

Borçlar Hukukunun Umumî Nazariyeleri

1929 Ders senesi esnasında

M. C. SAUSER - HALL tarafından

Istanbul Hukuk Fakültesinde taktır edilmiştir.

Mütercimi : Mehmet Osman

— Baş tarafı **51** ci sayımızda —

II — Müteselsil borçlar

Müteselsil borçların, birlikte borçların [1] bir nev'i olduğunu görmüştük. Gene biliyoruz ki çoktarafli dahi denen bu sonuncu borçlarda ya alacaklı, ya borçlu, veyahut her ikisi müteaddit olabilir. Mezkûr birlikte veya çoktarafli borçlar ayrı birer hukukî mahiyeti haiz olarak: 1°) Külli veya kümülâtif borçlar, 2°) Kısmî borçlar ve 3°) müteselsil borçlar diye 3 kısımda mütalea olunabilirler :

1°) Külli veya kümülâtif borçlar : (2)

Kümülâtif veya küllî borç diye her alacaklının hakkı ödencin **tamamına**, veya her borçlunun mükellefiyeti keza ödencin **tamamına** taallük eden borçlara denir.

Misal :

A nın, birlikte alacaklı olan B ile C ye 100er lira olmak yani bunlardan herbirinin 100 liraya hakkı olmak üzere 200 lira borçlanması gibi..

Diğer bir misal :

Borçlu A ve B alacaklı C ye 100 lira vermeyi taahhüt etmişler şu

[1] Obligations conjointes. [2] Obligations cumulatives.

veçhile ki C, 100 lira A dan ve 100 lira da B den olmak üzere 200 lira alacaktır...

2°) *Kısmî borçlar* : (1)

Alacaklıların hepsinin yalnız bir ödence haklı oldukları veyahut diğer taraftan bütün borçluların yalnız bir ödençle mükellef buldukları borçlara kısmî borçlar itlâk olunur. Bu halde kısmî borç müteaddit alacaklı veya borçlu arasında inkisam eder. Kaideten bu inkisam müsavat üzere vuku bulur, fakat tarafların şartlarına göre gayrimüsavi parçalara da ayrılmış olabilir. Bütün bu kısmî borçlar hepsi aynı hukukî kaynaktan çıkarlar; takat inkisama uğramışlardır; mevcudiyet ve ifa noktasından yekdiğerinden müstakildirler. Her alacaklının kısmî alacağı ayrıdır ve her borçlu da kendi kısmî borcu ile mükelleftir. Muhtelif kısmî borçlar arasındaki bu istiklâl, ikitarafli bir akitte bir borçlu tarafından karşıtarafın kendisine terettüp edenî ifa etmediği yolunda defidermeyan olunması halinde pek açık ve aşikâr görünür. **Misal:**

A ile B nin C den emtaa esmanı olarak 100 lira alacakları var, diyelim. A malı teslim etmiş olup ta B teslim etmese: C, B nin şu ademi-ifasını ileri sürerek A nın payını vermekten imtina edemez.

Muhtelif kısmî borçların birbirinden müstakil olması keyfiyeti, keza, borçların sukutu halinde de pek aynadır; eğer bir kısmî borç alacaklı ve borçlu sıfatlarının bir şahısta içtimaı sebebiyle sakıt olursa bu keyfiyet diğer borçların mevcudiyeti üzerinde hiçbir tesir husule getirmez. Kısmî borçlarda borçlulardan birinin ödersizliği (yani tediye kabiliyetini kaybetmesi) -kaideten bundan mes'ul olmıyan- diğer borçluların borçlarını arttırmaz. Maamafih kanun veya mukavelenin buna muhalif bir emir veya şartı olabilir. Nitekim bizzat Borçlar kanunu, birlikte kefalet bahsinde 488 ci maddesi ile (İBK. m. 497) başka bir hal sureti derpiş ve kabul etmiştir.

3°) *Müleselsil borçlar* :

Müteaddit alacaklılardan herbirinin hakkı borçlunun ancak bir defada vermekle mükellef olduğu ödencin tamamına taallûk eder, veyahut müteaddit borçlulardan herbiri alacaklının yalnız bir defada istiyebileceği ödencin tamamı ile mükellef bulunursa bu borçlara müteselsil de-

[1] Obligations partielles.

nir. Birlikte veya çoktarafli borçların bu şekli hiçbirzaman delâleten sabit ve mahfuz olamaz; daima ancak ya kanundan ya akitten doğabilir.

Teselsülün iki hal ve vaz'ı vardır:

Müteaddi teselsül, lâzım teselsül..

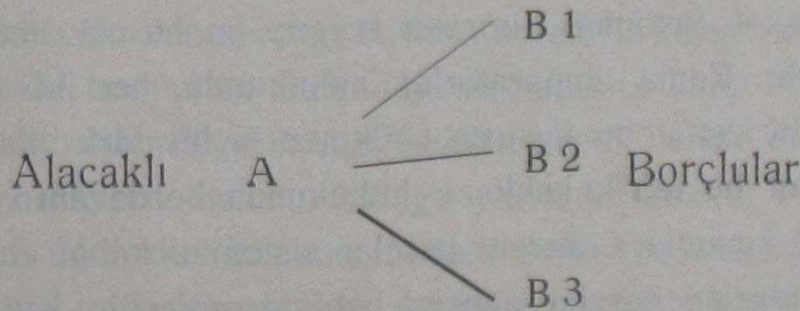
Birçok alacaklının ödenci bir borçludan istemelerine müteaddi veya aktif teselsül, ve buna mukabil müteaddit borçlunun bir alacaklıya karşı mükellef olmasına da lâzım veya pasif teselsül denir.

Müteselsil borcun başlıca faidesi her alacaklıya diğer alacaklıların rağmena olarak gayesini tahakkuk ettirmeye (bu teselsülün müteaddi şeklidir) ve alacaklılara, borçluların taaddüdü ile bir teminat teşkil etmeye (teselsülün lâzım şekli) yaramasındadır.

Doktrinde, uzun müddet, iki nevi müteselsil borç hakkında münazara ve münakaşa cereyan etmiştir :

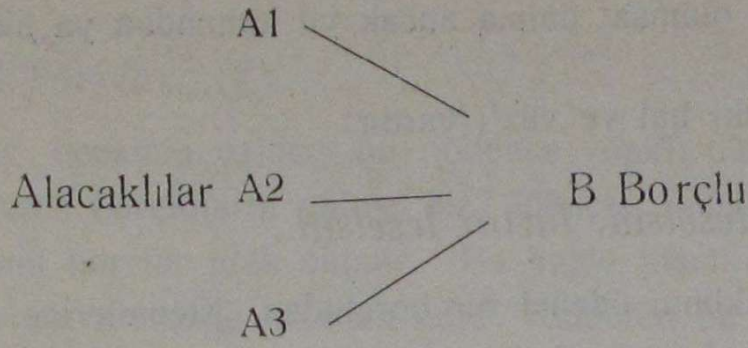
Asıl müteselsil borç ve korreal teselsül..

Korreal denen müteselsil borçlar bilhassa hukukî inşaları itibariyle diğerlerinden ayrılırlar. Asıl müteselsil borçlarda, borçluların ayrı ayrı mükellef oldukları ve hepsinin ödenci aynı olan veya aynı hukukî maksat ve gayeyi takip eden birtakım **birbirinden ayrı** borçlar halita ve manzumesi [1] vardır. Alacaklı kendi muhtelif müteselsil borçlularına karşı hepsinin mevzuu aynı olan birtakım mahsusî alâka ve münasebetlerle bağlıdır. Müteselsil alacaklılar tek bir borçluya merbuturlar ve hepsinin hakkı da aynı bir ödence taallûk eder. Asıl müteselsil borçların, aktif ve pasif şekillerinde, şu iki resim ile şemasını yapabiliriz :



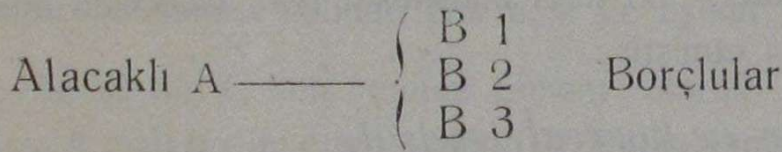
1 — Pasif şekil

[1] Complexe d'obligations distinctes.

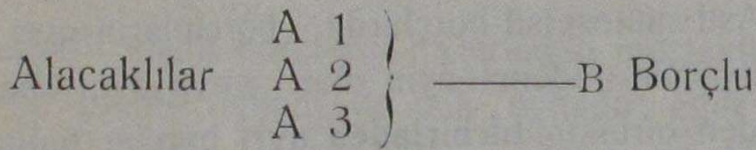


2 — Aktif şekil

Korreal borçlarda ise **bir tek borç** vardır ve müteaddit borçlular onunla mükelleftir; yahut ta **bir tek alacak** vardır, ve müteaddit alacaklıların hakkı ona taallûk eder. Biri aktif diğeri pasif olmak üzere korreal borçlar aşağıdaki iki şekilde tersim ve irae olunabilirler:



1 — Pasif şekil



2 — Aktif şekil

Müteselsil borç ile korreal borç arasındaki şu tefrik pek eskidir, ta Roma hukukuna kadar çıkar. Roma hukukunda mezkûr tefrikin şu amelî ve tatbikî neticeleri vardı: Korreal borçlarda böyle bir borcun alacaklılarından birinin dava etmesiyle ötekilerin dava hakları sukut ederdi; diğer taraftan korreal bir borcun borçlularından biri aleyhine açılan dava diğerlerini borçtan kurtarırdı. Fakat Justinien, korreal borcun bu hususî neticesini ilga etti, ve bu suretle Roma imparatorluk hukukunda her iki hukukî insanın hükümleri birleşti, bu hususta hükmen hiçbir fark kalmadı. Böyle olmakla beraber bu tefrik halihazır hukukunda berdevam ve baki kaldı; bazı memleket kanunları korreal borçlar sistemini kabul etmişler, bazıları da asıl müteselsil borçlar nehcini benimsemişlerdir. İsviçre ve Türk kanunları işte bu ikinci tarzı terviç ile o noktainazara iltihak etmişlerdir. Diğer bir ifade ile teselsülün aynı ödenci haiz olan bir ayrı ayrı borçlar manzumesinden müteşekkil olduğunu kabul etmektedirler;

müteaddit zihaklı bir tek borç hususunu ancak, iştirak halinde mülkiyetten mümbais birlikte veya çoktarafli borçlarda terviç etmektedirler.

Filhakika bir borçta, eğer bu borç iştirak halinde iki veya daha ziyade kimseye ait bir mameleke dahil ise iki veya müteaddit alacaklı bulunabilir. Adî şirkette, miras şirketinde (BK. m. 581 İBK. m. 602) ve nihayet kari koca mallarının idaresi noktasından malortaklığı usulünde (BK. m. 211; İBK. m. 215) hal böyledir. Bu patrimuvanlardan birine dahil olan bir alacak, iştirak halinde malik sıfatını haiz olan şahıslara **müştereke**n ait olan bir alacaktır; ve yalnız bu hallerdedir ki korreal bir borç yani müteaddit zihaklı bir tek borç vardır. Bu borcun bir tane oluşu meydandadır; zira iştirak halindeki alacaklılar bu borçta ancak **ittifak ile** (1) tasarruf edebilirler, bu borç iştirak halindeki maliklerin **hepsine birden** ifa olunmak lâzımdır ve nihayet çünkü hinihacette borçlu aleyhine açılacak dava **bütün alacaklılar** namına ikame olunmak muk-tazidir.

Bunun aksine olarak, bir tek borcun müteaddit borçluları da olabilir; böylesine, borçları borçluların şahsî borçlarından ayrı olan bir iştirak halinde patrimuvandan bir cüz teşkil eden borçlarda tesadüf olunur.; burada şahsî borçlar, iştirak halinde mülkiyetin mevzuu olan patrimuvandan ödenemez, bunlar iştirak halinde mülkiyet haricinde kalan diğer şahsî mallardan tediye olunmak gerektir. Nitekim bir adî şirketin borçları (BK. m. 534; İBK. m. 544), mirasçılardan müteselsilen mes'ul oldukları tereke borçları, malortaklığında kocanın bütün borçlarıyla karının bazı borçları (KM. m. 215, 216) için vaziyet böyledir. Binaenaleyh bu hal-lerde de korreal bir borç yani müteaddit borçlunun mükellef olduğu bir tek borç vardır.

İfası ancak ittifakla hareket eden müteaddit alacaklılar tarafından istenebilecek olan borçları birlikte borçlarla karıştırmamak icap eder. Bu birinci hale borçlunun müteaddit alacaklılara karşı bölünmez, tecezzi kabul etmez bir ödençle mükellef olduğu ahval ile bir alacağın, bir intifa veya rehin hakkı ile mahmul olduğu yerlerde tesadüf olunur.

Bu; takdirde Kanunu medenî 746 cı maddesinde (İ K M. m. 774), malik ile intifacının borçlu aleyhine birlikte hareket etmeleri vucubunu amir bulunmaktadır. Aynı kanunun 875 ci maddesi (İKM. m. 906) da

(1) A l'unanimité; KM. m. 630 §2 yi mütalea buyurunuz.

alacaklı ile mürtehin hakkında mümasil bir hükmü muhtevîdir. Aşikârdır ki böyle bir hadisede teselsülde olduğu gibi bir birlikte borç yoktur; zira alacakta yalnız alacaklı tasarruf edebilir; çünkü bilhassa alacağı - bunun üzerindeki intifa ve rehin hakkına zarar vermeksizin - yalnız o temlik edebilir. Yalnız **icrası** birlikte olmak lâzım gelen bir borcu istihdaf eden bu hukukî münasebet, alacaklı ile borçlu arasında sepkeden bir anlaşma ve akitten de neş'et edebilir. **Meselâ**

C nin alacaklısı olan A. ve B. nin mezkûr kimse ile: borcun her ikisine birlikte ifa edebileceğini şart koşmaları halinde olduğu gibi.

Burada müteselsil borç yoktur; borçlu tarafından yapılan tediye nin sadece kabulüdür ki, yalnız bu cihettir ki her iki birlikte alacaklı tarafından vaki olmak lâzımdır; alacaklılar ittifak edemedikleri takdirde borçlu borcunu „tevdî„ ile mükelleftir.

III Lâzım veyahut pasif teselsül

Tarifi ve mahiyeti:

Müteaddit borçluların herbiri borcun tamamını bir aynı alacaklıya ödemekle mükellef iseler buna lâzım teselsül veyahut pasif teselsül denir. Türk ve İsviçre kanunları sisteminde, şuhalde, alacaklının müteaddit borçlulara karşı bir tek alacağı değil belki borçluların adedi kadar müteaddit alacakları vardır. Binaenaleyh kaide olarak pasif teselsüllü her borç muhtelif borçluların herbirine karşı basit bir borcu mutazammındır. İşte burada, borcun umumî nazariyesi bahsinde “hakların telâhuku„ dediğim şey ile aynı bir ödençle müteaddit borçluların mükellef olması veyahut müteaddit ödençlerin bir aynı hukukî neticeyi istihdaf etmesi ile karşılaşmış oluyoruz.

Pasif teselsül her nevi borçlarda olabilir. Müteaddit borçlular bir aynı meblâğı ödemek, veya bir aynı şeyi vermek, veyahut bir aynı işi yapmak vs... ile mükellef olabilirler. Kaideten, müteselsil bir borcun mevzuu bütün borçlular için bir ve aynıdır. Fakat bu mutlak bir kaide değildir. Bazı ahvalde borçların mevzuu muhtelif olmasına rağmen gene ve sözgötürmez surette müteselsil borçlara tesadüf olunur; yeter ki bu borçlar arasında müteselsil borçlulardan birinin kendi odencini ifa etmesiyle bütün diğerlerinin borcu sakıt olacak şekilde hukukî bir münasebet ve alâka mevcut olsun. **Misal:**

A iki müteselsil borçlunun, B ile C nin alacaklısıdır.. ya B nin bir şey vermesi veya C nin 100 lira tesviye etmesi kararlaştırılmış.. Eğer taraflar arasında B nin şeyi teslim etmesiyle C nin 100 liralık borcu ödemedem berî olacağı veyahut berikin kendi ödencini ifa etmesiyle öbürünün borçtan kurtulacağı takarrur etmişse burada pasif bir müteselsil borç var demektir.

Her borcun miktarı müteselsil borçluların herbiri için muhtelif te olabilir; bu takdirde teselsül ancak borçlardan küçük olanın miktar ve haddine kadar mevcut olur, maadasında olmaz. **Misal :**

A, aralarında teselsül bulunan iki borçlunun, B ile C nin alacaklısı olup C 10000 lira ve B de müteselsil borçlu olarak 6000 lira ödemeyi iltizam etmişler, farzedelim. Şayet C borcunun 6000 lirasını tesviye ederse B tamamen teberrî eder; eğer B 6000 lira tediye ederse C, A nın biricik borçlusu olarak 4000 lira ödemekle mükelleftir.

Muhtelif müteselsil borçların birbirinden müstakil oluşu şununla tezahür eder ki bu borçlar pek âlâ ayrı ayrı yerlerde ödenebilir; bu borçların diğerleri değilken yalnız bir tanesi bir ecele veya şarta bağlı olabilir. Bir müteselsil borç pek âlâ talî mahiyette, yani ancak diğer bir borçlunun ödencini yerine getirmemesi halinde hüküm ifade edecek şekilde olabilir. Öteki müteselsil borçluların ki faiz getirmediği halde içlerinden birinin borcu faizli olabilir. Aynı alacaklıya borçlu olunan borçlardan sadece bir tanesi - öbürleri böyle olmaksızın - kefalet veya rehin ile temin edilmiş olabilir. Kefil veya rehin, müteselsil borçluların mükellef oldukları muhtelif borçlardan ancak birinden birini temin edebilir, yoksa alacaklının bütün borçluların hepsine karşı birden haiz olduğu birlikte hakkını aslâ temin etmez; filhakika fer'î bir hak olan teminat ancak bir alacağa taallûk eder, müteaddit alacaklara taallûk edemez, şu sebeple ki bu alacakların akibetleri muhtelif olabilir ve faraza başka başka tarihli müruruzamanlara tâbi olabilirler. **Meselâ,** farzedelim ki A alacaklı, B ile C iki müteselsil borçlu, ve D de kefil olsunlar.. D nin kefaleti gerek B nin gerek C nin borçlarını ayrı ayrı temin eder. Eğer D, alacaklı A nın matlubunu bir rehinle temin etmişse bu rehin gene ayrı ayrı olmak üzere B ve C nin iki borcuna aynı veçhile teminat teşkil eder.

Müteselsil taahhüt ve iltizamları, kefalet gibi sadece fer'î olanlardan ayırdetmek lâzımdır. Fer'î borçlarda alacaklının hakları asıl borca tâbi-

dir. Bilfarz bir kefilin taahhüdü tamamen asıl borçlununkine muallâktır. Halbuki müteselsil borçlarda iş tamamen başkadır: alacaklına her iki borçlusu alacaklıya ayrı ayrı, birbirinden müstakillen borçludurlar; onların o iki borcu aynı hukukî kıymettedir, hiçbiri diğerine tâbi ve muallâk değildir. Ortada bir kefalet varsa alacaklı kefilini ancak asıl borçlu aleyhindeki takibat semere vermeyince takip edebilir. Halbuki pasif teselsülde alacaklı, bilâkis, hemen istediği borçluyu sıkıştırabilir, borçlular içinde dilediğinden doğrudan doğruya mutalebe edebilir. Kefalet akti zımında teselsül ancak ya kefillerin müteaddit olması veya kefilin asıl borçlu ile müteselsilen borç altına girdiğini tasrih etmiş bulunması hallerinde vaki- dir, bunların haricinde kefalette teselsül olmaz; BK. m. 487 ve 488 i okuyunuz (İBK. m 496, 497).

Pasif teselsülün nevileri :

Pasif teselsül şu aşağıdaki dört suretten biri ile olur: 1°) Aktî teselsül. 2°) zımnî teselsül: 3°) haksız fiillerden mütevellit teselsül; 4°) kanunî teselsül.

1° Aktî pasif teselsül:

Aktî teselsül, müteaddit borçluların alacaklıya karşı müteselsilen borçlandıklarına dair bir rıza beyanı yapmaları ile vücut bulur. Bu hüküm BK nun 141 ci maddesinden (İBK. m. 143) anlaşılmaktadır. Pasif teselsül bu surette mukavele ile sarahaten meşrut olan yerlerde alacaklının hangi borçluya indelhace bir ivaz verdiğini araştırmaya lüzum yoktur. **Misal:**

A, müteselsil iki borçlu olan B ile C nin alacaklısıdır.. Ve taraflar arasındaki mukavele mucibince kendisi bunlara birmiktar para ikraz etmeği taahhüt etmiş bulunsun, farzedelim. Bu takdirde, parayı filen B ye mi yoksa C ye mi tesviye ettiğini araştırmaya mahal yoktur; öden- cini bu borçlulardan birisine karşı ifa etmiş olması kâfidir.

Aktî pasif teselsül alacaklının gerek bütün muhtelif borçlularının hepsiyle yaptığı **bir** mukavelede ve gerekse onların herbiriyle ayrı ayrı aktettiği **müteaddit** mukavelelerde yer bulmuş olabilir. Hatta, başkası lehine şart halinde olduğu gibi—ki burada meşrutünle alacaklı olacaktır—alacaklının akte iştiraki olmaksızın borçlular arasındaki bir akit-

ten bile neş'et edebilir. Buna doktrinle "kümülatif naklideyin," [1] derler. **Misal:**

A'nın B'ye 1000 lira alacağı vardır. A ile B arasındaki aktin'in kadından sonra C'nin —B'nin iştiraki olmaksızın ve deynin nakli ile B borçtan kurtulmuş olmamak üzere —A ile yaptığı mahsusî bir mukavele ile mezkûr borcu kendi üstüne nakil ve takabbül etmesi gibi..

Görülüyor ki, bu deyin nakli B'nin rızası mevzuubahs olmaksızın veyahut hatta onun rıza ve iradesine rağmen vaki oluyor; B ile C'nin A'ya karşı müteselsilen mükellefiyetlerine müncer bir borcun doğumunu intaç ediyor; B'nin borcunun C tarafından taahhüt ve takabbül olunması onun muteber bir borcu olmasına vabestedir; bu naklideyn o borcun miktarıyla mahduttur, ve misalimizde 1000 liraya maksurdur. Fakat kümülâtif naklideyin bir kerre tamam oldu mu C'nin müteselsil borcu B'nin deyninden müstakil olur, ve onu bir kefaletten ayıran şey de işte budur. C'nin borcu basit bir fer'î borç değildir, tıpkı B'ninki gibi müstakil bir borçtur. Böyle olduktan başka, mahsusî hiçbir şekil şartına da bağlı değildir; halbuki mesele kefalet olsaydı, BKm. 484 (İBK. m. 493) mucibince, tahrirî şekil mutlaka mecburî olurdu. Bazan kefaletten mümbais bir borç ile kümülâtif bir naklideynden mütevellit borcu birbirinden ayırdetmek müşkül olur. Bu tefriki yapmak için tarafların maksadının ne olduğunu araştırmak icap eder. Eğer tarafların başlıca maksadı alacaklıya ikinci bir borçluyu teminat göstermek suretiyle birinci borçlunun itibarını, kredisini sağlamlamaktan ibaretse bu bir kefalettir. Şayet bilâkis ikinci borçlu, birinci borçlunun deynini kümülâtif olarak deruhde etmek için alacaklıdan kendisi de bir ivaz almışsa veyahut kendisinin aktin ifasında herhangi bir menfaati varsa meselenin müteselsil borç olduğunu kabul etmek lâzımdır. **Misal:**

A, B ile bir icar akti yapmış olup ta bilâhara A'nın karısı da bu mukaveleyi imzalarsa, karı sadece kocasının kefili değildir, icar aktinin icrasında onun da bir menfaati vardır, binaenaleyh hadisede icardan mütevellit bir kümülâtif naklideyin vardır; ve karı, kocasının müteselsil borçtaşıdır; diğer bir ifade ile: kadın, müteselsil müşterek borçludur.

Müteselsil borçtaş (veyahut müteselsil müşterek borçlu) sıfatını haiz olmaksızın da müteaddit borçlular, akit mucibince, bir alacaklıya bir tek ve aynı ödenci borçlu olabilirler. Bilfarz iki kefil alacaklı ile aynı

[1] Reprise cumulative de dette.

ayrı yaptıkları mahsusî akitlerle herbiri kendi cihetinden borçlunun deynini temin edebilirler; bu kefiller ne birlikte kefiller ne müteselsil kefillerdir.

2°) *Zımnî pasif teselsül :*

Teselsül zımnî de olabilir, yani âkitler tarafından sarahaten meşrut olmaz da ahval ve şeraitten veya aktin mütebakisinden anlaşılır; şu veçhile ki tarafların rıza ve iradelerini, bütün borçlular arasında pasif bir teselsül tesis etmeyi kastetmiş oldukları suretinde tefsir etmek mümkün ve meczum görünür. Fransız hukuku borçlular arasındaki teselsülün zımnî olarak teessüs edebileceğini kabul etmemektedir. **İsviçre Federasyon Mahkemesinin** içtihadı bu vadiye değildir. Bu jürisprüdansa göre: müteaddit şahıslar beraber kullanmak üzere bir yer isticar ettikte, veyahut cebrî tasfiyede vaki olan müzayedelerde müteaddit kimselerin birlikte icapta bulunmaları halinde pasif teselsül—hatta akitte meşrut ve musarrah olmasa bile — vaki ve mevcut addolunmuştur. Böyle olmakla beraber Federasyon Mahkemesi kanununun bu tefsirinde fevkalâde ihtiyat ve teenni göstermiştir. Pasif teselsülün zımnîsi ancak istisnaî olarak sabit ve mevcut sayılabilir. İsv. Fed. Mahkemesi bhusus, iki kimsenin bir üçüncü şahsın deynini nakil taahhüdünü veyahut iki şahsın bir evlenme haricinde doğan çocuğun bakımını deruhde etmelerini zımnî bir pasif teselsül itibar etmemiştir. Binaberin kaide olarak pasif teselsül alâkadarlar tarafından sarahaten şart edilmiş olmak lâzımdır.

3°) *Kanunî pasif teselsül :*

Pasif teselsül kanunî dahi olabilir. Pasif teselsülün bu türlü kanunî sarahaten derpiş ettiği bütün hallerile ve tarafların itilâfı ve akitleşmesi haricinde olarak vukubulur; bu keyfiyet B. K nun 141 ci maddesinden (İBK.m,143§2) müsteban olmaktadır, Kanunun teselsülü tayin ettiği hallere misal olarak B K. m. 179, 302, 395, 469 ve 534 ü zikredebiliriz (İBK. m. 181, 308, 403, 478, 544). Bütün bu kanunî teselsül halleri ahkâmı müfessireden olup ahkâmı amireden değildir: teselsül, taraflar bu bapta hiçbir şart ve hüküm kabul etmemişlerse mevcut olur; fakat alâkadarların hilâfına mahsusî bir mukaveleleri ile teselsül bertaraf olunabilir.

40) *Haksız fiillerden mütevellit pasif teselsül :*

Pasif teselsül bir de haksız fiillerin neticesi olabilir. Evvelce de gördük ki BK. m. 50 ye göre : birlikte zarar ika eden müteaddit kimseler bından müteselsilen mes'ul olurlar. Fakat müteaddit kimseler bir zarardan ayrı ayrı sebeplerle ve onu beraberce ika etmiş olmaksızın mes'ul iseler onların arasında pasif teselsül yoktur, çünkü kanunda yazılı değildir.

Fakat **filen** bu şahısların vaziyeti, zararlı fiil ile zarar arasındaki illiyet alâkası hakkındaki kaideler mucibince müteselsil müşterek borçluların(müteselsil borçtaşların)vaziyetine müşabihdir. Biliyoruz ki birçok muhtelif sebeplerden ileri gelen bir zarardan faillerin her biri mes'ul olur, hatta velevki hasarın husule gelmesinde kendisinininkinden başka sebeplerin de yardım ve dahli bulunsun. Şuhalde, her fail mutazarrıra karşı zararın **tamamı ile** mes'uldür, ve diğer bir şahsın beraber mes'uliyeti kendisini kurtaramaz. Ancak, ortada tazmini lâzım bir tek zarar olduğuna ve tazmin de bir defada yapılacağına nazaran muhtelif sebeplerden dolayı mes'ul olan kimseler, kümülâtif borçlarda olduğu üzere herbiri mutazarrıra karşı zararın tamamını ödemekle mükellef değildir, şu suretle ki bu şahıslar arasında hukukî bir teselsül yoksa da filî **teselsül** vardır. Bu vaziyete hukuk ilminde " gayrisahih veya yanlış manasıyla teselsül,, [1] adını verirler.

IV – Pasif teselsülün hükümleri

Alacaklının Jus variandi'si :

Alacaklıya karşı bütün (borçtaşlar bütün)birlikte borçlular üzerlerine aldıkları borcun tamamen sukutuna kadar mes'uldürler.

Bütün bu (borçtaşların bütün bu)birlikte borçluların teselsülü alacaklının **jus variandi'si** denen şeyle, yani, kanunun alacaklıya, borcun ifsını hangisinden dilerse o müteselsil borçluyu intihap etmek, beğendiğini seçmek hususunda bahsettiği hak ile müemmendir. Bu hak B K. nun 142 ci maddesinden (İ B K. m. 144) çıkıyor. Bu "jus variandi,, mucibince alacaklı alacağın tamamını veya bir kısmını müteselsil borçluların ister birinden ister birçoğundan talep edebilir; borç tamamen

[1] Solidarité improprement dite.

ödeninceye kadar, henüz kendisinden hiçbir şey istememiş olduğu veya alacağının ancak bir kısmını istemiş olduğu bir borçlu aleyhine müracaat hak ve ihtiyarını muhafaza eder. Borçlularından, canının istediği şekilde, gerek birbirini takiben gerek hepsinden birden mutalebede bulunabilir. Şayet birlikte borçlulardan biri iflâs etmişse alacaklı, alacağını masaya kaydettirmeğe mecbur değildir, buna hiç ehemmiyet vermiyerek öteki müteselsil borçluları takip edebilir. Eğer müteaddit birlikte borçlular iflâs etmişlerse alacaklı ayrı ayrı bunların hepsinin masasına alacağının tamamını kaydettirebilir.

Kanun müteselsil birlikte borçlulara, “ taksim imtiyazı „ nı [1] tanımamıştır, yani, birlikte borçlular sadece kendilerine düşen hisseyi ödemeği isteyemezler. Taksim imtiyazının bertaraf edilmiş olması alacaklıya her birlikte borçludan, alacağının kendi keyfine göre tesbit edeceği bir miktarını isteyerek mütebakisini öbür müteselsil birlikte borçlulardan talep etmek imkân ve salâhiyetini verir.

Alacaklının jus variandi'si, onunla borçluları arasındaki mahsusî mukavelelerle tahdit olunabilir. Taraflar, bilfarz, birlikteborçlulardan bir tanesinin borcunun talî bir mahiyet ve seciyeyi haiz olacağını kararlaştırabilirler; yahut müteselsil borcun muhtelif borçlular arasında, muayyen hisselere göre paylaştırılmasını ve müteselsil mes'uliyetin ancak bir borçlunun hissesinin ödenmeden kalması halinde makbul olacağını şart koşabilirler. Keza âkitler, alacaklının birlikteborçlulardan biri aleyhine mahkemede dava açmasıyla öbürlerinin derhal berî olacaklarını da bir mukaveleye bağlayabilirler. Maamafih bu kabîlden anlaşmalara tatbikatta pek sık tesadüf olunmaz, çünkü bunlar bittabi neticede alacaklının vaziyetini zâfa uğratır.

Birlikteborçluların defileri :

Biliyoruz ki B. K nun sistemine göre, alacaklıya karşı her müteselsil borçtaş şahsî bir borçla mükelleftir ; bu borcun sıhhat ve şümulü her borçlu için ayrı tayin olunmalıdır.

Bundan şu netice hasıl olur : Mezkûr borçluların herbiri alacaklıya karşı iki türlü defi dermeyeran etmek hakkını haizdir : biri onun kendi **şahsına mahsus defiler**, öbürü de **müşterek defilerdir**. Bu keyfiyet B K nun 143 cü maddesinden (IBK.m.145) anlaşılmaktadır.

[1] Bénéfice de division.

1° Şahsî defiler :

Bunlar, yalnız bir müteselsil birlikteborçlunun alacaklıya serdedebileceği defilerdir.

Misal :

A nın üç müteselsil birlikteborçlu olan B, C ve D den 1000 lira alacağı vardır.

B ye müracaat ediyor, fakat onun da herhangi başka bir cihetten A da 1000 lira matlubu mevcut.. Ohalde B tediyyeden imtina ile takkas def'ini ityan edebilir.

Müteselsil borçtaşlardan yalnız bir tanesinin borcu ecele, vadeye, henüz tahakkuk etmemiş bir şarta bağlı veya ibra edilmiş ise veyahut borçlu aktin feshine mesağ veren bir rıza fesadı ileri sürmekte ise vaziyet aynıdır. Müteselsil borçlulardan biri borçtaşlarından bir diğerine ait şahsî defilere tutunamaz ; her birlikteborçlu ancak kendi şahsî defilerini serdedebilir, öbür arkadaşlarının şahsî defilerinden ihticaç ve istifade edemez; eğer B ile C, bilfarz A ya karşı müteselsil borçtaş (birlikteborçlu) iken alacaklı C yi takibe başlamışsa bu şahıs defi makamında B nin A da olan bir alacağını ileri sürerek takas iddiasında bulunamaz ; bu defi B nin şahsına mahsustur ; C mezkûr itirazı serdedecek mevkide değildir, zira burada kendisi takas için muktazı şartları haiz değil ki..

2°) Müşterek defiler :

Müşterek defiler, borçluların muhtelif müteselsil borçlarının müşterek sebebinden veya bunların muhtevasından ileri gelenlerdir. Faraza, bütün borçlular, müteselsil borcun gayrimuhik veya ahlâk ve adaba mugayir seciyeyi haiz olduğuna müteallik defide bulunabilirler ; hepsi şekil noksanını veya alacaklının ehliyetsizliğini dermeyan etmek sıfat ve salâhiyetini haizdirler ; keza, bütün borçlular müteselsil borcun gerek içlerinden birinin ifası ve gerekse mururuzaman veya mütehakkat bir takas dolayısıyla sukutuna müstenit bir iddiada dahi bulunabilirler. Bunlardan başka, borçluların hepsi alacaklıya karşı ona terettüp eden karşılıködcün, ivazın ifa edilmemiş olmasına müpteni bir defi de dermeyan edebilirler ; bu müşterek bir defidir.

Misal :

A, iki müteselsil birlikteborçlu olan B ve C nin alacaklısıdır..

Taraflar arasında münakit rukaveleye nazaran kendisi B ye 100 C ye de 200 çuval buğday verecektir. Şayet bu zat B ye olan ödencini yaptığı halde C ye olanı henüz ödememişken B yi borcun ifasına davet ederse B, A nın C ye vadettiği malı teslim etmediğini def'en dermeyan ederek ifadan imtina edebilir. Başka türlü hareket olursa B nin A ya alacağıın tamamını ödemesi, ve müteselsil borçtan C nin hissesine isabet eden miktar için ona rücu etmesi icap eder ki bu takdirde C, hiçbir karşılıködenç (ivaz)almaksızın ödemek mecburiyetine katlanan bir borçlu vaziyetine düşer, bunun adaletsizliği ise aşikârdır.

Barçlar kanunu her borçlunun uhdesine diğer müteselsil borçluların menfaatlerini korumak külfetini yüklüyor. Buna binaen, müşterek bir def'i dermeyan etmemiş olan borçlu müteselsil barçtaşlarına karşı mes'ul olur. Bu şunu ifade eder ki müşterek defi vaktinde dermeyan edilmekle borçtaşlarını berî kılacak mahiyette idi ise bunu serdetmeyen borçlu onlara rücu hakkını kaybeder. Müşterek bir def'i ityan etmiyen borçlu bunu bilmediği için serdetmemiş olsa bile gene mes'uldur ; bu mes'uliyetten ancak, müşterek bir def'e vâkıf olmaması, kendilerin ibra edecek mahiyette olan bir def'i ona bildirmeyi ihmal eden barçtaşlarının kusurundan ileri geliyorsa kurtulur.

Misâl :

A, alacaklı ; B ile C de iki müteselsil borçtaş. Şimdi, C borcun tamamını ödediği halde bundan B yi haberdar etmiş ve diğer taraftan A borcu bir de B den istîfa eylemişse bu şahıs C ye rücu hakkını zayı etmez ; zira C vaki tediyyeden kendisine malûmat vermemekle bir kusur işlemiştir.

Müteselsil birlikteborçluların taahhütlerinin birbirinden müstakil olmasından çıkan bir netice daha vardır : bunlardan biri, bizzat kendi aralarında hilâfına mukarrer bir akit veya şart olmadıkça, kendi şahsî fiili ile diğer arkadaşlarının vaziyetini ağırlaştırıamaz, Bunu Borçlar kanununun 144 cü maddesinden (İBK. m. 146) anlıyoruz. **Misâl :**

Bir müteselsil borçlunun, alacaklı ile anlaşarak vereceği faiz yüzdesini yükseltmesi; veya bir müteselsil borçlunun alacaklı lehinde bir cezaî şart kabul etmesi; veya bütün müteselsil borçtaşlara birden verilmiş bir ecelden bir borçlunun feragati... vs, gibi.

Mösyö Sauzerhal'in tercümei hali

Mösyö Sauzerhal 26 Eylül 1884 tarihinde İsviçrenin nöşatel kantosunda doğmuştur. 1906 da Freyburg darülfünununundan lisans şahadetnamesi ve 1910 da Cenevre darülfünununundan doktor ünvanını istihsal eylemiş, 1908 de Nöşatel ve 1911 de Cenevre barolarına kaydedilmiştir. 1911 ve 1914 de, hukuku ammeye müteallik bazı telifatından dolayı Cenevre darülfünunu tarafından mazharı takdir olmuştur.

1910 dan 1912 ye kadar Cenevre darülfünunununda müderris muavini (Priva Doçent) sıfatile hukuku düvel tarihi, hukuku hususiyei düvel ve Kilise hukuku derslerini ve 1912 den 1926 ya kadar Nöşatel darülfünunununda Profesör ünvanile mukayeseli hukuku medeniye ve hukuku hususiyei düvel derslerini tedris eylemiş, 1915 den 1926 tarihine kadar İsviçre siyasi deparmanı ulûmu hukukiye müdürlüğünde bulunarak birçok kanunların ihzarına ve müteaddit ecnebi devletlerle müzakerata memur edilmiş, 1924 den 1926 ya kadar Cenevre darülfünunu mukayeseli hukuku medeniye ve hukuku ticaret dersleri profesörlüğünde bulunmuş, 1926 da Lahey beynelmilel daimî divanı adaleti tarafından vuku bulan teklif üzerine Türkiye hükûmeti hukuk müşavirliğine tayin olunarak 1931 senesine kadar bu vazifeyi ifa eylemiştir. Türkiyede Hukuk müşaviri bulunduğu müddetçe, kendisinden istifade edilmek üzere teklif olunan İstanbul Darülfünunu Hukuk Fakültesi hukuku medeniye profesörlüğünü kabul ederek 1926 da cüz'î bazı tadilât ile İsviçre kanunu medenisinden iktibas olunan yeni Türk kanunu medenisini büyük bir ehliyet ve muvaffakiyet ile tedris eylemiştir.

1929 da hukuku düvel enstitüsünün Nev Yorktaki devrei müzakeratında mezkûr enstitüye âza tayin edilmiş ve 1925 de Laheyde in'ikat eden beşinci Hukuku hususiyei düvel konferansında da İsviçre murahhası olarak bulunmuştur.

Kendisinin başlıca âsarı ve telifatı şunlardır:

- 1 — Les Belligerants interne chez les neutres 1910
- 2 — Methode et fonction du droit compare 1913

3 — La nationalisation des etrangers en Suisse 1915

4 — La nationalite en droit Suisse 1921

5 — Manuel d'instruction civique 1921

6 — Les droits prives des neutres et les traites de paix 1924

7 — Introduction a l'etude du nouveau droit civil en Turquie 1927

Elyevm (Nöşatel) Darülfünununda mukayeseli hukuku medeniy profesörü olan mösyö (Sauzerhal), tercümei halindende anlaşılacağı veçhile beynelmilel ilmî bir nüfuz ve şöhreti haiz bir şahsiyettir. Türkiyede hukuk müşaviri bulunmasından bilistifade İstanbul Hukuk Fakültesi hukuku medeniye profesörlüğünü kabul ederek yeni Türk kununu medenisinin mer'î olmağa başladığı zamandan itibaren beş sene mütevaliyen vukuf ve ihtisasla tedris eylemiş ve Türk kanunu medenisile mehazi olan İsviçre kanunu medenisindeki farkları büyük bir nüfuzu nazar ile tahlil etmiştir. Kıymetli profesörün bu beş senelik alimane tedrisatında azamî bir surette istifade olunmuş ve kurlarının bir kısmı tap' ve bir kısmı da talebe tarafından zapt edilmiştir.

Kendisine teklif olunan İstanbul Hukuk Fakültesi hukuku medeniye profesörlüğünü Türkiyeye müfit olmak emel ve arzusile bilâ tereddüt kabul ederek ilmü irfanı ve vukuf ve ihtisasile fakülteye şayanı şükran hidemat ve mesaisi sebkatmış olan bu güzide ve kıymetli profesöre karşı teşekkürü bir vazife addederiz.



Hukuku Medeniye Profesörü

İsviçreli

Mr. Casper Hall