

## TEVALİ EDEN FİLLERDE ZARAR FAİLİNİN TESPİT EDİLEMESİ HALİNDE MES'ULİYET MES'ELESİ

Doçent Dr. İlhan E. Postacıoğlu

Hukuk tekniği bir yandan prensipler vaz etmek, ve hâdiseleri bu prensipler çerçevesine ithal eylemek suretile hukukî hal tarzları arasında tam bir vahdet ve insicam tesisine çalışırken, diğer yandan her türlü basitleştirme ameliyelerine karşı mukavemet eden bazı münferit hallerin hususiyetine intibak etmek gayretini göstermekten de hali kalmaz. Bu itibarla hukuk tekniğinin, birbirine zıt gayeleri telif hususunda dahil olduğu yol çetindir, ve bu çetin yoldaki yürüyüşü de, — tahmin edileceği veçhile — ârızasız geçmekten uzaktır. Doğrusu bu ilerleme zaman zaman inhiraf lar kaydeder. Bazen, bütün gayretin prensiplerin şaşmaz bir surette tatbikine hasredildiği görülür. Bazen ise, nesafet mülâhazaları üstün tutularak aynı prensiplerin muayyen hal ve vaziyetlerde gölgede bırakıldığı müşahede edilir. Bu ivicaçlı yürüyüşün sıkıntı ve duraklamalarını hukukçular çok iyi bilirler. Çünkü herbiri muayyen bazı hâdiseler karşısında iki zıt istikametten hangisini seçecekleri hususunda ciddi surette tereddüt geçirmek fırsatını bulmuşlardır.

Ancak itiraf etmek lâzımdır ki, iki zıt temayül arasındaki bu çekişme, yani prensiplerin tatbikini emreden kaide ile nesafet mülâhazalarının üstün tutulmasını tavsiye eden hukuk duygusu beynindeki tezat bazı faraziyelerde sadece zahirî kalmaktadır. Çünkü, halli gereken mesele nin şimdiye kadar ihmale uğramış bir cephesini nazara almak, çok defa o hâdise hakkında prensipleri tam olarak tatbik suretile dahi nesafet ve adalet duygusunun tamamen terviç ettiği hal tarzlarına ulaşmak için kâfi gelmektedir. İşte burada tetkikini yapmak istediğimiz mesele için, öyle zannediyoruz ki, böyle bir durum mevcuttur.

### I

Meselemiz, serlevhamızın telkin ettiği üzere şudur: muayyen fiilleri birlikte veya aralarında kısa fasılalarla işlemiş şahısların bu hareketle-

rinden birile bir zarar husule geldiği, ve zararı mucip olan fiili kimin işlemiş olduğu ispat edilemediği taktirde, aynı cins fiilleri ika etmiş olan şahısları müteselsilen mesul mü saymak, yoksa hakikî failin tespit edilememesinden ötürü herbirinin ademi mesuliyetine mi karar vermek icap ettiğidir. Mesele pratikte bilhassa av kazaları dolayısıyla meydana çıkmaktadır. Avcılar bir kuşa veya hayvana ateş ettikleri vakit, tüfenklerinden çıkan kurşunlardan biri bir insana isabet ederek onun yaralanmasını intaç etse, mağdur kendisini yaralayan avcının kim olduğunu ispat edemediği taktirde duçar olduğu zarara katlanmak mecburiyetinde mi kalacaktır? Yoksa aynı zamanda aynı istikamete ateş etmiş olan avcılarını hepsini birden müteselsil olarak zararından mesul tutabilecek midir?

Doğrusu bu gibi hâdiseler hukukçuların tereddüdünü mucip olmaktan hali değildir. Hemen söyliyelim ki, burada derpiş ettiğimiz faraziye hakkında kanunî mevzuatımızda bir hükme rastgelinez. Meselemizi istihdaf ediyor gibi gözüken Borçlar Kanununun 50 nci maddesile Türk Ceza Kanununun 463 cü maddeleri hattı zatında tamamen ayrı mevzulara taallük etmektedir. Evvelâ, B. K. nun 50 ci maddesinde derpiş edilen hal, zarar ile müteaddit faillerden her birinin fiilleri arasında muayyen nispet ve ölçülerde illiyet rabitasının bulunmasıdır. Öyle ki zarar tek birinin fiilile meydana gelmemiş, herbiri kendi sahası içindeki faaliyet veya ihmali ile ve çok defa aralarında anlaşmak suretile zararlı neticenin husulüne müessir olmuşlardır. Saniyen Türk Ceza Kanununun 463 cü maddesinde bahis mevzuu edilen durumda faillerin bilhassa ızzar kastile hareket ettikleri görülmektedir. Zira 463 cü maddemiz sırasile 448, 449, 450, 456 ve 457 ci maddelere atıf yapmış olup o maddelerin her birinde faillerin mevzubahs haksız fiili ika etmek kastile hareket ettiklerini tazammun etmektedir<sup>1</sup>. Taksirin suç unsuru olarak ele alındığı yegâne 455 ci madde biraz evvel zikrolunan 463 cü maddenin tadadı meyanında yer almamaktadır. Binaenaleyh faraziyemizin umumî prensipler çerçevesinde münakaşası zarurî bulunuyor.

Cidden meseleye verilmesi tasavvur edilebilecek iki hal tarzı vardır. Ve bunlar da birbirinin tam mânasile zıddıdır. Zararı intaç eden fiil failinin tespit edilememesi karşısında ya faillerden her hangi biri hakkında illiyet rabitasının ispatsız kaldığını kabul ederek her birinin ademi mesuliyetine karar vermek lâzım gelecektir. Yahut ta fiili işlemiş şahsın aynı cins harekete tevessül eylemiş olan kimseler meyanında bulunduğu muhakkak olduğuna nazaran hepsini müteselsilen mesul gör-

1) Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Hususi Kısmı, 2 nci tabı, No. 77.

mek icap edecektir. Fakat bu sonuncu hal tarzını kabul edebilmek için böyle bir şıktaki müteselsil mesuliyetin mesnetlerini göstermek lâzımdır. Ve bu belki de kolay bir iş değildir. Çünkü tanınmış klâsik müelliflerin, ezcümle von Tuhr, Oser<sup>2</sup>, ve bugün aziz hatırası önünde hürmetle iğildiğimiz muhterem hocamız Andreas B. Schwarzın, alternatif - nevbetleşme illiyet diye tesmiye ettikleri hal ve vaziyetlerde delilsizlik yüzünden kimsenin mesul tutulamıyacağı kabul edilmiştir<sup>3</sup>.

İşte bu sebeple değildir ki mahkeme içtihatlarında beliren galip kanaat de ademi mesuliyet tezinin terci şeklinde kendini göstermiştir. Filhakika mevzuumuz hakkında Türk mahkeme içtihatlarında raslayabildiğimiz yegâne kararda ademi mesuliyet tezinin kabul edildiğini görmekteyiz<sup>4</sup>. Keza daha sarıh bir istikamet arzetmesi bakımından müstakar mahiyette sayılabilecek olan Fransız içtihatları da bu merkezdedir. Kollektif mesuliyet tezini kabul etmiş olan 13 Ekim 1936 tarihli Bordeaux İstinaf Mahkemesinin kararını nakzeyleyerek tercihini ademi mesuliyet tezi lehine kullanmış olan Fransız Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesinin 29 Eylül 1941 tarihli kararı<sup>5</sup>, denilebilir ki, bu hususta Fransız içtihatlarına kat'î istikametini çizmiş bulunuyor. Zira bunu takip eden İstinaf kararları aynı noktayı nazarı benimseyerek delilsizlik yüzünden her bir muhtemel failin mesuliyetsizliğini kabul etmişlerdir<sup>6</sup>.

Cidden içtihatların aldığı bu istikamet karşısında insan biraz da hayretini gizleyemiyor. Öyle bir devirde yaşıyoruz ki her zararın tazmini çok defa adaletin zarurî bir neticesi olarak gözükmekte ve bütün hukuk cihazı bu gayeyi temin için adeta seferber edilmektedir. Nitekim hukukî mesuliyetin bir şartı olarak gözüken kusur unsuru dahi bir çok ahvalde sıkıcı addolunmakta ve bunu bertaraf etmek için de mukayeseli hukuk

2) von Tuhr, Borçlar Hukuku, I inci cilt, Cevat Edege tercemesi, sah. 90; Oser, Borçlar Hukuku (Schönenberger'le birlikte), Recai Seçkin tercemesi, madde 41, 81 No.lu izahat.

3) Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Bülent Davran tercemesi, sah. 131.

4) Filhakika IV. Hukuk Dairesinin mevzuumuzla ilgili görülebilecek 16.6.1950 tarih 3460/3514 sayılı kararında şöyle denilmiştir: (Asıl failin tayin edilememesi hasebiyle müşevvikin de tespitine imkân bulunmadığına ve bu itibarla B.K.nun 50 nci maddesinin olayla ilgili görülmediğine binaen dâvanın reddi gerekli iken aksine karar verilmesi yolsuzdur.) (Fahrettin Öztürk - Sadi Kazancı, Borçlar Kanunu, 1952, sah. 258.)

5) Revue trimestrielle de Droit Civil, 1942, sah. 60.

6) Orléans İstinaf Mahkemesi 17 Ocak 1949 t. K. (Daloz 1949, 502 Ripert'in notile beraber aynı karar Revue trimestrielle de droit civil 1950, sah. 60. Mazeand'ların tasvipkâr bir notile birlikte; keza aynı mealde yine Orléans İstinafının 5 Mart 1952 tarihli karar (Revue trim. 1952, sah. 376).

mevzuatında yer yer hamlelere rasgelinektedir. Şüphesiz Türk hukuku kusursuz mesuliyet mefhumunu halen mahdut hallerde kabul etmiştir. Fakat Fransada eşya vasıtasıyla ika kılınan zararlarda kusursuz mesuliyet mefhumunun sahası her türlü tahminin dışında bir gelişme göstermiştir. Öyle ki bugün Fransada bir eşyanın istimali neticesinde husule gelmiş olan zarar o eşyayı tahtı muhafazasında tutan şahsın eseri sayılmakta ve onun kusurlu hareket edip etmediğine bakılmaksızın mesuliyeti cihetine gidilmektedir. Bunun için de mevzubahis eşyanın hattı zatında tehlikeli ve zarar ika eder neviden olup olmadığına dahi sureti umumiyede bakılmamaktadır<sup>7</sup>. Hal böyle olduğu halde tüfenk gibi bilhassa tehlikeli silâhların istimalinden mütevellit zararların müeyyidesiz kalması, doğrusu hukukî mesuliyet sahasında kaydedilen tekâmüle nazaran garip bir tezat teşkil etmektedir. İşte bir yandan bu tezat ve diğer yandan bu bapta verilen hal tarzlarının adalet hissini açıkça rencide etmesi karşısında mahkemeler ve müellifler mağdurun zararını tazmin çarelerini muhtelif muhakeme denemelerine girişmek suretiyle elde etmeğe çalışmışlardır.

## II

Evvelâ nazarımızı mahkeme içtihatlarına çevirecek olursak Bordeaux İstinaf Mahkemesinin nakza uğrayan kararında bu hususta mühim bir gayret sarfedildiğini görmekteyiz. İstinaf mahkemesi zikri geçen 13 Ekim 1936 tarihli kararında avcılarını müşterek bir kusur işlemiş görmek için muhakemesini şu şekilde yürütüyor: «Gayri kâfi kalan rüiyet şartları içinde avcılar teşekkülleri itibariyle kendileri bakımından müşterek olan tehlikeli bir mıntıka vücuda getirmişlerdir.» Başka bir tâbirle ifade etmek lâzım gelirse, mevzubahis hâdisede avcılar rüiyet şartlarının müsaadesizliğine rağmen birlikte harekete geçmekle tehlikeli bir mıntıkanın vücut bulmasına sebebiyet vermişler ve bu suretle müşterek bir kusur işlemiş olduklarına göre hasıl olan zarardan müştereken ve müte-selsilen mesul tutulmaları lâzım gelmiştir.

Bu muhakeme tarzı incedir. Fakat itirazı davet eden tarafı da pek çoktur. Evvelâ itiraf etmek gerekir ki, bu düşünüş tarzı serahatten mahrumdur. Acaba tehlikeli mıntıkanın vücut bulmasına sebep avcılarının birlikte avlanmak hususundaki müşterek kararları ve bu bapta icraatı

7) Bu mevzudaki fransız neşriyatı son derece zengindir. Türk hukuk edebiyatında aynı bahis için bk: Zahit İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sene 1949, sah. 117 - 122 ve bilhassa s. 118.

mıdır? Yoksa tehlikeli mıntika onların bu şartlar dahilinde müştereken avlanmağa çıkmaktan ziyade birlikte atışta bulunmaları halinde ve yalnız o atış anına münhasır olarak mı vücuda gelmektedir.

İsviçre müellifleri daha ziyade Alman Medenî Kanununun 830 uncu maddesinin az çok tesirinde kalarak bu iki görüşten daha ziyade ilkinde taraftar olmuşlardır. Ezcümle von Tuhr ve Oser bu hususta pek sarihtir<sup>8</sup>. Bu müelliflere göre üçüncü şahısları mutaddan ziyade tehlikeye maruz bırakan müşterek tertiplere girişmek keyfiyeti, bilâhare bu müşterek tertip içinde yer alan hareketlerden biri aharın zararını mucip olduğu takdirde tertibe iştirak etmiş olan her şahsın mesul tutulmasını inta eder. Ve bu takdirde müşterek tertipte yer alan şahıslardan her hangi biri zararı tevlit eden hâdisenin kendinden sadır olamayacağını isbat suretiyle dahi mesuliyetten kurtulamaz. Meselâ kendisinin oyuna iştirak etmiş olmakla beraber topun cama isabet etmiş olduğu zaman oyundan bir dakika için ayrılmış olduğunu isbat etmesi mesuliyetten sıyrılması için kâfi değildir.

Fakat bu görüş tarzı faraziyemiz bakımından tatminkâr olmaktan uzaktır. Zira normal şartlar içinde kalmış müşterek faaliyet hallerinde bu noktayı nazar müşterek mesuliyeti tesise kâfi gelmiyecektir. Normal şartlar dahilinde tanzim edilmiş bir ava iştirak etmek niçin bir tazmin mükellefiyeti doğursun<sup>9</sup>. Meğer ki böyle bir ava iştirak bir kusur olarak tavsif edilebilsin. Fakat avın normal şartlar içinde tanzim edildiğini beyan etmekle mücerret iştirakin bir kusur olarak sayılmasını önlemiş olmuyor muyuz? Ve binaenaleyh normal olduğu kabul edilen müşterek bir faaliyet sırasında bunun içinde yer almış şahıslardan biri bir kazaya sebebiyet vermişse o sırada oradan uzaklaşmış olması veya kazayı mucip harekete tevessül etmediği sabit olması itibariyle zararın vukuunu inta eden fiili ika etmediği muhakkak olan bir kimsenin mes'uliyeti cihetine gidilmesi hukuka olduğu kadar adalet de aykırı olmayacak mıdır? Av misaline avdet edersek bozuk rüyet şartları içinde müctemian olduğu kadar münferiden de ateş etmekte aynı derecede kusurlu bir hareket görülmek lâzım gelir. Burada topluğunu hususî bir tehlike kaynağı ve topluluk içinde yer almayı da kusur olarak görmek hukuk mefhumlarını zorlamaktan başka bir mâna ifade etmiyecektir. Hem sonra tehlikeyi kusurun bir nevi müteradifi tutan bu görüş, kanunun tecviz etme-

8) von Tuhr, s. g. e., sah. 90; Oser, s. g. e., mad: 50, No: 7:

9) Halbuki von Tuhr mücerret süre avına iştirakin mesuliyet kaynağı olacağını kaydetmekte ve mezkûr avın normal şartlar içinde tanzim edilip edilmediği arasında bir tefrik yapmış gözükmemektedir (§ 13, Not 43).

diği bir şıkta kusursuz mes'uliyet mefhumuna yer vermesi itibariyle de bir dereceye kadar muahezeye şayan görülebilecektir.

Kaldı ki ileri sürülen bu izah tarzını mevzuumuz bakımından kifayetsizliği illiyet rabıtasının tahlili cephesinden de ayrıca kendini göstermektedir. Zira kazaya sebebiyet vermiş olan, bizatihi bir tehlike teşkil ettiği biraz da mesnetsiz ve yersiz olarak farz ve kabul olunan avcı teşekkülü değil bu teşekkül içinde yer almış ve hüviyeti tesbit edilememiş olan avcının tüfeğinden çıkıp mağdura isabet etmiş bulunan kurşundur. Netekim Bourdeaux kararını nakzeylemiş olan Fransız Temyiz Mahkemesi zikri geçen 29 Eylül 1941 tarihli kararında bu ciheti tebarüz ettirmeyi ihmal eylememiştir.

Doğrusu İsviçre müelliflerinin serdettiği izah tarzının kabili ihticaç kalacağı faraziyeler daha başkadır. Ve belki daha nadirdir. Bizce bunlar sadece zararın vukuuna sebebiyet vermiş olan ferdi hareketin, hattı zatında mahiyeti itibariyle kusurlu görülmesi icabeden müşterek faaliyetin bir neticesi olduğu hallerdir. Daha açıkça ifade etmek lâzım gelirse zararı ika eden fiilin işlenmesine müşterek faaliyet âmil olmuş, müşterek faaliyetin de mahiyeti itibariyle kusurlu olarak tavsifi mümkün bulunabilmişse o zaman sözü geçen müşterek faaliyette yer almış olan şahısların müteselsilen mesuliyetine gitmek kabil olacaktır.

Netekim Federal Mahkeme bu düşünüş tarzı ile ihticaç etmek fırsatını elde etmiştir. 27 Eylül 1916 tarihli kararda şöyle bir vaziyet vardı<sup>10</sup>: Üç erkek yanlarında bir de kadın olduğu halde bir şehrin sokaklarından otomobille geçerken sırf yoldakileri ürkütmek ve bunu kendilerine bir zevk ve eğlence mevzuu yapmak için ellerinde bu işe elverişli bulunan tek ve muayyen bir âletle zaman zaman patlayıcı maddeler atıyorlardı. Bu faaliyet haddi zatında kusurlu bir faaliyetti. Herbir ferdin bu kötü eğlenceye iştirak etmesine vücuda getirdikleri topluluğun aykırı zihniyeti âmil olmuştu. Binaenaleyh ferdî hareketlerin müşevviki olarak topluluğu böylece müşterek mesuliyetle muhatap tutmak kabildi. Netekim hâdisede ehemmiyetli bir zarar da husule gelmiştir. Filhakika bu üç şahıstan hüviyeti tespit edilemiyen biri yine âleti mahsusla patlayıcı bir madde fırlatıp o sırada yoldan geçmekte olan hâmile bir kadının son derece ürkmesini mucip olmuş, ve kadının çocuk düşürmesine sebebiyet vermiştir. Bu şerait dahilinde Federal Mahkeme haklı olarak bu tehlikeli faaliyete iştirak etmiş olan her üçünü de mesul tutmuş ve müteselsilen 4.000 İsviçre frangı zarar ziyana mahkûm etmiştir. Zira müşevvikle faili hakikî ve haksız fiilde methaldar olan şahıs müteselsil mesuliyete tâbi olduğuna

10) Journal des Tribunaux, 1916, 1. 691.

göre hâdisede üçünden herbirinde asgarî olarak bu sıfatlardan biri mevcut olduğuna göre haklarında müşterek mesuliyetin harekete geçirilmemesi için bir sebep yoktur<sup>11</sup>.

Fakat itiraf etmek lâzım gelir ki bu kabil muhakemelerin yürütülebilmesi için, biraz evvel de tebarüz ettirildiği üzere, müşterek faaliyetin hattı zatında kusurlu bir mahiyet arz etmesi lâzım gelmektedir. Fakat bizatihî müşterek faaliyete böyle bir vasıf izafe edilemediği takdirde zararı ika eden fiil failinin tespit edilememesi halinde aynı mahiyette fiili işlemiş olan şahısların mesuliyeti cihetine gitmek için bu görüş tarzında bir mesnet bulabilmek imkânı yoktur.

### III

İşte bu sebeplerdir ki, faraziyemizde müşterek mesuliyete müncer olabilecek yeni yeni izah tarzları aramak lüzumundan kendimizi kurtarmış değiliz. Üzerinde ehemmiyetle durulması icap eden bir görüş te ademi mesuliyet tezini kabul etmiş 17 Ocak 1949 tarihli Orléans İstinaf Mahkemesi kararını tenkid sadedinde maruf fransız hukukçusu Ripert tarafından ileri sürülmüştür. (Zikri geçen not Dalloz, 1949, sah. 502.).

Değerli hukukçu evvelâ, avcılarının aynı zamanda ateş etmiş olmaları itibarile içlerinden birinin muhakkak surette zarara sebebiyet vermiş olduğu halde avcılarının herbirinin ayrı ayrı mesuliyetten kurtulmasını kabul eden görüşü ince bir istihza ile karşılıyor. Kendisince bu, meşhur mizah muharriri Courteline'in ruhunu şadedecek bir misal teşkil etse yeridir. Kazaya kurban giden zavallıya tek bir avcı ateş etseydi mağdur tazminat alabilecekti. Zavallı adam bir tüfenk yerine birkaç tüfengün ateşine maruz kalmış olmakla günah mı işlemiş oluyor ki her türlü tazminat hakkından bilfiil mahrum kalıyor. Doğrusu bu müstehzi ifadenin altında bir hakikat payı sezmemeğe imkân yoktur. Ripert hâdisede

11) Federal Mahkeme mevzubahs kararında şöyle diyor: «Bir yandan zararın doğrudan doğruya sebebi olmamakla beraber, haksız fiille diğerini azmettirmiş ve teşvik eylemiş olması itibarile vukuunda esaslı bir rol oynamış olan şahısla diğer yandan haksız fiili doğrudan doğruya ika etmiş olmak itibarile esaslı bir rol oynadığında şüphe olmayan asıl fail arasında ve keza bunlara icraatında ortak olmuş ve rolü tali mahiyette kalmış şahıs beyninde bir tefrik yapmak imkânı olduğu halde mevzubahs kanun maddesile bunlar zararın tamamından mesul tutulmuşlardır. Eğer hâdisemizde olduğu gibi, herbiri sırasile birbirini tahrik ve teşvik etmiş ve birbirine yardım eylemiş ve herbiri icraatının ne gibi neticeler tevhit edebileceğini evvelden görebilmiş olduklarına nazaran byinlerinde müsevvikle fail ve ortak tefriki yapılamıyacağından evleviyetle zararın tamamından mesuliyetlerine karar vermek icap eder.»

avcılarının mesuliyetini tesis için Fransız Medenî Kanununun 1384 1 ci fıkrasından istiane etmektedir. Mağdurdan hangi kurşun ile yaralandığının ispatını istemek kendisine yerine getirilmesine imkân bulunmayan bir ispat külfeti tahmil etmek demektir. Halbuki 1384 cü maddenin koyduğu bir mesuliyet karinesi vardır. Tehlikeli bir şeyin muhafızı husule gelen zarardan mesuldür. Hattâ bunun için Fransız mahkeme içtihatları mevzubahs eşyanın husule gelmiş olan zararda faal bir rol oynamış olmasının ispatına mahal görmemektedirler. Binaenaleyh hâdisedeki mesuliyet karinesi her avcı hakkında varittir. Ve şu halde mağdurdan hangi kurşunla yaralandığının ispatını istemek doğru olmayıp belki avcılarının her birine yaralamamanın kendi kurşunile vukua gelmediğini ispat mecburiyetini tahmil etmek lâzım gelir. Görülüyor ki Ripert ispat külfetine yer değiştirmekle mesele kendiliğinden hal olmaktadır. Her avcı mağduru yaralayan kurşunun kendi tüfenginden çıkmış olmadığını ispat etmedikçe mesul olmakta berdevamdır.

Maamafih bu muhakeme tarzı Orléans İstinaf Mahkemesini aynı mahiyette bir hâdiseye ikinci defa el koyduğu vakit ademi mesuliyet tezinden ayrılmaya ikna edememiştir. Belki buna da sebep bu muhakeme tarzına karşı diğer müelliflerin serd ettiği tenkit olmuştur. Ezcümle Mazeaud'lar, ademi mesuliyet tezinin ne kadar gayri adilâne olursa olsun, hukukî bakımdan kabulünün zarurî olduğu kanaatındadırlar. Zira diyorlar bu faraziyede 1384 cü maddedeki mesuliyet karinesinden ihticaç edebilmek için illiyet rabitasının evvel emirde ispat edilmiş olması lâzım gelir. Yaranın hangi tüfenkten çıkan kurşun neticesinde husule geldiği ispat edilmelidir ki, o tüfenk sahibinin ayrıca kusurunu ispata mahal kalmadan mesuliyeti cihetine gidilebilsin. 1384 cü maddenin koyduğu karine alâkalıları kusurun ispatından vareste tutmaktadır. Yoksa aynı zamanda illiyet rabitasının ispatından vareste kılacak derecede bir şümül ifade etmemektedir <sup>12</sup>.

#### IV

Bize kalırsa, bu müellifler Ripert'in noktai nazarını bu kabil mülâhazalarla çürüterek bunun neticesinde ademi mesuliyet tezinin kabulü cihetini iltizam ederlerken tahlillerinde eksik bıraktıkları bir taraf vardır. Zira Mazeaud'ların noktai nazarı bizzarure şöyle bir muhakemeyi tazammun ediyor: Tüfenklerden yalnız biri mağduru yaralamış ve onun zara-

12) Mazeaud'ların notu, Revue trim. de Droit civil, 1942, sah. 60 ve 1950, sah. 60 ve nihayet 1952, sah. 376.

rına sebebiyet vermiştir. Fakat bu zararın husule gelmesinde diğerlerinin hiçbir dahli olmamıştır. Zararı ika eden tüfenk belli olmadıkça herhangi birinin mesuliyetine gidilemez. Kanaatımızca bu muhakemede sakat olan taraf mağdura isabet kaydeden tüfenkten gayri tüfenklerin mağdurun duçar olduğu zararda hiçbir dahli olmadığı hakkında bizzarure yer alan kaziyedir. Hakikaten diğer tüfenklerin mağdura hiçbir zarar ika etmedikleri doğru mudur?

İşte buna katıyetle hayır diye cevap vermemiz lâzımdır. Esasen mevzuumuzun can alacak noktası da buradadır. Diğer tüfenkler isabet kaydetmemiş olsa bile muhakkak olan bir cihet vardır ki, onlar isabet kaydeden tüfenkle birlikte ateş etmekle mağdurdan kendisini yaralayan tüfenki teşhis imkânını selbeylemişlerdir. Filhakika, tek bir tüfenk ateş etmekle iktifa edip bu atış neticesinde mağdur yaralansaydı, mağdur için ispat meselesi bir müşkilât arz etmiyecekti. Fakat kendisini yaralayan tüfenkin hangisi olduğunu tespit imkânını bırakmıyacak şekilde muhtelif tüfenklerin birlikte ateş etmesidir ki mağdurun haiz olduğu delilleri karıştırmakta ve bunların ziyasını mucip olmaktadır. Bir kimse-nin hakkını ispat eden delillerin ziyasını mucip olmak, tabiatile o kimseye zarar ika etmek demektir ve bu zarar, ispatı gayri mümkün kılınan hakkın şümulü ile bizzarure tedahül etmektedir. Fakat bundan çıkarılması icap eden netice sadece tüfenk sahiplerinden ayrı ayrı ve mükerrenen tazminat talep edilecek yerde herbirinin aynı zarardan mütselsilen mesul tutulmasından ibaret kalacaktır. Zira Fransız hukuku çerçevesinde muayyen bir şeyin istimali ile ahar şahıslara zarar ika edilmesi halinde zarar faili için mesuliyet asıldır. Faraziyemizde birlikte ateş etmiş ve bu itibarla mağduru yaralamış olmak ihtimalini üzerinde toplamış olan her avcı mağdura muhakkak surette şu iki nevi zarardan birini vermiştir: ya mağduru bizzat yaralamış, yahut ta atışın tek kalması halinde mağdur için mevcut olan ispat imkânlarını ve delilleri atışa iştirak etmek suretile ziyaa ve bu suretle zarara uğratmıştır. Böylelikle Mazeaud'ların zararlar fiil arasında ispat edilmesini zarurî buldukları illiyet bağı mertebeli sübuta varmaktadır. O zaman da Fransız Medenî Kanununun 1384 cü maddesinin 1 ci fıkrası çerçevesi içinde avcılarının müteselsil mesuliyetine karar vermek zarurî olmaktadır.

Görülüyor ki, bu sistemde müşterek tertibe iştirak etmiş olmakla beraber, kaza sırasında zararı ika eden fiil cinsinden birini işlememiş olanlara mesuliyet teveccüh edecek değildir. Yine av misaline avdet edersek rüiyet şartlarının bulanık bulunduğu bir sırada birlikte ava çıkmış olan şahıslar av sırasında vukua gelmiş bir zarardan ve sırf ava iştirak etmiş olmalarından dolayı mesul tutulmayacaktır. Mesuliyet yalnız mağ-

durun bulunduğu nokta istikametinde ateş edenlere münhasır kalacak, kaza sırasında tüfenkine ateş ettirmemiş veya tamamen zıt bir istikamette ateş yaptığı sabit bulunmuş olan şahıslara bir mesuliyet hissesi tefrik edilmeyecektir. Böylelikle toplu bir faaliyetin biraz da zoraki bir şekilde hususî bir tehlike kaynağı addolunmasının ve buna da iştirakin yersiz bir şekilde kusur olarak tavsifinin önüne geçilecek ve binaenaleyh gerek yaralamada, gerek delillerin karışmasında bir rolü bulunmamış ve bu sebeple mağdurun maruz kaldığı zarar nevilerinin husule gelmesine hiçbir suretle müessir bulunmayarak illiyet zincirlemesinin tamamen dışında kalmış olan şahısların beyhude yere mesuliyetlerinin tahriki cihetine gidilmeyecektir. Diğer yandan da mağdurun tazminatsız kalması da bu hal tarzile tamamen bertaraf edilmektedir.

Müşterek mesuliyetin tesisi hakkında teklif ettiğimiz hal suretinin mucip sebeplerini bu suretle açıkladıktan sonra şimdi bunlara karşı yapılabilecek itirazları gözden geçirmekliğimiz muvafık olacaktır.

Evvelâ delillerin karışması için ikinci bir atış kâfi geldiğine, yani delillerin ziyandan ibaret bulunan zarar esasen ikinci bir atışla hasıl olacağına göre zararın vukuunda müteakip atışların tesirsiz kaldığı söylenemez mi? Eğer söylenebilecek olursa müteakip atışların hangileri olduğunu tespit imkânsızlığı yine avcılarının gayri mesul sayılmasını mı intaç edecektir? Doğrusu suale menfi cevap vermekte tereddüt etmemek lâzımdır. Madem ki delillerin ziyayı şeklinde tecelli eden zararlı neticeyi her atış başlı başına husule getirmektedir, bundan böyle her atış sahibinin mesuliyeti tahakkuk etmiş bulunmaktadır. Bundan sonra bu fiilin aynı neticeyi husule getirmiş diğer fiillerle birleşmesi cümlesinin mesuliyet sahasından çıkmasını intaç edemez. Bu hususta von Tuhr cidden pek sarihtir <sup>13</sup>.

Diğer cihetten acaba aynı cins fiili ika etmiş olanlar delillerin mağdur tarafından diğer bir surette ziyaa uğratılabileceğini ve bu yüzden mesuliyetten kurtulmaları icap ettiğini iddia edebilirler mi? Doğrusu failer burada da bir kurtuluş noktası bulamazlar. Zira müteaddit atışlar delillerin karışması neticesini husule getirdiğine göre, bu suretle illiyet rabıtası bir kere sabit olduktan sonra hâdiselerin muhtemelen kaydedecekleri seyir tarzı, mertebeli subuta varmış illiyet zincirlemesine artık müessir olamaz. Netekim von Tuhr gibi mühim müellifler bu noktayı gerekli vuzuhla tebarüz ettirmişlerdir <sup>14</sup>.

13) von Tuhr, s. g. e., sah. 90, (b) paragrafı (§ 13).

14) von Tuhr, s. g. e., sah. 88 (§ 13, No. 6).

Elhasıl meseleye hangi cepheden bakılırsa bakılsın aynı cins fiillerin faillerinden biri bir zarara sebebiyet verdiği taktirde diğerleri de bu zararı ika etmiş olmak ihtimalini üzerlerine alacak ve hakikî failin meydana çıkmasını önleyecek şekilde hareket etmiş oldukları zaman mağdurdan hakikî faili tespit etmek imkânını selbetmiş onun da bu yönden zararını muhakkak surette mucip olmuş oluyorlar. Fiil ile zarar arasında illiyet rabitasını kâfi gören bir hukuk sisteminde bu şıkta bütün faillerin müştereken mesul tutulması lâzım gelmektedir. Mevzubahs zarar bir eşyanın istimali neticesinde ika edildiği taktirde Fransada 1384 cü maddenin birinci fıkrası bu durumda müşterek mesuliyeti tesis için kâfi gelecektir.

## V

Şimdi meselemiz kusura müstenit mesuliyet sisteminde aynı müşterek mesuliyet şekline varılıp varılamıyacağıdır. Türk hukuku için de haizi ehemmiyet olan sual budur.

Bu sistemde müşterek mesuliyete gidebilmek için evvel emirde aynı cins fiili ika etmiş olan şahısların bu ferdî hareketleriyle bir kusur işleyip işlemediklerine bakmak lâzımdır. Eğer hiçbir kusur işlenmemiş ise zarar failini tespit imkânsızlığı ile karşılaşıldığı hallerde ademi mesuliyete karar vermekten başka çare yoktur. Bu hususta klâsik görüşü benimsemek icap edecektir. Meselâ bir otel odasına iki hizmetçinin baktığını ve binaenaleyh her ikisinin o odaya girmek hakkını haiz olduğunu farz edersek, bu odada vaki olabilecek sirkatin muhakkak surette ikisinden birinin fiilile ileri geldiği ispat olunsa bile onların mesuliyetleri cihetine gidilemez. Bu şıkta ikisinden birinin odaya girmesi, arada vaki olabilmemiş sirkatin delillerini müphemiyete boğmuş olsa bile muahezeye şayan sayılmayacaktır. Zira odaya girmiş olan hizmetçi bu suretle bir kusur işlemiş olmamakta, vezaifinin zaruriyatından olan bir harekette bulunmuş olmaktadır.

Şu halde müşterek mesuliyete hükmedebilmek için esasen ferdî hareketin bir kusur olarak tavsif edilebilmesi lâzımdır. Ferdî hareket kusurlu olduğu vakit hasıl olan zarar ister bir kimsenin yaralanması, ister bir zararın delillerini yok etmek şeklinde tecelli etsin, o zaman ferdin mesuliyetine gidebilmek imkânı hasıl olacaktır. Av misaline avdet edersek rüiyet şartlarının kâfi olmadığı veya atış istikametinde örtülü mıntikalar bulunduğu vakit tüfenkin istimali bir kusur olarak görülmek iktiza eder. Zira, bu hareket farkında olunmadan, bir başkasının yaralanmasını mucip olabilir. Binaenaleyh siz bu şerait dahilinde ateş etmiş, ve

diğer avcılar da kısa fasılalarla aynı istikamette olmak üzere bu atışınıza iştirak etmiş bulunursa, bu arada yaralanmış olan şahsın metalibasına karşı siz yaranın diğer tüfenklerden çıkmış olan kurşunlardan birile ileri geldiğini iddia edebilirsiniz. Fakat sizin muhakkak olarak husule getirdiğiniz zarar, kusurlu hareketinizle mağduru yaralayabilecek şekilde ateş etmiş ve bu suretle mağdura isabet eden kurşunun teşhisini imkânsız kılmış olmanızdır. Dikkat edilirse kusur şartını aramayan mesuliyet telâkkisinde de esas itibarile farklı bir hal tarzına varılmış olmuyor. Zira yaralanmayı icap ettirmeyecek şekilde tüfenkine istikamet vermiş olan avcı kusursuz mesuliyet sisteminde de delillerin karışmasına dahli bulunmadığı için mesul tutulmayacaktır. Kusura müstenit mesuliyet telâkkisinde ise bu durumda ateş etmiş olan şahsın kusuru sabit olmayacağı için evvel emirde bu yönden mesuliyeti bahis mevzuu olmayacaktır. Görülüyor ki aradaki fark nihayet ince bir noktaya bir nuance'a münhasır kalıyor.

Fakat kusura müstenit mesuliyet çerçevesinde verdiğimiz hal tarzının bazı itirazlara maruz kalması ihtimali yok değildir. Burada belki de zararın mahiyetinin evvelden görünür neviden olması icap ettiği ileri sürülecek, ve delillerin ziyai şeklinde tezahür edecek bir zararın kusurlu şahıs tarafından evvelden kestirilebilmiş olup olmadığı noktasının münaakaşa edilmesine ihtiyaç gösterilecektir. Doğrusu bu da taraftarı olduğumuz hal tarzına ulaşmamıza mani bir engel değildir.

Evvelâ mesuliyetin varlığını kabul için kusurlu hareketten sureti umumiyede yani mücerret olarak bir zararın neşet edebileceğinin hesaba katılmasının kâfi olduğunu ve filen iras edilen müşahhas zararın daha önce derpiş edilmiş olabilmesine mahal kalmadığını söyleyebilmek imkânı vardır<sup>15</sup>. Profesör Savatier de bu mevzuda kabili ihticaç olan buna yakın bir fikri başka türlü ifade etmektedir. Savatier'ye göre kusur olabilmesi için failin hareketile bir zarar işlemekte olduğunu bilmesine ihtiyaç yoktur. Kusur var diyebilmek için failin kendisine terettüp eden bir vecibeyi ihlâl etmekte olduğunu idrak etmesi kâfidir<sup>16</sup>. Zaten Profesör Savatier'ye göre fertlere terettüp eden dikkat vazifesi hangi hareketlere mezun olup olmadığını tayinden ibaret kalır. Bu vazifenin yerine getirilmemesidir ki ferdi kusurlu kılar ve bunun neticesinde bir zarar husule gelmişse faile tazmin mükellefiyetini tahmil eder. Binaenaleyh tüfenk istimal eden bir şahıs bunu kullanırken istimalinin kusursuz sayılması için icap eden takayyüdü göstermelidir. Göstermediği takdirde

15) Saleilles, Théorie générale de l'Obligation, 3 üncü tabı, sah. 362 ve 377.

16) Savatier, Traité de la Responsabilité civile, 2 nci tabı, No. 163, 164, 165.

meydana çıkan zarar ister birinin yaralanması şeklinde tecelli etsin, ister mevcut delillerin ziyayı suretile meydana çıksın fail zararlı neticeden mesul tutulacaktır.

Esasen kayde değer ki burada tazmine mevzu teşkil edecek zararlar mahiyeti itibarile biri yaralanma, diğeri delillerin ziyayı şeklinde olmak bakımından birbirinden farklı ise de miktar itibarile birbirine muadildir. Zira daha evvel de tebarüz ettirildiği üzere her iki nevi zarar tedahül etmekte, birbirine karışmaktadır. Binaenaleyh delillerin ziyayı şeklinde tecelli eden zarar bilfiil iras edilen zararlarla aynı şümül sahasını haiz olduğundan birinin görülebilir olması halinde diğerdinden de aynı şekilde mesul kılınmayı icap ettirmelidir.

Kaldı ki zararın gerek miktar ve gerek mahiyet bakımından daha evvel görülebilmesi şartı üzerinde hassasiyet gösterilecek olursa yine de müşterek mesuliyeti tesis imkânı baki kalacaktır. Fakat belki o zaman da munzam bir şarta ihtiyaç görülecektir ki o da kusurlu fiil ve hareketin bilfiil zarar iras etmekle kalmayarak aynı zamanda, üçüncü şahısların başkasının fiilile zarara uğraması halinde zarar failinin tespitine müteallik delillerin ziyayı mucip olabileceği keyfiyetinin derpiş edilebilmiş olması şartıdır. Binaenaleyh kusurlu bir atışta bulunurken atış diğeri atışların takip edeceğini bilmek bu husustaki şartın tahakkuk ve tekevvünü için kâfi gelecektir. Müşterek mesuliyet bakımından nispeten dar kalan bu sistem mucibince, birlikte atış yaptıklarından haberdar olmayarak ayrı ayrı yerlerden aynı noktadaki ava atış yaptıkları sırada bir üçüncü şahsın yaralanmasına sebebiyet veren kimselerin müşterek mesuliyetine karar verilemeyecek ve alternatif illiyet diye müelliflerin bahis konusu ettikleri faraziye yalnız bu hal için varit olabilecektir. Mamafih itiraf etmek gerekir ki bu gibi haller daha nadirdir ve esasen bize kalırsa bu dar sistemin kabulü de zarurî değildir. Zira zararlar aynı zarar failinin tespitine yarayan delillerin ziyayı şeklinde tezahür eden hususî zarar şekli, biraz evvel de izah olunduğu üzere bilfiil birbirile karışmakta ve her ikisinin aynı hükme tâbi tutulması bize uygun gözükmemektedir.

Her ne ise teferruat sayılabilecek olan bu gibi noktalar hakkındaki münakaşalar bertaraf, esas itibarile kusur mefhumuna müstenit mesuliyet çerçevesinde dahi faraziyemiz hakkında, kusursuz mesuliyet teorisi içinde olduğu gibi, müteselsil mesuliyete müntehi olabilmek kabildir. Bu suretle hem prensipler tam bir sadakatla tatbik edilmiş ve hem de aklı selime ve adalet hissine uygun neticeler elde edilmiş olmaktadır. Esasen Ripert, zikri geçen notunda, aklı selime muhalif düşen hukukî muhakemelerin isabetine kail olmadığını yazmıştı. İsviçre hukukçularından

Panchaud<sup>17</sup> da federal hakim olduğu vakit verdiği bir nutukta akli selime ve adalet hissine aykırı düşen bir hal tarzına varan bir hukukî muhakemede çok defa gizlenmiş bir muhakeme hatası mevcuttur demiştir. Bu iki mümtaz hukukçu uzun tecrübe yıllarının ilham ettiği bu sözlerin isabetini, bu yazımız meşgul olduğumuz faraziye bakımından ayrıca ortaya koyabilmiş ise ne mutlu bize.

İlhan E. Postacıoğlu

---

17) Panchaud, Reflexions sur la vocation du juge, Journal des Tribunaux, 1946, sah. 578.