim maddî veya kişisel, iktisadi veya ideal nitelikte olabilir. Aslına bakılacak olursa, bu son unsurun da yukarıda sözü edilen *affectio societatis* unsurunun somutlaşmış bir görünümü olduğundan rahatlıkla söz açılabilir¹⁹⁶⁷.

İşte gerek gerçek anlamda gerekse de gerçek olmayan birlikte borçluluk ilişkisi içinde olan borçlular arasında, alacaklıyla henüz ilişki kurulmadan bir adi ortaklık ilişkisi zaten var olabilir. Bu ilişkinin varlığı, yukarıda andığımız unsurların bir arada bulunmasına bağlıdır. Bu durumda borçlular alacaklı ile olan süreç tamamlandıktan sonra birbirlerine aralarındaki adi ortaklık ilişkisi kapsamında başvuruda bulunabileceklerdir. Yapılacak talebin kapsamını TBK m. 627 belirleyecektir, adi ortaklar yaptıkları masraflar, bunlar için işleyecek faizler ve işin görülmesi esnasında uğradıkları zararlar için talepte bulunabilirler.

Bundan başka aynı sebeple (gerçek anlamda) birlikte borçlu olan kişiler arasında kural olarak her durumda bir tür adi ortaklık ilişkisinin kurulduğu da söylenebilir¹⁹⁶⁸, ¹⁹⁶⁹. Bu sözü edilen ortaklık yukarıdaki paragrafta değinilenden

¹⁹⁶³ Vogelsang, **a.g.e.**, s. 111; Recordon, **FJS 676**, s. 15-16; Engel, **Partie Spéciale**, s. 696; Chaix, **CoRo.**, Art. 531, N. 4; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7576; Montavon, **Droit Commercial**, s. 121; Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 45.

¹⁹⁶⁴ Chaix, **CoRo.**, Art. 531, N. 3.

¹⁹⁶⁵ Tercier / Favre, **a.g.e.**, s. 7455.

¹⁹⁶⁶ Recordon, **FJS 676**, s.15.

¹⁹⁶⁷ Chaix, **CoRo.**, Art. 530, N. 5; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7451.

¹⁹⁶⁸ Gautschi, **a.g.e.**, s. 50; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1622.

Doktrinde müteselsil borçlulukta iç ilişkide oluşan bu geçici ortaklık ilişkisine değinilmeksizin genel olarak ortada kanundan doğan bir iç ilişki olduğu kabul edilerek açıklamalar verildiği görülmektedir (Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Halit Kemal Elbir, “Rücu Hakkını Kullanan Müteselsil Borçlunun Borçdaşlar Arasında Tediye Kabiliyeti Olmayan Biri Bulunduğu Takdirde Durumu (BK m. 146 f.2 üzerinde yeni bir tefsir denemesi)”, **İstanbul Baro Dergisi**, C. XX, 1948’den ayrı bası, s. 1-9, s. 3; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 212; Dağdelen, **a.g.e.**, s. 155).

Aşağıda da belirteceğimiz üzere, iç ilişkiye kanunda değinilmesi veya bu ilişkiyle alakalı hükümler getirilmesi ilişkinin kanundan doğduğu anlamına gelmez (Bkz. aşağıda §3, III, B, 5).

farklı özellik taşıyor. Öyle ki gerçek anlamda birlikte borçlular oluşan bu adi ortaklık, geçici olarak kurulmakta ve salt alacaklıya karşı üstlenilen birlikte borcu konu almaktadır¹⁹⁷⁰. Sonuçta ortaklık amacı, alacaklının tatmin edilmesi olduğu için bir süreklilik göstermemektedir, arızı olarak amacın gerçekleşmesi ortaklığı sona erdirmekte ve ilişkinin tasfiyesine yol açmaktadır¹⁹⁷¹. Salt borçluların birlikte borç altına girmek üzere alacaklı karşısında bir araya gelmeleri örtülü olarak bu ilişkinin kurulduğuna delalet eder. Nitekim, elbirliliği borçluluğu, kısmi borçluluk, müteselsil borçluluk ve bölünemeyen borçlulukta böyle bir ortaklık ilişkisinin olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bunların her birinde müşterek amaç salt ve yalın olarak alacaklının belirli bir borç için tatmin edilmesidir¹⁹⁷². Alacaklı tam olarak tatmin edildiğinde, müşterek amaç gerçekleşmiş olacağından ortaklık da sona erer ve tasfiye edilir¹⁹⁷³. Sözün özü gerçek anlamda birlikte borçluluk hallerinde birden fazla borçlunun alacaklıyı tatmin etme amacı altında birleşmesinden bir ortaklık ilişkisi doğmakta ve borcun tamamen ödenmesi ile birlikte sona ermektedir.

Yalnız bu iç ilişkinin borçlular arasında bir iç hesaplaşmada gündeme gelmesi, diğer bir deyişle bir rücu ilişkisine vücut vermesi kural olarak kural olarak yalnız müteselsil borçluluk¹⁹⁷⁴, mevcut borca katılma ile oluşan birlikte borçluluk (*bu son birlikte borçluluk türü özelinde alacaklının tatmin edilmesi bakımından bir ortak amacın taşınıp taşınmadığı, bir ortaklık ilişkisinin var olup olmadığı somut ilişkideki duruma göre tespit edilecektir, nitekim salt teminat gösterme amacının bulunduğu durumlarda böyle bir ortaklık ilişkisinden söz etmek güçtür*) ve bölünemeyen borçlulukta söz konusu olabilecektir. Bunun sebebi de açıktır: Belirtilen birlikte borçluluk türlerinde her bir ortak (birlikte borçlu) alacaklının ifa talebine tek başına bütünüyle karşılık vermeyi ve diğer borçlularla olan iç ilişkisinde ise borcun nihai yükünün bir kısmını üstlenmektedir.

¹⁹⁶⁹ Diğer taraftan müteselsil borçlular arasında -değindiğimiz salt müteselsil borç bağlantısından başka- hâlihazırda zaten bir adi ortaklık ilişkisinin olması da söz konusu olabilir. Yani, başka bir amaç için bir araya gelmiş olan ortaklar, bir kimseye karşı birlikte borçlanmış olabilirler. Bu durumda TBK m. 638 uyarınca, aksi yönde bir kararlaşırma da bulunmuyorsa, oluşacak birlikte borçluluk türü müteselsil borçluluk olacaktır. Bu durumda söz konusu ilişkinin modaliteleri iç ilişkiyi şekillendirecektir (Bkz. Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1637; Bucher, **a.g.e.**, s. 496; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 461; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1296).

¹⁹⁷⁰ Geçici ortaklık kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 131.

¹⁹⁷¹ Bkz. Barlas, **Adi Ortaklık**, s. 131; Recordon, **FJS 676**, s. 22.

¹⁹⁷² Müteselsil borçluluk özelinde müşterek amaçla ilgili olarak bkz. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁹⁷³ Guhl / Kummer (Obut), **a.g.e.**, s. 169.

¹⁹⁷⁴ Müteselsil borçluluk bakımından iç ilişkinin her zaman bir ortaklık ilişkisi olacağından söz açılmaz. Bu ilişki duruma göre bir vekâlet ilişkisi de olabilecektir. Böyle bir durum müteselsil borçlu diğerinin borcuna teminat amacıyla katıldığı vakit söz konusu olabilir.

Aşağıda devam edecek açıklamalarımız müteselsil borçluluk eksen alınarak özellikle gerçek anlamda birlikte borçlular arasında oluştuğunu belirttiğimiz bu özel ve geçici ortaklık ilişkisi bakımından verilecektir. Daha genel özellikteki adi ortaklık ilişkilerindeki talepler bakımından TBK m. 627 hükmü esas alınmalıdır.

ii. İlişki Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler

aa. Yapılan Masrafların Karşılanması Talebi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, gerçek anlamda birlikte borçluluk türlerinde, borçlular arasında birlikte borç altına girme olgusuna dayalı bir tür adi (geçici) ortaklık ilişkisi kurulduğu söylenebilir. Nitekim bu ortaklık ilişkisi, elbirliği borçluluğu ve kısmi borçlulukta çoğu kez gizil durumda kalacaktır. Zira borçlular alacaklıya tatmin ettikten sonra birbirlerinden olağan bir yapıda birbirlerinden herhangi bir talepte bulunmayacaklardır. Oysa müteselsil borçluluk, bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçluluk ve -bazı durumlarda- mevcut borca katılma ile oluşan birlikte borçluluk hallerinde durum farklıdır. Bunlarda söz konusu iç ilişki (ortaklık ilişkisi) işlevsel bir özelliğe sahip bulunur.

Şimdi müteselsil borçluluk üzerinden açıklamalarımıza devam edelim. Aynı açıklamalar, gerek mevcut borca katılma ile oluşan birlikte borçluluk gerekse de bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçluluk hallerinde de özdeş olacaktır.

Belitilen bu ortaklık ilişkisi özelinde, müteselsil borçluların ortaklığa getirecekleri katılma paylarının iki veçheli olduğu söylenebilir: Bir yandan alacaklıyla olan ilişkide tek başına ifayı gerçekleştirme borcu, diğer yandan müteselsil borçlular arasındaki ilişkide nihai borç yüküne payı oranında katılma borcu. Müteselsil borçlunun amacın gerçekleştirilmesindeki nihai maddî sorumluluğu, iç ilişkide yükümlü olduğu tutardır. Borçlular arasında başka herhangi bir anlaşma bulunmuyorsa, TBK m. 167 f.1, karine olarak her bir ortağın toplam borç bakımından nihai olarak eşit bir (katılma) pay(ı)la sorumlu olacağını belirtmektedir¹⁹⁷⁵. Bu hüküm ortaklığa katılma payı getirilmesini öngören TBK m. 621 f.2 ile aynı yöndedir: “[S]özleşmede aksi kararlaştırılmamışsa katılım payları,

¹⁹⁷⁵ Becker, **BerKom.**, Art. 148, N.1.

ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır.”

Ancak müteselsil borçlu, amacın gerçekleştirilmesi bakımından sadece bu (kural olarak eşit) katılma payını sağlamakla kalmamakta, aynı zamanda borcun tamamını alacaklıya ifa etme yükümlülüğü altına da girmektedir. İşte müteselsil borçlu kendi katılma payından fazla ödediği bu tutarı, diğer borçlulardan bir masraf kalemi olarak –özel rücu yolunda- talep edebilecektir. TBK m. 627 f.1’e göre, “[o]rtaklardan birinin ortaklık işleri için yaptığı giderlerden veya üstlendiği borçlardan ötürü diğer ortaklar, ona karşı sorumlu olurlar. (...)”¹⁹⁷⁶ Dolayısıyla, müteselsil borçluluk bakımından oluşan bu ortaklık ilişkisinde alacaklıya yapılan ifanın katılma payını aşan kısmı, ilgili borçlu bakımından ortaklık işi için yapılmış bir masraf olarak değerlendirilebilecektir. Söz konusu masraftan bütün borçlular, kısmi borçluluk esasları dairesinde¹⁹⁷⁷ ve aksi özel olarak kararlaştırılmadıkça eşit paylarla sorumlu olacaktır. Aslına bakılacak olursa, borçluların masraftan doğan sorumluluğu diğer taraftan da -bir kısmıyla- onların katılma payını oluşturmaktadır¹⁹⁷⁸. Katılma payı borcunun ifası, alacaklının ilgili borçludan talepte bulunması ön şartına bağlı bulunmaktadır. Eğer alacaklı müteselsil borçludan talepte bulunmazsa, o ilk planda katılma payını yerine getirmeyebilir. Müteselsil borçlulukta katılma payının daha önce yerine getirilmesi bakımından da bir zorunluluğun bulunduğu kabul edilecek olursa, yukarıda tartıştığımız müteselsil borçlunun alacaklı tatmin edilmezden evvel bir borçtan kurtulma talebi olup olamayacağına açıklık getirilmesinde de faydalı olabilir¹⁹⁷⁹.

Müteselsil borçlunun yaptığı masrafı ne zaman talep edebileceğine de açıklık getirilmesi lazımdır. Adi ortaklıkta, yapılan masrafın ne zaman talep edilebileceği duruma göre farklılaşabilir. Diğer bir deyişle, masrafın talep edilebilmesi için mutlaka tasfiye zamanının mı beklenmesi gerekir, yoksa masraf yapıldıktan sonra derhal talep edilebilir mi? Kanunda açık bir belirtme bulunmamaktadır. İlişkinin

¹⁹⁷⁶ TBK m. 627 f.1 hükmü, vekâlet sözleşmesinde müvekkilin borçlarını düzenleyen TBK m. 510 düzenlemesinin bir türevidir (Bkz. bu yönde Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7625).

¹⁹⁷⁷ Chaix, **CoRo.**, Art. 537, N. 4.

¹⁹⁷⁸ Esasen yukarıda katılma paylarının ortaklığın malvarlığı değerlerini meydana getireceğini belirtmiştik. Normal şartlarda masraflar öncelikle bu malvarlığından ödenecektir. Bunu aşan kısmı bakımından da ortaklar payları oranında sorumlu olacaktır.

¹⁹⁷⁹ Bkz. yukarıda §2, IV, A, 4.

niteliğine göre tespit edilmelidir¹⁹⁸⁰. Müteselsil borçluluktaki ortaklık yapısı, masrafın yapıldığı andan itibaren talep edilebilmesine imkân vermektedir, adi ortaklığın sona erip tasfiye zamanının gelmesi gerekliliği bulunmamaktadır. Yani masrafın talep edilebilmesi için mutlaka alacaklının tam olarak tatmin edilmesi gerekmez, alacaklı kısmen tatmin edildiğinde dahi payından fazla ödemede bulunan borçlu doğrudan rücu talebinde bulunabilecektir¹⁹⁸¹ (Bkz. TBK m. 167 f.2). Sonuç olarak, müteselsil borçlulukta masraf ödeme borcunun muacceliyeti, masrafın yapıldığı tarih olacaktır.

İfayı gerçekleştiren ortak diğerlerine toplam borcun payına düşen kısmı kadarı için rücu edebilecektir. Dolayısıyla paylaşımına ilişkin başka türlü bir kararlaştırma bulunmuyorsa, alacaklıya ifada bulunan müteselsil borçlu, ortaklık için yaptığı masrafı diğerlerinden eşit paylara bölünmüş olarak talep ileri sürebilir (TBK m. 167 f.1).

bb. Faize İlişkin Talep

Yapılan masraflar için faiz işletilebilmesi konusuna da değinelim. TBK m. 627 f.2’de sadece ortaklığa avans olarak getirilen para için faiz alacağının doğacağı belirtilmektedir¹⁹⁸². Bununla beraber, açıkça belirtilmese de birlikte borçlunun yaptığı masraflar için faiz talep etmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁸³. Bu faiz, vekâlet sözleşmesindeki masraflara işletilen faizde olduğu gibi bir anapara faizidir (Bkz. ve karş. TBK m. 510). Dolayısıyla söz konusu faiz, masrafın yapıldığı tarihten itibaren aradan geçen zamanın meydana getireceği olası değer kayıpları için işletilecektir¹⁹⁸⁴. Eğer ortaklar sözleşmesel bir faiz oranı kararlaştırmamışsalar, işleyecek faizin oranı 3095 sayılı Faiz Kanunu’na göre belirlenecektir.

¹⁹⁸⁰ Chaix, **CoRo.**, Art. 537, N. 6; Alain Recordon, “Société simple II: Les rapports des associés entre eux et avec les tiers”, **FJS**, N. 677, Genève, 2004, s. 57.

¹⁹⁸¹ Sbai, **a.g.e.**, s. 137.

¹⁹⁸² Engel, **Partie Spéciale**, s. 716.

¹⁹⁸³ Chaix, **CoRo.**, Art. 537, N. 4.

¹⁹⁸⁴ Chaix, **CoRo.**, Art. 537, N. 4.

cc. Zararın Karşılanması Talebi

Ortak birlikte borçlu, bu taleplerinden başka eğer müşterek amacın gerçekleştirilmesi esnasında bu faaliyetiyle doğrudan ilgili olarak zarar görmüşse, bu zarar da diğer ortaklardan yine onların katılma payları oranında tazminat talep edilebilecektir¹⁹⁸⁵ (TBK m. 627).

d. Özel Olarak: Karşı Garanti (*Kontrgaranti*) Verilmesi ve Anlamı

i. İlişkinin Yapısı ve Özellikleri

Bankacılık uygulamasında, banka teminat mektuplarının verilmesinde rücu ilişkisi için karşı garanti alınmasına yaygın olarak başvurulur¹⁹⁸⁶. İlk bölüm altında belirtmede bulunduğumuz üzere, banka teminat mektuplarının temelinde bulunan ilişki, bir teminat amaçlı garanti sözleşmesidir. Karşı garanti de, teminat amaçlı garanti veren kişinin rücu yolunda kullanabileceği –sözleşmesel- bir imkândır. Türk banka teminat mektupları (garanti sözleşmesi) uygulamasında bu kurumun yaygın özellik göstermesinin altında, garanti verenin normal şartlarda bir karşı garanti olmadığı vakit ödediği tutar için asıl borçluya kanuni hiçbir yoldan rücu edemeyeceği düşüncesi bulunmaktadır¹⁹⁸⁷. Söz konusu kanaate teorik olarak katılmıyoruz. Bununla birlikte, uygulamada bankanın karşı garanti bulunmadığı bir durumda rücu bakımından ciddi zorluklar yaşayacağı da gözden kaçırılmaması gereken bir gerçektir, bu da karşı garanti kavramının önemini ortaya çıkarmaktadır. Bundan başka teminat mektubu dolayısıyla verilen güvence ağır ve istisnai bir sorumluluk meydana getirmesi de aynı şekilde bir karşı garanti ihtiyacını vurgular. İlk teminat mektubu bakımından ödemedede bulunan banka, hiç vakit kaybetmeksizin rücu alacağına kavuşmak isteyecektir¹⁹⁸⁸. Dolayısıyla bu kavramla sağlanan imkânı özel bir başlık altında ele almak istedik. Diğer taraftan karşı garantinin sadece banka

¹⁹⁸⁵ Engel, *Partie Spéciale*, s. 715; Patry, *a.g.e.*, s. 227; Recordon, *FJS 677*, s. 57 .

¹⁹⁸⁶ Lombardini, *a.g.e.*, s. 607.

¹⁹⁸⁷ Bkz. Yarg. İBK 11.06.1969 T., E. 4, K. 6 (www.kazanci.com); Ali Haydar Perçin, *Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (Ekonomi Hukuku), 2008, s. 181 vd.; Barlas, *BTM*, s. 83. Bu konuda karardaki uygulamanın sadece kararda geçen türden garanti sözleşmelerine hasredilmesi gerektiği görüşü için bkz. Yavuz / Özen / Acar, *Özel Hükümler*, s. 713.

¹⁹⁸⁸ Reisoğlu, *BTM*, s. 307; Barlas, *BTM*, s. 57.

teminat mektupları bakımından cari olabileceği yanılığısına da kapılınmamalıdır. Rücu ilişkisine yol veren tüm birlikte borçluluk ilişkilerinde, karşı garanti alınması olası olabilir.

Aslında “karşı garanti”, tabir olarak yanılıcıdır. Zira kavram çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Homojen, tek tip bir karşı garanti yoktur. Dolayısıyla kanaatimizce genel geçer tek bir hukukî nitelendirmenin yapılması isabetli olmaz¹⁹⁸⁹. Bu kavramın alabileceği görünümünün hukukî nitelendirilmesinden önce, kimin tarafından verildiğine ilişkin bir ayırım yapmak gerekecektir.

ii. Karşı Garantinin Diğer Birlikte Borçlu Tarafından Verilmesi

Eğer karşı garanti bizzat teminat mektubu lehdarı (asıl borçlu) tarafından veriliyorsa, duruma göre bir vekâlet sözleşmesi olabileceği gibi, bir saf garanti sözleşmesi de olabilir. Ya da karşı garanti lehdarı (ilk teminat mektubunu sağlayan

¹⁹⁸⁹ Buna karşılık doktrinde çoğunlukla belirteceğimiz yaklaşımlar -tam olarak- yapılmadan aşağıdaki fikirler ileri sürülmüştür. Biz değerlendirmemizi daha farklı olarak yapacağımızdan, metin bütünlüğünün bozmamak amacıyla bu fikirleri aşağıda toplu olarak ortaya koymak istiyoruz:

- Bir görüşe göre, karşı garanti teminat amaçlı garanti sözleşmesi niteliğindedir. Bu görüş çerçevesinde, karşı garantinin bir üçüncü kişi verileceği ihtimalinden düşünce geliştirilmektedir (Bu görüş için bkz. Doğan, **BTM**, s. 260; Reisoğlu, **BTM**, s. 311; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 463; Perçin, **a.g.e.**, s. 183). Bu görüşün taraftarlarından Reisoğlu (**BTM**, s. 312), karşı garantinin asıl borçlu tarafından verildiği olasılıkta da aynı sonuca ulaşılması gerektiği kanısındadır. Yazarın görüşüne bu son olasılık bakımından metinde açıkladığımız gerekçelerle katılmıyoruz.

Diğer yandan Doğan (**BTM**, s. 266), daha sonraki açıklamalarında asıl borçlu ile garanti veren banka arasında akdedilen genel kredi sözleşmelerinin karşı garanti özelliği taşıdığını ifade etmektedir. Esasen genel kredi ilişkisi vekâlet sözleşmesi tabanına oturan bir sözleşme ilişkisi olduğu için yazarın görüşünü isabetli buluyoruz. Yazar bundan başka (**BTM**, s. 268) üçüncü kişilerin verdiği karşı garantinin kimi zaman kefalet sözleşmesi niteliğinde olabileceğini de ifade etmektedir.

- Diğer bir ikinci görüşe göre, karşı garanti saf garanti sözleşmesi niteliğindedir. Bu görüş çerçevesinde karşı garantinin, asıl borçlu tarafından verildiği olasılık gözetilmektedir (Bu görüş için bkz. Kleiner, **a.g.e.**, s. 178; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 872).

- Son olarak bir görüş de karşı garantinin vekâlet sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş çerçevesinde de karşı garanti, asıl borçlu tarafından sağlanmaktadır (Melek Bilgin Yüce, “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhütte Rücu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Özel Sayı 2009, s. 1435-1454, s. 1440; Yüce, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, s. 149).

Genel bir değerlendirme yapmayı tercih eden Kahyaoğlu ise (**a.g.e.**, s. 98), yaptığı açıklamalarda, karşı garantinin asıl borçlu veya üçüncü kişi tarafından verilebileceğini ve konu olarak da bir miktar paranın verilmesini, kefalet ya da garanti gibi şahsî bir teminatı, rehin ya da ipotek gibi aynî bir teminatı yahut bir alacak hakkını içerebileceğini belirtmektedir. Buna karşılık yazar, daha sonra yaptığı açıklamalarda (**a.g.e.**, s. 98-99), üçüncü kişi tarafından teminat amaçlı garanti sözleşmesi ile taahhüt altına girildiği olasılığı değerlendirmiştir.

Barlas (**BTM**, s. 57 vd.) ise, karşı garantinin aynî veya kişisel teminat olabileceğini ifade etmektedir. Yazar daha sonraki açıklamalarında karşı garantinin kişisel teminat olacağı olasılıklar üzerinden açıklamalarına devam etmiştir.

banka) olan kişiye, asıl borçlu tarafından bir aynî teminatın sağlanması da düşünülebilir. İlk olasılıkta, yani garanti veren ile asıl borçlu arasında bir vekâlet sözleşmesi kurulduğunda, banka vekil olarak yaptığı masrafları müvekkili asıl borçluya yansıtabilecek, varsa vekâleti yerine getirirken uğradığı zararın tazmin edilmesini de isteyebilecektir (TBK m. 402). Bu konuda yukarıdaki açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz¹⁹⁹⁰.

Diğer taraftan karşı garantiye vücut veren ilişkinin saf garanti sözleşmesinden doğan bir alacak hakkı olarak da ortaya çıkması söz konusu olabilir. Hatırlanacağı üzere saf garanti sözleşmesi kapsamında zarara yol açabilecek herhangi bir risk garanti altına alınmakta, bu riskin özel olarak bir kişinin belirli bir edimi yerine getirmesiyle alakalı olmasına gerek bulunmamaktadır¹⁹⁹¹. Burada saf garanti sözleşmesinin konusu, alacaklının verilen garanti mektubunu paraya çevirme talebinde bulunması veya bankanın bu talebe karşılık vererek ödemede bulunması riskleri olabilir. Görüldüğü üzere, bu riskler herhangi bir kişinin edimini yerine getirmesi/getirmemesi ile ilgili olmayıp soyut olarak belirli bir olayın gerçekleşmesiyle ilgilidir. Kaldı ki, asıl borçlu ile garanti veren arasındaki ilişki kapsamında yerine getirmesi gerekli olan edimin yerine getirilmemesi riskinin yine bizzat asıl borçlu tarafından teminat altına alınması söz konusu olamaz. Dar anlamda kişisel teminat sözleşmesi, mutlaka ve ancak asıl borçludan bir başka üçüncü kişiyle akdedilebilir¹⁹⁹². Yoksa asıl borçlunun kendi edimi için böyle bir yükümlülüğü ayrıca üstlenmesi, amiyane tabirle, borcunu yerine getireceğine ilişkin “yeminler vermesinden” farksızdır. Sonuçta her olasılıkta teminat alacaklısının başvurabileceği tek malvarlığının olması, bu konudaki mantıkî engeli oluşturmaktadır.

Son olarak karşı garantinin asıl borçlu tarafından verilen bir aynî teminatla sağlanması söz konusu olabilir. Aynî teminat türü olarak akla en başta gelebilecek olanlar, rehin haklarıdır. Karşı garantinin konusunu bir rehin hakkı oluşturduğunda, sağlanan teminatın ferîliği bir asıl borcun varlığını gerektirecektir. İşte bu durumda – teminat amaçlı garanti sözleşmesi ile sağlanan kişisel teminat hakkından farklı olarak- garanti veren ve asıl borçlu arasındaki ilişkide bankanın asıl borçludan olan rücu alacağı teminat altına alınabilir. Sonuçla aynî teminatla sağlanan güvencede,

¹⁹⁹⁰ Bkz. yukarıda §3, III, B, 1, b, ii, cc altındaki açıklamalarımız.

¹⁹⁹¹ Bkz. yukarıda §1, IV, C, 1, a altındaki açıklamalarımız.

¹⁹⁹² Bkz. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 287.

malvarlığı değerlerinden birinin yalıtılarak özel olarak ve öncelikle güvence lehdarına sunulmaktadır¹⁹⁹³. Dolayısıyla buradaki durum, kişisel teminat sözleşmesiyle ortaya çıkandan farklıdır. Yine başka bir aynî teminat, teminat amacı taşıyan inançlı mülkiyet devri yoluyla sağlanabilir. Bu durumda, söz konusu teminatın ferî bir özelliği olduğundan söz edilemeyeceği için, teminat altına alınan risk çeşitli olabilir. Mutlaka asıl bir borcun konusu edimin bulunması gereği yoktur. Yani daha soyut olarak teminat mektubunun ödenmesi veya teminat mektubunun paraya çevrilmesi için talepte bulunması riski teminat altına alınabileceği gibi, daha somut olarak garanti veren ile asıl borçlu arasındaki ilişkideki rücu alacağının yerine getirilmemesi riski de teminat altına alınabilir.

iii. Karşı Garantinin Üçüncü Kişi Tarafından Verilmesi

Karşı garanti, birlikte borçlulara yabancı bir başka üçüncü kişi tarafından da verilmiş olabilir ki, bu daha olasıdır. Bu durumda verilen karşı garanti bir teminat amaçlı garanti sözleşmesi, saf garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi veya bir borca katılma taahhüdü olarak ortaya çıkabileceği gibi bir aynî teminat türü de olabilir. Üçüncü kişinin sağladığı karşı garanti teminat amaçlı garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi olduğunda, banka ile asıl borçlu arasındaki ilişkideki rücu alacağının yerine getirilmemesi riski teminat altına alınmaktadır. Bu noktada kefalet sözleşmesi ile sağlanan güvence ferî bir güvence oluştururken, teminat amaçlı garanti sözleşmesi bakımından sağlanan güvence bağımsız özellik taşır. Ayrıca karşı garanti olarak ortaya çıkan bu iki sözleşmesel güvenceden biri (kefalet) ciddi şekil zorunlulukları içerirken diğeri (garanti) kolaylıkla akdedilebilecektir¹⁹⁹⁴. Eğer güvence borca katılma yoluyla sağlanmışsa, bu kez teminat amaçlı garantinin sağladığından da daha güçlü bir durumda bulunulacağı açıktır. Zira borca katılma, müteselsil borçlu olunması sonucunu doğurduğu için teminatı gösteren borca katılana birinci derecede bir sorumluluk yükleyecektir.

¹⁹⁹³ Bankanın müşterisi “asıl borçlunun” hesabı ve likiditeleri üzerinde rehin hakkı sağlamak istemesi de söz konusu olabilir. Rücu alacağı yerine getirildiğinde rehin kaldırılacaktır (Bkz. Develioğlu, **Garanti**, s. 421).

¹⁹⁹⁴ Eğer garanti veren bir gerçek kişi ise, TBK m. 603 uyarınca, şekil zorunluluğuna ilişkin kefalet hükümleri garanti sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacağından belirtilen bu farklılığın söz konusu olmayacağı söylenebilir.

Bankacılık uygulamasında teminat mektubu sağlayan banka, kendisini başka bir teminat mektubu (karşı garanti) olarak rücu alacağı bakımından sağlama almaktadır. Belirtilmelidir ki, bu şekilde ortada iki farklı teminat mektubu olduğunda bunların teminat aldıkları riskin farklı olduğu özel olarak vurgulanmalıdır. İlk teminat mektubu kapsamında garanti taahhüdü güvencesi altına alınan risk, asıl borç ilişkisindeki edimin yerine getirilmemesidir. Karşı garanti kapsamında verilen teminat mektubundaki risk ise, bankanın ödemede bulunması halinde rücu alacağının ödenmemesi riskidir. Karşı garanti kapsamında verilen teminat mektubunda da ilk talepte ödeme kaydının olması olanak dâhilindedir. Böyle olduğunda, banka ilk teminat mektubu kapsamındaki ilk talepte ödeme kaydına ilişkin ödemesinin akabinde kendi güvencesini oluşturan teminat mektubundaki ilk talepte ödeme kaydına dayalı olarak rücu alacağına kavuşabilecektir. Sadeleştirecek olursak, banka ödeme yapar yapmaz, bunu bir başkasından geri alabilecektir. Aslına bakılacak olursa, böyle bir durumda çoğunlukla, rücu alacağının yerine getirilmesi riski gerçekleşmeden banka güvence değerine kavuşmuş olmaktadır. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinin tali özelliği bu noktada hatırlatılmalıdır, güvence verilen riskin gerçekleşmesi asıl borç ilişkisindeki edim yerine getirilmemesi ile gerçekleşir.

Eğer risk bu şekilde belirlenmezse, sadece bankanın ödemede bulunması veya kendisinden talepte bulunulmasına hasredilirse, artık ortada teminat amaçlı bir garanti sözleşmesi değil saf garanti sözleşmesi bulunmaktadır. Bu ilişkinin bir banka teminat mektubunda cisimleşmesi de mümkündür. Böyle bir durumda bir de ilk talepte ödeme kaydı bulunuyorsa, riskin gerçekleştiğine hiçbir şüphe de olmadan ödemenin yapılması gerekecektir. Zira risk, asıl borçlunun belirli bir edimi yerine getirmemesine bağlı olmaktan çıkmıştır.

Yine asıl borçlunun karşı garanti sağladığı durum bakımından açıklamalarda bulunduğumuz üzere, üçüncü kişinin sağlayacağı karşı garantinin bir aynî teminatı konu alması, yani bir rehin hakkı veya inançlı mülkiyet temini ile sağlanan teminat hakkı olması da düşünülebilir. Bu hallerde aynî teminata konu olan risklerin özellikleri bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır.

2. Vekâletsiz İş Görme

a. İlişkinin Yapısı, Şartları ve Özellikleri

Vekâletsiz iş görme (*negotiorum gestio*), TBK m. 526-531 hükümleri arasında düzenlenen genel bir talep temeli oluşturmaktadır. Vekâletsiz iş görmenin iki farklı türü bulunur. Bunlardan ilki gerçek vekâletsiz iş görme olarak adlandırılır. Gerçek vekâletsiz iş görmede, iş gören kişi bir başkasının menfaati için hareket etmektedir. Bu talep temeliyle, bir başkasının işine müdahale edildiği hallerde, müdahale edene bir korunma sağlamaktadır¹⁹⁹⁵. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise, iş gören kişi tamamen kendi menfaatini düşünerek hareket etmekte ve kendisine haksız bir yarar sağlamaktadır. Bu talep temelinde ise, müdahale bulunan kişiden çok sömürülen kişi korunmaktadır¹⁹⁹⁶. Bu iki vekâletsiz iş görme türünden birincisinin sözleşme¹⁹⁹⁷, diğerinin ise haksız fiil talep temeline yakın özellik gösterdiği söylenebilir¹⁹⁹⁸.

Vekâletsiz iş görme talep temeli, rücu ilişkisine yol veren birlikte borçluluk türlerinde, borçlular arasında başka herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmadığında elverişli olabilir. Bu durum, birlikte borçlulardan biri diğerinden habersiz olarak hareket ettiğinde söz konusu olabilecektir¹⁹⁹⁹. Bu birlikte borçluluk türleri, mevcut kanunun öngördüğü veya borca katılma ile oluşan müteselsil borçluluk²⁰⁰⁰, garanti

¹⁹⁹⁵ Martin, **a.g.e.**, s. 287.

¹⁹⁹⁶ Anne Héritier Lachat, CO Art. 419-424, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Intro Art. 419-424, N. 4-5; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 5925-5926; Engel, **Partie Spéciale**, s. 568; Fick, **Commentaire CO**, Art. 419-424, Généralités, N. 7; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 676; Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 488-489.

¹⁹⁹⁷ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 5942; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 218.

¹⁹⁹⁸ Bkz. Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 677. Ayrıca vekâletsiz iş görme türlerinin hukukî niteliğine ilişkin olarak yapılan tartışmalar için bkz. Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957, s. 40 vd., H. Gökçe Özdemir, **Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)**, Ankara: Seçkin, 2001, s. 78 vd.

¹⁹⁹⁹ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 447; Scyboz, **a.g.e.**, s. 126.

²⁰⁰⁰ Baştan oluşan sözleşmeden doğan bir teselsül ilişkisinde, borçlular birbirlerinin bilincinde oldukları için, aralarında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu asıl olacaktır. Teselsül konusunda alacaklıyla yapılan anlaşma, borçluların arasında da bir sözleşme ilişkisi (eğer özel bir durum yoksa kendiliğinden oluşan bir adi ortaklık) bulunduğuna işaret eder. Hatta müteselsil borçlulardan biri tamamen diğerine teminat sağlama amacıyla baştan borç yüklense de durum böyledir. Ne var ki, borca katılma, alacaklıyla yapılan bir anlaşma çerçevesinde oluşur. Bu durum ilk borçlunun bilgisi ve isteği çerçevesinde meydana gelmişse yine taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğundan söz açılabilir. Bu durumda da vekâletsiz iş görme şartlarının oluşup oluşmadığının da araştırılmasına gereklilik bulunmamaktadır. Buna karşılık bazı durumlarda, tam tersine ilk borçlunun durumdan

sözleşmesi, kefalet sözleşmesi veya sigorta sözleşmesiyle oluşan bir birlikte borçluluk olabilir. İşte bu yapılar çerçevesindeki rücu ilişkilerinde vekâletsiz iş görme talep temelinde başvurulabilmesi için, öncelikle taraflar arasında vekâletsiz iş görme şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir²⁰⁰¹. Başvurulacak vekâletsiz iş görme türü, gerçek olan vekâletsiz iş görmedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, hakları sömürülen bir kişinin taleplerini konu aldığından, rücu ilişkisinde gündeme gelmeyecektir, dolayısıyla inceleme konumuzla alakalı bulunmamaktadır²⁰⁰².

Gerçek olan vekâletsiz iş görme ilişkisinin oluşma şartları genel olarak bir işin görülmesi, bu işin başkasına ait olması, işi görülen kişinin bu konuda önceden vekâletinin olmaması ve iş görme iradesinin bulunmasıdır²⁰⁰³. Birlikte borçluluk türleri özelinde bu şartları inceleyelim.

İlk şart olan bir işin görülmesi, iş sahibi olan kişinin yapılabilecek olan hukuka aykırı fiiller dışında herhangi bir fiilin gerçekleştirilmesidir²⁰⁰⁴. Dolayısıyla görülecek iş bir maddî fiil olabileceği gibi bir hukukî işlem de olabilir²⁰⁰⁵. İşin görülmesi neticesinde mutlaka iş sahibi tarafından arzu edilen bir sonucun ortaya çıkması gerekmez, iş görenin gerekli özeni göstererek hareket etmiş olması şartın gerçekleşmesi için yeterlidir. Aynı husus, arzu edilen sonucun gerçekleşmesi ama hemen akabinde ortadan kalkması bakımından da geçerli olacaktır (Bkz. TBK m. 529 f.2). Konumuz özelinde iş görme bir kişinin sorumluluğunu gerektiren kurguda, bir kişinin yanında aynı ya da farklı bir borç için sorumluluk altına girilmesi²⁰⁰⁶ ve yapılan ifa ile bu kişi için söz konusu olacak sorumluluk şartlarının dolaylı olarak

hiçbir şekilde haberinin olmaması veya hatta bunu istememesi de söz konusu olabilir. İşte bu son durumlarda, rücu için arada bir vekâletsiz iş görme ilişkisinin bulunup bulunmadığı araştırılabilir. Diğer taraftan kanunda öngörülen teselsül halleri bakımından, herhangi bir teselsül iradesinin varlığı aranmadığından borçlular arasında sözleşme dışı bir ilişkinin oluşması söz konusu olabilir.

²⁰⁰¹ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 447.

²⁰⁰² Yüce (**Rücu**, s. 1449), garanti sözleşmesi özelinde yaptığı değerlendirmede, garanti verenin kendi borcunu ifa etmesinden ve asıl borçlunun bundan bir yarar sağlamasından hareketle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin (TBK m. 530) garanti verenin rücu talebi bakımından uygulanabileceğini savunmaktadır.

²⁰⁰³ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 678 vd.; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 640; Martin, **a.g.e.**, s. 288-289.

²⁰⁰⁴ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 678, Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 219; Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 490; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 640; Honsell, **a.g.e.**, s. 342.

²⁰⁰⁵ Christine Chappuis, **La restitution des profits illégitimes**, Collection Genevoise, Bâle & Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1991, s. 6; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 5948.

²⁰⁰⁶ Sadece borç altına girilmiş olması vekâletsiz iş görme talep temeli üzerinde talepte bulunulabilmesi için yeterli değildir, mutlaka ödemenin yapılmış olması gereklidir (Kefalet sözleşmesi özelinde bu yönde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 448) .

ortadan kalkmasının sağlanmasıdır. Örneğin bir kişinin borcuna kefil olan kimse, alacaklıya karşı kefalet borcunu yerine getirdiğinde, dolaylı olarak borçlunun da alacaklıya karşı borçtan kurtulmasını sağlamaktadır. Zira alacaklının asıl borç ilişkisinde borca aykırılık talep temeline başvurulabilmesinin unsurlarından biri olan zarar unsuru ortadan kalkmıştır. Alacaklı ifa menfaatini kefilin ödemesiyle dolaylı olarak elde ettiğinden asıl borçludan herhangi bir talebinin olması artık düşünülemez. Borca katılma, garanti sözleşmesi veya sigorta sözleşmesi bakımından da aynı örnek verilebilir.

İkinci şart, görülen işin bir başkasına ait olmasıdır²⁰⁰⁷. Dolayısıyla kaçınılmaz şekilde onun alanına bir müdahale söz konusudur. Bu şartın ne ölçüde sağlanmış olacağından konumuz özelinde tereddüt duyulabilir. Şöyle ki, vekâletsiz iş görme talep temeline dayanmak isteyen her bir birlikte borçlu, aslında bir başkasının borçtan kurtulmasını sağlarken, kendi borcunu da ifa etmiş bulunmaktadır. Yani salt bir başkasının menfaatine iş görme durumu söz konusu değildir; görülen iş, iş görenin de menfaatini doğrudan ilgilendirmektedir²⁰⁰⁸. Özetle durum, üçüncü bir kişinin –rücu edilmek istenen- borçlu yerine bir borcu yerine getirmesinden farklıdır. Zira bu durumda, üçüncü kişi zaten borçlu yerine hareket ederek bizatihi onun borcunu yerine getirmektedir. Bununla birlikte, bir kişinin aynı fiiliyle hem kendisinin hem de bir başkasının işini görebileceği kabul edilmektedir. Bu şekilde ortaya çıkan hibrid (melez) bir iş görme de vekâletsiz iş görme talep temeline başvurulabilmesi için gerekli olan –işin başkasına ait olması- şartını yerine getirir²⁰⁰⁹.

Üçüncü şart, iş sahibinin bu konuda “vekâletinin”, yani önceden verilmiş bir rızasının olmamasıdır. Vekâletsiz iş gören, işi gördüğü zamanda, hukuken yetkili olduğu bir durumda bulunmamaktadır²⁰¹⁰. Zaten aksi durumunda ortada bir vekâlet sözleşmesi olduğundan hareketle buna dayanılması gerekirdi, vekâletsiz iş görme şartlarının oluşup oluşmadığını araştırmaya mahal kalmazdı. Konumuz özelinde, bu talebi kullanmak isteyen birlikte borçlunun, diğerinin haberi veya rızası dışında hareket etmesi asıl olacaktır.

²⁰⁰⁷ Chappuis, **Restitution**, s. 9; Honsell, **a.g.e.**, s. 344; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 5951; Engel, **Partie Spéciale**, s. 570; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 678; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 220.

²⁰⁰⁸ Doktrinde bu gerekçeyle birlikte borçlunun vekâletsiz iş görme talep temeline dayanamayacağını ileri süren yazarlar mevcuttur (Barlas, **BTM**, s. 83; Reisoğlu, **Garanti**, s. 165)

²⁰⁰⁹ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 220.

²⁰¹⁰ Chappuis, **Restitution**, s. 14; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 5952; Engel, **Partie Spéciale**, s. 570; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 679; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 220.

Son şart, iş sahibinin varsayıli iradesine ve menfaatine uygun hareket edilmiş olmasıdır²⁰¹¹. İş sahibinin varsayıli iradesine uygun hareket etme gereği, kavram olarak vekâlet sözleşmesindeki özen ve sadakat borcu ile bağdaştırılabilecektir²⁰¹². Yalnız burada tahminî bir irade üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. Söz konusu tahminî iradenin tespiti, iş görenin sübjektif kanaati üzerinden değil, objektif bir bakış açısından yapılmalıdır. Yalnız iş sahibinin varsayıli iradesi ve menfaati her zaman aynı yönde olmayabilir. Eğer varsayıli iradeye uygun davranılmasına rağmen herhangi bir menfaat elde edilmediyse, vekâletsiz iş görmeden doğan herhangi bir talepten söz edilemez²⁰¹³. Bununla birlikte, menfaat elde ediliyorsa, varsayılan iradenin de bu yönde olduğu kabul edilebilecektir²⁰¹⁴. Konumuz özelinde ikinci şart bakımından benzer şekilde belirtildiği üzere, bir kişinin asli olarak kendi menfaatine hareket etmiş olması, işin başkası için de menfaat sağladığı ve onun için de görülmüş olacağı düşüncesini dışlamaz²⁰¹⁵. Böyle bir durumda dikkat edilmesi gereken tek şey, iş görenin iş sahibine göre daha fazla bir yarar elde etmemiş olmasıdır²⁰¹⁶. Bununla beraber, her zaman birlikte borçlulardan birinin kendi menfaatine olan böyle bir hareketinin diğeri menfaatine de sonuç sağlayacağı anlamına gelmez. Bu konuda banka teminat mektupları uygulamasından bir örnek verilebilir. Banka, teminat mektubundaki ilk talepte ödeme kaydı bulunuyorsa, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin herhangi bir inceleme yapmaksızın, risk gerçekleşmişçesine, muhataba (alacaklı) doğrudan ödemeyi gerçekleştirmekle yükümlüdür. Ne var ki, bazı durumlarda alacaklı risk gerçekleşmeden veya gerçekleşip gerçekleşmediği tam olarak ayırt edilmeden de bankadan talepte bulunabilir. İşte böyle bir durumda banka garanti sözleşmesine müstenit kendi

²⁰¹¹ Héritier Lachat, **CoRo.**, Art. 422, N. 2; Honsell, **a.g.e.**, s. 344; Engel, **Partie Spéciale**, s. 570; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 221; Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 490.

²⁰¹² Özen, **Kefalet**, s. 448.

²⁰¹³ Tandoğan Vekâletsiz İş Görme, s. 237; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 641.

²⁰¹⁴ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 238.

²⁰¹⁵ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 159; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 879. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 447; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 210. Garanti sözleşmesi özelinde bkz. Halûk Tandoğan, “Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunmaları Halinde Lehara Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında”, **BATİDER**, Aralık 1970, C. V, Sayı 4, s. 655-662, s. 658, Develioğlu, **Garanti**, s. 422.

Aksi görüş için garanti sözleşmesi özelinde bkz. Barlas, **BTM**, s. 82; Reisoğlu, **Garanti** s. 165; Reisoğlu, **BTM**, s. 92; Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 101.

Belirtildiği üzere, Reisoğlu, kefalet sözleşmesiyle yapılan ödemenin vekâletsiz iş görme talebine konu olabileceğini kabul etmekle birlikte, garanti sözleşmesiyle yapılan ödeme bakımından bunu reddetmektedir. Yazar, bu değerlendirmesini özel olarak gerekçelendirmemiştir. Ortada iki sözleşme bakımından değerlendirme farklılığı yaratacak bir gerekçe bulunmadığını düşündüğümüzden, yazarın bu yaklaşımına tam olarak katılmıyoruz.

²⁰¹⁶ Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 222.

borcunu yerine getirirken, teminat mektubu lehdarı (asıl borçlu) menfaatine olarak hareket etmiş olmaz. Dolayısıyla banka yaptığı ödeme akabinde, asıl borçluya vekâletsiz iş görme talep temeli üzerinden rücu edemez²⁰¹⁷.

Bu dört şarttan başka ek olarak konumuz özelinde dikkat edilmesi gereken husus, birlikte borçlunun bir başkasının yararına borç altına girerken daha sonra bunu iş sahibi olarak addettiği birlikte borçluya yansıtmayı istemesidir²⁰¹⁸. Eğer birlikte borçlu sadece ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi için veya diğer birlikte borçluya bağışlamada bulunmak kastıyla hareket ediyorsa, alacaklıya ifada bulunduktan sonra bir rücu talebi olmasını tasarlamıyor demektir. Eğer bu konuda açıklık bulunmuyorsa esas alınacak olan düşünce, birlikte borçlunun gerek borç altına girerken gerekse de bunu ifa ederken bunun mali yükünü daha sonra lehine hareket ettiği birlikte borçluya yansıtacağıdır²⁰¹⁹.

b. İlişki Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler

i. Masrafların Karşılanması Talebi

Şayet yukarıda belirtilen şartların hepsi tamam ise, birlikte borçlu vekâletsiz iş görme temeline dayalı olarak talepte bulunabilir²⁰²⁰. Birlikte borçlunun bu talebinin kapsamın TBK m. 529 f.1’de belirtilmiştir. Buna göre, “[i]şsahibi, işin kendi menfaatine yapılması halinde, iş görenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve görüşü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür.” Bu hüküm sayesinde vekâletsiz iş gören malvarlığında isteği ile oluşan azalmaları, yani masrafları iş sahibinden talep edebilecektir²⁰²¹. İş sahibi tarafından karşılanması gereken masraflar, zorunlu ve yararlı masraflardan oluşur²⁰²². Bir masrafın zorunlu

²⁰¹⁷ Durum böyle olmasına rağmen, eğer asıl borçlu yapılan ödemeden herhangi bir fayda sağlamışsa, bu fayda ölçüsünde menfaat edildiği düşünülebilir ve bu çerçevede rücu talebine izin verilebilir.

²⁰¹⁸ Héritier Lachat, **CoRo.**, Art. 422, N. 8; Fick, **Commentaire CO**, Art. 419-424, Généralités, N. 12; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 682.

²⁰¹⁹ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 448.

²⁰²⁰ Honsell, **a.g.e.**, s. 344.

²⁰²¹ İşin görülmesi olağan bir sonuç olarak zarara girilmesini gerektiriyorsa, bu zarar da masraf niteliğinde sayılacaktır. Meğerki bu zarardan kaçınılması bir şekilde mümkün olsun (Bkz. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 282; Özdemir, **a.g.e.**, s. 124).

²⁰²² Chappuis, **Restitution**, s. 36; Engel, **Partie Spéciale**, s. 572; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 228; Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 491; Özdemir, **a.g.e.**, s. 123; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 644. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 106.

sayılabilmesi, yapılmadığı takdirde zarar sonucu ile karşılaşılmasına bağlıdır. Zorunlu masraf sayesinde malvarlığındaki unsurların varlığında ve değerlerinde bir eksilme olmaz²⁰²³. Yararlı sayılan masraf ise, malvarlığındaki unsurların değerlerinin artmasına hizmet eder²⁰²⁴. Bu iki masraf kalemi dışında kalan masrafların iş sahibi tarafından karşılanması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Zorunlu ve yararlı masraf kalemlerinin iş sahibinden istenebilmesi, bunların makul ve fiilen yapılmış olmalarına bağlıdır. Masrafın yapılmasının makul olup olmadığının değerlendirilmesinde objektif bir bakış açısından hareket edilir. Özellikle iş görme amacı ve masrafın yapılması arasında kurulacak bağ, bu değerlendirmede önem taşıyacaktır²⁰²⁵. İş sahibinin bu konudaki sübjektif takdirinin farklı olması bu değerlendirmeye etki etmez. Yapılacak değerlendirme sonucunda bulunacak makul masraf değeri, iş sahibinin masraf karşılama borcunun üst limitidir²⁰²⁶. Diğer taraftan istenen masraf fiilen yapılmış olmalıdır. Eğer vekâletsiz iş gören bir şekilde normalde beklenebilecek olanın altında masraf yapmış ve işi daha ucuza görmüşse, yalnızca fiilen yapmış olduğu masraf değerini isteyebilir²⁰²⁷. Yoksa onun bu konudaki becerisinin, objektif masraf değeri üzerinden ödüllendirilmesi de söz konusu olmaz.

Vekâletsiz iş gören, iş sahibinden onun işinin görülmesi nedeniyle altına girdiği borçlardan kurtarılmayı da talep edebilir. Bu da özelleşmiş bir masraf karşılanması talebidir²⁰²⁸. Özel olarak dolaylı temsille gerçekleştirilen taahhütler bakımından söz konusu olabileceği için konumuz bakımından önem taşıdığı söylenemez. Zira birlikte borçlulardan her biri kendi adı ve hesabına borç altına girmektedir. Diğer birlikte borçlu –sağlanan teminatın lehdarı olarak istifade etse de iş görenin onun hesabına bir borç altına girdiğinden söz açılmaz.

²⁰²³ Fick, *Commentaire CO*, Art. 422, N. 12; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 270.

²⁰²⁴ Fick, *Commentaire CO*, Art. 422, N. 13; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 270.

²⁰²⁵ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 270.

²⁰²⁶ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 271.

²⁰²⁷ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 272.

²⁰²⁸ Chappuis, *Restituiton*, s. 37; Honsell, *a.g.e.*, s. 345; Tercier / Favre, *a.g.e.*, N. 5998; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 273; Gümüş, *Özel Hükümler II*, s. 229.

ii. Faize İlişkin Talep

Yapılan masrafın para değeri üzerinden faiz de işletilir, bu değer de masraf karşılama borcuna dâhil olur²⁰²⁹. Masraf, yapılmasıyla birlikte muaccel olur²⁰³⁰. Dolayısıyla faizin başlangıç tarihi, kural olarak masrafın yapıldığı tarihtir²⁰³¹. Buna karşılık, eğer yapılan masraftan dolayı iş gören bir fayda sağlıyorsa, faizin işlemeye başlama tarihi bu faydanın ortadan kalktığı zamana kadar ötelenir. Bunun nedeni, anılan durumda masraftan elde edilen faydanın faizin yerini tuttuğu kabul edilmesidir²⁰³². Söz konusu faiz, vekâlet sözleşmesinde masraflara işletilen faiz bakımından da olduğu gibi, bir anapara faizidir. Amaç, iş görenin malvarlığındaki azalmanın mümkün suretle giderilmesi olduğu için, masrafın yapıldığı zamandan karşılandığı zamana kadar oluşabilecek değer kayıpları bu şekilde faizle karşılanmak istenmiştir. İşletilecek faizin oranı, ilgili konuda bir başka teamül bulunmuyorsa, 3095 sayılı Faiz Kanunu'na göre tespit edilir.

iii. Zararın Karşılanması Talebi

Vekâletsiz iş gören, masrafların karşılanması talebinin yanında, görülen iş nedeniyle bir zarara uğramışsa, bunun da karşılanmasını iş sahibinden talep edebilir²⁰³³. Bu talep masrafların karşılanması talebinden farklıdır. Ancak talepte bulunulabilmesi için kusur şartının aranmamış olması, taleplerin benzerlik kazanmasına yol açmıştır. Bu durumda tazminat talebinin üç unsurun tamam olmasıyla söz konusu olabileceği söylenebilir. Bunlar bir başkası için iş görülmesi, zarara uğranılması ve işin görülmesi ile zarar arasındaki illiyet bağıdır. Kusur unsuru olmadığı için²⁰³⁴, değerlendirmenin yapılmasında, illiyet bağı iyiden iyiye önem kazanacaktır. Özellikle işin görülme amacı zarara yol açan tehlikeye atılmasını haklı kılabilmelidir. Diğer taraftan zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru illiyet

²⁰²⁹ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 106.

²⁰³⁰ Héritier Lachat, **CoRo.**, Art. 422, N. 11; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 228.

²⁰³¹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 273.

²⁰³² Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 273.

²⁰³³ Chappuis, **Restitution**, s. 37; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 5999; Honsell, **a.g.e.**, s. 345; Héritier Lachat, **CoRo.**, Art. 422, N. 13; Engel, **Partie Spéciale**, s. 572; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 275; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 645. Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 106.

²⁰³⁴ Yukarıda belirttiğimiz üzere, TBK m. 529, vekâlet sözleşmesinde iş gören kişinin uğradığı zararların tazmini TBK m. 510'a oranla daha avantajlı bir hüküm getirdiğinden, kıyas yoluyla ivazsız vekâlet sözleşmelerinde de kıyas yoluyla uygulanmaktadır (Bkz. yukarıda §3, III, B, 1, b, ii, cc altındaki açıklamalarımız).

bağını kesecek düzeye ulaştığında tazminat talebi doğmaz²⁰³⁵. Talebin unsurları tamamsa, tazminat miktarı hâkim tarafından hakkaniyet çerçevesinde takdir edilecektir²⁰³⁶. Uğranılan zararın tamamının iş sahibi tarafından tazmin edilmesi de, en az hiç tazmin edilmemesi kadar hakkaniyete aykırı olur, zararın mali yükünün iş gören ve iş sahibi arasında paylaşılması daha uygundur. Bu paylaşımda özellikle tarafların mali durumu, bir başkasından (sigortacı veya başka bir üçüncü kişi) tazminat alabilip alamayacakları, iş görme amacı ile iş görenin riske attığı varlıklar arasındaki bağlantı dikkate alınmalıdır²⁰³⁷.

c. Özel Olarak: TBK m. 531'in Anlamı

Öte yandan TBK m. 531'e göre "[i]şsahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır." Yalnız iş sahibinin onayı, yenilik doğuran bir etkiye sahiptir²⁰³⁸. Onay iş yapıldığı sırada verilebileceği gibi, iş yapıldıktan sonra da verilebilir. Onayın açık veya örtülü olması bir fark yaratmaz²⁰³⁹. Söz konusu onay geriye etkili olmakla²⁰⁴⁰ birlikte, vekâletsiz iş görmeyi bir anda vekâlet sözleşmesine dönüştürmez²⁰⁴¹. Zira her durumda ortada vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturacak bir iş görme bulunduğu söylenilemeyecektir. Dolayısıyla eğer iş görüldükten sonra, iş sahibi bunu onaylıyorsa, vekâletsiz iş görme yolu üzerinden yapacağı talep bakımından vekâlet hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır²⁰⁴². Aslına bakılacak olursa, bu durum çok büyük bir farklılık da meydana getirmez. Zira TBK m. 510 ve m. 529'un getirdiği hükümler birbiriyle bağdaşmaktadır²⁰⁴³.

²⁰³⁵ Diğer hallerde, iş görenin illiyet bağımlı kesebilecek düzeye ulaşmayan kusuru, tazminatın takdirinde -yapılacak paylaşımda- nazara alınabilecek bir unsur olarak karşımıza çıkabilir.

²⁰³⁶ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 5999; Honsell, **a.g.e.**, s. 345; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 285; Gümü, **Özel Hükümler II**, s. 230; Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 492.

²⁰³⁷ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 286; Özdemir, **a.g.e.**, s. 125.

²⁰³⁸ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 5974; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 245.

²⁰³⁹ Martin, **a.g.e.**, s. 298.

²⁰⁴⁰ Fick, **Commentaire CO**, Art. 424, N. 4.

²⁰⁴¹ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 252. Aksi yönde bir görüş için bkz. Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 493.

²⁰⁴² Chappuis, **Restitution**, s. 34; Fick, **Commentaire CO**, Art. 424, N. 5; Martin, **a.g.e.**, s. 297; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 252.

²⁰⁴³ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 5995.

3. Sebepsiz (Haksız) Zenginleşme

a. İlişkinin Yapısı, Şartları ve Özellikleri

Birlikte borçlulukta söz konusu olabilecek özel rücu hakkı edim dışı sebepsiz zenginleşme talep temeline de dayanabilir²⁰⁴⁴. Böyle bir durum, birlikte borçlunun başka başvurabileceği bir özel rücu yolu olmadığı zaman son çare (*ultima ratio*) olarak gündeme gelebilecektir²⁰⁴⁵. Zira eğer sözleşmeye dayalı bir rücu imkânı varsa, zaten bu durum sebepsiz bir zenginleşmenin oluşmasını engeller²⁰⁴⁶. Bunun olmadığı durumda da, vekâletsiz iş görme talep temeline dayalı bir rücu imkânı varsa²⁰⁴⁷, edim dışı sebepsiz zenginleşme talep temelinin görece elverişsiz yoluna gidilmesi önerilmez²⁰⁴⁸.

Burada sözü edilecek sebepsiz zenginleşme türü, edim (ifa) dışı zenginleşmelerden borçtan kurtulmadan ötürü zenginleşmedir²⁰⁴⁹. Borçtan kurtulmadan ötürü sebepsiz zenginleşmede, kişi (birlikte borçlu) bir başkasını borç yükünden kurtarmak suretiyle zenginleştirmektedir²⁰⁵⁰. Bu zenginleşmenin tasfiyesi sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebiyle sağlanmaktadır, (fakirleşen) birlikte borçlu zenginleştirdiği diğerine bu şekilde rücu ederek iade talebini yöneltmektedir²⁰⁵¹.

Rücu zenginleşmesi –veya rücu hakkı veren zenginleşme²⁰⁵²- (*Rückgriffskondiktion*) olarak da adlandırılan bu zenginleşmeden ötürü yapılacak iade talebinin kapsamı, tüm ödemelerin kurtarılabildiği vekâletsiz iş görme talep

²⁰⁴⁴ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. de Biasio, **a.g.e.**, s. 27.

²⁰⁴⁵ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 363.

²⁰⁴⁶ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 339.

²⁰⁴⁷ Vekâletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme arasındaki temel farklılık, vekâletsiz iş görmede kişinin diğerinin çıkarına hareket etmesi, sebepsiz zenginleşmede ise zorunluluğun veya bizzat zenginleştirenin menfaatinin bulunmasıdır (Serozan, **İfa Engelleri**, s. 358).

²⁰⁴⁸ Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990, s. 133.

²⁰⁴⁹ Edim zenginleşmesi ve edim dışı zenginleşme ayrımı için bkz. İlhan Ulusan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984, s. 8 vd.; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 31 vd.

²⁰⁵⁰ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 358; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 374; Ulusan, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 14. Garanti sözleşmesi özelinde bkz. Reisoğlu, **Garanti**, s. 164.

²⁰⁵¹ Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1813; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 309; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 359; Ulusan, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 26.

²⁰⁵² Bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 371.

temelinden farklı olarak, salt objektif zenginleşme tutarını kapsamaktadır²⁰⁵³. Bu anlamda vekâletsiz iş görmeye dayalı talebin, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talepten daha avantajlı olduğu sonucu çıkarılabilecektir²⁰⁵⁴, ²⁰⁵⁵.

Borçtan kurtulmadan ötürü sebepsiz zenginleşme normalde, bir üçüncü kişinin bir başkasını borcundan kurtarmak için ifada bulunduğu hallerde gündeme gelmektedir. Üçüncü kişinin ifasının kural olarak geçerli kabul edildiği hukuk sistemimizde²⁰⁵⁶, ifada bulunan üçüncü kişi, sebepsiz olarak gerçekleştirdiği bu ifanın zenginleştirme neticesinin tasfiyesini borcun asıl yükümlüsünden talep edebilecektir. Sistemimiz, alacaklının ifa menfaatini bu anlamda üstün tutmuş, bu şekilde üçüncü kişilerin ifasına izin vermiş, daha sonra bunun tasfiyesi bakımından da sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi yolunu açık bırakmıştır. Belirtmek gerekir ki, eğer üçüncü kişi bağışlama sebebiyle yahut borcun asıl yükümlüsüne olan kişisel bir edimini yerine getirmek amacıyla hareket etmişse zaten böyle bir talep hiç gündeme gelmez²⁰⁵⁷.

Sebepsiz zenginleşmeye dayalı rücu yolu, birlikte borçluluk yaratan durumlar arasında kanundan doğan müteselsil borçlulukta, mevcut borca katılmada, kefalet sözleşmesinde, garanti sözleşmesinde veya sigorta sözleşmesinde söz konusu olabilecektir²⁰⁵⁸.

²⁰⁵³ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 132.

²⁰⁵⁴ İki talep temeli arasındaki bu farklılık vekâletsiz iş gören kişinin başkası menfaatine hareket eden diğerkâm (*altruist*) bir kişi olmasından ileri gelmektedir. Dolayısıyla bu durum gözetilerek kanunda vekâletsiz iş gören daha avantajlı bir konuma yerleştirilmiştir (Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1821).

²⁰⁵⁵ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 359.

²⁰⁵⁶ Bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 22 vd.

²⁰⁵⁷ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 360-361.

²⁰⁵⁸ Barlas (**BTM**, s. 81-82), banka teminat mektupları nedeniyle ödemede bulunan bankanın rücu imkânları ile ilgili olarak konuyu ele almış, böyle bir durumda sebepsiz zenginleşme sonucunun oluşmayacağını ileri sürmüştür. Yazar, bu görüşünü şöyle gerekçelendirmektedir: Birincisi muhatap, bankanın yaptığı ödemeyi lehdarın borcuna mahsup etmemiş olabilir, eğer böyleyse sebepsiz zenginleşme zaten oluşmayacaktır. Zira muhataba karşı olan borç, lehdarın malvarlığında “pasif” olarak gözükmeye devam edecektir. İkinci olarak bankanın teminat mektubu çerçevesinde alacaklıya karşı olan borcu, lehdarın borcundan farklı ve bağımsız bir borçtur. Yazarın belirttiği gerekçelere tam olarak katılmıyoruz. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere, burada borçtan kurtulma dolayısıyla sebepsiz zenginleşme, dolaylı bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır.

Banka teminat mektupları nedeniyle ödemede bulunan bankanın sebepsiz zenginleşmeye dayalı rücu talebinde bulunabileceği ile ilgili olarak bkz. Doğan, **BTM**, s. 416-417.

Mevcut borca katılma ile meydana gelen birlikte borçlulukta, katılan borçlu diğeriyle müteselsil borçlu konumuna gelmektedir²⁰⁵⁹. Böylece alacaklıya karşı o da borcundan –kendi borcu- olarak sorumlu olur. Ancak o, alacaklıya bir bağışlamada bulunmak amacıyla hareket etmemektedir. Böyle bir durumda onun amacı alacaklının durumunu güçlendirmekten ibarettir.

Kanundan doğan teselsül ve mevcut borca katılma dışında kalan bütün bu belirtilen birlikte borçluluk türlerinde, esas itibariyle gerçek olmayan anlamdaki birlikte borçlu kefil, garanti verenin ve sigortacının borçları, "asıl borçlunun" (sigortacı özelinde "zarar sorumlusu"nun) borcundan ayrı bir borç oluşturmaktadır. Bu anlamda buradaki açıklamalarımız, bir üçüncü kişinin borçlunun borcunu ifa ederek sona ermesindeki durumdan farklılık göstermektedir. Burada aynı sonuç doğrudan değil dolaylı bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, kefil veya garanti verenin borcu, esas borç/borcun konusu edim yerine getirilmediği vakit (riskin/tehlikenin sebep olacağı) alacaklının uğrayacağı zararı karşılamayı hedef tutmaktadır. Aynı şekilde sigortacının borcu da zarar verici riskin oluşmasına bağlı bulunmaktadır. Bunlardan her biri kendi borcunu yerine getirdiğinde ise, alacaklının asıl borçludan olan alacağı konusuz kalacaktır. Alacak hakkının konusunu oluşturan edim imkânsızlaşıp yerini tali edim yani "tazminat" aldığı anda ise, zarar unsuru eksikliğinden alacak son bulacaktır. Dolayısıyla, ifade edilen her bir durum bakımından asıl borçlu borcundan kurtulmuş olur. Kefil ve garanti veren, bağlı buldukları sözleşme ilişkilerine girerken alacaklıya teminat verme sebebiyle hareket etmektedir. Bunun doğrudan sonucu da, alacaklının durumu temin ve daha sonra fiilen alacaklı tatmin edildiğinde borçluya karşı bir rücu hakkına sahip olabilmektir. Yoksa kefil ve garanti veren asıl borçluya –olağan bir kurguda- karşılıksız bir kazandırmada bulunma sebebi (*causa donandi*) ile hareket etmemektedir. Bu noktada kefil ve garanti verenin ödemeyi kendilerini borç altına sokan sözleşme ilişkileri nedeniyle yaptıkları noktasına takılmamalı, zenginleşen asıl borçlu bakımından geçerli bir sebep olmadığı noktasına yoğunlaşılmalıdır²⁰⁶⁰. Sigortacının durumu da benzer özellik göstermektedir. Onun sigortalı ile olan

²⁰⁵⁹ Diğer müteselsil borçluluk durumlarında, rücu talebi sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iç ilişki üzerinden gündeme getirilmez. Zira alacaklıya karşı teselsül iradesiyle borç altına girilmesi, birlikte borçlular arasında bir geçici (adi) ortaklık meydana getirecektir. Dolayısıyla bu sözleşmesel ilişkiye dayanmak daha avantajlı olacağından sebepsiz zenginleşmeye gidilmeyecektir.

Bununla beraber böyle bir imkân teorik olarak da yok değildir. Edim zenginleşmelerinden farklı olarak edim dışı zenginleşmelere dayalı iade talebi ile sözleşmeye dayalı talep yarışma gösterebilir.

²⁰⁶⁰ Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 425.

sözleşmesi, zarara yol açabilecek bir üçüncü kişiyi tazminat borcundan kurtarmak amacıyla yapılmamaktadır. Sigortacı da sonradan zarar sorumlusu üçüncü kişiye rücu edebilmeyi tasarlayarak bu ilişkiye girmektedir. Nitekim zarar sorumlusu, onun sigortalıya yaptığı sigorta tazminatı ödemesiyle zarar görene olan tazminat borcundan kurtulmuş olur²⁰⁶¹.

Yalnız burada dikkat çekilmesi gereken nokta, rücu talebinin kapsamının belirlenmesinde önemli olanın kefil, garanti veren veya sigortacının katlandığı ekonomik yükün boyutları olmayıp, bundan farklı olarak asıl borçlunun bu fedakârlık karşısında elde ettiği ekonomik yararın büyüklüğüdür²⁰⁶². Bu ekonomik yararın kapsamı rücu talebinin yöneltildiği ana göre belirlenecektir. Talep yöneltildiği anda yararın etkisinden söz edilemiyorsa, asıl borçlunun bir iade yükümlülüğünün olduğu da ileri sürülemez²⁰⁶³. Zira asıl borçlu, iyiniyetli (zenginleşme durumundan habersiz) zenginleşen olarak zenginleşmenin eksildiği savunmasını yapabilecektir²⁰⁶⁴.

Borçtan kurtarma yoluyla zenginleştirmede, dayatılmış bir zenginleşmeden de bahis açılmaz. Öyle ki, iradesi dışında borçtan kurtarılan borçlu, bu yüzden hiç istemediği hukukî bir konuma sokulmuş olmaz. Zaten o, borcunu yerine getirmekle yükümlü bir kişidir. Tabiidir ki, -asıl- birlikte borçlu kullanabileceği savunma sebeplerini ileri sürerek yapılan ifanın kendisi açısından bir zenginleşmeye yol açmadığını ortaya koyabilir. Böylece diğerinden habersiz şekilde dikkatsizce veya fütursuzca davranarak ifade bulunan öteki birlikte borçlu, bunun olumsuz sonuçlarına katlanmak durumunda kalacaktır.

Sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak yapılacak iade talebinin şartları, zenginleşme, fakirleşme, kazandırma için geçerli sebebin olmaması ve dolaysızlıktır. İlk şart olan zenginleşme, bir kimsenin malvarlığında olumlu bir değişiklik meydana getirilmesidir. Bu değişiklik, inceleme konumuzu ilgilendiren sebepsiz zenginleşme

²⁰⁶¹ Gerçi burada halefiyet sonucu ileri sürülerek borcun sona ermediği ve devam ettiği söylenebilir. Ancak benimsediğimiz ve yukarıda aktardığımız görüş çerçevesinde, halefiyet özel rücu hakkının güçlendiricisidir, özel rücu hakkı olmaksızın halefiyetten söz edilemez. Bu bakış açısından halefiyetin yarattığı borcun devam etmesi varsayımı, sebepsiz zenginleşme sonucunun oluşmasına engel olamamalıdır. Aksi takdirde, eğer özel rücu hakkı bakımından başka bir talep temeli bulunmuyorsa halefiyet sonucunun oluşmayacağı kanısına varılması gerekir ki bu da isabetli bir düşünce oluşturmaz (Bkz. yukarıda §3, I, C altındaki açıklamalarımız).

²⁰⁶² Özen, **Kefalet**, s. 449.

²⁰⁶³ Özen, **Kefalet**, s. 449; de Biasio, **a.g.e.**, s. 35.

²⁰⁶⁴ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 150; Uluslan, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 126; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 369.

talebi bakımından pasifin azalmasıdır. Nitekim bir birlikte borçlu –dolaylı olarak– diğerinin malvarlığını pasifinde bir borç kaleminin silinmesine ve ekstra bir artışa sebep olmaktadır²⁰⁶⁵. Kabulü tartışmalı olmakla birlikte²⁰⁶⁶, ikinci şart olan fakirleşme, iade talebinde bulunacak olan kişinin malvarlığında olumsuz bir değişiklik meydana gelmesidir. Yine konumuz özelinde bu fakirleşme şartı, ifada bulunan birlikte borçlunun malvarlığının aktifinin azalması ile gündeme gelmektedir²⁰⁶⁷. Aslında fakirleşmeye neden olan hareket, bizzat fakirleşenin kendisi tarafından iradi olarak meydana getirilmektedir. Sonuçta, birlikte borçlu, geçerli bir borç ilişkisinden doğan kendi borcunu ifa eder. Normal şartlarda fakirleşmenin iradi olması, iade talebine engel olur. Ancak buradaki fakirleşme sonucu, birlikte borçlunun bu borç altına girerken gözettiği amaçtan ileri gelmektedir. Sonuçta, birlikte borçlu daha sonra rücu talebinde bulunabilmek arzusuyla hareket etmektedir. Yoksa tersine, diğer birlikte borçluya karşılıksız kazandırma amacıyla hareket edilmesi sonrasında, çelişki arz edecek şekilde iade talebinde bulunulması da söz konusu değildir. Üçüncü şart, fakirleşme ve zenginleşme arasında bir illiyet bağı bulunmasıdır²⁰⁶⁸. Birlikte borçlunun yaptığı ifa, diğerinin malvarlığındaki bir borç kaleminin ortadan kalkmasına sebep olmaktadır. Burada gözetilen illiyetin dolaysız olması gerekir²⁰⁶⁹. Teknik anlamıyla dolaysızlıktan kasıt, bir malvarlığındaki fakirleşmenin aksinin diğer malvarlığına zenginleşme olarak yansımalarıdır. Yoksa zenginleşme önce bir kişinin malvarlığında gerçekleşip daha sonra bir başkasına aktarılıyorsa, bu şart gerçekleşmez. Dolayısıyla, kimin malvarlığında fakirleşmeye yol açan zenginleşme meydana geldiyse, ondan talepte bulunulmalıdır. Son şart, zenginleşmenin geçerli bir sebebe dayanmıyor olmasıdır²⁰⁷⁰. Konumuz özelinde gerçekleşen (borçtan kurtulma yoluyla) zenginleşme, bir kazandırma amacıyla

²⁰⁶⁵ Benoît Chappuis, CO Art. 62-67, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, éds. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012, Art. 62, N. 4; Paul Carry, **Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse**, Genève: Imprimerie Jent SA, 1927, s. 57; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1830; Deschenaux, **Partie I**, s. 143; Engel, **Partie Générale**, s. 584; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 316; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 24-25.

²⁰⁶⁶ Bu tartışmalar için bkz. Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 36 vd.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 323 vd.

²⁰⁶⁷ Chappuis, **CoRo.**, Art. 62, N. 6; Carry, **a.g.e.**, s. 72; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1831; Deschenaux, **Partie I**, s. 144; Engel, **Partie Générale**, s. 585; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 37.

²⁰⁶⁸ Chappuis, **CoRo.**, Art. 62, N. 26; Deschenaux, **Partie I**, s. 145; Engel, **Partie Générale**, s. 586; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 46.

²⁰⁶⁹ Chappuis, **CoRo.**, Art. 62, N. 12; Carry, **a.g.e.**, s. 82; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1831; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 328.

²⁰⁷⁰ Carry, **a.g.e.**, s. 100; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1833; Deschenaux, **Partie I**, s. 145; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 321.

hareket edilmediği için gerçekte daima sebepsiz olacaktır²⁰⁷¹. Sözün özü, yaptığı ifa ile son tahlilde taşınması gerekenden daha fazla bir nihai yük için fakirleşen birlikte borçluyla, taşınması gereken nihai yükü taşımadığı için zenginleşen birlikte borçlu arasında bu durumu meşru hale getirecek bir sebep bulunmamaktadır.

b. İlişki Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler

i. İade Talebi

Eğer bu şartların hepsi tamam ise, fakirleşen birlikte borçlu, zenginleşen diğerinden iade talebinde bulunabilecektir. İade talebi kural olarak aynen (*in natura*), bu mümkün olmadığı takdirde ise objektif zenginleşmenin para değeriyle (*pretium commune*) karşılanmalıdır²⁰⁷². Konumuz özelinde talebin içeriği neredeyse her bir durumda bir miktar para olacaktır. Sözü edilen iade talebinin içine hangi değerlerin girdiği zenginleşenin zenginleşme anı ve sonrasında iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre değişkenlik gösterir²⁰⁷³. Zenginleşenin iyiniyetli olmasıyla kast edilen, iade yükümlüsü olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamasıdır²⁰⁷⁴. Zenginleşen, iade talebinin yöneltildiği zamana kadar bir süre boyunca iyiniyetli, kalan süre bakımından ise kötüniyetli olarak davranışta bulunmuş olabilir. Dolayısıyla, iade talebinin kapsamının hesaplanması kimi zaman zorluk gösterebilecektir.

İade talebinin üst sınırı fakirleşme ve zenginleşme tutarlarından az olanıdır²⁰⁷⁵. Diğer bir deyişle talebin kapsamın fakirleşme miktarından da zenginleşme miktarından da az olamaz. İşbu sınırlara kadar iyiniyetli zenginleşenin iade talebinin kapsamına genel olarak zenginleşmeden elde kalanlar²⁰⁷⁶, kaim değerler ve fiilî olarak elde edilen semereler girecektir²⁰⁷⁷. Buna karşılık kötüniyetli zenginleşen, bunların yanında elinden çıkardığı değerlerden ve zenginleşilen malvarlığı değerinin

²⁰⁷¹ Chappuis, **CoRo.**, Art. 62, N. 17; Engel, **Partie Générale**, s. 587; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 35; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 323.

²⁰⁷² Engel, **Partie Générale**, s. 597; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 363.

²⁰⁷³ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 145.

²⁰⁷⁴ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 146.

²⁰⁷⁵ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 363; Deschenaux, **Partie I**, s. 151.

²⁰⁷⁶ Bu kuralın arkasında iyiniyetli zenginleşen kişinin ediniminin kalıcılığına ilişkin güveninin korunması düşüncesi bulunmaktadır (Serozan, **İfa Engelleri**, s. 363).

²⁰⁷⁷ Chappuis, **CoRo.**, Art. 64, N. 43 vd.; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1858; Deschenaux, **Partie I**, s. 152; Engel, **Partie Générale**, s. 599; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 149 vd; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 381 vd.

kusurlu olarak azalmasından da sorumlu olacaktır²⁰⁷⁸. Elde edilmesi ihmal edilen semereler bakımından ise, ne iyiniyetli ne de kötünüyetli zenginleşenin bir iade yükümlülüğü olduğu söylenemez. Konumuz özelinde bu ayrımın önemli bir netice farklılığı yarattığı söylenemez. Bir örnekle somutlaştıralım. A'nın B'ye olan borcu için K B'ye karşı A'nın haberi olmadan kefil olsun. K B'ye kefalet borcu bakımından ödemede bulunsun. Bu durumda A, B'ye karşı borçtan kurtulmuş olur. Kefil K, A'dan iade talebi kapsamında A iyiniyetli olsun olmasın, mevcut zenginleşmesine istinaden iade talebinde bulunabilecektir, sonuçta pasifte bir azalma ile zenginleşme sağlandığından elden bir değer çıkarılması söz konusu olmaz. Bundan başka, birlikte borçlu bir faiz geliri elde ettiyse, bu da talebin kapsamına dâhil edilebilir. Elde edilmesi ihmal edilmiş faiz değerinin ise istenebilmesi mümkün değildir.

ii. Faize İlişkin Talep

İade talebinin konusunun paradan oluştuğu durumlarda, paranın kullanma değerindeki düşüşün karşılığı olarak temerrüt faizi işletilebilir²⁰⁷⁹. İşte bu noktada, zenginleşenin iyiniyetli olup olmadığı önem kazanabilir. TBK m. 117 f.2'ye göre “(...) [s]ebepsiz zenginleşmede zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır.” Dolayısıyla, iyiniyetli sebepsiz zenginleşene yapılacak iade talebine temerrüt faizi işletilebilmesi için bildirim şartken, kötünüyetli sebepsiz zenginleşene yapılacak iade talebi bakımından faiz kendiliğinden işleyecektir²⁰⁸⁰. Yukarıda belirttiğimiz üzere, zenginleşme tarihinde iyiniyetli olan zenginleşen daha sonra kötünüyetli hale gelebilir. Bu durumda, daha önce fakirleşen tarafından bildirimde bulunulmuş olmasa dahi, faizin işlemeye başlama anı, zenginleşenin iade talebine konu bir değer edindiğini öğrendiği veya öğrenmesi gerekli görülebilecek olan an olacaktır.

²⁰⁷⁸ Chappuis, **CoRo.**, Art. 64, N. 45 vd.; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1859; Deschenaux, **Partie I**, s. 152; Engel, **Partie Générale**, s. 600; Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 159 vd.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 387 vd.

²⁰⁷⁹ Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 175; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 396.

²⁰⁸⁰ Bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 397.

Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Öz, **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 176; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 396. Yazarlara göre, haksız fiillerde kabul edilebilecek bu yaklaşımın amacı itibariyle sebepsiz zenginleşme tatbik edilmesi isabetli değildir. İdeal olan, iade talebinin ileri sürülmesinden itibaren temerrüt faizi işletilmesidir.

4. Hâkimin Kararıyla Oluşan İç İlişki

a. Haksız Fiilden Kaynaklanan Teselsülde

Haksız fiiller alanında birden çok kişi aynı veya farklı sebeplerle bir zarardan dolayı sorumlu olduklarında, aralarında teselsül ilişkisi olduğu kabul edilir²⁰⁸¹ (TBK m. 61). Bu teselsül ilişkisinde, tazminat yükünün borçlular arasında iç ilişkide nasıl paylaşılacağı konusunda, TBK m. 167'deki eşit paylarla sorumluluk karinesi uygulama alanı bulmaz. Bu konuda TBK m. 62 uyarınca²⁰⁸² hâkim yetkilidir²⁰⁸³.

İç ilişkinin tespitinde sözü edilen bu farklılık, TBK m. 61 hükmünden doğan teselsülün özel niteliğinden ileri gelmektedir. Sonuçta zarara birlikte sebep olanların zarara eşit oranla sebep olmaları çok düşük bir olasılıktır, bu da söz konusu kuralın burada karine olarak kabulüne engeldir²⁰⁸⁴. Öte yandan TBK m. 167 f.1, taraflar arasında paylaşım dair -bilinçli- bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu kabullenmesinden hareket etmektedir. Ne var ki, böyle bir ilişki mevcut olsa bile geçersiz olacaktır. Zira birkaç kişinin bu şekilde bir araya gelmesi bir kişiye zarar verip daha sonra bundan eşit suretle sorumlu olacaklarını kararlaştırmaları hukuka aykırıdır. Tüm bu sebeplerle iç ilişkinin varlığının ve içeriğinin tespiti hâkime bırakılmıştır. Hâkimin yapacağı paylaştırmada hakkaniyet düşüncesi esas alınacaktır²⁰⁸⁵.

Hâkimin iç ilişkiyle ilgili yapacağı değerlendirme ise iki aşamalı olacaktır. Buna göre öncelikle iç ilişkide bir paylaşım yapıp yapılmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Eğer bu aşama geçilirse, ikinci aşamada yapılacak değerlendirme,

²⁰⁸¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 282; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 287.

²⁰⁸² TBK m. 167'nin varlığı çerçevesinde bu maddeye gerek olmadığına ilişkin eleştirileri için bkz. Kılıçoğlu, **Eleştiriler**, s. 33. Yazarın bu görüşüne ve eleştirilerine tam olarak katılmıyoruz. Zira haksız fiiller hukukundaki iç ilişkinin özelliği gözetildiğinde böyle bir istisnai hüküm sevki kaçılmaz olmaktadır.

²⁰⁸³ Gautschi, **a.g.e.**, s. 90; Sbai, **a.g.e.**, s. 55; Koller, **a.g.e.**, s. 1244; Kassler, **a.g.e.**, s. 46; Körner, **a.g.e.**, s. 25; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 50, N. 17; Gauch / Schlupe / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3738; Bucher, **a.g.e.**, s. 496; Werro, **CoRo.**, Art. 50, N. 9; Engel, **Partie Générale**, s. 566; Schwenzer, **a.g.e.**, N.88.31; Ladner, **a.g.e.**, s. 45; Tercier, **Concours d'Actions et Solidarité**, s. 131; Müller, **Solidarité**, s. 42; Werro, **Responsabilité**, s. 464; Çavuşoğlu Işıntan, **a.g.e.**, s. 502; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1295; Kurt, **a.g.e.**, s. 151; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 377; Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 109; Tuncer, **a.g.e.**, s. 444; Kurt, **a.g.e.**, s. 140.

Bu konuda düzenleme getiren DFCR Art. III – 4:106:(2)'de benzer yöndedir (Bkz. von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 984).

²⁰⁸⁴ Çavuşoğlu Işıntan, **a.g.e.**, s. 502; Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 109.

²⁰⁸⁵ Koller, **a.g.e.**, s. 1244; Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 110.

paylaştırma oranlarına ilişkin olacaktır²⁰⁸⁶. Hâkimin yapacağı bu paylaşırma, sadece borçlular tarafından ödenen tazminat miktarını değil, bunun yanında ödenen faizleri ve –müteselsil borçlu tarafından haksız olarak sebep olunmadıkça- dış ilişkideki tazminat davası bakımından sorumlu olunan dava ve takip giderlerini de kapsayacaktır²⁰⁸⁷. Diğer taraftan iç ilişkide, sözleşmeden doğan müteselsil borçlulukta olduğu gibi, rücu borçlularının borçtan sorumlulukları kısmi borçluluk dairesinde belirlenecektir, diğer bir deyişle iç ilişkide teselsül söz konusu değildir²⁰⁸⁸. Aynı şekilde yine iç ilişkide rücu borçlularından birinin acze uğraması halinde, onun payı diğerleri arasında paylaştırılacağına ilişkin genel kural burada da uygulama alanı bulacaktır²⁰⁸⁹ (Bkz. TBK m. 167 f.3).

İç ilişkinin içeriğinin belirlenmesi ve paylaşırmanın yapılmasında temel hareket noktası TBK m. 62 f.1'dir. Buna göre hâkimin takdir yetkisi dâhilinde müteselsil borçlular arasında paylaşırmayı yapmasında “[b]ütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.” Bu hüküm, hem aynı sebepten hem de farklı sebeplerden ötürü müteselsil sorumlulukta yapılacak değerlendirmeyi bünyesinde barındırmaktadır²⁰⁹⁰. Oysaki bu iki yapının bambaşka gerekleri bulunduğu açıktır. Kanaatimizce, hükmün uygulanmasında bu durum gözetilerek yapılacak değerlendirme bakımından yine de teorik bir ayırım yapılmalıdır²⁰⁹¹.

²⁰⁸⁶ Werro, **Responsabilité**, s. 464; Çavuşoğlu Işıntan, **a.g.e.**, s. 502; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 377; Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 110.

²⁰⁸⁷ Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 107; Tuncer, **a.g.e.**, s. 450. Bkz. bu yönde Yarg. 15. HD., 20.06.1975 T., E. 2174, K. 3156 (www.kazanci.com).

²⁰⁸⁸ Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 50, N. 18; Brehm, **BerKom.**, Art. 50, N. 89; Ladner, **a.g.e.**, s. 46-47.

²⁰⁸⁹ Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 50, N. 18.

Bunun yanında, TBK m. 167 f. 3 kuralının nasıl uygulanacağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda §3, III, B, 5 altındaki açıklamalarımız.

²⁰⁹⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 290; Çiğdem Kırca, “Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı İle Getirilen Değişiklikler”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 641-677, s. 665; Turanboy, **a.g.e.**, s. 7; Kılıçoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 170.

²⁰⁹¹ Farklı görüşte bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 290; Kırca, **Değişiklikler**, s. 665-666; Turanboy, **a.g.e.**, s. 8. Yazarların görüşüne göre, tam-eksik teselsül ayırımı kalktığı için artık rücu hükümleri de aynı olacaktır. Bu konuda hâkim kendisine verilen geniş takdir yetkisinden yararlanabilecektir.

Aslına bakılacak olursa bu görüşün önerdiği çözüm, kesin bir kıstas da önermemekte bu konuda hâkimin takdir yetkisine sahip olacağını belirtmekle yetinmektedir. Aslında aşağıda savunduğumuz düşünce de, hâkimin bu takdir yetkisinin içinin sistemdeki prensipler üzerinden doldurulmasıdır. Dolayısıyla ilk bakışta farklı gözükse de, bu iki düşünce bağdaştırılabilir. Sonuçta hâkim takdir yetkisini kullanırken, varolan sorumluluk hukuku sistemine uygun şekilde bir karar vermelidir.

Aynı sebepten dolayı birlikte verilen zarardan müteselsil sorumluluk için üç unsurun bir arada olması gerekir. Bunlar zarara birlikte sebep olma, ortak kusurun bulunması ve zarar görenin “bölünemez” tek bir zararının olmasıdır²⁰⁹². Birden çok kişinin aynı zarara birbirlerinin davranışlarından habersiz ve bağımsız kusurlarıyla sebep olmaları durumunda aslında teknik anlamıyla aynı sebepten dolayı zarar verilmiş olmaz. Yine de bu durumda yapılacak değerlendirmede, aşağıda yer vereceğimiz ölçütler kullanılabilir, dolayısıyla bu haller de aynı çatı altında görülebilir²⁰⁹³. Öte yandan farklı sebeplerden sorumluluk bakımından kullanılacak değerlendirme ölçütleri bu alanda kullanılabileceğinden söz açılmaz. Zira burada sorumluluk doğuran bütün sebepler kusura dayanmaktadır²⁰⁹⁴.

Aynı sebeple zarardan birlikte sorumluluk hallerinde, hâkimin yapacağı değerlendirme -sadece bunlarla sınırlı olmamakla birlikte- temelde üç noktaya özellikle dikkat etmesi gerekeceği söylenebilir. Bunlar, zarar verenlerin zarardan yararlanma, kusur ve zarara sebep olma oranlarıdır.

Hâkim yapacağı değerlendirmede ilk olarak zarardan yararlanma oranı göz önünde tutmalıdır²⁰⁹⁵. Aynı sebepten birlikte zarar veren kişiler, genellikle kendilerine oluşacak zarardan çıkar sağlamak için bir plan dâhilinde hareket ederler. Zira bunların ortak bir bilinçle hareket etmeleri asıldır. İşte ortak bilincin somut yansıması olarak ortaya çıkan planın kimin çıkarına daha fazla hizmet ettiği tespit edilmelidir. Zarardan yararlanmanın tespit edilmesinin, diğer ölçütler nazara alındığında, daha kolay olduğu söylenebilir. Yapılacak olan, eldeki veriler üzerinden haksız fiille elde edilen “kazanımın” kimin malvarlığına daha büyük fayda sağladığının tespit edilmesidir²⁰⁹⁶.

Bundan başka, hâkim zarar veren kişilerin kusur oranlarını da göz önünde bulundurmalıdır. Kusur derecesi rücu ilişkisini etkileyen önemli bir faktördür²⁰⁹⁷. Buna göre zararın meydana getirilmesinde daha az kusurlu olanın tazminat sorumluluğunun nihai yükünü daha az taşıması, daha çok kusurlu olanın ise daha çok

²⁰⁹² Eren, **a.g.e.**, s. 812.

²⁰⁹³ Eren, **a.g.e.**, s. 816.

²⁰⁹⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 816.

²⁰⁹⁵ Bkz. bu yönde Yarg. 4. HD., 14.06.1971 T., E. 3040, K. 5681 (www.kazanci.com).

²⁰⁹⁶ Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 111; Tuncer, **a.g.e.**, s. 447; Werro, **CoRo.**, Art. 50, N. 9.

²⁰⁹⁷ Kusur derecesinin öncelikle dikkate alınması gerektiği vurgusuyla bkz. Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 50, N. 17; Werro, **CoRo.**, Art. 50, N. 9; Ladner, **a.g.e.**, s. 45.

taşıması hakkaniyetli bir sonuç oluşturur²⁰⁹⁸. Kusurun derecesi kast olduğunda, bunun başlı başına rücu hakkını engellemesi gerektiği de söylenemez²⁰⁹⁹. Ne var ki kusur derece ve oranlarının gerçeğe uygun suretle tespit edilmesi oldukça güç hatta bazen olanaksız olabilir. Bu nedenle, kusurun ölçütünün dikkate alınmasında, zarar verenlerin zarara birlikte sebep olmalarındaki rollerine göre bir değerlendirme yapılması (teşvik eden, asıl fail, yardımcı, yataklık eden²¹⁰⁰) hâkimin işini kolaylaştıracaktır²¹⁰¹.

Son olarak zarara sebep olunma derecesi, yani diğer bir deyişle kusurlu hareketle zarar arasındaki bağ da yapılacak tespitte önemlidir²¹⁰². Daha az kusurlu bir hareketin zararın meydana gelmesinde daha net bir etken olması söz konusu olabilir. Bu durumda bu nokta ağırlık kazanabilecektir. Ancak zarara sebep olma derecesinin de kolaylıkla tespiti yapılamaz²¹⁰³. Dolayısıyla, uygulamada kolaylıkla yararlanılabilecek bir ölçüt olduğu tam olarak söylenemez²¹⁰⁴. Diğer taraftan zarara sebep olunması açısından şu olasılıkta farklı bir sonuca ulaşılabileceği de hatırlatılmalıdır: Eğer bir kişi zararın başta oluşmasına neden olmamış, sonradan artmasına sebep olmuşsa onun sorumluluğu sadece artan kısım bakımındandır. Eğer diğerleri de zararın artmasında rol oynamışlarsa, bu durumda artan kısım bakımından da teselsül ilişkisi olduğu söylenebilir. Ne var ki sadece zararın artmasında rol oynayan kişi bütün zarardan ötürü sorumluluktaki teselsüle dâhil edilmez²¹⁰⁵.

Belirtilen ölçütlerin hepsinin birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılması hakkaniyetli olacaktır. Yoksa tek bir ölçüt üzerinden hüküm kurulması tatmin edici olmayan sonuçlara yol açabilir. Kaldı ki, ister istemez ölçüt konularının tespitindeki güçlükler, hâkimi âdeta bunları birbirlerine “çatarak” dengeli bir sonuca ulaşmaya teşvik edecektir.

Farklı sebeplerden dolayı zarardan müteselsil sorumlulukta ise, yukarıdakinden daha farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Sonuçta aynı sebepten dolayı müteselsil

²⁰⁹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 823; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 377; Tuncer, **a.g.e.**, s. 446.

²⁰⁹⁹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 290; Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 112.

²¹⁰⁰ Bu kavramlara ilişkin bilgi için bkz. Tuncer, **a.g.e.**, s. 434.

²¹⁰¹ Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 112-113; Tuncer, **a.g.e.**, s. 446-447.

²¹⁰² Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 378.

²¹⁰³ Tuncer, **a.g.e.**, s. 447.

²¹⁰⁴ Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 114.

²¹⁰⁵ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 291.

sorumluluk bakımından değinilen ölçütlerin, ortak hareket olmadığı gözetilecek olursa işe yaramayacakları zaten aşikârdır. Biz, konu bakımından yapacağımız değerlendirmede, belirteceğimiz gerekçelerle, EBK m. 51 f.2'deki fikirden yararlanmak istiyoruz. Bu açıdan öncelikle mülga maddenin öngördüğü yapıya değinelim.

Tam-eksik teselsül ayırımına farklı sonuçların bağlandığı 818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde, EBK m. 51 f.2 bu konuda iç ilişki bakımından bir sıralama öngörmekte idi²¹⁰⁶. Söz konusu sıralama emredici olmayıp, sadece yol gösterici mahiyet taşımaktadır, hâkim hakkaniyet gerektirirse daha farklı bir paylaştırmaya da karar verebilir²¹⁰⁷. Buna göre söz konusu sıralama dâhilinde nihai sorumluluğu taşıması gereken, kusuruyla verdiği zarardan dolayı sorumlu olan kişi, onun olmadığı ihtimalde sözleşmesel sorumlu olan kişi, onun da olmadığı ihtimalde kusursuz sorumlu olan kişi olmalıdır. Dolayısıyla bu sıra uyarınca kusursuz sorumlu olan kişi, sözleşme ve haksız fiilden ötürü sorumlu olanlara, sözleşmeden sorumlu olan kişi ise haksız fiilden sorumlu olan rücu edebilir. Ne var ki haksız fiilden sorumlu olan kişi diğerlerine rücu edemez²¹⁰⁸. Diğer taraftan rücu bakımından aynı sıralama, adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin EBK m. 55 ve hayvan tutanın sorumluluğuna ilişkin EBK m. 56'da da yer almakta idi²¹⁰⁹. Buna göre ilgili maddeler dâhilinde de kusursuz sorumlular kusuruyla zarara sebep olan kişilere ödedikleri tazminat için rücu edebilir. EBK'da farklı sebeplerden sorumlulukta rücu sırasının bu şekilde tasarlanması, sorumluluk hukuku sistemimizin kusur esasına dayanmasından ileri gelmektedir²¹¹⁰. Bir başkasına kusurlu bir hareketle zarar verilmesi (haksız fiil) *neminem laedere* (kimseye zarar vermemek) ilkesine aykırı ve kınanması gereken bir harekettir (EBK m. 41). Diğer taraftan sözleşme ile sorumlu olan kişinin kusurlu

²¹⁰⁶ Bugnon, (**Conclusions**, s. 211), kanunda açık olarak bir "sıra" koyulmadığını, sadece en başta ve en sonda başvuruda bulunabilecek kişilerin belirtildiğini, sözü edilen "sıra" nın doktrinin katkısıyla tesis edildiğini dolayısıyla hâkime takdir yetkisi de tanınması bakımından düzenlemenin daha renksiz olduğunu ifade etmektedir.

²¹⁰⁷ Brehm, **BerKom.**, Art. 51, N. 80; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 51, N. 10; Körner, **a.g.e.**, s. 30; Engel, **Partie Générale**, s. 568; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 287; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 389; Buz, **Sigortacının Hukukî Konumu**, s. 14; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 114.

²¹⁰⁸ Werro, **Responsabilité**, s. 467-468; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 51, N. 20; Körner, **a.g.e.**, s. 30; Werro, **CoRo.**, Art. 51, N. 11 vd.; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 289; Koller, **a.g.e.**, s. 1245; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.32; Probst, **Solidarité**, s. 71; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 283; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 711; Nomer, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 58; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 387; Kılıçoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 164; Kurt, **a.g.e.**, s. 141. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 23.2.2000 T., E. 4-103, K. 124: "[İ]ç ilişkide (dönmede) giderim, son çözümde haksız eylemi işleyenin omuzlarında kalır." (www.kazanci.com).

²¹⁰⁹ Nomer, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 59.

²¹¹⁰ Nomer, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 59.

davranışı da aynı şekilde kınanmakla beraber, haksız fiil sorumlusuna göre daha az şiddetle takdir edilir (EBK m. 96). Kusursuz sorumlu olan kişinin sorumluluğu onun iradi davranışından değil, ilgili kanun hükmünden kaynaklanmaktadır (EBK m. 55, m. 56, m. 58... vb.). Yani bu kişinin kınanacak bir fiili dahi bulunmamaktadır²¹¹¹. Sistem dâhilinde, kusursuz sorumluluk sebepleri²¹¹², kanunun öngörüsü dâhilinde, zarar gören için fazladan bir nevi “teminat” vazifesi görür²¹¹³. Dolayısıyla anılan sıra, sistemin bütünlüğü içinde adaletli bir yapı tasarlanmaktadır²¹¹⁴. Nitekim geçmiş uygulamaya bakılacak olursa, bu sıraya genel olarak itibar edildiği de rahatlıkla gözlemlenebilir²¹¹⁵. Bir tek tehlike sorumluluğu halleri bakımından kusursuz sorumlunun da bir parça nihai sorumluluk yükünü taşıması gerektiği ve bu suretle onun durumu bakımından farklı bir paylaşım yapılabileceği ileri sürülmüştür²¹¹⁶.

6098 Sayılı yeni TBK m. 62, farklı sebeplerden sorumlulukta, rücu ilişkileri bakımından böyle ayrı bir sıra öngörmemiştir. Ancak değerlendirmenin aynı sebepten dolayı müteselsil sorumluluktakine özdeş şekilde yapılması, aradaki belirgin farklılıktan ötürü mümkün değildir. İşte bu noktada EBK m. 51 f.2'deki sıralamanın yine kabul edilmesi akılcı olacaktır²¹¹⁷. Bir defa sorumluluk hukuku sistemimiz, eskiden olduğu gibi, yine kusur esasına dayanmaktadır. Bu konuda bir değişiklik olmamıştır. Bunun yanında EBK m. 51 f.2'ye koşut düzenlemeler getirdiğini ilettiğimiz EBK m. 55 ve m. 56'ya karşılık gelen TBK m. 66 ve m. 67'nin

²¹¹¹ Çavuşoğlu Işıntan, **a.g.e.**, s. 506; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 388-389; Eren, **a.g.e.**, s. 825.

²¹¹² Yalnız bir noktaya dikkat çekilmelidir: İfa yardımcısının hareketlerinden ötürü kusursuz sorumluluk hali (EBK m. 100 / TBK m. 116) bu sıralamada bir sözleşmesel sorumluluk sebebi olarak kabul edilmektedir (Bkz. Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 51, N. 15; Brehm, **BerKom.**, Art. 51, N. 57; Koller, **a.g.e.**, s. 1245).

²¹¹³ Nomer, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 59.

²¹¹⁴ Aksi yönde bir görüş için bkz. Brehm, **BerKom.**, Art. 51, N. 5. Yazara göre bu hükümde sebep sorumlulukları dikkate alınmamıştır, özellikle tehlike sorumlulukları bakımından farklı bir değerlendirmenin yapılması gereklidir.

Benzer şekilde düşünen Kırca (**Değişiklikler**, s. 666), hükmün kaldırılmasını ve hâkime bu konuda geniş takdir yetkisi verilmesinin daha yerinde olduğunu ifade etmektedir.

²¹¹⁵ Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 76 II 387; BGE 115 II 24.

²¹¹⁶ Nomer, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 59.

²¹¹⁷ Aslında bu sıralamanın da her derde deva olduğu söylenemez. Bazı yönlerden eksiklikleri bulunmaktadır. Mesela vekâletsiz iş görme talep temelinin hangi sırada değerlendirileceğine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Probst (**Solidarité**, s. 79) da bu soruna işaret etmekte ancak herhangi bir çözüm önerisinde bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, hükümdeki prensip üzerinden şöyle bir ayrıma gidilerek çözümlene yapılması yerinde olur. Çözümlemede gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halleri bakımından verilecek cevaplar farklılaşacaktır. Gerçek olan vekâletsiz iş görmede, sözleşme talep temelinde daha yakın bir nitelik olduğu söylenebilirken, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme daha ziyade haksız fiil talep temelinde yakınlaşmaktadır. Dolayısıyla, yapılacak sıralamada gerçek olan vekâletsiz iş gören, sözleşme nedeniyle sorumlu olanla aynı kategoride, gerçek olmayan vekâletsiz iş gören ise haksız fiil nedeniyle sorumlu olanla aynı kategoride değerlendirilmelidir.

hala aynı sistemin muhafaza edildiği de görülmektedir. Dolayısıyla, farklı sebeplerden dolayı müteselsil sorumlulukta, iç ilişki bakımından EBK m. 51 f.2'deki düşünceye başvurulmasına bir engel bulunmamaktadır²¹¹⁸, ²¹¹⁹. Tabiidir ki, hâkimin TBK m. 62 f.1'in genişçe verdiği takdir yetkisinden faydalanarak –örneğin tehlike sorumlulukları bakımından- farklı çözümlere ulaşması düşünülebilir²¹²⁰. Ancak sistemin genel yapısında hala var olan belirttiğimiz unsurlar, uygulanması yönünde öneriden bulunduğumuz düşünceden taban tabana farklı bir değerlendirme yapılmasına engel olacaktır.

Diğer taraftan farklı sebeplerden dolayı müteselsil sorumluluktaki sebep çeşitliliği, belli bir sorumluluk türünde yığılma gösterebilir²¹²¹. Örneğin birden fazla kişi, farklı kusursuz sorumluluk ya da sözleşmesel sorumluluk sebepleriyle bir arada sorumlu olabilir. Bu durumda yukarıda belirtilen ana ölçütün işlevi olamayacak, hâkimin takdir yetkisi ön plana geçecektir²¹²². Bu durumda hâkimin yapacağı değerlendirmede zarara neden olma oranı, munzam kusur, -tehlike sorumlulukları özelinde- yaratılan tehlikenin ağırlığı gibi başka ölçütlerden de yararlanması ve hakkaniyetli bir paylaşırma yapması gerekir²¹²³. Bundan başka, ortada birden fazla kusursuz sorumlu varsa, ilk planda nihai yükün tehlike esasına dayalı kusursuz sorumlunun taşıması yerinde olur²¹²⁴.

Çözümlemesi gereken bir başka sorun ise, farklı sebeplerden sorumlu olan birden fazla kişi arasında bir kişinin de başlı başına birden fazla sebepten sorumlu

²¹¹⁸ Nomer, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 60; Eren, **a.g.e.**, s. 826.

Bénédict Winiger ise (“Solidarités parfaite et imparfaite? Les enseignements du projet de réforme suisse et des droits étrangers”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 189-205, s. 197), İsviçre Hukuku'nda benzer reformun yapılmasının olası etkisini değerlendirdiği yazısında, İsv. BK m. 51 f.2 (EBK m. 51 f.2)'nin kaldırılması ve bu konuda takdirin olduğu gibi hâkime bırakıldığı bir olasılıkta mahkeme uygulamasının ister istemez yine bu düşünceden faydalanacağına işaret etmektedir. Yazar ayrıca, sonuçları bakımından ayırım kaldırılrsa bile, aynı veya farklı sebep dolayısıyla teselsülde iç ilişkide yapılacak değerlendirme bakımından bir ayırım yapılmasının gereğinin cari olacağını da vurgulamaktadır.

²¹¹⁹ Çavuşoğlu Işıntan (**a.g.e.**, s. 510), TBK düzenlemesinin EBK m. 51 f.2'yi içermemesini, haksız fiilden sorumlu olan kişinin nihai ve kati sorumluluğu taşıyan kişi olması gerektiğinden hareketle eleştirmektedir. Yazarın bu eleştirisinden, bu sonuca katılmamakla birlikte, aksi yönde bir uygulama olacağı kanaatinde olduğu çıkarılması yapılmaktadır.

²¹²⁰ Bkz. ve karşı. Kırca, **Değişiklikler**, s. 666; Kırca, **Yenilikler**, s. 36.

²¹²¹ Werro, **Responsabilité**, s. 471; Werro, **CoRo.**, Art. 51, N. 18; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 282.

²¹²² Probst, **Solidarité**, s. 80; Werro, **Responsabilité**, s. 471.

²¹²³ Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 288; Probst, **Solidarité**, s. 83.

²¹²⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 826.

olmasıdır²¹²⁵. Örneğin bir kişinin hem sözleşme hem de kusursuz sorumluluk sebebiyle sorumlu olması söz konusu olabilir. Bu durumda, rücu hakkının olup olmadığı belirlenirken kişi hangi kategoride değerlendirilecektir? Kanaatimizce, kişinin söz konusu sıralamada durumu en ağır değerlendirilen sorumluluk sebebinin dikkate alınması yerinde olur. Bu kişinin zaten kınanması gereken bir hareketi varsa, tesadüfen hakkında bir başka sorumluluk sebebi daha olmasından ötürü avantaj sağlayamamalıdır²¹²⁶.

İç ilişkideki paylaştırmanın (hangi) hâkim tarafından ne zaman yapılacağı konusuna gelinecek olursa, kanunda buna ilişkin tam bir açıklık bulunmadığı söylenebilir. Doktrinde ise, iki farklı olasılığın söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. İlk olasılık, zarar gören tarafından açılan tazminat davasında (dış ilişki) –bütün- davalıların doğrudan iç ilişkinin tespitine yönelik bir taleplerinin olmasıdır. Hatta bir davalının dahi talepte bulunması yeterlidir²¹²⁷. Böyle bir durumda, dış ilişki hakkında karar veren hâkim iç ilişkinin de içeriğini belirleyebileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, dış ilişkideki talep hakkında karar veren hâkim tarafından iç ilişki hakkında yapılan tespitler taraf olan davalılar için kesin olarak bağlayıcı olur²¹²⁸. Yine dış ilişki bakımından açılan davada, davalıların bu yönde bir talebi yoksa durumun ne olacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre hâkim talep olmadığı halde re'sen hareket ederek iç ilişki hakkında da karar veremez²¹²⁹. Diğer bir görüşe göre ise, hâkim gerekli görürse bu konuda re'sen karar verebilecektir²¹³⁰.

Esasen burada ileri sürülen ikinci görüşün hâkimin yapılan taleple bağlı olması prensibi (HMK m. 26) çerçevesinde ne kadar isabetli olacağı tartışmaya açılabilir, sonuçta ortada kamu menfaatini doğrudan ilgilendiren ve hâkimin re'sen hareket etmesi gereken bir durum olduğundan söz edilemez. Biz, bu noktada ilk görüşün daha yerinde olduğunu düşünüyoruz. Bütün borçluların ihtiyari dava arkadaşı olarak dava sürecine katıldığı bir olasılıkta, talepte bulunulmadığı halde hâkimin dış ilişki bakımından değerlendirmesini yaparken dolaylı olarak iç ilişkideki

²¹²⁵ Probst, **Solidarité**, s. 72.

²¹²⁶ Aynı yönde bkz. Brehm, **BerKom.**, Art. 51, N. 4; Probst, **Solidarité**, s. 72, Werro, **CoRo.**, Art. 51, N. 18.

²¹²⁷ Kuru, **Usûl Hukuku III**, s. 3370.

²¹²⁸ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 290.

²¹²⁹ Kuru, **Usûl Hukuku III**, s. 3370. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 4. HD., 19.11.1968 T., E. 4395, K. 9117 (www.kazanci.com).

²¹³⁰ Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 106.

payları da tespit etmesi, davalılar için rücu sürecinde bağlayıcı olmayacaktır. Bu durumda hiç tespit yapılmamışçasına paylaşırma için ayrı bir dava açılabilceği sonucuna varılmalıdır.

Eğer dava sadece bir davalıya (müteselsil borçluya) karşı açıldıysa, bu durumda sadece bu davalının iç ilişkisinin tespitine ilişkin olarak talepte bulunmasının diğerleri açısından bir bağlayıcılığı bulunmadığı çıkarsamasının yapılması gerekir. Böyle bir durumda verilen kararın diğerlerini de etkilemesini isteyen davalı, davayı ihbar etmelidir. İhbarla birlikte diğerleri ister ferî müdahil olarak davaya katılınsınlar ister katılmasınlar, verilen karardan etkilenecektir²¹³¹.

İkinci bir olasılık, dış ilişki bakımından karar veren hâkimin –bu yönde bir talep olmadığı için- hiçbir suretle iç ilişkiyi tespit etmediği bir durumda, davalıların birbirlerine karşı ayrı bir rücu davası açmaları ve ilişkinin içeriğinin bu davada ayrı bir hâkim tarafından belirlenmesidir²¹³². Bu olasılıkta sıkıntı yaratabilecek olan bir nokta, müteselsil borçlu sayısı fazla olduğunda ortaya çıkabilir. Öyle ki, müteselsil borçlular birbirlerine bireysel olarak dava açtıkları bir olasılıkta aynı borç yükü bakımından farklı oranlarla nihai paylaşmalarının yapılması söz konusu olabilir. Bu da çelişkili hükümlere yol açabilir²¹³³.

b. Farklılaştırılmış Teselsülde

Farklılaştırılmış teselsülde, TTK m. 557 f.3 uyarınca “[b]irden çok sorumlu arasındaki başvuru durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenecektir.” Farklılaştırılmış teselsülde dış ilişki bakımından belirlenen bireysel sorumluluk tavanları iç ilişki bakımından uygulanmaz. Diğer bir deyişle, müteselsil borçlulardan biri dış ilişkide daha nihai olarak yüklenmesi gerekenden daha fazla ödemede bulunduğu için diğerlerine rücu talebinde bulunabilecektir. Bu açıdan

²¹³¹ İhbarın etkisiyle ilgili olarak bkz. aşağıda §3, VI, C, 1, c, i-ii altındaki açıklamalarımız.

²¹³² Gürkanlar, a.g.e., s. 106.

²¹³³ Abdürrahim Karşlı (**Usûl Hukuku Açısından Rücu Davaları**, İstanbul: İstanbul Ofset Matbaası, 2004, s. 170), dış ilişkiyi çözümleyen ilk davada verilen hükmün, rücu davası bakımında ancak “kuvvetli” bir takdiri delil niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

Aslında burada unsur etkisinden bahsedilmesi belki daha yerinde olabilir. Unsur etkisinden kastedilen, ilk davanın tarafları arasında verilen hükmün daha sonraki bir yargılamada etkili olmasıdır. Eğer belirli bir hukukî sonucun oluşması (ilk davada verilecek) hükme bağlı bulunuyorsa, yani hüküm bu sonucun bir unsurunu teşkil ediyorsa unsur etkisi söz konusu olur (Bkz. Hakan Pekcanitez, **Medeni Usûl Hukukunda Ferî Müdahale**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992, s. 98).

hâkim tarafından yeni bir tespit yapılması lazım gelecektir²¹³⁴. Yapılacak tespit, TBK m. 62 bakımından ele alınan kıstaslar, burada da uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla zarar sorumlularının arasındaki teselsül ilişkisinin aynı veya farklı sebepten kaynaklanmasına göre yukarıdaki açıklamalarda belirtilen kıstaslara başvurulabilecektir²¹³⁵. Yine müteselsil borçlular arasındaki paylaşırmanın (hangi) hâkim tarafından hangi aşamada yapılacağı konusunda da yukarıdaki açıklamalarımız aynen geçerli olacaktır.

Farklılaştırılmış teselsüldeki iç ilişkide söz konusu olacak rücu hakkının içeriği belirlenirken davacı ve davalı müteselsil borçluların, ayrı ayrı bireysel sorumluluk tavanları değil, hep birlikte sebep oldukları zarar miktarı dikkate alınmaktadır²¹³⁶. Yapılacak paylaşırma, dış ilişkide belirlenenden farklılık arz edebilir. Şöyle ki, rücu davasındaki hâkim, borçluların kusur oranları ve indirim sebeplerini dış ilişkidekinden farklı suretle değerlendirebilecektir²¹³⁷. Özellikle borçluların kusur oranları paylaşırmanın yapılmasında büyük önem taşır²¹³⁸. İç ilişkide hangi borçlunun ne miktarla sorumlu olacağının tespitinde, hakkaniyetin ön plana çıkarılması ve sorumluluğun tüm şartları değerlendirilmesi gerekir²¹³⁹. Bununla birlikte aslında dış ve iç ilişkilerde aynı indirim sebepleri uygulanacağından, özel bir değişikliği gerektiren herhangi bir durum bulunmaması halinde, dış ilişkideki tespitlerin iç ilişkide de kullanılmasına bir engel bulunmamaktadır²¹⁴⁰.

Sonuç itibariyle eğer bir müteselsil borçlu, yapılacak paylaşırma bakımından, dış ilişkide daha fazla bir miktar için sorumlu bulunmuş ve alacaklıya fiilen ödemesini de gerçekleştirmişse, ödediği fazlalık için diğerlerine rücu talebinde bulunabilecektir²¹⁴¹. Diğer taraftan bu iç ilişkide rücu borçluları arasındaki borçluluk ilişkisi de, yine kısmi borçluluk olacaktır²¹⁴².

²¹³⁴ Rusconi, **a.g.e.**, s. 497; Garbarski, **a.g.e.**, s. 257; Trindade, **a.g.e.**, s. 222; Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 29; Körner, **a.g.e.**, s. 215; Göktürk / Can, **a.g.e.**, s. 271.

²¹³⁵ Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 31; Körner, **a.g.e.**, s. 214.

²¹³⁶ Altay, **Yetki Devri**, s. 373.

²¹³⁷ Rusconi, **a.g.e.**, s. 497; Garbarski, **a.g.e.**, s. 257; Vogt, **a.g.e.**, s. 54; Körner, **a.g.e.**, s. 215; Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 217; Altay, **Yetki Devri**, s. 327.

²¹³⁸ Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 246.

²¹³⁹ Ağdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 1226; Trindade, **a.g.e.**, s. 222; Körner, **a.g.e.**, s. 215; Göktürk / Can, **a.g.e.**, s. 272.

²¹⁴⁰ Göktürk / Can, **a.g.e.**, s. 272

²¹⁴¹ Corboz, **CoRo.**, Art. 759, N. 31; Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 247.

²¹⁴² Rusconi, **a.g.e.**, s. 498; Venturi / Bauen, **a.g.e.**, s. 247; Altay, **Yetki Devri**, s. 373.

Bir örnek üzerinden açıklamalarımızı somutlaştıralım. A şirketinin 500.000 TL tutarındaki zararı için yönetim kurulu üye X 500.000 TL, Y 300.000 TL, Z ise 100.000 TL bireysel sorumluluk tavanlarıyla müteselsil borçlu olsun. İç ilişkide ise, toplam 500.000 TL'lik zarara X'in % 50, Y'nin % 30 ve Z'nin de % 20 oranında katkısı olduğu tespit edilsin. Bu durumda iç ilişkide X 250.000 TL, Y 150.000 TL, Z ise 100.000 TL için nihai olarak sorumlu olacaktır. Bu durumda 300.000 TL'nin tamamı için ödemedede bulunan Y, nihai olarak taşıması gerekenden fazla ödediği 150.000 TL için 5:2 oranında X ve Z'ye başvuruda bulunabilecektir.

5. Bazı Birlikte Borçluluk Türlerinde Kanunda Borçlular Arasındaki İlişkinin İçeriğine İlişkin Hükümler Bulunmasının Anlamı ve Örnekleri

Bazı birlikte borçluluk ilişkileri özelinde kanun, özel rücu hakkına vücut veren bir iç ilişkinin varlığını kendiliğinden bir karine olarak kabul etmekte ya da böyle bir karine öngörmemekle birlikte iç ilişkiye işaret eden hükümler bulundurmaktadır. Söz konusu birlikte borçluluk türleri, müteselsil borçluluk ve kefalet sözleşmesinden doğan birlikte borçluluktur.

Müteselsil borçlulukta, TBK m. 167, müteselsil borçluların aksi kararlaştırılmadıkça kendi aralarındaki iç ilişkide (geçici ortaklık) eşit paylarla sorumlu olacağını ve payından fazla ödeyen borçlunun ödediği fazla miktarı diğerlerinden isteyebilme, yani rücu hakkına sahip olduğunu belirtmektedir²¹⁴³. Burada belirtilen rücu hakkının kanundan doğduğunun savunulması kanaatimizce çok da isabetli olmayabilir²¹⁴⁴. Zira kanun sadece iç ilişkinin varlığını ve içeriğini bir karine (*praesemptio iuris tantum*) olarak kabul etmektedir²¹⁴⁵. Yoksa buradaki ilişki

²¹⁴³ Rossel, **a.g.e.**, s. 211, Sbai, **a.g.e.**, s. 135; Koller, **a.g.e.**, s. 1218; Weiss, **a.g.e.**, s. 125.

PECL Art. 10: 105(1) ve Art. 10:106(1), DFCR Art. III - 4:106:(1) ile Art. 11.1.9 ve Art. 11.1.10 UNIDROIT Principles 2010 hükümleri konuyla ilgili düzenleme getirmekte, ve müteselsil borçlular arasında aksi öngörülmedikçe eşit paylarla sorumlulukların söz konusu olacağı bir iç ilişki bulunacağını kabul etmektedir. İfade bulunan müteselsil borçlu bu ilişkiye dayalı olarak diğerlerinden (özel) rücu talebinde bulunabilecektir. Bundan başka iç ilişkide borçluların sorumlulukları kısmi borçluluk esaslarına göre tespit edilecektir (Rouiller, **a.g.e.**, s. 59; von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 983-984; Fontaine, **New Provisions**, s. 557).

²¹⁴⁴ Rücu hakkının kanundan doğduğu görüşü için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Altay, **Borçtan Kurtarılma Talebi**, s. 395; Elbir, **a.g.e.**, s. 3; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1293; Deschenaux, **Partie II**, s. 134; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1638; Pichonnaz, **Prescription**, s. 158. Schwenger ise (**a.g.e.**, N. 88.41), müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkinin üçüncü bir rücu yolu sağlayabileceğini belirterek dolaylı olarak bu sonuca ulaşmaktadır.

²¹⁴⁵ Gautschi, **a.g.e.**, s. 32; Gillerion, **a.g.e.**, s. 84; Béguelin, **FJS 873**, s. 3.

tarafların açık veya örtülü iradeleriyle oluşturulan bir sözleşme, çoğunlukla bir geçici (adi) ortaklık bazı durumlarda ise bir vekâlet ilişkisidir²¹⁴⁶. Kanun, bu şekilde özel bir hüküm öngörerek, müteselsil borçlu olma durumunda ortaya çıkan iç ilişki yapısını genel olarak basitleştirmek amacıyla düzenlemek ve borçluyu ciddi bir ispat avantajından yararlandırmak istemiş olabilir²¹⁴⁷. Sonuçta sözleşmeyle kararlaştırılmış²¹⁴⁸ müteselsil borçluluktaki iç ilişkiyle ilgili bu hüküm hiç olmasaydı dahi, duruma göre adi ortaklığa ilişkin TBK m. 620 vd. veya vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m. 502 vd. hükümlerinden yine de faydalanabilirdi. Ancak böyle bir durumda, diğer borçlulara yapılacak rücu başvurularında mutlaka bu iç ilişkinin ve içeriğinin ispat edilmesi gerekirdi. Oysa kanun, ifade bulunan müteselsil borçluya genel olarak bir kolaylıktan –karineden- istifade etme şansı tanımış, âdeta genel ve asgari bir yapı tasarlamıştır.

Bazı durumlarda da kanun, karşılaşılabilecek özel bir durumu çözümlmek için açık düzenleme getirme ihtiyacı göstermiştir. İşte TBK m. 167 f.3 müteselsil borçluluktaki iç ilişki bakımından getirilen böyle bir hükmü oluşturmaktadır. Hakkaniyet düşüncesiyle sevk edilen bu hüküm borçlulardan biri müteselsil borç ortaklığındaki katılma payını yerine getiremezse diğer borçluların bunu eşit olarak üstlenmekle yükümlü olduklarını belirtmektedir²¹⁴⁹. Bu durum, ilgili borçlunun acze düşmesinden, iflas etmesinden veya hakkında Türkiye’de icra takibi yapılmasının imkânsız hale gelmesinden ileri gelmiş olabilir²¹⁵⁰.

²¹⁴⁶ Sbai, **a.g.e.**, s. 136; Gillieron, **a.g.e.**, s. 84; Béguelin, **FJS 873**, s. 3.

²¹⁴⁷ Béguelin, **FJS 873**, s. 3.

²¹⁴⁸ Teselsül kanundan doğuyorsa, her durumda bir sözleşmesel ilişkinin doğacağından söz açılmaz. Bazı durumlarda, sözleşme dışı bir sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme ilişkisi de bulunuyor olabilecektir.

²¹⁴⁹ Sbai, **a.g.e.**, s. 146; Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 19; Koller, **a.g.e.**, s. 1222; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 148, N. 5; Bucher, **a.g.e.**, s. 497; Canyürek, **a.g.e.**, s. 128.

PECL Art. 10:106(3), DFCR Art. III - 4:107:(3) ve Art. 11.1.13 UNIDROIT Principles 2010’da da konuya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde, TBK m. 167 f.3’ün lafzen belirttiğinden farklı olarak, borçlulardan birinin aczi halinde diğerlerinin borcu iç ilişkideki katılma payları oranında üstlenecekleri öngörülmektedir (Rouiller, **a.g.e.**, s. 60; von Bar / Clive, **a.g.e.**, s. 987; Fontaine, **New Provisions**, s. 558; Art. 1.11.13 Comment 1, **UNIDROIT Principles 2010**, s. 387-388).

²¹⁵⁰ Sbai, **a.g.e.**, s. 146; Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 19; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 148, N. 5; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1303.

Söz konusu hüküm, özellikle haksız fiilden doğan teselsül ve farklılaştırılmış teselsül halleri²¹⁵¹ de kapsamda olmak üzere tüm teselsül hallerinde uygulama alanı bulur²¹⁵².

Hükümün nasıl uygulama alanı bulacağı doktrinde tartışmalıdır. Konuyla ilgili doktrinde ileri sürülen ilk görüş, paylaşırmanın her durumda pay oranları ne olursa olsun mutlak bir eşitlikle yapılacağını savunmaktadır. Dolayısıyla bir müteselsil borçlunun aczinin getireceği ekstra yük, sadece alacaklıya ifade bulunmuş olan müteselsil borçlu üzerinde bırakılmayacak, eşit olarak bütün borçlulara paylaşılacaktır. Böylece ortaya çıkan son durumda, paylaşım oranı ne olursa, bütün borçlular bir müteselsil borçlunun katılım payını yerine getirmemesinden –kaynaklı bu yeni durumdan- eşit suretle etkilenmiş olacaktır²¹⁵³.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş ise²¹⁵⁴, bu hükmü, TBK m. 167 f.1 ile birlikte yorumlamaktadır. Bu görüşe göre TBK m. 167 f.3, ancak iç ilişkide eşit katılma payları olduğunda, acze düşen borçlunun payının diğerlerine eşit olarak paylaşılmasına izin vermektedir. Diğer hallerde, borçlular arasında farklı bir paylaşım oranı öngörülüyse, borçluların her birinin bu olumsuz durumun sonuçlarına kendi payı oranında katlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüş, Alman Hukuku (BGB §426) ve Fransız Hukuku'nda (Fr MK m. 1214) benimsenen çözüm tarzından etkilenmiştir²¹⁵⁵.

Şimdi bir örnek üzerinden somutlaştırarak bu iki yaklaşımın ulaştıracağı farklı sonuçlara sırasıyla değinelim. A'ya karşı B1, B2, B3 ve B4 8.000 TL için müteselsil olarak borçlu olsun. Borçlular arasındaki iç ilişkide ise, B1 1.000 TL, B2 1.000 TL,

²¹⁵¹ Bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 374.

²¹⁵² Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, s. 291; Heierli / Schnyder, **BasKom.**, Art. 50, N. 18; Ladner, **a.g.e.**, s. 46-47.

²¹⁵³ Sbai, **a.g.e.**, s. 143; Becker, **BerKom.**, Art. 148, N. 5.

²¹⁵⁴ Rossel, **a.g.e.**, s. 211; Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 818; Elbir, **a.g.e.**, s. 9; Schwenzler, **a.g.e.**, N. 88.36; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 222; Canyürek, **a.g.e.**, s. 130; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 320; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1304.

²¹⁵⁵ Bkz. Elbir, **a.g.e.**, s. 6-7. Ayrıca BGB § 426 f.1 c.2 hakkında bilgi için bkz. von Prollius, **a.g.e.**, s. 34.

İsviçre'de Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin değiştirilmesine ilişkin olarak hazırlanan taslakta ise, Art. 206 bu son görüş çerçevesinde kaleme alınmış ve eski düzenleme terk edilmek istenmiştir. Buna göre bir müteselsil borçlunun aczinin olumsuz etkisine her bir müteselsil borçlu kendi payı oranında katlanmalıdır. Bu noktada Alman ve Fransız Hukuklarındaki düzenlemeler ile yukarıda belirttiğimiz PECL ve UNIDROIT Principles düzenlemeleri özel olarak dikkate alınmıştır (Bkz. Furrer / Körner, **a.g.e.**, Art. 206 OR/CO 2020, N. 2).

B3 3.000 TL ve B4 de 3.000 TL olarak borç yükü paylaşılmış olsun. Borcun tamamı B4 tarafından ödenmiş olsun. B4'ün rücu esnasında B3 acze düşmüş olsun. Bu durumda eşit paylaşım kuralı uygulanacak olursa, B4 $3.000 + 1.000 = 4.000$ TL, B1 $1.000 + 1.000 = 2.000$ TL, B2 ise $1.000 + 1.000 = 2.000$ TL için sorumluluk altında olacaktır. Yok, eğer nihai borç taşıma oranlarına göre bir paylaşım yapılacak olursa, bu kez öncelikle acze düşen borçlu olmaksızın borçluların paylarının birbirlerine olan oranı tespit edilmelidir. Bu oran B1, B2, B4 için, 1:1:3 olacaktır²¹⁵⁶. Bu durumda ise, B4 $3.000 + 1.800 = 4.800$ TL, B1 $1.000 + 600 = 1.600$ TL, B2 $1.000 + 600 = 1.600$ TL için sorumluluk altındadır. Kanaatimizce bu görüşlerden kanunun lafzına da uygun olan ilki daha isabetlidir. Zira müteselsil borçlulardan birinin acze düşmesinin istisnaidir, sonuçta borçlular belirli paylarla borç altına girerken, içlerinden birinin hissesini yüklenmeyi tasarlamamıştır. Bu nedenle hakkaniyete göre paylaşım yapılırken bu yeni duruma göre düşünülmelidir. Dolayısıyla paylaşımın eşit olması isabetlidir. Diğer taraftan, örnekten de görüleceği üzere, yük paylaşılırken acze düşen borçlu dışarıda düşünüldüğünden, son tahlilde ilk planda borç altına girilirken yapılan paylaşımdan daha farklı bir noktaya gelmiş bulunmaktadır. Nitekim başlangıçta daha büyük pay üstlenen, istisnai durumda daha da çok pay üstlenmiş olmaktadır.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin bu hükmün uygulanabilmesi için, rücu edecek olan müteselsil borçlunun aciz hale düşen diğer borçluyu takip etmekte bir kusurunun olmaması gerekmektedir²¹⁵⁷.

Kefalet sözleşmesinde ise, kanun özel rücu hakkına sadece bir değinmede bulunmakta, hakkın bulunduğu durumlarda halefiyet hakkı bakımından önceliğini âdeta tasdik etmektedir. Nitekim TBK m. 596'ya göre “[k]efil ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkiden doğan istem ve def’iler saklıdır.” Bu madde müteselsil borçlulukta olduğu gibi özel rücu hakkının varlığına ilişkin bir karine getirmemekle birlikte, birlikte borçlular arasında bir iç ilişki olduğu vakit bunun halefiyete dayanan

²¹⁵⁶ Bunun ilk durumdaki oranlamadan farklı olduğunu belirtmek gerekir: İlk durumdaki oranlama, B1, B2, B3 ve B4 için 1:1:3:3 idi. Bu durumda, B1 ve B2 borcun 1/8'erlik kısmını, B3 ve B4 ise, 3/8'erlik kısmını üstlenmekte idi. Son durumda B1 ve B2 yeni borcun (B3'ün payı) 1/5'erlik paylarını üstlenirken, B4 3/5'lik payını üstlenmektedir. Dolayısıyla iki durumda da aynı oranların söz konusu olacağından bahis açılmaz.

²¹⁵⁷ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 220; Canyürek, **a.g.e.**, s. 129; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, 466.

rücu hakkının çerçevesini belirlediğini vurgulamıştır²¹⁵⁸. Bu noktada ilişkinin varlığını ispat etmek kefilin üzerine düşmektedir.

IV. Rücu Haklarının Tabi Olduğu Zamanaşımı

A. Genel Olarak

Özel ve genel (halefiyet) rücu hakları, aynı amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden iki farklı başvuru hakkıdır. Bu açıdan her iki rücu hakkının öngörüldüğü ilişki yapılarında, tabi olacakları zamanaşımı süreleri birbirinden farklılık arz edecektir²¹⁵⁹. Bu farklılık birkaç yönden ortaya çıkar: zamanaşımının başlangıcı, dolma süresi vs. Halefiyet ile sağlanan rücu hakkının, özel rücu hakkının ferîsi niteliğinde olması bu hakkın zamanaşımı süresinin diğerine tabi kılınmasını gerektirmez. İki rücu hakkının zamanaşımı da ayrı hatlar üzerinde ayrı noktalarda başlayıp işlemeye devam eder.

Halefiyet yolu kapsamında elde edilen rücu hakkının zamanaşımı, devralınan hakkın tabi olduğu zamanaşımı süresine göre belirlenir, kural olarak herhangi bir kesilme olmaksızın hakla birlikte işlemekte olan zamanaşımı ne durumda ise o durumda devralınır²¹⁶⁰. Buna karşılık özel rücu hakkı bakımından işleyecek zamanaşımı, özel rücu hakkına vücut veren ilişkinin niteliğine göre tespit edilecek yeni ve bağımsız bir zamanaşımı süresidir²¹⁶¹.

Yalnız burada ferîlik ilintisi bağlamında bir noktaya özel olarak temas etmek isabetli olabilir. Özel rücu hakkı zamanaşımına uğradığında, onun ferîsi olarak ileri sürülen halefiyet hakkına istinaden yapılan rücu talebi de –bu zamanaşımına dayalı olarak- reddedilebilir²¹⁶² (Bkz. TBK m. 152). Mademki halefiyet hakkı, özel rücu hakkını ferîsi ve kuvvetlendiricisi olarak mevcut bulunmaktadır, özel rücu hakkı zamanaşımı defî ile geri çevrildiğinde, rücu talebinde bulunan birlikte borçlu halefiyet yolu üzerinden ikinci bir imkân elde edememelidir²¹⁶³. Buna karşılık halefiyet yoluyla elde edilen hak zamanaşımına uğradığında, özel rücu hakkının ileri

²¹⁵⁸ Özen, **Kefalet**, s. 429; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 399.

²¹⁵⁹ Kurt, **a.g.e.**, s. 152; Gautschi, **a.g.e.**, s. 153; Nomer, **Sigorta**, s. 258.

²¹⁶⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1045; Nomer, **Sigorta**, s. 258.

²¹⁶¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1046; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 406.

²¹⁶² Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1073.

²¹⁶³ Meier, **Gesamtschuld**, s. 431; Pichonnaz, **Prescription**, s. 160.

sürülemeyeceğinden söz açılmaz²¹⁶⁴. Böyle bir durumda birlikte borçlu sadece elindeki, ona ekstra avantaj sağlayan özel bir imkândan mahrum kılınmış olacaktır. Bunun ötesinde ferî hakkın aslının kaderini etkilemesi isabetli olmaz.

B. Genel Rücu Hakkı (*Halefiyet*) Bakımından

1. Toplu Bakış

Halefiyetle birlikte birlikte borçlu alacaklının tahtına oturmakta, onun diğer birlikte borçluya (borçlulara) olan hakkını, özel rücu hakkını temin üzere devralmaktadır. Halefiyetin gerçekleşmesiyle, hak alacaklıdan birlikte borçluya kendiliğinden devrolduğunda birlikte borçlunun ne kadar zamanla bu hakka ilişkin olarak talepte bulunabileceği hakkın tabi olduğu zamanaşımına göre belirlenecektir²¹⁶⁵. Dolayısıyla alacaklının borçluya karşı sahip olduğu talep temeline göre zamanaşımı süreleri farklılaşabilecektir. Bundan başka halefiyetten doğan rücu alacağının, dış ilişkideki alacağınkinden bağımsız ve kendisine has başka bir zamanaşımı süresinin olacağına söylenmesi yerinde olmaz. Zira özel rücu yolundan farklı olarak burada yeni bir alacak hakkı doğmamakta, sadece alacaklıya ait olan hak gerçekleşen halefiyet sonucunda aynı şekliyle devralınmış olmaktadır²¹⁶⁶.

Kural olarak halefiyetin konusunu oluşturan hak bakımından işleyen zamanaşımı, hak alacaklıda iken hangi durumdaysa, aynı durumda birlikte borçluya geçecektir²¹⁶⁷. Dolayısıyla halefiyetle birlikte zamanaşımının yeniden başlayacağından söz açılmaz, zamanaşımının başlangıç tarihi alacaklıyla olan dış ilişkideki muacceliyet tarihidir²¹⁶⁸. Bu durum alacağın temlikinde cari olan ve TBK m. 188 f.1'de yansımaları bulan prensipten kaynaklanmaktadır. Bir tür kanuni temlik olan halefiyette de, bu kural kıyasen tatbik edilecektir. Yalnız bu kuralın istisnasını teşkil eden bazı durumlar söz konusu olabilir. Bu durumlara, ilgili borçluluk türleri bakımından özel olarak aşağıdaki bölümlerde ayrıntılarıyla değinilecektir.

²¹⁶⁴ Gautschi, **a.g.e.**, s. 153; Nomer, **Rücu Zamanaşımı**, s. 251. Ayrıca bu konuda bkz. BGE 115 II 48.

²¹⁶⁵ Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 68; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 135; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1045.

²¹⁶⁶ Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 68; Corboz, **Distinction**, s. 69.

²¹⁶⁷ Nomer, **Sigorta**, s. 258; Nomer, **Rücu Zamanaşımı**, s. 251.

²¹⁶⁸ Martin, **a.g.e.**, s. 368.

Bu bağlamda, sözü edilen genel prensip çerçevesinde zamanaşımı konusu özelinde somutlaştırma yapılacak olursa, temelde dört farklı olasılıktan söz edilebilecektir.

İlk olasılık, henüz diğer birlikte borçlular bakımından muacceliyet gerçekleşmeden bir borçlunun alacaklıya ifada bulunmasıdır. Bu durumda, alacaklının talebi bakımından zamanaşımı henüz başlamamış olacaktır. Yalnız götürü biçimde halef için de aynı durumun söz konusu olacağı söylenemez. Zira halefiyetin etkisi ancak alacaklının diğer borçlulardan talepte bulunabileceği andan itibaren başlayabileceğinden ortada ne haleften ne de halefiyet yoluyla gerçekleşen bir devir bulunmaktadır. Muacceliyetin gerçekleşmesiyle birlikte halefiyet etkisini doğuracak ve aynı anda da alacak bakımından zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Aynı husus, şart gerçekleşmeden şarta bağlı alacağı ifa eden birlikte borçlunun durumu bakımından da geçerli olur.

İkinci olasılık olasılık zamanaşımının olağan olarak işlemeye devam ederken, halefiyet etkisinin oluşmasıdır. Bu durumda, zamanaşımı kaldığı yerden işlemeye devam eder. Bu olasılıkta bazen koşullar birlikte borçluya ivedi hareket etmeye zorlayabilir. Aksi takdirde önemli bir tehlike söz konusu olacaktır. Zira zamanaşımının dolmasına çok az bir süre varken hakkı devralan bir birlikte borçlu, başvurusunda gecikir ve zamanında hareket etmezse, o zamanaşımının kesilmesine yol açmadan, sürenin tamamlanmasıyla birlikte zamanaşımı defî ile karşı karşıya gelecektir.

Üçüncü olasılık zamanaşımının alacaklının talepte bulunabileceği dönemde zaten dolmuş olmasıdır. Bu durumda, halefiyet etkisi gerçekleştiğinde de alacak bu halde zamanaşımına uğramış olarak devredileceğinden birlikte borçlunun talebine karşılık zamanaşımı defî ileri sürerek ödemede bulunmaktan kaçınabilecektir.

Dördüncü olasılık, zamanaşımı süresinin alacaklının şahsına bağlı bir sebeple hâlihazırda durmuş olmasıdır. Bu durumda, halefiyetle birlikte hak, birlikte borçluya geçtiğinde tekrar kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır. Zira durma sebepleri alacaklının kişiliğine bağlı özellik göstermektedir. Alacaklı bakımından var olan sebep (veya bir başkası), birlikte borçlu bakımından da söz konusu olmadıkça

zamanaşımının duracağından söz açılmaz. Bu konuda akla gelebilecek ilginç bir soru, alacaklının şahsı bakımından söz konusu olmayan bir zamanaşımının durma sebebinin, birlikte borçlunun şahsında olması durumunda ne olacaktır. Kanaatimizce böyle bir durumda, bir tür –teminat amacıyla- kanuni temlik olan halefiyette kıyasen uygulanacak TBK m. 188 hükmüne göre bir cevap verilmesi gerekir. Anılan hüküm uyarınca, gerçekleşecek temlikin borçlunun temlikten önce mevcut olan durumunu ağırlaştırmaması gerekir²¹⁶⁹. Daha önce olmayan bir zamanaşımının durma sebebinin halefiyetle birlikte ortaya çıkması, borçlu açısından ilk duruma göre bir elverişsizlik olarak kabul edilebilir. Zira zamanaşımı defini ileri sürebilmesi zorlaştırılmış olacaktır. Sonuç olarak, halef birlikte borçlunun şahsında doğan bu zamanaşımının durma sebebinden fayda sağlayamayacağı sonucuna ulaşmak yerinde olur.

Beşinci olasılık ise, alacağın hiç zamanaşımına tabi olmaması veya zamanaşımı dolduğunda bile ekstra bir imkândan faydalanılmasına izin vermesidir. Alacak bir ipotek hakkı ile teminat altına alındığında, ipotek devam ettiği sürece zamanaşımına tabi olmaz. İpoteğin varlığı, o bir ferî hak olarak halefiyetin etkisi neticesinde kendiliğinden alacakla birlikte devrolacağından, aynen devam eder. Birlikte borçlunun devam eden talebi bakımından da herhangi bir zamanaşımı süresi işlemez. Alacak için bir taşınır rehni teminatı sağlanmışsa, bunun zamanaşımının işlemesine herhangi bir etkisi olmaz. Ne var ki, zamanaşımı geçtikten sonra bile rehin hakkı paraya çevrilerek takip yapılabilir, yalnız sadece bu takipten elde edilen değerle yetinilir. Bu değer alacağın tamamını karşılamasa bile, yeniden talepte bulunulması mümkün değildir, kalan kısım bakımından zamanaşımı savunması yapılabilir. İşte alacak zamanaşımına uğradıktan sonra halefiyet etkisi gerçekleşmişse, halef birlikte borçlu alacaklı gibi alacağı temin eden rehin hakkını paraya çevirmek için başvuruda bulunabilir.

2. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta

Müteselsil borçlulukta, onun bir türevi olan borca katılma ve bölünemeyen borçlulukta halefiyet yoluyla yapılacak rücu talebinin zamanaşımının başlangıç tarihi

²¹⁶⁹ Bénabent, **a.g.e.**, s. 541.

yukarıda belirttiğimiz genel kuraldan farklılık arz etmektedir. Buna sebep olan TBK m. 155 hükmüdür²¹⁷⁰. Söz konusu hükme göre “[Z]amanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince diğerlerine karşı da kesilmiş olur.”

Bu hüküm çerçevesinde, anılan birlikte borçluluk türlerinde borçlunun alacaklıya yapacağı ifa, borcun ikrar edilmesi sayılacağından zamanaşımı süresini kesecektir. Zamanaşımın kesildiğinde, aynı zamanaşımı süresi tekrar baştan itibaren işlemeye başlayacaktır. Yeniden başlayacak olan zamanaşımı süresi ise, kural olarak dış ilişkideki alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresidir. Yalnız eğer zamanaşımının kesilmesi, borcun bir senetle ikrar edilmesi neticesinde gerçekleşmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmışsa, işlemeye başlayacak yeni süre 10 yıllık bir süre olacaktır^{2171, 2172}(Bkz. TBK m. 156 f.2).

Alacak sona ermediği ve halefiyetin etkisiyle ifada bulunan birlikte borçluya geçtiğinden, birlikte borçlu kendi hareketinden en olumlu şekilde etkilenen kişi olacaktır. Dolayısıyla birlikte o, alacaklıya zamanaşımı süresi içinde ifada bulunduğu suretle, zamanaşımı süresi yeniden başlayacağından, hiçbir durumda geçmiş olan zamanın olumsuz etkisinden zarar görmeyecektir²¹⁷³.

²¹⁷⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 468; Erdem, **a.g.e.**, s. 117.

²¹⁷¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 637.

²¹⁷² Yargıtay’a göre ise, burada halefiyet konusu alacağın tabi olacağı zamanaşımı süresi yeni bir zamanaşımı süresi olacaktır. Diğer taraftan özel bir düzenleme olmaması da burada TBK m. 146’daki genel 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasını gerektirir. Bkz. Yarg. 24.03.2003 T., E. 10419, K. 2693: “[B]orçlar Kanununun 147. Maddesi [TBK m. 168] gereğince rücu hakkından istifade eden müteselsil borçlulardan her biri, tediye ettiği miktar nisbetinde alacaklının haklarına halef olur. Davacı I... A.Ş.de, alacaklıya borcun tamamını ödemekle, %50 kusur oranına isabet eden miktar için Ulaştırma Bakanlığı Karayolları Limanlar ve Demiryolları İnşaatı Genel Müdürlüğü’ne karşı rücu hakkına sahiptir. Müteselsil sorumluların birbirine karşı açacakları rücu davalarında uygulanacak zamanaşımı süresi konusunda ise, Borçlar Kanununda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir alacağın doğumuna yol açan borç ilişkisinde özel bir zamanaşımı süresi belirtilmemiş ise, uygulanacak hüküm BK.nun 125. maddesidir. On yıllık zamanaşımı süresi de, müteselsil sorumlunun ödeme yaptığı tarihte başlamaktadır. 16.10.2000 tarihinde açılan işbu davada mahkemece, davalı vekilinin zamanaşımı defnin bu nedenle reddedilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle reddedilmesi doğru değil ise de, sonucu itibariyle doğru olan hükmün değişik gerekçe ile onanmasına karar vermek gerekmiştir.” (www.kazanci.com).

Yüksek mahkemenin bu yaklaşımına katılmıyoruz. Söz konusu yaklaşım, özel rücu hakkı hakkı bakımından belli bir noktaya kadar kabul edilebilse de (ilişkinin niteliğine göre özel rücu hakkının zamanaşımının farklılık gösterebileceği gözden kaçırılmamalıdır), halefiyet bakımından kabul edilemez. Halefiyette alacaklıdan “devralınan” bir hak söz konusudur.

²¹⁷³ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 137. Yazar, bundan başka halefiyetin ferî özelliğinden hareketle, halefiyetten doğan alacağın zamanaşımının özel rücu hakkının doğduğu andan itibaren başlayacağını ileri sürülebileceğini de savunmaktadır. Yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Özel rücu hakkı ve halefiyetten doğan genel rücu hakkı birbirinden ayrı değerlendirilmesi gereken haklardır. Bunlardan özel rücu hakkı iç ilişkiye dayalı olarak doğarken, halefiyette dış ilişkide zaten var olan alacak

Birlikte borçlu ifayı kısmen gerçekleştirmiş olsa bile bu durum geçerli olacaktır. Bu durumda yapılan ifa, hem alacaklının talepte bulunabileceği alacak kısmı için, hem de halefiyet yoluyla birlikte borçluya geçen alacak kısmı için işlemekte olan zamanaşımı süresini kesmiş olacaktır.

Aslında bu hüküm, müteselsil borçluluğun yapısal özelliklerinin açıklanmasında kabul edilen çokluk teorisiyle ve özellikle borçluların bireysel hareketleriyle birbirlerinin durumunu ağırlaştıramayacağı temel prensibiyle çelişki içindedir. Dolayısıyla doktrinde her zaman bu yönüyle haklı sayılabilecek eleştirilere konu olmuş ve hükmün kanundan çıkarılması gereği vurgulanmıştır²¹⁷⁴. Ne var ki hüküm, müteselsil borçlunun ifada bulunduktan sonra üzerinde taşıdığı başkalarına ait nihai yükün atılması bakımından önemlidir. Gerçi, bu kural kabul edilmediğinde, halefiyet yoluna başvuruda bulunulamayacak durumlarda hala ayrı bir hak olarak ayrı zamanaşımı süresine bağlanmış özel rücu hakkından faydalanılabilmesi mümkün olacaktır. Sonuçta halefiyete dayalı rücu yolunda söz konusu olabilecek bir engel, özel rücu yolunu doğrudan etkilemez. Ancak, halefiyetin özel rücu hakkıyla karşılaştırıldığında sağladığı teminatlardan faydalanma avantajı da yadsınamaz. Dolayısıyla, teorik kaygılar, hükmün pratik önemini gölgede bırakmamalı, işlevselliğe öncelik verilmelidir. Kaldı ki, müteselsil borçlunun rücu hakkına endeksli düşünüldüğünde, o yapacağı ifa ile diğer borçluların durumunu alacaklı karşısında ağırlaştırmış da olmamaktadır. Zira bu aşamadan sonra alacaklı oyun sahnesinden çekilecek, zamanaşımını kesen borçlunun kendisi onun yerine geçecektir. Alacaklının tatminini sağlayan borçlu, borcun nihai yükünü taşımak durumunda bırakılmamalıdır. Sonuçta müteselsil borçluların ortak amacı alacaklının tatmin edilmesidir, yoksa alacağın yerine getirilmesinden bir şekilde imtina edilmesi değil. Yalnız belirttiğimiz perspektif üzerinden, belki bu hükmün *de lege ferenda* müteselsil borçlular tarafından borcun tam olarak ifa edildiği durumlara hasredilmesi gerektiği savunulabilir. Zira kısmi ifa neticesinde, müteselsil borçlu sadece kendi durumunu iyileştirmiş olmamakta, borcun henüz ödenmemiş olan kısmı bakımından alacaklıya da fayda sağlamaktadır. Nitekim aşağıda kefalet sözleşmesinde kefilin

hakkının devrini öngörülmektedir. Teorik olarak ferilik özelliğinin bu noktada herhangi bir şekilde halefiyetten doğan zamanaşımının başlangıç tarihine etkide bulunması söz konusu olamaz. Burada söz konusu olan, metinde de belirttiğimiz üzere özel bir kanun hükmünün verdiği etki neticesinde müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımını kesen hareketinin diğerlerinin borcunun da zamanaşımını kesmesidir.

²¹⁷⁴ Bkz. yukarıda §1, III, C, 1, a ve §2, II, A, 3 altındaki açıklamalarımız.

halefiyete dayalı hakkının zamanaşımı bakımından, buradaki önerimize benzer bir kurgu oluşturulmuştur²¹⁷⁵.

Son olarak, mevcut uygulama bakımından şu nokta gözden kaçırılmamalıdır. TBK m. 155 f.1'in halefiyete dayalı rücu yolunda zamanaşımı süresini kesebilmesi için diğer borçlular açısından mevcut zamanaşımı sürelerinin henüz dolmamış olması gerekmektedir²¹⁷⁶. Sonuçta, müteselsil borçluların dar anlamda borçları için tabi olacakları modaliteleri farklılaştırabilmeleri mümkündür. Dolayısıyla dar anlamda borçların zamanaşımı süreleri de farklı şekilde tasarlanabilecektir. Tabii bu durumda TBK m. 148'in emredici engeli gözden kaçırılmamalıdır. Hüküm –bazı- zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilmesini yasaklar. Bu engelin cari olduğu durumlarda bile, zamanaşımı süresinin kendisi değiştirilemese de tamamlanacağı tarihin farklılaştırılması, muacceliyet tarihlerinin ayrı olarak belirlenmesi ile sağlanabilir. Diğer taraftan farklı sebeplerden dolayı teselsülde (TBK m. 61) de yine bu durumun gündeme gelmesi olası olabilecektir. Zira böyle bir durumda alacaklının elindeki talep temelleri farklı olabileceğinden her bir müteselsil borçlunun borcu bakımından tabi olacağı zamanaşımı süresi de birbirinden farklı olabilecektir. Sözün özü, böyle bir durum söz konusu ise, yani bir müteselsil borçlu bakımından zamanaşımı zaten tamamlanmışsa, diğerinin yapacağı ifa yalnızca işlemekte olan zamanaşımı sürelerini kesebilecektir. Sonuç olarak, halefiyet yolu ile başvuru da bu kapsamda ilgili borçlu dışındaki borçlulara karşı söz konusu olabilecektir²¹⁷⁷. Zira tamamlanmış diğer zamanaşımı süresi üzerinde, TBK m. 155'in herhangi bir -mucizevi- etkisi olmaz. Yalnız böyle bir durumda zamanaşımı engelinin sadece halefiyet yoluyla rücu edilmesini engelleyeceği, özel rücu hakkının ise ayrı bir hak olarak varlığını devam ettireceği de gözden kaçırılmamalıdır. Zira özel rücu hakkı bizzat iç ilişkiden doğan, dış ilişkideki alaktan bağımsız bir haktır.

Bölünemeyen borçluluk bakımından ise, aynı eleştiri tam olarak getirilemez. Zira bu borçluluk yapısı, her ne kadar “şeklî teselsül” olarak adlandırılrsa da, müteselsil borçluluktakinden ciddi bir farklılık içerir. Zira ortada hem geniş anlamda hem de dar anlamda tek bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Her ne kadar bu borç ilişkisinde de TBK m. 165'in kıyasen uygulanacağı kabul edilse de, hükme istisna

²¹⁷⁵ Bkz. aşağıda §3, IV, B, 3 altındaki açıklamalarımız.

²¹⁷⁶ Erdem, **a.g.e.**, s. 118.

²¹⁷⁷ Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 17.

getiren TBK m. 155 f.1 teorik olarak müteselsil borçluluktakinin benzeri bir teyakkuzla karşılaşmayacaktır.

3. Kefalet Sözleşmesinde

Kefalet sözleşmesi özelinde de, halefiyet yolu üzerinden yapılacak rücu talebinin zamanaşımının başlangıç tarihi genel kuraldan ayrılan bir özellik göstermektedir. Bir defa belirtilmelidir ki burada yukarıda müteselsil borçluluk, borca katılma ve bölünemeyen borçluluk bakımından zamanaşımının kesilmesine ilişkin kuralın kefaletle ilişkin bölümünden dolayı olarak herhangi bir fayda sağlanamaz²¹⁷⁸. Zira konuyu düzenleyen TBK m. 155 f. 3'e göre "[z]amanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmez." Buna göre bir an için kefalet sözleşmesi dâhilinde zamanaşımını kesen herhangi bir olgunun, asıl borç ilişkisinde genel olarak hiçbir bir etki göstermediği sonucuna ulaşılabilir²¹⁷⁹.

Oysa konuyla ilgili doğrudan düzenleme getiren TBK m. 596 f.5'e göre de "[k]efilin rücu hakkının zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar." Görüldüğü üzere, bu hükümlerle, özel olarak kefilin alacaklıya yaptığı ödemenin (ifanın), asıl borç ilişkisinde onun halef olacağı alacağın zamanaşımı üzerindeki etkisi belirtilmektedir. Bu düzenleme ile sağlanmak istenen ise, özel olarak ve sadece kefilin alacaklıya yaptığı ödemenin asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresini de kesmesidir²¹⁸⁰. Böylece kefil halefiyet yolu üzerinden yapacağı rücu talebinde zamanaşımı engeli ile karşılaşması riski bertaraf edilmiş olmaktadır²¹⁸¹.

İlk bakışta bu iki düzenlemenin bir çelişki içerdiği kanısına kapılabilir. Hâlbuki TBK m. 155 f.3 genel kuralı koymakta, TBK m. 596 f.5 ise bu kurala bir istisna getirmektedir. Bu durum şöyle açıklığa kavuşturulabilir.

Hatırlanacağı üzere, zamanaşımının kesilmesi, genel olarak üç grup sebebe dayanabilir: Bunlar, alacaklının borcunu takip etmek yönündeki hareketleri,

²¹⁷⁸ Müller, **Contrats**, s. 580; Tekinay, **Mukayese**, s. 748.

²¹⁷⁹ Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 19; Resioğlu, **Kefilin Rücu**, s. 498; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 1062.

²¹⁸⁰ Özen, **Kefalet**, s. 508.

²¹⁸¹ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7066.

borçlunun borcunu ikrar etmek yönündeki hareketleri ve mahkeme yahut icra dairesinin yargılamayı veya takibi bir sonraki aşamaya taşıyan işlemleridir. İşbu sebeplerden her biri, içinde bulunulan ilişkideki alacak bakımından zamanaşımını keser. Yani kefalet sözleşmesinde bu sebeplerden birine bağlı olarak kefalet borcunun zamanaşımının kesileceğine şüphe yoktur. Bunların asıl borç bakımından da etkisinin olmadığı genel olarak TBK m. 155'te belirtilmektedir. Şöyle ki, kefalet sözleşmesinde alacaklının kefil takibi veya mahkeme veya icra dairesi önünde kefalet sözleşmesine ilişkin yargılama ya da takibi bir sonraki aşamaya taşıyan işlemlerde bulunması, kefalet alacağı zamanaşımı üzerinde etkili olmakla birlikte, asıl alacağın zamanaşımı bakımından herhangi bir kesilme sebebi meydana getirmez. Keza aynı şekilde kefilin kefalet borcunu ikrar etmek yönündeki her hareketi de, kendi kefalet borcunun zamanaşımını kesse de, mutlaka asıl borcun da zamanaşımını keseceği anlamına gelmez. Mesela kefalet borcu için rehin veya kefalet teminatı sağlanmış olması, borcun ikrar edilmesi anlamına geldiği halde, genel kural uyarınca asıl borcun zamanaşımı süresini kesmez.

TBK m. 596 f.5 kapsamında asıl borcun zamanaşımı süresinin kesilmesine yol açan ve istisna teşkil eden olgu, özel ve yalıtılmış olarak kefilin –yine borcu ikrar eden bir davranışı olan- kefalet borcunun ifasıdır²¹⁸². TBK m. 596 f.5'te kefilin alacaklıya ifade bulunmasına özel olarak böyle bir sonuç bağlanmasının altındaki düşünce açıktır: Kanunun diğer yerlerinde olduğu gibi fedakârlıkta bulunan kefil, kefalet oyununun son perdesi olan (halefiyete dayalı) rücuda da, bu kez zamanaşımı engeline karşı korunmak istenmektedir. Dolayısıyla bu hüküm TBK m. 155 f.3'ün bir istisnasıdır. Yoksa hükümler arasında herhangi bir çelişki bulunmamaktadır. İki düzenleme birbiriyle belirttiğimiz şekilde bağdaştırılabilmektedir.

Zamanaşımının bu şekilde TBK m. 596 f.5 uyarınca kesilmesi sonrasında halef olunan alacak bakımından işlemeye başlayacak süre, kural olarak yine bu alacağın zamanaşımı süresi olacaktır. Yalnız eğer zamanaşımının kesilmesi, borcun bir senetle ikrar edilmesi neticesinde gerçekleşmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmışsa, işlemeye başlayacak yeni sürenin 10 yıllık bir süre olacağı da gözden kaçırılmamalıdır²¹⁸³ (Bkz. TBK m. 156 f.2).

²¹⁸² Müller, *Contrats*, s. 580; Meier, *CoRo.*, Art. 507, N. 19; Honsell, *a.g.e.*, s. 422.

²¹⁸³ Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku I*, s. 637.

Kefil alacaklıyı bütünüyle tatmin ettiğinde TBK m. 596 f.5 hükmünün uygulaması nettir. Buna karşılık, kefilin alacaklıyı kısmen tatmin ettiği durumlar bakımından şöyle bir ayırımın yapılması şarttır. Buna göre kısmen yapılan ifayla bütün alacak bakımından değil sadece kefilin halef olduğu alacak kısmı bakımından zamanaşımının kesilmesi etkisi meydana gelmektedir. Diğer bir deyişle alacaklıda kalan alacak kısmı bakımından işlemekte olan zamanaşımı süresi hiçbir etkilenme olmaksızın aynen devam etmektedir²¹⁸⁴. Bir örnekle basitleştirerek somutlaştıralım: A'ya karşı K, B'nin 1.000 TL'lik borcu için aynı üst limite kefil olsun. K, A'ya 500 TL için kefalet borcunu kısmen ödesin. Bu durumda yapılan ödeme, B'nin borcunun kefilin halef olacağı 500 TL'lik kısmı için kesmekte, A'nın talep edebileceği 500 TL'lik kısmı için ise daha önceden işlemeye başlamış olan zamanaşımı aynen devam edecektir.

Hatta bu son durumda, şöyle bir tespitin yapılması da yerinde olacaktır. Kefil kefalet borcuna ilişkin kısmen ifada bulunduktan sonra açıkta kalan kefilin halef olmadığı asıl borç kısmı için zamanaşımı süresi dolabilir. Bu durumda, asıl borçlu bunu ileri sürerek ifadan kaçınabileceği gibi, ferîlik ilkesi çerçevesinde kefil de aynı savunmayı alacaklıya yapabilecektir²¹⁸⁵. Bu noktada kefilin yaptığı kısmi ödemenin kendi kefalet borcunun tamamı bakımından bir zamanaşımının kesilmesi sebebi oluşturması önemli değildir. Zira kefil burada kendi kefalet borcu bakımından artık faydalanamasa da, asıl borca ait bir savunma sebebinden kefaletin ferîlik özelliği çerçevesinde evleviyetle faydalanabilecektir, faydalanmalıdır da. Aksi takdirde daha sonra asıl borçluya rücu edemez.

4. Sigorta Sözleşmesinde

Sigorta sözleşmesi bakımından halefiyet yoluna istinaden yapılan rücu talebinin zamanaşımının başlangıç tarihi ve süresi, yukarıda verdiğimiz genel açıklamalarla paralel şekilde, dış ilişkideki alacağın zamanaşımıyla özdeş olacaktır²¹⁸⁶. Bu konuda kanunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, sigortacı sigortalının tazminat talebini zamanaşımı süresi bakımından olduğu

²¹⁸⁴ Meier, **CoRo.**, Art. 507, N. 19; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 16; Scyboz, **a.g.e.**, s. 132; Özen, **Kefalet**, s. 508.

²¹⁸⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 507, N. 44; Giovanoli, **BerKom.**, Art. 507, N. 16; Özen, **Kefalet**, s. 508.

²¹⁸⁶ Bkz. yukarıda §3, IV, B, 1 altındaki açıklamalarımız.

gibi devralmaktadır²¹⁸⁷, ²¹⁸⁸. Onun yaptığı ödeme herhangi bir şekilde sözü edilen tazminat alacağıнын zamanaşımı süresini kesmez²¹⁸⁹. Halefiyete dayalı rücu talebinde bulunmak isteyen sigortacı, zamanaşımı engeli ile karşılaşmamak için dikkatli hareket etmelidir.

C. Özel Rücu Hakkı Bakımından

1. Sözleşme İlişkisinde

Birlikte borçlular arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu, bu ilişkiden kaynaklanan rücu taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresi TBK m. 146 vd.'a göre belirlenmektedir²¹⁹⁰.

Borçlular arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunduğu vakit, bu ilişkiye dayalı masrafların karşılanması ve zarardan dolayı söz konusu olabilecek tazminat talepleri TBK m. 147 b.5'e göre 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır²¹⁹¹. Sürenin başlangıç tarihi, talebin konusunu oluşturan alacak hakkının muaccel olduğu, masrafların yapıldığı tarihtir.

Eğer birlikte borçlular arasında bir adi ortaklık ilişkisinin varlığı söz konusu ise, bu durumda onların birbirlerine olan rücu talepleri (gerek masrafların karşılanması gerekse de bir zarara uğranılmışsa tazmini) bakımından işleyecek zamanaşımı süresi bu kez TBK m. 147 b. 4'e göre yine 5 yıllık süre olacaktır²¹⁹².

Birlikte borçlular arasında gerek vekâlet ilişkisi gerekse de adi ortaklık ilişkisi bulunduğu olasılıklarda, masraflar için işletilecek olan anapara faizlerinin de

²¹⁸⁷ Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 198; Nomer, **Sigorta**, s. 258; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 137. Bu sonuca doğrudan işaret bir İçtihadı Birleştime Kararı Yarg. İBK. 17.01.1972 T., E. 2, K. 1. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD., 24.11.2006 T., E. 13341, K. 12234; Yarg. 11. HD., 22.01.2007 T., E.13833, K. 643; Yarg. 11., 17.02.2005 T., HD. E. 4717, K. 1381 (www.kazanci.com). Aksi yönde bir görüş için bkz. Bozer, "Sigortacının Rücu'unda Zamanaşımı", **BATİDER**, 1962, C. II, Sayı 3, s. 473-476, s. 476.

²¹⁸⁸ Bonnard, **a.g.e.**, s. 228; Picard / Besson, **a.g.e.**, s. 498.

²¹⁸⁹ Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 138; Kılıçoğlu, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 421. Aksi yönde görüşü için bkz. Bozer, **Rücu Zamanaşımı**, s. 476. Sigorta sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerinde bu şekilde bir özel düzenleme olmadığı için yazarın görüşüne katılmıyoruz.

²¹⁹⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 626 vd.

²¹⁹¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 627.

²¹⁹² Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 627.

zamanaşımı süresi masraf alacağından ayrı olarak, TBK m. 147 b. 1'e ayrı bir 5 yıllık süre olacağı düşünülmemelidir. Bunlar dönemsel bir faiz alacağı olmadığı ve asıl alacağa eklenerek ödeneceğinden asıl alacağın zamanaşımı süresine tabi olacaktır²¹⁹³. Diğer taraftan -varsa- tazminat alacağı için işleyecek temerrüt faizleri bakımından ise, TBK m. 146'ya göre genel 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır²¹⁹⁴.

Eğer taraflar arasında bir karşı garanti ilişkisi bulunuyorsa, bu ilişkinin somut olayda alacağı forma göre bir zamanaşımı süresine tabi olup olmadığı belirlenecektir. Eğer karşı garanti olarak bir aynî teminat sağlanması söz konusu ise zaten teminat hakkının zamanaşımı süresine tabi olması söz konusu olmaz. Diğer taraftan karşı garanti olarak bir kişisel teminat sözleşmesi (kefalet, garanti veya atipik teminat sözleşmesi) kurulduysa, bu durumda söz konusu olacak zamanaşımı süresi TBK m. 146'ya göre 10 yıl olacaktır²¹⁹⁵. Şayet taraflar arasında karşı garanti adı altında vücut bulan ilişki bir vekâlet sözleşmesi ise, bu kez yukarıdaki açıklamalarımıza bakılmak gerekir.

2. Sebepsiz Zenginleşmede

Sebepsiz zenginleşmeye dayalı taleplerin tabi olacağı zamanaşımı süresi TBK m. 82 f.1'de belirtilmektedir. Buna göre “[s]ebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” Görüldüğü üzere hükümde biri kısa, diğeri ise uzun olmak üzere iki farklı süreden söz edilmektedir²¹⁹⁶.

Göreceli özellik taşıyan 2 yıllık kısa süre, zenginleşmenin ve zenginleşenin kimliğinin öğrenilmesinden itibaren başlar²¹⁹⁷. 10 yıllık uzun süre ise, talebin yapılması için bir nevi çerçeve süre oluşturur, aslında bu sürenin teknik anlamıyla bir

²¹⁹³ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 627.

²¹⁹⁴ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 627. Aksi görüşte bkz. Pichonnaz, **CoRo.**, Art. 128, N. 8. Yazara göre temerrüt faizi alacakları bakımından da, ayrı olarak, TBK m. 147'deki 5 yıllık kısa zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

²¹⁹⁵ Kahyaoğlu, **a.g.e.**, s. 125.

²¹⁹⁶ Chappuis, **CoRo.**, Art. 67, N. 1; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1853; Deschenaux, **Partie I**, s. 153; Engel, **Partie Générale**, s. 602; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 383; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 398.

²¹⁹⁷ Chappuis, **CoRo.**, Art. 67, N. 4; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1854; Deschenaux, **Partie I**, s.153; Engel, **Partie Générale**, s. 602; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 383; . Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 398.

zamanaşımı süresi olduğunu söylemek çok da isabetli olmaz. Bu süre göreceli özellik taşımaz, objektif olarak zenginleşmenin gerçekleştiği tarih, sürenin başlangıç tarihidir. Dolayısıyla diğer kısa sürede olduğu gibi değişken özellik gösteren bir tarih söz konusu değildir²¹⁹⁸.

Bunun yanında doktrinde haksız fiillere ilişkin TBK 72 f.1 hükmünün sebepsiz zenginleşme zamanaşımı bakımından da kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir²¹⁹⁹. Anılan hüküm uyarınca “[a]ncak tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.” Dolayısıyla, gerçekleşen zenginleşmenin bir suç da teşkil etmesi durumunda, ilgili zamanaşımı duruma göre (yani daha uzunsa) hem kısa hem de uzun süreyi etkiler. Birkaç örnek üzerinden şöyle bir somutlaştırma yapılabilir: İlgili suç bakımından ceza zamanaşımı 30 yıl olduğunda, hem kısa hem de uzun süre bundan etkilenecektir. Buna karşılık ceza zamanaşımı 5 yıl ise, sadece kısa süre bundan etkilenir, uzun süre 10 yıl olarak kalmaya devam eder²²⁰⁰.

İade talebine işleyecek temerrüt faizi bakımından ise zamanaşımı süresi, TBK m. 146’ya göre 10 yıl olacaktır²²⁰¹.

3. Vekâletsiz İş Görmede

TBK m. 529’da düzenlenen gerçek vekâletsiz iş görmeden doğan taleplerin hangi sürede zamanaşımına uğrayacağına ilişkin olarak kanunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Konu, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre zamanaşımı süresi, TBK m. 146 uyarınca 10 yıl olmalıdır²²⁰². Zira ortada sözleşmeye benzer bir ilişki bulunmaktadır, genel sözleşmesel zamanaşımı süresi kıyasen uygulanmalıdır. Bu görüşe kısmen paralellik gösteren ikinci bir görüşe göre ise daha girift bir değerlendirme yapılarak karar verilmelidir. Buna göre kural zamanaşımının TBK m. 146’ya göre 10 yıl olmasıyla birlikte, vekâletsiz iş gören kişinin yerine getirdiği

²¹⁹⁸ Chappuis, **CoRo.**, Art. 67, N. 5; Tercier / Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1855; Deschenaux, **Partie I**, s. 153; Engel, **Partie Générale**, s. 602; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 383; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 399.

²¹⁹⁹ Chappuis, **CoRo.**, Art. 67, N. 7.

²²⁰⁰ Bkz. ve karşı. Werro, **CoRo.**, Art. 60, N. 29; Deschenaux / Tercier, **a.g.e.**, 204 vd.

²²⁰¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 627.

²²⁰² Chappuis, **Restitution**, s. 39; Hofstetter, **a.g.e.**, s. 249; Weber, **BasKom.**, Art. 422, N. 16; Engel, **Partie Spéciale**, s. 572; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 6008; Hatemi (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 495.

edimin bir sözleşme ilişkisi dâhilinde borçlanılması söz konusu olsaydı, bu edimi konu edinen alacak için yapılacak talep daha kısa bir zamanaşımı süresine (TBK m. 147'ye göre 5 yıl) tabi olacak idiyse, bu kısa sürenin uygulanması yerinde olur²²⁰³.

Kanaatimizce, bu konuda ikinci görüş daha büyük bir isabet taşımaktadır. Zira tarafların iradi olarak bir araya geldikleri bir yapıda, daha kısa bir zamanaşımı süresi görülürken, ona oranla daha tesadüfî olan bir yapıda (rücu) alacaklı(sı) olan kişinin daha uzun bir zamanaşımı süresinden faydalanabilmesi makul görülemez. Konumuz özelinde bu tartışmada tavır almanın önemi açıktır. Zira normal şartlarda vekâlet sözleşmesine konu olabilecek bir edim, bir kişinin borcu için geniş anlamda teminat sağlanması söz konusudur. Bu uğurda yapılan masraflar, taraflar arasında vekâlet sözleşmesi olduğu vakit muacceliyet tarihinden itibaren 5 yılda zamanaşımına uğrayacaktır (Bkz TBK m. 147 f.1 b.5). Dolayısıyla ona benzer, buna karşılık tesadüfî bir yapıda, (rücu) alacaklı(sı)nın çok daha avantajlı bir konuma getirilmesi adaletli olmaz. Sonuç olarak, taraflar arasında gerçek anlamda bir vekâletsiz iş görme ilişkisi bulunduğu bir olasılıkta, masraf ve bir zarar doğmuşsa tazminat alacakları için zamanaşımı söz konusu olacak zamanaşımı süresi TBK m. 147'ye göre 5 yıl olacaktır.

Bu sürenin başlangıç tarihinin de ortaya konması da önemlidir. Bilindiği üzere, TBK m. 149'daki genel kurala göre “[z]amanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.”²²⁰⁴ Eğer bu hüküm doğrudan uygulanacak olursa ki buna engel teşkil edecek bir durum kural olarak söz konusu değildir, esas alınacak tarih iş sahibinin masraf karşılanması ve tazminat borçlarının muacceliyet tarihi olacaktır. Somutlaştırmak gerekirse, iş sahibinin yapılan masrafları karşılanma borcu, masrafın yapılmasıyla birlikte, iş görülürken bir zarar meydana gelmişse bunu tazmin etme borcu zararın doğumuyla birlikte muaccel olacak ve zamanaşımı bu tarihten itibaren işleyecektir²²⁰⁵. Eğer ayrı ayrı zamanlarda yapılmış masraflar veya uğranılan zararlar söz konusu ise bunlardan doğacak her bir borcun muacceliyet ve dolayısıyla zamanaşımının başlangıç tarihi farklı olacaktır²²⁰⁶. Buna karşılık bazı hallerde gerek

²²⁰³ Héritier Lachat, **CoRo.**, Art. 422, N. 20; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 266; Tandoğan, **Özel Hükümler II**, s. 683; Gümüş, **Özel Hükümler II**, s. 231; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 645.

²²⁰⁴ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 628.

²²⁰⁵ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 266

²²⁰⁶ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku I**, s. 628.

masraf karşılanması gerekse de zararın tazmin edilmesine ilişkin borçların kapsamı, ancak iş bitirildiğinde tespit edilebilmektedir. Bu hallerde, zamanaşımının borçların muacceliyet tarihinden itibaren başlatılması adaletsiz olur. Dolayısıyla doktrinde bu haller bakımından bir istisna getirilmesi ve zamanaşımının işin tamamlanmasından sonra başlaması gerektiği savunulmaktadır²²⁰⁷. İnceleme konumuz bakımından böyle bir durumun oluşması çoğunlukla pek mümkün değildir. Dolayısıyla zamanaşımının başlangıç tarihinin ilgili muacceliyet tarihleri olduğu kabul edilmesi yerinde olacaktır.

4. Hâkim Kararıyla Oluşan İç İlişkide

a. Haksız Fiilden Kaynaklanan Teselsülde

Yukarıda da belirttiğimiz üzere TBK m. 61 uyarınca bir zarardan türü aynı veya farklı sebeplerle sorumlu olan kişiler arasındaki teselsülde, borçlular arasındaki iç ilişkiyi, diğer bir deyişle onların birbirlerine rücu hakkının olup olmadığını ve böyle bir hak varsa kapsamını hâkim belirleyecektir²²⁰⁸ (TBK m. 62).

TBK m. 73'te ise bu (özel) rücu hakkının zamanaşımı ile ilgili özel bir düzenleme yer almaktadır²²⁰⁹, ²²¹⁰. Buna göre “[R]ücu 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 bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.” Söz konusu düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarısı 55c maddesinden esinlenilerek paralel şekilde oluşturulmuştur²²¹¹. Görüldüğü üzere düzenleme kapsamında temelde biri kısa (2 yıl) diğeri uzun (10 yıl) iki farklı süreden söz edilmektedir²²¹².

²²⁰⁷ Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 267.

²²⁰⁸ Bkz. yukarıda §3, III, B, 4, a altındaki açıklamalarımız.

²²⁰⁹ Kırca, **Yenilikler**, s. 48; Nomer, **Rücu Zamanaşımı**, s. 254.

²²¹⁰ Eğer müteselsil borçlular arasında özel bir sözleşme ilişkisi varsa, ona ilişkin zamanaşımı süresi uygulanmalıdır, bu hüküm salt hâkimin karar vereceği rücu hakkı bakımından sonuç doğurmaktadır (Bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 292).

²²¹¹ Kurt, **a.g.e.**, s. 152.

²²¹² Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 291; Kırca, **Yenilikler**, s. 49-50.

Düzenleme kapsamındaki iki yıllık kısa sürenin işlemeye başlayabilmesi iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır. Bunlar tazminatın tamamının ödenmesi ve birlikte sorumlu olan kişinin öğrenilmesidir²²¹³. Bu şartlara özel olarak değinelim.

İlk şart bakımından salt dış ilişkide alacaklıya tazminat ödenmesi noktasında verilen mahkeme kararının kesinleşme tarihine bir önem atfedilmemekte, tazminatın fiilen –tamamen- ödendiği tarih özel olarak dikkate alınmaktadır. Söz konusu düzenleme, zamanaşımı sürelerinin kural olarak alacağın muaccel olduğu tarihi esas alan TBK m. 148 düzenlemesi ile uyum içindedir²²¹⁴. Zira rücu alacağı zarar sorumlusu müteselsil borçlu tarafından ödemenin yapılmasıyla birlikte doğacak ve doğmasıyla birlikte muaccel olacaktır²²¹⁵.

Zamanaşımının başlayabilmesi için gerekli ikinci şart bakımından ise, hükümde diğer müteselsil borçluların kimliklerinin fiilen öğrenilmesi özel olarak aranmaktadır. Yani salt gerekli özenin gösterilmesiyle müteselsil borçlunun öğrenilebileceği tarihe bir önem atfedilmemiştir²²¹⁶. Bu şart çerçevesinde, farklı müteselsil borçlulara karşı rücu alacaklarının zamanaşımı başlangıç tarihi farklılık gösterebilecektir. Şöyle ki, ödemede bulunan müteselsil borçlu, bir borçlunun kimliğinden emin olduğu halde, diğer bir borçludan hiç haberi olmayabilir veya bir borçlu daha olduğunu bildiği halde onun kimliğine ilişkin bilgiye erişememiş olabilir. Bu durumda, bilinen borçluya karşı rücu alacağı zamanaşımı –tazminatın tamamının ödenmesiyle birlikte- derhal başlayacak, diğer borçlu bakımından ise kimlik öğrenilme tarihine kadar ertelenecektir²²¹⁷.

Bundan başka, iki yıllık sürenin belirttiğimiz iki şartın birlikte gerçekleştikleri tarihte başlayabilmesi için kendisinden tazminat talebinde bulunulan müteselsil borçlunun diğer borçlulara bildirimde bulunmuş olması da gerekmektedir (TBK m. 73 f.2). Dolayısıyla diğer borçlulara yapılacak olan bu bildirim, üçüncü bir ek şart olarak değerlendirilebilir. Şayet bildirim yapılmazsa, zamanaşımı süresi bildirim

²²¹³ Kurt, **a.g.e.**, s. 152; Nomer, **Rücu Zamanaşımı**, s. 254.

²²¹⁴ Pichonnaz, **Prescription**, s. 168.

²²¹⁵ Kurt, **a.g.e.**, s. 152.

²²¹⁶ Pichonnaz, **Prescription**, s. 168; Kurt, **a.g.e.**, s. 153; Kırca, **Değişiklikler**, s. 671.

²²¹⁷ Kurt, **a.g.e.**, s. 153.

dürüstlük kuralına göre yapılabileceği ilk tarihten itibaren başlayacaktır²²¹⁸. Yani tazminatın tamamının ödenip ödenmemiş olduğu önemli değildir, süre dürüstlük kuralına göre haklı görülebiliyorsa, daha hiçbir ödeme yapılmadan, yani rücu alacağı muaccel dahi olmadan işlemeye başlamış olacaktır.

Söz konusu bildirim, hukukî niteliği itibariyle alacaklının talepte bulunduğu – rücu alacaklısı aday- müteselsil borçlu bakımından bir külfet teşkil etmektedir. Yerine getirilmemesi halinde borçlunun hakkını kullanabilmesi, duruma göre diğer borçluların zamanaşımı savunması engeli ile karşılaşabilecektir. Bildirim külfetinin doğması için alacaklının müteselsil borçludan talepte bulunması gerekir. Bu talebin dava yoluyla²²¹⁹ veya dava dışı yoldan yapılmış olması da bir farklılık meydana getirmez. Dolayısıyla hükmün amacının rücu edilmek isteyen müteselsil borçluların ilk planda duruma müdahale edebilmelerinin sağlanması ve gereksiz bir zincirleme talep yığılmasının önüne geçilebilmesi olduğu söylenebilir. Borçlular arasındaki menfaat birliği de böyle bir bildirim yapılmasını haklı kılar²²²⁰.

10 yıllık uzun zamanaşımı süresi ise tazminatın tamamının ödendiği tarihten itibaren başlayacaktır²²²¹. Aslında teknik anlamda bu süre bir zamanaşımı süresi değil, iki yıllık zamanaşımı süresinin başlaması için bir çerçeve süre olarak düşünülmesi yerinde olur.

Söz konusu yeni rücu zamanaşımı düzenlemesinin Türk Hukukunda önemli bir boşluğu doldurduğu söylenebilecektir²²²², ²²²³. Zira 818 Sayılı EBK döneminde rücu

²²¹⁸ Nomer, **Rücu Zamanaşımı**, s. 255.

²²¹⁹ Dava yoluyla yapılan talepler bakımından TBK m. 73 f.2'nin davanın ihbarını düzenleyen HMK m. 61'in özel bir uygulaması olduğu sonucuna varılamaz. Bir defa HMK m. 61, davanın mutlaka ihbar edilmesini şart kılmamakta, bu konuda dava tarafına sadece bir imkân sağlamaktadır. Nitekim davanın ihbarı şartları doğduğu bir olasılıkta ihbarın yapılmamış olması rücu hakkının kullanılmasına doğrudan herhangi bir engel oluşturmaz. Bir tek kendisine ihbarda bulunulması şartları oluşan üçüncü kişi, davanın davalının kusuruyla iyi takip edilmediği için kaybedildiğini ispat ederek kendisine açılan rücu davasının kısmen veya tamamen reddedilmesini sağlayabilir (Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. IV, 6. Baskı, İstanbul: Demir & Demir Yayınları, 2001, s. 354).

Dolayısıyla burada maddî hukuktan doğan bir ihbar külfeti olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu ihbarın yapılmadığı olasılıkta TBK m. 73 f.2'deki yaptırım uygulanacaktır. Dava yoluyla yapılan bir talep karşısında HMK m. 61 vd. anlamında davanın ihbar edilmesi, dolaylı olarak TBK m. 73 f.2'deki gereği de yerine getirmiş olabilir. Ancak her iki düzenlemenin sonuçları da birbirinden ayrı değerlendirilmelidir.

TBK m. 73 f.2'nin HMK m. 61'de düzenlenen davanın ihbarının özel bir düzenlemesi olduğu düşüncesinde bkz. Kurt, **a.g.e.**, s. 155. Yazarın görüşüne belirttiğimiz gerekçelerle katılmıyoruz.

²²²⁰ Kırca, **Değişiklikler**, s. 671.

²²²¹ Kurt, **a.g.e.**, s. 153; Kırca, **Yenilikler**, s. 50; Nomer, **Rücu Zamanaşımı**, s. 255.

²²²² Aynı yönde bkz. Kırca, **Değişiklikler**, s. 670.

alacağının zamanaşımı meselesi öğretide ve yargı kararlarında ciddi tartışmalara konu olmuştu²²²⁴. Buna karşılık düzenlemenin eleştiriyeye konu edilebilecek yanları da yok değildir. Öncelikle her iki süre bakımından getirilen tazminatın tamamının

²²²³ Öte yandan düzenleme özel rücu hakkının dış ilişkideki alacak hakkından bağımsız bir hak olduğunu da vurgular mahiyettedir (Bkz. Kırca, **Yenilikler**, s. 49).

²²²⁴ Hem zamanaşımı süresi hem de sürenin başlangıcı bakımından yapılanlar bu tartışmalar kapsamında, bir defa öncelikle tam-eksik teselsül ayrımı yapılmakta idi.

- Tam teselsülde rücu alacağının zamanaşımına ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerin, halefiyetten doğan rücu hakkıyla, özel rücu hakkının ayrı talepler olduğunun kabul edilip edilmemesi ekseninde serdedilmekte olduğu söylenebilir. Zamanaşımı süresi ile ilgili olarak temelde üç farklı görüş söz konusu idi. İlk görüşe göre, halefiyete dayalı olarak devralınacak hakkın zamanaşımı, rücu talebinin de zamanaşımı süresini oluşturacaktır. Halefiyetle devredilecek olan hak, haksız fiilden doğan bir alacak hakkı olduğu için, rücu alacağının zamanaşımı süresi 1 yıl (EBK m. 60) olacaktır (Bkz. Werro, **CoRo.**, Art. 50, N. 10; Pichonnaz, **Prescription**, s. 176; Oğuzman / Öz, **EBK Genel Hükümler**, s. 709; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 135). İkinci görüşe göre, burada halefiyetten ayrı olarak bağımsız bir rücu talebi bulunmaktadır. Dolayısıyla halefiyetle devrolunan haktan ayrı düşünülerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Bu bağımsız hak bakımından uygulanması gereken zamanaşımı süresi kıyasen sebepsiz zenginleşme talebinin 1 yıllık (EBK m. 66) zamanaşımı süresidir (Bkz. Brehm, **BerKom.**, Art. 50, N. 56; Erdem, **a.g.e.**, s. 108). Üçüncü görüşe göre ise, rücu hakkının yine halefiyetle devredilecek olandan ayrı ve bağımsız bir hak olduğu kabul edilir. Yalnız kanundan doğan bu rücu alacağının zamanaşımı süresi başka herhangi bir hükümlerle öngörülmediği için genel 10 yıllık (EBK m. 125) süre burada geçerli olmalıdır (Bkz. Gautschi, **a.g.e.**, s. 148; Gürkanlar, **a.g.e.**, s. 127). Diğer taraftan bu zamanaşımın başlangıç tarihine ilişkin olarak ise, yine iki farklı görüş ileri sürülmekte idi. İlk görüşe göre, halefiyetle devralınacak hakkın zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi, özel rücu hakkının zamanaşımının da başlangıç tarihi olmalıdır (Pichonnaz, **Prescription**, s. 161). İkinci görüşe göre, zamanaşımı alacaklıya tazminat ödemesinin yapıldığı tarihte başlamalıdır (Bkz. Gautschi, **a.g.e.**, s. 148; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 137; Kurt, **a.g.e.**, s. 145).
- Halefiyet hakkının olmadığı eksik teselsülde de, zamanaşımının süresiyle ilgili olarak da üç farklı görüş ileri sürülüyordu. İlk görüşe göre, eksik teselsüldeki rücu talebinin kökeninde (gerçek anlamda) bir vekâletsiz iş görme talebi bulunmaktadır. Dolayısıyla uygulanması gereken zamanaşımı süreleri, kıyasen sebepsiz zenginleşme talebinin 1 yıllık zamanaşımı süresi (EBK m. 66) olmalıdır (Bkz. Brehm, **BerKom.**, Art. 51, N. 143; Pichonnaz, **Prescription**, s. 166; Erdem, **a.g.e.**, s. 108). İkinci görüşe göre, rücu talebinin zamanaşımı süresi kendisinden talepte bulunulan müteselsil borçlunun alacaklıya karşı olan sorumluluk sebebindeki alacak zamanaşımı süresidir. Keza sorumluluk sebebi haksız fiilse 1 yıllık (EBK m. 60), sözleşme ise 10 yıllık (EBK m. 125) zamanaşımı süresi uygulanmalıdır (Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 392; Oğuzman / Öz, **EBK Genel Hükümler**, s. 713). Üçüncü görüşe göre ise, ortada bağımsız bir rücu talebi olduğundan hareketle genel 10 yıllık zamanaşımı süresi (EBK m. 125) uygulanmalıdır (Bkz. Yarg. HGK., 28.11.1979 T., E. 15-560, K. 1401; Yarg. 4. HD. 13.02.2006 T., E. 1282, K. 1010). Öte yandan bu zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi bakımından ise, üç farklı görüş ileri sürülüyordu. İlk görüşe göre, zamanaşımı süresi rücu alacağının öğrenildiği tarihte başlamalıdır (Bkz. Bugnon, **Action récursoire**, s. 144, İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde bir kararı için BGE 127 III 257). İkinci görüşe göre, zamanaşımının başlayacağı tarih, alacaklıya tazminat borcunun ödendiği tarih olmalıdır (Bkz. Brehm, **BerKom.**, Art. 51, N. 141; Probst, **Solidarité**, s. 66; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 392; İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde bir kararı için bkz. BGE 130 III 362). Üçüncü bir görüşe göre ise, zamanaşımı haksız fiilin meydana geldiği tarihte başlamalıdır (Romy, **CoRo.**, Art. 148, N. 15; Pichonnaz, **Prescription**, s. 169; İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde bir kararı için bkz. BGE 126 III 161).

Kanaatimizce, söz konusu dönemde şöyle bir düşüncenin kabul edilmesi en uygunu olurdu: Bir defa rücu talebinin zamanaşımı bakımından, tam veya eksik teselsül ayrımı yapılması lüzumu bulunmamaktadır. Zira halefiyete dayalı bir rücu hakkı söz konusu olsun olmasın, bu hak her zaman rücu hakkından ayrı bir hak –tabi halefiyetin ferî nitelikte olduğu da gözden kaçırılmaksızın- olarak değerlendirilmelidir. Bu hakkın talebine dayanak olacak iç ilişki hâkim tarafından belirlenecektir. Söz konusu iç ilişki kapsamında talepte bulunulabilmesi, her şeyden önce alacaklıya ödeme yapılmış olmasına bağlı olacaktır. Zira rücu alacağı ancak bu masrafın yapılmasıyla birlikte söz konusu olur. Öte yandan zamanaşımı süresinin tespitinde ise, bu hakkın geniş anlamda kanundan (kanun bu konuda hâkimi yetkilendirmiştir) doğduğu varsayılacak olursa, TBK m. 146 uygulanmalıdır. Bu madde uyarınca “[k]anunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”

ödenmesi şartını ele alalım. Kanaatimizce bu şarta ilişkin şöyle haklı bir eleştiri getirilebilecektir. Tazminat borcu kısmen yerine getirildiği bir olasılıkta da, yine payından fazla ödemede bulunan müteselsil borçlu rücu alacağına hak kazanacaktır (Bkz. ve karşı. TBK m. 167 f.2). Diğer bir deyişle rücu hakkı doğacak ve doğmasıyla birlikte muaccel olacaktır. Ancak söz konusu talep bakımından zamanaşımı süresinin başlayabilmesi –müteselsil borçluların kimlikleri de bilinse bile- tazminatın tamamının ödenmesi tarihine kadar ertelenecektir. Kısmen ifada bulunan müteselsil borçluya bu noktada diğerleri karşısında neden böyle bir avantaj sağlandığı tam olarak anlaşılammaktadır²²²⁵. Sonuçta diğer müteselsil borçluluk hallerinde böyle bir durum söz konusu değildir. Akla gelebilecek tek makul gerekçe, belki iç ilişki için mahkemeye iki defa gidilmesinin engellenmesi, diğer bir deyişle usûl ekonomisinin gözetilmesi olabilir. Zira haksız fiille verilen zarar dolayısıyla oluşan teselsülde, iç ilişki diğer durumlardan farklı olarak hâkim tarafından belirlenecektir. Kısmen ifada bulunan müteselsil borçlunun iç ilişkinin ve paylaşım oranlarının tespit edilmesi ve rücu alacağı için açacağı davada bu şekilde sadece bir kısım için talepte bulunacaktır. Daha sonra tekrar ödemede bulunduğu ihtimalde ise tekrar dava açması gerekecektir. Yalnız, zamanaşımı süresinin başlangıç tarihinin bu şekilde belirlenmesi, belirttiğimiz sonucun gerçekleşmemesinde sadece dolaylı bir etki meydana getirebilir. Zira sonucun oluşabilmesi için borçlunun tazminatın tamamının ödenmesini beklemesi, sadece zamanaşımı daha başlamadığı için, her zaman ileri sürebileceği düşüncesiyle talebini erteleme güdüsüne sahip olmasıyla ilgilidir. Yoksa talepte bulunulmasına bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla düzenlemenin bu amaca ne kadar hizmet edebileceği de şüphelidir.

Diğer yandan, 10 yıllık çerçeve sürenin başlangıç tarihi olarak da tazminatın tamamının ödendiği tarihin esas alınması, kanaatimizce yine yerinde olmamıştır. Zira belirttiğimiz üzere söz konusu süre çerçeve bir süre olarak tasarlanmıştır. Kanunun zamanaşımı ile bu şekilde çerçeve olarak öngördüğü süreleri getirmekteki amacı, talebin ilanihaye ileri sürülebilir şekilde bırakılmaması, spekülâtif durumun giderilmesi, hukukî güvenliğin sağlanmasıdır. Normal şartlarda borçlu, çerçeve süreyi gözeterek kendisine rücu talebinde bulunulabilecek en son tarihi tespit edebilecektir²²²⁶. Oysa çerçeve sürenin başlangıç tarihinin bu şekilde tasarlanmış olması tersine bir etki yaratacaktır. Tazminat borcunun kısmen ifa edilmesi halinde,

²²²⁵ Benzer yönde eleştirisi için bkz. Nomer, **Rücu Zamanaşımı**, s. 254.

²²²⁶ Kırcâ, **Değişiklikler**, s. 671.

borçlunun kimliği bilinse de, zaten iki yıllık zamanaşımı süresi başlamayacak, bunun ötesinde, sürenin en geç içinde başlaması için öngörülen çerçeve süre de işlemeyecek, muğlak bir durum oluşacaktır. Düzenlemenin çerçeve süre ile ilgili olan kısmı, TBK tasarısının ilk halinde daha farklı idi. Bir defa -kısa zamanaşımı süresi ve başlangıç tarihi şartları bakımından bir farklılık olmamakla birlikte- çerçeve süre 20 yıl olarak öngörülmüştü ve sürenin başlangıcı da haksız fiilin işlendiği tarih idi²²²⁷. Tasarının kanunlaşma sürecinde, 20 yıllık süre çok uzun olduğu için eleştiriye tabi tutularak 10 yıla indirilmiş, sürenin başlangıç tarihi ise ifade bulunan müteselsil borçluyu korumak amacıyla tazminatın tamamının ödendiği tarih olarak değiştirilmiştir²²²⁸. Ne var ki son olarak varılan noktada, düzenlemenin çerçeve sürenin başlangıcı bakımından yarattığı belirsizlik, rücu alacaklısının hakkını ölçüsüz biçimde korur bir hal almıştır.

Son olarak TBK m. 73 f.2'ye göre diğer müteselsil borçlulara bildirim yapılmadığı hallerde, zamanaşımının dürüstlük kuralına göre bu bildirim ilk yapılabileceği anda başlayacağına ilişkin kurala da birkaç eleştiri getirilebilir. Bir defa, bu kuralda hâkimin belirsizlik taşıyan iki olgu üzerinden kesin bir sonuca varması beklenilmektedir²²²⁹. Zira ne talebin yapıldığı sırada müteselsil borçlunun diğerlerine ilişkin bilgisi olduğu tam olarak tespit edilebilir, ne de dürüstlük kuralına göre bildirim yapılması gereken an tam bir netlikle belirlenebilir. Bu konuda hâkimin -sübjektif- takdir yetkisi ister istemez devreye girecektir. Zamanaşımı gibi bir konuda, sürenin başlangıç tarihinin netlik taşımaması hukuk güvenliği açısından da ciddi bir endişe yaratabilir²²³⁰. Öte yandan bazı hallerde zamanaşımının alacağın muacceliyet tarihinin de öncesinde başlayacak olması da diğer bir eleştiri noktası olabilir. Zira kural, zamanaşımının kural olarak muacceliyet tarihinden itibaren başlayacağını öngören TBK m. 149 ile çelişmektedir. Dolayısıyla böyle özel bir kuralla zamanaşımının başlangıç tarihinin değiştirilmesi yerine, genel kurallara göre yapılan rücu talebinin –somut durumda şartları varsa- hâkim tarafından hakkın

²²²⁷ Kırca (**Değişiklikler**, s. 671), bu tarihin zararın gerçekleştiği tarih olarak değiştirilmesi gerektiğini savunmuştur. Zira haksız fiille verilen bazı zararlar fiil tarihinden çok daha sonra doğabilir. Bu durumda da rücu alacağının daha doğmadan zamanaşımına uğraması gündeme gelebilir.

²²²⁸ Bu eleştiriler için bkz. Kılıçoğlu, **Eleştiriler**, s. 38 vd.

²²²⁹ Kırca, **Değişiklikler**, s. 672.

²²³⁰ Benoît Chappuis (“Quelques réflexions d’un praticien sur l’avant-projet de loi fédérale sur la révision et l’unification du droit de la responsabilité civile”, **La réforme du responsabilité civile**, eds. Bénédicte Foex / Franz Werro, Zurich: Schulthess, 2004, s. 123-144, s. 137 vd.), hukuk güvenliği bakımından aynı endişeyi taşımakla birlikte bu hükmün alacaklının başvuruda bulunduğu ve bulunmadığı müteselsil borçlular arasındaki menfaat dengesinin ancak bu şekilde sağlanacağını belirterek düzenlemeden yana tavır almaktadır.

kötüye kullanılması yasağına aykırı bulunarak reddedilmesi daha yerinde olabilirdi²²³¹. Ayrıca normal şartlarda MK m.2 f.2'nin böyle bir uygulaması, bir itiraz sebebi oluşturabilecekti. Oysa burada hâkim, dürüstlük kuralına bir aykırılık olup olmadığı değerlendirmesini, sadece zamanaşımının başlangıç tarihini belirlemek için yapmaktadır. Hâkimin zamanaşımının başlangıç tarihini iki yıldan fazla bir süreden öncesi olarak belirlemesi halinde ise, bu durum kendisine başvuruda bulunulan borçlu tarafından ancak bir defa hakkı olarak gündeme getirilebilecektir. Yani gerek yapılacak değerlendirme, gerekse bu değerlendirmenin sonucu her yönden ciddi bir karışıklık içermektedir. Bu kadar karışık bir düzenlemenin de mükemmellikten uzak olduğu aşikârdır. Sonuçta “*Simplex sigillum veri*” latince deyişinde ifade edildiği üzere, basitlik gerçeğin işaretidir.

b. Farklılaştırılmış Teselsülde

Farklılaştırılmış teselsülde borçlular arasında söz konusu olacak ve hâkim tarafından kapsamın belirlenecek (özel) rücu talebinin zamanaşımı, yukarıda haksız fiiller bakımından yaptığımız açıklamalara paralel şekilde tespit edilecektir. TTK m. 557'de rücu hakkının zamanaşımı bakımından özel bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla uygulanması gerekli olan hüküm, TBK m. 73 olacaktır.

V. Rücu Hakkından Önceden Vazgeçilmesi ve Hakkın Kaybedilmesi

A. Haktan Önceden Vazgeçilmesi

1. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta

Müteselsil borçlulukta, gerek özel gerekse de genel rücu hakkından (halefiyet) önceden vazgeçilmesi mümkündür. Yalnız başlı başına özel rücu hakkının kullanılmayacağı kabul edilmesi, esasen ona bağlı özellik gösteren halefiyeti de engeller. Salt halefiyetten faydalanılmayacağına ilişkin bir anlaşma ise aynı etkiyi meydana getirmez, müteselsil borçlu halefiyet avantajından vazgeçmiş olsa da özel rücu hakkına dayalı talebi var olmaya devam edecektir.

²²³¹ Bkz. bu yönde eleştirileri için Kırca, **Değişiklikler**, s. 671-672; Kurt, **a.g.e.**, s. 158; Pichonnaz, **Prescription**, s. 176.

Özel rücu hakkından önceden vazgeçilmesi, aslında iç ilişkide paylaşımın TBK m. 167’den farklı şekilde yapılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, eşit paylaşım karinesi reddedilerek borcun nihai yükünün belirli bir ya da birden fazla borçluda toplanması sağlanmış olur. Örneğin A karşısında müteselsil borçlu konumunda bulunan B1, B2 ve B3 3.000 TL için sorumlu olsunlar. Başlangıçta yapılan bir kararlaştırma ile iç ilişkide borcun tüm yüküne katlanacak olan kişi B3 olarak belirlenebilir. Bu durumda B3, ödemenin tamamını gerçekleştirdiğinde B1 ve B2’ye rücu etmekten vazgeçmiş olurken, B1 ve B2 de ödemenin tamamını gerçekleştirdikleri olasılıkta birbirlerine rücu etmekten vazgeçmiş olurlar. Öte yandan, özel rücu hakkından vazgeçildiği için, bu aynı ölçüde halefiyetin de söz konusu olmayacağı anlamına gelir. Yalnız ispat hukuku çerçevesinde şu nokta gözden kaçırılmamalıdır. Verdiğimiz örnekte ödemenin tamamını gerçekleştiren B1, böyle bir hakkı olmadığı halde B2’ye özel veya genel yoldan rücu etmek isteyebilir. Bu durumda, şayet B2, TBK m. 167 f.1’in aksine bir kararlaştırma olduğunu ispat edemezse, kendisine rücu edilmesine katlanmak zorunda olacaktır.

Diğer taraftan müteselsil borçluların tamamının veya bir kısmını halefiyete dayanmayacaklarını kararlaştırmaları da mümkündür. Borçluların bu anlaşması tamamen iç ilişkide kalabileceği gibi, alacaklıyla olan dış ilişkiye de yansıtılabilir. Yalnız bu anlaşmanın dış ilişkide veya iç ilişkide olması, anlaşmadan doğan borca aykırılık bakımından şöyle bir farklılık meydana getirebilecektir. Eğer anlaşma salt iç ilişkide kalacak olursa, alacaklıyla olan dış ilişkide borçlulardan biri tarafından ifanın yapılmasıyla birlikte, halefiyet sonucu yine oluşacak, müteselsil borçlunun halefiyete dayanması onun iç ilişki dâhilindeki bir borca aykırılığı olarak değerlendirilecek ve diğer borçluların TBK m. 112 uyarınca borca aykırılıktan ötürü tazminat talep etme hakları bulunacaktır. Öte yandan alacaklının halefiyetin kendisine yüklediği sonuçları yerine getirme ve TBK m. 168 f.2 uyarınca teminatları koruma yükümlülükleri de devam edecektir, zira anlaşma iç ilişkide kaldığı için nispi özelliكتedir, alacaklı bundan faydalanamaz. Buna karşılık anlaşma alacaklıyla olan dış ilişkiye yansıtıldığında durum farklı olacaktır. Bir defa bu durumda ifayla birlikte halefiyet etkisi meydana gelmeyeceğinden müteselsil borçlu bu yol üzerinden diğerlerine başvuruda bulunamayacaktır. Alacaklının da bu konuda herhangi bir yükümlülüğü olmaz.

Bütün müteselsil borçlular halefiyetten vazgeçebileceği gibi, sadece belirli bir müteselsil borçlunun halefiyetten vazgeçmesine herhangi bir engel yoktur. Bu durumda, halefiyet hakkından vazgeçen müteselsil borçlu diğerlerine sadece –böyle bir hakkı varsa- özel rücu yolu üzerinden talepte bulunabilecektir. Alacaklının bu borçluya karşı halefiyetten kaynaklanan herhangi bir yükümlülüğü olmayacaktır.

Borca katılma ve bölünemeyen borçluluk bakımından da müteselsil borçluluk bakımından yapılan açıklamalar aynen geçerli olacaktır.

2. Kefalet Sözleşmesinde

Kefalet sözleşmesinde rücu hakkından önceden vazgeçilmesine ilişkin olarak TBK m. 582 f.3 hükmü belirleyicidir. Söz konusu hüküm kefaletle ilişkin hükümleri kefil lehine nispi emredici hükümler haline getirmektedir. Dolayısıyla bu anlamda TBK m. 596'da öngörülen halefiyete dayalı rücu hakkından kefil kısmen veya tamamen vazgeçemeyecektir²²³². Kefilin gerek halefiyet sonucunun oluşmayacağını kabul etmesi gerekse de halefiyet kapsamında kanunda kendisine başvuru yolu açık tutulan güvencelere başvurmadan vazgeçmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Alacaklıyla bu yönde yapılan bir anlaşmanın akıbeti kesin hükümsüzlük olacaktır.

Kefilin halefiyete dayalı rücu hakkının kullanmasını ağırlaştıran şartların akıbeti de aynı olacaktır. Örneğin alacaklının asıl borçludan alacağını tam olarak sağlayıncaya kadar kefilin halefiyet hakkının doğmayacağını öngören kefalet sözleşmesi şartları geçerli olmaz. Böyle bir durumda hiç şüphesiz gerçek anlamda bir feragat yoktur ama kefilin haklarından istifadesi belirli bir olayın gerçekleşmesine kadar ertelenmekte, sanki kefil belirli bir süreyle hakkından feragat etmiş olmaktadır. Bu bakış açısı üzerinden söz konusu şartların da TBK m. 582 f.3'e aykırılık teşkil edeceği açıktır²²³³.

Kefilin özel rücu hakkından vazgeçmesi ise mümkündür. Sonuçta özel rücu hakkı kefil ve asıl borçlu arasındaki ilişkiyi doğmaktadır. Kanun bu ilişkinin

²²³² Reisoğlu, **Kefalet**, s. 217; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 405.

²²³³ Bu türden şartların daha dar kapsamlı EBK m. 496 f.2 kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir, yeni düzenlemeyle sağlanan koruma bu anlamda daha geniştir (Konuyla ilgili olarak bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 217).

içeriğini düzenleyen hükümlere yer vermemektedir. Taraflar serbest iradeleriyle içeriği belirleyebilirler. Tabii tarafların bu anlaşması, halefiyet sonucunun oluşmasını da dolaylı olarak engellemiş olacaktır. TBK m. 582, salt kefalet sözleşmesi hükümleri bakımından düzenleme getirmektedir. Burada TBK m. 596'daki kuralın aksinin başka yoldan öngörülmeğe çalışıldığını söylemek isabetli olmaz. Kaldı ki bu konuda herhangi bir şüphe de duyulmamalıdır. Zira kefil, asıl borçluya bir bağışlamada bulunma kasdıyla hareket ederek kefalet sözleşmesini kurmuş olabilir, böyle bir durumda da zaten özel rücu hakkı hiç olmayacaktır. Dolayısıyla buna benzer şekilde iç ilişkide borcun (ekonomik olarak) nihai yükünün kefilde bırakılmak istenmesi ve kefilin rücu hakkından vazgeçmesi de mümkündür. Böyle bir durumda kefilin bu hareketi, kefalet sözleşmesinin ifa edilmesi neticesinde kendiliğinden gerçekleşecek halefiyet sonucuna da mani olacaktır. Zaten aynı sonuca TBK m. 596 f.3 vasiyasıyla da ulaşılabilecektir. Anılan hükme göre “[k]efil ve asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkiden doğan istem ve defiler saklıdır.” Yalnız bu durum, ancak asıl borçlu tarafından ispat edilirse bir anlam ifade edebilecektir. Zira alacaklıyı tatmin eden kefilin, ona halef olması esastır. Kefil, başka herhangi bir hususu ispat etmeksizin salt buna dayalı olarak asıl borçluya rücu etmeye kalkabilir. Asıl borçlu, böyle bir durumda iç ilişkiyi ve özel rücu hakkı bakımından getirilen kısıtlamayı ispat etmek suretiyle talebi bertaraf edebilecektir²²³⁴.

Kefille asıl borçlunun kendi iç ilişkilerinde sadece özel rücu hakkına başvurulabilmesini kararlaştırmalarının da akıbetine değinilmelidir. Böyle bir anlaşma yapılabilir mi? Bir defa belirtilmelidir ki bu, kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkideki bir anlaşma olduğu için, kefil ile alacaklı arasındaki kefalet sözleşmesi ilişkisine doğrudan bir etkide bulunamaz. Bu durumda halefiyet sonucu şüphesiz olarak gerçekleşir. Ne var ki kefil, halefiyet kapsamındaki hakları kullanmama bakımından asıl borçluya karşı olan sözleşmesel taahhüdü neticesinde sorumlu olur. Kanaatimizce böyle bir anlaşma kanun hükmünün dolanılması anlamına gelmez. Zira TBK m. 596 f.3, asıl borçlu ve kefil arasındaki özel rücu hakkını kısıtlayan veya ortadan bir anlaşmaya bile geçerlilik tanımaktadır. Asıl borçlu ile kefil arasındaki halefiyetten faydalanılmayıp sadece özel rücu hakkına başvurulacağına yönelik bir anlaşmanın, hiç rücu edilmemesine yönelik bir anlaşmaya göre daha hafif sonuçlar

²²³⁴ Kefalet sözleşmesi özelinde bkz. Özen, **Kefalet**, s. 427.

içerdiği açıktır. Öte yandan TBK m. 582 hükmünün amacı, alacaklının kefil üzerinde baskı kurmasını engellemektir.

Akla gelebilecek bir başka olasılık, alacaklı ve kefil arasındaki sözleşme ilişkisinde kefilin halefiyeti bakımından değil de, özel rücu hakkı bakımından bir sınırlama getirilmesidir. Böyle bir anlaşma hukuken üçüncü kişi lehine bir ibra anlaşması olarak nitelendirilebilir. Kefil, asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkiden doğacak rücu alacağından önceden vazgeçmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, üçüncü kişi lehine bir tasarruf işlemi yapılabilmesi doktrinde tartışmalıdır. Bir an için yapılabileceği kabul edilecek olursa bile, sonuç doğurmasının kesin olarak üçüncü kişinin bunu kabul etmesi şartıyla mümkün olabileceği sonucuna varılmalıdır. Konumuz özelinde ise, çözümlenmesi gerekli olan sorun bu anlaşmanın halefiyet hakkına etkisi ve TBK m. 582 çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Şayet bu anlaşmanın geçerli olduğu ve sonuç doğurduğu kabul edilecek olursa, özel rücu hakkından vazgeçilmesi halefiyet sonucunu da dolaylı olarak engeller. Böylece alacaklı kendisi için yasaklanan sonuca, kendi hareketi ile dolaylı olarak ulaşmış olacaktır. Dolayısıyla bu tarzda bir anlaşmanın kanunun dolanılması bakımından uygulanacak yaptırıma tabi tutulması ve dolanılan TBK m. 582 f.3 hükmü uyarınca kesin hükümsüz addedilmesi daha yerinde olabilir.

3. Garanti Sözleşmesinde

Alacaklıya aralarındaki garanti sözleşmesi dairesinde ifade bulunmuş olan garanti veren, asıl borçluya kural olarak aralarındaki iç ilişkiye dayalı olarak rücu edebilir. Bu ilişki bir sözleşme ilişkisi, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme olabilecektir. Garanti veren, teminat sebebiyle hareket ettiğinden rücu etmesi asıl olacaktır. Bununla birlikte, onun asıl borçluyla aksi yönde bir anlaşma yapmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır.

4. Sigorta Sözleşmesinde

Sigorta sözleşmesinde, sigorta tazminatını ödeyen sigortacının –zarardan sorumlu olan bir kişinin bulunması şartıyla- alacaklıya halef olması esastır. Söz konusu halefiyet esası, zarar sigortalarına hâkim olan zenginleştirme yasağında ileri

gelmektedir. Bunun yanında, sigortacı sigortalıya ödemesi sonrasında, zarar sorumlusuna özel yoldan rücu da edebilir. Bu özel rücu hakkının doğduğu ilişki, sigortacı ve zarar sorumlusu arasındaki bağlantı çoğunlukla tesadüfî bir bağlantı olarak ortaya çıkacağından, ya vekâletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme esasına dayalı olacaktır.

Sigortacının halefiyet hakkını öngören TTK m. 1472, zenginleştirme yasağı prensibinin bir uzantısı olduğu için emredici nitelik taşımaktadır. Aksi sigorta sözleşmesinde öngörülemeyecektir. Velew ki öngörüldü, anlaşma kesin hükümsüz olacaktır.

Diğer taraftan sigortacının zarar sorumlusu asıl borçluyla olan ilişkisi çoğunlukla tesadüfî bir temele dayanacağından, onunla zararın doğumu öncesinde özel rücu hakkını kısıtlayacak veya ortadan kaldıracak bir anlaşmanın yapılması pek olası değildir. Şayet böyle bir anlaşma varsa, bu durumda kefalet sözleşmesi bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde benzer bir değerlendirme üzerinden etkisi tespit edilebilir.

B. Hakkın Kaybedilmesi

1. Müteselsil Borçluluk, Borca Katılma ve Bölünemeyen Borçlulukta

a. Ortak Defi ve İtirazların İleri Sürülmemiş Olması

Ortak defiler, borcun sebebinden veya konusundan doğar. Bu defi ve itirazların nelerden ibaret olduğu yukarıda açıklanmıştır²²³⁵. Borçluların her biri bunları alacaklıya karşı ileri sürebilir. Söz konusu defilerin ileri sürülmesi borçlular bakımından bir hak olduğu gibi bir külfet de teşkil eder. Şayet borçlulardan biri ortak defi veya itirazı ileri sürmeden alacaklıya ifada bulunursa, bunun sonucu onun diğerlerine olan rücu hakkını kaybetmesidir²²³⁶. Zira diğer borçluların yerine

²²³⁵ Bkz. yukarıda §2, III, B, 1, a altındaki açıklamalarımız.

²²³⁶ Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 5; Becker, **BerKom.**, Art. 145, N. 4; Bucher, **a.g.e.**, s. 497; Béguelin, **FJS 873**, s. 2; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 166; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 449; Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1302.

getirmekten kaçınabilecekleri edim bu şekilde ifa edilmiş olur. Bu da onların malvarlığında arzu etmeyebilecekleri bir azalmaya, diğer bir deyişle zarara sebebiyet verir. Onların bu zararının sorumlusu olan kişi, ifada bulunan borçludur. Bu bağlamda onun söz konusu külfeti yerine getirmemesi rücu hakkını kaybetmesi makul bir sonuç olacaktır²²³⁷ (TBK m. 591'den kıyasen).

Bu sonuç, TBK m. 164 f.2'de “[M]üteselsil borçlulardan biri ortak defî ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur,” ifadesiyle belirtilmektedir. Her ne kadar söz konusu ifadede yer alan “sorumluluk” sözcüğü borçluların bu noktada bir yükümlülüğü olduğunu bir an için düşündürse de belirtildiği üzere burada doktrindeki genel kabul dâhilinde borçlunun sahip olduğu rücu hakkını kaybetmesi bakımından bir “külfet” olduğunun söylenmesi daha yerinde olacaktır. Bu anlamda söz konusu ifadenin “ (...) diğerlerine olan rücu hakkını kaybeder veya bir süreliğine ileri süremez,” şeklinde okunması gerekmektedir²²³⁸.

Buna karşılık şayet borçlu bu savunmalardan kusuru olmaksızın haberdar değil ise, bu durumda varılacak sonuç değişecek, borçlunun rücu hakkını kaybetmediği sonucuna ulaşmak gerekecektir²²³⁹. Dolayısıyla ilgili ortak savunmayı yapmamış olan müteselsil borçlunun rücu hakkını kaybetmemek bakımından tek şansı, savunmayı ileri sürememesinin bir başka borçlunun kusurlu davranışından ileri geldiğini ispat etmek olacaktır. Aşağıda kefalet sözleşmesinde aktarılabilecek olan

²²³⁷ Gauch / Schluep / Emmenegger, **a.g.e.**, N. 3748; Bucher, **a.g.e.**, s. 497.

²²³⁸ Aslında burada teknik olarak şunların belirtilmesi de yerinde olur: Kanunun doğrudan sözünde belirtildiği gibi okunması durumunda, müteselsil borçlu ortak defîyi ileri sürmediğinde, diğer borçlulara zarar vermiş ve onlara karşı tazminatla sorumlu olacaktır. Dolayısıyla asıl olarak söz konusu olan müteselsil borçlunun rücu alacağının yanında bu tazminat borcunun söz konusu olması ve takasla alacağının sona erdirilmesidir. Bu noktada takas bir yenilik doğuran hak olduğuna göre, bunun beyan sahibi (kendisine başvuruda bulunulan müteselsil borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekir. Ancak doktrinde genel kabul, bu sonucun kendiliğinden oluşmasıdır. Yani salt ortak defînin ileri sürülmemesinin ortaya konması bu sonuca yol açabilecektir. Normal şartlarda bu tespitin büyük bir pratik farklılık yaratacağı söylenemez.

Yalnız önemli bir farklılık şöyle ortaya çıkabilir: Eğer müteselsil borçlunun yerine getirmekle yükümlü olacağı tazminat borcu rücu alacağından daha fazla ise bu durumda onun rücu hakkını – takasla- kaybetmesi yanında hala diğer müteselsil borçluya karşı sorumlu olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle nihai yük paylaşımı oranlarının TBK m. 167 f.1'den farklı olarak tasarlandığı (örneğin 1:0 gibi) durumlarda bu sonuç ortaya çıkabilir.

Nitekim kanun koyucu böyle renksiz bir ifade içeren (“*sorumlu olur*”) düzenlemeyi söz konusu nedenlerle bu şekilde kaleme almış olabilir.

²²³⁹ Romy, **CoRo.**, Art. 145, N. 5; Béguelin, **FJS 872**, s. 2. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı BGE 57 II 518.

durumdan farklı olarak burada ispat yükü bizzat savunmayı ileri sürememiş olan birlikte (müteselsil) borçlu üzerindedir²²⁴⁰.

Kişisel defilerin ileri sürülmemiş olması ise benzer bir etki doğurmaz. Bunların ileri sürülmesi tamamen borçlunun ihtiyarındadır²²⁴¹.

Müteselsil borçluluk bakımından belirtilen bu hususlar, mevcut borca katılma ile oluşan birlikte borçluluk bakımından doğrudan, bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçlulukta ise kıyas yoluyla uygulama alanı bulacaktır.

b. İfanın Diğer Borçlulara Bildirilmemiş Olması

Alacaklıya ifada bulunmuş olan borçlu, diğerlerine konuyla ilgili bir bilgilendirmede bulunmazsa, bu durumun da rücu hakkını ortadan kaldıracığı kabul edilmektedir²²⁴². Zira böyle bir durumda, basit bir bilgilendirme faaliyeti ile diğer borçlular alacaklıya tekrar ifada bulunmaktan ve şayet böyle bir ifa gerçekleştiyse sebepsiz zenginleşme (hatayla borç olmayan şeyin ifası, *condictio indebiti*) talep temeli üzerinden alacaklıya başvurmaktan kurtulacaktır. Kanun koyucu borçluyu doğrudan bu yönde harekette bulunmaya sevkeden açık bir hüküm koymamıştır. Ne var ki bu zorunluluk dürüstlük kuralı gereğince kabul edilmektedir. Borçlular arasında teselsülle birlikte bir adi ortaklık ilişkisi (geçici ortaklık) olduğu da kabul edildiğine göre bu yükümlüğün anlaşılması doğaldır, borçludan bu şekilde bir özenli davranış rahatlıkla beklenebilecektir. Bir başka birlikte borçluluk türü olan kefalet sözleşmesinde aşağıda da belirtileceği üzere, böyle bir durumda özel hüküm (TBK m. 597) bulunmaktadır²²⁴³. Ayrıca burada kefalet sözleşmesine ilişkin düzenleme getiren de kıyasen yararlanılabilecektir²²⁴⁴. Bizatihi söz konusu hüküm de aktardığımız mantık uyarınca koyulmuştur.

²²⁴⁰ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 463.

²²⁴¹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 463.

²²⁴² Sbai, **a.g.e.**, s. 145; Koller, **a.g.e.**, s. 1227; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku II**, s. 463.

²²⁴³ Sbai, **a.g.e.**, s. 145.

²²⁴⁴ Ayar / Engin, **a.g.e.**, s. 1302-1303.

2. Kefalet Sözleşmesinde

a. Asıl Borçluya Ait Savunmaların (Defi ve İtirazlar) İleri Sürülmemiş Olması

Kefil, asıl borçluya ait savunmaları alacaklıya karşı ileri sürmelidir. Bu anlamda asıl borçlunun savunmalarını ileri sürülmesi onun açısından bir hak olduğu kadar kendi açısından bir külfet (*Obligenheit, incombance*) de oluşturur²²⁴⁵. Eğer kefil, söz konusu savunmalarda bulunmayı ihmal ederse bu durum, rücu hakkının duruma göre bir süre ileri sürülememesine veya tamamen kaybına neden olur²²⁴⁶. Aksinin kabul edilmesi ve kefile rücu hakkı tanınması, asıl borçlunun bizzat kendi savunmalarından mahrum edilmesi ve durumunun kefalet yüzünden ağırlaştırılması anlamına gelirdi. Çünkü asıl borçlu, elindeki savunmalar sayesinde alacaklıyla olan ilişkisinde zaten ifada bulunmaktan geçici veya sürekli olarak kaçınabilecektir²²⁴⁷.

Bu savunmaların ileri sürülmemesinin etkisi, ileri sürülebilecek savunma sebebine göre farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Şayet kefil, asıl borçlunun ileri sürebileceği geçici defi mahiyetinde bir savunma sebebine dayanmamışsa rücu hakkından tamamen mahrum olmayacak ama bu hakkını söz konusu defi ileri sürülebilir olduğu sürece kullanamayacaktır²²⁴⁸. Bunlara örnek olarak asıl borcun bir vadeye ya da şarta bağlı bulunması ya da asıl borçlunun takas ileri sürebilme hakkının bulunması gösterilebilir. Buna karşılık kefil, sürekli bir defi hakkını veya borcu sona erdiren bir itirazı ileri sürmediğinde, asıl borçlu bunu ileri sürdüğünde hiçbir şekilde sorumlu olmayacağından, rücu hakkını bütünüyle kaybedecektir²²⁴⁹. Bunlara örnek olarak borcun doğumu, hükümleri ve talep edilebilmesiyle ilgili bütün savunma sebepleri gösterilebilir²²⁵⁰.

²²⁴⁵ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 139; Scyboz, **a.g.e.**, s. 135; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7068; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 12; Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 17; Özen, **Kefalet**, s. 371.

²²⁴⁶ Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 16; Müller, **Contrats**, s. 581; Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 140; Guhl, **FJS 181**, s. 3; Martin, **a.g.e.**, s. 370; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 64; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 19; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 697; Özen, **Kefalet**, s. 371; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 407; Başar, **a.g.e.**, s. 62.

²²⁴⁷ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 8; Özen, **Kefalet**, s. 354.

²²⁴⁸ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 50; de Biasio, **a.g.e.**, s. 104; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 408; Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 82.

²²⁴⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 50; de Biasio, **a.g.e.**, s. 108; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 219; Elçin Grassinger, **Savunma İmkânları**, s. 228; Özen, **Kefalet**, s. 371.

²²⁵⁰ Reisoğlu, **Kefalet**, s. 219.

Yalnız eğer kefil, söz konusu savunmayı, bundan haberi olmadığı için kusursuz olarak yapamamışsa, borçluya rücu edebilir. Bu konudaki ispat yükü borçlu üzerindedir, yani kefilin savunmayı bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı asıldır²²⁵¹ (TBK m. 591 f.3). Kefilin kendi savunmaları bakımından ise, böyle bir külfet altında bulunduğu söylenemez, bu savunmalarda bulunsa da bulunmasa da asıl borçluya karşı bir rücu hakkı olacaktır²²⁵².

Son olarak, eğer asıl borca ilişkin savunma sebebi, bir itiraz niteliğinde ise, kefil bunu ileri sürmeksizin her ne kadar ödemede bulunmuş olsa da, alacaklıdan ödediğini gerisin geriye isteyebilir. Özellikle borcun doğmadığı veya sona erdiği durumlarda kefalet borcundan da söz edilemeyeceği için alacaklı borç olmayan şeyin ifa edilmesi suretiyle zenginleşmiş olacaktır. Dolayısıyla, bu duruma sonradan vakıf olan kefil alacaklıya sebepsiz zenginleşmeye dayalı talepte bulunabilir²²⁵³. Ne var ki, savunma sebebi defî niteliğinde olduğunda bunun sonradan ileri sürülmesi mümkün olmaz, kefil alacaklıdan talepte bulunamaz, eğer bu definin bilinmemesinde kusurlu olduğu ortaya çıkarsa asıl borçludan da talepte bulunamayacağı için borcun nihai ekonomik yüküne katlanmak zorunda kalır.

b. İfanın Asıl Borçluya Bildirilmemiş Olması

TBK m. 597, kefile yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirme külfeti yüklemiştir. Bunu ihmal eden –kusurlu- kefil rücu hakkını kaybedecektir²²⁵⁴. Burada gözetilen amaç alacaklının birden fazla defa tatmin edilmesinin önlenmesidir²²⁵⁵, ²²⁵⁶. Aslında söz konusu düzenleme olmasaydı dahi kefile asıl borçlu arasında bir vekâlet ilişkisi bulunduğu durumlarda bu sonuca vekil olarak hareket eden kefilin özen borcuna aykırı davrandığından hareketle varılabilirdi²²⁵⁷. Söz konusu düzenleme ile kefile

²²⁵¹ Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 18.

²²⁵² Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 20; Beck, **Bürgschaft**, Art. 502, N. 5; Pestalozzi, **BasKom.**, Art. 502, N. 8; Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), **a.g.e.**, s. 535.

²²⁵³ Meier, **CoRo.**, Art. 502, N. 19; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7069.

²²⁵⁴ Müller, **Contrats**, s. 581; Scyboz, **a.g.e.**, s. 136; Guhl, **FJS 181**, s. 3; Martin, **a.g.e.**, s. 373; Fick, **Commentaire CO**, Art. 507, N. 1; Yavuz / Özen / Acar, **Özel Hükümler**, s. 698; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 389; Başar, **a.g.e.**, s. 63.

²²⁵⁵ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 137; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7070; Deschenaux, **Cautionnement**, s. 64; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 204; Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 389.

²²⁵⁶ Esasen alacaklının böyle bir ikinci kez ifa girişimine normal şartlarda engel olacağı da düşünülebilir. Ne var ki alacaklının bu şekilde hareket etmediği durumlar bakımından da asıl borçlu korunmak istenmiştir (Reisoğlu, **Kefalet**, s. 204).

²²⁵⁷ Bkz. Özen, **Kefalet**, s. 503.

asıl borçlu arasında vekâlet sözleşmesi ilişkisi olmadığı durumlarda bile bu durum rücu hakkının kaybedilmesine yol açacaktır. Kefilin bildirimde bulunmaması, özel rücu hakkını ortadan kaldırdığı gibi dolaylı olarak onun ferîsi konumunda bulunan halefiyet hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla ödemesine ilişkin bildirimde bulunmamış olan kefil asıl borçluya hiçbir suretle rücu edemez²²⁵⁸.

Kefil ödemedede bulunduktan sonra, iş hayatında makul görülebilecek en kısa zamanda bildirimde bulunmalıdır²²⁵⁹. Bildirimin yapılması bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmemektedir, kefil dilediği gibi bir bildirimde bulunabilecektir²²⁶⁰. Yalnız bildirim yapıldığının ispatının kefile ait olduğu da nazara alınacak olursa, tedbirli bir kefilin daha sonra ispat bakımından bir zorlukla karşılaşmamak adına - şekil bakımından- dikkatli hareket etmesinin gerektiği söylenebilir²²⁶¹.

Şayet asıl borçlu kefilin yaptığı ödemededen bir şekilde haberdar olmuşsa, bildirim yapılmadığı halde kefil rücu alacağını kaybetmeyecektir²²⁶². Bu durumda asıl borçlunun korunması gereken bir durumu olduğundan söz açılmaz. Zira borçlunun bu konuda bilgisi olmasına rağmen özensiz biçimde hareket etmiş olması, bildirim yapılmaması ve borçlunun ödemedede bulunması arasındaki illiyet bağı koparmaktadır. Kefilin hiç bildirimde bulunmadığı bir olasılıkta da, bildirim yapsaydı dahi asıl borçlunun ifada bulunacak olduğunu ispat etmesi aynı etkiyi meydana getirecektir. Burada da yine bildirimde bulunulmaması ve çifte ödeme vakıaları arasında bir illiyet bağı kurulamamış olacaktır²²⁶³. Dolayısıyla kefil rücu hakkından istifade edebilir²²⁶⁴.

Kefil ödemeyi yaptıktan sonra asıl borçluya bildirimde bulunmasına rağmen asıl borçlu alacaklıyı ikinci kez tatmin edecek olursa, bu durumda ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada önemli olan kefilin bildirimde bulunma külfetini yerine getirmiş olmasıdır. Kefil bunun getirdikten sonra onun rücu hakkından asıl borçlu alacaklıyı bir kez daha tatmin etti diye mahrum etmek isabetli

²²⁵⁸ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 136; Lombardini, **a.g.e.**, s. 931; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7070; Reisoğlu, **Kefalet**, s. 204.

²²⁵⁹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 508, N. 4; Fick, **Commentaire CO**, Art. 507, N. 2; Özen, **Kefalet**, s. 505.

²²⁶⁰ Beck, **Bürgschaft**, Art. 508, N. 4; Özen, **Kefalet**, s. 505.

²²⁶¹ Beck, **Bürgschaft**, Art. 508, N. 4; Özen, **Kefalet**, s. 505.

²²⁶² Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7070.

²²⁶³ Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 391.

²²⁶⁴ Özen, **Kefalet**, s. 505.

bir çözüm oluşturmaz²²⁶⁵. Diğer bir görüşe göre ise, burada bildirim geç ulaşması riski asıl borçlunun değil, kefilin omuzlarına yüklenmelidir. Böyle bir çözüm alacağın temlikinde, temlik işleminin eski ve yeni alacaklı tarafından borçluya bildirilmemesi halinde eski alacaklıya borçlu tarafından yapılan ifanın onu borçtan kurtaracağına dair TBK m. 186 hükmüyle de paralellik oluşturacaktır²²⁶⁶.

Söz konusu hüküm, kefilin gerek tam olarak gerekse de kısmi ifada bulunduğu haller bakımından uygulama alanı bulacaktır²²⁶⁷. Bu noktada ilginç bir olasılık kefil alacaklıya kısmi olarak ödemede bulunduğu gündeme gelebilir. Şayet böyle bir durumda kefil asıl borçluya herhangi bir bildirimde bulunmadan asıl borçlu ifada bulunursa, çifte ifa meydana gelmediği suretle, kefil rücu hakkından faydalanabilecektir²²⁶⁸. Şöyle ki A'nın B'den olan 10.000 TL tutarındaki alacağı için, K kefil sıfatıyla sorumludur. Kefil K, alacağın 5.000 TL için ödemede bulunduktan sonra B de kalan 5.000 TL'yi ödeyecek olursa, kefil bildirimde bulunmadığı halde bu iki ödeme alacağın farklı kısımlarına sayılacak ve kefil rücu hakkından istifade edebilecektir. Ne var ki, B 7.000 TL için ödemede bulunmuş olsaydı 2.000 TL'lik değer çifte ifa kapsamında değerlendirileceğinden kefil yalnızca 3.000 TL için B'den rücu talebinde bulunabilirdi²²⁶⁹.

Kefil, asıl borçluya olan rücu hakkını kaybetmekle birlikte, onun alacaklıdan bir talepte bulunabilmesi mümkündür²²⁷⁰. Zira böyle bir durumda alacaklıya yapılmış olan ödeme, onun malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme oluşturacaktır²²⁷¹. Nitekim bu sonuç TBK m. 597 f.3 ile de teyit edilmiştir²²⁷². Burada edim dışı bir sebepsiz zenginleşme meydana gelmiş olmaktadır. Zira alacaklının asıl borçlunun ifa teklifini, kefilin yaptığı ödemeden sonra reddetmemesi, TBK m. 597'nin etkisiyle kefilin rücu

²²⁶⁵ Beck, **Bürgschaft**, Art. 508, N. 3; de Biasio, **a.g.e.**, s. 110.

²²⁶⁶ Özen, **Kefalet**, s. 503.

²²⁶⁷ Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 390.

²²⁶⁸ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 137.

²²⁶⁹ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 137.

²²⁷⁰ Elçin Grassinger, **Rücu İlişkisi**, s. 389.

²²⁷¹ Guhl, **FJS 181**, s. 3.

²²⁷² Aslına bakılacak olursa, bildirim külfetini öngören bu düzenleme olmasaydı, kefilin ilk planda yapacağı ödeme ile asıl borcu yerine getirme yükümlülüğü de ortadan kalkacağından, asıl borçlunun yaptığı ifa "borç olmayan şeyin ifası" niteliğinde bir sebepsiz zenginleşmeye yol açardı. Kanun koyucu burada kefil üzerine bir külfet yükleyerek asıl borçlunun menfaatini üstün tutmuştur. Bu şartlarda, alacaklıyla jesaplaşacak olan kişi, her ne kadar ilk ödemeyi yapmış olsa da, kefil olacaktır (Bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 204, özellikle dn.1).

hakkını kaybetmesine yol açmaktadır²²⁷³. Dolayısıyla kefil de yaptığı ödemeyi alacaklıdan geri isteyebilmelidir.

3. Garanti Sözleşmesinde

Garanti sözleşmesi çerçevesinde alacaklıya ödemedede bulunan garanti verenin özel rücu hakkını kaybetmesine yol açabilecek sebepler kanunda yer almamaktadır. Bununla birlikte genel olarak şunlar söylenebilir: Garanti veren ve asıl borçlu arasında rücuca yol açan ilişki bir sözleşme ilişkisi (vekâlet) veya duruma göre vekâletsiz iş görme yahut sebepsiz zenginleşme olabilir.

Eğer taraflar arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunuyorsa, rücu hakkı TBK m. 510'daki vekilin masraflarının karşılanması talebine dayanacaktır. Garanti verenin vekâlet sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun davranmaksızın masraf yapması durumunda, vekilin bu masrafları karşılama borcunun olmadığı hatırlanmalıdır. Dolayısıyla genel olarak taraflar arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunduğu vakit bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerine uygun hareket etmemesinin –masrafların karşılanması şeklinde vücut bulan rücu hakkının – öncelenmiş- kaybına, aslında hiç doğmamasına yol açacağı söylenebilir²²⁷⁴. Yine rücunun taraflar arasındaki sözleşmesel talep temeline dayanacağı olasılıklarda, özel olarak irade serbestisine dayalı rücu hakkının kaybına ilişkin bazı ek şartların tasarlanması da imkân dâhilindedir.

Bundan başka taraflar arasında bir sözleşmesel ilişki bulunmuyorsa, garanti verenin talepte bulunabilmesi için ya vekâletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme talep temellerinin asgari koşullarını yerine getirmiş olması gerekir²²⁷⁵. Dolayısıyla rücu hakkının kaybedilmesine ilişkin değerlendirme bu çerçevede yapılmak gerekir. Bu şartların sağlanamaması, garanti verenin herhangi (özel) bir rücu hakkından istifade edememesine yol açacaktır.

²²⁷³ Nussbaumer, **a.g.e.**, s. 139; Fick, **Commentaire CO**, Art. 507, N. 6; Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7071; Özen, **Kefalet**, s. 504.

²²⁷⁴ Bkz. yukarıda §3, III, B, 1, b ii, aa altındaki açıklamalarımız.

²²⁷⁵ Bu şartlar için bkz. yukarıda §3, III, B, 2, a ve §3, III, B, 3, a altındaki açıklamalarımız.

4. Sigorta Sözleşmesinde

Sigorta sözleşmesini düzenleyen hükümler çerçevesinde sigortacının rücu hakkını kaybetmesine yol açabilecek bir sebep özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu bağlamda burada sigortacının kendiliğinden halefiyete dayalı rücu hakkını kaybedebileceği özel bir duruma değinmek yerinde olabilir.

Bu durumun nasıl ortaya çıkabileceğini bir **Omağ**'dan ödünç aldığımız bir örnek üzerinden ortaya koyalım. Bir binanın maliki ve kiracısı aynı sigortacıyla sigorta güvencesi sağlanması hususunda anlaşmış olabilirler. Bu durumda ileride ortaya çıkabilecek risk bakımından, muhtemel zararı verebilecek kişi (kiracı) ile zararı görecektir olan kişi aynı kişi (malik) olacaktır. Böyle bir durumda risk gerçekleştiğinde malike sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, zarardan sorumlu olsa bile kiracıya rücu edebilmesi mümkün olmaz. Zira sigortacının kiracıya sigorta himayesi sağlama borcu ile malikten devraldığı rücu alacağı, bu şekilde karşı karşıya gelmiş olurlar²²⁷⁶.

VI. Usûl Hukuku Açısından Rücu Davası

A. Görevli ve Yetkili Mahkeme

1. Genel Olarak

Ortaya çıkan hukukî bir uyuşmazlığın hangi yargı merciinde çözümleneceği konusunda görev ve yetki kuralları dikkate alınmak gerekir. Buna göre uyuşmazlığın medeni yargı içindeki hangi mahkeme tarafından çözümleneceğinin tespiti görev kurallarıyla yapılır²²⁷⁷. Dava konusunun değeri veya niteliği yapılacak değerlendirmede önem taşımaktadır. HMK'ya göre asliye hukuk mahkemeleri gerek malvarlığını gerekse de şahısvarlığını ilgilendiren davalar bakımından genel görevli mahkeme olarak kabul edilmiştir²²⁷⁸ (HMK m. 2 f.2). Bunun dışında sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıklar kanunda özel olarak belirtilmiştir²²⁷⁹

²²⁷⁶ Bkz. Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 125-126.

²²⁷⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 104.

²²⁷⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 105.

²²⁷⁹ Bkz. Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 110 vd.

(HMK m. 4). Tarafların göreve ilişkin bir anlaşma yapmaları mümkün değildir. Zira mahkemelerin görevine ilişkin kurallar kamu düzenindedir²²⁸⁰. Öte yandan somut olayda mahkeme göreve ilişkin araştırmayı re'sen gerçekleştirir. Taraflarca bu konuda itiraz edilmesine herhangi bir özel gereklilik bulunmamaktadır. Öyle ki bu kurallara bir aykırılığın bulunduğu, sadece ilk derece mahkemesi düzeyinde değil, istinaf ve temyiz yolları aşamasında da ileri sürülebilecektir veya mahkemece fark edilirse dikkate alınabilecektir²²⁸¹.

Diğer taraftan bir uyuşmazlığın hangi görevli yer mahkemesinde görüleceği ise, yetki kuralları ile saptanmaktadır. Bu kurallar uyarınca yapılacak değerlendirmede ise, dava taraflarının durumu ve dava konusunun niteği önem taşımaktadır²²⁸². Yetki kuralları göreve ilişkin olanlardan farklı olarak istisnai haller dışında kamu düzeninden görülmemiştir. Bu açıdan bir davayı görmeye yetkili birden fazla mahkemenin olduğu durumlar söz konusu olabilir. Ayrıca taraflar aralarında çıkacak uyuşmazlığı çözümlmek üzere yetkili olmayan bir mahkemeyi kanunda öngörülen şartlara uyararak yapacakları yetki sözleşmesiyle yetkili hale getirebilirler²²⁸³, ²²⁸⁴. Buna karşılık bazı hallerde, yetki meselesi kamu düzenine ilişkin olarak görülmüş ve kesin yetki kuralları getirilmiştir²²⁸⁵. Bu hallerde uyuşmazlık hakkındaki tek yetkili mahkeme kesin yetki kuralları uyarınca tespit edilen mahkemedir. Böyle olunca genel yetki kurallarından istifade sağlanamayacağı gibi uyuşmazlığın çözümü bakımından yetki anlaşması da yapılamaz.

Rücu haklarına ilişkin olarak açılacak davalar, bir alacağın yerine getirilmesine ilişkin olarak açılacak eda davalarıdır²²⁸⁶. Bu davalar kapsamında görevli ve yetkili mahkemelerin tespiti rücu alacaklısı ve rücu borçlusunu arasındaki hukukî ilişkinin tespit edilmesiyle mümkündür²²⁸⁷. Genel ve özel rücu haklarının kaynaklandıkları

²²⁸⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 112.

²²⁸¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 113.

²²⁸² Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 115-116.

²²⁸³ Genel olarak yetki sözleşmesinin yapılma şartları için bkz. Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 126 vd.

²²⁸⁴ Yalnız yetki sözleşmesi ile ilgili kısıtlama getiren bir noktaya dikkat edilmelidir. Buna göre HMK m. 17'nin öngördüğü kısıtlama uyarınca yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri (kendi aralarında) yetki sözleşmesinin tarafı olabilir. Bu düzenlemenin amacı bir uyuşmazlıkta güçlü olan tarafın diğerine belirli bir dayatmada bulunmasının engellenmesidir (Bkz. Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 126).

²²⁸⁵ Bkz. Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 123 vd.

²²⁸⁶ Karşılı, **Rücu Davası**, s. 93; Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 186.

²²⁸⁷ Karşılı, **Rücu Davası**, s. 95.

ilişkiler birbirinden farklı olacağı için, birine ya da ötekine dayanıldığında görevli ve yetkili mahkeme de farklılık gösterebilecektir. Kural olarak bu iki talep birbiriyle yarışma halindedir. İki talebin bir arada ileri sürülerek rücu alacağının iki kez elde edilmesi ise, mümkün değildir²²⁸⁸.

Bununla birlikte bazı durumlarda özel rücu hakkının kapsamı, genel rücu hakkından daha geniş olabilir. Böyle olduğunda, talep yarışması sadece örtüşen kısımlar için söz konusu olur. Halefiyetle talep edilebilecek değer üstünde kalan değer için, ki tersi mümkün değildir, özel rücu yolu üzerinden talepte bulunulması ve taleplerin “yığılmalı” şekilde birlikte gündeme getirilmesi söz konusu olabilir²²⁸⁹. Eğer teknik anlamda HMK m. 110’daki kümülatif dava yığılması (objektif dava birleşmesi) şartları oluşmuşsa, rücu alacaklısı birlikte borçlu, birbirinden bağımsız olan bu taleplerini davalıya karşı, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir²²⁹⁰. Bunun için aynı yargı çeşidi içinde bulunulması ve taleplerin tümü bakımından yetkili bir mahkemenin bulunması gereklidir²²⁹¹. Görüldüğü üzere, kümülatif dava yığılmasında talepler arasında bir bağlantı olmasına özel bir gereklilik bulunmamaktadır²²⁹². Aslında, ortada aynı dava dilekçesinde ileri sürülen iki ayrı talep bulunmaktadır, tahkikat aşaması birlikte yürütülmekle birlikte mahkeme talepler hakkında ayrı ayrı inceleme yapacaktır. Dolayısıyla, her iki talep için ayrı ispat faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yargılama sonucunda duruma göre bir talebin kabulüne diğer talebin reddine karar verilebilir²²⁹³.

HMK m. 110’daki şartların oluştuğundan söz edilemiyorsa, ister istemez rücu borçlusuna karşı, ilgili görevli ve yetkili mahkemeler önünde iki ayrı dava açılması gerekecektir. Belki böyle bir durumda da, bu davaların, sonradan birleştirilmesi mümkün olabilir. Davaların birleştirilmesi şartları, dava yığılması şartlarından farklıdır. Öyle ki birleşmenin gerçekleşebilmesi için, bu kez taleplerin arasında yakın bir bağlantı bulunuyor olmalıdır²²⁹⁴. Davaların sonucunun birbirini etkileyecek veya benzer sebeplerden doğması halinde bu bağlantı var sayılır (HMK m. 166 f.4). Eğer davalar aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde

²²⁸⁸ Tercier / Favre, **a.g.e.**, N. 7050.

²²⁸⁹ Bkz. yukarıda §3, I, B altındaki açıklamalarımız.

²²⁹⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 311.

²²⁹¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 312.

²²⁹² Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 311.

²²⁹³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 311.

²²⁹⁴ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 407.

açılmışsa, re'sen veya talep üzerine ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirme mümkündür (HMK m. 166 f.1). Birleştirilen davalarda, her ne kadar iki talep hakkında ayrı ayrı karar verilecek olsa da, tahkikat aşaması ortak olarak yürütülecektir²²⁹⁵.

2. Genel Rücu Hakkına (*Halefiyete*) Dayalı Açılan Davada

Birlikte borçlulukta halefiyete dayalı olarak açılan rücu davalarında, görevli ve yetkili mahkeme, dış ilişkiye istinaden açılacak davadaki görevli ve yetkili mahkeme olacaktır²²⁹⁶. Zira ortada dış ilişkideki alacaklıdan devralınan bir hak bulunmaktadır. Davanın konusunu oluşturacak hukukî ilişki, alacaklıyla olan dış ilişkinin niteliğine göre farklılık gösterebilecektir. Bu ilişki bir sözleşme ilişkisi olabileceği gibi haksız fiile veya başka bir hukukî sebebe dayanabilecektir²²⁹⁷. Her ne kadar halefiyetle birlikte, borcun konusu değişiklik göstererek para borcuna dönüşse de, bu durum ilk planda görevli ve yetkili mahkeme bakımından bir değişiklik meydana getirmeyecektir.

3. Özel Rücu Hakkına Dayalı Açılan Davada

Özel rücu hakkına dayalı dava, birlikte borçlular arasında tespit edilecek iç ilişkiye göre açılacaktır. Zira özel rücu hakkı, halefiyet nedeniyle doğan rücu hakkından farklı olarak yeni bir ilişkiden doğan ayrı bir alacak hakkıdır. Bu ilişki yukarıda belirttiğimiz üzere, bir sözleşme ilişkisi olabileceği gibi, vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme veya hâkimin takdir edeceği bir ilişki olabilir. Dolayısıyla davanın hangi görevli ve yetkili mahkemede açılacağı iç ilişkinin içeriğine göre değişkenlik gösterebilecektir. Ne var ki rücu ilişkisi bakımından yetkili ve görevli mahkemenin, alacaklıyla dış ilişkiyi çözüme kavuşturan mahkeme ile herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır. Dolayısıyla yapılacak tespit, salt borçlular arasındaki iç ilişkinin hukukî niteliği dikkate alınacaktır.

²²⁹⁵ Pekcanitez / Atalay / Özkes, **a.g.e.**, s. 409.

²²⁹⁶ Mestre, **a.g.e.**, s. 454. Sigorta sözleşmesi özelinde bkz. Bonnard, **a.g.e.**, s. 227.

²²⁹⁷ Karlı, **Rücu Davası**, s. 97. Sigorta sözleşmesi özelinde bkz. Omağ, **Sigortacının Halefiyeti**, s. 189.

B. Rücu Davasında İspat

1. Genel Rücu Hakkına (*Halefiyete*) Dayalı Açılan Davada

Halefiyete dayalı olarak açılan davalarda, birlikte borçlu ciddi bir avantajdan faydalanabilmektedir. O birlikte borçlu ile arasında özel bir iç ilişki olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Ortada salt dış ilişki bakımından halefiyete yol veren bir birlikte borçluluk ilişkisinin bulunduğunu ve alacaklıyı bu ilişkiye istinaden (ifa veya ifa ikamesi sayılan bir yoldan) tatmin ettiğini ispat etmesi yeterli olacaktır²²⁹⁸. Eğer bir şekilde, alacaklıyla olan ilişkinin halefiyet hakkına yol veren bir ilişki olduğunun ispat edilememesi söz konusu olursa, bu durum rücu davasının reddine sebep olacaktır²²⁹⁹. Halef birlikte borçlu bunlardan başka, hiç şüphesiz alacaklının kendisi talepte bulunsaydı ispatla yükümlü olacağı hususları da ispat etmelidir. Tabii alacaklı kendisine karşı, alacakla ilgili ispat vasıtalarını devretme yükümlülüğü altında olduğundan, halef birlikte borçlu bu noktalarda daha rahat olabilecektir.

Halef birlikte borçlunun alacaklıya yaptığı ifanın kapsamı onun rücu hakkının da kapsamını belirleyecektir. Tamamıyla gerçekleştirilen ifa, alacaklıya tam olarak halef olunmasını sağlarken, kısmen ifa aynı sonuçların kısmen gerçekleşmesine yol açacaktır. Yalnız kısmen gerçekleşen halefiyette, alacaklının kendi hakkı bakımından öncelikli konumda olduğu da gözden kaçırılmamalıdır²³⁰⁰.

Şayet birlikte borçlular arasındaki ilişki kapsamında halefiyete dayalı olan rücu hakkını engelleyen bir iç ilişki bulunuyorsa veya –mümkün olabildiği durumlarda- alacaklı ile olan ilişki kapsamında halefiyetten feragat edilmesi söz konusu ise, bunlara ilişkin ispat kendisinden talepte bulunulan birlikte borçlu tarafından ispat edilmelidir.

Halefiyette, alacağın temlikinde olduğu gibi, gerçekleşen devir neticesinde birlikte borçlunun durumunun alacaklı karşısında bulunduğu orana göre kötüleşmemesi gereklidir. Dolayısıyla kendisine başvuruda bulunulan birlikte borçlu, alacaklıya karşı yapabileceği bütün savunmaları halef birlikte borçluya karşı da yapabilir. Bu

²²⁹⁸ Weber, **BerKom.**, Art. 110, N. 81; Karşlı, **Rücu Davası**, s. 139.

²²⁹⁹ Karşlı, **Rücu Davası**, s. 139.

²³⁰⁰ Bkz. yukarıda §3, I, E altındaki açıklamalarımız.

anlamda halef birlikte borçlunun böyle bir durumda halefiyete dayalı rücu talebinin boşa dönmesi de söz konusu olabilir.

2. Özel Rücu Hakkına Dayalı Açılan Davada

Özel rücu hakkına dayalı olarak açılan davalarda ise, kural olarak özel rücu hakkının doğduğu birlikte borçlular arasındaki iç ilişkinin ispatı rücu alacaklısı tarafından ispat edilmelidir. İç ilişki ispat edilemediği durumda dava reddedilecektir. Dolayısıyla birlikte borçlu, halefiyetten doğan rücu hakkına oranla ispat bakımından daha büyük bir zorlukla karşı karşıya olacaktır²³⁰¹.

Bazı durumlarda kanun, rücu alacaklısını iç ilişkiyi ispat etmek zorunluluğundan kurtarabilir. Müteselsil borçlulukta (ve kıyasen bölünemeyen borçlulukta) uygulama alanı bulan TBK m. 167 iç ilişkinin ve bu ilişkiden doğan hakkın varlığına ve kapsamına ilişkin bir karine getirmektedir. Buna göre, birlikte borçlular arasında bir iç ilişkinin varlığı asıldır, bu ilişki çerçevesinden her bir borçlu eşit paylarla borcun nihai yükünden sorumlu bulunmaktadır. Eğer somut olayda taraflar arasında bir iç ilişki bulunmuyorsa veya iç ilişkideki paylaşım kanunda öngörülenden farklı ise, bu ayrıca ispat edilmelidir. Taraflar arasındaki iç ilişkide paylaşımın duruma göre rücu alacaklısı veya borçlusunu lehine daha farklı olması söz konusu olabilir. Bu şekilde bir farklılık olduğunun ispatı bunu ortaya koyan tarafça gerçekleştirilmelidir. Aksi takdirde karinede öngörülen sonuçlar tatbik edilecektir.

Baştan teminat amacıyla birlikte borç üstlenme veya sonradan borca katılma durumu vaki olmuş ise, salt bu hususların ispatı, iç ilişkideki paylaşımında nihai yükü olduğu gibi borcuna katılan ilk borçlunun yüklenmesi gerektiği bir fiilî karine olarak kabul edilebilir. Özellikle borca katılma durumunda, bunun teminat amacıyla olacağı da bir fiilî karine olarak kabul edilebileceğinden, salt zamansal olarak sonradan gerçekleşen bir durum olduğunun ortaya koyulması yeterlidir. Yoksa iç ilişkinin inceliklerinin ayrıca ispat edilmesine gerek olmamalıdır. Bu hususlar ortaya koyulmaksızın salt müteselsil borçluluk bulunduğu hareketle talepte bulunulduğunda ise TBK m. 167 uygulanacak ve iç ilişkide nihai yükün eşit paylaşılmasına ilişkin karine esas alınacaktır.

²³⁰¹ Karşılı, **Rücu Davası**, s. 152.

C. Esas Davanın İhbarı ve Davaya Ferî Müdahalenin Rücu Davasına Etkisi

1. Davanın İhbarı

a. Genel Olarak Davanın İhbarının Anlamı ve Şartları

Görülmekte olan bir davanın taraflarından birinin üçüncü bir kişiye bu davayı haber vermesine ve ondan bu davada kendisine yardım etmesini istemesi, davanın ihbar edilmesi olarak adlandırılmaktadır²³⁰². Davanın ihbar edileceği kişi, davanın tarafları dışında bir (üçüncü) kişi olmalı ve davanın kaybedilmesi halinde bu kişiye rücu edilebilmesi, ya da onun ihbarda bulunana rücu etmesi olasılığı bulunmalıdır²³⁰³. Konumuz özelinde bu üçüncü kişi, -kendisine rücu edilebilecek- birlikte borçlu olunan kişidir. İhbarla beraber, kendisine ihbarda bulunulan birlikte borçlu, ihbarda bulunanın yanında ferî müdahil olarak dava sürecine katılabilecektir. Davanın ihbarı zorunlu değildir²³⁰⁴, ancak ihbarın yapılabileceği durumda hiç yapılmamasının da –aşağıda değinileceği üzere- bir etkisi olacaktır.

Davanın ihbarı sayesinde, dış ilişki bakımından görülen davada verilen hüküm, rücu davasında verilecek kararı da etkileyebilecektir. Aynı etki, diğer birlikte borçluların hiç ihbar olmaksızın –ve gerekmezsizin- davaya ferî müdahil olarak katılmalarıyla da mümkün olabilir. Ancak böyle bir durumda ilk davanın tarafı olan borçlunun bu sürecin başlatılmasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Müdahale talebinde bulunmak salt, diğer borçluların tercihindedir. İlk davada verilecek olan

²³⁰² Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 227; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 107; Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3515; Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, **Medeni Usûl Hukuku**, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 522; Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 321; Karşlı, **Rücu Davası**, s. 191; Postacioğlu, **a.g.e.**, s. 316; Jacques Haldy, CPC Art. 73-82, **Code de procédure civile commenté**, (Auteurs: François Bohnet / Jacques Haldy / Nicolas Jeandin / Philippe Schweizer / Denis Tappy), Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2011, Art. 78, N. 2; Fabienne Hohl, **Procédure civile, Introduction et théorie en générale**, Tome I, Berne: Staempfli Editions SA, 2001, s. 123; François Bohnet, **Procédure Civile**, Neuchâtel: Helbing Lichtenhahn, 2011, s. 113; Tarkan Göksu, Art. 73-83 ZPO, **Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar**, Herausgegeben von Alexander Brunner / Dominique Gasser / Ivo Schwander, Zürich-St. Gallen: Dike, 2011, Art. 78, N. 2; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 201; Thomas Sutter-Somm, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 2. Auflage (unter mitarbeit von Lötscher, Cordula / Pesenti, Francesca / Seiler, Benedikt / Vontobel, Johannes), Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2012, s. 69.

²³⁰³ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3516; Postacioğlu, **a.g.e.**, s. 317; Bohnet, **a.g.e.**, s. 113.

²³⁰⁴ Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 201; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 108.

karardan ferî müdahilin olumsuz olarak etkilenebileceği de nazara alınır, diğer birlikte borçluların böyle bir etkinin oluşmasını istemeyecekleri durumlar olabilir. İşte davanın ihbarıyla birlikte ferî müdahale bulunulması diğer birlikte borçlunun tercihi olmaktan çıkarılmaktadır, o böyle bir katılımı istese de istemese de sonuçtan etkilenmektedir²³⁰⁵.

Davanın ihbarının dört temel amacının olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, ihbar edilen üçüncü kişinin ihbarda bulunan tarafa yardım etmesinin, onu desteklemesinin sağlanmasıdır. Sonuçta, o davanın öncelikle davayı kazanmayı hedefler. İşte bazı durumlarda da ihbarda bulunulan üçüncü kişi sayesinde davanın kazanılabilmesi daha olasıdır. Öyle ki üçüncü kişinin elinde davanın tamamen veya kısmen kaybedilmesine engel olacak deliller bulunuyor olabilir. Dolayısıyla onun davaya –ferî müdahil olarak- katılımıyla beraber, ihbarda bulunan kişi görülen davada daha iyi bir savunma imkânına kavuşabilecektir²³⁰⁶. İkinci olarak ihbarla birlikte ileride doğması muhtemel olan rücu hakkı da, koruma altına alınmış olur, böylelikle rücu yolunda ihbarda bulunulan diğer birlikte borçluya daha emin bir şekilde hareket edilebilir. Bu koruma, aşağıda ayrıntılarıyla değinilecek olan ihbarın etkisiyle sağlanır. İhbar yapıldıktan sonra, ihbarda bulunulan kişi davaya ferî müdahil olarak ister katılsın ister katılmasın, ihbar etkisi doğacaktır²³⁰⁷. Üçüncü olarak, ihbarla birlikte usûl ekonomisine uygun davranılmış olacağı için kamu yararına da hizmet edilir. Normal şartlarda birlikte borçluya ihbarda bulunulmadığı takdirde onun davadan haberdar olması, büyük olasılıkla ancak tesadüfi olarak mümkün olabilir²³⁰⁸. Hâlbuki belirtildiği üzere, bu birlikte borçlunun ilk davaya katılarak davanın kazanılmasının sağlanmasıyla, kendisine karşı ikinci bir dava (rücu davası) açılması olasılığı da engellenmiş olacaktır. İşte ihbar mekanizmasıyla birlikte, sözü edilen tesadüflik ortadan kaldırılmaktadır. Böylece, ikinci bir dava açılması olasılığı bir miktar daha düşürülerek usûl ekonomisine de hizmet edilmektedir²³⁰⁹. Son olarak, yine usûl hukuku anlamında önemli bir amaç, birbiriyle çelişen kararların önlenmesi ve bu suretle de hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Zira ihbarın yapılmasıyla birlikte, ihbarda bulunulan üçüncü kişi ister dava sürecine katılsın ister katılmasın kural olarak verilen karar kendi açısından bağlayıcı olacaktır.

²³⁰⁵ Murat Atalı, **Medeni Usûl Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 7.

²³⁰⁶ Atalı, **a.g.e.**, s. 43; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 522.

²³⁰⁷ Atalı, **a.g.e.**, s. 42; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 522.

²³⁰⁸ Karslı, **Usûl Hukuku**, s. 321; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 108.

²³⁰⁹ Atalı, **a.g.e.**, s. 44; Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 69.

Böylece birbiriyle bağlantılı olan uyuşmazlıklarda, mahkemelerin farklı yönde karar vermesi engellenecektir²³¹⁰.

İhbarın yapılabilmesi ise iki ayrı şartın varlığına bağlıdır (HMK m. 61 f.1). Buna göre öncelikle ortada açılmış ve görülmekte olan bir dava mevcut olmalıdır²³¹¹. Dava henüz açılmadan sırf böyle bir olasılık var diye yapılan bir ihbar, teknik anlamda davanın ihbarı olarak nitelendirilemez. Açılmış olan davada ise, tahkikat aşaması sonuçlanıncaya yani diğer bir deyişle yargılama bitinceye kadar davanın ihbarı mümkündür²³¹². Açılmış olan davanın ihbar edilebilir bir dava olması, ihbarın yapılabilmesi açısından değil, ihbarın etkisi açısından önem taşımaktadır. Dolayısıyla davanın kaybedilmesi durumunda ihbarda bulunulacak üçüncü kişiye rücu edilebilmesi (veya tam tersi) olasılığı bulunup bulunmadığını ihbarın yapılabilmesi açısından önemli değildir. Sonuçta ihbar bir duyurudan ibarettir. İkinci şart ise, davanın ihbar edileceği kişinin –kendisine rücu edilebilmesi olasılığı olan- üçüncü kişi konumunda olmasıdır²³¹³. Davanın diğer tarafına ihbarda bulunulamaz. Davanın ihbar edilebileceği kişi, davaya ferî müdahil olarak katılabilecek durumda olmalıdır. Bu anlamda ihtiyari dava arkadaşlarına ihbarda bulunabilmesi mümkündür. Zira onlardan her biri diğerine karşı açılacak olan davada üçüncü kişi konumundadır. Onların birlikte hareket etmesi veya tahkikat safhasının hepsi bakımından müşterek olması, sadece biçimsel bakımdan anlam taşır. Dolayısıyla ihtiyari dava arkadaşlarından her birinin, bir diğerinin davasına ferî müdahil olarak katılması mümkün olduğu üzere, onlara bu konuda ihbarda bulunulması da mümkündür²³¹⁴. Olağan bir rücu olasılığının söz konusu olduğu birlikte borçluluk türlerinde, borçlulardan her biri diğerine göre ihtiyari dava arkadaşı konumundadır (Bkz. HMK m. 57 f.1 (b) ve (c)).

²³¹⁰ Pekcanitez / Atalay / Özkes, **a.g.e.**, s. 227.

²³¹¹ Atalı, **a.g.e.**, s. 73.

²³¹² Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3521; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 317; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 109; Karlı, **Usûl Hukuku**, s. 322; Haldy, **CPCCom.**, Art. 79, N. 7; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 78, N. 17.

²³¹³ Atalı, **a.g.e.**, s. 75; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 523.

²³¹⁴ Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 77; Pekcanitez / Atalay / Özkes, **a.g.e.**, s. 223; Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3517.

Atalı ise (**a.g.e.**, s. 78), ihtiyari dava arkadaşlarının, her ne kadar ortada davalı sayısı kadar ayrı dava olsa da, birbirlerine göre üçüncü kişi konumunda olmadıkları kanısındadır. Buna göre ihtiyari dava arkadaşları birbirlerinin davasında ferî müdahil olarak boy gösteremeyeceğinden davanın onlardan birine ihbar edilmesi de mümkün değildir. Yazarın bu görüşüne katılmıyoruz.

b. İhbarın Yapılması Usûlü

Davanın ihbarı, bir mahkeme işlemi olmayıp tek taraflı bir usûl hukuku işlemidir²³¹⁵. Davanın karşı tarafının veya hâkimin bu konudaki iznine herhangi bir gereklilik bulunmamaktadır²³¹⁶. Öyle ki mahkeme davanın ihbarı maddî şartlarının bulunup bulunmadığını, örneğin ileride bir rücu davası açılması olasılığı olup olmadığını inceleyemez²³¹⁷. Yalnız eğer ihbar şekli şartlarını yerine getirmemişse, örneğin dava henüz açılmadan ihbarda bulunulmaya kalkılmışsa veya davanın diğer tarafına ihbarda bulunulmak istenildiyse hâkim ihbar talebini reddedebilmelidir²³¹⁸. Hâkimin maddî şartlar bakımından yapacağı asıl inceleme, üçüncü kişi ferî müdahil olarak davaya katılmak istediğinde gündeme gelecektir²³¹⁹.

İhbarın mahkeme aracılığıyla veya mahkeme dışı bir yoldan –örneğin noter aracılığıyla- yapılması mümkündür²³²⁰. Mahkeme dışı ihbar, mahkeme yoluyla yapılan ihbarın asgari şartlarını taşımalıdır²³²¹. Buna göre hangi yoldan yapılırsa yapılsın, davanın ihbarı yazılı olmalı, ihbarın yapılma sebebiyle gerekçeleri mutlaka açıklanmalı ve yargılamanın hangi aşamada olduğu belirtilmelidir²³²² (HMK m. 62 f.1). Bundan başka, yapılan ihbarda açılmış olan davanın konusu, tarafları ve davanın kaybedilmesi halinde üçüncü kişiye yapılacak rücu talebi hakkında da bilgi verilmelidir²³²³.

Davanın ihbarını gerektiren haller, davanın açıldığı sırada biliniyorsa davanın en baştan, daha sonradan öğrenildiğindeyse hemen ihbarda bulunulması yerinde olur. Bu şekilde dava zamanında ihbar edilmiş olur. Buna karşılık ihbarın davanın başında veya ihbarı gerektiren hal öğrenildikten hemen sonra yapılmaması ve daha sonraki bir zamana bırakılması halinde dava geç ihbar edilmiş olur²³²⁴. İhbarın yapılma zamanı, ihbarın etkisi bakımından önem taşır. Eğer dava zamanında ihbar

²³¹⁵ Atalı, **a.g.e.**, s. 94.

²³¹⁶ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 229.

²³¹⁷ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3519; Atalı, **a.g.e.**, s. 102; Hohl, **Procédure**, s. 123.

²³¹⁸ Atalı, **a.g.e.**, s. 102.

²³¹⁹ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3521.

²³²⁰ Haldy, **CPCCom.**, Art. 78, N. 6.

²³²¹ Atalı, **a.g.e.**, s. 94; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 317; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 523.

²³²² Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 322; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 78, N. 11.

²³²³ Atalı, **a.g.e.**, s. 98.

²³²⁴ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3521.

edilmemişse, aşağıda da belirtileceği üzere, ihbarda bulunulan üçüncü kişi bunu ileri sürerek ihbarın etkisinden kurtulabilir²³²⁵.

Davanın ihbarında, üçüncü kişinin ferî müdahil olarak dava sürecine katılması için mahkemeden süre istenmesi kural olarak mümkün değildir. Bu şekilde, davayı ihbar eden tarafın davayı uzatmasına engel olunmak istenmiştir. Ancak ihbarın tevalisi gibi zorunlu durumlarda mahkeme süre verilmesine karar verebilir. Bu şekilde süre verildiği olasılıklarda hâkim ihbarda bulunandan bir teminat göstermesini isteyemez²³²⁶.

c. İhbarın Yapılmasının Etkisi

i. İhbara Cevapsız Kalınması

Kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişi, kendisine yapılan çağrıya hiçbir cevap vermeyebilir²³²⁷. Bu durumda, ihbarda bulunan taraf davayı yalnız başına yürütmeye devam edecektir, ihbarda bulunulan kişinin cevapsız kalması ihbarda bulunan kişiyi davayı takip etme yükümlülüğünden kurtarmış olmaz²³²⁸. Cevapsız kalan üçüncü kişi hakkında ise mahkeme herhangi bir işlemde bulunmaz²³²⁹.

Davanın ihbarda bulunan kişi lehine sonuçlanması durumunda, ihbarda bulunan kişi üçüncü kişinin davaya ferî müdahil olarak katılmamasından ötürü olumsuz etkilenmemiş olur, üçüncü kişiye herhangi bir rücu talebinde bulunulamaz²³³⁰.

Davanın ihbarda bulunanın aleyhine sonuçlanması halinde ise, ihbarda bulunulana açılacak rücu davasında onun eli daha kuvvetli olacaktır. Zira üçüncü kişi, yapılan ihbar neticesinde davada verilen hükümden etkilenir, davanın kaybedilmiş olmasından ötürü kendisinin herhangi bir sorumluluğu olmadığını ileri

²³²⁵ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 319; Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 70.

²³²⁶ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 229.

²³²⁷ Diğer bir olasılık, dava tarafına dışarıdan yardımda bulunulmasıdır, ancak söz konusu durum teknik olarak ihbara cevapsız kalındığı sonucunu değiştirmeyecektir, bu olasılığa ilişkin kurallar tatbik edilir (Hohl, **Procédure**, s. 125).

²³²⁸ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3533; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 114; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 525; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 201.

²³²⁹ Hohl, **Procédure**, s. 124.

²³³⁰ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3534.

süremez, rücu talebine karşılık vermek zorunda kalır²³³¹. O, ihbara uymayarak durumunu ağırlaştırmıştır²³³². HMK m. 64 atfıyla uygulanan HMK m. 69 f.2 c.1'e göre ihbar olunan üçüncü kişinin "(...) [t]arafla rücu ilişkisinde, asıl davadaki uyumsuzluk hakkında yanlış karar verildiği iddiası dinlenilmez." O, ihbar olunana karşı, herhangi bir yardımda bulunmadığı ve yapılan çağrıya cevapsız kaldığı dava kaybedildiği için sorumlu olacaktır²³³³.

Bununla birlikte bazı hallerde ihbar olunan üçüncü kişi davanın kaybedilmesinden etkilenmez ve rücu talebine karşılık vermek zorunda kalmaz²³³⁴. HMK m. 69 c.2, bu konuda aydınlatıcıdır. Buna göre kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişi, "(...) [z]amanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir." Görüldüğü üzere ihbarda bulunulan ve cevapsız kalan üçüncü kişinin -rücu kapsamındaki- sorumluluktan kurtulabilmesinin iki yolu bulunmaktadır²³³⁵: Bunlardan ilki kendisine geç ihbarda bulunulmuş olmasıdır. Bu şekilde üçüncü kişinin kendisine ihbarda bulunulan aşamada zaten yargılama sürecine olumlu bir katkısının olamayacağını ortaya koyabilir. Öyle ki üçüncü kişinin elinde davanın kazanılmasını sağlayacak ispat vasıtaları olsa da, ihbarın yapıldığı zamanda yargılamanın geldiği aşama gözetildiğinde bunların kullanılması hiçbir şekilde mümkün olamayabilir²³³⁶. Üçüncü kişinin sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak ikinci yol ise, kendisine zamanında ihbarda bulunulmuş olmakla birlikte, davanın ihbarda bulunanın ağır kusuru (kasten veya ağır ihmalle) yüzünden kaybedilmiş olmasıdır. İhbarda bulunanın hafif kusurlu hareketleri ise aynı derecede değerlendirilmez. İhbarda bulunanın bu türden davanın kaybedilmesine sebep olan kusurlu davranışlarına örnek olarak, hâlihazırdaki ispat vasıtalarının kullanılmaması veya dava sürecinin yürütülmesinin savsaklanması (örneğin somut koşullarda gereklilik olduğu halde davanın temyiz edilmemesi, kazanılması neredeyse kesin olan davanın sulh veya feragatla sona erdirilmesi) gibi hareketleri gösterilebilir.

²³³¹ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3534; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 525; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 319.

²³³² Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 114.

²³³³ Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 525; Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 323.

²³³⁴ Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 323.

²³³⁵ Hükümde yer alan üçüncü hal, "eldeki savunma imkânlarının kullanılmasının engellenmesi", zaten aktif bir katılım çabası olmadığı için bir sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak burada işe yaramaz.

²³³⁶ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 319.

Görüldüğü her iki halde de üçüncü kişinin cevapsız kalmasıyla davanın kaybedilmesi arasındaki illiyet bağı bizzat ihbarda bulunan kişinin kusurlu hareketi nedeniyle kopmuştur²³³⁷.

Bu konudaki ispat yükü ise, tamamen üçüncü kişi üzerindedir. Eğer üçüncü kişi gerekli ispatı gerçekleştiremezse, ilk davada verilen hükümden etkilenecektir²³³⁸. Diğer bir deyişle, davanın kaybedilmesinden dolayı sorumlu olacak ve rücu talebine karşılık vermek zorunda kalacaktır.

ii. İhbar üzerine Ferî Müdahil Olarak Davaya Katılma

Kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişi, ihbara cevapsız kalmamak için davaya ferî müdahil olarak katılmayı tercih edebilir²³³⁹. Onun dava sürecine katılabilmesi için ferî müdahalenin bütün şartlarının oluşmuş olması gerekir. Davaya bakan hâkim, bu konuda karar verecektir²³⁴⁰. Diğer bir deyişle salt ihbarın yapılmış olması davaya ferî müdahil olarak katılabilmesi için yeterli değildir. Müdahale şartları oluşmamışsa, mahkeme talebin reddine karar verebilecektir²³⁴¹. Bu durumda, üçüncü kişinin kendi arzusu doğrultusunda duruşmalara katılması herhangi bir anlam ifade etmez. Böyle bir durumda ferî müdahil sıfatı da bulunmadığı için, üçüncü kişinin dava tarafının yanında herhangi bir usûlî işlem yapması da söz konusu olamaz²³⁴². O sadece sıradan bir dinleyici konumunda olacaktır²³⁴³.

Hâkim, ferî müdahale şartlarının oluştuğuna karar verirse, üçüncü kişi ferî müdahil olarak dava sürecine katılır. Bu durumda, o kendisine davayı ihbar eden tarafın yardımcısı konumunda olacak ve hükümden etkilenecektir²³⁴⁴ (HMK m. 69 f.2). Yalnız bu, özel olarak onun hakkında da hüküm verileceği anlamına gelmez, sadece ilk davada verilecek hüküm ihbarda bulunan kişi ile ferî müdahil arasında da

²³³⁷ Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 525.

²³³⁸ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3535.

²³³⁹ Üçüncü kişi ferî müdahale için gerekli şartlar bulunduğu takdirde zaten dilerse davaya katılabilecektir. Bu açıdan davanın ihbarı sonucundaki ferî müdahil olarak davaya katılmasındaki tek özellik, ihbarda bulunan dava tarafının müdahaleye herhangi bir şekilde itiraz edememesinde kendisini göstermektedir (Atalı, **a.g.e.**, s. 114).

²³⁴⁰ Atalı, **a.g.e.**, s. 113; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 79, N. 6.

²³⁴¹ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3527; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 524.

²³⁴² Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3528; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 112; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 79, N. 4.

²³⁴³ Atalı, **a.g.e.**, s. 115.

²³⁴⁴ Bohnet, **a.g.e.**, s. 114.

bağlayıcı olacaktır²³⁴⁵. Onun davaya taraf yanında katılması ve usûlî işlemlerde bulunabilmesi, müdahalenin bu etkisini zorunlu kılar. Aksi takdirde çelişkili sonuçlar ortaya çıkacaktır. Oluşan etki, kesin hükme benzer olmakla birlikte daha geniştir. Zira sadece hüküm fıkrası değil, hükmün dayandığı maddî ve hukukî unsurlar da müdahalede bulunan açısından bağlayıcılık taşımaktadır. Ferî müdahil ilk davada verilen kararın yanlış olduğunu kural olarak ileri süremeyeceği gibi, ilk davanın dayandığı vakıların da yanlış olduğunu ileri süremez.

Öte yandan her ne kadar ferî müdahalenin etkisi kesin hükümden daha geniş olsa da, mutlak özellik taşımaz. Şöyle ki, ferî müdahil davaya etkisinin olduğu ölçüde hükümle bağlı olacaktır. Bu noktada onun davaya katıldığı tarih önem taşımaktadır.

Ferî müdahil davaya katıldıktan sonra, dava kazanılırsa, zaten olumsuz bir durum söz konusu olmaz. Asıl önemli etki davanın kaybedilmesi neticesindedir. İhbarda bulunan kişi, rahatlıkla ferî müdahile rücu edebilecektir. Zira rücu davasında, ilk davada verilen hüküm hâkim tarafından re'sen gözetilecektir²³⁴⁶.

Yalnız eğer HMK m. 69 f.2'deki sebeplerden biri oluşmuşsa, yani dava geç ihbar edildiği için geç müdahale edilmiş yahut ferî müdahilin elindeki savunma imkânlarını kullanmasına ihbarda bulunan tarafından engel olunmuş veya bizzat ihbarda bulunan ağır kusuruyla elindeki savunma imkânlarını kullanamamışsa, ferî müdahil ilk davada verilen hükmün kendi açısından bağlayıcı olmadığını iddia edebilir. Bu sebeplerden birinin oluştuğunun ispatı ferî müdahilin kendi üzerindedir.

d. İhbarın Yapılmamasının Etkisi

Davanın ihbarının şartları bulunduğu halde dava tarafı, üçüncü kişiye hiçbir ihbarda bulunulmayabilir. Sonuçta ihbarda bulunulması, tamamen dava tarafının tercihindedir. Yoksa ihbarda bulunulmamış olması artık rücu davası açılmayacağı anlamına gelmez²³⁴⁷.

²³⁴⁵ Bohnet, **a.g.e.**, s. 114.

²³⁴⁶ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3527.

²³⁴⁷ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3541.

Ancak bu durumda ihbar etkisi oluşmadığı için ilk davada verilen karar üçüncü kişiyi bağlamaz. Kendisine hiçbir ihbarda bulunulmayan üçüncü kişi, ilk davada verilen hükmün yanlış kurulduğunu ileri sürebilir. Bunun için mutlaka HMK m. 69 f.2'de yer alan dava tarafının ağır kusuruyla bu sonucun oluşması şartının gerçekleşmesine de gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla rücu için açılan davada hâkim, aynı konuda tekrar incelemede bulunarak farklı yönde bir karar verebilecektir²³⁴⁸.

2. Davaya Ferî Müdahale

a. Genel Olarak Ferî Müdahalenin Anlamı ve Şartları

Bir dava neticesinde verilen hüküm, -doğrudan kesin hüküm etkisiyle- kural olarak davanın taraflarını etkilemektedir. Bununla birlikte bazı durumlarda, üçüncü kişilerin de verilen hükümden dolayı olarak etkilenmeleri söz konusu olabilir²³⁴⁹. İlk davanın kaybedilmesi durumunda, bu olumsuz sonucun bir başkasına açılacak rücu davası üzerinden yansıtılması buna örnek olarak gösterilebilir. Üçüncü kişinin böyle bir durumda tamamen dava dışından yardımda bulunması ise ancak bir noktaya kadar işe yarayabilir. İşte üçüncü kişinin tarafı olmadığı ilk davanın olumsuz olarak sonuçlanmasının ve kendisini etkilemesinin önüne geçebilmek için davaya katılabilmesi ve dava tarafına yardımda bulunması ferî müdahale kurumu ile sağlanmaktadır²³⁵⁰. Konumuz açısından bakılacak olursa, rücu ilişkisinin söz konusu olacağı birlikte borçluluk ilişkilerinde ferî müdahaleden söz açılacaktır.

Bu şekilde yanında yargılamaya katıldığı tarafın yardımcısı olarak hareket eden ferî müdahil, elindeki daha etkin olarak kullanılabilir savunma malzemesini mahkemeye sağlayarak, hem (rücu için) ikinci bir dava açılmasını engeller hem de gerçeğin daha iyi aydınlatılmasına hizmet eder²³⁵¹. Ferî müdahil, davayı ancak katılımda bulunduğu noktadan itibaren takip edebilecektir, o kendisinden önce

²³⁴⁸ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3542.

²³⁴⁹ Sbai, **a.g.e.**, s. 71; Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3451; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 514; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 305.

²³⁵⁰ Pekcantez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 222; Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3451; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 514; Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 313; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 305; Haldy, **CPCCom.**, Art. 74, N. 1; Bohnet, **a.g.e.**, s. 111; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 74, N. 1; Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 66.

²³⁵¹ Pekcantez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 222.

yapılmış işlemlerin tekrar edilmesini isteyemez²³⁵². Davaya katılma aşamasından sonra ise, dava taraflarınca yapılan işlemler, ferî müdahilin dava sürecine yapacağı yardımı kolaylaştırmak amacıyla ona da tebliğ edilecektir²³⁵³ (HMK m. 68 f.2).

Ferî müdahil davaya katılmakla birlikte davanın tarafı haline gelmez, dava sonucunda onun hakkında bir karar verilmez (HMK m. 69 f.1). O sadece yanında davaya katıldığı tarafın takip yetkisinden istifade ederek yargılama sürecine yardımda bulunur²³⁵⁴. Öte yandan ferî müdahil yalnızca yanında davaya katıldığı taraf lehine ve onun iradesine uygun işlem yapabilir, bunun dışında bir faaliyet gösteremez, dava tarafıyla birlikte hareket etmelidir²³⁵⁵ (HMK m. 68). Dolayısıyla bu bağlamda onun dava tarafının lehine olan usûl işlemlerini –duruma göre tek başına, duruma göre dava tarafıyla birlikte²³⁵⁶- gerçekleştirebilmesi imkân dâhilindedir. Yoksa yanında davaya katıldığı taraf aleyhine faaliyette bulunması söz konusu değildir²³⁵⁷. Ferî müdahilin bu şekilde bir iradesi bulunuyorsa müdahale talebini geri çekebilir²³⁵⁸.

Ferî müdahalede bulunabilmenin üç şartı bulunmaktadır. Davaya bakan hâkimin, müdahale talebinde bulunan kişinin bu şartları yerine getirip getirmediğini re'sen (*ex officio*) gözetmesi gerekecektir²³⁵⁹. Bunlardan ilki, açılmış ve görülmekte olan bir davanın mevcut bulunmasıdır. Ferî müdahale yoluyla davaya katılma, tahkikat aşaması sonuna kadar mümkündür²³⁶⁰ (HMK m. 66 f.1). İkinci şart davaya katılacak kişinin dava tarafları dışında bir üçüncü kişi olmasıdır²³⁶¹. Dava taraflarının davaya ferî müdahalede bulunabilmesi olası değildir. İhtiyari dava arkadaşlığında, ortada sadece tahkikat aşaması birlikte yürütülen dava arkadaşı sayısı kadar dava

²³⁵² Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3467; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 516; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 312; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 76, N.7; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 199.

²³⁵³ Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 516.

²³⁵⁴ Karlı, **Usûl Hukuku**, s. 314, Haldy, **CPCCom.**, Art. 76, N. 2; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 76, N. 2.

²³⁵⁵ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3469; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 516; Karlı, **Usûl Hukuku**, s. 314; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 199; Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 66.

²³⁵⁶ Bu işlemlerden hangilerinin ferî müdahilin tek başına gerçekleştirebileceğine ilişkin olarak bkz. Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3469 – 3471; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 517.

²³⁵⁷ Pekantez / Atalay / Özkes, **a.g.e.**, s. 222; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 76, N. 9; Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 66.

²³⁵⁸ Haldy, **CPCCom.**, Art. 76, N. 6

²³⁵⁹ Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 197.

²³⁶⁰ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3453; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 514; Karlı, **Usûl Hukuku**, s. 315; Haldy, **CPCCom.**, Art. 74, N. 5; Hohl, **Procédure**, s. 118; Bohnet, **a.g.e.**, s. 112; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 74, N. 17.

²³⁶¹ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3456; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 515; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 74, N. 8.

bulduğundan bunların arasından birinin diğerinin davasına ferî müdahalede bulunmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır²³⁶². Davaya katılacak olan üçüncü kişi mutlaka dava ve taraf ehliyetine sahip olmalıdır²³⁶³. Son olarak aranan şart, davaya katılacak kişinin bu konuda hukukî yararının bulunduğu sabit olmasıdır²³⁶⁴. Hukukî yarar, üçüncü kişinin hak veya borcunun ilk davanın neticesine bağlı bulunmasıdır²³⁶⁵, ²³⁶⁶. Diğer bir deyişle üçüncü kişi, ilk davanın yanında katılmak istediği taraf lehine neticelenmesi durumunda, kendi açısından meydana gelebilecek bir zarar engelleyebilecek veya bir yarar elde edebilecektir²³⁶⁷. Bunun dışında sadece ekonomik veya ideal bir yararın olması ferî müdahaleye imkân sağlamaz²³⁶⁸. Konumuz özelinde hukukî yarardan özel olarak anlaşılması gereken, müdahalede bulunmak isteyen birlikte borçluya karşı ilk davanın kaybedilmesi halinde rücu davası açılması riskinin bulunuyor olmasıdır.

b. Ferî Müdahalede Bulunulması Usûlü

Ferî müdahale talebi, davanın açıldığı mahkemeye yazılı bir dilekçeyle yapılır. Ferî müdahil yapacağı talepte, kimin yanında davaya katılmak istediğini ve müdahalede bulunma nedenini (hukukî yararına işaret eder şekilde) belirtmelidir²³⁶⁹. Müdahale talebi, şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında incelemeye tabi tutulur²³⁷⁰. Tarafların müdahale talebine itirazda bulunabilmeleri mümkündür.

²³⁶² Pekcanitez / Atalay / Özkes, **a.g.e.**, s. 223; Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 315.

²³⁶³ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3456; Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 315.

²³⁶⁴ Haldy, **CPCCom.**, Art. 74, N. 3; Hohl, **Procédure**, s. 118; Sbai, **a.g.e.**, s. 71; Bohnet, **a.g.e.**, s. 112; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 74, N. 10; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 197; Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 66.

²³⁶⁵ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3457; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 515; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 197; Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 66.

²³⁶⁶ Pekcanitez / Atalay / Özkes (**a.g.e.**, s. 224), kefalet sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluk bakımından verdikleri örnekte, daha sonra açılacak rücu davasında kefile karşı açılan ilk davada verilen hükmün doğrudan kesin hüküm teşkil etmese de, dolaylı olarak unsur etkisi sebebiyle bağlayıcı olacağını belirtmektedir.

Unsur etkisinden anlaşılması gereken şudur: İlk davada verilen hükümle üçüncü kişinin (örnekteki asıl borçlu) hukukî durumunu etkileyen hukukî ilişkisinin (kefalet ilişkisi) tespiti, daha sonraki yargılamada (rücu davası) bir başka hukukî sonucun unsurunu teşkil etmektedir. Bu yönden ilk davada verilen hüküm bir sonraki yargılamada ispat etkisine de sahip olacaktır (Kavram hakkında bkz. Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 98-101)

²³⁶⁷ Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 83.

²³⁶⁸ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3459; Pekcanitez / Atalay / Özkes, **a.g.e.**, s. 223; Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 315; Haldy, **CPCCom.**, Art. 74, N. 3; Bohnet, **a.g.e.**, s. 112; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 197.

²³⁶⁹ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3460; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 515; Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 317; Bohnet, **a.g.e.**, s. 112; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 75, N. 1; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 198.

²³⁷⁰ Göksu, **ZPOKom.**, Art. 75, N. 8; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 197.

Bununla birlikte yanında davaya katılmak istenen dava tarafının bu konuda doğrudan muvafakatının bulunması gerekmez. Onun itirazına rağmen şartlar oluşmuşsa, hâkim müdahaleye izin verebilecektir²³⁷¹.

c. Ferî Müdahalede Bulunulmasının Etkisi

Ferî müdahilin davaya katılması neticesinde, yukarıda ihbarın etkisi kapsamında da belirtildiği üzere, ilk davada verilecek hüküm, -sadece- lehine müdahalede bulunan dava tarafı ile ferî müdahil arasında da bağlayıcı olacaktır²³⁷²,²³⁷³. Bu bağlayıcılık müdahalenin etkisiyle sağlanmaktadır. Yoksa davada ferî müdahil hakkında da ayrıca hüküm verilmesi söz konusu değildir²³⁷⁴.

Ferî müdahale sonucunda oluşan etki (HMK m. 69, ferî müdahale etkisi) kesin hükme benzer olmakla birlikte daha geniştir²³⁷⁵. Buna göre, sadece hüküm fıkrası değil, hükmün dayandığı maddî ve hukukî unsurlar da müdahalede bulunan açısından bağlayıcılık taşımaktadır²³⁷⁶. Buna karşılık, müdahalenin etkisi kesin hükümdeki gibi mutlak değildir. Ferî müdahil, davaya etkisi olduğu ölçüde hükümle bağlı olacaktır. Bu noktada da müdahalede bulunan tarih önemlidir²³⁷⁷. Ancak, davaya katıldıktan sonra ferî müdahilin dava sürecinde aktif faaliyet gösterip göstermemesi müdahale etkisinin oluşması bakımından özel bir önem taşımaz²³⁷⁸. Diğer taraftan müdahalenin etkisi, verilen hükmün gerek ferî müdahil lehine gerekse de aleyhine olduğu durumlarda söz konusu olacaktır²³⁷⁹.

Rücu davasındaki hâkim, müdahalenin etkisini re'sen nazara almalıdır²³⁸⁰,²³⁸¹. Hâkim gerek ilk davada verilen hükümle gerekse de hükmün dayandığı vakıalarla

²³⁷¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 224; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 181; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 515.

²³⁷² Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 317; Bohnet, **a.g.e.**, s. 112; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 77, N. 4; Adrian Staehelin / Daniel Stahelin / Pascal Grolimund, **Zivilprozessrecht**, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2013, s. 200; Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 67.

²³⁷³ Bunun yanında davanın karşı tarafın da aynı üçüncü kişiye davayı ihbar ettiğinde onlar arasında da müdahalenin etkisi oluşacaktır (Bkz. Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 182).

²³⁷⁴ Kuru, **Usûl Hukuku IV**, s. 3473; Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 314.

²³⁷⁵ Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 67.

²³⁷⁶ Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 318; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 184.

²³⁷⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 227.

²³⁷⁸ Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 67.

²³⁷⁹ Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 183.

²³⁸⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 227; Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 194.

bağlı olacaktır. Müdahalenin etkisi hem mahkemelerin çelişik kararlar vermesinin, hem usûl ekonomisinin sağlanması yönünden önem taşımaktadır²³⁸².

Ferî müdahil ilk davada verilen kararın yanlış olduğunu kural olarak ileri süremeyeceği gibi, ilk davanın dayandığı vakıların da yanlış olduğunu ileri süremez²³⁸³. Bir tek HMK m. 69 f.2'deki şartlar oluştuğu takdirde ferî müdahil, hükmün etkisini bertaraf edebilecektir^{2384, 2385}.

²³⁸¹ Kuru'ya göre (**Usûl Hukuku IV**, s. 3484) ilk davada verilen hüküm, ferî müdahile karşı açılacak rücu davasında kesin hüküm etkisine sahip olmadığı gibi kesin delil olarak kullanılamaz. Bununla birlikte ilk davada verilen hükümden rücu davasında "kuvvetli bir takdiri delil" olarak faydalanılabilir. Bkz. aynı yönde Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 517; Karşlı, **Rücu Davası**, s. 194.

Kanaatimizce burada doğrudan müdahalenin etkisi üzerinden rücu davasına bakan hâkimin ilk davada verilen hükümlerle ilgili söylemek daha uygun olur.

²³⁸² Pekcanitez / Atalay / Özekes, **a.g.e.**, s. 227.

²³⁸³ Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 185.

²³⁸⁴ Karşlı, **Usûl Hukuku**, s. 318; Kuru / Arslan / Yılmaz, **a.g.e.**, s. 517. İsviçre Hukukunda benzer şekilde bkz. Bohnet, **a.g.e.**, s. 112; Göksu, **ZPOKom.**, Art. 77, N. 9; Staehelin / Staehelin / Grolimund, **a.g.e.**, s. 200.

²³⁸⁵ Ayrıca bkz. yukarıda §3, VI, C, 1, c, ii altındaki ferî müdahalenin etkisiyle ilgili açıklamalarımız.

SONUÇ

Alacaklı karşısında birden fazla borçlunun bulunduğu durumlarda birlikte borçluluktan söz edilmek gerekir. Birlikte borçluluk yalın ve tek bir kavram olmayıp alt ayrımları olan bir üst kavramdır. Alacaklı ile borçlular arasındaki dış ilişkinin tek veya birden çok hukukî sebebe dayanmasına göre gerçek ve gerçek olmayan birlikte borçluluk olarak iki ana gruba ayrılmaktadır. İlk grup altında elbirliği borçluluğu, kısmi borçluluk, müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma yoluyla oluşan birlikte borçluluk ve bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçluluk bulunmaktadır. İkinci grup altında ise kümülatif borçluluk ile kefalet, garanti ve sigorta sözleşmelerinden doğan birlikte borçluluk halleri yer alır. Bu borçluluk türlerinin her bir bakımından borçlular arası etkileşim ve ilişki farklı şekillerde cereyan etmektedir.

Çalışmamızda farklı birlikte borçluluk türleri bakımından borçlular arası ilişkilerle ilgili olarak varılan teknik sonuçlar şöyle özetlenebilir:

1. Elbirliği borçluluğunda borçlular alacaklı karşısında tek vücut şeklinde bulunmaktadır. Alacaklı, borçlulara kural olarak bireysel ve bölümsel başvurularda bulunamaz. Onun bütün borçlulardan birlikte talepte bulunması, onları birlikte dava ve takip etmesi zorunludur. Elbirliği borçluluğunun söz konusu olabilmesi için bir elbirliği ortaklığının varlığı zorunludur. Eğer hâlihazırda alacaklıya karşı bu şekilde borçlanmak isteyen borçlular arasında böyle bir ortaklık bulunmuyorsa, salt oluşturulan borç ilişkisi, böyle bir ortaklığın kurulmasına vesile olur. İşte alacaklı bu ortaklık malvarlığından alacağını elde edemezse, ikinci planda borçlulara bireysel ve bölümsel başvurularda bulunabilir. Bu borçluluk türü, alacaklı tatmin edildikten sonra olağan seyrinde herhangi bir hesaplaşma ilişkisine yol açmaz.

2. Kısmi borçlulukta alacaklı karşısında birden fazla borçlu bölünebilir aynı edimin belirli parçaları için bağımsız olarak borç altına girmiş olarak bulunurlar. Alacaklının bunlara yapabileceği başvuru sadece borçlandıkları pay oranında ve bireysel olabilecektir. Eğer alacaklının bir borçluya başvurusu boşa dönecek olursa, onun bu alacak payını başka bir borçludan talep edebilmesi mümkün olmaz. Alacağı bölümsel olarak elde edememe riski, alacaklının üzerindedir. Borçluların alacaklıyla olan dış ilişkideki süreçleri tamamlandıktan sonra, normal şartlarda bir iç hesaplaşma söz konusu olmaz. Bununla birlikte borç ilişkisi kurulurken alacaklıya iç ilişkideki nihai paylaşım oranları hakkında bilgi verilmemiş olması durumunda alacaklı, eşit paylaşım ilkesi uyarınca borçlulardan eşit paylar için talepte bulunabilecektir. İşte böyle bir durumda iç ilişkide hesaplaşma söz konusu olacaktır. Payından fazlası için ifade bulunan birlikte borçlu, bu fazladan sorumlu olan borçlulara talep yöneltebilecektir.
3. Müteselsil borçlulukta alacaklı karşısında birden fazla sayıda bulunan borçlular, her biri borcun tamamından sorumlu olacak şekilde bulunmaktadır. Alacaklı dilediği borçludan borcun tamamı veya bir kısmı için talepte bulunabilecektir. Bu konuda seçim hakkı ondadır. Ayrıca alacaklı tamamen tatmin edilinceye kadar borçlular borçlu kalmakta devam ederler. Müteselsil borçlulukta alacaklı alacağını elde edememe riskini minimumda tutmuş olur. Dış ilişkide müteselsil borçluların gerek konuları gerekse tabi olduğu modaliteler birbirlerinden farklılaştırılabilir. Borçlular birbirlerinden bağımsızdır, onları bir arada bulduran husus, ifa amacındaki ayniyettir. Bu anlamda söz konusu bağımsızlık da nispi bir özellik taşımaktadır. Müteselsil borçluların alacaklıyla olan dış ilişkileri tamamlandıktan sonra, borçlular arasında hesaplaşma olması olağandır. Bu hesaplaşmada gerek borçlular arasındaki iç ilişki (*özel rücu hakkı*) gerekse de kanundan doğan halefiyet ayrıcalığı (*genel rücu hakkı*) rol oynayabilecektir.
4. Mevcut borca katılma, varolan bir borç ilişkisindeki bir borçlunun borcuna katılma yoluyla müteselsil borçluluk ilişkisi meydana getiren bir hukukî işlemdir. Diğer müteselsil borçluluk yaratan durumlardan farkı, kuruluş aşamasında borca katılanın borcunun ilk borçlunun borcunun ferîsi konumunda

bulunmasıdır. Borca katılma yoluyla oluşan birlikte borçluluk, kuruluş aşamasından sonra ise müteselsil borçluluğa ilişkin genel hükümlere tabi olur.

5. Bölünemeyen edimden dolayı birlikte borçluluk, edimin bölünmez niteliğinden ileri gelen bir birlikte borçluluk türüdür. Kanunda öngörülen hükümlere bakıldığında bu borçluluk türünün müteselsil borçlulukla sonuç benzerliklerine sahip olduğu görülür. Dolayısıyla müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler kıyasen imkân olduğu ölçüde bölünemeyen borçlulukta da uygulama alanı bulur. Zira genel olarak müteselsil borçlulukta birlikte borç ilişkisi *sübjektif* (borçlulardan kaynaklanan), bölünemeyen borçlulukta ise *objektif* (edimin özelliğinden kaynaklanan) bir birliktelik söz konusudur. Nitekim alacaklı her bir birlikte borçludan borcun tamamı için talepte bulunabilir, bunun akabinde de borçlular arası bir hesaplaşma söz konusu olur. Bu hesaplaşmada da borçlular, gerek aralarındaki iç ilişkiden gerekse de kanunda öngörülen halefiyetten faydalanabilirler.
6. Kümülatif borçlulukta alacaklı karşısında birden fazla farklı sebeple borç altına girmiş birden fazla borçlu bulunmaktadır. Bu borçluluk türü yapısal olarak olmasa da, sonuçları bakımından kısmi borçlulukla benzerlik göstermektedir. Nitekim kısmi borçlulukta “atomize” olmuş tek bir edim, burada ise birden fazla edim birbirinden bağımsız olarak bulunmaktadır. Alacaklı kümülatif borçluların her birinden borçlarını ayrıca yerine getirmelerini talep edebilecektir. Borçlulardan birinin yaptığı ifa, bir diğerinin borcuna hiçbir etkide bulunmaz. Bu bağımsızlığın olağan sonucu olarak borçlular arasında alacaklıyla olan dış ilişki(ler) nihayete erdiğinde, borçlular arasında herhangi bir hesaplaşma olmaz.
7. Kefalet sözleşmesi, ferî bir kişisel teminat sözleşmesidir. Bir asıl borcun varlığına gereksinim duyar. Kanun, bu sözleşmenin kaderini bir başka sözleşmenin kaderine bağlı kılmıştır. Bu sözleşmeyle oluşan birlikte borçlulukta borçlular, farklı ve ayrı sebeplerle borçlu olarak bulunmaktadır: Bir tarafta kefalet sözleşmesinden doğan kefalet borcuyla yükümlü kefil, diğer tarafta asıl borç ilişkisindeki asıl borçlu. Söz konusu birlikte borçluluğa vücut veren kavram risk kavramıdır. Öyle ki kefalet sözleşmesi asıl borç ilişkisinde borcun ifa edilmemesi rizikosunu güvencesini konu alır. Bu birlikte borçluluk

yapısında kefil tali bir sorumluluk altında bulunmaktadır. Alacaklı önce asıl borçludan talepte bulunabilecek daha sonra kefile başvurabilecektir. Kural olarak bu birlikte borçluluk ilişkisinde nihai borç yükünü taşıması gereken kişi asıl borçludur. Buna göre alacaklıyı tatmin eden birlikte borçlu kefil olursa o dilerse asıl borçluyla arasındaki iç ilişkiye gerekse de kanunda sağlanan halefiyet avantajına dayanabilecektir.

8. Alacaklı karşısında kefalet güvencesini veren birden fazla kefalet borçlusu olduğunda duruma göre ortaya bağımsız toplu kefalet, (adi / müteselsil) birlikte kefalet ve kısmi kefalet halleri gündeme gelebilir. Bu durumda asıl borçluyla olan birlikte borçluluk ilişkisinin yanında, kefiller arasında da ayrıca bir birlikte borçluluk ilişkisi oluşmaktadır.
9. (Teminat amaçlı) garanti sözleşmesi de kefalet gibi bir kişisel teminat sözleşmesidir. Kefalet sözleşmesinden farkı bu sözleşmeyle oluşan birlikte borçlulukta ferîlik ilintisinin bulunmuyor olmasıdır. Şöyle ki, garanti borcu asıl borcun kaderinden farklı bir kader seyredebilir. Bu anlamda garanti verenin asıl borcun konusu olan edimi konu aldığı söylenebilir. Bununla birlikte bu borçluluk ilişkisine de vücut veren kavramın risk kavramı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla garanti sözleşmesinin bu ölçüde (risk kavramının kurduğu bağ dolayısıyla) asıl borç ilişkisinden etkileneceği söylenebilir. Yine kefalet sözleşmesinde olduğu gibi bu sözleşme kapsamında da nihai borç yükünü taşıması gerekli olan kişi asıl borçludur. Dolayısıyla alacaklı, garanti veren tarafından tatmin edildiği durumda, garanti veren asıl borçluyla hesaplaşabilecektir. Yalnız bu hesaplaşmada salt borçlular arası iç ilişkiye dayanılabilir, bir halefiyet ayrıcalığı öngörülmemiştir.
10. Asıl borç için garanti veren kişilerin sayısı birden fazla olabilir. Bu durumda, asıl borçluyla olan ilişkinin yanında, garanti verenlerin kendi aralarında da bir birlikte borç ilişkisinin olduğu söylenebilir. Bu ilişki duruma göre bir kısmi borçluluk, elbirliği borçluluğu veya müteselsil borçluluk olabilecektir.
11. (Zarar) sigorta(sı) sözleşmesi, sigorta primi olarak adlandırılan belirli bir bedel karşılığında, sigorta ettirenin bir maddî çıkarımın kaybına sebep olacak belirli bir riski taşımayı, bu risk ortaya çıktığında da meydana gelen zararın karşılanmasına yönelik olarak sigorta tazminatını ödemeyi üstlendiği

sözleşmedir. Bu sözleşme ile bir birlikte borçluluk durumunun meydana gelmesi, sigortalıya zarar veren ve bundan sorumlu olan bir üçüncü kişinin varlığına bağlıdır. Oluşan borçluluk ilişkisi çoğunlukla tesadüfidir. Sigortacı sigorta sözleşmesine dayalı olarak sigortalıya sigorta tazminatı ödemesinde bulunduğu zarar veren üçüncü kişiye karşı kanundan doğan halefiyet hakkından istifade edebilir. Birlikte borçlular arasındaki ilişki kural olarak salt bu hesaplaşmada gündeme gelecektir.

12. Alacaklının tatmin edilmesinden önce farklı birlikte borçluluk türlerinde borçlular arasında farklı etkileşimlerin olması söz konusudur. Bununla birlikte bu etkileşimlerin net olarak görüldüğü borçluluk ilişkileri müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma ile oluşan birlikte borçluluk, bölünemeyen borçluluk, kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi ve sigorta sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluklardır.
13. Elbirliği borçluluğunda borçluların bireysel hareketlerinin birbirlerine etkisi, borçlular arasında oluşacağı öngörülen geçici ortaklık ekseninde ve borca aykırı davranışlar bakımından değerlendirilebilir.
14. Kısmi borçluluk ve kümülatif borçlulukta borçluların birbirlerinden bağımsız olmaları hususu, borçluların bireysel hareketlerinin birbirlerine herhangi bir etki meydana getirmesine engel olmaktadır. Her bir borçlu alacaklı karşısında ayrı hatlarda değerlendirilmektedir. Dolayısıyla borçluların birbiriyle etkileşimi söz konusu değildir.
15. Müteselsil borçlulukta (ve mevcut borca katılma yoluyla oluşan birlikte borçlulukta) borçluların birbirlerinin durumunu ağırlaştırmaması gereği kanunda öngörülmektedir. Buna göre gerek geniş anlamda borç ilişkisinin kurulmasından sonra dar anlamda borç ilişkisi meydana getirilecek değişiklikler gerekse de borçluların borca aykırı davranışlarının sonuçları diğer borçlulara herhangi bir etkide bulunmayacaktır. Bunun tek istisnası, kanunda bir borçluya karşı zamanaşımı süresinin kesilmesi halinde diğerlerine karşı da zamanaşımının kesileceğinin öngörülmesidir. Eleştirilmekle birlikte söz konusu düzenleme esasen halefiyete dayalı rücu alacağının zamanaşımı süresini koruması bakımından özel bir anlam ifade etmektedir. Bu noktada ilk

olarak ifade bulunacak borçluya bir avantaj sağlanmış, onun bu olumlu hareketi âdeta “ödüllendirilmiştir”.

16. Bölünemeyen borçlulukta konuyu düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada müteselsil borçluluk ile olan sonuç benzerlikleri göz önüne alınarak benzer şekilde, borçluların bireysel hareketlerinin birbirilerinin durumunu ağırlaştırmaması gereği bu birlikte borçluluk türünde de kabul edilmelidir.
17. Kefalet ve garanti sözleşmeleriyle oluşan birlikte borçluluklarda ise konu birlikte borçlular arasında bilinçli bir ilişki olduğunda vekâlet sözleşmesini düzenleyen hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu durumda kefil ve garanti veren asıl borçlunun vekili konumunda bulunmaktadır. Birlikte borçlular arasında bilinçli bir ilişki bulunmadığı vakit ise borçlular arasındaki ilişki bir vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme ilişkisi olacaktır. Bu çerçevede garanti veren ve kefilin bu ilişkilerin asgari şartlarını yerine getirecek biçimde hareket etmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.
18. Sigorta sözleşmesiyle oluşan birlikte borçlulukta ise borçlular arasında tesadüfi bir ilişki söz konusu olacaktır. Dolayısıyla sigortacının birlikte borçlu olduğu sigortalıya zarar veren üçüncü kişiyle olan münasebeti, sigortalı tatmin edildikten sonra söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda da, ilgili durumun gerçekleşmesi öncesinde birlikte borçluların bireysel hareketleri bakımından bir etkileşim söz konusu olmayacaktır.
19. Alacaklının tatmin edilmesinden önceki dönemde, bazı birlikte borçluluk türlerinde alacaklıya karşı sahip olunan defî ve itirazların ileri sürülmesi özellik gösterir. Bunlar müteselsil borçluluk ve kefalet sözleşmesinden doğan birlikte borçluluk halleridir.
20. Müteselsil borçlulukta defî ve itirazlar ikiye ayrılarak değerlendirme yapılır. Buna göre kişisel defî ve itirazların ileri sürülmesi borçlunun seçiminde iken, ortak defî ve itirazların ileri sürülmesi daha sonra söz konusu olacak rücu ilişkisinde sorun yaşanılmaması bakımından önem taşımaktadır.

21. Kefalet sözleşmesi bakımından da defî ve itirazların ileri sürülmesi, kefaletin ferî özelliği bağlamında kefil açısından önem taşımaktadır. Kefilin, asıl borçluya ait defî ve itirazları ileri sürmesi, müteselsil borçlulukta ortak defî ve itirazlar bakımından söz konusu olduğu gibi bir külfet teşkil etmekte, bunların ileri sürülmemesi daha sonra rücu aşamasında problemlerin ortaya çıkmasına yol vermektedir.
22. Birlikte borçlulukta alacaklının tatmin edilmesi öncesinde birlikte borçluların hepsinin veya bazılarının borçtan kurtulması söz konusu olabilir. Konu müteselsil borçluluk, bölünemeyen borçluluk, borca katılma ile kefalet, garanti ve sigorta sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluklar bakımından önem taşımaktadır.
23. Müteselsil borçlulukta bazı borçtan kurtulma sebepleri borçluların tamamen borçtan beri olmasını sağlarken, bazı borçtan kurtulma sebepleri sadece bireysel etki doğurur. Bireysel etki doğuran borçtan kurtulma sebeplerinin kısmen diğerlerinin durumunu etkilemesi de söz konusu olabilir. Borca katılma ve bölünemeyen borçlulukta da benzer sonuçlar geçerli olacaktır.
24. Kefalet sözleşmesinde, ferîlik özelliği kapsamında, birlikte borçlulardan kefilin borçtan kurtulma halleri özellik arz edebilecektir. Şöyle ki, kefil hem asıl borç sözleşmesinden kaynaklanan sebeplerle hem de kefalet sözleşmesinden kaynaklanan özel sebeplerle borçtan kurtulabilir. Oysa aynı durumun tersi asıl borçlu açısından geçerli olmayacaktır.
25. Garanti sözleşmesinde garanti borcunun asıl borcun kaderine tabi olmaması yani bağımsızlık ilkesi çerçevesinde aynı sonucun oluşacağından söz edilemez. Yalnız bu sözleşme (garanti) bakımından da risk kavramı üzerinden yapılacak değerlendirme, asıl borç ilişkisinde gerçekleşen bazı özel durumların garanti verenin borcunu etkilemesine yol açabilir. Bundan başka garanti veren garanti sözleşmesinde öngörülmüş sebeplerle borçtan kurtulabilir.
26. Sigorta sözleşmesiyle oluşan birlikte borçlulukta, alacaklının (sigortalı) üçüncü kişi ile olan ilişkisinde öncelikle talepte bulunması veya başka şekillerde üçüncü kişiden olan alacağı üzerinde tasarrufta bulunması sigortacının durumunu etkiler, onun borçtan kurtulmasına yol açar. Bunun dışında üçüncü

kişi ve sigortalı arasındaki ilişkinin sigorta sözleşmesinde sigortacının borcu bakımından bir etki meydana getirdiği tam olarak söylenemez. Öte yandan tabiidir ki sigortacı sigorta sözleşmesi dairesinde oluşan özel borçtan kurtulma sebeplerinden yararlanabilir.

27. Birlikte borçlular arasındaki ilişkilerin asıl yoğunlaştığı yer, alacaklının tatmin edilmesinden sonraki aşamadır. Bu aşamada iç hesaplaşmadan ve rücu ilişkilerinden söz edilmesi gerekir. Yalnız bu durum her birlikte borçluluk ilişkisi özelinde gündeme gelmez. Elbirliği borçluluğu, -kural olarak- kısmi borçluluk ve kümülatif borçluluk, bir rücu ilişkisi meydana getirmez.
28. Rücu hakkı, bir kimsenin bir başkası için yaptığı fedakârlık nedeniyle geriye dönerek ona başvuruda bulunması ve bunun karşılanmasını istemesidir. Özel rücu hakkı ve genel rücu (*halefiyet*) hakkı olmak üzere iki farklı rücu hakkından söz edilebilir.
29. Özel rücu hakkı, buna hak kazananın malvarlığında alacaklıyla olan ilişkinin tamamen dışında başka bir ilişkiden doğma yeni bir borç meydana getirmektedir. Bu ilişki duruma göre bir sözleşme ilişkisi, bir vekâletsiz iş görme ilişkisi veya sebepsiz zenginleşme olabilecektir. Bazı özel hallerde ise, kanun özel rücu ilişkisinin türünü ve kapsamını tayin etme yetkisini hâkime vermiş bulunmaktadır. Haksız fiillerden ötürü kanundan doğan teselsül ilişkisinde durum böyledir.
30. Genel rücu hakkı olan halefiyet ise, yalnızca kanunda öngörülen hallerde veya iradeyle tanınmak istenildiğinde kanunda belirtilen şartların yerine gelmesiyle faydalanılabilecek bir rücu yoludur. Dolayısıyla nitelik itibariyle istisnaidir. Zira ifayı gerçekleştiren borçlu, âdeti alacaklının tahtına oturmakta, onun yetkilerinden faydalanabilmektedir. Yani özel rücu hakkında bahsedilenden farklı olarak, buradaki rücu hakkı başka bir ilişkiden doğan yeni bir hak değildir. Alacaklıya yapılan ifanın borcu sona erdirdiği kuralının bir istisnası olarak, ifade bulunan borçluya alacaklının hakkı kanunen aktarılmaktadır. Böyle bir varsayımda bulunulmasının nedeni, ifade bulunan borçlunun daha fazla korunabilmesi düşüncesidir. Dolayısıyla halefiyetle sağlanan rücu yolunda borçlu, varsa alacak için birinci planda verilmiş olan –ferî veya

bağımsız- tüm teminatlardan ve özellikle ispat avantajlarından faydalanabilecektir. Yalnız halefiyetle sağlanan bu imkânın sınırlarını özel rücu hakkının çerçevesi çizmektedir.

31. Rücu olasılığının gündeme geldiği birlikte borçluluk ilişkilerinden müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma, bölünemeyen borçluluk, kefalet ve sigorta sözleşmeleriyle oluşan birlikte borçluluk türlerinde hem özel rücu hakkı hem de kanun tarafından tanınmış genel rücu hakkı (halefiyet) kullanılabilir. Buna karşılık garanti sözleşmesi sadece özel rücu hakkı üzerinden rücu denkleştirmesi yapılabilmesine imkân vermektedir.
32. Bu iki hak, aynı amaca hizmet eden, birbirinden ayrı haklar olarak değerlendirmeye alınmalıdır. Bu haklar arasında aslolan özel rücu hakkıdır, onun ferîsi konumunda olan genel rücu hakkı ise, diğerini kuvvetlendirme amacı taşımaktadır. Söz konusu rücu hakları birbiriyle örtüşen kısımları bakımından birbirleriyle yarışır. Bundan başka bazı durumlarda –aksi mümkün olmamakla birlikte- özel rücu hakkının kapsamı genel rücu hakkından daha fazla olabilir. Böyle durumlarda da iki hak kaynaştırılarak kullanılabilir.
33. Rücu davasının açılabileceği olasılıklarda usûl hukuku çerçevesinde ihbar ve ferî müdahale kurumlarından da söz açılmak gerekir.
34. Görülmekte olan bir davanın taraflarından birinin üçüncü bir kişiye bu davayı haber vermesi ve ondan bu davada kendisine yardım etmesini istemesi davanın ihbar edilmesi olarak adlandırılmaktadır. İhbar olunan kişi, dilerse davaya ferî müdahil olarak katılabilir, dilerse hiçbir tepki vermez. Öte yandan davanın ihbarının zorunlu olarak yapılması gereği bulunmamaktadır. Ancak ihbarla birlikte sağlanan ihbar etkisi sayesinde rücu alacaklısı birlikte borçlu daha güvenli bir durumda bulunacaktır.
35. Görülmekte olan bir davaya taraf olmayan üçüncü kişinin bu davanın olumsuz olarak sonuçlanmasının ve kendisini etkilemesinin önüne geçebilmek için davaya katılabilmesi ve dava tarafına yardımda bulunması ferî müdahale kurumu ile sağlanmaktadır. Ferî müdahale neticesinde ferî müdahale etkisi oluşacak ve ilk davada verilen karar ferî müdahil bakımından da bağlayıcı olacaktır.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk, “Borçlar Kanunu ve Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Müteselsil Borçluluğa Toplu Bakış (BK m. 141-147)”, **e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi** (Çevrimiçi), Şubat 2007, sayı 60, s. 1-20, (www.e-akademi.org). (“Müteselsil Borçluluk”)

Acar, Faruk, **Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arasında Teselsül**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003. (“Alacaklılar Arasında Teselsül”)

Aeberhard, R., **Notions générales en matière d’assurance**, Lausanne: Librairie Payot, Société Suisse des Commerçants, 1943.

Ağdağ-Güney, Necla, “Bankalar Kanunu’na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsî Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759’da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül (Differenzierte Solidaritaet) Düzenlemesi İle Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1207-1240.

Akıntürk, Turgut, **Müteselsil Borçluluk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1971.

Akman, Galip Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.

Akyazan, Sıtkı, “Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar”, **BATİDER**, Haziran 1974, C. VII, Sayı 3, s. 567-579. (“Sorunlar”)

Akyazan, Sıtkı, “Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, **BATİDER**, Haziran 1975, C. VIII, Sayı 1, s. 1-13. (“Zamanaşımı”)

Altay, Anlam, **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011. (“Yetki Devri”)

Altay, Sabah, **Borca Katılma**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, 2010. (“Borca Katılma”)

Altay, Sabah, “Müteselsil Borçlulukta Rücu Hakkının Doğumundan Evvel Borçtan Kurtarılma Talebi” **MÜHF, HAD**, C. 17, S. 1-2, s. 394-411. (“Borçtan Kurtarılma Talebi”)

Altop, Atilla, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler”, **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, Sayı 1-2, 2005, s. 3-31. (“Yenilikler”)

Altop, Atilla, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı**, ed. Dr. İur. Ali Çivi, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007, s.141-160. (“Tasarı”)

Ancel, Pascal, **Droit des sûretés**, Paris: Litec, 1998.

Aral, Fahrettin, “Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukukî İlişki”, **BATİDER**, Aralık 2007, C. XXVI, Sayı 2, s. 189-200. (“İlişkiler”)

Aral, Fahrettin, “Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği ve Kefaletten Farkları”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 131-145. (“Hukukî Nitelik”)

Arık, Fikret, “Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, 10 / 2, 1955, s. 45-75.

Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu’na Göre Hazırlanmış 15. Bası, Ankara: BATİHAE, 2012. (“Ticari İşletme”)

Arkan, Sabih, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukukî Durumu”, **BATİDER**, Haziran 1992, C. XVI, Sayı 4, s. 59-84. (“Bankanın Durumu”)

Armutçuoğlu, Can Yalçın, **Adi Ortaklıkta Borçlardan Sorumluluk**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, 2009.

Aşulla, Mustafa, “Başkasının Fiilini Taahhüt (Porte – fort)”, **Adalet Dergisi**, Yıl 49, Sayı 3-4, 1958, s. 230-259.

Atabek, Reşat, “Sigorta ve Sosyal Sigortada Halefiyet ve Rücu”, **İş Hukuku Dergisi**, 1969, C. I, Sayı 3, s. 226-296.

Atalı, Murat, **Medeni Usûl Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Ayanoğlu Moralı, Ahu, **Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2006.

Ayar, Ahmet / Engin, Hande, “Teselsülde Rücu”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C.II, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s. 1293-1308.

Ayiter, Nûşin, **Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları: İştirak Halinde Mülkiyet**, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1961.

Ayrancı, Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, **AÜHFD**, Yıl 2004, C. 53, Sayı 2, s. 95-120.

Barlas, Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012. (“Adi Ortaklık”)

Barlas, Nami, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1986. (“BTM”)

Barlas, Nami, “Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 213-230. (“Yenilikler”)

Barlas, Nami, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI**, 9-10 Aralık 2005, Ankara: BATİHAE, s. 39-84. (“Bazı Sorunlar”)

Barlas, Nami, “Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK m. 494/f.1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, s.170-213. (“Belirsiz Süreli Kefalet”)

Barlas, Nami, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. II, İstanbul: Beta, 2002, s. 936-989. (“Kredi Kartı”)

Başalp, Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011.

Başar, Burcu, **Ödemede Bulunan Kefilin Alacaklıya Halef Olması ve Bunun Hukukî Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2009.

Bauen, Marc / Bernet, Robert / Rouiller, Nicolas, **La société anonyme suisse**, Genève – Zurich – Bâle: Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2007.

Baysal, Başak, “Aşırı İfa Güçlüğü”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, s. 113-145.

Beck, Emil, **Das neue Bürgschaft**, Kommentar, Zurich: Schulthess, 1942.

Becker, Hermann, **Berner Kommentar, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, Bern: Verlag Staempfli & Cie, 1917.

Béguelin, Edouard, “Obligations solidaires I: Généralités et Conditions”, **FJS**, N. 872, Genève, 1945. (“FJS 872”)

Béguelin, Edouard, “Obligations solidaires II: Effets”, **FJS**, N. 873, Genève, 1945. (“FJS 873”)

Béguelin, Edouard, “Porte-Fort”, **FJS**, N. 769, Genève, 1943. (“FJS 769”)

Béguelin, Edouard, “Subrogation”, **FJS**, N. 768, Genève, 1943. (“FJS 768”)

Beignier, Bernard, **Droit des assurances**, 5ème Edition, Paris: Montchrestien, 2011.

Bénabent, Alain, **Droit des obligations**, 13ème Edition, Paris: Montchrestien, 2012.

Berr, Claude J. / Groutel, Hubert, **Droit des assurances**, 8ème Edition, Paris: Dalloz, 1998.

Bigat, Şevket Günay, **Teselsülde Dış İlişkide Borçluların Def'ileri**, Bigat Avukatlık Bürosu, (çevrimiçi), s. 1-50, 2009 (<http://www.bigat.av.tr/makaleler/Teselsulde.pdf>).

Bilge, Necip, “Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler”, **AÜHFD**, C. XI, 1954, Sayı 1-2, s. 281-295. (“Kefilin Halefîyeti”)

Bilge, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şümülu”, **AÜHFD**, C. XIII, Sayı 1-2, 1956, s. 86-171. (“Kefilin Mesuliyeti”)

Bilge, Necip, “Borçlu Hakkındaki Kesin Hükümün Kefile Tesiri”, **Adalet Dergisi**, Yıl 45, Sayı 5, Mayıs 1954, s. 592-602. (“Kesin Hükümün Etkisi”)

Bohnet, François, **Procédure Civile**, Neuchâtel: Helbing Lichtenhahn, 2011.

Boileux, Jacques Marie / Poncelet M. F.-F., **Commentaire Sur Le Code Civil**, Tome II Paris: Joubert Librairie Editeur, 1836

Bonnard, Jérôme, **Droit et pratiques des assurances**, 1ère Edition, Paris: Delmas, 1997.

Bourassin, Manuella / Brémond, Vincent / Jobard-Bachellier, Marie-Noelle, **Droit des sûretés**, 3ème Edition, Paris: Sirey, Dalloz, 2012.

Bozer, Ali, “Sigortacının Rücu Hakkı”, **BATİDER**, 1962, C. II, Sayı 3, s. 477-480. (“Rücu Hakkı”)

Bozer, Ali, **Sigorta Hukuku**, Ankara, 1965. (“Sigorta Hukuku”)

Bozer, Ali, “Sigortacının Rücu’unda Zamanaşımı”, **BATİDER**, 1962, C. II, Sayı 3, s. 473-476. (“Rücu Zamanaşımı”)

Braconi, Andrea / Carron, Blaise / Sycboz, Pierre, **Code Civil Suisse et Code des obligations annotés**, 9ème édition, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2013.

Brehm, Roland, Art. 41-61 OR, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband**, 3. Auflage, Bern: Staempfli Verlag AG, 2006.

Brehm, Roland, **Le contrat d’assurance**, Collection juridique romande, Lausanne: Payot, 1983. (“Assurance”)

Brulhart, Vincent, “La pluralité des responsables: quelques enjeux en droit des assurances”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, éd. Franz Werro, Université Fribourg, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 89-105.

Bucher, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Delictsrecht**, 2. Auflage, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988.

Buffelan-Lanore, Yvaine / Larribeau-Teneyre, Virginie, **Droit Civil, Les Obligations**, 12ème Edition, Paris: Dalloz, 2010.

Bugnon, Hubert, “Conclusions du Colloque”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, éd. Franz Werro, Université Fribourg, Staempfli Editions SA, Berne, 2009, s. 205-211. (“Conclusions”)

Bugnon, Hubert, **L’action récursoire en matière de concours des responsabilités civiles**, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1982. (“Action récursoire”)

Buz, Vedat, “Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukukî Konumu”, **BATİDER**, Cilt 28, Sayı 3, Eylül 2012, s. 5-41. (“Sigortacının Hukukî Konumu”)

Buz, Vedat, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998. (“Sözleşmeden Dönme”)

Buz, Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007. (“YDH”)

Bydlinski, Peter, §§ 414-432 BGB, **Münchener Kommentar zum BGB, Band 2**, 6. Auflage, München: C.H. Beck, 2012.

Cabrillac, Michel / Mouly, Christian / Cabrillac, Séverine / Pétel, Philippe, **Droit des sûretés**, 9ème Edition, LexisNexis, Paris: Litec, 2010.

Can, Mertol, **Türk Özel Sigorta Hukuku**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara: İmaj Yayınevi, 2007.

Canbolat, Ferhat, “Müteselsil Borcun Sona Erme Sebepleri, Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi İle Birlikte”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 66, Sayı 3, 2008, s. 68-81. (“Sona Erme”)

Canbolat, Ferhat, “Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukukî Sonuçları”, **AÜEHFD**, Cilt III, Sayı 1, 2008, s. 255-270. (“Def’i ve İtiraz”)

Canyürek, Murat, **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.

Caroni, Pio, “Geschichte und Dogmatik der Gesamthaftung”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, Band 103, 1967, s. 289-328.

Carry, Paul, **Les conditions générales de l’action en enrichissement illégitime en droit suisse**, Genève: Imprimerie Jent SA, 1927.

Carval, Suzanne, **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**, Paris: LGDJ, 1995.

Chagny, Muriel / Perdrix Louis, **Droit des assurances**, 2ème édition, lextenso editions Paris: LGDJ, 2013.

Chaix, François, CO Art. 530-551, **Commentaire Romand, Code des Obligations II, Art. 530-1186**, éd. Pierre Tercier & Marcel Amstutz, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2008.

Chappuis, Benoît, “Pluralités des responsables et transaction”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, éd. Franz Werro, Université Fribourg, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 127-155. (“Transaction”)

Chappuis, Benoît, CO Art. 62-67, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, éd. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012.

Chappuis, Benoît, “Quelques réflexions d’un praticien sur l’avant-projet de loi fédérale sur la révision et l’unification du droit de la responsabilité civile”, **La réforme du responsabilité civile**, éd. Bénédicte Foex / Franz Werro, Zurich: Schulthess, 2004, s. 123-144. (“Réflexions”)

Chappuis, Christine, **La restitution des profits illégitimes**, Collection Genevoise, Bâle & Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1991. (“Restitution”)

Corboz, Bernard, **La distinction entre la solidarité parfaite et solidarité imparfaite**, Université de Genève, Ambilly – Annemasse: Imprimerie “*Les Presses de Savoie*”, 1974. (“Distinction”)

Corboz, Bernard, CO Art. 752-761, **Commentaire Romand, Code des Obligations II, Art. 530-1186**, éd. Pierre Tercier & Marcel Amstutz, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2008.

Couchevin, Gaspard, **La clause pénale, Etude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction**, Zurich-Bâle-Genève: Schulthess, 2008. (“Clause Pénale”)

Couchevin, Gaspard, “La forfaitisation du dommage”, **Semaine Judiciaire**, 2009, II, s. 1-30. (“Forfaitisation”)

Cuendet, Jean, **La faute contractuelle et ses effets, Etude de l’article 99, al. 3 CO**, Berne: Editions Staempfli & Cie, 1970.

Çamoğlu, Ersin, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011, s. 407-419. (“Yönetim Kurulu”)

Çamoğlu, Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu**, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010. (“Hukukî Sorumluluk”)

Çandarlı, Zahit, “Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımı Kesimi”, **Adalet Dergisi**, Aralık 1945, Yıl 36, Sayı 12, s. 1288-1295.

Çavuşoğlu Işintan, Pelin, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Haksız Fiilerde Teselsül Düzenlemesi Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2004, s. 499-512.

Çil, Şahin, “İş Hukukunda İbra Sözleşmesi”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 7, Sayı 3-2004, s. 1-29.

Dağdelen, Ahmet Hakan, **818 Sayılı ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nda Borçlular Arasında Teselsül**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011.

De l’Isle, George Brière, **Droit des assurances**, Presses Universitaires de France, Paris: Thémis Droit, 1973.

De Biasio, Albino, **Der Übergang der Glaebigerrechte auf den Bürgen und desen Regressrechte**, Bern: Staempfli & Cie, 1944.

Delebecque, Philippe / Pansier, Frédéric-Jérôme, **Droit des obligations, Régime générale**, 5ème Edition, LexisNexis, Paris: Litec, 2009.

Demolombe, Charles, **Cours de Code Napoléon: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en générale**, XXVII, Paris: 1875.

Deren Yıldırım, Nevhis, **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usûl Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları**, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996.

Deschenaux, Henri, **Partie générale du droit des obligations**, Premier cahier, 2. édition revue et complétée, Fribourg: 1977. (“Partie I”)

Deschenaux, Henri, **Partie générale du droit des obligations**, Second cahier, Fribourg: 1975. (“Partie II”)

Deschenaux, Henri, **Le cautionnement**, Contrats du Code des obligations, Deuxième Cahier, Porte-Fort et cautionnement, 2ème édition, en collaboration avec Jacques Bonfils et Paul-Henri Steinhauer, Fribourg: Université de Fribourg, 1972. (“Cautionnement”)

Deschenaux, Henri / Tercier Pierre, **La responsabilité civile**, 2. édition, Bern: Staempfli & Cie, 1982.

Dessemontet, François, “Suretés, Garanties et Abstraction”, **Suretés et Garanties Bancaires**, CEDICAC, éd. Nicolas Iynedjian, Lausanne, 1997, s. 72-120.

Develioğlu, Hüseyin Murat, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı”, **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, s. 293-322. (“Borca Katılma”)

Develioğlu, Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009. (“Garanti”)

Doğan, Vahit, **Banka Teminat Mektupları**, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011.

Drobnig, Ulrich, **Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Personal Security (PEL Pers. Sec.)**, Munich: Sellier European Law Publishers & Bruylant & Staempfli, 2007.

Dürr, Charles, **Du mandat**, Editions Dürr, Renens: Impremerie Favre & Favre, 1972.

Ehmann, Horst, **Die Gesamtschuld, Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen**, Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

Elbir, Halid Kemal, “Rücu Hakkını Kullanan Müteselsil Borçlunun Borçdaşlar Arasında Tediye Kabiliyeti Olmayan Biri Bulunduğu Takdirde Durumu (BK m. 146 f.2 üzerinde yeni bir tefsir denemesi)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XX, 1948’den ayrı bası, s. 1-9.

Elçin Grassinger, Gülçin, **Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları**, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996. (“Savunma İmkânları”)

Elçin Grassinger, Gülçin, “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukukî İlişki”, **İÜHFİM**, C. LV, Yıl 1996, Sayı 1-2, s. 389-412. (“Rücu İlişkisi”)

Engin, Baki İlkay, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.

Engel, Pierre, **Contrats de droit suisse**, 2ème édition, Berne: Staempfli Editions SA, 2000. (“Partie Spéciale”)

Engel, Pierre, **Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO**, 2ème Edition, Berne: Staempfli Editions SA, 1997. (“Partie Générale”)

Erçin, Ferhat, “İkale Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2009, s. 125-139.

Erdem, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2010.

Erdoğan, Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 2012.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

Erlüle, Fulya, “Müteselsil Borçluluk ve Müteselsil Kefalet Kavramlarının Karşılaştırılması”, **AÜEHFD**, C. VII, Sayı 1-2, Haziran 2003, s. 629-644.

Erman, Eyüp Sabri, “Müşterek ve Müteselsil Borçluluk ve Borçlulardan Birinin Beraatını Gerektiren Hallerin Diğer Borçlulara Etkisi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 59, Sayı 7-12, 1968, s. 597-605. (“Beraat”)

Erman, Eyüp Sabri, “Konkordatonun Müşterek ve Müteselsil Borçlulara ve Kefillere Etkisi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 60, Sayı 1, s. 3-11. (“Konkordato”)

Erten, Ali, **Sorumsuzluk Şartları**, İstanbul: 1977.

Erten, Ali, “Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Anlaşmaları”, **Prof. Dr. Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981, s.113-121.

Favre, Antoine, **Essai sur la cause des obligations en droit suisse**, Fribourg: Imprimerie St. Augustin, 1927.

Fellmann, Walter, Art. 394-406 OR, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband**, Bern: Staempfli Verlag AG, 1992.

Fellmann, Walter / Müller, Karin, Art. 530-544 OR, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 8. Teilband**, Bern: Staempfli Verlag AG, 2006.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977.

Fick, F., **Commentaire du Code fédérale des obligations du 30 Mars 1911**, Nouvelle (4ème) Edition Révisée du Schneider / Fick, Adapté par Max=E. Porret, Neuchâtel: Delachaux & Niestlé SA, 1911. (“Commentaire CO”)

Fontaine, Marcel, **Position Paper on Plurality of Obligors and / or Obligees, Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd) Second Session**(Çevrimiçi), Rome: UNIDROIT, 4-8 June 2007 (www.unidroit.org). (“Position Paper”)

Fontaine, Marcel, “The New Provisions On Plurality of Obligors and of Obligees in the UNIDROIT Principles 2010”, **Revue de Droit Uniforme 2011**, s. 549-562. (“New Provisions”)

Franko, Nisim, “Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt (TBK.M.İBK.M.111)”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.I, İstanbul: Beta, s. 567-597. (“Taahhüt”)

Franko, Nisim, “Borçlar Kanununun 109. Maddesine Göre Halefiyet Halleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1982, Sayı 2, s. 202-220. (“Halefiyet I”)

Franko, Nisim, “Borçlar Kanununun 109. Maddesine Göre Halefiyet Halleri - II”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1983, Sayı 3, s. 384-391. (“Halefiyet II”)

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 Hilty, Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2013.

Gadmer, Paul, **Solidarschuldner und Bürge nach Schweiz Obligationenrecht**, Zurich: Buchdr. AG, 1929.

Garbarski, Andrew M., **La responsabilité civile et pénale des organes dirigeant de sociétés anonymes**, Zurich: Schulthess Médias Juridiques SA, 2006.

Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Emmenegger, Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 9. Auflage, Zurich: Schulthess, 2008.

Gautschi, Alain, **Solidarschuld und Ausgleich**, Zürich - St. Gallen: Dike Verlag AG, 2009.

Gilliard, François, “Vers l’unification du droit de la responsabilité”, **RDS**, 86, 1967 II, s. 193-323.

Gillieron, Pierre A., **Les Garanties Personnelles en Matière Bancaire**, Genève: Librairie Droz, 1969.

Giovanoli, Silvio, Art. 492-515 OR, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, II, Abteilung, 7. Teilband**, 2. Auflage, Bern: Staempfli & Cie., 1978.

des Gouttes, René, “Reprise de dette”, **FJS**, N. 365, Genève, 1942. (“FJS 365”)

Göksu, Tarkan, Art. 73-83 ZPO, **Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar**, Herausgegeben von Alexander Brunner / Dominique Gasser / Ivo Schwander, Zürich-St. Gallen: Dike, 2011. (“ZPOKom.”)

Göktürk, Hüseyin Avni, “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, Sayı 3-4, 1950, s. 325-353.

Göktürk, Kürşat / Can, Mehmet Çelebi, “Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsî İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, Haziran-Aralık 2011, s. 247-282.

Guggenheim, Edwin, **Der Garantievertrag**, Aurau: Diss., 1917. (“Garantievertrag”)

Guggenheim, Daniel, **Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Les effets des contrats**, Tome II, Genève: Georg, 1995. (“Contrats”)

Guggenheim, Daniel, **Les Contrats de la pratique bancaire suisse**, 4ème Edition, Genève: Georg Editeur, 2000. (“Droit Bancaire”)

Guhl, Théo, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Auflage, (bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey), Zurich: Schulthess, 2000. (“Obligationenrecht”)

Guhl, Théo, “Cautionnement I: Notion et formation”, **FJS**, N. 179, Genève, 1942. (“FJS 179”)

Guhl, Théo, “Cautionnement II: Les diverses espèces du cautionnement”, **FJS**, N. 180, Genève, 1942. (“FJS 180”)

Guhl, Théo, “Cautionnement III: Droits et obligations de la caution”, **FJS**, N. 181, Genève, 1942. (“FJS 181”)

Guhl, Théo, “Cautionnement IV: Fin du contrat”, **FJS**, N. 182, Genève, 1942. (“FJS 182”)

Guhl, Théo, **Das Neue Bürgschaftsrecht der Schweiz**, Zurich: Polygraphischer Verlag AG, 1942. (“Bürgschaft”)

Guhl, Théo / Kummer, Max, (çev. Sait Kemal Obut), “Adi Şirket”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 10 / 2, 1955, s. 159-170.

Guisan, François, **La Notion de Gesamte Hand ou de Conjonction**, Lausanne: Imprimeries Georges Bridel et Cie, 1905.

Gümüş, Alper, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012. (“Özel Hükümler II”)

Gümüş, Alper, “Bir Borç İlişkisinde Müteselsil Borçlulardan Birinin İbrasının Diğer Müteselsil Borçlular Üzerindeki Etkisi”, **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul: Beta, 1999, s. 311-321. (“Müteselsil Borçlulukta İbra”)

Gürkanlar, Metin, **Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK m. 50)**, Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara: Olgaç Matbaası, 1982.

Haberstich, J. (çev. Gilliéron, Ch.), **Droit Fédéral des Obligations**, Tome 1er, Moudon: J. Marti, 1886.

Hablützel, Oliver, **Solidaritaet in der actienrechtlichen Verantwortlichkeit**, Zürich-St. Gallen: Dike, 2009.

Haillecourt, Marcel, **Des obligations solidaires en droit allemand et en droit français**, Bordeaux: Imprimerie Nouvelle F. Pech & Cie, 1911.

Haldy, Jacques, CPC Art. 73-82, **Code de procédure civile commenté**, (Auteurs: François Bohnet / Jacques Haldy / Nicolas Jeandin / Philippe Schweizer / Denis Tappy), Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2011. (“CPCCom.”)

Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Heck, Phlipp, **Grundriss des Schuldrechts, unveränderte Nachdruck**, Tübingen: JCB Mohr, 1958.

Heierli, Christian / Schnyder, Anton K., Art. 143-150 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber:

Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

Heierli, Christian / Schnyder, Anton K., Art. 41-61 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

Helvacı, Mehmet, Anonim **Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2001. (“Hukukî Sorumluluk”)

Helvacı, Mehmet, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu’nun 759. Maddesi İle Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaşgünü Armağanı**, Cilt 1, İstanbul: Beta, 2001, s. 219-232. (“Farklılaştırılmış Teselsül”)

Héritier Lachat, Anne, CO Art. 419-424, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012.

Hoai, Hoang, **Des effets de la solidarité passive dans les rapports entre le créancier et le débiteur**, Paris: Les éditions Domat-Montchrestien, 1934.

Hofstetter, Josef, **Le mandat et la gestion d’affaires**, Volume VII, Tome II, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1994.

Hohl, Fabienne, CO Art. 68-83, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012.

Hohl, Fabienne, **Procédure civile, Introduction et théorie en générale**, Tome I, Berne: Staempfli Editions SA, 2001. (“Procédure”)

Honsell, Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 9. Auflage, Bern: Staempfli Verlag AG, 2010.

Hontebeyrie, Antoine, **Le fondement de l’obligation solidaire en droit privé français**, Paris: Edition Economica, 2004.

Huguenin, Claire, **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zurich: Schulthess, 2004.

İmre, Zahit, **Türk Miras Hukuku**, 2. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını: 1350, 1968.

İpek, Mehtap, “Birlikte Kefalet”, **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, s. 531-552.

İyimaya, Ahmet, “Müteselsil Borçluluğa İlişkin Bazı Sorunlar”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Ankara: 1990, s. 133-152.

Jeandin, Nicolas, CO Art. 120-126, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012.

Jürgens, Horst, **Teilschuld–Gesamtschuld–Kumulation**, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

Kahyaoğlu, Emin Cem, **Banka Garantileri**, İstanbul: Beta Yayınları, 1996.

Kapancı, Kadir Berk, **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012. (“Garanti Taahhütleri”)

Kapancı, Kadir Berk, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s. 655-683. (“Götürü Tazminat”)

Karayalçın, Yaşar, “İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 65, Sayı 4, 2007, s. 107-119.

Karlı, Abdürrahim, **Usûl Hukuku Açısından Rücû Davaları**, İstanbul: İstanbul Ofset Matbaası, 2004. (“Rücu Davası”)

Karlı, Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2011. (“Usûl Hukuku”)

Kassler, Rolf, **Die Gesamtschuld im französischen, italienischen, schweizerischen und deutschen Recht**, Saale: Halle, 1933.

Kaya, Aslan, “İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu”, **Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s. 211-243.

Kayak, Sevgi, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (Hukukî Gelişimi ile Birlikte)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010. (“Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt”)

Kayak, Sevgi, “Le contrat de garantie pure en droit turc”, **Les Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul**, XLI, N. 58, 2009, s. 239-255. (“Garantie pure”)

Keller, Max / Schöbi, Christian, **Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV**, Basel/Frankfurt: Lichtenhahn, 1984.

Kender, Rayegan, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.

Kılıçoğlu, Ahmet, “Haksız Fiilerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”, **Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2006, s. 164-183. (“Müteselsil Sorumluluk”)

Kılıçoğlu, Ahmet, **Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 448, 1979. (“Halefiyet”)

Kılıçoğlu, Ahmet, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler**, Rapor, Türkiye Barolar Birliği, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008. (“Eleştiriler”)

Kılıçoğlu, Ahmet, “Özel ve Sosyal Sigortalarda Rücu”, **AÜHFD**, Yıl 1974, 31, Sayı 1-4, s. 395-446. (“Sigortacının Halefiyeti”)

Kırca, Çiğdem, “Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı İle Getirilen Değişiklikler”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 641-677. (“Değişiklikler”)

Kırca, Çiğdem, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 23-51. (“Yenilikler”)

Kleiner, Beat, Beat Kleiner, **Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes**, 4. Auflage, Zurich: Schulthess, 1990.

Kocaman, Arif, “Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği Üzerine”, **BATİDER**, Haziran 1990, C. XV, Sayı 3, s. 49-64.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.

Koyuncuoğlu, Tennur, **Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.

Koller, Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht**, 3. Auflage, Berne: Staempfli Verlag AG, 2009.

Körner, Alexandra, **Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhaeltnis**, Zürich: Schulthess, 2011.

Kuntalp, Erden, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s. 263-299.

Kuntalp, Erden / Barlas, Nami / Ayanoğlu Morali, Ahu / Çavuşoğlu Işıntan, Pelin / Yaşar, Mert / Koç, Sedef, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2005.

Kurt, Leyla Müjde, “Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücû Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, 95, s. 135-162.

Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. III, 6. Baskı, Demir & Demir Yayınları, İstanbul, 2001. (“Usûl Hukuku III”)

Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. IV, 6. Baskı, İstanbul: Demir & Demir Yayınları, 2001. (“Usûl Hukuku IV”)

Kuru, Baki, **İcra ve İflas Hukuku**, C. IV, 3. Bası, İstanbul: Alfa, 1997. (“İcra İflas Hukuku IV”)

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, **Medeni Usûl Hukuku**, 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

Ladner, Danielle Gauthey, **Solidarité et Consortité en Matière Délictuelle en Droit Suisse et Américain, En Particulier New Yorkais**, Université de Lausanne, Zurich: Editions Schulthess, 2002.

Lambert-Faivre, Yvonne / Leveneur, Laurent, **Droit des assurances**, 13ème édition, Paris: Dalloz, 2011.

Larenz, Karl, **Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil**, Erster Band, München: CH Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1982.

Leu, Urs, Art. 68-90 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

Lombardini, Carlo, **Droit Bancaire Suisse**, 2ème Edition, Editions Romandes, Zürich-Bâle-Genève: Schulthess, 2008.

Madaus, Stephan, **Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit**, Berlin: Berlin Verlag, Arno Spitz GmbH, 2001.

Mainguy, Daniel / Respaud, Jean Louis, **Droit des obligations**, Paris: ellipses, 2008.

Malinvaud, Philippe / Fenouillet, Dominique, **Droit des obligations**, LexisNexis, Paris: Litec, 11ème Edition, 2010.

Martin, Alfred, **Le code des obligations, des contrats de droit civil**, Genève: Editions Sonor, 1923.

Meier, Philippe, **CO Art. 492-512, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, eds. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012.

Meier, Sonja, **Gesamtschulden, Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. (“Gesamtschuld”)

Merz, Hans, (çev. Giovannoni, Pierre), **Droit des obligations, Partie générale**, Tome I, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, Imprimerie Saint Paul, 1993.

Mestre, Jacques, **La subrogation personnelle**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979.

Montavon, Pascal, **Abrège de Droit Commercial**, 5ème Edition, Lausanne: Editions Juridiques AMC, 2011. (“Droit Commercial”)

Montavon, Pascal, **Droit Suisse de la SA**, 3ème Edition, Lausanne: Editions Juridiques AMC, 2004. (“Droit de SA”)

Moreau, Henry, **De la Solidarité**, Paris: Librairie des Juris-Classeurs – Editions Godde, 1930.

Mourlon, Frédéric, **Traité théorique et pratique de la subrogation personnelles**, Paris: 1848.

Muster, Eric, **La reconnaissance de dette abstraite, Art. 17 CO et 82 ss LP: Etude historique et droit actuel**, Genève-Zürich-Bâle: Schulthess, 2004.

Müller, Christoph, “La solidarité parfaite”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 31-51. (“Solidarité”)

Müller, Christoph, **Contrats de droit suisse**, (Avec la collaboration de David Bouverat, Alejandro Follonier-Ayala, Mélanie Madler, Oliver Riske) Berne: Staempfli Editions, 2012. (“Contrats”)

Noack, Ulrich, **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 2, Recht der Schuldverhaelthisse, §§ 397-432, Berlin: Sellier – de Gruyter, 2005. (“Staudingers Kom.”)

Niklaus, Jean-Luc, **La prescription extinctive: modifications conventionnelles et renonciation**, Collection Neuchâteloise, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.

Nomer, Halûk Nami, “Halefiyet ve Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, **İÜHFİM**, C. LV, Sayı 3, 1997, s. 243-260. (“Sigorta”)

Nomer, Halûk Nami, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, s. 53-60. (“Müteselsil Sorumluluk”)

Nomer, Halûk Nami, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul: Beta, 1996. (“Tazminatın Belirlenmesi”)

Nomer, Halûk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul: Beta, 2012. (“Borçlar Hukuku”)

Nomer, Halûk Nami, “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: Legal, 2011, s. 249-254. (“Rücu Zamanaşımı”)

Nussbaumer, Lucien, **Subrogation et recours de la caution lors du concours des sûretés personnelles et réelles**, Lausanne: Librairie de Droit F. Roth & Cie, 1945.

Oftinger, Karl / Stark, Emil W., **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil**, Band. I, 5. Aufl., Zürich: Schulthess, 1995

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011. (“Borçlar Hukuku I”)

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012. (“Borçlar Hukuku II”)

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009. (“EBK Genel Hükümler”)

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, **Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku**, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.

Oktay-Özdemir, Saibe, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, s. 657-683. (“Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri”)

Oktay Özdemir, Saibe, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, **İÜHFİM**, C. LVII, Sayı 1-2, 1999, s. 265-299. (“Teminat Amaçlı Alacak Devri”)

Omağ, Merih Kemal, **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti (TTK m. 1301)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011. (“Sigortacının Halefiyeti”)

Omağ, Merih Kemal, “Özel Sigorta Hukukunda Rizikonun Dağıtılması İlkesi”, **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, Sayı 1-2, Haziran 2002, s. 103-112. (“Rizikonun Dağıtılması”)

Omağ, Semra, “Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Mahiyeti ve Hükümleri”, **BATİDER**, Aralık 1971, C. VI, Sayı 2, s. 325-342.

Oser, Hugo / Schönerberger, Wilhelm, **Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183**, 2. Auflage, Zurich: Schulthess & Co., 1929.

Oury-Burlé, Manuela, **L'Engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette**, Paris: LGDJ, 2002.

Örgeevren, Ayhan, "Kanuni Halefiyet", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1952, Sayı 97-98, s. 33-38.

Öz, Turgut, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990. ("Sebepsiz Zenginleşme")

Öz, Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1989. ("Dönme")

Öz, Turgut, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", **MHAD**, Yıl 1985, C. 13, Sayı 16, s. 131-172. ("Karşılaştırmalı Eleştiri")

Özdemir, H. Gökçe, **Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)**, Ankara: Seçkin, 2001.

Özen, Burak, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012. ("Kefalet")

Özen, Burak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Temmuz 2011, Yıl: 10, C. 10, Sayı 2, s. 53-80. ("Sona Erme")

Özen, Burak, "Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme", **AÜEHFD**, C. X, Sayı 3-4, s. 477-494. ("Müteselsil Kefalet")

Özen, Burak, "Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt II, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011, s. 1445-1481. ("Özel Rücu")

Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, **Kesin Hükmün Objektif Sınırları**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2009.

Pailliet, Jean Baptiste, **Manuel De Droit Français**, Paris: Le Normant, Librairie, 1837.

Patry, Robert, **Précis de Droit Suisse des Sociétés**, V.1, Berne: Editions Staempfli & Cie SA, 1976.

Pekcanitez, Hakan, **Medeni Usûl Hukukunda Ferî Müdahale**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992.

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku**, 10 Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

Perçin, Ali Haydar, **Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (Ekonomi Hukuku), 2008.

Pestalozzi, Christoph M., Art. 111 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

Pestalozzi, Christoph M., Art. 492-512 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

Peter, Hansjörg, “La sureté personnelle, une obligation conditionnelle”, **Suretés et Garanties Bancaires**, CEDICAC, éd. Nicolas Iynedjian, Lausanne, 1997, s. 292-321.

Pfister, Walter, **Der gesetzliche Eintritt eines Dritten in die Rechte des Gläubigers nach 110 OR, Ein Beitrag zu Lehre der Subrogation**, Basel: Diss. 1946.

Picard, M. / Besson, A., **Les assurances terrestres, Tome Premier: Contrat d'assurance**, 5ème Edition, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982.

Pichonnaz, Pascal, “La prescription de l'action récursoire”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, ed. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 155-189. (“Prescription”)

Pichonnaz, Pascal, CO Art. 127-142, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012.

Plissonneau-Duquêne, Pierre, **Des effets de la solidarité passive**, Bordeaux: Imprimerie Y Cadoret, 1898.

Postacıoğlu, İlhan E., **Medeni Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975.

Priester, Heinz, **Der Garantievertrag**, Berlin: Diss., Risse Verlag, 1935.

Probst, Thomas, “La solidarité imparfaite”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 51-89. (“Solidarité”)

Probst, Thomas, CO Art. 164-183, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012.

Proust, Paul, **Des effets secondaires de la solidarité passive**, Paris: Imprimerie des facultés, 1907.

Purtschert, Tina / Thouvenin, Florent, Art. 148-162 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 Hilty, Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2013.

Rapp, Jean-Marc, “Garanties à première demande et autres garanties bancaires”, **Suretés et Garanties Bancaires**, CEDICAC, éd. Nicolas Iynedjian, Lausanne: Litec, 1997, s. 260-289. (“Garanties”)

Rapp, Jean-Marc, “La Fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses – état de la question”, **Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse**, éd. Michel Jaccard, CEDICAC, Lausanne: Litec, 1994, s. 25-57. (“Fiducie”)

Ravello, Robertino Lei, **La responsabilità solidaria des organes de la société anonyme, Etude des Art. 754ss CO, en particulier de l’art. 759 CO**, Lausanne / Renens: Imprimerie des Arts et des Métiers SA, 1992.

Recordon, Alain, “Société simple I: La notion de société et les caractéristiques de la société simple”, **FJS**, N. 676, Genève, 2004. (“FJS 676”)

Recordon, Alain, “Société simple II: Les rapports des associés entre eux et avec les tiers”, **FJS**, N. 677, Genève, 2004. (“FJS 677”)

Reichel, Hans, **Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme)**, Munich: CH Beck Verlag, 1909.

Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus, **Bürgschaftsrecht**, Neuwied-Kriftel-Berlin: Luchterhand, 1995. (“Bürgschaftsrecht”)

Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus, **Kredit-sicherung**, 5. Auflage, Neuwied: Luchterhand, 2006. (“Kredit-sicherung”)

Reisoğlu, Seza, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, Ankara: 1997. (“BTM”)

Reisoğlu, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara: 1992. (“Kefalet”)

Reisoğlu, Seza, **Garanti Mukavelesi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963. (“Garanti”)

Reisoğlu, Seza, “Kefilin Def’i Hakları”, **BATİDER**, 1961, C. I, Sayı 2, s. 177-210. (“Defi Hakları”)

Reisoğlu, Seza, “Kefilin Rücuu ile İlgili Meseleler”, **BATİDER**, 1962, C. I, Sayı 4, s. 465-509. (“Kefilin Rücuu”)

Reisoğlu, Seza, “Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukukî Sonuçları”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XX**, 14-15 Nisan 1989, Ankara: BATİHAE, 1989, s. 67-91. (“Ödeme Taahhüdü”)

Reusser, Samuel, **Der Garantievertrag und sein Verhaeltnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsvertraegen nach schweizerischem Recht**, Steffisburg: Diss., Buckdruckerei Merkur AG, 1938.

Reymond, Claude, **Essai sur la nature et les limites de l’acte fiduciaire**, Montreux: Imprimerie Ganguin et Laubscher S.A., 1948.

Richard, Philippe, “Les Pièges de Colocation: Bail Commun, Porte-fort, Reprise Cumulative de Dette, Cautionnement”, **Cahiers du Bail**, N.1, Mars, 2010.
Riffard, Jean François, **Droit des Sûretés**, Lexifac Droit, Paris: Bréal, 2010.

Rochfeld, Judith, **Cause et Type de Contrat**, Paris: LGDJ, 1999.

Romy, Isabelle, CO Art. 143-150, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, éd. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhaln, 2012.

Rossel, Virgile, **Manuel du droit fédéral des obligations**, Tome Premier, Lausanne – Genève: Librairie Payot & Cie, 1920.

Rossi, Tuto, **La garantie bancaire à première demande**, Lausanne: Méta Editions, 1990.

Rouiller, Nicolas, **Droit Suisse des Obligations et Principes du Droit Européen des Contrats**, CEDICAC, Lausanne: Litec, 2007.

Rusconi, Baptiste, “Responsabilité solidaire selon l’article 759 CO”, **Le Nouveau Droit des Sociétés Anonymes**, Ed. Philippe Ciocca, CEDICAC, Lausanne: Litec, 1993, s. 489-501.

Sbai, Nouhad, **La solidarité entre les débiteurs en droit suisse et français**, Université de Genève, Genève: Imprimerie Genevoise, 1950.

Schmidt-Kessel, Martin, “Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel”, **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilgesetzes**, Berlin: Sellier –de Gruyter, 2012/2013, s. 361-404.

Schwedhelm, Ulrike, **Das Gesamtschuldverhaeltnis, Entstehung-Wirkung-Ausgleich**, Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2003.

Schwenzer, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Bern: Staempfli Verlag AG, 2012.

Scyboz, Georges, **Le Contrat de Garantie et de Cautionnement**, Tome VII, 2, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg, 1979.

Seiler, Pierre, **L'autorité de la chose jugée en matière de la solidarité passive**, Paris: Les éditions Domat-Montchrestien, 1933.

Selb, Walter, **Mehrheiten von Glaubigern und Schuldern**, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984.

Seliçi, Özer, **Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.

Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007. ("Sözleşmeden Dönme")

Serozan, Rona, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011. ("Temel Kavramlar")

Serozan, Rona, ""Culpa in Contrahendo", "Akdin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **MHAD**, 1968, s. 108-129. ("Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi")

Serozan, Rona, "Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması", **MHAD**, 1968, s. 176-200. ("MSTA")

Serozan, Rona, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Genişletilmiş 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009. ("İfa Engelleri")

Somuncuoğlu, Ünal, "Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Davalarda Sıfat ve Bir Eleştiri", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 59, Sayı 1-2-3, 1985, s. 131-134. ("Eleştiri")

Somuncuoğlu, Ünal, "Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Davalarda Aktif Husumet", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1977, s. 64-67. ("Aktif Husumet")

Spiro, Karl, **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Bern: Staempfli, 1984.

Stahaelin, Adrian / Stahaelin Daniel / Grolimund, Pascal, **Zivilprozessrecht**, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2013.

Stammler, Rudolf, **Der Garantivertrag**, Freiburg: Archive für die zivilistische Praxis, 1886.

Starck, Boris, **Droit civil, Obligations**, Paris: Librairies Techniques, 1972.

Stoffel, Walter A., "La solidarité différenciée en matière de responsabilité des organes en droit SA", **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 105-127.

Streule, Markus, **Bankgarantie und Bankbürgschaft**, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1987.

Strub, Yael, **Der Regress des Schadenversicherers de lege lata – de lege ferenda**, Zurich: Schulthess, 2011.

Sungurbey, İsmet, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957.

Sutter-Somm, Thomas, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 2. Auflage (unter mitarbeit von Lötscher, Cordula / Pesenti, Francesca / Seiler, Benedikt / Vontobel, Johannes), Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2012.

Şener, Oruç Hami, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Özel Sayı, 2009, s. 1279-1322.

Şenocak, Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995.

Tandoğan, Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II, Ankara: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1989. (“Özel Hükümler II”)

Tandoğan, Halûk, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961. (“Mesuliyet”)

Tandoğan, Halûk, **Garanti Mukavelesi**, Ankara: BATİHAЕ, Güzel İstanbul Matbaası, 1959. (“Garanti”)

Tandoğan, Halûk, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957. (“Vekâletsiz İş Görme”)

Tandoğan, Halûk, “Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunmaları Halinde Lehara Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında”, **BATİDER**, Aralık 1970, C. V, Sayı 4, s. 655-662. (“Rücu”)

Tandoğan, Halûk, **Notions préliminaires à la théorie générale des obligations**, Genève: Librairie de l’Université, Georg & Cie S.A., 1972. (“Notions préliminaires”)

Tekinay, Selâhattin Sulhi, “Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese”, **Adalet Dergisi**, Yıl 47, Temmuz 1956, sayı 7, s. 742-752. (“Mukayese”)

Tekinay, Selâhattin Sulhi, “Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XXXII, 1958, s. 232-238. (“Tespit”)

Tekinay, Selâhattin Sulhi, **Alacaklı ile Borçlular Arasındaki Akdî Münasebette Tevliid Ettikleri Netice Bakımından Müteselsil Borçlar**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi. (“Teselsül”)

Tekinay, Selâhattin Sulhi, “Ticarî İşlerde Teselsül Karinesi”, **Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan**, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1964, s. 509-518. (“Karine”)

Tekinay, Selâhattin Sulhi, “Müteselsil Borçlarda Zamanaşımının Rolü”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 38, Sayı: 1-4, 1964, s. 168-177. (“Zamanaşımı”)

Tekinay, Selâhattin Sulhi, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, s. 205-221. (“Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı”)

Tekinay, Selâhattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tercier, Pierre, “Concours d’actions et solidarité: Ou en sommes-nous?”, **Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualité et perspectives**, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2002, s. 115-171.

Tercier, Pierre, **Contribution à l’étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse**, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg, 1971.

Tercier, Pierre / Favre, Pascal, **Les Contrats Spéciaux**, 4ème Edition, Editions Romandes, Genève – Zurich – Bâle: Schulthess, 2009.

Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal, **Le Droit des Obligations**, 5e Edition, Editions Romandes, Genève – Zurich – Bâle: Schulthess, 2012.

Terré, François / Simler, Philippe / Lequette, Yves, **Droit civil, Les Obligations**, 10ème Edition, Paris: Dalloz, 2009.

Tevini, Sylvia, CO Art. 110-113, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, éd. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhaln, 2012.

Tharwat, Kamal, **Le paiement avec subrogation en droit français et en droit suisse**, Genève: Coopérative d’Imprimerie, 1963.

Thévenoz, Luc, CO Art. 97-109, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhaln, 2012.

Thévenoz, Luc, CO Art. 119, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhaln, 2012.

Topkoru, Meltem, **Haksız Fiilden Doğan “Müteselsil” Borçlulukta Sorumluluğun Ferdileştirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, 1989.

Toplandı, Pınar Ağca, “Teselsül Karinesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ankara, Sayı 90, 2010, s. 381-394.

Trindade, Rita Trigo, **La Conseil d'administration de la société anonyme**, Faculté de Droit de Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1996.

Tuncer, Ali Naci, "Bir Zarara Birden Çok Kişinin Birlikte Neden Olmasında Zincirleme (Müteselsil) Sorumluluk ve Rücu İlişkileri (BK m. 50)", **Adalet Dergisi**, Yıl 69, Sayı 5-6, 1978, s. 408-452.

Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, I. Cilt, 6. Bası, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.

Turanboy, Kürşat, "Müteselsil Sorumluluk Kavramı ve Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısının Hükümleri", **e-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Dergisi** (Çevrimiçi), Aralık 2009, Sayı 94, s. 1-9 (www.e-akademi.org).

Ulusan, İlhan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984. ("Sebepsiz Zenginleşme")

Ulusan, İlhan, "Maddî Hukuk ve Usûl Hukuku Bakımından Sulh", **MHAD**, C. 5, Sayı 7, 1971, s. 149-203. ("Sulh Anlaşması")

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law**, Rome: UNIDROIT, 2010.

Uyan, Göktürk, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (BK m. 110 / TBK m. 128) Müessesesinin Tarihsel Arka Planı ve Roma Hukukundaki Yeri", **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, İstanbul: Der Yayınları, 2011, s. 269-283.

Venturi, Silvio / Bauen, Marc, **Le conseil d'administration, Organisation, Attributions, Responsabilité, Corporate Governance**, Zurich – Bâle – Genève: Schulthess, 2007.

Viret, Bernard, **Droit des assurances**, 3. édition, Zurich: Editions de la Société suisse des employés de commerce, 1991.

Vogelsang, Alfred, **Essai d'une Etude Dogmatique de la Société Simple en Droit Suisse**, Montreux: Imprimerie Nouvelle CH. Corbaz S.A., 1931.

Vogt, Hans Ueli, "Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit", **Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV**, Herausgeber: Rolf H. Weber/Peter R. Isler, Zürich: Schulthess Verlag, 2008, s. 21-59.

von Bar, Christian / Clive, Eric (eds), **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Frame of Common Reference (DFCR) Full Edition, Volume I, Prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)**, München: Sellier, European Law Publishers, 2009.

von Büren, Bruno, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich: Schulthess & Co. AG, 1964.

von Prollius, Henning, **Ausgleich bei der Gesamtschuld**, Dissertation, Güstrov i. Meckl: Boy, 1931.

von Tuhr, Andreas, (çev. Edege, Cevat), **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, C.I-II, Ankara: Yeni Matbaa, 1952.

von Tuhr, Andreas, “Zum Regress des Bürgen”, **ZSR**, 1923, NF 42, s. 101-120.

Warnery, André, **La cession des créances, Etude des art. 164-174 C.O.**, Lausanne: Imprimerie G. Vaney-Burnier S.A., 1924.

Weiss, Andreas W., **Solidarität nach Art 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung**, Zürich – Basel – Genf: Schulthess, 2011.

Weber, Rolf H., Art. 68-96 OR, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband**, Bern: Verlag Staempfli & Cie AG, 1983.

Weber, Rolf H., Art. 110-113 OR, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband**, Bern: Staempfli Verlag AG, 2002.

Weber, Rolf H., Art. 394-406 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

Wernecke, Frauke, **Die Gesamtschuld**, Duncker & Humblot, 1990.

Werro, Franz, **Le mandat et ses effets**, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1993. (“Mandat”)

Werro, Franz, “La pluralité des responsables: quelques principes et distinctions”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 15-31. (“Pluralité des responsables”)

Werro, Franz, **La responsabilité civile**, 2ème Edition (avec la collaboration de Josiane Haas), Berne: Staempfli Editions SA, 2011. (“Responsabilité”)

Werro, Franz, CO Art. 41-61, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012.

Werro, Franz, CO Art. 394-406, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529**, 2ème Edition, Ed. Luc Thévenoz & Franz Werro, Bâle: Helbing-Lichtenhahn, 2012.

Winiger, Bénédicte, “Solidarités parfaite et imparfaite? Les enseignements du projet de réforme suisse et des droits étrangers”, **La Pluralité des Responsables, Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2007**, Université Fribourg, éd. Franz Werro, Berne: Staempfli Editions SA, 2009, s. 189-205.

Winter, Henry, **Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld**, Frankfurt: Verlag Peter, 1985.

Yavuz, Cevdet / Özen, Burak / Acar, Faruk, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2012. ("Özel Hükümler")

Yavuz, Cevdet/ Özen, Burak/ Acar, Faruk, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Beta, 2007. ("EBK Özel Hükümler")

Yavuz, Nihat, **Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.

Yenice, Özge A., **Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri**, İstanbul: XII Levha, 2009.

Yüce, Melek Bilgin, "Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhütte Rücu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Özel Sayı 2009, s. 1435-1454. ("Rücu")

Yüce, Melek Bilgin, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007. ("Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt")

Yücer, İpek, "Yenileme (Tecdit)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1, 2007, s. 233-259.

Zahnd, Bernard, **Pluralité des Responsables et Solidarité**, Lausanne: Imprimerie Held SA, 1980.

Zellweger-Gutnecht, Corinne, Art.110 OR, **Basler Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, OR I (Art. 1-529 OR)**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

Zimmermann, Reinhard, **The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition**, Clarendon Paperbacks, USA: Oxford University Press, 1996.

Zobl, Dieter, "Die Bankgarantie im schweizerischen Recht", **Personalsicherheiten, Bürgschaft, Bankgarantie, Patronaterklaerung und verwandte Sicherungsgeschaefte im nationalen und internationalen Umfeld**, Berner Bankrechtstag, Band 4, (Herausgeber Wolfgang Wiegand), Bern: Staempfli, 1997, s. 23-53.

ÖZGEÇMİŞ

Kadir Berk Kapancı, 2002 yılında Özel Saint Joseph Fransız Lisesi'nden, 2006 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden, 2009 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans programından “*Satış Hukukunda Ayrıtan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri*” konulu yüksek lisans teziyle; 2013 yılında Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Doktora programından “*Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*” konulu doktora teziyle mezun oldu. Kapancı, 2007 yılından bu yana İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

Kapancı'nın daha önce XII Levha Yayınları'ndan “*Satış Hukukunda Ayrıtan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri*” konulu yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Eylül 2012 Sayısında “*Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri*”; Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan'da “*Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi*”; Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan'da (GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/I) “*Tahkimde İhtiyatî Tedbirlere İlişkin Bazı Meseleler*”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan'da “*Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü*” ve Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan'da “*Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Bunun Hukukî Sonuçları*” konulu makaleleri yayınlanmıştır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite Galatasaray Üniversitesi
Enstitü Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı Kadir Berk Kapanca
Tez Başlığı Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler
Savunma Tarihi 21 Ekim 2013
Dereşmanı Prof. Dr. Turgut Öz

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı
Prof. Dr. Turgut ÖZ

İmza

Prof. Dr. Rona SEROZAN

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Ailla ALTOP

Prof. Dr. Tufan ÖGÜZ

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK