

İSTİHDAM EDENLERİN MES'ULİYETİ

Prof. Dr. Şakir BERKİ

I — Kanun hükmü.

II — İstihdam eden kimdir.

III — Müstahdem kimdir.

IV — Misaller.

V — Rücu hakkı.

IV — Mes'uliyetden kurtulma.

VII — Muavin şahıslarla müstahdemlerin fiilinden mes'uliyet arasındaki farklar.

VIII — 55 nci madde mucibince tazminat dâvasında husumet meselesi.

IX — Müruruzaman.

1. Hususi müruruzaman.

2. Umumî müruruzaman.

3. Fevkalâ'de müruruzaman.

I — Kanun hükmü.

Borçlar kanununun 55 nci maddesi şu hükmü sevk ile iktifa ediyor: "Başkalarını istihdam eden kimse, (1) maiyetindeki müstahdem ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes'uldür. Şu kadarki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icab ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat ederse mes'ul olmaz.

İstihdam eden kimsenin zâmin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı hakkı rücuu vardır."

55 inci maddenin istihdam edenin mes'uliyeti ile ilgili olarak sevkettiği hüküm bundan ibarettir.

Mezkûr madde tatbikatda pek sık câri olduğundan, ve üzerinde durulmaya çok değer meselelere müteallik ve 100 üncü madde ile bazan

(1) Kanun "kimse" yerine "şahıs" tabirini kullanmalı idi. Zira yazı metninde de görüleceği gibi istihdam eden yalnız hakiki şahıs olmaz. Amme ve hususî Hukuk Hükmî şahsı da olabilir. Kanun her şeyden evvel lâfzı ve ruhu ile tatbik olduğuna göre "kimse" kelimesinden "şahıs" anlaşılmalı lazımdır. Kimse kelimesi, ilerde de görüleceği gibi asıl müstahdem hakkında kullanılmalıdır.

tedahül edebilecek mahiyetde bulunduğundan yazıyı bu mevzua hasredişde tatbiki fayda mülâhaza ettik.

Maddenin tatbik sahasını tâyin için her şeyden evvel "istihdam eden" ve "müstahdem" kelimelerinin mâna ve şumulünü tâyine çalışmak zaruridir.

II — İstihdam eden kimdir.

Kanun istihdam edenin hüviyeti hakkında hüküm ihtiva etmiyor. Maddenin isabetle tatbik edilebilmesi için her şeyden evvel "istihdam eden" tâbirinden anlaşılması lâzım manayı belirtmek lâzımdır.:

İstihdam eden, bir şahsı ücretli veya ücretsiz daimî veya muvakkat şekilde bir işinde kullanan hakikî veya hükmi şahıstır. Şu halde Madde bu şumul ile tatbik sahası bulur: Bir şahıs, diğerini tezgâh veya Fabrikasında ücretle çalıştırırsa, veya bir şahıs aynı müessesede bu iş için hiç bir ivaz talep etmeksizin çalışsa, ve iş yapılırken kazaya sebep olsa her iki halde de fabrika, sahibi hakiki veya hükmi şahıs (şirket, Devlet) zararı tazmin ile mükellef olur.

İşi ivazlı veya ivazsız olarak gören şahsın istihdam edenin emrinde daimî bir şekilde çalışmasına lüzum yoktur. Bir marangoz öğleye kadar kendi marangozhanesinde, öğleden sonra A'nın müstahdemi olarak ücretle, geceleyin de bir fabrika lehine ücretsiz yarım saat çalışmakta olsa bu yarım saatlik mesai esnasında bir zarara sebep olsa, ve meselâ fabrika müşterilerinden birinin elini hizarla kesmiş olsa, fabrikatör bu zararı ödemekle mükellef olur; mağdurun tazminat iddiasına karşı bu marangozun ücretsiz ve geçici bir şekilde çalışmakta olduğu def'i câiz olmaz. (2).

Şurada bir meseleye daha temas faydalıdır: 55 inci maddenin kabili tatbik olabilmesi için istihdam edenle müstahdem arasında işin görülmesi hakkında mutlaka sarıh bir anlaşmaya, başka tâbirle, istihdam edenin müstahdemi işle sarıh bir beyan ile tavgiz eylemiş olmasına lüzum yoktur: zımnî tavgiz de kâfidir: A, B'nin diğer işçileri tarafından fabrikaya getirilmiş B, A'yı çalışırken görmüş, (3) ses çıkarmamış ise A'nın yapacağı zarardan istihdam eden sıfatiyle mes'ul olur.

Devlet, memur ve müstahdemleri istihdam eden durumundadır. Bunların memuriyet vazifelerini ifa sırasında, sebep oldukları zararları Devlet tazmin eder. Memur suiistimal etse, meselâ bir posta memuru havale e-

(2) Esasen 55 nci madde yalnız müstahdem ve istihdam eden tâbirlerini kullanmış, bunların hüviyetleri ve binnetice yazıda kayıt ettiğimiz şartlar ve ahval hilâfına kayıtları muhtevî bulunmamıştır.

(3) İhtilâf halinde B'nin gördüğünü ispat müddeiye, yani mağdura düşer; husumet aynı zamanda A ya da tevcih edilmiş ise aynı def'i A. da dermeyan ve ispat hakkına sahiptir.

dilen para vesaireyi yese veya sair suretle elden çıkarsa, P. T. T. İdaresi mesüldür.

Memurların dairede vazife ile alâkalı olmayarak yaptıkları zarardan devletin mes'ul olmaması icab eder. Bir memur iş sahiplerinden birini öldürse, mes'uliyet Devlete teveccüh etmez. Zira memurun iş sahibini öldürmesi memuriyet vazifesi ile ilgili değildir. Fakat bazan adam ölmesi öldürenin memuriyet vazifesi ile alâkalıdır: Devlete ait bir hastahane doktoru hastaya yanlışlıkla zehirleyici ilâç reçetesi tertip etse, veya ameliyat hatası yüzünden hastanın ölümüne sebep olsa, Devlet mes'ul olur.

Mücerret Devlete ait bir müessesede, hatta memur veya müstahdemmin bürosunda işle alâkadar olmayan her ölüm veya yaralama, yahut sakatlama vak'ası 55 inci maddenin değil 41 inci maddenin tatbikini icap ettirir. Yani bu gibi ahvalde mes'uliyet daima memur veya müstahdemmin şahsına râci olur.

Kaydedilen bu kaideler, istihdam eden Devletden başka amme veya hukuku hususiye hükmî şahısları olduğu takdirde dahi kabili tatbiktir. Filhakika metni aynen kayd edilmiş olan 55 inci madde, hükmî şahısları da Devlet ve Devletten gayri hükmi şahıslar tefriki yapmaya mü'ehammil değildir. Esasen evvelce de kayıt olunduğu gibi, bu madde yanlış olarak, şahıs tabirini değil daha tahdidi manada olup yalnız hakikî şahısları ifade eyleyen "kimse" tabirini kullanmıştır. Şu hale göre, Devlet vesair hükmî şahısların mes'uliyeti hakkında kabili tatbik hükümlerin müşterekliği hiç bir veçhile kabili inkâr olamaz.

Devletin memur veya müstahdemlerine verdiği hizmet emri hâkimiyetle alâkalı olsa bile, memurların böyle bir emri ifa ve icra ederken yaptıkları zararlardan mes'uliyetden beraate imkân yoktur.: Bir savaş esnasında düşman hatlarına Bombardıman emri alan Türk Uçakları, alçaktan giderek bir eve zarar verse, bu zararın da tazmini Devlete aittir. Zira hâkimiyet tasarrufları karşısında ferdi menfaatlerin feda edilmesi bile istimplâk ve istimval gibi devletin ivaz vermemesini âmir müessesese ve usullerle mümkündür. (4).

İstihdam edenin gördüğü işin mahiyeti ne olursa olsun 55 inci madde kabili tatbiktir. Yeter ki iş ahlâka âdaba ve kanuna aykırı olmasın: A, B. yi bir adamı öldürmek için istihdam etse, bunun yaptığı zarardan malen mes'ul olamaz. Zira bu gibi fiillerin gayri muteber binnetice ikai-

(4) Savaşta ölmek bu kaideden hariçtir. Zira Vatan vazifesi, millet ve vatanın hakimiyet ve toprak bütünlüğünü müdafaa gibi hakiki vatandaş zihniyetli eşhas için en âlî ve ulvî vazifeler bilâ ivaz ifa olunur.

nın memnu, ika edildiği zaman fâilin şahsî mes'uliyetini mucib fiillerden bulunduğunu "kanunu bilmemezlik mazeret teşkil etmez" mealindeki kaide icabından olarak bilmek lâzımdır. Bunun içindir ki borçlar kanununun 53 üncü maddesi mâlen mesuliyette müteselsil mes'uliyeti kabul etmiştir (5).

Bu izâhatdan çıkacak olan kısa netice şudur: Hakikî veya hükmi bir şahıs, hakikî veya hükmi diğer bir şahsa kanun, ahlâk ve âdaba muğayir olmayan her hangi bir işin görülmesine dair selâhiyet vermiş ise, istihdam eden mevkiindedir.

İstihdam eden mevkiinde olabilmeyenin şartlarından birisi de, iş verenin kaideten mümeyyiz ve reşit olmasıdır. Yalnız temyiz kudreti kâfi addedilmemek lâzımdır: 16 yaşındaki bir kimse reşit bir kimsenin müessesesinde ivazsız (6) iş görmesine müsaade etse, müstahdemini yaptığı zarardan mesul olması icab eder. Zira her ne kadar böyle bir iş verme akdî münasebet bakımından gayri şekilde vecibe yüklemeyebilir ise de, müstakbel ve melhuz haksız fiil dolayısıyla mes'uliyete duçar kılabilir. Bu sebebe binaen mümeyyiz gayri reşitlerin ivaz mukabilinde olmayan iş vermeleri münasebetile haklarında 55 inci madde tatbik olunmak lâzımdır. (7)

Nâzik cihet şudur: Yapılan mukavele akdî bakımdan bâtil değildir; haksız fiilin gayri reşit istihdam edene sirayeti bakımından tesirsiz kalır.

III — Müstahdem kimdir.

Müstahdem, hakikî veya amme veya hususî hukuk hükmi şahıslarının kanun, ahlâk veya âdaba muhalif olmayan işlerini veya yalnız bir işini gören veya işin görülmesi için bir hizmet veya faaliyeti icra eden mümeyyiz kimsedir.

Hükmi şahıslar istihdam eden mevkiinde olabilecekleri halde, müstahdem ancak hakikî şahıslardan olabilir: A, bir nakliye veya inşaat şirketine iş verse, Şirketin işini gören hakikî şahısların yapacağı zarardan mes'uliyet, A. ya değil şirkete teveccüh eder; Devlet bir işi Şirkete yaptırursa, şirket işçilerinin taahhüdü ifa ederken yaptıkları zarardan devlet

(5) Şu halde mezkûr hâdisede adamın öldürülmesini tahrik ve teşvik eyleyen kimse 55 nci maddeye göre değil, 53 ncü madde mucibince mâlen mes'ul olur.

(6) İvazlı istihdam iki tarafa da vecibe tahmil eden hizmet veya istisna akdî olacağından, istihdam edenin mutlaka akdî ehliyete, yani hem temyiz kudretine hem rüşde sahip olması lâzımdır.

(7) İstihdam edenin nakil vasıtası veya Müessesenin (Fabrika, tezgâh ilh..) sahibi olmasına lüzum yoktur. Kiracı da olabilir. Bu halde mes'uliyetin mal sahibi ile alâkası yoktur.

veya şirketi istihdam eden fert değil, bizzat şirket mes'ul olur. Zira zarar verici fiili işleyen işçilerle, şirkete iş tevdi eden devlet veya fert arasında istihdam eden ve müstahdem münasebeti yoktur.

Müstahdemin akdî ehliyete hatta temyiz kudretine sahip olmasına lüzum yoktur. A, bir çocuğu işinde çalıştırırsa, meselâ 15 yaşındaki bir mümeyyiz veya delinin bir hızar makinesinde çalışmasına sarih veya zımnî şekilde muvafakat etse küçük ve deli malen mes'uliyet bakımından müstahdem hükmündedir, fiillerinden dolayı 55 inci madde tatbik olunur. Ehemmiyetli cihet istihdam eden mevkiinde olan şahsın mümeyyiz veya gayri mümeyyiz bir kimseyi bir işin görülmesinde sarih veya zımnî şekilde kullanmış olmasıdır.

IV — 55 inci maddenin tatbikatına dair misaller.

Muhtelif misaller verilebilir. Emsal teşkil edebilecek olanları yevmî hayatta vukubulanzlardır:

1°) Bir şahıs, bir şirkete yahut hukuku amme hükmi şahıslarına ait olan nakil vasıtalarını kullananlar tarafından yapılan zararlar: Şöför, pilot, kaptan, arabacı vesairenin üçüncü şahıslara verdiği zararlar istihdam eden (8) tarafından ödenir.

2°) Fabrika vesair müesseselerde çalışan işçi vesair müstahdemlerin sebep olduğu zararları bunları kullanan fabrika sahibi (9) yahut kiracısı, (10) yahut mülkiyetinde olduğu devlet veya fert tazmin ile mükellef olur.

3°) Müteahhitler devlet veya ffrad yahut sair hükmi şahıslar için taahhüt ettikleri işlerde kullanılan müstahdem veya amelelerin sebep olduğu zararları tahammül ederler. Bunun hukukî sebebi evvelce kayd edilmişti.

Müteahhit, istihdam eden devlet veya ferdin gösterdiği müstahdem ve ameleleri çalıştırmış olsa bile hüküm değişmemelidir. Zira malen

(8) Kanun ve mantık nazarında bir kimsenin müstahdem addedilebilmesi için çalışanla çalıştıran arasında muteber bir münasebeti hukukiyenin mevcudiyeti şarttır. Bu münasebet fıkdanı namına çalışılanın 55 nci madde mucibince mes'uliyetini red eder ise de, müstahdem durumundaki şahsın 41 nci madde mucibince lâzım mes'uliyetini kaldıramaz.

(9) ahip müteaddit ise mes'uliyet mütezelsildir.

(10) Bir fabrika veya tezgâh kiraile işletilebilir. Kira mukavelesinde tesisatın teknik bakımından müessese sahibine ait olduğu yazılı olmadıkça, arızadan doğan zararlardan da kiracının istihdam eden sıfatı ile mes'ul olması

mes'uliyet ona teveccüh edeceğinden daha iyi işçileri seçmesi icab ederdi. (11)

Müteahhidin doğrudan doğruya şahsından sâdır olan zararları istihdam edenmi yoksa 41. inci madde mucibince müteahhitmi tazmin ile mükellef olur? Sualin cevabı müteahhidin müstahdem durumunda olup olmadığı hususunun tâyini ile mümkündür: Meselâ müteahhit devlete ait bir inşaatda (temel inşaatı) dinamitleri demir yolu hattına bizzat bırakıp bir kazaya sebep olarak üçüncü şahısları mutazarır etse, bu zararı devlet mi tazmin edecektir?

Müteahhit bir işin kendi mes'uliyeti altında intacını taahhüt edip, bu işin yapılmasında bizzat işçi veya müstahdem mevkiinde olmadığından, yukarıdaki misalde mezkûr zararın 41. inci madde mucibince kendisi tarafından ödenmesi iktiza eder. Birnetice, devlet veya onunla mukavele yapan şahsı da hasım gösteren bir davâda yukarıda mezkûr defî dermeyan olunarak husumet ref olunur.

Devlet veya bir şahıs işe başlamış ve bir müteahhidi kendisi de bazı işlerde bilfiil çalışması şartıyla angaje etmiş olsa, böyle bir müteahhidin yapacağı zarardan mes'ul olur. Zira bu halde müteahhit müstahdem mahiyetindedir.

4°) Devlet memur ve müstahdemlerinin vazifelerini yaparlarken bilerek veya bilmiyerek efrada, veya hukuku hususiye hükmi şahıslarına verdikleri zararları, devlet tazmin eder. Evvelce de kayd olunduğu üzere, isterse görülen iş veya yapılan vazife hâkimiyet tasarrufuna dahil olsun, hüküm aynıdır.

5°) Şirketlerin müstahdem ve ameleleri şirketin mevzuu ile doğrudan doğruya veya dolayısı ile alâkalı işleri görürken vâki zararlardan şirket mes'uldür.

6°) Belediyenin her nev'i faaliyetinde ve nakil vasıtalarında fertler aleyhinde husul bulan zararı Belediye tazmin ile mükellef olur.

V — Mes'uliyetten kurtulma.

55 inci madde “..şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icab ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mes'ul olmaz.” demek suretiyle istihdam edenin mes'uliyetten kurtulma şartını kayd ediyor. Hükümün kabili tatbik olduğu ha-

(11) Bu durumdaki müteahhidin hakkı rücuu olmayacağı da bedihidir. İâzamdır.

le misal vermek zaruridir: A, 10 senedir hiç bir kaza yapmamış olan ehliyetli bir şöför istihdam etse, şöför bir sefere çıkarken seyrüsefer için lâzım her tedbiri alsa, yoldaki bir taş veya çividen lâstik patlayarak otomobil birden bire durmayıp bir iki koyunu öldürse, mes'uliyet istihdam edene râci olmamak lâzımdır. Her ne kadar tatbikatda bu gibi ahvalde dahi istihdam edene husumet tevcihi ve mes'uliyeti nakil vasıtaları kazalarında caiz ve câri ise de, istihdam eden mes'uliyetden beri olabilmek için şöförün senelerdir hadisesiz seyrüsefer yapan, ve resmî ehliyeti bulunan; sefere çıkmadan evvel her tertibatı alan bir şöför olduğunu ispatdan başka neyi ispat etmelidir? Nakil vasıtaları kazalarında bu sayılan cihetlerin subutu halinde istihdam edenin mes'uliyeti cihetine gitmek 55 inci maddenin kabul ettiği mes'uliyetten berzât imkânını ref etmek olur ki, bu, her şeyden evvel kanun ahkâmının kabili tatbik olması kaidesine muhalif olur, kaza fonksiyonunun, buna hakkı yoktur.

Yukarıda evsafi sayılan şöför, molada yemekle bir kadeh içki almış olsa ve kaza bundan sonra vukubulsa, istihdam eden daima mes'ul olur. Çünkü içki içmek, sarhoşluk derecesinde olmasa bile, daima seyrü sefer kusurudur (12) ve müstahdemin bu kusurundan doğan zararın, istihdam eden tarafından tazminini icab ettirir.

Belediye veya devlet, şehirlerin seyrüseferini şirketlere devr etse, vâki kazalardan doğan zararları, devlet veya Belediye değil, müteahhit hükmünde bulunan şirketler tazmin eder.

İstihdam edenin mes'uliyetden kurtulmasına bir misal daha verelim: A, senelerden beri trafik kazası yapmamış, ehliyetli bir şöför tutsa, şöför her hareket kontrolü yapıldıktan sonra seyrüsefere çıksa, köprüden geçerken köprü miadını doldurmuş olduğundan çökse, altından geçmekte olan bir şahsın ölümüne sebep olsa, 49 ncu madde delâletiyle lâzım gelen tazminat istihdam edene, yani araba sahibi veya kiracısına değil, köprüye bakmakla mükellef olan Devlet veya Belediyeye râci olur. İkâme edilen davâda bunlar otomobilin seyrüsefer kaidelerine aykırı olarak servise çıkmış olduğunu iddia etseler bu iddia da mesmu olmaz. Zira kaza seyrüsefere muğayeretden vuku bulmamış, köprüye ihtimam edilmemiş olmasından ileri gelmiştir.

(12) Her memleketde keyfiyet böyledir. İçki temyiz kudretine tesir eder, onu zayıflatır. Ekseriya az çoğu davet ettiğinden sakınılacak bir şeydir. İslâm medeniyetinin kaynağı Kur'anı Kerim'de içki bu sebeplerden dolayı men edilmiştir. Bu hususta, "İslâm'da içki ve Kumar" adlı yazımıza bakınız: Diyanet İşleri Dergisi, 1956, S. 1.

VI — Rücu Hakkı:

55 nci maddenin son fıkrası “İstihdam eden kimsenin zâmin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı hakkı rücuu vardır.” demek suretiyle, müstahdemin ağır veya en hafif her kusurundan istihdam edenin mes’ul olacağını bir başka şekilde, daha doğrusu zimnen ifade ediyor.

Hakkı rücu bahsinde bir meseleye temas zaruridir: Şöför veya pilot sar’a veya kalp krizi dolayısıyla kaza ve zarara sebep olsa, mes’uliyet kime râci olur ve hakkı rücu istimali câizmidir? Cevap şu ihtimallere göre verilmelidir.

1°) İstihdam eden, şöför veya kaptanın sar’alı veya kalbe müptelâ olduğunu biliyor veya bilmesi lâzım geliyor idi ise, mes’uliyete katlanır; ve hakkı rücuu istimal eder. Hakkı rücuun kullanılması, şöför veya pilot vesairenin keyfiyeti istihdam edenden gizlemiş yahut ihmal ile söylememiş olması sebebiyledir.

2°) Sar’a yahut kalp krizi ilk defa gelmiş ise, mesuliyet istihdam edene râci olmaz. Zira istihdam eden her seyrüsefer tedbirini almış olsa idi bile bu umulmadık hâdise vâki olacaktı. Mes’uliyetin şöför, kaptan, yahut pilota kusursuz mes’uliyet kaidelerince râci olması hakkaniyet, mantık ve kanuna uygundur. Mahkemenin üzerinde duracağı cihet istihdam edenin müstahdemin sar’a veya kalp, yahut kazaya mahal verici âni aklî muvazenesizlik illetine müptelâ olup olmadığını bildiği veya bilmesi lâzım geldiği cihetlerinin tahkikidir. İstihdam eden bu illeti biliyor, veya bilmesi lâzım geliyor ise, 55 inci madde mucibince mes’ul olur ve bu halde bizce müstahdeme rücu dahi etmesi düşünülemez. Zira keyfiyet malûm iken istihdama devam etmek, istihdam edenin kusurudur.

İstihdam eden, müstahdeme ancak kusuru mevcut ise rücu edebilir. Kusurun hafif veya ağırlığı nazara alınarak müstahdemin istihdam edene karşı olan mes’uliyetinin şumulü tâyin olunur. Bir misal zait olmaz:

A, B, nin şöfürüdür. Ehliyetli, senelerden beri kaza yapmamış, servise çıkarken bütün seyrüsefer tedbirlerini almış, tâmir edilmemiş bir köprüden geçerken köprü çökmüş, altından geçen bir sürüden bir kaç koyunun ölmesine sebep olmuştur. Bu hadise de istihdam eden de mes’ul olmaz Köprüyü seyrüsefere salih bir şekilde tutmakla mükellef olan Devlet veya Belediye mes’ul olur. (13) Şöför tehlikeli köprüden çok ya-

(13) Devlet veya Belediye böyle bir köprüden çok yavaş geçilmeyi işaret eden bir levha koymuş, yahut geçme memnuiyetini işaret etmiş ise, mesuliyet istihdam edene ait olur. Geçiş gece olmuş ise bu işaretlerin gece görünür şekilde olması lâzımdır. Aksi halde malen mesuliyet yine Devlet veya Belediyeye teveccüh eder.

vaş geçme işareti mevcut iken hızla geçmiş ve kaza bundan vuku bulunmuş ise, zararı istihdam eden tazmin eder, ve şöför kusurlu olduğundan ona rücu eyler.

Yukarıda evsafı mezkûr şöför normâl seyrüsefer yaparken makinedeki bir arızadan dolayı zarar vâki olsa mes'uliyet şu ihtimallere göre tâyin edilmelidir:

1°) Arızayı istihdam eden bildiği halde, kasden veya ihmal yüzünden şöföre söylememiş ise, malen mes'ul istihdam eden kimsedir ve şöföre hakkı rücuu câiz olmaz.

2°) İstihdam eden de arızayı bilmiyor idi ise, mes'uliyet fikrimizce, otomobil mamul hükmünde olduğundan, imâl edene terettüp eder; istihdam eden buna rücu eder.

İstihdam eden, tazminat davasında kusurun imâl kusuru olduğu def'inde bulunarak husumeti ref edemez. Çünkü 55 nci madde istihdam edenin kusurun kendisinde bulunmadığını ispat suretiyle mes'uliyetten kurtulabileceğini ifade etmiyor.

Kayd edelim ki, motor veya makinenin sair yerinde ârizî şekilde vâki bir aksaklıktan doğan zararı istihdam eden tazmin eder ve bu halde ne müstahdeme ne de imâl edene rücu hakkı mevcut olur. Bu hale bir misal zaruridir: A, fabrikadan aldığı otomobili müteaddit defa seyrüseferlere çıkarmış, hiç bir imâl aksaklığı olmamış, fakat müteaddit seferlerden sonra âriza hâsıl olmuş ve zarar vukubulmuştur. Mesuliyetin şekil ve derecesini tâyin için şu iki ihtimal nazara alınmalıdır.

a) Otomobil veya sair bir makine servise başlamadan evvel muayene yapılmamış ise, istihdam eden 55 nci madde mucibince mes'ul olur, ve ekseriya servis muayenesi yapmakla mükellef olan şahsa (makinistten gayri müstahdem) rücu eder. Makine otomobil veya otobüs ise ve seyrüsefere mukaddem muayeneyi yapmakla mükellef olan şöför ise, rücu hakkı buna karşı kullanılır; başka bir müstahdem ise rücu, buna müteveccih olur.

b) Sefere muayene yapıp aksaklık mevcut değil iken çıkılmış, zarar böyle hâsıl olmuşsa, istihdam eden imâl edene rücu edemez. Zira makine müteaddit defalar hizmete çıkmış ve imâl hatasından sâlim olduğu sâbit olmuştur. Bu halde mes'uliyetin kusursuz mes'uliyet kaide-lerince istihdam edene teveccühü icab eder.

VII — Müstahdemlerin fiilinden mes'uliyet ile muavin şahısların fiilinden mes'uliyetin tatbiki farkları, Md: 55:100.

1.55 nci madde ile 100 üncü maddenin tatbik edilecekleri halin tâ-yini:

55. inci madde mağdur ile istihdam eden arasında akdî hiç bir münasebet bulunmadığı her malen mes'uliyet halinde tatbik olunur. A. nın şöförü kaza yapıp yolda bir atı öldürse, veya cadde kenarındaki Belediye'ye ait ağaçları kırsa, yahut bir mağazaya veya sair menkul veya gayri menkule hasar verse, meselâ yol kenarındaki bir otomata çarpıp devrilerek hasara uğratsa veya bir evin duvarını yıksa, 55 inci madde tatbik olunur.

100 üncü madde ise, mağdur ile istihdam eden arasında akdî bir münasebet bulunduğu her halde kabili tatbiktir: Belediye veya bir şirkete ait yolcuları hâmil bir otobüs devrilip, yolculara zarar vâki olsa malen mes'ul olan, 100 üncü maddeye göre mutlak suretde istihdam eden, yani misalde Belediye, Devlet veya Şirkettir. Zira mağdurla bunlar arasında nakliye mukavelesinden ibaret akdî bir münasebet mevcuttur. Yine meselâ, bir berber kalfası müşteriyi traş ederken, bunun yüzünü kesse veya bir bayram dolabı çevrilirken dolap yıkılıp çocuklardan bir kaçı ölse, mes'ul berber ve dolap sahibi veya dolabı kira suretiyle işletendir.

Bazı hallerde aynı vak'ada hem 55 hem 100 üncü maddenin tatbiki icab eder: A. nın şöförü B. kaza yaparak yolculara ve yolda geçen bir şahsa zarar verse, istihdam eden yolculara vâki zarardan dolayı 100 üncü yoldaki şahsa vâki zarar sebebi ile de 55 inci madde mucibince mes'ul olur (14).

Bir iki misal daha faydalıdır.

Bir berber kalfası traş ederken müşterinin boğazını yaralasa ve aynı zamanda sıra bekleyen bir müşteri namzedinin (15) de dirseği ile burnuna çarpsa ve zarar husul bulsa, berber (yani istihdam eden) müşteriye karşı 100 üncü, müşteri namzedine karşı 55 inci madde mucibince malen mes'ul olur.

Bir mağaza sahibi sattığı bir daktilo makinesini müşteri nezdine götürmesi için tezgâhtarlardan birine verse, tezgâhtar makineyi götürürken elinden düşürüp birinin ayağının sakatlanmasına sebep olsa, ve ma-

(14) Şu misal de gösteriyor ki burada şöför hem muavin şahıs, hem müstahdem mevkiindedir. Zarar yalnız yolculara vâki olsa idi şöför hâdisede yalnız muavin şahıs cephesinden mütalâa olunurdu.

(15) Berber dükkânına girmek traş olmak akdinin inşası için kâfi değildir. Traş sandalyesine oturmakla akit inşa edilmiş olur. Binaenaleyh bekleyen, hukukî manası ile tam bu anda müşteri hükmünde olur.

kine de kırılrsa, mağaza sahibi müşteriye karşı 100 üncü, ayağı sakatlanana karşı 55 inci madde mucibince mes'ul olur.

Daha bir çok mümasil misaller verilebilir.

Buraya kadar 55 inci madde ile 100 üncü maddenin tatbik edileceği münferit ve müşterek halleri gördük. Şimdi her iki maddenin hukuk tekniği bakımından farklarına temas edeceğiz. Bu farklar şöyle hülâsa edilebilir:

1°) 100 üncü maddenin tatbik edilebilmesi için mutazarrırın yani davacının, davalı ile aralarında bir borç münasebeti olmak lâzımdır. Bu borç münasebetinin mutlaka akdî olması şart değildir. Kanundan doğan, yahut bir hükümden neş'et eden borcun ifası için kullanılan muavin şahısların yaptığı zararın tazmini de 100 üncü maddeye göre ceryan eder. Filhakika 100 üncü maddenin ilk bendi "akdî bir borcun" değil yalnız "Bir borcun ifasını" ibaresini kullanmak suretiyle yukarıdaki mütalâayı teyid ediyor.

2°) 55 inci maddeye göre açılacak davâda mürurzaman haksız fiil mürurzamanı (16) olduğu halde 100 üncü maddeye göre ikâme edilecek dava umumî iktisabî mürur zamana tâbidir: yani daima 10 senelik mürurzaman câridir.

3°) 55 inci madde istihdam eden lehine kurtuluş beyyinesi ihdas etmiş olduğu halde, 100 üncü madde kurtuluş beyyinesinden bâhis değildir. (17) Mezkûr maddedeki mes'uliyetden ancak 2 nci fıkrası hükmü dairesinde berî olunur. Fıkra aynen şöyledir: "Bunların fiilinden mütevellit mes'uliyeti evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edilir."

Görülüyor ki borçların ifası ile alâkalı olan muavin şahısların fiilinden doğan zararlardan kurtulma, akdî şekilde ve zarardan evvel yapılan bir mukavele ile câizdir. İstihdam eden ise, kurtuluş beyyinesini kanundan (Md. 55) alır ve bu beyyineyi ancak zarar hâsıl olup tazminat davâsı ikâme edildikten sonra dermeyan ve ispat edebilir. Haksız fiiller am-

(16) Haksız fiillerden doğan tazminat davası 1, 10 veya ziyade sene içinde ikâme olunur. Bir senelik normal mürurzaman mutazarrırın zarar ve fâile ittılâı tarihinden itibaren ceryana başlar. Çeşitli ihtimaller için bakınız: Şakir Berki, Borçlar Hukuku "umumî hükümler" 1956, Ankara, Sahife: (157); keza bu etüdün o müruruzamandan bahis paragrafına müracaat ediniz.

(17) Bazı doktrin 100 ncü madde için de kurtuluş beyyinesinin mevzuu bahis olacağı kanaatinde ise de, bu kanaata iştirak maddenin makale metninde görülecek olan ikinci fıkrasındaki mes'uliyetin akdî şekilde ref edileceğini nâtik hükmü muvacehesinde, bizce zordur.

me intizamı ile alâkalı olduğundan bunlardan doğan zararlardan iptidaen ve akdî şekilde feragat hem câiz değildir, hem fiilen imkânsızdır (18).

100. üncü maddenin 2. nci fıkrası mucibince istihdam edeni (muavin şahıs kullanan) mes'uliyetden beri kılarken, mahkemenin mes'uliyetden beraete dair umumî hükmü ihtiva eden 99 uncu maddeyi de nazara alması lâzımdır. Bilhassa bu maddenin 1. nci fıkrasında zikri yeçen ve hileye müteallik kusur halinde muavin şahıs kullananın düçar olacağı mes'uliyetin, mukavelede aksine şart olsa bile, ref'i cihetine gidilmek lâzımdır (19).

100. üncü maddenin 3. üncü fıkrası da tatbikatda nazara alınır. Fıkra aynen şöyledir: "Alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet Hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa, borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mes'uliyetden kendisini beri kılabilir."

Şu hüküm 99 uncu maddenin 3 üncü bendindeki umumî hükme bina edilmiştir. Ancak bu maddenin 3. üncü bendindeki hükümle, buna bina edilmiş olan 100 üncü maddenin 3 üncü fıkrasındaki hüküm arasında tatbikî ehemmiyeti olan şu fark mevcuttur: 99 uncu maddenin mezkûr fıkrası hâkimin takdir hakkına istinaden hafif kusurdan mütevellit mes'uliyetten beraat şartını iptal edebilir. (20) Halbuki 100 üncü maddenin 3. üncü fıkrası hâkime müşabih bir selâhiyet tanımış değildir. Filhakika 100 üncü maddenin mesele ile ilgili hükmü aynen şudur: "Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa, borçlu, mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mes'uliyetten kendisini beri kılabilir."

Görülüyor ki, bu hükümde hâkimin takdir hakkı mevzuu bahis değildir. 99 uncu maddenin 2 nci fıkrasını kıyasen tatbika de imkân yoktur. Zira 100 üncü maddenin aynı mesele ile ilgili 3 üncü fıkrası hükmü bize 99 uncu maddenin 2. nci fıkrasındaki hükmü muvacehesinde hususî bir hükümdür.

(18) Zira kimin kim aleyhine haksız fiil ile zarar ika edeceği ekseriya evvelden belli olamaz. Diğer cihetden hak "misalde mes'uliyet" doğmadan feragat de caiz olamaz.

(19) Filhakika, mes'uliyetten beraate dair umumî hükmü hâvi 99 ncu maddenin 1. ci fıkrası aynen şöyledir: "Hile veya ağır kusur halinde düçar olacağı mes'uliyetden borçlunun iptidaen beraatini tazammun edecek bir şart bâtıdır."

(20) Teferruat için mürurzamandan bâhis paragrafa bakınız.

Bir daha kayd edelim ki, 100 üncü madde mutazarrır ile muavin şahıs kullanan kimse arasında bir borçluluk alacaklılık münasebeti mevcut olduğu zaman tatbik olunabilir. Bu, 100 üncü maddenin 1. nci fıkrası hükmünün tarzı tahririnden anlaşılmaktadır. Fıkroda bilhassa "diğer tarafa karşı" ibaresinin mevcudiyeti keyfiyeti teyide kâfidir. 100 üncü madde muavin şahıs kullanan ile borç münasebeti haricinde kalan bir mutazarrır arasında kabili tatbik olsa idi madde "diğer tarafa karşı" demez "mutazarrır veya mağdura karşı" lâfızlarını ihtiyar ederdi. Bu veya mümasili kelimeleri kullanmak maksadı ifade edemez, bil'akis 55 inci madde ile 100 üncü maddenin tatbik edileceği hallerin yekdiğerine karıştırılmış olması neticesini doğururdu. Filhakika, bazı hallerde muavin şahıs yalnız müstahdem hükmünde bulunan ve yaptığı zarardan dolayı onu kullanan istihdam eden mevkiine girerek münhasıran 55 inci madde kabili tatbik olur. A, alacaklıya satın aldığı bir makineyi teslim borcunu oğluna verse, oğlu makineyi düşürüp bir çocuğu sakatlasa, makineye bir şey olmasa, A. ayağı sakatlanan çocukla arasında hiç bir borç münasebeti olmadığından, tazminata 55 inci madde mucibince mahkûm olur. Şu hadisede 100 üncü maddenin tatbikine mahal yoktur. Zira, her ne kadar makine düşmüş ise de hasara uğramadığından, alacaklı mutazarrır olmamıştır.

VIII — 55 inci madde mucibince tazminat davâsında husumet meselesi:

Davanın kime karşı, hem müstahdem, hem istihdam eden hakkında açılıp açılmıyacağı meselelerine temas olunacaktır.

1. Tazminat davâsı, şahsî mahiyeti haiz olmadığından fâil (müstahdem) veya istihdam edenin mirasçılara karşı da ikame olunabilir.

55 inci madde dolayısıyla vuku bulan mes'uliyet, mamelekî bir mes'uliyet olduğundan, müstahdem veya istihdam edenin dava ikamesinden evvel ölümü halinde mirasçılara karşı da ikame olunur. Ancak burada mürurzamanla ilgili mesele üzerinde durmak lâzımdır: müstahdem veya istihdam eden şahısa ve zarara ittila hâsıl olmuş ve 1 senelik mürurzaman geçmiş ise, mutazarrır bir daha dava ikame edemez.

Mutazarrır zarara ittila kesb etmiş, faile muttali olmamış ve böylece bir sene geçmiş bulunursa, dava ikamesi mirasçılardan hüviyetine umumî mürurzaman müddeti olan 10 senenin bitmesinden evvel ittila peyda olursa, mirasçılara dava ikame hakkı mahfuzdur. (21).

Mutazarrır fâile ittila hasıl etmiş, fakat zarara vakıf bulunmamış

(21) Bittabî mirasçılardan mürurzaman def'inde bulunmaları şartıyla.

ve 1 senelik mürurzaman bitmiş ise, mirascılara karşı davâ on senelik mürurzaman haddi içinde zarara ittila şartıyla, yine ikame olunabilir.

Mutazarrır zarar ve fâile ittila peyda eylememiş ve fiilin vukuundan sonra 10 sene hulul eylemiş ise, mirascılara karşı davası istima olunmaz. (22).

Mirascıdan maksad yalnız kanuni mirascı olmayıp mensup mirascı, devlet ve muayyen mal vasiyeti ile müteveffanın muayyen malına sahib olan musalehdır. Mağdur uğradığı zararı tazmin için bunların her birine müracaate haklıdır. Ancak kanunî mirascılarla mansub mirascılar namahdut, devlet ile musaleh mahdut şekilde mes'ul olurlar (23).

Evlâtlık kanunî mirascı hükmündedir. Ancak (258) madde mucibince mukavelede mirascılığı kabul edilmemiş ise, buna karşı da dava ikâme edilemez.

2 — 55 inci maddeden doğan tazminat davasında husumet hem müstahdeme hem istihdam edene teveccüh eder.

Mezkûr madde (Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes'uldür.) ve ikinci fıkrasında (İstihdam eden kimse nin zâmin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır) demek suretiyle, mutazarrırın ancak istihdam edene karşı davâ ikame edebileceği zehabını uyandırmaktadır. Zira bir hadiseden kim mes'ul ise husumet ve davâ ona teveccüh eder.

Kanunun lâfzından husumetin yalnız istihdam edene teveccühü anlaşılmağa ise de, 55 inci maddeden dâvanın müstahdem aleyhinde ikame edilemeyeceğine dair zımnî bir kayıt dahî bulunmamış ve binnetice, müstahdem in işlediği haksız fiilden 41 inci madde (4) mucibince mes'uliyeti kaidesi ref olunmamıştır.

Şu izahattan anlaşılıyorki, 55 inci maddenin istihdam edenin mes'uliyeti için zevk edilmiş olması, mutazarrırın, müstahdem in borç ödemekten âciz olması ihtimali karşısında himayesi mülâhazasına mebnidir.

(22) Devlet terekeye mirascı sıfatiyle sahib olmadığından namahdut mes'uliyet hukuken lâzım gelmediği gibi, maslahat da bu tarzı mes'uliyeti âmirdir. Zira bir şahsın borçlarında devleti namahdut mes'uliyete, yani tereke mevcudunu aşan borçtan mes'uliyete mahkûm etmek bütün âmme bu ferdi borcundan mes'ul kılmak manâsına gelir ki, bu, âmme menfaatinin ferdi menfaate kurban edilemeyeceği kaidelerini ihlâl ederdi.

(23) 41 nci maddedeki mes'uliyet haksız fiillerde umumi mes'uliyet kaidesi olduğundan, hususi hükümlerde bu kaideyi kaldıran bir kayıt mevcut olmadıkça, bu umumi mes'uliyet daima bâkidir.

Binnetice, mutazarrır muhtardır: dilerse istihdam edene karşı davâ ikame eder, isterse, müstahdemi tâkib eyler, hattâ arzu ederse, her ikisine de aynı zamanda davâ açar (24).

Mutazarrır dilerse, tazminatın bir kısmını müstahdemden, mütebakisini istihdam edenden talep için ayrı ayrı davâ ikame etmek şikkini da ihtiyar edebilir. Hatta o kadar ki, mutazarrır, sebebi davâ bir olduğundan, aynı davâda, meselâ 1000 lira tazminatın 100 lirasını müstahdemden, 900 lirasını istihdam edenden talebe haklı olduğu gibi, 500 lirayı birinden 500 ü diğerinden istemeğe de selâhiyetlidir.

Şu mülâhazata, müstahdem ile istihdam eden arasında 55 nci maddede müteselsil mes'uliyet esası kabul edilmemiş olduğu hakikati, ve keyfiyetin haksız fiillerde müteselsil mes'uliyete dair 53 ncü madde şumuluüne de dahil bulunamayacağı bedaheti, makbul itiraz teşkil edemez. Zira, mutazarrır esasen 41 nci maddeye göre gerek müstahdemi, 55 nciye nazaran gerek istihdam edeni zararın tamamına mahkûm ettirmeye yetkilidir. Hal böyle olunca, yani müstahdem ile istihdam edenin esasen borcun tamamından mes'uliyeti derkâr bulununca, mutazarrırın aynı davada veya ayrı ayrı davalarda zararın bir kısmını veya müsavi hissesini iki hasımdan talep edebilme salâhiyetine müddeialehyler cânibinden bile bir itiraz vukuu akla bile gelmez. Kaldı ki tarafların ve bilhassa istihdam edenin kurtuluş beyyinesinden istifadesi ve üstelik hakkı rücuu mahfuzdur.

IX — Mürurzaman.

İstihdam edenin mes'uliyetinden doğan dava, haksız fiil mürurzamanına tâbidir. Haksız fiillerde üç çeşit mürurzaman vardır:

1. Hususî mürurzaman.
 2. Umumî mürurzaman.
 3. Fevkalâde mürurzaman.
1. *Hususî mürurzaman* :

(24) Bu tarzı takip daha doğru ve ihtiyat icabıdır. Zira, 55 nci madde istihdam edene kurtuluş beyyinesi bahşediyor. Bu beyyine ile davayı reddettirir, ve bir senelik mürurzaman da geçmiş olursa, istihdam edene karşı açılan davâ müstahdem zimmetindeki alacak hakkında mürurzamanı kesmeyeceğinden (mürurzamana ait pragrafa bakınız) mağdurun müstahdem hakkında açacağı davânın mürurzamana uğraması tehlikesi variddir.

Bir senelik mürurzamandır.

Bu, mutazarrırın zarar ve faile (25) muttalî olduğu tarihten itibaren cereyan eder. Fail ve zarara aynı zamanda ittilaa lüzum yoktur. Mağdur faile derhâl, yani haksız fiilin vukuu anında, zarara da 9 sene 11 ay zarfında muttali olsa, davanın umumi mürurzaman haddi olan 10 sene-den mütabaki 1 ay içinde ikamesi icab eder. Bu misalde zarara geç ittilâ nazara alınarak davanın en son ittila tarihinden itibaren bir sene içinde ikame edilmesi iddi olunamaz. Zarar ve faile fiilin vukuu tarihinde ittila hasıl olsa, davanın bu ittila hâsıl olup, zarara on seneyi bir gün içinde ikamesi icab eder. Faile ittila hâsıl olup, zarara on seneyi bir gün geçe vâkıf olunsa artık dava ikamesi mümkün olmaz, zarara evvelâ ittila hasıl olup, fâile on seneyi 1 gün geçe vakıf olunsa hüküm aynıdır.

Bir senelik hususî mürurzaman hakkında bu bilgiyi verdikten sonra, istihdam edenin mesuliyeti ile hususiyet arzeden cihetleri kayd edelim:

1°) Mağdur fâil ve zarara aynı zamanda vâkıf bulunsa ve fakat istihdam edenin kim olduğunu bilmesee, bir sene içinde müstahdem (yani haksız fiil faili) aleyhine dava ikame edilmelidir.

2°) Mağdur, (Mutazarrır) bu bir senelik müddet içinde müstahdem aleyhine dava ikame etmemiş ise, artık müstahdem (meselâ şöför) hakkında açacağı davayı mürurzaman def'i ile gaib edebilir. Fakat istihdam edenin hüviyetini ancak öğrenmiş, ve meselâ şöför hakkında mürur eden bir sene sonunda bilmiş ise, ona karşı bu ittila tarihinden itibaren bir sene içinde davâ ikame edebilir.

3°) Mutazarrır, zarara, müstahdem ve istihdam edene aynı zamanda muttali bulunmuş ise, gerek müstahdem, gerek fâil hakkında bir sene içinde davâ açmalıdır.

Şu bizce nâzik ciheti kayd ile fayda vardır: Mutazarrır fâil hakkında davâ açıp, istihdam eden aleyhinde davâ ikame etmese, ve bu arada bir senelik mürurzaman cereyan etse, artık istihdam edene karşı davâ açamaz. Zira müstahdem veya istihdam eden aleyhine dava ikamesi, diğeri hakkında mürurzamanı kesmez. Çünkü, bunlar arasında haksız fiilden dolayı, müteselsil mes'uliyet esası câri değildir. Esasen mutazarrırın müstahdem ve istihdam edene karşı ikamei dâva selâhiyeti ayrı ayrı maddelerden neş'et ettiğinden, sebebi davâda da iştirak mevcut

(25) Yalnız zarara veya yalnız faile ittila dava ikamesine mâni olur: Yalnız zarara muttali olunsa, fâile ittila hasıl olmasa davada muhasım (müddeialeh) malûm olmaz, ve binnetice, davâ ikame edilemez. Yalnız fâile ittila hâsıl olup, zarar bilinmese müddeabih malûm olmadığından davâ yine red edilir.

değildir, denilebilir: müstahdeme husumet 41 nci, istihdam dene ise, 55 nci madde mucibince teveccüh eder.

2. *Umumî mürurzaman :*

Haksız fiillerde umumî mürurzaman 10 senedir. Bu müddet haksız fiilin vuku bulduğu andan itibaren başlar.

Haksız fiilin vukuu anından maksad, zararın husul bulduğu an değildir. Mücerret fiilin tekemmül ettiği andır. Zira bazan zarar fiilin tekemmül ettiği günden çok sonra doğabilir: başa bir darbe fiilin vukudur. Darbe ne vakit indirilmişse fiil o an vuku bulmuş demektir. Bu darbe neticesinde sar'a veya sair zihni teşevvüş zarardır. Bunların husulü anının mürurzamanın başlangıcı ile alâkası yoktur.

Umumî mürurzaman haddi içinde mağdur, zarara ve müstahdem (Fâil) veya istihdam edene muttali olmamış ise, artık tazminat talep edemez.

Mutazarrır 10 senenin bitmesine iki gün kala fâile ve müstahdeme vâkıf olsa, 2 gün içinde davâ ikame etmeye mecburdur.

Mutazarrır zarara 10 senenin bitmesine üç gün kala vâkıf olsa, fâile vâkıf bulunamasa, dava ikame edemez.

Mutazarrır zarar ve fâile (Müstahdem) ve istihdam edene 10 sene sonunda ittıla kesbetse yine tazminat talep edemez.

Bu sonuncu hâlde bizce mürurzaman müessesesinin sebebi ihdası ve gayesi ile hem ahenk bulunan bir fikir serdine mahal vardır: Kanun 10 senelik mürurzamanın mücerret fiilin vukuu tarihinden başlayacağını kabul etmekle mutazarrır aleyhine ve mürurzamanın mahiyeti ile gayri kabili telif bir hareket tarzı ihtiyar etmiştir: Mutazarrır bazan hiç bir kusuru yok iken zarar ve faile ittıla peyda etmemiş olabilir.

İskatî mürurzaman dava ikamesi için ihdas edilmiş bulunduğuna ve davâ ikamesi ise, ancak zarar ve failin belli olması ile mümkün bulunacağına göre, bu unsurların ademi mevcudiyetine rağmen yine mürurzamanı kabul etmek hem mürurzamanın mahiyetine hem mutazarrırın zararına bir aykırılık teşkil eder. Farz edilsin ki zarara ittıla peyda olmuş, fakat fâil kaçarak 10 senelik mürurzaman içinde tazminat davâsından kurtulmak için hüviyetini gizlemeye muvaffak olmuş ve bu sebepten mutazarrır davâ hakkını zayi eylemiş ise, mutazarrırın kabahati ve kusuru nedir?

Serd edilen esbaba binaen 10 senelik mürurzamana rağmen ve zarara ittıla on sene geçmeden evvel husul bulmak şartı ile, fâile on sene-

den sonra vâkıf olmak ihtimalinde dahi bir senelik hususi mürurzamanı mutazarrır lehine kabul etmek, iskatî mürurzamanın gaye ve mahiyetine uygun olduğu gibi, mutazarrırın da muhik ve hukuk ilmine mutabık düşen siyanetinden başka birşey olmaz.

3. *Fevkalâde mürurzaman :*

Haksız fiillerde mürurzamandan bâhis 60 ncı maddenin 2 nci fıkrası fevkalâde mürurzaman hakkında şu hükmü sevk ediyor: (şu kadar ki, zarar ve ziyan davâsı ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun mürurzamana tâbi cezayı müstelzim bir fiilden neş'et etmiş olursa, şahsi davaya da o mürurzaman tatbik olunur.)

Hükümden anlaşılacak cihet ikidir:

1°) Haksız fiilin ceza davâsı mürurzamanı 10 seneden daha kısa ise, umumî mürurzaman yine 10 senedir. Yani keyfiyet malen mes'uliyet bahsinde yine mağdur (mutazarrır) lehinedir.

2°) Ceza davâsı mürurzamanı 10 senelik umumi mürurzamandan uzun olsa bile, malen mes'uliyet için kabul edilen bir senelik hususî mürurzamana dair olan esaslarda değişiklik olmaz : mutazarrır zarar ve faile (müstahdem) veya istihdam edene ittiladan itibaren mutlaka bir sene içinde dâva ikame etmeye mecburdur. Çünkü 60 ncı maddenin 2 nci fıkrasında kabul edilmiş olan fevkalâde mürurzaman, umumî mürurzamanın temdidi gayesine matuf olup, bir senelik mürurzamanın hususiyeti ile alâkadar değildir. Filhakika 2 nci fıkra, on senelik mürurzaman müddetini beyandan hemen sonra (şu kadar ki...) ibaresini ilâve ile fevkalâde mürurzamanın 10 senelik mürurzaman müddetine bir istisna teşkil ettiğine işaret ediyor.

Tatbiki ehemmiyet ve kesretine binaen şu meseleye temas zaruridir:

İstihdam eden nakil vasıtasını mağdurun bu satıştan haberi yok, iken sattı, müstahdem de ikinci mâlikin hizmetini kabul etti. Mağdur 55 nci madde mucibince birinci mâlike davâ ikame edip, muhakeme esnasında birinci mâlik nakil vasıtasının kendine ait olmadığını beyan etse ve bu beyana mağdur muttali olsa, nakil vasıtasına sahip olan şahsa karşı açacağı davâ bu beyana ittila tarihinden itibaren mi yoksa nakil vasıtasının ikinci malikine aidiyetinin sübutu sebebiyle davânın husumet noktasından reddine dair olan hükmün kazıyyei muhakeme haline inkılâbî tarihinden itibaren mi ceryana başlar?.

İki tefrik nazara alınarak suale cevap icap eder :

1) Nakil vasıtasının kaza vukuundan sonra satılmış olması bitta-

bi sualin dışında kalır. Zira bu halde zarar, nakil vasıtası henüz birinci malikin mülkünde ve müstahdem tarafından onun namına (26) işletilirken hâsıl olmuştur.

2) Devirden şöför haberdar değil ise, mes'uliyet eski mâlike tevccüh eder. Zira bunun 55 nci madde mucibince mes'uliyetden kurtulabilmesi için her şeyden evvel müstahdemle hizmet akdi münasebetini kesmiş olması icab ederdi.

3) Nakil vasıtası kazanın vukuundan evvel devredilmiş ise, bu devirde ne muvazaa ne sair suiniyet mevzuubahis olmaz. Binnetice, 55 nci madde mucibince malik mes'ul olur. Ancak ikinci malikin mes'uliyeti için şu şartların mevcudiyeti icap eder:

a) Müstahdemin devirden haberdar edilip, yeni mâlikin namına işletme müsaadesini istihsal etmiş olması icap eder. Aksi halde yeni malik eski mâlikin müstahdemi ile hukuken bağılı olmaz, binnetice, aralarında istihdam eden ve müstahdemlik münasebeti bulunmaz. Bu itibarla vâki zarardan yalnız şöfür mes'ul, yani yalnız 41 nci madde kabili tatbik olur. Mağdurun 55 nci madde mucibince ikinci maliki, daha doğrusu kaza vukuu anındaki maliki mes'ul edebilmesi için, bu malikle sâbık müstahdem arasında hizmet aktinin veya ortaklıkla işletme mukavelesinin bulunduğunu ispat etmesi icap eder.

İkinci malikin mes'uliyetini mucip bu ahvalde ona karşı açılacak olan davâda mürurzamanın mebdei meselesine gelince :

Bu mürurzaman ilk malikin davâ esnasında nakil vasıtasının satılmış olduğunu beyan ettiği tarihten değil, keyfiyetin tahkikından sonra davânın bu sebeple husumet bakımından reddine dair olan hükmün kaziyei muhkeme haline geldiği andan itibaren ceryana başlar. A, B yi istihdam eden zannı ile davâ etse, B kendisinin malik olmadığını, malikin C olduğunu ve binnetice 55 nci maddeedki mes'uliyetin C ye taallük ettiğini beyan etse, C nin hakiki malik olduğu sâbit olduğundan davâ B hakkında red olursa, A. bu hükmün kaziyei muhkeme haline girdiği tarihten itibaren 1 sene içinde C ye davâ açabilir. (27) Zira mücerret B nin mahkemede beyanı C nin nakil vâsıtasının sahip olduğunun sübutunu ifade edemez. Hüküm bu beyan aksine sâdır olabilir. C nin ikinci malik olup olmadığı tahkikle ve bu tahkike müstenit hükümle sâbit olur.

(26) Bir şöför tarafından kiralanan taksinin yapacağı zarar münhasıran şöfürden talep edilir. Bu kaide her türlü nakil vasıtasına kabili tatbiktir.

(27) Mamafih A nın C nin ikinci malik olduğunu hükümden evveç bildiğini C ispat ederse, davâyı mürurzaman noktasından red ettirebilir. Kaziyei muhkeme ânına itibar bu ihtimal mevzuu bahis olmadığı haldedir.