

TÜRKİYE TEMYİZ MAHKEMESİ VE İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARININ ANALİZİ

Ord. Prof. Mustafa Reşid Belgesay

Ölüm ve şahsî menfaatlere tecavüz halinde tazminat

a. Ölüm takdirinde zarar ve ziyan

1 — Borçlar Kanunu *Hususî haller* matlabı altında, kusur ile adam öldürülmesi (m. 41 - 47), haksız rakabet edilmesi (m. 48), şahsî menfaatlere tecavüz edilmesi (m. 49) takdirinde tazminata mütedair hükümleri beyan etmektedir.

45 inci madde ölüm halinde kimlerin *maddî tazminat* isteyebileceklerini ve bu tazminatın şümulünü, 47 inci madde ise gerek ölüm, gerek ölümle neticelenmiyen cismanî zararlar sebeble hümmolunabilecek *manevî tazminatı* mevzuubahs etmektedir.

Ölüm halinde, 45 - 47 inci maddeler hükmüne muhalif olmamak şartile 41 - 44 üncü maddelerin de tatbik edilebilip edilemeyeceği bir meseledir.

İsviçre Federal mahkemesi, ölüm halinde kimlerin maddî veya manevî tazminat isteyebilecekleri 45 ve 47 inci maddelerle tahdidî olarak tayin edildiği noktasından giderek, müteveffanın hayatında kendilerine yardım etmediği kimselerin, 41 inci madde hükmüne tevfikan tazminat istiyemeyeceklerini kabul etmektedir, Scheneider, m. 45 no. 3.

Federal mahkemeye göre, 45 inci madde ölüm halinde hükmedilecek tazminatın objektif bakımdan şümulünü de tayin ettiğiinden, hâkimler 43 üncü madde hükmünü nazara alarak daha şümulü bir tazminata hükmedemezler. Hususile, vasirler müteveffanın yaşasa idi tasavvur ettiği bazı işleri yaparak elde etmesi ihtimali olan kazancı kendilerine miras olarak bırakacağını ispat ederek bu miras-

tan mahrumiyetlerini karşılayacak tazminat talebinde bulunamazlar. Aynı eser, no. 20.

Schneider, 45 - 47 inci maddeler hükmüne muhalif olmamak şartile ölüm halinde 41 - 44 üncü maddeler hükmünün de tatbik edileceği kanaatindedir.

Biz, ölüm veya cismanî zararlara mütedair olup 45 - 47 inci maddelerde kâfi bir vuzuh ile beyan edilmeyen meselelerde 41 - 44 üncü maddelerin tatbik olunabileceği kanaatindeyiz. Ezcümle, hâkim, ölüm halinde de hükmedeceği maddî zararın miktarını bir derece kusurun ağırlığına tâbi tutabilir. Vaki, kanun 45 ve 47 inci maddede ölüm halinde hükmlunabilecek tazminatın miktarını kusurun ağırlığına tâbi tutmadığından, kusurun ağırlığı maddede mevzuubahs olan zararların tazmini için zarurî bir şart addedilemezse de, kanun defin masraflarının veya yardım parasının tazmini lâzım haddini kat'î olarak da tayin etmediğinden bu noktada 43 üncü maddeyi tatbik etmek lâzımdır. Pek hafif bir kusur ile adam öldüren kimsenin mahkûm edilebileceği tazminat ahlâka mugayir maksat takip ederek ve evvelden tasarlıyarak kasden adam öldüren kimsenin mahkûm edilebileceği tazminat miktarına müsavî tutulamaz. Hâkim, adam ölmesi halinde kanunun tayin ettiği tazminatın *miktaren* şumulünü tayin ederken takdir hakkını kullanacaktır. Bu hakkını ise adalet esaslarını nazara alarak kullanmak icabeder. M. K. m. 4. Binaenaleyh, adalet esaslarından mülhem olan 43 üncü maddenin izah ettiğimiz hükümleri mahfuz addedilmek lâzımdır.

3 — 45 inci maddeye göre, ölüm halinde tazmini lâzım gelen zararlar, defin masrafları, tedavi masrafları, çalışma iktidarının kalmamasından mütevellit zararlar, ölünün yardımından mahrum kalanların bu yüzden olan kayıplarıdır.

4 — *Defin masrafları.* Ölümden sonra cenazenin bulunduğu yerden kaldırılarak mezara götürülmesi için yapılan masraflar ve defni müteakip veya definden evvel bu münasebetle yapılan masraflar defin masraflarından addedilmek lâzımdır. Ölünün defni münasebetile yapılan masrafların defin masrafı addedilmesi için ölünün içtimaî vaziyetine nazaran bunların fuzulî addedilmemesi ve umumî itiyatlar içinde olması lâzımdır.

** İsviçre Federal mahkemesi, 18 mayıs 1938 tarihli kararında, J. D. T. cenaze merasimine davet veya defni müteakip kabir yapılması, zarurî olduğu takdirde, cenazenin memleket dışına nakli, ai-

lenin hissiyatı itibarile lüzumlu ise dinî merasimin ifası için sarfedilen paraları defin masraflarından addetmiştir.

Federal mahkeme, zikri geçen kararında, ölümü intaç eden yarayı müteakip delillerin tesbiti için mahkemeye müracaat masraflarını defin masrafından addetmemiştir.

5 — *Tedavi masrafları.* Ölümü intaç etmiş olan yaranın tedavisi maksadile yapılan faydalı veya mutad olan bütün masrafların tazmini lâzım gelir. Ancak, tedavi gayesi olmaksızın yaralı için yapılan masraflar tedavi masrafı addedilemez. Ezcümle, şifa ümidi olmadığı halde, tazminatı büyütme gayesi güdülerek yapılan ameliyat ücreti tedavi masrafından addedilemez.

Doğrudan doğruya ölümü intaç etmiyen cismanî zararlar da diğer sebeplerin inzımamı ile istisnaî olarak ölümü mucip olmuş ise 45 inci madde hükmüne tâbi olur.

6 — *Çalışmaya takatsızlık.* Bu sebeple hükmedilecek tazminat ölenin yaralandığı günden itibaren ölünceye kadar gerek evinde, gerek meslekî faaliyetinde yerine çalıştırdığı kimselere vermeğe mecbur olduğu ücretleri, tazminatı veyahut faaliyetini icra edememesi sebeble mahrum kaldığı ücretlerini, kârını ihtiva eder.

** Bu hesap esası, insanın yaşı ilerledikçe tabii olarak takatinin azalacağı nazarı dikkate alınarak değiştirilemez, meğer ki davacının mevcut olan muayyen bir hastalığı vaktinden evvel çalışma takatinin azalmasını mucip olacak mahiyette olsun. T. F. 12 kâ. ev. 1939; J. d. T. 176, 435. 1940.

7 — *Müteveffanın yardımından mahrumiyet sebeble hükmlenacak tazminat.*

** İsviçre Federal mahkemesinin 7 kânunuevvel 1938 tarihli kararına göre (J. d. T. 110. 1939), müteveffa tarafından hayatında, filen yardım edilen herkes bu yardımdan mahrumiyeti karşılayacak miktarda tazminat iddia edebilir. Ölenin hukukî bir mecburiyeti olmadan yardım ettiği kimseler de tazminat alabilirler.

Ölenin yardım ettiği kimseye tahsis ettiği iradın kaynağı (bir sermayenin faizi, maaş, ücret, ikramiye...) tazminatın tayininde ehemmiyeti haiz değil ise de, oldukça bir intizamla tahsis edilmekte bulunması şarttır. Muntazam olmıyan yardımlar nazara alınmaz. Meselâ, müteveffanın ara sıra verdiği hediyelerden mahrumiyet sebeble tazminat istenemez.

İsviçre Federal mahkemesine göre ölünün yardımından mahrum kalmış olan kimseye ölüm sebeble bir miras intikal etmek-

te ise bunun geliri yardım için tahsis olunabilecek irattan tenzil edilmek lâzımdır. Çünkü, mirasçı ölüm sebebiyle kendisine intikal eden mirasın geliri nisbetinde müteveffanın yardımından mahrum kalmamaktadır.

Fakat, Federal mahkeme müteveffa tarafından, filen yardım ettiği kimse lehine akdedilen bir hayat sigorta mukavelesi mucibince temin edilen iratları hesaba katmamaktadır. Filhakika, sigortacının, ölüm sebebiyle tahakkuk eden borcu ölümden değil, müteveffa tarafından yapılmış olan bir sigorta aktinden doğmuştur. Federal mahkeme ölenin sevdiği kimse lehine sigorta mukavelesi yaparak tedbirli hareket etmiş olmasından, kusuru ile ölüme sebebiyet veren kimsenin istifade etmesini doğru ve adaletin icaplarına uygun bulmamıştır. *Zikri geçen karar.*

Kaide olarak, davacı müteveffanın hayatında kendine yardım için filen tahsis edebildiği parayı tazminat olarak isteyebilir. Ancak, ahvalin mutat yürüyüşüne göre, müteveffadan yakın bir âtide bir miktar yardım tahsis etmesini büyük bir ihtimal ile beklemekte olan kimseler de bu miktarı tazminat olarak isteyebilirler. Meselâ, yüksek maaşlı bir vazifeye tayin edilip henüz ilk maaşını almamış olan müteveffanın alacağı maaşın bir kısmını ailesine tahsis edeceğini büyük bir ihtimalle kabul etmek lâzımdır.

İsviçre Federal mahkemesi, zikri geçen kararında, içtimai vaziyetlerine uygun yaşayış tarzında diğerinin ölümü sebebiyle değişmeye maruz kalan kimseleri ölümden zarar görmüş addetmektedir. Bu kimseler lehine hükmolunabilecek tazminat müteveffanın ölümünden evvelki vaziyetlerini olduğu gibi muhafaza için zaruri olan miktarı aşamaz. Fail hiç bir suretle ölümüne sebebiyet verdiği şahsın filen tahsis edildiği yardım miktarından fazla bir yardım parası vermekle mükellef tutulamaz.

Ölümden zarar görenler lehine hükmedilebilecek tazminat bir taraftan ölenin yaşaması memul bulunan zaman içinde yapması muhtemel olan yardım miktarını, diğer taraftan, tazminat istiyenin yaşaması memul bulunan zaman içinde yardım edenden alabileceği menfaat miktarını aşamaz. Bu suretle, hükmolunacak tazminatın azamî miktarı iki hudut ile tahdit edilmiştir. Tazminat bu hudutlardan birini aşamaz.

Federal mahkeme, hayat sigorta kumpanyalarının ölüm cetvellerini tetkik ve mukayese ettikten sonra, insanın tabii ömrünü 74 yıl olarak kabul etmiştir. Hâdisede, 63 yaşında bulunan müteveff-

fanın 11 sene daha yaşayarak ailesine yardım edebileceğini nazara alarak tazminatı ona göre hesapladı.

Federal mahkemeye göre, müteveffanın ailesinin bütün efradı lehine maddî ve manevî tazminat olarak topyekûn bir miktar hükmedilemez: Aile efradından her birinin, müteveffanın yardımından mahrum kalması yüzünden şahsan maruz kaldığı maddî zararları, manevî zararlardan ayırt ederek takdir ve tayin etmek lâzımdır. Bu iki nevi tazminat, esasları ayrı olduğundan, birbirine tâbi tutulamaz. Aile efradına maddî veya manevî tazminat hakkı müteveffaya halefiyet sebebiyle tanınmayıp şahsan onun yardımından mahrumiyetleri veya duydukları keder sebebiyle tanınmış olduğundan, her birinin tazminat hissesini ölüye olan münasebet ve rabıtalari itibarile, manevî tazminatı da, duydukları ızdırabın derecesine göre tayin etmek icabeder. Her varisin, şahsî vaziyeti diğerinkine benzeyeceğinden, miras hissesi nisbetinde tazminat alması zarurî değildir. Mahkeme, davacılarından her biri için diğerlerinden ayrı olarak tazminatı hesap etmek lâzımdır.

Federal mahkeme, zikrettiğimiz kararında, kaide olarak, müteveffanın yardım ettiği çocuklarının 18 yaşına gelecekleri zamana kadar müddeialeyhten yardım tazminatı istiyebileceklerini, ancak, tahsile devam zarureti bulunması gibi hususî bir sebep bulunduğu takdirde yardım müddetinin uzatılabileceğini kabul etmektedir.

Federal mahkeme, kusurlu olarak yapılmış bir havuzda yüzerken ölen (hâdisenin tafsilâtı diğer bir makalemizde izah edilecektir) 54 yaşında ve varislerine 50 000 frank miras bırakan bir mühendisin 20 yaşında bulunan büyük oğlu lehine yardım tazminatı hükmetmedi. Tıp tahsil eden 19 yaşında bulunan çocuğu lehine senevî 4000, 18 yaşında bulunan kızına senevî 1000 frank yardım tazminatı hükmetti. Bu iratlar, onlara müteveffa tarafından edilen yardımın miras hissesi ile telâfi edilemeyen miktarını temin edecektir.

3 — Aile efradının 45 inci maddeye göre maddî veya manevî tazminat istemek hakları şahsî olup müteveffaya halefiyet yolile olmadığından, müteveffanın hayatında aldığı yarayı müteakip müddeialeyh ile sulh olması, tazminattan feragat etmesi onlara tesir etmez.

9 — ** Federal mahkeme, 4 mayıs 1937 tarihli kararında (J. d. T. 557, 937), zarar görenlerin maddî veya manevî tazminat haklarını ahara temlik edilebileceklerini kabul etmektedir.

Federal mahkeme, kanun veya mukavele ile hususî bir memnuiyet bulunmadıkça, yahut «işin mahiyeti» mâni teşkil etmedik-

çe, istisnasız her alacağın temlikî caiz olduğu esastan (m. 162) yürütmektedir. Federal mahkeme, ancak alacaklının değışmesi ile muhteva ve şumulünün de değışmesi zarurî olan, yahut temellük eden üimseye ödenmesi gayesini tatmin edemiyen alacaklar hakkın-da mahiyeti temlike mâni telâkki etmektedir.

Federal mahkeme, kararında diyor ki: 45 inci madde hükmüne tevfikân hükmedilecek maddî tazminatın alacaklının şahsından ayrılmasına kanunî bir mâni olmadığı gibi, bu temlik alacağın gayesine de aykırı değildir.

İcra ve İflâs Kanununun 82 inci maddesine göre ika edilen vücut ve sıhate müessir bir fiil sebeble tazminat isteme hakkının haczi kabil olmaması, borçlunun bu hakkı temlik veya bunda serbest tasarruf etmesine mâni teşkil etmez. İsviçre kanununda (ne de türk kanununda) alman kanunundan farklı olarak (m: 400) haczi kabil olmıyan alacağın devredilemeyeceğine dair bir hüküm yoktur. Bu suretle, maddî tazminatın temlikine kanunî bir mâni olmadığı gibi, mahiyeti de temlike mâni teşkil etmez. Çünkü, maddî tazminatı alacaklının şahsına ödemesinde hususî bir menfaati yoktur.

Federal mahkeme, 47 inci maddede mevzuubahs olan *manevî tazminat hakkının* âharına temlikini daha nazik bulmaktadır. Filhakika, manevî tazminat hak sahibinin şahsan çektiği fizik ve moral (ruhî ve cismanî) ıztırapları karşılar. Mantıkan, yalnız ıztırabı duymuş olan kimsenin tazminat istemek hakkı olduğu düşünülebilir. Bununla beraber, ıztırabı duyan kimse, tazminat hakkını para veya diğer menfaatler mukabilinde temlik ederek ıztırabını bir derece olsun azaltabileceğinden, tazminat hakkının temlikî gayesini değıştirmedeği gibi, borçlunun vaziyetini de ağırlaştırılmaz. Binaenaleyh, mahiyet itibarile manevî tazminat alacağının temlikine de mâni yoktur.

Federal mahkeme, kararında, devamla diyor ki, kanun manevî tazminat hakkının âharına temlikini kabil addetmeseydi nişanın bozulması halinde haksızlığa maruz kalan nişanlının tazminat hakkını âharına devredilemeyeceğine dair hususî ve istisnaî bir hüküm komazdı (M. K. m. 85). Von Thur (1. 109) ise, 85 inci maddenin istisnaî bir hüküm olmayıp, umumî esası tetbik eden bir hüküm olduğu kanaatindedir. Federal mahkeme Von Thur'un bu mütalâasını doğru bulmayarak, nişan meselesinde hissi cihetin galip olması itibarile istisnaî hüküm konduğu, mahkeme içtihatlarile de dava

ikamesinden sonra bütün manevî tazminat haklarının aharına devri kabul edilmekte bulunduğu mülâhazalarını yürütmektedir.

§§ Türkiye Temyiz mahkemesi IV üncü Hukuk dairesi 6/5/1938 tarihli kararında (Ad. 348, 1939), «manevî tazminat davası *mutazarır tarafından dava ikamesi şartile ve maddi zararın bilâ kaydüşart müteveffanın veresesine intikal*» edeceğine karar vermiştir. Bu karar manevî tazminatın aharına temlik meselesinde tatbik edilmemelidir. Çünkü, zarar gören kimsenin ikame etmek istemediği manevî tazminat davasının varisine intikali tabii değildir. Zarar gören şahıs haksız fiilden ızdırap duymamış veyahut böyle bir davadan daha ziyade ızdırap duyduğunu göstermiştir. Varisin dava açması manevî tazminatın mahiyetine aykırı olur. Haksızlığa maruz kalan kimsenin bizzat bu hakkını aharına devretmesi halinde ise bu mülâhazalar varit değildir.

10 — Tazminat alacağına faiz yürütülebilir mi?

§§Türkiye Temyiz mahkemesi IVüncü Hukuk dairesi (18/6/1937 karar 1465, Baro mayıs 1939, s. 274, Aydiner makalesi) tazminata dava tarihinden itibaren faiz yürütülebilip, vak'a gününden itibaren faiz yürütülmesi caiz olmadığını kabul etmiş idi. Bu karara göre, Borçlar Kanununun 101 ve 102 inci maddeleri tazminat alacaklarında vak'a tarihinden itibaren faiz yürütülmesine mâni teşkil ederdi.

Fakat, Temyiz mahkemesi daha sonra tevhide içtihat kararında (8/6/1938, R. 18 teş. sa. 1938) tazminata faiz yürütülememesini kabul etmiştir (ekseriyetle).

Maddî tazminat haksız fiile maruz kalmış kimsenin uğradığı bütün zararları karşılamak lâzım geldiğinden, mahkeme yaralanan kimse lehine tazminata hükmederken gerek tedavi için, gerek işsiz geçen günlerinde yaşamak için ödünç almağa mecbur kaldığı paranın faizini de tazminata katmak lâzımdır. Bu halde tazminata vak'a tarihinden itibaren ayrıca faiz yürütmek makul olamaz. Fakat mahkeme kolaylık için, zarar görenlerin zararlarını karşılamak için ödünç aldıkları paranın faizini hesap ile tazminata eklemiyerek, vak'a tarihinden itibaren faize hükmetmesi kanuna muhalif sayılmaz.

Haksız fiil, bu fiile maruz kalana yalnız tazminat dava etmek hakkını verip muayyen bir alacak temin etmediğinden alacaklı istediği miktar tazminat alacağını ödemeyen borçlu aleyhine dava açmış olsa bile bu talep borçluyu mütemerrit kılmıyacağından,

hakkında 101 ve 102 inci maddelerin tatbiki kabil olmaz. Binaenaleyh, faiz ile müzlem olmaz.

Hülâsa, hâkim tazminatın miktarını ve şumulünü tayin ederken faizi hesap etmiş ve yahut haiz olduğu salâhiyetle tazminatı faize şümullendirmemiş ise, hükmedilmiş tazminat için ne vak'a tarihinden, ne de tazminat davasının açıldığı tarihten itibaren ayrı bir dava ile faiz istenemez. Çünkü, hâkimin kararından evvel henüz kat'i bir alacak doğmamıştı. Fakat, mahkeme, maddî veya manevî tazminata hükmettikten sonra ihtara veya icra takibatına rağmen bunu ödemeyen borçlu mütemerrit olarak 101 ve 102 inci maddelerin tatbikına maruz kalır.

* Mahkeme tefsir ve tavzih yolile de evvelce hükmettiği tazminat için dava tarihinden itibaren faize hükmedemez. Fransa temyiz hukuk kararı 5 teşrinisani 1936. D. H. 585. 1936.

b. Cismanî zarar halinde lâzım gelen zarar ve ziyan

1 — Vucudu üzerinde ika edilen bir fiil sebeble her hangi bir zarara maruz kalan kimse 46 ıncı madde hükmüne tevfikân maddî tazminat isteyebilir.

İka edilen fiil insan vücudünde maddî veya ruhî iz bıraktığı takdirde cismanî zarar vardır.

2 — Cismine taarruz edilen kimse, bu taarruz yüzünden çalışma iktidarını tamamen kaybetmiş ise tazminat çalışarak elde edebileceği safî kazancın tamamını karşılamak lâzımdır. Fakat, işlenmiş olan haksız fiil bir kimsenin çalışmasına büsbütün mâni olmakta ise tazminatın hesabı oldukça zordur. Mahkemeler umumiyetle zarar görenin ne derece çalışma iktidarını kaybettiğini ehli vukuftan tahkik ederler. Meselâ, ehli vukuf zarar görenin çalışma kabiliyetini % 30 azalmış addederse tahmin edilen kazancının yüzde 30 una tekabül edecek irat getiren tazminata hükmedilmektedir.

Fakat, en yüksek bir âlimin bile ilmî ve sanatın objektif kaidelerine dayanmak şartile yapacağı en dakik hesaplar çok kere, zarar görenin çalışma iktidarını ne derece kaybettiğini tayine kâfi gelemez. Tatbikatta, ehli vukufun bu cihete matuf mütalâaları dikkatli bir hesaba ve objektif kaidelere istinat etmiyerek, tahmine ve indî mütalâalara istinat eder, şahsî hissiyatlarına tâbi olur. Hâkim, bu gibi indî mütalâalara, lâyük olduğu ehemmiyeti vermek ve kendi hayat tecrübelerini, dava gününe kadar tezahür eden objektif vaziyetleri nazara alarak takdir hakkını serbestçe kullanmak lâ-

zımdır. Çalışma iktidarının azalması meselesinde cismanî zarara düşen olan kimse lehine ehli vukufun uygun mütalâasına dayanarak haksız bir tazminata karar veren hâkim kendisini mesuliyetten ukrtaamaz.

İsviçre Federal mahkemesi cismanî zarara düşen olan kimse lehine tazminat 42 ve 43 üncü maddeler nazara alınarak hâkim tarafından serbestçe takdir edilmek lâzım geleceğine karar vermiştir. Sch. m. 46. no. 12.

3 — Hâkim zararın miktarını tayin için zarara maruz kalanın çalışma kudretini selbeden hastalığın iyileşmesi ihtimallerini nazara almak lâzım (T. F. Sch. No. 13) olduğu gibi, onun *istikbaldeki muhtemel kazançlarını* da nazara almak lâzımdır. T. F. Sch. no, 14. İstisnai hallerde, hâkim pek ilerisini de nazara alabilir, T. F. Sch. no. 14, 15.

Hâkim, *zarar görenin kusurunu* da nazara almak lâzımdır. T. F. Sch. no. 20. Hususile, zarar görenin icabeden sıhhi tedbirleri almaması yüzünden malûliyeti artmış ise kusurlu sayılarak lehine hükmolunacak tazminat azaltılmalıdır.

4 — Mahkeme zarar gören lehine çalışma iktidarının azalması sebebiyle hükmedeceği tazminattan başka, ölüm halinde olduğu gibi, yaranın tedavisi için yapılan masraflara karşılık bir tazminata da hükmetmek lâzımdır. Doktor ücretleri, ameliyat masrafları ne kadar yüksek olursa olsun tazminatın şümulündedir. Şu kadar ki, ciddi bir lüzum olmadan, tazminat almak, meselâ, yakın hısım olan doktora para kazandırmak maksadile verilen yüksek vizitelerin, sanatoryom masraflarının tazmini lâzım gelmez, T. F. Sch. 21.

Nekahet halinde yapılan masraflar da, izah ettiğimiz şerait dahilinde tazminata dahildir, T. F. Sch. No. 22.

5 — Hâkim bazan cismanî bir zararın neticelerini dava gününde kat'i olarak tayin etmek imkânını bulamaz. Dava gününde, henüz kapanmamış yaranın akibeti veya ne müddette iyi olabileceği meçhul kalabilir; bir yaranın, mahal vermesi muhtemel olan komplikasyonlar bulunabilir. Dava gününde nekahet hali başlamış olsa bile, zarar görenin malûl hali ile ne gibi bir iş tutabileceğini tayinde müşkülât bulunabilir.

Dava gününde zararın miktar ve şümulünü tayin için vaziyetin müsait olmaması halinde, hâkim malûm olan ahval ve şeraiti nazara alarak zarar gören lehine bir miktar tazminata hükmederek hükmünü iki sene zarfında yeniden tetkik salâhiyetini muhafaza

edebilir. İki sene içinde yeni neticelere göre tazminatın kat'î miktarını tayin eder.

Bu kaide, hakimin bütün tazminata karşılık olmak üzere 42 inci maddeye istinaden maktu tazminata hükmetmesi halinde tatbik edilir. Fakat, bir kimsenin halen maruz kaldığı zarar sebebiyle tazminat dava ettikten sonra yeni zararlar sebebiyle ayrı bir dava ikame etmesine mâni yoktur.

46 ncı maddeye göre, hâkim iki sene zarfında ikame edilecek dava üzerine evvelce hükmettiği tazminatı çoğaltabileceği gibi, tenzil de edebilir. Hukuk usulü şerhimiz, m. 237.

6 — Zarar görenin, cismanî zararı sebebiyle mesleğini değiştirmeye mecbur olması da tazminatın hesabında nazara alınmak lâzımdır. Halen bir sanatı olmayan, fakat ileride bir sanat ile iştigal etmesi ihtimai bulunanlar lehine de münasip tazminat hükmetmelidir. T. F. Sch. No. 26, 27.

Cismanî zarara uğramış olan kimseye patronu tarafından vak'adan evvelki ücretinin tamamı verilse bile, çalışma iktidarı objektif olarak azalmış ise tazminata hükmedilmek lâzımdır. T. F. Sch. No. 28.

c. Manevî tazminat

1 — 47 inci maddeye göre hâkim, cismanî zarara duçar olan kimse veya adam ölmüşse ailesi lehine, bu yüzden maddî bir zararı olmasa bile, *manevî tazminat* namı altında bir para hükmedebilir.

Manevî tazminat, bir kimse lehine duyduğu keder ve ızdırab sebebiyle hükmolunacak tazminattır.

2 — 49 uncu maddeye göre tazminata hükmedilebilmek için failin ağır bir kusuru ile ağır bir zarara sebebiyet vermiş bulunması şarttır. 47 ncı madde ise açıkça kusurun ve zararın ağırlığını manevî tazminatın bir şartı olarak kabul etmediğinden, diğerinin hafif bir kusuru ile cismanî zarara duçar olan kimse veya hafif kusurun ölümü intaç etmesi halinde ölünün ailesi manevî tazminat isteyip istemeyeceği bir mesele teşkil eder.

Funk *Borçlar şerhinde* (Hıfzı Veldet tercümesi, s. 83) «49 uncu maddenin aksine olarak burada zararın bilhassa ağır olması icap, etmediği» mütalâasında bulunmuştur. *Hukuk gazetesi* makalemiz. Nisan 1936.

*İsviçre Federal mahkemesi de 28 mayıs 1940 tarihli kararında (J. d. T. 501. 1940), bu noktai nazarı kabul etmiştir.

3 — Kanun, 47 nci maddede manevî tazminata hükmedilmek için *hususî hallerin nazarı dikkate alınacağını* beyan ettiğinden, evvelâ zarara maruz kalan kimsenin bu yüzden bir ızdırabı veya üzüntüsü olmamış ise lehine manevî tazminata hükmedilemez. Meselâ, aldığı hafif yaradan bir kaç dakikalık hafif ızdırab duyan kimsenin bu sebeple manevî tazminat istemesi makul görünemez.

Bizce, kusurun çok hafif olması halinde, istisnaî bir sebep yoksa, manevî tazminata hükmetmek için ahvali müsait addetmemelidir. T. F. Sch. m, 47. No. 13.

İsviçre Federal mahkemesi kararlarında ahval ve şerait itibarile maddî tazminatın azaltılabileceği hallerde, ezcümle zarar gören tarafından yapılan tahrik üzerine fiilin işlenmiş olması veya hut, üçüncü bir şahsın da zarardan mesul olması halinde manevî tazminata hükmedilmemesini kabul etmiştir. Sch. m. 47. No. 8, 10, 12.

Federal mahkeme, kasden adam öldürülmesi halinde, öldürenin yardımdan mahrum kalmış çocukları bulunup büyültülmeleri için onun bıraktığı mirasa kat'î ihtiyaçları bulunması halinde aleyhlerine manevî tazminata hükmedilmekten vazgeçilebileceğini kabul etmiştir. Sch. m. 47. No. 16.

** Federal mahkeme, 28 mayıs 1940 kararında, J. d. T. 502. 1940. manevî tazminatın tayininde bilhassa ağır bir kusurun bulunması lâzım olmayıp hususî ahval ve şeraitin varlığını kâfi addetmiştir. Zararın ağırlığını, daimî malûliyete sebebiyet vermesini, ağırlaşma ihtimalleri bulunmasını, kazanın psikolojik tesirlerini, nazarı dikkate alınması lâzım gelen hususî hallerden addetmiştir.

Bu karara göre, müddeialeyh fiili ika ettiği zaman, bu fiil diğer birinin inzimam eden hareketile zararlı neticeyi husule getirebileceğini tahmin edebildiği takdirde 47 inci madde hükmüne tevfikan manevî tazminata hükmedilebilir. (Hâdisenin tafsilâtı müteselsil mesuliyet başlığı altında ileride mevzuubahs edilecektir.)

** Federal mahkeme, müddeialeyhin küçük bir dikkat ile önüne geçebileceği kazalara mâni olmamasını ağır kusur itibar ederek, manevî tazminatı müstelzim addetmiştir. 18 Mayıs 1938, J. d. T. 52 1939. (Hâdise bina ve diğer şeyler malikinin mesuliyeti başlığı altında diğer bir makalede anlatılacaktır.)

4 — Manevî zarar, zarar görenin fiili ika edene karşı, bir işbirinin varlığı halinde tasavvur edilebilir. V. Tuhr 1. s. 106.

Kanun yakın hısımlarından her birine, filile ölüme sebebiyet

vedene karşı hissettiği iğbirar sebeb ile manevî tazminat istemek hakkını vermiştir. Bu sebeple iğbirar duymayan veya iğbirarı zamanla zail olan kimse manevî tazminat istiyemez.

* *Federal mahkeme, kardeşinin ölümüne sebebiyet veren kimse ile sonradan evlenmiş olan kadının artık faile hiç bir iğbirarı kalmamış olduğundan manevî tazminat davasını açamayacağını kabul etmiştir. Faile karşı açılmayan manevî tazminat davası kazadan mesul olan sigortacıya karşı da açılmaz. T. F. 8 haziran 1937, J. d. T. 578. 1937.

5 — Ölüm sebeb ile kimlerin manevî tazminat istiyebileceği ve manevî tazminatın mahiyeti:

Ölüm sebeb ile kedere düşen bütün aile efradının manevî tazminat istemek hakkı var mıdır?

Bu meselenin hallini manevî tazminatın mahiyeti ile alâkadar görüyoruz.

Manevî tazminatın iki vasfı vardır: Manevî tazminat hem ceza vs hem de tazminat vasfını haizdir. Scheneider m. 49, No. 28. Cenevre mahkemesi manevî tazminatı tamamen cezai mahiyette ad detmiştir. Mezkûr eser, No. 29. Scheneider manevî tazminatın zarar gören hakkında teselli ve fail hakkında da hissedebileceği bir terbiye teşkil edecek derecede olmasını tavsiye etmektedir. No. 43.

✦ a) Manevî tazminat kusuru ile haksız bir fiil yapana karşı medeni bir cezadır. Kanun vâzı, âmme intizamı bakımından ceza kanunlarının şümulüne almağa lüzum görmediği ve fakat diğerleri hakkında maddeten hiç bir zararı mucip olmadığı halde, üzüntü, ızdırap doğuran hareketlere mâni olmak için cezai mahiyette bir müeyyide koymak lâzımdır. Manevî tazminat fertlerin bu gibi hareketlerini önliyecektir.

Borçlar kanunumuz, manevî tazminatın bu vasfını nazarı dikkate aldığı için, kaide olarak *kusurun ağırlığı* haklı göstermedikçe manevî tazminata hüküm verilmemesi esasını koymuştur. Bu esas manevî tazminatın miktarı kusurun ağırlığı ile münasip olmasını zarurî kılar. Ölümüne sebebiyet verilmesi halinde ise kanun, müstesna olarak, kusurun ağırlığını nazara almamış, fakat *hususî hallerin* manevî tazminat hükmünü muhik göstermesini lâzım addetmiştir: Hukuk hâkimi de, bir ceza hâkimi gibi faile ceza verilmesini âdil bulmadığı takdirde kusuru ağır bile olsa tazminata hükmetmiyebilir; manevî tazminatın miktarını tayin ederken üzüntü ve kederin derecesini nazara almak lâzım geldiği kadar kusurun ağırlığını da nazara almak icabeder.

b) Manevî tazminatın ikinci vasfı *tazminat* olmasıdır. Bir fiilden hiç bir keder ve ıztıraba duçar olmamış veyahut faili açıkça affetmiş veyahut ona karşı duyguları itibarile esasen iğbirarı bulunmamış veya artık zail olmuş bir kimsenin manevî tazminat istemesi kabil olmaz. (Federal mahkemenin zikri geçen kararı No. 4 e bak).

§§ Türkiye Temyiz mahkemesi de «vak'ayı müteakip müddei-aleyhin verdiği tarziyeyi davacının kabul ettiği şahadetle anlaşmasına göre Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde yazılı ahval ve şerait nazara alınarak manevî zararın ona göre takdir edilmesi icabedeceğine» karar vermiştir. T. IV. H. 31/3/1938 ad. 342. 1939.

Ölüm halinde kimlerin manevî tazminat isteyebileceği meselesi manevî tazminatın bu iki vasfı nazara alınarak halledilmek lâzımdır.

a) Ölü ile bir çatı altında yaşayan ve ona hısımlık bağlarıyla bağlı bulunan kimselerin hepsini aileden addetmek kabil olmadığı gibi, beraber yaşamayan ve fakat ona hısımlık veya pek sıkı muhabbet rabitaları ile bağlı bulunan kimseleri de aileden hariç addetmek caiz olamaz. *Funk Borçlar Şerhinde*, m. 47, No. 3 «47 inci maddedeki mefhumuna müteveffaya hısımlık ve muhabbet rabitaları ile çok yakından bağlı bulunan şahıslar» ın girdiğini beyan ediyor. Aile sözünü bu geniş mânâda alınca bir ölüm vukuunda tazminat isteyebilecek kimselerin miktarı çoğalacaktır. Meselâ, Fransa Amiens mahkemesinde müteveffanın oğulları, gelinleri, torunları, cem'an on altı kimse birleşerek manevî tazminat davası açmışlardır.

Mahkeme, ölüm sebeble, davacı lehine manevî tazminata hüküm verdikten sonra uzak yakın diğer hısımların aynı fiil sebeble yeni davalar açarak manevî tazminat istemeleri mümkündür. Mahkeme davacıların hepsi lehine iddia ettikleri, tabii olarak, derecesini tayin edemeyecekleri üzüntüler ile mütenasip miktarda tazminata hükmedebilecek midir?

Bizce, hâkim, manevî tazminata hüküm vermek için hususî halleri nazara almak lâzım geldiğinden ve manevî zararın miktarını tayinde serbest olmakla beraber adaletin icaplarına uygun hüküm vermek mecburiyetinde bulunduğundan, her şeyden önce failin hatasının ağırlığa göre bütün zarar görenler lehine hükmedebileceği tazminatın azamî haddini tayin ederek, bu miktarı hak sahipleri arasında paylaşdırmak lâzımdır.

Manevî tazminat hakkı müteveffaya halefiyet yolile olmayıp

zarar görene doğrudan doğruya kanun ile tanınmış bir hak olduğundan onun tazminattan hissesi miras hissesine muadil addedilemez (Federal mahkemesinin zikri geçen kararı). Hak sahiplerinden her birinin hissesinin müteveffanın yokluğundan duyduğu ızdırabın muhtemel derecesi nazara alınarak tayin edilmek zarureti vardır. Şu halde, evvelâ ölümden hiç bir kedere duçar olmayıp, bilâkis ya elde ettikleri veya etmesini umdukları miras sebebiyle veyahut müteveffanın kendilerine karşı vaki tehditlerinin artık husule gelememesi itibarile büyük bir hâz duyan pek yakın hısımların ve meselâ aleyhine boşanma ve yüksek bir tazminat davası açılmış kocanın veyahut müteveffaya karşı canavarca hareketi sebebiyle evden kovulmuş olan evlâdın manevî tazminat iddiası katiiyyen reddedilmelidir.

Bilâkis müteveffanın dert ortaklığını yapan ve onu bütün mevcudiyetile seven bir kimsenin hısımlığı olmasa bile manevî tazminat hakkı kabul olunmalıdır. Meselâ, usulen muamelesi yapılmamış ve fakat ölen tarafından hakikî bir evlât muamelesine tâbi tutulmuş, terbiye ve tahsiline itina edilmiş bir çocuk için hakikî evlât kadar, belki onlardan fazla manevî tazminata hükmedilebilir.

*Fransada: Can mahkemesi 4 temmuz 1935 tarihli kararında müteveffaya altıncı derecede hısımlığı bulunup, filen tarafından eve kabul edilerek terbiye edilmekte bulunan bir çocuk lehine manevî tazminata hükmetmiştir. *Hukuk gazetesi* makalemiz, nisan 1936; P. 84, 1936.

Evli olmadığı halde müteveffaya merbut bulunan, ona tam bir sadakat gösteren metresinin de manevî tazminat hakkı kabul olunmalıdır. Bazı fransız müellifleri metres hayatını ahlâka mugayir addettikleri için metres lehine manevî tazminatı kabul etmemektedirler. Bu vaziyetin ahlâka mugayiriyeti şüpheli (b. *Borçlar serhimiz*, m. 19, No. 5) olmakla beraber, aile lehine manevî tazminatın esası müteveffanın yokluğundan derin ızdırab duymaları olduğundan, metres lehine de aynı sebeple manevî tazminatı kabul etmek lâzımdır.

Hâkim için büyük ızdırab ve endişe uyandıran bir sebep beyanile reddini isteyen kimse de, ağır bir kusuru bulunduğu takdirde manevî tazminata mahkûm edilmek lâzımdır. P. 1937. No. 21.

5 — *Devlet manevî tazminat ile mesul olur mu?* Ferit Saymen, *İdare Hukuku ve manevî tazminat başlığı ile Baro mecmuasında* yazdığı makalede, (s. 476, 1939), 47 ve 49 uncu maddelerin Devlet

hakkında tatbik edilemeyeceği, ancak Devlet şûrasının icabı hale ve hakkaniyete göre hüküm vereceğini mütalâa etmektedir.

Devlet namına memurların haksız hareketleriyle sebebiyet verdikleri ölüm vak'alarında, onların şahsan ölünün ailesine karşı manevî tazminat ile şahsan mesuliyetlerini kabul etmek lâzımdır. Ancak, hâkim, memurun hareketi, yükseğinden aldığı emir ve talimatın ne dereceye kadar icabından olduğunu nazara alarak, hususî halleri müsait bulmazsa manevî tazminata hüküm vermez.

Devletin, memurlarının ika ettikleri zarardan mesuliyeti kaideolarak kabul edilirse, manevî tazminat ile mesuliyeti de kabul edilmek lâzımdır. Bununla beraber, manevî tazminatta, maddî tazminattan farklı olarak, hususî hallerin nazara alınması lâzım geldiğinden, hâkim memurun kusurunu pek ağır, ona verilen talimata tevfiği hareketle münasebetli addetmezse Devleti manevî tazminatla mesul tutmamak lâzımdır.

Profesör Onar, *İdare Hukuku* kitabında Devletin adi hukuk hükümlerine göre mesul olmadığını mütalâa etmiş ise de Türkiye Temyiz mahkemesi bazı kararlarında Devletin mesuliyetini kabul etmektedir. (b. *Borçlar şerhimiz* m. 41, No. 27-29.)

3. Şahsî menfaatlerin haleldar olması

1 — Kanunu Medenî 24 üncü maddesinde şahsî menfaatlara tecavüzü menederek tecavüze maruz kalmış olan kimseye haksız tecavüzü durdurmak için dava hakkı tanımıştır. Borçlar K. 49 uncu maddesi mezkûr maddenin tatbiki olup, tecavüz sona erdikten sonra tecavüz etmiş olan kimseyi kusuru bulunduğu takdirde maddî veya manevî tazminat ile mesul tutmaktadır.

2 — Ferdin hayat, sıhhat, ve ruhî hallerinin tamamıyeti, ismi, şeref ve haysiyeti, fotoğraf ve ticarî itibar ve alâkaları, esrarı, velhasıl, kanunun insana bu sıfatile tanıdığı hak ve salâhiyetleri şahsî menfaatleridir.

Şahsî menfaatlerin geniş şümulü, fail ile zarar görenin menfaatlerinin karşılaşmasını çok mümkün kılar. Meselâ, failin bir yazıyı kritik etmesi, diğerinin resmini çıkarması, fotoğrafını teşhir etmesi, onun sıhhatine tesir edici, rahatını kaçırıcı bir işi yapması kendi şahsî menfaati icabından olabilir. Hâkim, müsamahası caiz olan tecavüzü, hakların gayesini nazarı dikkate alarak tayin eder. b. *Borçlar şerhimiz* m. 41, No. 4, 30 ve takip edenler.

Hakaret. 49 uncu maddenin başlıca tatbik sahasını teşkil etmektedir.

Cinsi duygu hislerine tecavüz edilen kimseler de maddî ve manevî tazminat isteyebilirler. Kanun, evlenme dışı gebe kalan kadının erkek aleyhine, nişanın bozulması halinde kabahatsiz tarafın diğer taraf aleyhine açacağı manevî tazminat davasını açıkça kabul etmektedir.

Hile ve cebir neticesi nefsinin teslim eden kadın da şahsî menfaatlerinin ihlâli sebeble tazminat davası açabilir.

Koca da karısının aldatılması sebeble şahsî menfaatlerinde tecavüze uğramış sayılır.

§§ Türkiye Temyiz mahkemesi 49 uncu maddenin, «şahsın namus, şeref ve haysiyeti aleyhine vukubulan tecavüzlere şamil» olduğuna karar vermiştir. IV. H. 19/3/1938, Ad. 339. 1939.

Borçlar kanunu şerhimizde 41 inci madde altında maddî tazminatın icabettiğini beyan ettiğimiz şahsa karşı vaki bütün tecavüzler sebeble manevî tazminata hükmedilebilir.

Şahsî menfaatlerine tetavüz edilmemiş olan bir kimse manevî tazminat isteyemez. Meselâ, cismanî zarara duçar olan kimse hayatta iken ailesinden biri kendi namına manevî tazminat isteyemez. Fakat, kocanın, karısının şerefine tecavüz sebeble tazminat istemek hakkı kabul olunmuştur. Sch. m. 49. No. 36,37. Çünkü, bu halde koca da, şahsan şerefi itibarile ağır bir tecavüze uğramış demektir.

3 — Manevî tazminata hükmedebilmek için zararın ağırlığı şarttır. Profesör Samim Gönensay, Borçlar Kanunumuzun 49 uncu maddesinin, ibaresi İsviçre Kanunundan farklı bulunması itibarile zarar ağır olmasa bile manevî tazminat istenebileceği kanaatinde dir. Türkiye Temyiz mahkemesinin noktaî nazarı için b. No. 3.

Şahsî menfaatlere ancak bir kusuru ile tecavüz eden kimse maddî veya manevî tazminata mahkûm edilebilir. Kusur hakkında Borçlar şerhimiz M. 41, No. 10 ve müteakip. Manevî tazminata hüküm verebilmek için kusurun hususî ağırlığı bu hükmü muhik göstermek lâzımdır. Bilâkis, cismanî zarar halinde kusur ağır olmasa da manevî tazminata hükmedilebilir, b. s. 609.

Manevî tazminata hüküm verebilmek için zararın hususî ağırlığı bu hükmü muhik göstermek lâzımdır. Kasd veya umumiyetle caiz addedilmeyen bir ihmal, ağır kusur sayılır. Zarar görenin tahriki vaki olmuş ise, failin kusuru «asla ağır olamaz». Fik. m, 49, no. 4.

§ Türkiye Temyiz Mahkemesi pek haklı olarak, zarar görenin kusuru icabı maddî tazminatın azaltıldığı hallerde manevî tazminata hükmedilemeyeceğini kabul etmiştir. IV H. 29/ 1/ 1937, Ad. 176, 1938 *Mahkeme içtihadları*, 70, 1938.

4. — Hükmolunacak manevî tazminatın miktarı, bu tazminatın izah ettiğimiz iki muhtelif mahiyeti icabı, hem tecavüze uğrayan kimsenin, şahsî menfaatlerin ihlâlinden mütevellit keder ve üzüntüsünün derecesi, hem de failin kusurunun ağırlığı ile mütenasip olmak lâzımdır.

Hâkim, manevî tazminatı takdir ederken, gerek failin ve gerek tecavüze uğrayan şahsın maruz bulunduğu hususî hal ve vaziyetleri nazarı dikkate almak lâzımdır. Hâkim, tarafların her ikisinin servetleri miktarını da nazara almak lâzımdır. Federal mahkeme, yukarıda zikrettiğimiz kararında fail ölmüş ise, çocuklarını büyük bir müzayakaya düşürmemek için, hâkime, bunlar hakkında hükmedeceği manevî tazminatı azaltmak, bundan vazgeçmek salâhiyetini tanımıştır.

Hâkim, ahval ve seraiti nazara alarak maddî veya manevî tazminat hükmedecek yerde davacıyı teselli edecek bir hareket tarzına da karar verebilir. Meselâ, kararının geniş bir derecede ilânına yahut sadece haksızlığı tesbite hüküm vermesi kâfi görülebilir.

Haksız rekabet

1. — Borçlar Kanunu 48 inci maddesinde şahsın yarattığı ticarî vaziyeti şahsî menfaatlerden addederek himaye altına almıştır.

Ticarî vaziyetlere tecavüz, bilhassa, haksız rekabet şeklinde yapılmaktadır. Kanun diğer suretle ticarî vaziyetlere tecavüzü de menetmektedir.

2. — *İtibara tecavüz*. Ticaret Kanunu 63 üncü maddede, «kasden veya ağır bir kusur neticesi olarak bir tacirin ahlâkı veya iktidarı malîsi hakkında mugayiri hakikat malûmat veren istihbarat acentası» nı «o tacirin bu yüzden duçar olduğu maddî veya manevî zararı tazmine mecbur» tutarak, ticarî vaziyetleri korumaktadır. Metindeki istihbarat acentası sözünü ihtirazî addetmemelidir. Şahısların vaziyetleri hakkında malûmat toplama işini san'at ittihaz etmeyen kimse de diğerine bir tüccarın vaziyeti hakıknda, maddî zararını mucip olacak malûmat vermiş ise, mes'ul olur. İsviçre Federal Mahkemesi, bir tüccarın malî iktidarı müsait olmadığını iyi düşünmeden ve kâfi tahkikat yapmadan diğerine bildi-

ren kimseyi mes'ul addetmiştir. Meselâ, bir kimsenin borçları için uzlaşmalar yaptığını, mallarının haczedildiğini diğerine söylemesi, başkaları tarafından tab'ettirilmiş itimat edilemeyecek borçlular listesinin kopyesini çıkarıp, dağıtması, mes'uliyetini istilzam eder. Sch. m. 48. No. 7, 8, 9.

Bankalar Kanunu bir bankanın itibarını kırarak, hakikate muğayir şayia çıkaranlar hakkında ceza tayin etmektedir. M. 54.

Fakat, fail kusuru ağır olmadığı, hususile meşru bir menfaati muhafaza maksadile ve zaruret hududu içinde malûmat beyan ettiği takdirde mes'ul edilemez.

Ezcümle, diğerinin malî iktidarının bozukluğu hakkında malûmat alan tüccarın, bu haberi vekillerine, şubelerine bildirmesi mesuliyetini müstelzim olamaz. Kezalik, sır kalmak üzere diğerine aldanmamasını temin maksadile, bir tüccarın malî itibarı hakkında hüsnü niyetle vaki olan beyan veya bir yolcu rehberinde bir otel hakkında kasd veya ihmal olmadan toplanmış yanlış malûmatı kaydetmek, mes'uliyeti müstelzim değildir. Sch. No. 16, 17.

Borsada kayıtlı olmıyan aksiyonların hakiki kıymetlerinin vergi idaresine bildirilmesi, mes'uliyeti müstelzim olamaz. Sch. No. 18.

İstihbarat acentaları malûmat verirken, hataya düşmemek için büyük bir dikkat ile mükelleftirler. Onların beyanlarının mahrem olduğunu bildirmeleri, bu ifsaat meşru bir menfaati korumağa matuf değil ise, yahut hâsil ettikleri malûmat ciddi bir tahkikata istinat etmiyorsa, lehde olan noktalar ihmal edilmiş ise mesuliyetlerine mâni olamaz. T. F. Sch. No. 22.

2. — İstihbarat acentaları, verdikleri malûmat ile *aldattıkları kimseye karşı* da, bu yüzden uğradığı zararlardan mes'ul olurlar. Meselâ, bir kimse hakkında kaldırılmış olsa bile, verilmiş iflâs kararının, onun malî vaziyeti hakkında malûmat istiyen kimseye bildirilmemesi, bu karar kasden veyahut ağır bir ihmal ile öğrenilmediği için bildirilmemiş ise, mes'uliyeti istilzam eder.

3. — İtibara tecavüz mes'uliyeti müstelzim olmak için, evvelâ, malûmatın *verilmiş*, saniyen bu malûmatın *yanlış* olması, salisen failin kasd veya ağır bir kusur neticesi yanlış malûmatı elde etmiş bulunması lâzımdır.

Ancak, yukarıda da izah ettiğimiz gibi, bir kimsenin vaziyeti hakkında, haddi zatında doğru olan beyanat, meşru bir gaye istihdaf etmemiş ise, meselâ, sırf bir kimsenin itibarını bozmak gayesini istihdaf etmekte ise, doğru da olsa, malûmat veren kimsenin

şahsi haklarına tecavüz mahiyetinde olması itibarile mes'uliyeti istilzam eder. İsv. Fed. Sch. No. 29. Bu halde malûmat veren, hakkını suiistimal etmiştir.

İlân, yapılmış sâyılabilmek için, umuma hitap etmek şart olmayıp, alâkalı olan bir kimseye vaziyeti bildirmekle de olabilir. Alâkalı olmıyan bir kimseye mahrem beyan ilân sayılmazsa da sırrın saklanmıyacağı düşünülerek veya düşünölmek lâzım gelerek vaki beyanlar ilân sayılmalıdır.

* Kanada mahkemesi bir fabrikatorun iki ay müdetle yangın münasebetile faaliyetini tatil ettiğini ve onun yerine taahhütlerini ifaya hazır olduğunu mektupla bildiren kimseyi mes'ul tutmamıştır. 13 Teşrinievvel 1933, Rev. Tri. de dr. civ. 487. 1934. P. 15. 1936.

Tüccarların itibarına tesiri olan vakıaları toplıyarak, takip edip bu malûmatı alâkadarlara vermek işi ile meşgul olmak üzere açılan bir istihbarat acentası, herhangi bir istihbarat acentasından beklenen dikkat ve ihtimamı sarfetmemesi neticesi yanlış malûmat toplamış ise ağır bir kusur işlemiş olur. Bu acentaların hafif kusurları ile yanlış malûmat toplamaları mes'uliyetlerini mucip olmaz.

4. — *Haksız rekabet*. Bir tüccar tarafından diğeri bir tüccarın müşterilerini kendine çekmek için yapılan mücadele rekabettir.

Bugünkü kanunlar, kaide olarak rekabeti meşru ve serbest adetmişlerdir. Rekabet, eşya fiatlarında ucuzluk, mallarda nefaset temin eder. Fakat rekabetin içtimai gayesine aykırı bir şekilde yapılması mümkündür. Dürüst iş gören müesseseleri batırdıktan sonra, kendine piyasada hâkim bir mevki temini için rekabet yapan kimse himaye edilmemek lâzımdır. Rekabet hakkı, kanunun tanıdığı gayeler dışında kullanılırsa, suiistimal edilmiş olur.

Rekabet hakkının suiistimali, Borçlar Kanununun 48 inci ve Ticaret Kanununun 56 ncı ve takip eden maddelerinin mevzuunu teşkil etmektedir.

Borçlar Kanunu, 48 inci maddesinde, yanlış ilânlar, yahut hüsnü niyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları kaybetmek korkusuna maruz kalan kimseye, bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhine dava ikame etmek ve failin kusuru var ise, bu yüzden uğradığı zararı da tazmin ettirmek hakkını vermiştir.

Memnu olan rekabet ile caiz ve meşru olan rekabeti birbirlerinden ayırmak daima kolay değildir.

Ticaret Kanunu, indî takdiratın bir derece önüne geçmek için, haksız rekabeti teşkil eden fiilleri saymaktadır. Binaenaleyh, Ticaret Kanununa göre, yalnız muayyen şekil ve suretle yapılan rekabetler memnudur. Haksız rekabet, teşkil eden fiillerin kanun ile tayini Alman usulüdür (7 Haziran 1909 kanunu). Bu sistem, kanunun sayımında dahil olmıyan, fakat ahlâka uygun olduğu şüpheli şekilde yapılan rekabetin cevazını istilzam ederek, işlere daha fazla inkişaf verir, fakat rekabetleri ezici yapar. Borçlar Kanunu ise haksız rekabet teşkil eden vakıaları saymıyarak, hâkimin takdirine bırakmıştır.

Bizce, Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu hükmünü ilga etmediğinden, ve 48 inci madde, bilhassa ticarî hususlarda tatbik edilebileceğinden, hâkim, Ticaret Kanunu sarahati haricinde ahlâka muğayir bir tarzda yapılan rekabetlerin de men'ine karar verebileceği gibi, failini kusuru halinde tazminata mahkûm edebilir. Ticaret hukuku kitabımız, 1933, s. 80, Hirsch. *Ticaret hukuku dersleri*, s. 194.

Federal mahkemeye göre, haksız rekabete karşı ancak ticarî bir vaziyeti olan kimseler himaye edilmiştir.

6. — Haksız rekabeti teşkil eden fiiller başlıca iki gruba ayrılır:

a) Bir kimsenin, rakibin malları, imalâtı hakkında sözü veya tavır ve hareketi ile müşterileri indinde fena bir kanaat uyandırarak, bunları kendisine celbetmesi.

Rakip tüccarın müşterilerinin dağıtılması, onun itibarını kırarak, onu herkesin nefretine maruz bırakacak bir isnat, veya neşir ve umuma teşhir edilmiş, yazı ile olmuş ise Ceza Kanununun 480 inci maddesi de tatbik olunur.

Rekabet maksadile tüccarın şahsına karşı itibarını kırarak mahiyette olan aleni bir istinat, *doğru* olduğu takdirde de, cezai mes'uliyeti müstelzim midir?

Ceza Kanunu, memurların şahsına karşı vazifeleri münasebetile *doğru* bir fiil isnadı ile vaki olan tecavüzleri umumî menfaat mülâhazasıyla, cevayı müstelzim addetmemektedir. Bir tüccar rakibinin itibarını kırarak, müşterisini dağıtacak olan, hakikaten vaki, dürüst bir tüccara yakışmıyan hareketlerini umuma bildirmekle, memleketin umumî menfaatlerini ihlâl değil, halkın aldanmamasını ve rekabet sahasında namuslu tüccarların hareket edebilmelerini temin etmiş olur. Binaenaleyh, maksat ve gaye itibarile, Ceza Kanununun 480 inci maddesini tüccar aleyhindeki istinatlara da teşmil etmek muvafık olur. Tahaller, No. 97.

Ticaret Kanunu, 58 inci maddesinde, «aharın menfaat veya ticaretine irası zarar edebilecek *muhalifi hakikat*» neşriyatı menettiğinden, bir tacirin *hakikaten* müracaat ettiği ahlâka mugayir vasıtalar hakkında malûmat verilmesi, haksız bir fiil teşkil etmez. Haklı olan bir fiil ve hareket ise ceza kanunlarının hududuna dahil olamaz. Şu halde, rakibinin meşru olmayan hareketlerini işaa eden kimse, cezaen de mes'ul değildir.

Haksız rekabet olabilen neşriyat, matbuat, umuma verilen konferans, radyo ile olabilir.

Bir tacir diğerinin müşterisini celp için, bizzat kendi emtiasının mensei ve ticaretinin mahiyeti hakkında yalan işaada bulunarak veya diğer türlü hile kullanarak diğerine rakabet etmesi de memnurdur. Ticaret Kanunu, m. 56.

Bu maddedeki işaat tabiri, hal ve tavır veya şifahen veya yazı ile olan beyanlara şamildir. Hususile, bir tacirin bir yerde yapılmakta olan eşyaya mahsus etiketleri veya mühürleri, başka bir yerde imal ettiği emtia üzerine koymak suretile, müşterileri aldatması haksız rekabettir.

Bir tüccarın kendine müşteri celbi maksadile, ilmi iktidar ve ehliyeti hakkında aldatıcı beyanatta bulunması da haksız rekabettir.

Ticaret Kanunu, bir tüccarın, diğer ticarethanenin müşterilerini öğrenmek için, o ticarethane memur ve müstahdemlerini itma etmesini de cezayı mucip olan haksız rekabet addetmiştir.

İtma, menfaat temini manasınadır. Bir tacirin, diğer ticarethane memurlarını menfaat temin etmeksizin aldatması, veya hile tariklerine müracaatla, müşterileri öğrenip, kendisine celp için teşebbüsatta bulunması, Ticaret Kanununun şumulüne girmez. Fakat, bu şekilde yapılan rekabet te ahlâk kaidelerine aykırı olduğundan, Borçlar Kanunu hükmü icabı, haksız addolunmak lâzım gelir.

b) Bir tacirin kendi ticarethanesini *diğer bir tüccarın ticarethanesi yerine geçirmesine* matuf olan hareketler.

Bir ticarethane, kendini müşterilerine tanıttırarak vasıtaların sahip ve mâlikidir. Bir ticarethaneyi teşhise yarayan vasıtalar, bunları ilkönce kullanmış olan kimsenin malı olur. Bu alâmetlere benziyen alâmetleri sonradan gelen, ancak herkesin nazarı dikkatini celbedecek derecede fark ihdası suretile kullanabilir. Ticaret Kanunu, 56 ncı maddesinde, her taciri, «ahar bir tacirin bihakkin

istimal ettiği isimler ve alâmetlerle iltibasa meydan verebilecek surette isim ve alâmet istimalinden» menetmektedir. Bir tacir diğerinden evvel kullandığı isim ve alâmetlerin sahibi olduğunu iddia edebilir.

Bir tacirin ilk olarak aldığı alâmetleri kullanılmaktan diğerlerini menedebilmesi için bu alâmeti diğerlerinin kullanması hüsnü niyet kaidelerine aykırı olmak, yahut bu kullanma hakikaten bir zararı mucip olmak şart değildir; ancak, fail kusuru olmadıkça *tazminata* mahkûm edilemez.

Bir tacirin ticarethanesini diğerlerinden ayırt etmek için müracaat edebileceği vasıtalar pek muhteliftir.

Unvan, bonmarşe gibi unvandan ayrı olarak alınan fantazi bir isim, istihsal veya satılan eşya üzerine konan markalar, resimler, yazılar, ambalâj tarzları bir ticarethaneyi diğerlerinden ayırmağa yarar.

Bir tacirin diğerine ait müseccel alâmeti farikayı kullanması, Alâmeti Farika Kanununa göre, cezayı istilzam eder. Diğerinin müseccel markasını kullanan tacir, evleviyetle, haksız rekabet te yapmış olur.

Bir kimsenin diğerine ait *müseccel olmayan* alâmeti farikayı kullanması, Alâmeti Farika Kanunu hükümlerine tâbi değil ise de, Ticaret Kanunu ile haksız rekabet addedilmiştir. M. 64.

Ezcümlle, bir tacir kendini diğeri yerine koymak için, onun paraf veya imzasına benzer bir paraf veya imza yahut kullandığı etiketlerin kâfi derecede dikkat edilmedikçe tefrik edilemeyecek surette şekil ve rengine veya resimlerine benzer etiket yahut, evleviyetle diğerine has olan bir alâmeti kullanırsa 64 üncü madde hükümüne tâbi olur.

Marka, bir rakam, harf te olabilir.

Bir ticarethaneyi teşhis ettiren alâmetin himaye edilebilmesi için yeni olması icap eder. Bir tacir diğerinin tescil ettirmeden kullandığı bir alâmete, onu kendi namına tescil ettirmekle malik olamaz, bu alâmeti kullanılmaktan, sahibi olan taciri menedemez.

Alâmeti farikanın tescili, yalnız hilâfı isbat olununcaya kadar tescil ettirenin diğerlerinden evvel bunu kullandığı hakkında bir karine teşkil eder; fakat alâmetin daha evvel başkası tarafından alındığı her vasıta ile isbat olunabilir. Bundan başka tescil edilmiş bir alâmetin taklidi daha ağır cezayı muciptir.

7 — Federal mahkeme, şu hallerde rekabeti haksız addetmiştir:
Bir ticarethanenin mevcut olmadığını beyan,

Hakikî olan bir fiil hakkında izrar kasdi olmayarak mübalâğalı bir hüküm yürütmek. T. F. Sch. No. 29, 30.

Mübalâğalı ilânlar umumiyetle caiz sayılan derecede kaldıkça, hıksız rekabet teşkil etmez. Meselâ, en iyi, en ucuz gibi sözlerle yapılan rekabet, mes'uliyeti davet etmez.

Bir tüccarın rekabet maksadile mallarını kendine mal olduğundan daha ucuza satması, haksız rekabet addolunmuştur. Sch. No. 53.

** Çok kullanılan eşya üzerine, sathî bir muayene ile diğlerinin kullandığı alâmetten ayırt edilmeyen alâmetlerin konması haksız rekabettir.. 6 tem. 1937; J. d. T. 18. 1938.

Federal mahkemeye göre, iki markanın birbiri ile iltibas olup olmadığını tayin için bu markaları mukayese etmek lâzım olup, markaların bulunduğu eşyanın ambalâj tarzı nazara alınmaz. Alâmetin taklidi, ambalâj tarzları arasında bir fark bulunsa bile, haksız rekabet teşkil edebilir.

Bir kimsenin muayyen bir renkte yaptığı alâmetleri başka bir renkte yaparak kullanmak ta, haksız rekabet teşkil eder.

İki alâmet arasında, iltibas olup olmadığı filen bir kimsenin hataya düştüğü isbat edilmese, hattâ alâkadarların hataya düşmedikleri isbat olunsa bile, objektif olarak takdir edilmek lâzımdır. Objektif olarak, alâkahıların iki markayı birbirine karıştırmaları ihtimali varsa, hareket haksız rekabet addolunmak icap eder.

Bir fabrikatörün yapmış olduğu parçaların diğeri bir fabrikatör tarafından yapılmış olan makinelere uygun olduğunu beyan etmesi, haksız rekabet teşkil edemez.

Bir alâmetin hususiyeti var sayılabilmek için, umumiyetle kullanılan bir işaret olmaması lâzımdır. Meselâ, yıldız işaretleri, alâmeti farika olamaz. Fakat, umumî olan bir marka uzun zamandan beri bir ticarethane tarafından kullanılarak bu ticarethaneyi teşhis ettirirse, artık o himaye edilen bir alâmet olur.

Federal mahkeme tarafından tetkik edilen hâdisede, davacı yaptığı tıraş bıçakları üzerine *Star* kelimelerini yazıp üzerine yıldız markasını komakta ve bu alâmeti de on beş seneden beri kullanarak tanıtmış idi. Federal mahkeme bu sebeple markaların taklidini haksız rekabet addetmiştir.

Mahkeme, iki alâmet arasındaki fark filen bir karışıklığı mucip olmasa bile, karışma tehlikesi bulunduğunu kabul edebilir

Kanunen, eşya üzerine konulan alâmeti farikalar himaye edilmiştir. Bu alâmetlerin eşya üzerine konmayarak, sirküler veya prospektüs üzerine konmuş olması halinde, taklidi mevzuubahs olamaz. Fakat, bu hareket, müşterilerin aldanmasını mümkün kıldığı takdirde, haksız rekabet teşkil eder.

** Ambalâj tarzını taklit, alâmeti farikanın taklidi addedilerek, bu noktadan mes'uliyeti davet edemezse de, müşterilerin aldanmasını mucip olabildiği takdirde, haksız rekabet teşkil eder;

Müşterilerin aldanmasını mucip olmadığı takdirde haksız rekabet teşkil etmez. Federal mahkeme, sigara içenlerin ambalâja ehemmiyet vermiyerek, fabrikanın markasına dikkat ettiklerini nazara alarak, markalar arasında açıkça bir fark bulunduğu takdirde, ambalâjların taklidini haksız rekabet addetmemiştir. T. F. 16 Haziran 1937. J. d. T. 88, 1938.

8 — *İş ve imalâtın mahremiyeti.* Bir tüccarın bütün işleri diğerlerinden saklanacak bir sırdır. Bu sırrı öğrenmek için ahlâki olmayan vasıtalara müracaat, haksız rekabettir. Bir tüccar diğerinin malî vaziyetini bu suretle öğrenerek, müşterisini celp için istifade etmesi caiz olmaz.

Ticaret Kanununun 60 ıncı maddesinde, «ahar bir tüccarın veya imalâthane sahibinin müşterilerini öğrenmek veya kendisine celbetmek maksadile o tacirin veya imalâthane sahiplerinin memur ve müstahdemini itma» 1 haksız rekabet addetmektedir.

İtma olmaksızın memurları aldatarak, yahut, ahlâka mugayir diğer vasıtalara müracaat ederek esrarı öğrenip rekabet etmek, Ticaret Kanununun 64 üncü maddesi mucibince bir cezayı davet etmemekle beraber, Borçlar Kanunu icabı, haksız rekabet olup, zarar ve ziyarı mucip olur. Ancak, bir ticarethane müstahdemininin sır saklamak mecburiyetleri, vazifelerinden ayrıldıktan sonra kalkar. Ticarethane ile artık alâkası kesilmiş olan bir memurdan sır öğrenilmesi haksız fiil teşkil etmez. İsv. Fed. Sch. No. 38, 39. Federal mahkeme daha yüksek ücret vadederek diğer ticarethane müstahdemininin ayartılmasını da mes'uliyeti mucip haksız rekabet addetmemiştir. Sch. No. 40.

9 — Rekabetten zarar gören kimse:

a) Rekabet eden aleyhine kusuru olmasa bile, müşterilerinin azalmasını mucip olan hareketlerin men'ini dava edebilir. Ezcüm-

le, hâkim bilmiyerek bir ticarethanenin unvanile iltibas hâsıl edecek surette alınan unvanın istimalini menedebilir, yahut, böyle bir iltibasa mahal bırakmıyacak, diğer tedbirlere karar verebilir. Ticaret K. M. 57.

b) Fail aleyhine kusuru varsa tezminat dava edebilir.

Haksız rekabet, Ticaret Kanununun tayin ettiği bir şekilde olmamakla beraber, ahlâka mugayir diğer vasıtalarla olmuşsa faili, kusuru halinde, Borçlar Kanununun 48 inci maddesine tevfikân, tazminata mahkûm edilebilir; fakat, bu halde cezaya mahkûm edilemez.

Rekabet halinde açılacak ceza davası, hukuku şahsiyedendir. Müddeiumumî resen ceza davası ikame edemez. Fakat kanun, ticaret odalarına ceza davası ikame salâhiyetini vermiştir.

Davacının feragati, hukuku umumiye davasını iskat eder. Ticaret Kanunu m. 65.

10. — Ticaret Kanununun ve Borçlar Kanununun haksız rekabete dair olan hükümleri mukavele ile tesis edilmiş olan rekabet memnuiyeti hakkında tatbik edilemez. Bu halde, kusur olmasa bile, mukavele hükümleri dairesinde tazminata hükmedilebilir.

Birden ziyade kimselerin haksız fiilden mes'uliyeti

Kanun, birden ziyade kimselerin zararı birlikte ika etmeleri, yahut muhtelif sebeplerle aynı zarardan mes'ul olmaları halinde, her birinin müteselsilen mes'uliyetini kabul etmektedir.

1. Haksız fiil halinde

1 — Borçlar Kanununun 50 inci maddesine göre, müteaddit kimseler aynı birlikte zarara sebebiyet vermişlerse, her biri, rolü ne olursa olsun, zararın tamamından diğerleriyle müteselsilen mes'ul olur. Kanun, zarar görene karşı hukuki mes'uliyeti bakımından, asıl fail, fer'an methaldar olan, teşvik eden arasında hiç bir fark gözetmemektedir. Ancak, «yataklık eden kimse» kâra ortak olmadıkça, yahut bu hareketi bir zarara sebebiyet vermedikçe, hukukan mes'ul olmaz.

Borçlar hukuku ile ceza hukuku arasında tam bir tenazur bulunmak lâzım gelmediğinden, Borçlar Kanununun 50 nci maddesinde mevzuubahs olan iştirâk, Ceza Kanununun 64 ve 65 inci mad-

deleri hükmü ile mukayyet olmaksızın, geniş bir manaya alınmak lâzımdır. Sch. M. 50, No. 13.

Fiili bizzat yapan, yahut emir ile bunu yaptıran asıl faildir. Nasihatleriyle, verdiği talimatlarla, failin ceza görmeyeceği hakkında verdiği teminatla, ona fiili icra için lâzım gelen vasıtaları ihzar suretile, fiilin ikına engel olan manileri bertaraf etmekle, herhangi bir yardım yapan veya yardımcı vâdeden, fiilin icrasını kolaylaştırmış ise yardımcı yahut fer'anzi methaldir.

Suç tamam olduktan sonra ve iptidai bir anlaşmaya müstenit olmaksızın, suç mahsulü olan eşyayı saklamak, kullanmak, satmak, faili takibata maruz kalmaması için saklamak suretile yardım edenler yataklık etmiş addolunurlar. Failde, onun menfaati için suç fikrini uyandıran müşevvik addolunur.

Umumiyetle, ika edilmiş olan fiil ile sebep ve netice münasebeti olan bir fiili yapanlar, o fiile iştirak etmiş sayılır. Sch. 50, No. 12. Kusurun az veya çok ağır olması, müteselsil mes'uliyetin mevcudiyeti için ehemmiyeti haiz değildir.

Federal mahkeme, zararlı netice vermiş olan vak'aya iştirak edenlerden hangisinin zarara sebebiyet verdiği isbat edilememesi halinde de, müteselsil mes'uliyeti kabul etmektedir. Ezcümle, bir kavgaya, herhangi bir suretle iştirak edenlerden her biri, husule gelen zarardan mes'ul tutulmuştur. Sch. No. 15, 16, 18.

Kezalik, sigara külünden bir yerde çıkan yangından, o yerde sigara içenler mes'ul tutulmuştur. Sch. No. 16, -7, Samim Gönensay, *Borçlar hukuku*, s. 176.

2. — Zarara iştirak edenlerin müteselsil mes'uliyetleri için *müşterek kusurları* bulunması şart mıdır? Müşterek kusurdan ne anlamalıdır?

Funk, *Borçlar kanunu şerhinde*, «50 inci maddeye göre, mesuliyetin şartı, müteaddit kimselerin *müşterek bir kusuru olduğu*» noktasından giderek, «zarara sadece sebebiyet verilmesini» kâfi görmekte, müddeialehylerden «her biri nihai neticenin vukuunda fail, müşevvik veya yardımcı sıfatile müessir olması» lâzım geldiğini mülâhaza etmektedir. (H. Veldet tercümesi, m. 50, no: 1).

İsviçre Federal mahkemesi, ve kanton mahkemeleri, husule gelen zarar, müddeialehylerden birine yüklenilmediği halde, işin yapılaş şekline göre faaliyeti, fiilin husulüne yardım etmiş olanlardan her birinin müşterek kusurları halinde, müteselsilen mesuliyeti lâzım geldiğini kabul etmektedir. Sch. No. 19, 29. (b. S. Gönensay, zikri geçen eser, s. 178).

Ezcümle, afişi yapan ile asan, bir gazetenin iki muharriri, bir kitabı basan ile satan, binanın müşterek sahipleri, binanın sahibi ile müteahhit, silâhı veren ile kullanan müteselsilen mes'ul addolunmuştur. Sch. No. 22, 34.

Fakat, fiillerile zarara sebebiyet verenlerden birinin diğerinden *müstakil* bir kusuru bulunduğu takdirde, aralarında müteselsil mesuliyet kabul edilmemiştir. Ezcümle, haksız şikâyette bulunan kimse ile kâfi derece tetkikat yapmadan tevkifi emreden memur, müteselsilen mesul tutulmamıştır. İsv. Fed. Sch. No. 36.

* İsviçre Federal mahkemesi birlikte zarar ika edenlerin müteselsil mes'uliyetleri için aralarında iptidai anlaşma olmasını lâzım addetmemekle beraber, birinin kusuru, diğerinin kusuru icabı hafifletilmek adalete uygun olduğu, veyahut birinin fiili diğerinin fiili ile netice arasındaki münasebeti katettiği takdirde müteselsil mesuliyeti kabul etmemektedir. Federal mahkemenin kararı, Borçlar kanunu şerhimiz, m. 43, No. 16.

** İsviçre Federal mahkemesi, daha sonra, 28 mart 1940, J. d. T. 503. 1940 tarihli kararında, Borçlar Kanunu sisteminde, bir kimsenin haksız fiili zarara sebebiyet vermiş ise, üçüncü bir şahsın da müstakil haksız fiil icabı, aynı zarardan mesul bulunması halinde mesuliyetini azaltmıyacağını kabul etmiştir. Bu fiilleri ika edenlerden her biri, zararın tamamından mesuldür.

Federal mahkeme, bu kararında evvelki kararlarını teyit ederek, birinin işlediği fiil ile netice arasındaki münasebet, diğer kimsenin fiili ile kesilmiş, yahut üçüncü şahsın fiili, kusuru çok hafifletmiş ise müteselsil mesuliyeti kabul etmemiştir.

Federal mahkemeye göre, bir tarafın husule getirdiği vaziyet ve şerait normal olarak zararı hâsıl etmemekte olup, diğerinin ika ettiği sebeplerin yardımı ile zarar hâsıl olmuş, fail de başkalarının sonradan bu sebepleri ika edeceklerini düşünmemiş veya düşünmemiş ise, müteselsil mes'uliyet kabul edilmez. Bu halde, sonraki fiiller ilk fiil ile netice arasındaki münasebeti keserler.

Federal mahkemede tetkik olunan hâdisede, bir benzin tüccarı şehrin umumî ve çocukların oynamalarına tahsis edilmiş olan meydanına, belediyenin müsamaha ve muvafakat ile boş benzin bombalarını yığmış idi. Oynamakta olan 14-16 yaşındaki çocuklardan birisi eğlenmek için bu bombalardan birine kibrit yakarak atmasını diğerine teklif etti. Bir çocuk bu oyunun tehlikeli olacağına işaret etti. Fakat yaramaz dinlemedi. Hemen kendisi kibriti çıkararak bom-

banın içine attı. Henüz kurumamış olan bombadan çıkan gaz patladı. Kaçmağa hazırlanmış olan ihtiyatlı çocuğu yaraladı.

Federal mahkeme, çocukların oynamalarına mahsus olan bir meydanda kâfi tedbir almadan açık benzin bombalarının bulundu-rulmasını kusur addetmiştir. Bombaya kibrit atan çocuk ta, tem-yiz kudretine malik olduğundan, kusurlu addedilmiştir. Federal mahkeme, çocuk ile benzin tüccarını zarardan müteselsilen mes'ul addetmiştir. Çocuk hareketinin tehlikeli olabileceğini hesap et-mediği için kusurludur. Tüccar ise, kâfi derece tedbir almadan bombaları çocukların oyun yerinde bıraktığından kusurludur. Bu kusur ile çocuğun kusuru arasında rabıta vardır. Bombalar açıkta bırakılmasa idi, çocuk benzin gazını patlatmak fırsatını bulamıya-caktı. Federal mahkeme, dağda yaşayan çocukların cesur, ihtiyatsız, ateş ve tehlike ile oynamasını sever oldukları maruf ve meşhur olup, bu halin, benzin tüccarı tarafından bilinmesi lâzım geldiğini ve şu suretle çocukların ihtiyatsız hareketleri ile zarara sebebiyet vermeleri ihtimalini daima düşünmek lâzım gelip, bu ihtimalin as-la tahmin harici addedilemeyeceğini, esbabı mucibesinde göster-mektedir.

3. — Müteaddit kimselerin birlikte bir zarardan mes'ul bulun-maları halinde davacı, bunlardan herhangi birine veya hepsine karşı dava açmakta muhtardır. Mahkeme müddeialehylerden her birini davacıya karşı müteselsilen mahkûm eder. Mahkûm olan-lardan biri ödemedede bulunduğu takdirde, diğerleri borçtan kurtu-lurlar.

Borcu ödiyerek diğerlerini borçtan kurtaran kimsenin onlara ödediği para ile rücu edip edemeyeceğini, hâkim serbestçe takdir eder. Hâkim hakkı rücu meselesini, failerin kusurlarını, haksız fi-ilden istifadelerinin derecesini gözeterek halleder.

Hâkim, adalete uygun bulursa, faillerden hiç birinin diğerle-rine rücu edememesine, yahut her birinin zarardan müsavi hisse almasına, yahut ödediği tazminatın tamamı veya tayin edece-ği kısmı ile diğerine rücu edebilmesine karar verir.

Meselâ, suçlu kararlaşmış ve bundan tekmil istifadeyi yap-mış olan kimse ile, suçun işlenmesi için âlet tedarik etmiş, nasihat vermiş, gözcülük etmiş kimse zarardan, müteselsilen mes'ul ol-duğu takdirde, hâkim, hususî hal ve vaziyetleri nazara alarak, göz-cülük eden, nasihat veren kimsenin, ödediği paranın tamamı ile asıl faile rücu edebileceğini kabul edebilir. Şüphe yok ki, suçlu dü-

şünmüş, istemiş, bundan azamî istifadeyi temin etmiş kimsenin tazminatın tamamından veya bir kısmından kurtulması adalete uygun olamaz.

2. Muhtelif sebeplerin içtimaı halinde

1. — Müteaddit kimselerin muhtelif sebeplerle aynı zarardan mes'ul olmaları halinde, aralarında teselsül vardır. Borçlar Kanunu, 51 inci maddesinin ilk fıkrasında bu halde de 50 nci madde hükmünün tatbik edileceğini beyan ettiğinden, hâkimin bu mes'uller arasında rücu hakkını serbestçe tayin eder. Funk, No. 51. Fakat, kanun, 52 nci maddenin ikinci fıkrasında, müteaddit kimselerin zarardan muhtelif sebeplerle mes'ul olmaları halinde, nihai mes'uliyetin esasları hakkında hususi bir kaide komuştur, istisnai bir sebep bulunmadıkça, hakkı rücu meselesi bu kaideye göre tayin edilmek lâzımdır. Funk'a göre II inci fıkra, hâkime sadece bir direktiftir. Kezalik Gönensay, s. 179, Sch. m. 51, No: 13.

2. — Borçlar Kanununun 51 inci maddesine göre, müteaddit kimselerin kanun, mukavele hükmü veya kusurları icabı aynı zarardan mes'ul oldukları takdirde, her birinin alacaklıya karşı mesuliyeti, müteselsildir.

Fakat, nihai mes'uliyet evvelâ kusur ile zarara sebep olana raci olur. Hâdisenin diğer mes'ulleri, ödedikleri tazminat ile ona rücu ederler. Mes'uliyet en sonra kanun icabı, mes'ul olanlara ait olur.

* Federal mahkemeye göre, (28 Nisan 1937, J. d. T. 523, 1937, p. 75, 1937) inşaatta kusuru olan veya bunu sigorta eden kimsenin tamir noksanı sebeble mes'uliyeti nihai olarak inşaat sahibine tevccüh etmez.

Federal mahkemeye göre bu hüküm (zikri geçen karar) davacının birden ziyade kimselere karşı *müştereken* dava hakkı olduğu hallere mahsustur. Bilâkis, davacı birden ziyade kimselere karşı birlikte dava salâhiyetini haiz ise, 51 inci madde tatbik edilmez. müştereken dava salâhiyetini haiz olmayıp yalnız *birlikte* dava salâhiyetini haiz ise, 51 inci madde tatbik edilmez. Müştereken dava, *Concours d'action*'dan maksat, davacının birden ziyade borçluların birinden hakkını almakla diğerlerine karşı hakkı sakit olması halidir. Meselâ alacaklının borçlu ve kefiline karşı müşterek dava hakkı vardır. Çünkü onların birinden alacağını alınca, diğerine karşı davası düşer. Birlikte dava hakkı ise, davacının cemedebileceği hakları himaye eden davalardır.

Federal mahkemeye göre hayat ve sıhhatini kazaya karşı sigorta etmiş bir kimse hem sigortacı ve hem de kusuru ile zarara sebebiyet veren kimse hakkında, birlikte dava açarak, her ikisinden ayrı ayrı tazminat alabilir. Hayat sigortalarında, sigortacıdan istenecek sigorta tazminatı ile maddî bir vakıanın neticesi olan zarar tazminatı birbirine karışmaz. Hayat sigortalarında tazminat hakikî manasında bir ölüm veya kaza şartına muallâk bir alacaktır. Şarta muallâk bir alacak ise, tazminat mahiyetinde değildir. Binaenaleyh, zarar olmasa bile istenebilir. Şu halde, sigortacı ile zarara sebebiyet veren kimselerden her birine karşı davacının ayrı bir alacağı olduğundan, Borçlar Kanununun 51 inci maddesi tatbik edilemez; hâkim, bu tazminat ile müddeialehylerden birinin diğerine rücu edebilmesine karar veremez. Federal mahkeme bu türlü teselsüle gayri tam teselsül diyor.

Bilâkis, eşya sigortalarında, sigorta bedeli tam bir tazminat olduğundan, Borçlar Kanununun 51 inci maddesi tatbik olunur. Eşya sigortalarının gayesi bir servet unsurunun muhafazasıdır. Sigortacıya karşı mal sahibinin haiz olduğu dava hakkı bir zararın failine karşı açılan tazminat davasından farklı değildir. Binaenaleyh, bir inşaat kusuru, diğerinin sigortalı mallarının ziyana sebebiyet verirse, hâkim, inşaat sahibinin, ödediği para ile sigortacıya rücu etmesine karar verebilir.

Kazaya karşı sigortaları hayat sigortalarından saymak lâzımdır. Fakat, diğerinin kusuru ile şahıslara karşı sebebiyet verdiği zarardan mes'uliyetini, sigorta bir tazminat sigortasıdır.

1911 de, İsviçrede Borçlar Kanununun 51 inci maddesi tanzim edilirken, hâkim olan fikir ve kanaate göre, bir inşaat kusuru yüzünden zarara uğrayan şahıs, zararını başkalarına, meselâ sigortacıya tazmin ettirmek imkânında ise, mal sahibi mes'ul olmaz. Federal mahkeme kanunların, kanun vazının istediğine göre değil, hukukun umumî telâkkilerile metinlerinden çıkarılabilecek manaya göre tefsir edilmesi lâzım geleceği mülâhazalarını yürüttükten sonra, bir amelenin kazaya karşı sigorta bedelini kendi ücretinden ödemiş veya sigorta bedeli bu ücrete mahsuben patron tarafından ödenmiş ise bu sigortadan, kanun icabı zarardan mes'ul olanların ne için istifade edebilecekleri sual yeri bulmuştur.

Ord. Prof. Mustafa Reşid Belgesay

F İ H R İ S T

Cilt: VI, sayı: 2-3

ETÜDLER

	Sahife
Âmme hukuku :	
<i>Ord. Prof. ALİ FUAD BAŞGİL.</i> — Vatandaşların âmme hakları ve millî câmianın emniyet ve di- siplini meselesi	289
<i>Doçent RECAİ G. OKANDAN.</i> — Kadim Yunanda siyasi teşekkül	301
Hususî hukuk :	
<i>Ord. Prof. MUSTAFA REŞİD BELGESAY.</i> — İcra ve İflâs Kanununun bazı maddelerini değiştiren kanun	341
<i>Ord. Prof. ERNST E. HIRSCH.</i> — Meınleketimizde mer'î olan Telif Hakkı Kanununun tahlili . . .	346
Hukuk felsefesi :	
<i>Doçent YAVUZ ABADAN.</i> — Hürriyet problemi .	501
Roma hukuku :	
<i>Ş. TALİP.</i> — Paul Collinet	517

TERCÜMELEER

Âmme hukuku :	
<i>Prof. HENRY TRUCHY.</i> — Beynelmilel mübadele- ler ve otarsi. Tercüme eden: F. P.	525
Hususî hukuk :	
<i>Prof. ALBERT RICHARD.</i> — Borçlar Kanununun 41 inci maddesindeki «Haksız bir surette» ta- biri etrafında bir inceleme. Tercüme ve not eden: Ferit H. Saymen.	552
Hukuk felsefesi ve içtimaiyat :	
<i>Prof. L. GUMPLOWICZ.</i> — İbni Haldun ve içtima- iyatı. Tercüme eden: Z. F. Fındıkoğlu . . .	573
Roma hukuku :	
<i>Prof. HENRY LEVY-BRUHL.</i> — Roma hukukunda hukukî muameleye dair. Tercüme eden: Tür- kân Basman	589

MAHKEME İÇTİHADİ TAHLİLLERİ

Hususî hukuk :	
<i>Ord. Prof. MUSTAFA REŞİD BELGESAY.</i> — Tür- kiye Temyiz Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının analizi	598
Fihrist	628