



Vito Roberto**

FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜLÜN PROBLEMLERİ*

Çev. Ezgi Başak Demirayak-Sadık Çapa

I. BİR SORUN OLARAK SORUMLULUK DAVALARI

Sorumluluk davaları uygulamada çok önemli bir yere sahiptir. Bu durum, Federal Mahkeme'nin bu alanda verdiği fazla sayıdaki kararlardan aşağı yukarı anlaşılabilir. Fakat mahkeme kararları, ikame edilen taleplerin sadece küçük bir kısmını teşkil etmektedir. Çoğunlukla davanın açılmasından önce ya da mahkeme sürecinde, açılmış veya açılacak davaların sayısının verilen karar sayısından daha fazla olduğunu gösteren bir karşılaştırma yapmak gerekmektedir¹.

Anonim ortaklıklar hukuku alanındaki son revizyon ile özellikle şirket yönetimi üzerindeki üst gözetim, finansal denetim ve borca batıklık durumunda mahkemeye bildirimde bulunulması² gibi vazgeçilemez ve devredilemez yetkilerin öngörülmesinden beri, her bir işletmenin aciz haline düşmesi durumunda, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerini ihlal ettiği şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple her iflas ilanı veya konkordato süreci sonrasında iflas müdürü, sorumluluk talepleri nedeniyle organlarla sık sık karşı karşıya gelmektedir³.

Sorumluluk davaları ile alakalı riskler anonim ortaklıklar hukuku revizyonu öncesinde bile sorumlu olarak değerlendirilmiştir⁴. Bu sebeple, konu ile ilgili yasama faaliyeti süresince, sorumluluk-

* Bu makalenin orijinal hali, İsviçre'de *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* adlı derginin 01/2006 numaralı sayısında s. 29-42'de "Probleme der differenzierten Solidarität" başlığıyla Almanca olarak yayımlanmıştır. Makalenin yazarına ve yayımlandığı dergiye işbu makaleyi Türkçe'ye çevirmemize ve bu değerli armağanda yayımlamamıza izin verdikleri için en kalbi teşekkürlerimizi sunuyoruz [Wir bedanken uns herzlich bei Herrn Prof. Dr. Vito Roberto und der Zeitschrift „GesKR“ für die freundliche Genehmigung, den Artikel in das Türkische zu übersetzen und in dieser hochgeachteten Festschrift veröffentlichen zu dürfen].

** Prof. Dr. iur. Vito Roberto, Avukat, LL.M., St. Gallen Üniversitesi
Bu çalışmanın hazırlanmasında yoğun yardımları olan asistanlarım Niklaus Dietchi'ye, B.A. ve M.A. HSG (hukuk), B.A. HSG (işletme ekonomisi) ile Beat P. Lütolf'a, B.A. ve M.A. HSG (hukuk) teşekkürlerimi sunarım.

¹ Karş. Peter R. Isler, Der aussergerichtliche Vergleich mit einzelnen aktienrechtlich verantwortlichen Organpersonen, in: Waldburger/Baer/Nobel/Bernet (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 195 vd.. Uzlaşma yoluyla uyuşmazlıkların sulh edildiği hallerde dahi, senelerce devam eden davalar sebebiyle tarafların ağır mali yükümlülükler ile karşı karşıya kalacaklarının hesaba katılması gerektiği yönünde bkz. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N. 161 vd.; benzer yönde bkz. Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001 (= SSHW 210), 15 vd.. İsviçre'nin en büyük sigorta acentesi, son üç yılda her beş büyük İsviçre firmasından birinin sigorta başvurusunda bulunduğunu bildirerek bu konuyu aydınlatmıştır (Kessler Raporu, Ekim 2005).

² İsvBK m. 716a anlamında yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri açısından karş. BSK OR II-Watter, Art. 716a N. 1 vd.; Peter Böckli, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1994; Peter Isler, Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in: Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 1 vd.; Adrian W. Kammerer, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss., Zürich 1997 (= SSHW 180); Georg Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707-726, 745 und Spezialgesetze, 2. A., Bern 2005, N. 1174 vd.

³ Bkz. Isler (dn. 2), 18. Ayrıca bkz. Peter Forstmoser/Thomas Sprecher/Gian Andri Töndury, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung, Zürich 2005, 5. Adı geçen yazarlar şu tespitte bulunmaktadırlar: "Bugünkü şartlarda kendisini bir yönetim kuruluna seçtiren veya denetim kurulu için verilen görevi kabul eden kişi, sık sık, fitilinin yanmakta olup olmadığını bilmediği bir barut fıçısı üzerinde oturduğu hissiyatına kapılıyordur veya kapılması gerekir."

⁴ Forstmoser henüz yetmişli yıllarda bile anonim ortaklıklar hukuku anlamında organların sorumluluğuna ilişkin, açıkça görülen sorumluluğun ağırlaştırılması eğilimlerine ve yargıda bununla ilgili ortaya çıkan çarpıcı neticelere dikkat çekmiştir (Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1978, N. 699 vd.). Aynı yazar on yıl sonra, doktrinde ve pratikteki eleştirilerin neticesi olarak bu görüşünden geri adım atmıştır (Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987, N. 1193 dn. 2169). Ayrıca bkz. Rolf Bär, Funktiongerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, SAG 58 (1986), 57 vd.; a.g.y., Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Ak-

tan doğan riskin nasıl azaltılabileceğine ilişkin birçok teklifte bulunulmuştur. 1983 tarihli bir kanun tasarısında, hafif ihmâl derecesinde eylemde bulunan organların dış ilişkideki sorumluluklarının, ancak iç ilişkideki sorumlulukları nispetinde belirlenmesi gerektiği önerisinde bulunulmuştur⁵. Parlamentoda bu konu hakkındaki görüşmelerde yoğun bir tartışma gerçekleşmiştir. Neticede ne tartışmaya sunulan tasarıda ifadesini bulan çözüm ne de sorumluluğun sadece ağır kusura münhasır kılınması fikri çoğunluk kazanabilmiştir⁶. Buna karşılık müteselsil sorumluluğa tabi olanlarda sorumluluğun hafifletilmesine sebep olabilecek şahsi sebeplerin dikkate alınması yönündeki öneri kabul edilmiş ve aynı zamanda sorumluluk hukukunda yer bulan “sebebi aşan sorumluluk”⁷,* kavramını ilga etme amacı da güdülmüştür.

Bu düşünceler yeniden kaleme alınan İsvBK m. 759/I hükmüne yansımıştır. Yeni düzenleme ile “farklılaştırılmış” teselsül⁸ tabirine yer verilmiştir⁹. Genel kanaate göre bu tabir, yürürlükteki “mutlak” teselsül¹⁰ ifadesinin karşısında yer almaktadır. Teselsülün böyle özel ve farklı bir tarzda yeniden düzenlenmesinin amacı, eylemleri hafif ihmâl derecesinde olan varlıklı organ üyelerinin finansal risklerini azaltmaktır.

Fakat bu amaç gerçekleşmemiştir. Bu kanaat daha yeni yayımlanan anonim ortaklıklar hukuku ve muhasebe hukuku revizyonuna yönelik ön değerlendirme zaptı* ekinde de ifade edilmektedir: “1991 yılındaki anonim ortaklıklar hukukuna yönelik kanun değişikliği ile mahkemelere müteselsil sorumluluğu, yüklenen kusur nispetince ve durumun bütün gerekleri de göz önünde bulundurulacak mütalaa ve farklılaştırma imkânı verilmiştir. Fakat İsvBK m. 43/I ile bağlantılı m. 759/I’de yer alan düzenleme güç anlaşılmasının yanı sıra, uygulama açısından da somut değildir. Bugüne kadar ‘farklılaştırılmış teselsül’ uygulamış bir mahkeme kararına rastlamak mümkün olmamıştır.”¹¹

tiengesellschaft: Probleme bei einer Mehrheit der verantwortlichen Personen, ZBJV 106 (1970), 457 vd.; uluslararası düzeyde de özellikle denetim şirketleri dolayısıyla sorumluluk riskinin arttığı yönünde bkz. Giorgio Behr, Extension of Auditor’s Liability, ST 1987, 52. Anonim ortaklıklar hukukunun revizyonuna ilişkin 23 Şubat 1983 tarihli parlamento teklifinde (özel basımdan alıntı ile), yürürlükteki sorumluluk hukuku açısından “iç çelişkiler açısından sorumludur. Zira yürürlükteki hukuk bir yandan sorumlu şahısları aşırı derecede yük altına sokmakta, diğer yandan sorumlular aleyhine dava ikame eden davacıya, fiili şartlar gereğince maddi vakıaların ortaya çıkmasını ve davanın karara bağlanmasını sağlayacak uygun imkânları da sunmamaktadır.” denilmektedir. Daha yakın tarihlerde kaleme alınmış değerlendirmeler için bkz. Urs Bertschinger, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle – Aktuelle Fragen und Perspektiven, ZSR 124 (2005) II, 592; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 18 N 1 vd.; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Zürich 1999, 250; ayrıca bkz. Peter Nobel, Solidarität und Unsolidarität, in: Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 105 vd.

⁵ Kanun teklifi (dn. 4) bu noktada biraz çelişkilidir. Sayfa 108’de yeni düzenlemenin “dış ilişkide ortaya çıkan hafif kusura dayandığı”, bunun da yürürlükteki hukuka tekabül ettiği ifade edilmektedir. Buna karşılık kanun teklifinin 248. sayfasındaki metni şöyledir: m. 759/II: “Gözetim yükümlülüğü olan ve kusura bağlı bir zarara diğer şahıslar ile beraber müteselsilen sebebiyet veren, zarar rücu edilseydi, kendisine isabet edecek miktar oranında tazmine mecburdur.” m. 759/III: “Aynı hüküm, kusurları müteselsilen sorumlu olan diğer şahısların kusuruna kıyasla hafif sayılabilecek olanlar için de geçerlidir.” Dolayısıyla müteselsil sorumluluk sadece ağır kusur hallerinde ortaya çıkabilecektir. Bu teklifin eleştirisi için bkz. Peter Forstmoser/Alain Hirsch, Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts: Einige konkrete Vorschläge, SAG 57 (1985), 40 vd.

⁶ Amtl. Bull. StR 1988, 525 vd.

⁷ Bu kavram ile ilgili bkz. ve karş. II. 1.

* Ç.N.: Makalenin orijinal metninde “sebebi aşan sorumluluk” olarak çevirdiğimiz kavram, “überkausale Haftung” olarak yer almaktadır. Yaptığımız araştırmalarda bu kavramın, borçlar hukukundaki sorumluluk türlerinden herhangi birini tam anlamıyla karşılamadığı ve İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin müteselsil sorumluluğu kapsamında özellikle yargı kararlarında gündeme geldiği tespit edilmiştir. Bu kavramın, “sebebiyeti aşan zarardan doğan sorumluluk” şeklindeki tercümesi için bkz. Kürşat Göktürk/Mehmet Çelbebi Can, Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2 S. 2, s. 252 dn. 10.

⁸ Karş. aşa. II.

⁹ İsvBK m. 759/I’e göre, bir kimse kendi kusuruna ve durumun gereklerine göre zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde zarardan sorumlu olur.

¹⁰ Bkz. Böckli (dn. 4), § 18 N 480 vd.

* Ç.N.: İsviçre hukukunda tasarıların yasalasmadan evvel kantonların ve partilerin değerlendirmesine sunulması zorunlu olan zabit.

¹¹ Bkz. 2 Aralık 2005 tarih ve 3.1.48 sayılı İsviçre Borçlar Kanunu’nda Anonim Ortaklıklar Hukuku ve Muhasebe Hukuku’na İlişkin Revizyon Tasarısı Zaptı.

Anonim ortaklıklar hukukundaki değişikliğin amaçladığı hedeflerin aksine, sorumluluk davaları ve sorumluluğa yönelik isnatlar azalmaksızın (hatta artarak) sorumlu addedilen şirket iç denetim organlarına yöneltilmektedir. Yöneltilen bu isnatlar ise genellikle sadece bir ihmali ihtiva etmektedir¹². Bu durum, planlanan anonim ortaklıklar ve muhasebe hukukunun revizyonuna ilişkin hedefler çerçevesinde, müteselsil sorumluluk esasından özellikle muzdarip ortaklık denetim organlarına isnat edilen sorumluluğun belli bir miktarla sınırlandırma yoluna gidilmesine sebep olmuştur¹³. Kusurlu davranıp da mali imkânı yerinde olan yönetim kurulu üyelerine yönelik düzenleme ihtiyacı da elbette gereklilik arz etmektedir¹⁴. Planlanan hedeflere varılamamış olunmasının sebeplerine aşağıda yer verilecektir.

2. “FARKLILAŞTIRILMIŞ” TESELSÜL KAVRAMI

2.1. Sebebi Aşan Sorumluluğun İlgası

Anonim ortaklıklar hukukunun revizyonundaki müteselsil sorumluluğa ilişkin öngörülen düzenlemenin hedeflerinden biri de müteselsil sorumluların “sebebi aşan” sorumluluğuna son vermektir. Bu kavram mahkeme kararlarında, organ üyelerinden birinin bazen sebebiyet vermediği ve müdahil dahi olmadığı zararlar için bile müteselsil sorumluluk çerçevesinde sorumlu tutulmasına imkân veren eğilim, anlamına gelmektedir¹⁵.

Bununla birlikte “sebebi aşan” sorumluluk ifadesi yanıltıcı da görünmektedir. “Sebebi aşan” sorumluluk bağlamında verilmiş kararlarda, müteselsil sorumluluğa tabi olan davalı kişi, en azından diğer sorumlularla beraber zararın ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Söz konusu davalarda sadece, müteselsil sorumluluk çerçevesinde sorumlu tutulan kişinin, üçüncü bir şahsın da ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğu ve bu sebeple dış ilişkideki tazmin taleplerinin bu müştereklik nispetinde indirilmesi gerektiği yolundaki itiraz kabul edilmemiştir¹⁶. Sorumlu olan kişilerden birinin fiili diğer müteselsil sorumlu kişileri ancak, diğerlerinin fiilleri ile zarar arasında uygun illiyet bağının olma-

¹² Zabıt eki (dn. 11), Sayı 2.2.8. Buna ilişkin karşı. Peter Böckli, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Zürich 1994, 14 vd.. Yazara göre, göre denetim merciinin yürürlükteki hukukta mevcut olan müdahale imkânları ile yasal teselsül arasındaki orantısızlık denetim şirketleri için gerçek bir “risk işi”ne dönüşmektedir; Peter Forstmoser, Den letzten beißen die Hunde, in: Ackermann/Donatsch/Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 483, 489: “Bu yüzden, zararın tazminine ilişkin büyük kısm denetim merciinden -yani aslında zararın ortaya çıkmasında kendi kusuru ve “durumun gerekleri” (...) itibari ile, diğer sorumlular ile kıyaslandığında son sırada kalması gereken organdan- karşılanmaktadır.”; Hans Caspar von der Crone, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2, 3; Rico A. Camponovo, Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur, ST 2004, 71; eleştirel açıdan bkz. Bertschinger (dn. 4), 592 vd.

¹³ 2 Aralık 2005 tarihli Anonim Ortaklıklar ve Muhasebe Hukukunun Revizyonuna İlişkin Taslak'taki İsvBK m. 759/İ'e göre, sorumluluk miktarı hafif kusur açısından 10 Milyon İsviçre Frangı, büyük ve borsada kote edilmiş işletmeler için ise 25 milyon İsviçre Frangı ile sınırlandırılmalıdır. Kanun koyucu tarafından sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bkz. Urs Bertschinger, Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle des 21. Jahrhunderts, ST 1999, 911, 916 vd.; von der Crone (dn. 12), 2 vd.

¹⁴ Forstmoser (dn. 12), 486 vd.; von der Crone (dn. 12), 13.

¹⁵ BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 759 N 1; Böckli (dn. 4), § 18 N 481'de dn. 666'ya atf ile BGE 89 II 122; 93 II 322 ve 97 II 416 ve yayımlanmamış 11 Kasım 1975 tarihli BGE, ST 1976, 24 vd.; Isler (dn. 1), 200 dn. 8; Bärtschi (dn. 1), 120; Marcel Meinhardt, Differenzierte Solidarität und pauschaler Gesamtschaden, in: Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 145; karşı. Jacques Bondallaz, La responsabilité solidaire des réviseurs de sociétés anonymes (art. 755/759 CO): considérations “de lege ferenda”, REPRAX 2005, 26, 29.

¹⁶ BGE 93 II 322. Ayrıca bkz. 11 Kasım 1975 tarihli karar. Söz konusu kararda davalı denetim ve danışmanlık şirketi kendisinin ödemesi gereken tazmin miktarında indirim talebinde bulunmuş, bu talebini de diğer davalı yönetim kurulu üyeleri ile kıyaslandığında sadece hafif sayılabilecek kusuruna dayandırmıştır. Federal Mahkeme İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759. maddesinin, 1 ve 2. fıkralarına atıfla şunu ifade etmiştir: “Davalı (...) davacıya karşı ne yönetim kurulunun birlikte sorumluluğuna (...) ne de kusurunun hafif olmasına dayanabilir.”

dığı takdir edildiğinde sorumluluktan kurtarmaktadır¹⁷. Bu sebeple uygun illiyet bağının olmadığı sorumluluktan bahsetmek yerinde olmayacaktır.

Hem borçlar hukuku hem de anonim ortaklıktaki sorumluluk hukuku açısından teselsül, bir kişinin fiili ile zararın ortaya çıkması ya da artması arasında kurulabilecek uygun illiyet bağı çerçevesinde belirlenmektedir¹⁸. Bu açıdan müteselsil borçlunun sorumluluğu, kendisine düşen sorumluluk ile sınırlıdır¹⁹. O halde her bir müteselsil sorumlu kişi, ortaya çıkan zararın sadece bir kısmının kendisine tekabül etmesi gerektiğini ispat hakkını haizdir²⁰. Örneğin bir organ, göreve başlamadan veya görev süresi sona erdikten sonra meydana gelmiş olan yükümlülüklerine aykırı zararlardan sorumlu tutulamayacaktır²¹. Federal Mahkeme de bu konuda, ortaklıklar hukuku doktrinindeki yaygın görüşün aksine, aynı yönde kararlar vermiştir. Mahkeme daha yeni tarihli bir kararında, haksız fiil hukukuna ilişkin olarak şunları ifade etmiştir:

“Davranışı ile ortaya çıkan zararın tamamı arasında uygun illiyet bağı bulunmadığından esasında hiç sorumlu olmayan ya da zararın sadece bir kısmından sorumlu olan kimse, kendi fiilinden sorumlu olduğu için diğer zarar verenlerle birlikte müteselsilen sorumlu tutulamaz. (...) Buna göre davaya konu zarar, sadece 1 nolu ve 2 nolu davalıya yüklenebiliyorsa ve 3 nolu davalı bu zararın ortaya çıkmasına sebebiyet vermemişse, 3 nolu davalının müteselsil sorumluluğu aynı oranda ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte, 3 nolu davalıya yüklenebilecek zarar, 1 nolu ve 2 nolu davalılar tarafından verilen zarar ile kesiştiği durumda, yani 3 nolu davalı zararın artmasına katkıda bulunmuşsa, diğer davalılar ile beraber müteselsilen sorumlu olacaktır.”²²

2.2. Dış İlişkide Şahsi İndirim Sebeplerinin Dikkate Alınması

İsvBK m. 759/I, müteselsilen sorumlu olan kişiye tekabül eden tazminat miktarının takdirinde o şahsa özgü durumların indirim sebebi olarak dikkate alınacağı yönünde bir yenilik ortaya koymaktadır²³. Bunun merkezinde hafif ihmal nedeniyle tazminatın indirilmesi yer almaktadır²⁴. Bu değerlendirme orantılılık ilkesine uygun düşmektedir. Zira bir kişiyi yükümlülüklerini hafif bir ihmal ile ihlal etmesinden dolayı, mutlak ve tam kusurlu olarak hareket edenlerle aynı şartlarda sorumlu tutmak hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir²⁵.

¹⁷ BGE 97 II 416.

¹⁸ Aynı yönde bkz. Bernard Corboz, La responsabilité des organes en droit des sociétés, Basel 2005, OR 759 N 16.

¹⁹ Müller/Lipp/Plüss, 250 vd. (dn. 4). Yazarlara göre; sorumluluğun söz konusu olduğu olaylarda, İsvBK m. 759'un emredici hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda, sorumluluğun şartları gerçekleşmiş olmalıdır: Özellikle zararın somut olarak ortaya çıkması aranmalı ve sadece teorik bir zarardan söz edilmemelidir. Bu zarar, uygun illiyet bağı çerçevesinde ortaya çıkmış olmalı ve sorumluluk atfedilenin fiil ile ortaya çıkan zarar arasında bariz bir şekilde sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır.

²⁰ BK-Brehm, OR 50 N 35; Vito Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 550.

²¹ Bkz. Corboz (dn. 18), OR 759 N 16: “Pour éviter une autre source de malentendus, il faut préciser que la solidarité (différenciée ou non, parfaite ou imparfaite) n'existe entre les coresponsables que s'ils sont effectivement responsables du même dommage. (...) Il est exclu, par exemple, de rendre un administrateur responsable d'un dommage qui s'est réalisé avant qu'il n'entre en fonction ou qui est dû entièrement à des faits survenus après sa démission.”

²² BGE 127 III 262 vd..

²³ İsvBK m. 759/II gereğince zarar gören, zararının tazmini için birden çok sorumlu kişiyi birlikte dava edebilecektir. Böyle bir davada hâkim, İsvBK m. 759/I çerçevesinde her bir davalının zararın kendilerine şahsen yüklenebilirliğini gözeterek tazminat borcunu belirleyecektir. Bkz. Müller/Lipp/Plüss (dn. 4), 250; karş. Roland Müller, Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, N 17.39 vd..

²⁴ Örneğin bkz. Forstmoser (dn. 12), 503 vd.: “Revize edilmiş anonim ortaklıklar hukukuna göre farklılaştırılmış teselsül, müteselsil sorumlu kişinin dış ilişkideki sorumluluk miktarı açısından da hafif kusuruna dayanabilmesidir (...)”.

²⁵ Böckli (dn. 4), § 18 N 447; Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel (dn. 1), § 36 N 162 vd., Yazarlara göre de, söz konusu bağlamda ele alındığında, her bir üyenin özen yükümlülüğünün ve kusurunun yeterince dikkate alınmayışı “muğlak ve çelişik” bir sonuç ortaya çıkarabilecek türdedir.

Eyaletler Konseyi'nde organların müteselsil sorumluluğu müzakere edilirken, dönemin Eyaletler Konseyi üyesi Arnold Koller yeni düzenlemenin muhtevasını şu örnek ile anlatmaya çalışmıştır: Biri mali durumu çok kötü olan ama hukuka aykırı davranan, diğeri mali durumu iyi olan ama hafif ihmaline dayanabilen veya durumun gereklerine göre sorumluluğunun hafifletilmesine yönelik başka bir sebep ileri sürebilen iki yönetim kurulu üyesi birlikte dava edilmişse, yeni teselsül kuralları gereğince bu ikinci şahıs “dış ilişkide de zararın sadece yarısını tazmin etmeye mahkûm” edilebilecektir²⁶.

Verilen örnekten hareketle doktrinde “şahsa özgü müteselsil sorumluluk tavanı” kavramı geliştirilmiştir²⁷. Her bir davalı için tazmin miktarı ve buna bağlı olarak sorumluluk tavanı “zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde ve durumun diğer gereklerine göre tayin ve tespit edilecektir.”²⁸ Fakat bu durum, “gerçek teselsülü ifade eden temel modelden feragat edilerek, şahsi kusuru merkeze alan -bir başka deyişle, müteselsilen sorumlu olan şahıslara isabet eden zarar oranları toplamının toplam zararın üzerine çıkmadığı bir sistem lehine değiştirildiği anlamına gelmemektedir.”; artık müteselsil sorumluluk daha ziyade “kusurun en küçük ortak paydasına kadar, buna uygun olarak da toplam zararın sorumlu sayısı ile çarpımından daha düşük bir bakiyeyle söz konusu olacaktır.”²⁹ Ortaya çıkan bu durum sadece sorumluluk hukukunun özelliklerinden kaynaklanmamaktadır. Doktrine göre anılan kural, borçlar hukuku açısından da geçerlilik arz etmektedir. Bu bağlamda Oftinger/Stark³⁰ şunları ifade etmişlerdir: “Üçüncü kişinin yarışan kusuru nedeniyle asli kusur daha hafif kalmaktadır ve kusur ile sorumluluk arasında oransallık arayan genel kabul görmüş kural sebebiyle, tazminatın indirilmesine temel teşkil edebilecektir. Bu durumda da miktar itibari ile daha düşük olan tazminat talebi seviyesine kadar teselsül yürütülecektir.”

Daha dar bir anlamda da olsa, bu düşünceye Federal Mahkemenin verdiği kararlarda da rastlamak mümkündür. Şahsi sebeplere istinaden zararın indirilmesi müteselsil sorumluluk dairesinde genellikle kabul edilmemesine rağmen³¹; yargı kararlarında, “kendisinden talepte bulunulan müteselsil sorumlunun zarara katkısının diğer müteselsil sorumluların katkısına kıyasla çok hafif oranda kalması durumunda” mutlak teselsül kuralına istisna tanınmanın mümkün olduğu vurgulanmaktadır³². Teselsülün bu şekilde sınırlandırılması ise sadece teorik olarak taraftar bulmuş, bugüne kadar -incelendiği kadarıyla- somut bir karara yansımamıştır.

2.3. Yeni Teselsül Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

İsvBK m. 759/I ile öngörülen yeni düzenleme doktrinde çoğunluk tarafından “başarılı bir çözüm” olarak nitelendirilmektedir³³. Bu düzenleme sayesinde “organ üyelerinin şahsi sorumlulukları ile kendilerine yüklenebilecek kusurları arasında daha yakın bir bağın kurulması imkânı doğduğu” ifade edilmektedir³⁴.

²⁶ Amtl. Bull. StR 1991, 471.

²⁷ Böckli (dn. 4), § 18 N 491 vd.; BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 759 N 5. Aynı yönde bkz. Müller/Lipp/Plüss (dn. 4), 251. Son yazarlara göre değişiklikten önce geçerli olan zarardan birlikte sorumluluk ilkesi, İsvBK m. 759 ile beraber artık mülga olmuştur. Ayrıca karşı. Ivo H. Hungerbühler, Der Verwaltungsratspräsident, Diss., Zürich 2003 (= SSHW 219), 206 vd.; Thierry Luterbacher, Die Schadensminderungspflicht, unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss., Zürich 2005 (= SSHW 238), 193 vd..

²⁸ Böckli (dn. 4), § 18 N 493; Bärtschi (dn. 1), 123.

²⁹ BGE 2A.252/2002, 4.11.2002, Erw. 3.2.2.1; karar doktrine çok sayıda atıfta bulunmaktadır.

³⁰ Schweizerisches Haftpflichtrecht, AT, Bd. I, Zürich 1995, § 3 N 86. Aynı zamanda karşı. Basel Hukuk Mahkemesi'nin 5 Ekim 1990 tarihli ve BJM 1991 sayılı kararı s. 135 vd. (aşağıda dn. 49 ile de bağlantılı olarak).

³¹ BK-Brehm, OR 50 N 40.

³² BGE 127 III 266; aynı yönde bkz. BGE 112 II 144; 97 II 416; 93 II 322; 89 II 123; 60 II 150; 54 II 368; 41 II 228.

³³ BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 759 N 1; Böckli (dn. 4), § 18 N 495; von der Crone (dn. 12), 13, bu son yazar, mevcut düzenlemenin “makul ve değişikliğe muhtaç olmadığını” onaylamaktadır; ayrıntılı bilgi için bkz. Bärtschi (dn. 1), 120.

³⁴ Böckli (dn. 4), § 18 N 495; ayrıca bkz. Theo Guhl/Jean Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A., Zürich 2000, § 72 N 56; Handkommentar-Bertschinger, OR 759 N 2'de, sorumluluk hukukunda 1991 tarihli revizyonla gerçekleşen bu değişikliğin anonim ortaklıktaki sorumluluk

Bu olumlu değerlendirme, teselsül bağlamındaki ‘sebebi aşan sorumluluğun’ ilgasından kaynaklanmakta ise, yukarıda da ifade edildiği üzere, o zaman yanlış bir değerlendirme olacaktır. Zira hem borçlar hukukunda hem de sorumluluk hukukunda teselsül sadece kişilerin birlikte verdiği veya birlikte artırdığı zararlarda söz konusu olabilmektedir.

Buna karşılık müteselsil sorumluluğun tanımı yeni düzenlemeyle değişmiştir. Kanun artık açıkça, durumun gereklerine göre izafe edilebilecek kusurun, dış ilişki açısından da dikkate alınması gerektiğini benimsemiştir. Borçlar hukukuna ilişkin yerleşik uygulamada ise aksine, müteselsil sorumluların şahsına özgü değerlendirmeler dikkate alınmamaktadır³⁵. Bu farkın nasıl bir etki doğurduğu incelenmeye muhtaçtır.

3. İNDİRİM SEBEPLERİNİN TÜRLERİ VE ANLAMI

3.1. Zararın Tazmini ile Kusur Arasında Oransallık

Hafif kusurun zararın tazmininde indirim sebebi olup olmayacağı sorunu, bir asır öncesinden beri tartışılmaktadır. Bu bağlamda doktrinde Rott, kusurun türünün dikkate alınması durumunda zarar gören aleyhine hakkaniyete aykırı bir durum oluşacağını ifade etmiştir. Yazara göre, kişinin küçük bir hatasına istinaden yüksek miktarda tazminat ödemeye maruz bırakılması ağır bir müeyyide olarak gözüke de, kendisine hiçbir kusur atfedilmeyecek olan zarar görende zararın bir kısmının bırakılması durumunun kabul edilmesi çok daha ağır olacaktır³⁶. Bu görüşe Burkhardt³⁷ yine hakkaniyet düşüncesi ile karşı çıkmıştır: “Zarar görenlerin kendisi aleyhine oluşturulan zararın bir kısmını karşılaması gerektiğinin kabulü ilk bakışta ağır bir hüküm gibi telakki edilebilir; fakat zarara sebebiyet verenin küçük bir hatasının bütün malvarlığına mal olması ise çok daha hakkaniyetsiz bir yaptırım olacaktır.”

Doktrinde dün olduğu gibi bugün de her iki görüş savunucularına rastlamak mümkündür³⁸. Bir görüş, kusurun derecesinden bağımsız olarak ortaya çıkan zararın bütünüyle tazmin edilmesi gerektiğini öngören ‘tam denkleştirme’ esasından hareket ederken³⁹; diğer görüş ise oransallık

hukuku alanında “en önemli yenilik” olduğu ifade edilmektedir. “Bu düzenleme ile beraber anonim ortaklıktaki sorumluluk hukukuna temel teşkil eden kusur ilkesi dış ilişkiye de uyarlanmış olup zararın tazminiyle sorumlu olan kişi, iç ilişkideki rücu mekanizmasına muhtaç kalmamaktadır. Zira rücu mekanizmasında aleyhine talepte bulunan sorumlu kişilerin ödeme acziyetine binaen kusur ilkesi çıkmaz yola girmektedir” (sözü geçen yerde, N 1). İsvBK m. 759/İde ifadesini bulan farklılaştırılmış teselsülün, “sorumlu olan her bir organ üyesi için dış ilişkideki sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla kusurlu olanları tespit etmeye yarayan” tek yöntem olduğu yönünde bkz. Isler (dn. 1), 199 vd.. Nobel (dn. 4), 121 ve 126. Yazar son değerlendirmedeki şüphesini şöyle açıklamaktadır: “Parlamentarlerin denetim organı için sanki kendileri sorumluluk açısından zarara maruz kalmışçasına, uğruna kılıçlarını çektikleri oldukça cazip görünen sorumluluğun şahsileştirilmesine ilişkin çözümü pek de mantıklı değildir. Zira ‘lehe öne sürülen çoğu gerekçe aynı zamanda komşu aleyhine netice verecek niteliktedir.” Krneta (dn. 2), N 2135. Son yazar toplam zararın, teselsülün farklılaştırılabilmesini mümkün kılabilmek için, kişilere münhasır kısımlar şeklinde bölünmesi gerektiğine işaret etmektedir; Bondallaz (dn. 15), 38 vd. Yazar “özel bir konumda” bulunan denetçilerin kaderine de değinmektedir; Camponovo (dn. 12), 84 vd..

³⁵ BGE 93 II 322 vd.; 97 II 415; 112 II 144; 113 II 331; 127 III 265 vd.. Birçokları yerine bkz. Franz Werro, La responsabilité civile, Bern 2005, N 1526.

³⁶ E. Rott, Über den Entwurf eines schweizerischen Obligationenrechtes, ZBJV 1877, 361, 377.

³⁷ C. Chr. Burckhardt, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR 1903, 469, 497.

³⁸ Bu yönde bkz. Nobel (dn. 4), 107.

³⁹ Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2005, § 9 N 4: “Hâkim görüşün aksine kusurun büyüklüğü tazminat yükümlülüğünde indirim sebebi olarak değerlendirilemez.” Roberto (dn. 20), N 831: “Bununla birlikte ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ayrım, ancak tazminat miktarının takdirinde kusurun derecesinin önemli olmadığı durumlarda gündeme gelebilecektir. Tazminat miktarının takdir edilmesi sürecinde oransallık ilkesi üzerinde ısrar, tarihi olarak çoktan aşılması olan ceza ile zarar tazmini arasındaki müşterekliğin (maalesef) kısmen de olsa ikamesi anlamına gelmemektedir.”

ilkesini savunmaktadır. Oransallık düşüncesinin temsilcileri, kusur ve zarar tazmininin oransallığı düşüncesinin İsvBK m. 43/I ile temellendirildiğini ileri sürmektedirler⁴⁰. Bu nedenle kusurun derecesi ile zararın kapsamı arasında bir ilişkinin bulunması gerektiği için hafif kusur hallerinde zararın tazmini yükümlülüğünde kural olarak indirimle gidilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Bu bağlamda Keller şunları vurgulamaktadır: “Kusurdan doğan sorumluluk söz konusu olduğunda, zarar kapsamı en başında kusurun büyüklüğü ile orantılıdır. Bu da pratikte hafif kusurun, zararın tazmini ile ilgili taleplerde indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulması gerektiğini ortaya koymaktadır.”⁴¹

Bununla birlikte şu da dikkate alınmalıdır ki, borçlar hukukunda kusur ile zararın tazmini arasında tesis edilen oransallık düşüncesi uygulamadan kaynaklanan durumlar sebebiyle uygulanabilir durumda değildir. Küçük hatalar veya en hafif ihmaller dahi önemli zararlara sebebiyet verebilecekleri⁴² gibi aksi de söz konusu olabilecektir. Birkaç bin Frank meblağı kapsayan yolsuzluklar sadece bu meblağa tekabül eden zararın tazmini talebine konu edilebilir; buna karşılık Swiss-Air iflasında yönetim kurulu üyeleri aleyhine, yönetimin denetlenmesinde göstermeleri gereken özeni ihmal suretiyle ihlal ettikleri iddiasına dayanarak milyonlarca Frank meblağı bulan talepler gündeme gelmiştir. Bu sebeple hafif kusur dolayısıyla zararın tazmininde indirim yoluna gidilmesi cömertçe ele alınsa da, kusur ile zarar arasında hedeflenen oransallık ulaşılabılır bir hedef olmaktan uzaktır.

Bu fiili zorlukların yanı sıra akla oransallık düşüncesinin hukuk gerçekliğinde karşılık bulabilme olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Yani hafif kusur halinde zararın tazmininin önemli ölçüde indirime tabi tutulması gerektiğine yönelik kabulün hayat gerçekleri ile uyuşur olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir⁴³. Bu sorgulanma ihtiyacı İsvBK m. 43/I'deki kısa ve muğlak bir şekilde kaleme alınan kanun metni dolayısıyla zorunluluk arz etmektedir.

Bu anlamda olmak üzere geçen asrın başında Guhl şu yerinde tespiti yapmıştır: “Kanuni düzenlemeler hakkında bir değerlendirme yapmak veya kanuni düzenlemeleri eleştirmek istendiğinde, en az kanun hükümleri kadar ve hatta daha önemlisi o kanunun uygulamasıdır.”⁴⁴ Guhl'e göre, mahkeme içtihatlarının incelenmesi, “sadece kanunun yorumuna yönelik bir araç değil, aynı zamanda kanunun değerini belirleyen en iyi kıstastır.”⁴⁵ Bu bağlamda İsvBK m. 759/I'in “değerini”, yani uygulamadaki anlamını ve önemini değerlendirebilmek için, aşağıda şahsi indirim sebeplerinin mahkeme kararlarında nasıl bir yer tuttuğuna değinilecektir.

⁴⁰ Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. A., Zürich 1975, 263 vd.: Oftinger/Stark (dn. 30), § 7 N 11; Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, 3. A., Zürich 1984, 104; BK-Brehm, OR 43 N 26; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2006, N 16.02; ayrıca bkz. Robertino Lei Ravello, La responsabilité solidaire des organes de la société anonyme, Diss., Lausanne 1992, N 191. Bu son yazar, oransallık ilkesi ile ilgili şu tespitite bulunmaktadır: “Ce principe de droit est conforme à l'équité, qui ne tolère pas non plus qu'une faute grave et une faute légère réclament sans autre la même sanction légale.” Karşı görüşte bkz. Guhl/Koller (dn. 34), § 10 N 72. Son yazarlara göre, “zararın tazmininin kapsamı ile zarar verenin kusuru arasındaki oransallık anlamında şematik bir uygulama söz konusu dahi değildir.” Benzer yönde bkz. Hans Merz, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI/1, Basel 1984, 220.

⁴¹ Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. A., Bern 2002, 144; benzer yönde bkz. BK-Brehm, OR 43 N 26. Yazara göre, “Hâkim, kusurun büyüklüğü ile zararın tazmininin kapsamı arasında makul bir oranı tutturmak zorundadır.”

⁴² Örneğin, hafif dikkatsizliği sebebiyle kişilere veya malvarlığına yönelik milyonlar ile ölçülen zararlara sebebiyet veren bir yaya düşünülebilir [örnek için bkz. Schwenzer (dn. 40), N 16.02].

⁴³ Örnek: “Hâkim kararı ile, pay sahibi Z'nin 1000 birim tutarında ikame ettiği sorumluluk davası, yönetim kurulu üyeleri A, B, C ve D için müteselsilen şu sorumluluklar nispetinde bir dağılım ortaya çıkarmıştır: A: %75, B: %30, C: %20 ve D: %5.” Bu örnek için bkz. Roger Zäch/Claudius Triebold, Zur differenzierten Solidarhaftung des Verwaltungsrates, in: Von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz - Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 421, 431. Zararın tazmininin rücu edilmesine büyük bir önem atfedilmemesi gerektiği “zira zaten daha dış ilişkide teselsülün her bir müteselsil sorumlunun kusuru oranında tayin edileceği” yönünde bkz. ve karşı. Handkommentar-Bertschinger, OR 759 N 11.

⁴⁴ Theo Guhl, Haftpflicht aus unerlaubter Handlung, Bern 1904, 32.

⁴⁵ Guhl (dn. 44), 32.

3.2. Uygulamada Şahsi İndirim Sebepleri

Daha baştan söylemek gerekirse: Federal Mahkeme'nin son on yıla ilişkin kararları, hafif kusura dayanan zararın tazmininde indirimin uygulamada önemsiz olduğu sonucunu ortaya koymaktadır⁴⁶. Son yüzyılın kırklı yıllarından bu yana yayımlanmış Federal Mahkeme kararları incelendiğinde -tespit edilebildiği kadarıyla- hafif kusur sebebiyle tazminat miktarının indirime tabi tutulmasına sadece bir tek Federal Mahkeme kararında rastlamak mümkün olmuştur; bu karar, çığ oluşumuna sebebiyet verdiği gerekçesiyle bir dağ-treni şirketi aleyhine ikame edilmiş zararın tazmini davasına ilişkindir⁴⁷. Davaya konu olayda, eylemde bulunan organın bu eyleminde hafif ihmal dahi bulunmamakla beraber, "her makul ve mantıklı insanın göstereceği en temel yükümlülüklerin ihlalinden" kaynaklandığı için tazminata hükmedilmiş, fakat tazminat miktarında %20'yi bulan bir indirime gidilmiştir⁴⁸.

Federal mahkemenin yayımlanan bazı kararlarında ise, nadiren de olsa, hafif kusurun, tazminat miktarında indirime sebep teşkil edebileceğinden de bahsedilmektedir. Fakat mahkeme indirime sebep teşkil eden başka nedenlere de işaret etmiştir. Neticede hafif kusurun tazminat miktarının tayininde ne derecede rol aldığı hususu belirsiz kalmaktadır⁴⁹.

Münhasıran hafif kusur sebebiyle tazminat miktarının indirime tabi tutulduğunu hükme bağlayan yayımlanmamış kararlar mevcut olsa bile⁵⁰, bu durum hafif kusura istinat eden zararın tazmini-ne yönelik indirimin pratikte anlamsız ve önemsiz olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Buna karşılık, sorumluluğa yol açan birçok olayın yargı süreci dışında çözüme kavuşturulduğu yönündeki itiraz da kabul edilebilir değildir; zira sorumlu olan şahsın kendisinin yol açtığı zarar ile ilgili miktarın indirilmesini talep edebilecekse, yargı yolunu tercih edeceği aşikârdır. Aynı şekilde indirim sebepleri nadiren ortaya çıktığı için kararların sayısının az olduğuna dair itiraz da ikna edici değildir: Aksine çoğu durumda, zarardan sorumlu olan şahsa neticede sadece hafif kusur yüklenebileceğinden olayların çoğunda yine indirime gidilmek zorunda kalınacaktır.

Hafif kusurun yanı sıra indirime imkân veren başka sebeplerin de teorik olarak dikkate alınması gerekmektedir. Bu kapsamda değinilmesi gereken diğer sebepler; beklenmedik hal, zayıf illiyet bağı, üçüncü kişinin kusuru, hatır işleri ve düşük ücrettir⁵¹. Yargı kararlarında anılan indirim sebeplerinden zaman zaman teorik olarak bahsedilmesine rağmen, somut olayda -bazı istisnalar

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Vito Roberto, Schadensrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 176 vd.; Th. Schwamb, Die schadensrechtliche Reduktionsklausel - § 255a BGB Referentenentwurf 1967: Eine vergleichende Untersuchung mit dem Schweizer Recht, Frankfurt a.M. 1984, 119 vd.; ayrıca bkz. Hans Peter Walter, Handbuch, Unsorgfältige Führung eines Anwaltsmandats, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, N 16.66. Son yazar, hafif kusurun zararın tazmini için bir indirim sebebi olup olmayacağına kuşkuyla yaklaşmaktadır. Sorumluluk hukuku için ayrıca bkz. Böckli (dn. 4), § 18 N 112. Yazara göre, uygulamada tazminat miktarının hafif kusur dolayısıyla indirilmesi neredeyse mümkün değildir. Buna karşılık, kusurun tazminat miktarının tayininde en temel unsur olduğu yönünde bkz. BK-Brehm, OR 43 N 72.

⁴⁷ BGE 96 II 172 vd..

⁴⁸ Bkz. yuk. (dn.48), 177.

⁴⁹ Karş. Böckli (dn. 4). Ayrıca bkz. Basel Hukuk Mahkemesi'nin 5 Ekim 1990 tarihli kararı [Böckli (dn. 665), § 18]. Anılan kararda işveren, yükümlülüklerine aykırı davrandığı iddiasıyla kendi müdürü aleyhine dava açmıştır. Bu davada, tazminat miktarında diğer durumların yanı sıra, işverenin iş hukukundan kaynaklanan pozisyonu ve İsvBK m. 321e/II'de öngörülen sorumlulukları ve işverenin kendi kusurunun etkili olduğu bir indirim gerçekleşmiştir; BJM 1991, 135 vd.. Araç sahibinin sorumluluğu ve dolayısıyla tehlike sorumluluğuna ilişkin bir kararda ise, indirime sebep teşkil eden husus hafif kusurdan ziyade sağlıkla ilgili yaşanan olumsuzluklar olarak ortaya çıkmıştır (BGE 131 III 12 vd.). Ayrıca bkz. BGE 89 II 496 vd.. Bu son kararda ise, hafif kusurun yanı sıra beklenmedik hal ve aynı zamanda hatır işi de söz konusu olmuştur. Bu son olayda, tazminat miktarında indirimin gerekli olup olmadığı sorgulanmaya muhtaçtır. Zira olayda devletin sorumluluğu; yani iki farklı kanton idaresinin kendi memurlarının ihmalinden doğan sorumluluk söz konusuydu. Sonuç itibarıyla bu kararda tazminat miktarında indirime gidilmemiş, mahkeme bunun yerine tazminat miktarının hesabında şüpheli unsurları değerlendirme dışı bırakmıştır.

⁵⁰ Bu şekilde yayımlanmamış Federal Mahkeme kararları için bkz. BK-Brehm, OR 43 N 77 vd..

⁵¹ BK-Brehm, OR 43 N 51 vd.; Guhl/Koller (dn. 34), § 10 N 70 vd..

dışında- reddedilmektedir⁵². Uygulamada sadece zarar görenin kendisinin zararın meydana gelmesine katkısı varsa, yani zarar görenin kusuru ile daima etkin olan işletme ve çalışma süreçlerinin niteliğinden kaynaklanabilecek tehlikeler indirime sebebiyet teşkil edebilmektedir⁵³.

Tüm bu anlatılanlara rağmen, denetim organının sorumluluğunun, düşük ücret kapsamında değerlendirilip, üçte bir oranında azaltıldığı daha yeni tarihli bir karara değinilmelidir⁵⁴. Bu karara haklı olarak itiraz edilmiş, denetimin her şeyden evvel her bir pay sahibinin ve alacaklıların menfaatlerine hizmet ettiği belirtilmiştir. Bundan dolayı “*un peu étrange que la responsabilité des réviseurs soit atténuée du seul fait que les administrateurs ont choisi de consacrer peu d'argent à leur propre contrôle*”⁵⁵,* denilmiştir. Ayrıca söz konusu olayda, davacı işletmenin kendi kusuru da olduğundan⁵⁶, sorumluluk tayininde ücret karşısında zarar görenin kendi kusurunun olmasının ne derece önem arz ettiği belirsizdir.

4. SONUÇ

Farklılaştırılmış teselsül müteselsil sorumlunun sorumluluğunu, tazminat miktarında indirime gidilmesini sağlayacak sebeplerin zarar görene ileri sürülmesine müteselsil sorumluluk halinde de imkân tanımak suretiyle yumuşatmayı amaçlamaktadır. Bu tarz bir çözüm yoluna gidilmesi borçlar hukukunda hafif kusur halinde genellikle tazminat miktarının indirildiği, fakat müteselsil sorumluluk hukukunun geçerli olduğu durumlarda yargının bir türlü bu tarz bir indirim yoluna gitmediğinin kabulüne dayanmaktadır. Borçlar hukuku doktrininde de yaygınlaşan bu kabul -daha önce belirtildiği üzere- gerçek yargı uygulamasını yanlış değerlendirmekten kaynaklanmaktadır. Zira tazminat miktarında indirim, son on yılın yayımlanmış yargı kararlarında da genellikle herhangi bir önemi haiz değildir. O halde, zarar görenin maruz kaldığı zararın tazmini itibari ile farklılaştırılmış teselsülün teorik olarak amacı, -özellikle hafif kusur hallerinde- her bir sorumlu şahsa özgü indirim sebeplerinin dikkate alınmasıysa da, İsvBK m. 759/I'in uygulamaya etkisi neredeyse yok denecek kadar azdır.

5. TESELSÜL SORUNUNUN NEDENLERİ

5.1. Sorun, Kusurun Gözetilmesinden Ziyade...

Kusurun hafifliği sebebiyle indirimin yargı uygulamasına bakıldığında önemsiz olduğunu savunan görüş karşısında, indirimin oldukça sık söz konusu olabileceği itirazında bulunulabilir⁵⁷. Yargı gelecekte kusurun azlığı sebebiyle tazminatta daha sık indirime gitse bile, bu durum tatmin edici olmaktan uzak sorumluluk düzenini pek de törpülemeyecektir. İndirim geçmişte yaklaşık yüzde yirmi olarak uygulanmıştı⁵⁸. Yakın geçmişteki örneklerde olduğu gibi, iflas sonucu doğan zararlar süratle çok basamaklı milyonlar seviyesine ulaşabildiğinden kapsamda indirime gidilmesi halinde dahi sorumluların çoğu için fazlasıyla ağır bir yük oluşturur.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Roberto (dn. 46), 278 vd.; Roberto (dn. 20), N 853 vd..

⁵³ Bkz. Guhl/Koller (dn. 34), § 10 N 76 vd.; Roberto (dn. 20), N 872.

⁵⁴ BGE 127 III 457 vd..

⁵⁵ Corboz (dn. 18), OR 755 N 27.

* Ç.N.: Çevrilen makalenin orijinal metni Almanca olduğu için Fransızca açıklamalara dokunulmamıştır.

⁵⁶ Yolsuzluk sebebiyle zarara uğrayan anonim ortaklık, yönetimi denetim ve danışmanlık şirketine devretmiştir. “*sans aucune précaution ni instruction, alors qu'elle ne pouvait ignorer que l'employé qui en disposait jouissait d'une liberté de manoeuvre qualifiée de trop large*” bkz. BGE 127 III 459.

⁵⁷ Örneğin BK-Brehm, OR 41 N 47; daha fazla bilgi için çocuklar tarafından verilen zararlardan sorumluluğun önemli ölçüde azaltılabileceği görüşünde bkz. Keller (dn. 41), 144 vd..

⁵⁸ Karş. dn. 47'de zikredilen BGE II 172 vd. ile dn. 49'da zikredilen BGE 131 III 12 vd.; doktrinde benimsenen bu örneklerde olduğu gibi sadece hafif kusur nedeniyle %50 ve üzerindeki bir indirime içtihatlarda görüldüğü kadarıyla hiç gidilmemiştir.

Organların müteselsil sorumluluğundaki sorun esasında kusurun tam anlamıyla gözetilmemesinden kaynaklanmamaktadır. Birlikte sorumlulara rücu imkânı nedeniyle müteselsil borçlu esasen sorumluluk sınırlaması olsun ya da olmasın dış ilişkide yalnızca iç ilişkide kendisine yüklenebilecek kısımdan sorumlu olmaktadır. Bu durum aşağıdaki örnekte açıklanmaktadır:

Organların görevlerine aykırı hareketlerinden dolayı iflas müdürü 40 milyon CHF tutarında dolaylı zarar ileri sürebilir. Kusurun çoğu aynı zamanda müdür olan yönetim kurulu başkanına aittir. Diğer dört yönetim kurulu üyesi ve denetçi ise hafif ihmâl ile davranmıştır. Tüm ilgililer varlık ya da teminatı yüksek organ sorumluluk sigortası sahibidir.

A Seçeneği: Kusur dış ilişkide indirim nedeni olarak gözetilmediği takdirde hem yönetim kurulu başkanı hem de diğer yönetim kurulu üyeleri ile denetçi 40 milyon CHF tutarındaki zararın tamamından müteselsilen sorumlu olur. Kendisinden bedelin tamamı talep edilen kişi, birlikte sorumlu olanlara rücu edebilir. Yukarıdaki örnekte bu durum örneğin yönetim kurulu başkanının yarısından, yani 20 milyon CHF, diğer sorumlulardan her birinin 4 milyon CHF'den sorumlu olması biçiminde bir paylaşımaya gidebilir.

B Seçeneği: Kusurun dış ilişkide indirim nedeni olarak gözetilmesi durumunda diğer sorumlular -içtihatlardaki sınırlamalara dayalı olarak- yüzde yirmi oranında indirimden yararlanıp dış ilişkide en fazla 32 milyon CHF'den sorumlu olurken yönetim kurulu başkanı ağır kusur nedeniyle tutarın tamamından sorumlu olur. Davacı, yönetim kurulu başkanını dava etmediği takdirde zararının tamamını alabilmek için en az iki sorumluya dava açmak zorundadır. Yukarıdaki örnekte kusur oranlarında bir değişiklik olmadığı için yine yönetim kurulu başkanı 20 milyon CHF ve diğer sorumluların her biri 4 milyon CHF için sorumlu olacağından, diğer müteselsil sorumlulara rücu imkânı yine doğar.

Sonuçta kusurun dış ilişkide indirim nedeni olarak gözetilmesi sorumlular için A seçeneğinden farklı bir yüke yol açmaz. Ancak bu söylenen sadece her sorumlunun kendisine düşen kısmı ödeyebilecek durumda olması halinde geçerlidir.

5.2. ... Aciz Riskinin Varlığından Kaynaklanmaktadır

Müteselsil sorumlulardan biri kendi payını ödeyemezse müteselsil sorumlunun kredi riskini* kimin taşıyacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda İsvBK m. 148/III hükmünde: "Borçlulardan birinden alınamayan miktarı diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler." denilmektedir. Yani kredi riski, ödeme gücü olan müteselsil sorumlulara aittir. Sorumluluk hukukundaki müteselsil sorumluluğun temel sorunu burada ortaya çıkmaktadır. Çünkü tam da sorumluluk durumlarında sorumluluk miktarı ile ödeme gücü arasında ters orantı vardır⁵⁹.

Kredi riskinin finansal açıdan güçlü müteselsil sorumlu organın sorumluluğuna etkisi daha önceki örnekte açıklanmıştı. Bu yapılırken toplam zarar ve kusur oranları muhafaza edilmeli, buna karşın örnek, sorumluların ödeme gücü açısından aşağıdaki şekilde değiştirilmelidir:

Yönetim kurulu başkanı ve üç yönetim kurulu üyesinin her biri en fazla 0.5 milyon CHF ödeyebilir. Beşinci yönetim kurulu üyesinin ikametgâhı yurt dışındadır ve orada talepte bulunmak mali duruma bakıldığında faydasızdır.

A Seçeneği: Dış ilişkide durumda aslında değişiklik olmaz, yine de davacı mali durumlardan haberdarsa öncelikle denetçiden talepte bulunacaktır. İç ilişkide denetçi, sonuçta yönetim kurulu üyelerine rücu ederek 2 milyon CHF'lik tutardan kurtulabilir. Denetçi toplamda 38 milyon CHF'ye bizzat katlanmak zorunda kalır.

* Ç.N.: Kredi riski olarak tercüme edilen "Bonitätsrisiko" ile müteselsil borçlulardan birinin kendi payına düşen miktarı ödeyemeyecek durumda olması kastedilmektedir.

⁵⁹ Ayrıca tazminat borçlusunun edim yükümlülüğünün uygulamada çok defa eninde sonunda finansal gücüne bağlı olduğu yönünde bkz. Forstmoser/Sprecher/Töndury (dn. 3), N 225; Duruma göre sigorta teminatı da aynı şekilde değerlendirilmektedir, bkz. Nobel (dn. 4), 105 vd.; Bertschinger (dn. 4), 592 vd..

B Seçeneği: Kusur dış ilişkide indirim nedeni olarak (yine yüzde yirmi oranında) gözetilirse denetçi, dış ilişkide 32 milyon CHF tutarında sorumlu olur. 2 milyon CHF'yi de rücu yoluyla alabileceğinden yükü 30 milyon CHF olur.

Farklılaştırılmış teselsül dış ilişkide hafif kusurun gözetilmesi olarak anlaşılırsa bu, örnekte tam teselsül durumundaki 38 milyon CHF'nin 30 milyon CHF'ye düşmesine yol açar. Bu nedenle doktrinde genel kabul gören talep doğrultusunda hafif kusurun dış ilişkide gözetilmesi hafif ihmalden sorumlu organların sorumluluk rizikosunun indirilmesini ya hiç sağlamaz ya da sadece yetersiz derecede sağlayabilir. Gerçek anlamda bir hafifletme ancak ağır kusur nedeniyle sorumlu olmayan organların birlikte sorumluların kredi rizikosundan kurtarılması halinde söz konusu olabilir.

6. ÇÖZÜM OLASILIKLARI

6.1. Genel Olarak

Doktrindeki görüşün ve yasa koyucunun İsvBK m. 759/I hükmünün konulmasındaki düşüncesinin aksine, bireysel indirim nedenlerinin gözetilmesi organların sorumluluk rizikosunun istenildiği kadar hafiflemesine yol açamaz⁶⁰. Bu nedenle organların sorumluluk rizikolarını sınırlamak için başka hangi imkânların akla gelebileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Sorumluluk rizikosuna ilişkin düzeltmeler esasında yükümlerin ihlalinde, sorumluluğun sonucunda ve yargısal çerçevede söz konusu olmaktadır.

Aşağıda öncelikle hafif kusur halinde sorumluluğun belirli bir miktarla sınırlanması ele alınacaktır. Ardından bir yandan dış ilişkide oransal sorumluluk ve diğer yandan görevlerin sayısının azaltılması incelenecektir. Bunlar dışındaki, özellikle usûlî açıdan sorumluluk hafifletmeleri ise ele alınmayacaktır.

6.2. Hafif Kusur İçin Sorumluluk Miktarının Sınırlandırılması

Bir anonim ortaklığın organlarının sorumluluk rizikosunu azaltmanın bir yolu denetçinin sorumluluğuna ilişkin taslakta önerildiği gibi sorumluluk miktarının kanunla sınırlandırılmasıdır. Almanya ve Avusturyadaki ilgili yasal düzenlemeler her ihmal için sorumluluk limiti öngörürken ön tasarı sorumluluk sınırlamasını yalnızca hafif ihmal halleri ile sınırlamaktadır⁶¹. Her ne kadar böyle bir sorumluluk sınırlaması ilk bakışta sorunu uygun biçimde çözecekmiş gibi görünse de yakından bakıldığında farklı açıdan sorular ortaya çıkarmaktadır.

Önerilen düzenlemenin sorumluluk rizikosunu gerçekten etkili biçimde azaltıp azaltmadığı son derece belirsizdir. Şüpheli, yönetim kurulunun ödenmemiş sosyal sigorta primlerinden sorumluluğuna ilişkin yargı kararlarıyla beslenmektedir⁶². En azından ağır kusurun varlığına ilişkin ön koşula rağmen hafif kusurdan sorumluluk da her defasında kabul edilmektedir. Yönetim kurulu-

⁶⁰ Karş. Forstmoser (dn. 12), 510: "Görüldüğü gibi mahkeme uygulamasındaki düzeltmeler ve denetim kurulunun tedbirleri denetçinin aşırı olan sorumluluk rizikosunu ancak sınırlı ölçüde hafifletebilir. Bu durum yasa koyucuyu görev başına çağırılmaktadır." Denetim Kurulunun Sorumluluğu Reformu hakkında karş. Von der Crone (dn. 12), 2 vd.; Bertschinger (dn. 4), 598 vd.

⁶¹ Değiştirilmiş m. 759/I Teklifi, karş. dn. 13. Almanya ve Avusturyadaki denetçinin hem hafif ihmali hem de ağır ihmali görev ihlalindeki sorumluluk sınırları açısından karş. von der Crone (dn. 12), 3.

⁶² Bkz. Ueli Kieser, Alters- und Hinterlassenversicherung, in: Murer/Stauffner (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2. A., Zürich 2005, s. 220 vd.'daki içtihat listesi; Gion Giger, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Diss., Zürich 2003 (= SSHW 224), 373 vd., yazar, Federal Sigorta Mahkemesinin "ölçüsüz özen yükümlülüğü isteği"ni doktrinde yakınılan mahkemelerin sorumluluk hukukunda "olağandışı özen ölçütü" eğiliminin örneği olarak ele almaktadır.

nun özen yükümlülüğüne dayandırılan ölçüt doktrinde hâkim görüşe göre kusursuz sorumlulukla sonuçlanmaktadır⁶³.

Federal Sigorta Mahkemesi, kararlarında sosyal sigorta primlerinden sorumluluğun sebep sorumluluğu olmadığına farklı biçimlerde açıkça işaret etse bile bu eleştiri yerindedir. “Hükümlere uyulmadığı için zarar ortaya çıktığını tespit eden tazminat bürosunun işçinin hukuka uygun davranışı ya da kusursuzluğuna ilişkin belirtiler olmadıkça işverenin hükümleri kasıtlı ya da en azından ağır kusurlu olarak ihlal ettiğini varsayabileceğini” öngören düzenleme, sorumluluk eşliğinin ne kadar düşük olduğunu göstermektedir⁶⁴. Bundan başka yönetim kurulu üyeleri yaşlılık ve geride kalanların sigorta primlerinin tazminat bürosuna ödenip ödenmediğini kişisel olarak takip etmekle yükümlüdür⁶⁵.

Federal Mahkemenin birinci hukuk dairesi, önerilen denetçinin sorumluluğu hükmünün yönetim kurulunun sorumluluğuna uygulanmasında daha az sıkı bir ölçüt kullansa bile ağır kusur yine de genel olarak kabul edilebilecektir. Böckli'nin de haklı olarak ifade ettiği üzere “hâkim bir kez kusuru kabul etmekte kararlı ise organlara nadiren gerçekten sadece ‘hafif’ ihmâl yüklediğinden” hafif ve ağır ihmâl arasındaki ayrım yargı kararlarında “görece küçük bir rol oynamaktadır”⁶⁶. Bu durum anlaşılabilir da. Çünkü yasa koyucu ve yargı belli hukuki durumları korumak için ne kadar sıkı davranış normları koyarsa normun muhataplarının bunlara tamamıyla uymaları da yoğun çabalarına rağmen o kadar zor olur. Böylelikle sorumlu, kusurunun azlığına dayanıyorsa aslında o davranış normunun katılığına karşı çıkmaktadır⁶⁷. Sorumluluğun sonuçları da yalnızca kanun koyucunun öngördüğü görev listesini yerine getirmektedir.

Şirketin üst düzeyde yönetimi yanında finans denetimi ve şirket yönetiminin üst gözetimi de her bir yönetim kurulu üyesinin devredilemez görevi olarak kabul edilirse bu görev listesi icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesince hukuken neredeyse yerine getirilemez. Ancak bir anonim ortaklığın “Magna Charta”⁶⁸ olarak nitelenen bu çekirdek görevlere aykırılık, genelde hafif ihmalli görev ihlalinin ötesine geçemez⁶⁹.

Hafif ihmalde sorumluluğun sınırlanmasının organ sorumluluk sigortasını ne derece etkilediği sorusu da ortaya çıkmaktadır⁷⁰. Hafif ve ağır ihmâl ayrımı, ikisi de genelde tam sorumluluğa gideceği için çoğunlukla önemsizdir. Bu nedenle mahkemeler genelde kusurun derecesi hakkında görüş bildirmek zorunda olmaksızın sadece bir görevin kusurlu olarak ihlal edilip edilmediğine

⁶³ Böckli (dn. 4), § 13 N 573 vd.; Müller/Lipp/Plüss (dn. 4), 241, yazarlara göre ağır ihmâl kavramının mevcut biçimde genişletilmesi adeta bir sebep sorumluluğuna yol açmaktadır; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A., Bern 2004, § 16 N 388a. Yazarlara göre burada “durdurulamaz ve olağan dışı bir uygulama” söz konusudur; Krneta (dn. 2), N 2110 vd.. Yazara göre böylelikle “sosyal sigorta hukuku alanında fiilen yönetim kurulunun sebep sorumluluğu oluşturulmuştur.”

⁶⁴ BGE H 209/01 E 4b.

⁶⁵ BGE H 318/03 E 6.

⁶⁶ Böckli (dn. 4), § 18 N 112.

⁶⁷ Benzer yönde karşı. Hans Stoll, Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 1970, 480, 491; Roberto (dn. 46), 268.

⁶⁸ Böckli (dn. 4), § 11 N 288.

⁶⁹ Corboz (dn. 18), R 759 N 19, yazarın bir denetçinin kusur derecesine ilişkin tespitleriyle karşı.: “Imaginons qu’un administrateur, par un stratagème comptable, ait habilement dissimulé un état de surendettement. Nous supposons ensuite que les réviseurs, par une complaisance coupable, n’ont rien signalé à l’assemblée générale. Dans un tel cas, les réviseurs ont assurément commis une faute grave, en violant un de leurs devoirs les plus élémentaires et en vidant de son sens l’intervention de l’organe de révision.”

⁷⁰ Directors’ and Officers Liability Insurance (D & O Versicherung) hakkındaki açıklamalar hakkında bkz. Daniel Bandle, L’assurance D & O. Analyse de l’assurance responsabilité civile des dirigeants de sociétés en droit suisse, comparée aux solutions en droits français et anglais, Diss., Lausanne (= SSHW 191), Zürich 1999; Alfred Diezi, Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss., Zürich 1982 (= SSHW 62); Thierry Luterbacher, Verantwortlichkeit und Versicherung, Baer (Ed.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 129 vd.. Geniş anlamda sigorta teminatı hakkında bkz. Forstmoser/Sprecher/Töndury (dn. 3), N 249 vd.; Denetçinin sigortası hakkında karşı. Bertschinger (dn. 4), 590 vd..

karar vermek durumundadır. Hafif ihmal halinde sorumluluk sınırlanırsa yargı bugün sosyal sigorta primlerinden sorumlulukta olduğu gibi muhtemelen görev ihlallerini şimdi olduğundan daha sık ağır kusurlu nitelenecektir. Sigorta Sözleşmesi Kanunu m. 14/II uyarınca sigorta ettirenin ağır kusuru halinde sigortacının “edimini kusurun derecesine uygun ölçüde indirme” hakkı olduğu için bu durum problemlidir.

Bu nedenle hafif ihmal için sorumluluk miktarının sınırlanması problemsiz değildir. Sonuçta bu sınırlamanın sorumluluk rizikosunun hafiflemesi yerine ağırlaşmasına yol açması tehlikesi ortaya çıkmaktadır⁷¹.

Bu nedenle ya sorumluluk limitlerinin uygulama alanının Almanya ve Avusturya’da olduğu gibi her bir ihmal türüne yayılması ve kastın bunun dışında bırakılması⁷² ya da miktara dayalı sorumluluk sınırlamasından tamamen kaçınılması önerilmektedir.

6.3. Dış İlişkide de Oransal Sorumluluk

Federal Mahkemenin yerleşik içtihadına göre “dava edilen müteselsil borçlunun katkısı diğerlerininine göre son derece az görüldüğünde” teselsül ilkesinin bir istisnası söz konusu olabilir⁷³. İcrada görevli olan üyelerle karşılaştırıldığında icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi ya da denetçinin sebep olunan zarara ilişkin olarak kural olarak daha hafif bir sorumluluğu olur. Burada genellikle göreve aykırı ihmallere söz konusudur. Bu durumlarda ilgili kişinin diğer organların göreve aykırı işlemlerini önceden ya da titizlikle denetlemiş olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu durum, şimdiye kadar yargı kararlarında icrada görevli olmayan organların kusur oranının “son derece hafif” olarak nitelenmesine yol açmış değildir. Bu nedenle, özel durumlar bir yana bırakılırsa, sorumluluk miktarının düşüklüğü nedeniyle müteselsil sorumlunun yükünün hafiflemesi söz konusu olamaz.

Sorumluluk hukuku alanında diğer sorumlularla mutlak teselsülün genel olarak reddedilip edilemeyeceğinin de incelenmesi gerekmektedir. Her halükarda müteselsil sorumluluk ilkesi tüm sorumluluk durumlarında istisnasız olarak geçerli değildir. İlke, örneğin belirsiz derecede çok sayıda failin zarara yol açtığı durumlarda zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu noktada gösteri, yağma ve grev zararlarından sorumluluk akla gelmektedir. Gösteri ya da yağmalardaki zararlara sıklıkla sadece orada olmakla nedensel bir katkıda bulunmuş olan meraklı izleyiciler imkân vermektedir. Aynı durum her birine düşen kirletme katkısı sıklıkla görece zararsız olan ve ancak toplamda bir zarara yol açan çok sayıda aktör (ör; çiftçiler) tarafından suların kirletilmesi için de söz konusudur.

Müteselsil sorumluluk ilkesi uyarınca anılan durumlarda kendisinden talepte bulunulan kimse, nedensel katkısı az olmasına rağmen zararın tamamından sorumlu olmalıdır. Bu adalet duygusuna

⁷¹ Ağır kusurla sebep olunan tazminat ödemeleri çok defa vergiden indirilemeyeceği için ağır kusura geçiş vergi hukuku açısından da sonuç doğurur; karşı. 4 Kasım 2002 tarihli BGE 2A.252/2002, tespit 3.2.3. Ayrıca bkz. Peter Locher, DBG-Kommentar, 1. Bölüm, Therwil/Basel 2001, DBG 26 N 47: “Bir yönetim kurulu üyesinin anonim ortaklıklar hukukundan doğan görevi ağır kusurlu olarak ihlali halinde, bu ihalden doğan zarar artık bir yönetim kurulu faaliyetinin kaçınılmaz belirti olarak beraberinde getirdiği bir riziko olarak nitelenemez. Bu nedenle bu gibi giderler vergi yükümlüsü kimsenin faaliyetiyle yeterli yakın bağlantının yokluğu halinde üretim maliyeti olarak indirilemez.” Buna karşın farklı yönde bkz. Markus Reich, Zweifel/Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/1, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 2. A., Basel 2002, Madde 10 N 11a: “Serbest çalışanın ağır ihmeline bağlanan tazminat ödemelerinin indiriminin reddi şüphe uyandırmaktadır. (...) İş alanındaki hatalı davranışlar asla “özel mesele” oluşturmaz, aksine kaçınılmaz olarak işten kaynaklanırlar.” Thomas Koller, Schadenersatzzahlungen als Geschäftskosten oder als Einkommensverwendung? - Reflexwirkungen der verschärften Berufshaftung auf das Steuerrecht, AJP 2003, 1232, 1236, yazar için bir tazminat ödemesinin üretim maliyeti niteliği açısından sebep olunan zararın elde edilen vergilendirilebilir gelire yakınlığı belirleyicidir. Somut olayda gelirin elde edilmesinin mi yoksa özel nedenlerin mi ön planda olduğunun belirlenmesinde vergi mükellefinin kusurunun ağırlığı sadece -ama en azından- belirti olarak dikkate alınabilir. Reich (a.g.e., Madde. 10 N 11a), ancak yazara göre iş alanındaki hatalı davranışlar asla “özel mesele” oluşturmaz, aksine kaçınılmaz olarak işten kaynaklanırlar.

⁷² Farklı görüşte bkz. von der Crone (dn. 12), 17.

⁷³ Bkz. dn. 32’de anılanlar.

aykırı ve objektif olarak haksız sonuçtan kaçınmak için doktrinde, böyle durumlarda dış ilişkide sadece belli bir oranda sorumluluğun kabul edilmesi önerilmektedir⁷⁴.

Sorumluluk davalarında da benzer bir durum ortaya çıkmaktadır: Sorumlu çevresi sıklıkla çok sayıda kimseyi kapsamaktadır. Resmi olarak atanan yönetim kurulu üyelerinin yanında yönetimin üyeleri, fiili organlar ile denetim kurulu sorumlu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda bir yandan bu hallerin çoğunda davalıya karşı sadece hafif ihmâl iddiasında bulunulabildiği dikkat çekmektedir. Öte yandan bu kimselerin zararın tamamından müteselsil sorumlu olması dramatik sonuçlar doğurabilir. Çünkü gösteri, yağma, grev ya da bileşik zararlarda* birlikte sebep olanlara rücu, müşterek failer bilinemediği için başarısız olurken, sorumluluk davalarında rücu genelde tazminat taleplerinin farklı organlarca yerine getirilemez olduğundan dolayı başarısız olmaktadır. Bu hallerde ilk dava edilen müteselsil sorumlu toplam zarara bireysel katkısı nedeniyle katlanması gerekenden daha fazla oranda katlanacaktır. Bu nedenle çok sayıda failin varlığı halinde müteselsil sorumluluğun istisnasının dikkatle kıyası düşünülebilir.

Oransal sorumluluk için bir bakış açısı daha anlabilir. Somut sorumluluk miktarlarını ve müteselsil sorumlulara düşen payları normal şartlar altında bilmediğinden zarar görenin paylaş-tırma rizikosu ile usûlî açıdan aşırı zorlanacağı düşüncesi mutlak teselsülün gerekçelerinden biridir. Sorumluluk davalarına ilişkin olarak bu düşünce yerinde değildir. Sorumluluk davaları kural olarak iflası takiben açıldığı için davacının iflas dosyasına dayanarak sorumlulukları netleştirme imkânı bulunmaktadır. Ayrıca yeni müteselsil sorumluluk düzenlemesi davacıya farklı organ mensuplarını birlikte dava edebilme imkânı sağlayarak dava içindeki konumunu güçlendirmektedir⁷⁵.

Daha önce de açıklandığı üzere teselsül sorunu ödeme gücünü riskinin taşınmasından kaynaklanmaktadır. Sonuçta oransal sorumluluk müteselsil sorumlunun ödememe riskinin davacıya aktarılmasını amaçlamaktadır. Davalılardan her biri, toplam zararı dış ilişkide iç ilişkide de taşımak zorunda olduğu oranda taşınmalıdır⁷⁶. Sorumluluk davalarında kural olarak birden fazla sorumlu kimse sorumlu tutulabildiği için oransal sorumlulukta yönetici olmayan yönetim kurulu üyelerinin payına toplam zararın sadece çok az bir kısmı düşmektedir⁷⁷.

Doktrine hâkim görüş müteselsil sorumlulukta herhangi bir çalışma ihtiyacı görmediği, aksine düzenlemeyi başarılı bulduğu için ve çok sayıda kararla yerleşen yargı uygulaması açısından dış ilişkide sorumluluğa katkı oranında sorumluluk olarak farklılaştırılmış teselsül anlayışı nadiren uygulanabilir. Böyle bir anlayış karşısında öncelikle artık bir müteselsil sorumluluğun söz konusu olmaya-acağı ve böylelikle kanunun lafzına aykırılık oluşacağı itirazı ileri sürülebilir. Bu nedenlerle dış ilişkide oransal sorumluluk sadece bir hukuk politikası talebi olarak var olabilir.

⁷⁴ Karş. ZK-Oser/Schönenberger, OR 50 N 9; von Tuhr/Peter (Dn.40), 93; son zamanlardan Stefan Weber, Eine einheitliche Lösung für eine Mehrheit von Ersatzpflichtigen?, in: Koziol vd. (Hrsg.), Liber Amicorum Pierre Widmer, Wien/New York 2003, 341, 349: “(başkasının nedenselliğinin) isnadı, salt orada bulunmaktan doğan sorumluluk olan ‘anca beraber, kanca beraber’ [Ç.N.: “Mitgegangen-Mitgefangen” şeklindeki Almanca ifade ile bir suç işlenirken sadece orada bulunan kimsenin yakalanıp cezalandırılabilceği ihtimalini hesaba katması gerektiği anlatılmak istenmektedir.] cezai eğimine yakındır.”; Roberto (dn. 20), N 162; ayrıca Avusturya doktrininde daha fazla bilgi için bkz. Helmut Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Cilt. I, AT, 3. A., Wien 1997, N 3.83; ayrıntılı bilgi için bkz. Karl Otfinger, Haftpflicht wegen Verunreinigung eines Gewässers, SJZ 1972, 101, 108 (tatmin edicilikten yoksun); Hans-Ulrich Müller, Der privatrechtliche Schutz vor Gewässerverunreinigung und die Haftung, Zürich 1968, 45 (nedensellikten yoksun); ayrıca bkz. Irene Lorez-Wiegand, Haftung aus Gewässerverunreinigung, Zürich 1976, 76 vd.; farklı görüşte bkz. BKBrehm, OR 50 N 35 vd.

* Ç.N.: “Bileşik zararlar” olarak Türkçe’ye çevrilebilen “Summationsschäden” kavramı, birden çok nedenin birleşerek ortaya çıkardığı zararı anlatmaktadır. Bu kavram Türk hukukundaki “ortak illiyet” kavramı ile bağlantılı olarak da düşünülebilir.

⁷⁵ BGE 122 III 326’ya göre bu, kayıp halinde davacının masraf ve tazminat rizikosunu her bir davalıya karşı değil sadece diğer taraftan birine karşı taşımak zorunda olması anlamına gelir; ancak birden fazla davalının birlikte temsilinin meslek hukukundan dolayı yasak olduğuna ilişkin yerinde sınırlama için bkz. BGE 125 III 140.

⁷⁶ Isler (dn.1), 199 vd. ve Handkommentar-Bertschinger, OR 759 N 11 de aynı çözümü savunmaktadır.

⁷⁷ Karş. yukarıda Bölüm IV’teki örnekler.

6.4. Görev Listesinin Daraltılması

Sorumluluğun sonuçları sadece görev listesini yerine getiriyorsa sorumluluk davalarında sorumluluk rizikosunu azaltma olanakları araştırılırken görevlere de yönelenebilir. Bu noktada öncelikle yönetim kurulunun İsvBK m. 716a hükmünde düzenlenen devredilemez görevleri, bunların başında da şirket yönetiminin üst gözetimi (bent 5) ile -mahkemeye borca batıklığın bildirilmesi görevi (bent 7) dolayısıyla- finans denetimi (bent 3) görevleri problemlili görünmektedir.

Yetki devri imkânı genişletilerek, yani devredilemez görevlerin kapsamı daraltılarak sorumluluk sorunu hafifletilebilir. İsvBK m. 716a hükmünde belirtilen görevlerin yönetim kurulu tarafından yerine getirileceği ilkesi korunmak istenirse, geriye yalnızca yönetim kurulu içerisinde sorumluluktan kurtaran yetki devirlerine izin verme imkânı kalır. Bu düşünce, uygulamada devredilemez görevler alanında da işbölümünün gerekli olduğu anlayışına uygundur⁷⁸.

Kanun, İsvBK m. 716a/II hükmünde yönetim kurulunun kararlarının hazırlanması ve yürütülmesi ya da işlerin gözetimini komite ya da üyelerine devredebileceğini öngörmektedir. Hâkim görüşe göre böyle bir tahsis, tahsis eden yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu tabi ki azaltmaz⁷⁹ ya da -daha önce belirtilen husus sonuçta yine aynı noktaya çıkar- İsvBK m. 759/I çerçevesinde⁸⁰ azaltır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin tam anlamıyla ibra edilmesi, özellikle Bertschinger'in iyi gerekçelerle savunduğu gibi tahsis eden üyenin sorumluluğunun seçim, talimat ve gözetimle sınırlanmasıyla mümkün olabilir⁸¹.

Fakat sorumluluk rizikosunun etkili bir biçimde hafifletilmesi ancak bir yasa değişikliği ile devredilemez görevlere ilişkin karar alınmasının da sorumluluktan ari biçimde yönetim kurulu içerisinde devredilebilir hale getirilmesiyle mümkün olabilir. Böylece yönetim kurulu -en azından belirtilen yönetimin üst gözetimi ve finans denetimi görevlerinde- İsvBK m. 716a hükmünde anılan devredilemez görevleri de yönetim kurulu içerisinde işbölümü yoluyla bir ya da daha fazla yönetim kurulu üyesine ya da bir yönetim kurulu komitesine tahsis edebilmelidir. Böylelikle yönetim kurulunun tüm devredilemez yetkiler için toplam sorumluluğu kaldırılmış olur. Aynı zamanda icrada görevli olan yönetim kurulu üyeleri ve tam zamanlı olarak faaliyet gösteren yönetim kurulu başkanlarının sorumluluk hukuku açısından -İsvBK m. 759/I bir yana bırakılırsa- bağımsız yönetim kurulu üyeleri ile eş tutulmasındaki tuhaflık giderilmiş olur. Denetim kurullarının sorumluluk rizikosunu bu halde de çözümsüz kalmaya devam eder; bunlar açısından oransal sorumluluk düzeni daha çok başarı vaat eder görünmektedir.

7. SONUÇ

Borçlar hukuku içerisinde milyonlara varan taleplerle karşılaşma riskinin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundaki kadar yoğun olduğu bir başka alan neredeyse yoktur. Yönetici ya da yönetim kurulu üyeleri ile komitelerin görevlerini özenle yerine getirdiklerine dair haksız güven durumunda olduğu gibi hafif ihmal sonucunda dahi sorumlu olan kimsenin mali olanaklarını fazlasıyla aşan bir sorumluluk söz konusu olabilir.

⁷⁸ Böckli (dn. 4), § 13 N 405.

⁷⁹ BSK OR II-Watter, Art. 716a N 27 vd.; a.g.y., Verwaltungsratausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, von der Crone/Weber/Zaech/Zobl (Ed.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 183,190; ZK-Homburger, OR 716a N 688; ayrıca bkz. Hungerbühler (dn. 27), 12.

⁸⁰ Böckli (dn. 4), § 18 N 130.

⁸¹ Urs Bertschinger, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, AJP 1998, 1286, 1290; aynı şekilde Handkommentar-Chapuis, OR 716a N 21; görev devri ve yönetim kurulunun işbölümünde bireysel sorumluluk meselesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Caspar von der Crone, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, Baer (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung- ihre Tätigkeit und ihr Verhältnis zueinander, Bern 2006, 79, 79 vd. ve 89 vd.

Böylece davacılar usûlî açıdan rahat bir durumda olurlar. Talepler sadece asıl sorumlulara değil, sözü edilen göreve aykırılıklarla uzaktan ilişkili olan kimselere yöneltilse bile İsvBK m. 759/II hükmünden kaynaklanan masraf ve tazminat yükümlülüğü nedeniyle sadece karşı tarafa yönelik ileri sürülebilir olmaya devam etmektedir⁸². Dahası iflas müdürü davaları kendisi açtığı sürece masraf rizikosu da iflas masasında kalmaktadır.

Davacının usûlî açıdan daha iyi durumda olması, İsvBK m. 716a hükmü uyarınca devredilemeyen görevlerin kapsamının ve İsvBK m. 729b hükmü uyarınca denetim kurulunun bildirme yükümlülüğü ile müteselsil sorumluluğun yalnızca özen borcunun hafif ihlali hallerinde söz konusu olması, taleplerle karşılaşan organ mensuplarının çoğunun bir mukayeseye rıza göstermelerine yol açmaktadır. Farklılaştırılmış teselsül, bu ölçüsüz olarak değerlendirilen sorumluluk rizikosunu sınırlamalıydı. İsvBK m. 759/I hükmünde tercih edilen eklemenin, bu amacı gerçekleştirmediği ve gerçekleştiremeyeceği daha önce ortaya konulmuştu.

Yasa koyucu da artık müteselsil sorumlulukta davranış gereğini tanımış bulunmaktadır. En azından denetim kurulu için hafif kusur halinde sorumluluğun miktara dayalı olarak sınırlandırılması önerilmektedir⁸³. Mahkemeler, çekirdek görevlerin ihlalinde genel olarak ağır kusurdan hareket edebilecekleri için, sadece hafif ihmalde sorumluluğun sınırlandırılmasını öngören bu öneri bu problemi pek az bertaraf edebilecektir. Üstelik sigorta hukuku açısından da bir dezavantajlılaştırma tehlikesi bulunmaktadır. Ama her şeyden önce ödeme gücüne sahip bir müteselsil sorumlu lehine ibra, diğer hafif ihmalden sorumlu organ mensuplarının aleyhine sonuçlanabilir; denetim kurulundan artık elde edilemeyen miktar, muhtemelen diğer müteselsil sorumlular tarafından karşılanmak zorunda kalacaktır.

Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundaki müteselsil sorumluluk sorununun her bir sorumlunun oransal sorumluluğu ile çözümlenmesi daha yerinde görünmektedir. Bununla beraber bu öneri, İsvBK m. 759/I hükmünün mevcut hali ve mevcut içtihat ve doktrin karşısında uygulanamaz. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk hukukundaki teselsül normunun yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Belirtilen nedenlerle anonim ortaklıklar ve muhasebe hukukundaki revizyon çerçevesinde sadece denetim kurulunun sorumluluk rizikosunu çözümlenmeye çalışılmamalıdır; ağır kusurla sorumlu olmayan bütün organ mensuplarına ilişkin de çalışma yapılması gerekir. Miktara dayalı olarak sorumluluk tutarlarının sınırlandırılmasının yanında öncelikle İsvBK m. 759/I hükmünde oransal sorumluluğun düzenlenmesi ve görev listesinin, özellikle İsvBK m. 716a hükmündeki devredilemez görevlerin daraltılması çözüm olarak akla gelmektedir⁸⁴.

⁸² Bkz. dn. 25 ve 75'te belirtilenler.

⁸³ Bkz. dn. 13.

⁸⁴ Özellikle konzern ilişkilerinde organların özen yükümlülüğünün daha açık ortaya konularak sorumluluk rizikosunun azaltılması arzu edilmektedir; ancak şimdiye kadarki deneyimlere göre yasama açısından bu neredeyse gerçekleştirilemez durumdadır. Burada, konzern çapında finans ve likidite planlaması gibi verimliliği artıracak kimi görevlerin merkezleştirilmesinin iflas durumunda yavru ortaklıkların yönetim kurulu üyelerinin görev ihlali olarak nitelendirilmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Karş. Roland von Büren, SPR VIII/6, 56 vd.; Handkommentar-Bertschinger, OR 754 N 86 vd.; Böckli (dn. 4), § 11 N 291 vd. ile N 481 vd.'da, bundan kaçınmak için haklı olarak İsvBK m. 716a hükmündeki devredilemez görevlerin teleolojik olarak azaltılmasını önermektedir; aynı şekilde bkz. von Büren (vorstehend), 59; Handkommentar-Bertschinger, OR 754N 88; Lukas Handschin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Recht, Zürich 1994, 45 vd.; Lukas Glanzmann, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Bern 1996, 36 vd.; konzernin yönetimi görevi hakkında ayrıca bkz. Jean Nicolas Druey/Andreas Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 372. Yargının bu görüşü kabul edip etmeyeceğine ilişkin belirsizlik nedeniyle Handkommentar-Bertschinger, OR 754 N 88'e göre, "sorun ancak kanun koyucunun müdahalesi ile inandırıcı çözüme kavuşturulabilir". Ayrıca karşı. Forstmoser (dn. 12), 510.

8. ÖZET

- İhmali davranan yönetici organların müteselsil sorumluluğu yetersiz görünmektedir ve bu yetersizlik farklılaştırılmış teselsülle giderilmemektedir. Bu nedenle Anonim Ortaklıklar ve Muhasebe Hukukunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak'ta denetçinin hafif ihmalden sorumluluğunun miktara dayalı olarak sınırlanması önerilmektedir.
- “Farklılaştırılmış teselsül” kavramından doktrin bir yandan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk hukukunda sebebi aşan zarardan sorumluluğunun kaldırılması ve diğer taraftan müteselsil sorumlularda da kişisel indirim nedenlerinin gözetilmesini anlamaktadır.
- Eski içtihatlarla bağlantılı olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk hukukunda uygulanan sebebi aşan zarardan sorumluluk yanılıcıdır. Teselsül, hem yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk hukukunda hem de genel sorumluluk hukukunda yalnızca bir kimsenin birlikte sebep olduğu ya da arttırdığı zarar hallerinde ortaya çıkmaktadır.
- Yargıda tazminatın kapsamı az sayıdaki “aykırılar” dışında, kusurun azlığı sebebiyle indirilmektedir. Hem ortaklıklar hem de hem de sorumluluk hukuku doktrininde kuvvetli biçimde kendini gösteren kusur ve zarar arasındaki orantılılık düşüncesi yanılmaktadır. Sorumlunun (zarar görenin ortak sorumluluğu olmadığı sürece) sebep olduğu zarar kusur derecesinden bağımsız olarak gidermelidir. Bu nedenle farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu hafifletmemektedir.
- Müteselsil sorumluluktaki sorun, çok da kusurun ya da diğer şartların dış ilişkide gözetilmesinden kaynaklanmamaktadır; çünkü ihmalden sorumlu olan müteselsil sorumlu, diğer sorumlulara rücu edilebilir. Müteselsil sorumluluk daha çok müteselsil sorumlular, birlikte sorumlu olanların aciz riskini taşımak zorunda oldukları için sorun olmaktadır. Bu nedenle etkin bir ibra, sadece ağır kusurdan sorumlu olmayan organların birlikte sorumluların ödeme gücü riskinden kurtarılmasıyla sağlanabilir.
- Teselsül sorununu çözenin bir yolu, Denetçinin Sorumluluğuna İlişkin Taslak'ta önerildiği gibi hafif kusur halinde sorumluluğun belirli bir miktarla sınırlanmasıdır. Bununla beraber ödenmemiş sosyal sigorta primlerinden sorumluluğa ilişkin içtihatlar açısından bu çözümün arzulanan iyileştirmeyi sağlayıp sağlamayacağı şüphelidir. Bundan başka sigorta himayesine ilişkin dezavantajlar ortaya çıkarıp çıkarmayacağı da belirsizdir.
- Sorumluluk rizikosunu sınırlamanın bir başka yolu oransal sorumluluktur. Doktrindeki görüşlere ve yerleşik içtihatlara göre mevcut mevzuata dayalı olarak bu yaklaşımın uygulanması neredeyse mümkün değildir; İsvBK m. 759/I hükmünün yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.
- Yönetim kurulunun devredilemez görevlerinin, özellikle yönetimin üst gözetimi ve her bir yönetim kurulu üyesinin finansal denetimi görevlerinin sayısının azaltılması da düşünülebilir. Ancak bu yaklaşım, denetçinin sorumluluğuna ilişkin problemi çözmemektedir.
- İhmalden sorumlu yönetici organların özellikle (ama yalnızca değil) denetçilerin önemli ölçüde sorumluluk rizikosu bulunmaktadır. Bunun nedeni davacının usûlî açıdan daha iyi durumda olması, yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinin kapsamının geniş olması (İsvBK m. 716a) veya denetim kurulunun ihbar mükellefiyeti (İsvBK m. 729b) ile basit özen yükümlülüğü ihlallerinde bile müteselsil sorumluluğun söz konusu olmasıdır.

Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde bu rizikonun hafifletilmesi mümkün değildir. Bu nedenle Anonim Ortaklıklar ve Muhasebe Hukukunda Revizyon çerçevesinde hem denetim kurulunun hem de ağır kusurla sorumlu olmayan diğer organların (müteselsil) sorumluluğu iyice gözden geçirilmelidir.