

## Osmanlı İmparatorluğunda Avrupa Malî Kontrolü.

### European Financial Control in The Ottoman Empire.

**Yazan :** Amerika Williams College Profesörlerinden  
( Donald C. Blaisdell ). **Nakleden :** Mülkiye Mektebi ve  
Robert Kolec Muallimlerinden: **HAZIM ATIF**

— Geçen sayıdan devam —

Yeni malî teşkilât vücade getirmek için, Düyunu umumiye idaresile Osmanlı bankasının faydalı olacağı fikrinde idi. (2)

M. Steeg'in raporunda malî islâhata müteallik kısım, 21 şubat 1903 de Rusya ve Avusturya sefirlerinin Bâbîâliye yaptıkları islâhat tekliflerine şu şekilde ithal olunmuştu:

«Mahallî idarelerde intizamı temin için her vilayetin masarif ve varidatını muhtevi bir bütçe tanzim olunacak ve Osmanlı bankası tarafından kontrol edilecek vilâyet varidatı evveleminde, mülkî ve askerî memurlar maaşları da dahil olduğu halde, mahallî idarenin ihtiyacatına tahsis olunacaktır. Aşarı tahsil usulü değiştirilecek ve bunları toptan ihale usulü ilga edilecektir.» (3)

İngiltere hariciye nazırı Lord Lansdowne Rusya ve Avusturya programını 17 şubat 1903 de esas itibarile kabul ederek İngiltere sefiri Sir Nicholas O' Connora Bâbîâli nezdinde bu programa muzaharette bulunmasını teblig etti. Fransa ve İtalya sefirleri de programa muzaheret ettiler ve büyük devletlerin adeta müttefikan gösterdikleri cebhe karşısında Osmanlı hükûmeti notayı Makedonya islâhatına esas olarak kabul etti. (4)

(2) Livre Jaune, Affaires de Macedoine (1902) tahrirat 32 ve 48.

(3) Parliamentary Papers, No. Cmd. 1767 (1903) tahrirat 7.

(4) Aynı eser, Tahrirat 1, 5, 6 ve 63

ler, Avusturya - Rusya programının diğ er bir noktasi le yani jandarmanın tensikile meş gul oldular. Rus ve Avusturya sefirleri 1905 de bir muhtara ile Bâbîâlinin nazarı dikkatini malî ıslâhata celbettiler. Bu tazyik neticesi olarak 7 mart 1905 de Osmanlı hükûmeti Osmanlı bankasile vilâyatı selasede aş arın tahsili ve masarifin sureti tediyesi<sup>2</sup> hakkında bir itilâf akdetti. (5) Bu emri vakile karşı laş an diğ er devletler vilâ yetlerin umuru maliyesi noktasından bu itilâfı gayri kâfî buldular. Bu husus hakkında Sir Niholas O'Connor Lord Lansdown'e yazdı ğı bir tahriratta ş öyle diyordu: «... İtilâfta ecnebi kontrolundan bahsolunmıyor. Bu suretle ş eraitinin ifasını temin edecek yegâne vasıta ortadan kalkmı ş ve icrası tamamen Osmanlı memurininin arzusuna bırakılmı ş oluyor.» (6) İngiliz sefirinin fikrine diğ er devletlerin hükûmetleri de iştirak ediyorlardı. 9 mayıs 1905 de verdikleri müş terek bir nota ile sefirler Osmanlı bankasile yapılan 7 mart itilâfını kabul ediyorlardı. Ş u ş artla ki (esasen Makedonyada memurları bulunan) Avusturya ve Rusyadan baş ka devletlerin her biri Rus ve Avusturya memurlarile müş tereken hareket etmek üzere birer malî delege tayin edecek ve bu suretle teş ekkül edecek olan malî komisyon «... Malî ıslâhatın icrasına nazaret» ve Osmanlı bankasile yapılan itilâfa «riayeti temin» eyliyecekti. (7).

Devletlerin muvafakatile teş ekkül edecek olan beynelmilel malî komisyon ancak 1905 teş rinievelinde intihap olunarak iş e baş ladı. 13 temmuz 1905 de Bâbîâli itilâfa muvafakat için dermeyan olunan ş eraiti reddetti ve devletler komisyon âzalarını intihaba baş ladıkları vakit te bu tayinleri kabulden imtina eyledi (29 ağ ustos). Delegeler teş rinievelde Üsküpte toplanarak Rusya ve Avusturyanın memurlarile müzakerata baş ladıkları zaman Bâbîâli hâkimiyetinin ihlâlinden dolayı protesto etti, fakat bu protesto fayda vermedi. Osmanlı hükûmetinin ittihaz eylediğ i Müteakip iki sene zarfında gerek Osmanlı hükûmeti ve gerek devlet-

---

(5) Aynı eser No. Cmd 2759 (1906) tahrirat 4. Sir Edward Grey. Bâbîâlinin Rusya ve Avusturya metalibatını kısmen kabul etmesile bu iki devlete Makedonya malî ıslâhatı hakkında çok fazla bir nüfuz verildiğ i fikrinde idi. İslâhat iş inde diğ er devletlerin de temsil edilmelerine Rusya ve Avusturyanın muhalefet etmediğ ine memnun olmuş tu. Esasen İngiltere 21 ş ubat 1903 tarihli Murszteg programını kabul ederken bu hakkı muhafaza eylemiş ti.

(6) 50 numaralı tahrirat 8 mart 1905

(7) 126 numaralı tahrirat.



bu hattı hareket karşısında devletler beynelmilel bir bahri nümayiş yaparak Midilli ve Limnos adalarını işgal eylediler. Nihayet 19 kanunuevvelde Bâbıâli Beynelmilel malî komisyonu tanıdı. (8)

Bu komisyon ne türlü salâhiyete mâlik olursa olsun hükûmetin vaziyeti maliyesindeki bozukluk ve 7 mart itilâfı mucibince kabul eylediği vecaibi ifadaki tehhur mühim müşkilât teşkil ediyordu. Sir Nicholas O'Connor vaziyetin ehemmiyetini idrak ediyor fakat yeni bir varidat menbaı bulmadığı taktirde hükûmetin taahhüdâtını ifa edebileceğini zan eylemiyordu. Komisyonunda Fransız delegesi bulunan M. Steeg ise ikinci malî devre nihayetinde 40,000 liralık bir açık hasıl olduğunu 7 nisan 1907 de M. Pichon'a bildirerek komisyonun da, bütçeyi tevzin etmek için yeni varidat bulunması lüzumuna kail olduğunu ilâve etti.

Bu noktaya kadar gerek M. Steeg ve gerek Sir Nicholas gümrük resminin tezyidine taraftar idiler. Fakat M. Steeg şu sözleri ilâve ediyordu: «Osmanlı Hükûmeti, kendisini 1905 itilâfile der'uhte eylediği vecaipten âdeta kurtulmuş addediyor; devletler, yüzde üç gümrük resmi munzamına muvafakat etmedikçe vilâyatı selâse bütçe açıklarının kapana mıyacağı hakkında defaatla tekrar olunan beyanatta devlet mesuliyetten kurtulmuş telâkki olunuyor.» (9)

### **Türkiye gümrük resminin tezyidini teklif ediyor.**

Gümrük resminin tezyidi hakkındaki teklif senelerdenberi devam eden hadîsatın yeni bir inkişafı idi. İthalât resimlerin tahdidî kapitülasyonların vaz ettiği takyidattan biri idi. Esasen Fransızlara verilmiş olan kapitülasyonlar bilâhara, Türkiye ile ticari münasebatta bulunan bütün devletlere teşmil olunmuştu. Bu imtiyazdan istifade eden her devletle Türkiye ayrı bir muahede yapmış olduğundan gümrük resimlerini tezyit hakkı bunlardan her birile, anlaşmak suretiyle istimal olunabilecekti. Bu muahedattan bir çoğunun müddeti 1880—90 senelerinde bitiyordu. Yeni mukavelelerde

---

(8) Parliamentary Papers No. Cmd. 2816 (1906), tahrirat No. 9 ve 49.

(9) Parliamentary Papers., No. Cmd: 3455 (1908) Tahrirat 8; Livre Jaune, Affaires de Macedine (1906—7), « Dupuis » nin yukarda mezkûr eserinde nakledilmiştir. ss. 95—102.

ise kıymet eşya esası yerine sıklet eşya esası kabul olunmuştu. (10). Bu muahedat aktedilmiş olmakla beraber henüz tasdik edilmediğinden eski muahedeler mer'iyette bulunuyordu.

Makedonyada ıslahat yapmak için paraya olan ihtiyaç bilhassa orada bulunanlarca hissedildiğinden bu vilâyetlerdeki Müfettişi Umumî Hüseyin Hilmi Paşa 24 kânunusani 1905 de Selânikteki İngiliz ve Fransız ceneral konsoloslarına ithalât resimlerinin yüzde sekizden onbire iblâğın teklif etti (11). Bu teklif üç hafta sonra daha resmî bir şekilde Londradaki Türk sefiri Musurus Paşa tarafından Lord Lansdowne e yapıldı (12). Anlaşıyor ki bu teklif Osmanlı Bankası ile yapılan 7 mart itilâfına sebep olan Avusturya ve Rusya muhtırasına karşı mukabil bir teklif olarak dermiyan olunuyordu. Lord Lansdowne in 27 şubatta verdiği cevap, Osmanlı hükûmetinin bu teklifi yaptığı diğer devletlerden gelen cevapların en mühimmi idi. Filhakika, bu cevap, 1907 nisanında aktedilen yeni muahedelere müncer olan müzakeratın esasını teşkil etmişti. Bu cihetle mühim noktalarını aşağıda zikrediyoruz.

İngiliz hariciye nazırı İngiltere hükûmetinin evvelâ, Makedonyadaki bütçe açığının, gümrük resminin tezyidi suretile kapatılması hakkındaki tekliflerin istinat eylediği hesapların sıhhatine emin olmak istediğini söylüyordu. Bundan maada İngiltere Osmanlı hazinesinin eline o zaman tatbik edilen tarifelerden beklenen derecede varidat geçtiğine kani olmak istiyordu. İthal edilen eşyanın kimyevî tahlili ile maden işletilmesi hakkındaki nizamatin tadiline lüzum görülüyordu. İthalât resminin tezyidinden beklenen varidat belki de bütçe açığını kapamıyacaktı. Fakat « herhalde tezyit edilecek rüsum hasılatının ( yüzde yirmi beşinin düyunu umumiyye terkenden sonra ) salâhiyettar bir makama tahsisine lüzum vardı. Bu

---

(10) Osmanlı hükûmetinin bu zamandaki siyasetini Bertram efendi 1881 komisyonuna şu suretle hülâsa eylemişti: (1) Kıymeti eşya üzerinden alınan yüzde bir ihracat resminin lağvı; (2) Yine kıymet üzerinden alınan yüzde bir transit resminin lağvı; (3) Kıymet üzerinden yüzde sekiz resme tabi eşya için şu esasların tatbiki; (a) bazı eşyanın serbest listeye ithali (b) bir kısım eşyanın yüzde üç resme tabi tutulması (c) bir üçüncü kısım eşya için de o zaman mevcut kıymet üzerinden yüzde sekiz resmin muhafazası; (d) memlekete giren diğer eşyadan yüzde yirmiyi tecavüz etmemek üzere sıklet üzerinden resim alınması. Procès—Verbaux et annexes de la commission de 1881 S. 111.

(11) Parliamentary Papers, No. Cmd. 2759 (1906) Tahrirat 9.

(12) Aynı eser tahrirat 25.



makamın yalnız bu varidatı değil, belki mahalli varidatı da tahsile memur olması lâzımdı. » Lord Lansdowne Türkiyenin ticareti hariciyesinin yüzde altmış İngiltere İmparatorluğu ile olduğundan gümrük resimlerinin tezyidinden hasıl olacak fazla varidatın sureti istimali İngiliz menafii için pek ziyade haizi ehemmiyet olduğunu ilâve ediyordu (13).

Osmanlı Hükûmetinin teklifleri hakkında diğer Avrupa devletlerinin noktai nazarı İngiltereninkinden daha itilâfkâr idi. Almanya muvafakatini bildirmişti (14); Rusya ve Avusturya tarifenin tezyidine muvafakate hazır dılar; Fransa İngiltereyi takip ediyordu; diğer devletler arasında itilâf hasıl olduğu takdirde İtalya hariç kalamazdı. Diğer devletlerin taleplerini icra kolay olmakla beraber bunlar da bazı kuyudu ihtiraziye dermiyan ediyorlardı. Rusya ve Avusturya tezyit olunacak resimler hasılatının hüsnü suretle tahsisi için teminata lüzum olduğunda müttefik idiler. Şurası şayanı dikkattir ki bu iki devletin mümessilleri Büyük Britanya Hükûmetinin daha itilâfperver olmasını talep ediyorlardı. Bu, şüphesiz Makedonyadaki memurlarının esasen imtiyazlı bir vaziyette bulunmasından ileri geliyordu. Makedonyadaki vaziyetleri emin oldukça, İngilterenin fahiş talepleri karşısında Osmanlı Hükûmetine dost görünebiliyorlardı. (15)

Burada devletlerin ticarî taleplerine mütedair müzakeratın hikâyesini tekrara lüzum yoktur. Bu talepler birer ivazdı. Tezyide muvafakatleri için bile mutlak teminat istiyorlardı. Lord Lansdowne'un elzem gördüğü

---

(13) 39 numaralı tahrirat. O zamanlar henüz Sir bulunan Lord Grey, Lor Lansdowne i istihlâf ile müzakerati ikmal eylemişti. Makedonyadaki İngiliz siyasetini müdafaaten diyor ki: « Maksadımız garez ve ivazdan âri idi... Türklerin sui idaresi aleyhinde yaptığımız protestolar nüfuzumuzu azalttı; binaenaleyh Türkiyedeki İngiliz menafii ticareyesine muhalifti... İngilteredeki insani hisler ve Türk idaresindeki hristiyanlara karşı beslenen muhabbet ve teveccüh İngiliz siyasetine ve menafii maddiyeye galebe etti... Halbuki diğer devletlerden hiç biri hüsnü niyet sahibi değildi; hiç biri de İngilterenin hüsnü niyet beslediğine inanmıyordu. Her biri kendi hareketinde siyasi bir saikin mevcudiyetini hissediyor ve bize atfetmek üzere siyasi saikler icat eyliyordu » . Grey, Viscount of Fallodon, Twenty five years 1892—1916 ( 2 cilt, New York, 1925 ), Cilt I ss. 166—7.

(14) Daha 1890 da Almanya Türkiye ile bir gümrük muahedesi müzakere etmiş ve bu muahede de, diğer devletler muvafakat ettikleri taktirde Bâbıâlinin gümrük rüsümünü istediği kadar tezyide hakkı olduğunu Almanya kabul eylemişti. Fakat diğer devletlerin bu suretle bir muvafakati hasıl olmadığından 1890 muahedesi de mevkii meriyete girmedi.

(15) Parliamentary Papers, No. Cmd. 2759 (1906) Tahrirat 20 ve 38.

« salâhiyettar makam » olmak üzere dÿyunuumumiye idaresi münasip görüldü. Şimdi bu idarenin deruhte ettiği yeni rolü tetkik edeceğiz.

Tarifenin tezyidi hakkındaki ilk teklif 1905 kânunusanisinde yapıldığı halde bu hususta ciddi müzakerata ancak bir sene sonra girişilebildi. Türk Hükûmeti Lord Landsdowne ve halefi Sir Edward Grey ile bir kaç notâ taatı eyledi. Fakat Bâbiâlinin kabul eylediği şerait Lord Lansdowne'in 21 şubat 1905de tespit eylediği yeni esasları hiç tatmin etmiyordu. Bundan başka Türk Hükûmeti Beynelmilel malî komisyondan istifade etmeği düşünmüş ve bu suretle vilâyatı selâsenin bütçe müşkilâtını tehvin etmeği ümit eylemiş olabilir. Fakat Osmanlı Devleti mütemadiyen malî müşkülât içinde idi ; Makedonyanın mahallî varidatı masarife kifayet etmiyordu. Açığın İstanbuldan kapatılması lâzımdı. Sir Nicholas O'Connor vaziyetteki vahametin arttığını ısrarla haber veriyordu. Bu keyfiyet, İngiltere Hükûmetini vaziyeti bir defa daha tetkika sevketti. Nihayet, arzu edilen tezyit husule gelebilmek için ehemmiyetli fedakârlıkta bulunmak icap eylediği Türk Hükûmetine anlatıldı ve binnetice bu hükûmet de gümrük tarifelerinin tezyidinden tahassul edecek bütün fazlai varidatın dÿyunuumuiye tarafından idaresine muvafakat eyledi.

Sir Edward Grey 31 kanunusani 1906 tarihile Sir Nicholasa yazdığı tahriratla yüzde üç resmi munzam hasılatının sureti istimali hakkında lâzım gelen teminatın dÿyunuumumiye meclisi tarafından deruhte olunup olunmayacağını tahkik etmesi için talimat verdi (16).

İngiltere Hükûmeti evvelce, bu vazifenin beynelmilel malî komisyona tevdiini düşünüyordu. Fakat bilâhare bu işi deruhte edebilecek yegâne müessesenin dÿyunuumumiye meclisi olduğuna kanaât getirdi.

Fransa'nın Londra sefiri M. Paul Cambon'un 20 şubat 1906 tarihile M. Rouvierye gönderdiği tahriratta bu fikir tebeddülü izah edilmektedir. Deniliyor ki: İngiltere Hükûmetinin dermeyan eylediği şartlardan birisi "Resmi munzam hasılatının tahsil ve istimalinin kontrol edilmesi idi. . . . Bununla beraber Makedonya'da teşkil olunan malî komisyonun, Türkiye'deki bütün gümrük idarelerini mürakabe için ne salahiyeti ve ne de kadrosu olmadığı bedihidir. Binaenaleyh İngiltere Hükûmeti resmi munzam tahsilâtının Osmanlı dÿyunuumumiye idaresine tevdi fikrindedir. , 8 mart tarihli notada M. Cambon ilâve ediyordu ki: "İngiltere Hükûmetinin

(16) Parliamentary Papers., No. Cmd. 3455 (1908) Tahrirat 7.



tektif ettiği tarzı hareket resmi munzamın devletlerce talep olunan şerait dairesinde tahsiline dünyuuumumiye'nin vekil tayin edilmesi ve bu projenin yine dünyuuumumiye tarafından Osmanlı Hükûmetine arzolanmasından ibaretti . . . M. Cambon, kendi noktai nazarını de dermiyan ile: " Gümrük resminin tezyidi için devletlerin tespit ettikleri şeraitin ifasını temin hususunun dünyuuumumiyeye ait olduğu fikrinde,, bulunduğunu söylüyordu(17).

İngiltere sefiri 20 Şubatta Sadriazam Ferit Paşa ile yaptığı bir mülâkatta hükûmetinin noktai nazarını izah etti. Osmanlı hükûmeti ise ecnebi bir müessesenin gümrüklerin idaresine müdahalesini hoş görmüyordu. Ferit Paşa « İmparatorluk gümrüklerinin veya maliyesinin mürakabesi mahiyetinde olan herhangi bir tedbire sarahaten muhalifti ». « Resmi munzammın tahsili için dünyuuumumiye idaresinin iştiraki mesaisinin talep olunabileceğini kabul etmiyordu ». « Mamafi Makedonya umuru maliyesinin ıslahında himmeti dokunmuş olan Osmanlı Bankasının gümrük varidatının tahsili hususunda nazarete bulunabileceğini » kabul ediyordu.

Sir Nicolas hükûmetinin noktai nazarında ısrar edince Sadriazamın mukavemeti kırıldı: Sefir 26 şubatta Sir Edward Grey'e yazdığı tahriratta « İngiltere hükûmetinin noktai nazarına göre teklif olunan resmi munzam tahsili için dünyuuumumiye idaresinin nazareti lâzımgeldiğini ve hükûmetinin bu tezyide muvafakatı ancak bu mürakabenin tesisine menut bulunduğu sadriazama bildirdiğini » haber veriyordu. Ertesi günkü raporda Sadriazamın bu hususta dünyuuumumiye ile müzakerede bulunmağı kabul ettiği » bildiriliyordu (18) .

Bu noktada dünyuuumumiye meclisi de müzakerata iştirak eyledi. Sir Nicholas 26 şubatta Osmanlı hükûmetini İngiltere hükûmetinin taleplerinden haberdar ettikten sonra şöyle bir rapor yazmıştı: « Meselenin sadriazama arzı için vakit kaybetmemesinin Mr. Block tan rica edilmesini teklif ederim İngiltere hükûmetinin teklife gösterdiği muzaheretin bir itilâfa müncer olacağına eminim. Bu itilâf artan rüsum hasılatının tesbit olunan maksatlardan başkaları, yahut İngiliz menafiile kabili telif olmıyan hususatta kullanılmaması için gerek halka ve gerek İngiliz ticaretine teminat teşkil edecektir. » 27 şubatta ise « mesele hakkında derhal Sadriazamla temasa gelmesi için Mr. Block a söyledi » ğini bildiriyordu (19).

(17) Livre Jaune, Affaires de Macedoine (1906—7) Tahrirat 7 ve 16.

(18) Aynı eser. Tahrirat 8; Parliamentary Papers, No. Cmd. 3455 [1908] tahrirat 19 ve 22.

(19) Aynı eser tahrirat 19 ve 22.

1 mart 1906 da düyunuumumiye meclisi gümrük resminin tezyidi meselesini ilk defa olarak resmen tetkik etti. Reis Mr. Block bu varidata bakmak meclisin hakkı olduğuna dair uzun deliller dermiyan etti. Mr. Block iddialarını Babıalinin 3 teşrinievvel 1880 tarihli notasının malî kısmına ve Muharrem Kararnamesinin VIII inci maddesinin üçüncü fıkrasına istinat ettiriyordu. Bu maddeye göre « Ticaret mukavelelerinin tadili halinde hasıl olacak fazlai varidatı hükümet düyunuumumiye terkediordu.» XVI inci maddenin ikinci fıkrası ise « Meclisin bu varidatı idare edeceğini » söylüyordu. Bundan başka Tevhidi düyun kararnamesinin III üncü maddesinin ikinci fıkrası «Muharrem kararnamesinde tesbit edildiği veçhile ticaret muahedelerinin ve gümrük tarifelerinin tadili neticesi olarak gümrük varidatında hasıl olacak tezayüt dahi dahil olduğu halda » Muharrem Kararnamesile alacaklılara terkolunan varidatın düyunuumumiye meclisine tevdiini tekit ediyordu. Bu mutaleata ilâveten Mr. Block hükümetin fazlai varidattan hissesine düşen kısım üzerinde istediği gibi tasarrufta serbest olduğunu meclisin bir kanaati olmak üzere ilâve eyledi. Fakat « şüphesiz varidat fazlasının taksimi ancak bütün terkolunan varidat hesaplarının kapanmasından ve borçların faiz ve itfası için lâzım gelen mebalığın tefrikinden sonra mümkün » olabilecekti. Bundan başka her hangi bir varidatın tamamilen tahsilinden evvel taksimi « zikredilen esaslara muhalif olacaktı ». Meclis reisi, hükümetin, hakkı bulunan gümrük varidatı fazlasından yüzde yirmi beşinin kıymeti hakkında meclisle bir itilâf yapmakla ve kabul edilen miktarı meclise tesviye etmekle vekaibinden kurtulabileceğini iddia etmenin haksız olacağını da ilâveye lüzum görmüştü (20).

Mr. Block ın meclise atfeylediği vaziyet gösterilen resmi muzaheretle oldukça takviye olunmuştu. Alman ve Avusturya sefirleri meclisin hukukunun kabili münakaşa olmadığını kabul ediyorlardı. Rus ve Fransız sefirleri ise meclisin iddialarına iştirak ediyor ve Sir Nicholas O'Connor « İtalyan sefirinin de diğer devletler sefirlerine iştirak edeceğini » tahmin ediyordu. Bu yeni vazifenin meclis tarafından kabulünde Fransız hükümeti meclisin kanunî haklarından başka şeyler buluyordu. M. Rouvier 9 martta İstanbul Fransız maslahatgüzarı M. Boppe'e gönderdiği bir tahriratta « eğer devletler fazlai varidatın Makedonyaya tahsisi için gümrük varidatının tahsiline düyunuumumiyenin müdahalesini sultana kabul ettirme-

(20) Zabıt, 1 mart 1906.



nin mümkün olduğunu zannediyorlarsa Fransız menafiine bundan daha uygun bir şey olmayacağını M. Paul Cambon'a anlattığını » yazıyordu (21).

Devletler ne gibi şartlarla tezyide muvafakat edecekleri hususunda müttehit idiler. Bu şartlar Babıaliye 28 Mayıs 1906 tarihli müşterek nota ile tebliğ olundu. Bu notanın ikinci kısmı fazlai varidatın Makedonyada sureti istimalinden bahistir. Devletler bu kuyuda riayet edilmesi için «kâfi teminat» istiyorlardı. Sir Edward Grey bu tabiri kâfi derecede sarih bulmuyordu. Sarahaten düyunuumumiyenin zikredilmesini istiyordu. Ancak ( kâfi teminat ) tabirinden maksat düyunuumumiye olması kaydile notanın bu şekilde yazılmasına muvafakat etti. Osmanlı hükümetinin cevabı 21 haziranda gönderildi. Gümrük resmi munzamı hakkındaki kısma 8 haziran tarihinde Meclisi Vükelâda karar verilmişti. « Tahsilât doğrudan doğruya gümrük memurları tarafından yapılmak şartıyla resmi munzamin yüzde yirmi beşinin düyunuumumiyeye tediyesi » kabul olunmuştu. Hükümetin noktai nazarına göre Tevhidi Düyun Kararnamesinin VII inci maddesinde « muhassas varidat fazlalarının yüzde yirmi beşi hükûmete ve yüzde yirmi beşi de düyunuumumiyeye ait » olacağı mezkûr bulunduğundan yeni resmi munzamin tatbikinden mütevellit fazlai varidatın yüzde yirmi beşini düyunuumumiye vermekle hükümet bu müesseseye karşı vazifesini ifa etmiş olacaktı. (22)

### **Avrupanın talepleri kabul olunuyor.**

1 Mart içtimaından sonra Hükümet Komiseri vasıtasile Babıaliye teblig olunan Meclisin noktai uazarı ile hükümetin 28 Mayıs tarihli müşterek notaya cevaben bildirilen vaziyeti arasındaki muhalefet pek barizdi. 2 Temmuzda İngiltere sefiri hükümetin teklifleri için “ katiyen kabul olunamıyacak bir şey ,, diyordu. Meclis ise hükümetin tekliflerini gerek “Muharrem Kararnamesine ve gerek Tevhidi Düyun Kararnamesine muhalif addediyordu,,. Binaenaleyh “ hükümetin tezini kabul etmenin gayri mümkün olduğuna ,, karar verdi. Devletler noktai nazarından, resmi munzamin tahsilinde düyunuumumiyenin oynayacağı rol hakkında hükümetle bu

(21) Parliamentary Papers, No. Cmd. 3455 [ 1908 ]. Sir Nicholas O'Connor den Sir Edward Grey e tahrirat; Livre Jaune, Affaires de Mace doine (1906—1). Tahrirat 17.

müessesenin anlaşması lâzım geliyordu. Bu iki tarafın iki noktai nazarı telif etmesi icap ediyordu. (23)

Hükûmetin, resmi munzamın gümrük memurları tarafından tahsili esası üzerine düyunuumumiye ile itlâfı hakikaten mümkün gördüğü zannolunamaz. Bu esas meclisi tatmin etse bile devletlerin muvafakat etmiyecekleri bedihi idi. Fakat devletler bu müzakeratı meclise havale etmişlerdi; çünkü meclisin hükûmetle müzakeratında hukukunu pek geniş bir surette tefsir ettiğini biliyorlardı. Bu hâdisede meclisin hukukuyla devletlerin menafii birleşiyordu. Bundan başka Osmanlı hükûmetinin bu iddiaları sırf parasızlık için yapmakta olması da pek muhtemeldi. Hükûmet eğer böyle yapsa bile mazurdu; çünkü esasen meclisin faaliyeti hükûmetin serbestii harekâtına mani oluyordu; bu yeni vazife de meclise verilir ve bu müesese Avrupa devletlerinin vekili sıfatıyla harekete başlarsa serbesti daha azalacaktı. Devletlerin talepleri o kadar kat'î ve meclisin hukukunu tanıtmak arzusu o kadar malûm idi ki Babıalinin kendi noktai nazarına muvafık bir sureti hal bulacağını ümit etmesine ihtimal yoktu.

Hükûmetin kararı meclise 2 ağustosta bildirildi. Hükûmet komiseri Meclisi Vükelânın « bütün resmi munzam hasılatının meclise tevdi olunabileceği hakkındaki kararını tebliğ etti. Meclisin, hesapların tetkikine müteallik tafsilât hakkındaki mutaleatı Meclisi Vükelâca kabul olunmuştu. Hükûmet komiseri Babıalinin bu yeni noktai nazarını meclise bildirmekle resmi munzamın mürakabe ve tahsili hakkında meclisinin tekliflerini res-

---

(22) Parliamentary Papers, No. Cmd. 3455 (1908). 38 Numaralı tahriratın merbutu; Hükûmet Komiserinin tahrirâtı, 19 temmuz 1906 tkrihli zabıttan. Hükûmetin pek tabii olan bu arzusu 1881 Komisyonunda Osmanlı delegelerinden bulunan Wettendorff Beyin dermeyan ettiği noktai nazarın tekrarından ibaretti. Bu zat Komisyonun 15 eylül 1881 içtimasında “ (teklif olunan sureti halde ) gümrük resminin tezyidinden hasil olacak varidatın düyunuumumiye tevdii hususundan ayrı bir kaydın lüzumuna işaretle bu gibi rüsumun idare ve tabsilinin daima devlet memurları tarafından yapılması lâzım geldiğini beyan etmiştir. „ Procé - Verbaux et Annexes de la Commission de 1881, s. 36. Bu beyanat esas itibariyle ecnebi mutahassısları tarafından kabul edilmiş olmakla beraber ( aynı eser s. 37 ) gümrük resminin tezyidinden bahis Muharrem Kararnamesinin VIII inci maddesinin üçüncü fıkrasında buna dair bir kayıt yoktur. Mamafi şu şekilde bir ifadeye tesadüf olunmaktadır : “ Üçüncü fıkrada mezkûr varidatın hamillere tediyesini temin edecek şekiller hdsusî mukavelelerle tespit olunacaktır. „

(23) Parlimentary Papers, No. Cmd. 3455 (1908) Tahrirat 88.



men kabul ediyordu. Hükümetle yapılan itilâf esasları dahilinde dünyu-  
umumiye memurlarıyla gümrük memurları arasındaki münasebatı tesbit  
etmek için hükümetle müzakeratta bulunmağa Commandant Berger me-  
mur edildi (24) .

Mükümetle meclis arasındaki münakaşatın neticelenmesile müzakeratın  
bu safhası nihayet buldu. Fakat dünyuumumiye meclisinin teşriki mesa-  
isi arzu olunan ikinci bir nokta vardı. Lord Lansdowne 27 şubat 1905  
tarikhile Musuruş Paşaya verdiği cevapta resmi munzam hasılatının Rumeli  
vilâyetlerindeki bütçe açığını kapamağa kâfi olacağından şüphe ettiğini  
söylemişti. İthalâtın miktarına nazaran bu munzam resim, Tevhidi Düyun  
mukavelesi mucibince dünyuumumiye verecek yüzde yirmi beşe  
ilâveten tahminen 600,000 lira temin edecekti. Halbuki Müfettişi Umumî  
Rumeli vilâyetlerindeki bütçe açığını 800,000 lira tahmin ediyordu. Eger  
bütçe açıklarının ıslahata mani olması istenilmiyorsa 200,000 liralık bir  
fazlai varidat bulmak lâzım geliyordu. Düyunumumiye meclisi hamillere  
terk olunanlardan maada devletin bir takım varidatını idare ediyordu.  
Kararname harici olarak meclisin idare ettiği varidatın gayri safi hasılatı  
bazan münferit istikrazlar yahut demiryolları teminatına da tediye yapılı-  
masına rağmen, daima ihtiyaçtan fazla oluyordu. Mamafî mukavelâta na-  
zaran fazlai varidatın hükümete teslimi lâzım geliyordu. İşte bu fazla  
meclisin idaresinde bulunan menabidendi. Binaenaleyh hükümetin muva-  
fakatiyle Rumeli bütçe açıklarını bir hadde kadar bu varidattan tediye  
meclisi ikna belki mümkün olabilirdi.

Fransanın İstanbul sefiri M. Constans Avrupa devletleri namına bu işe  
teşebbüs ederek meclisten 250,000 liraya kadar bütçe açıklarını kapama-  
sının talep edilmesini refiklerine teklif etti. Diyor ki : « Teklifim ittifakla  
kabul olundu ve refiklerimden her biri meclisteki delegesinin bu teklife  
muzaheret etmesi için ısrar edecektir. Reis Berger ise şüphesiz muzahe-  
rette bulunacaktır (25) » .

Bu esnada devletlerin mümessilleri Babıalinin 21 haziran tarihli tekli-  
fine cevaben müşterek bir nota hazırlamışlardı. Bu nota hükümete 30  
eylülde tebliğ olundu ve bu suretle Sir Edward Greyin evvelce doğrudan  
doğruya dünyuumumiyeden bahsedilmemesinden mütevellit endişesi izale

(24) 2 Ağustos 1906 tarihli zabıt.

(25) Livre Jaune, Affairs de Macedoine [1906-7] Tahrirat 37.

edilmiş oldu. « Kâfi teminat » meselesi tasrih edildi ve M. Constansın teklifi de ilâve olundu. Notada ezcümle denildi ki : « Yukarda mezkûr şartın ( kâfi teminatın ) ifa edilebilmesi için Osmanlı Düyunuumumiye İdaresi gümrük resmi munzamından hükûmete ait olan kısmı tamamıyla Rumeli bütçesine tahsisi deruhte edecektir. Bundan başka mezkûr bütçede senevi 250,000 liraya kadar açığın da kapatılması bu taahhüde dahil bulunacaktır (26) » .

Fransız sefirinin teklifi gayri resmi surette meclis azalarının nazarı dikkatine arz olunmuş ve bu teklifin müşterek notaya ithali hükûmet için yapacak başka bir şey bırakmamıştı. 6 kânunuevvelde hükûmet komiseri hükûmetin Düyunuumumiye İdaresinin 250,000 liraya kadar bütçe açığını deruhte etmesi hakkındaki talebini tebliğ etti. Hükûmetin kararı ehemmiyetli görülmüştü. Mr. Adam Block « hükûmete bu hususta bir cevap vermeden evvel, bütün Avrupa kabinelerince senet ittihaz edilecek olan bu taahhüdü ifadan meclisin hiç bir zaman geri kalmıyacağına meclis azasından her birinin kanaat getirmesi lâzım olduğunu » söyledi.

Meclis Makedonya bütçesinde 250,000 liraya kadar olacak açıkları kapamağı taahhüt etti. Bu suretle vaki olacak tediyatını Babıaliden alacağı talimata göre aşar fazlasından tahsil edecekti ki bu fazlanın kâfi bulunduğu hemen kat'i olarak biliniyordu. Kifayet etmediği taktirde ise hükûmet ve meclis başka bir menba bulmak hususunda anlaşacaklardı. Mr. Block muhassas varidat fazlasının ikinci bir teminat olmasını temine çalıştı. Fakat arkadaşlarının muhalefetine uğradı. Meclis 10 kânunuevvelde bire karşı beş reyle kararını verdi. Mr. Block hamillerin muvafakatini alıncıya kadar bu reye iştirak etmekten imtina eylemişti. Meclisi devletlere karşı yedi sene için bağlayan bu kararın, ittihaz eylediği en mühim kararlardan biri olduğunu ileri sürüyordu.

Meclisin resmi taahhüdü Commandant Bergerin 17kânunuevvel tarihile hükûmet komiseri Sait Beye yazdığı bir mektupla beyan olundu. Bu mektupla ezcümle şöyle deniliyordu : « Bugünkü şifahi talebiniz mucibince, düyunuumumiye meclisin Rumeli Vilâyeti Selâsesi bütçe açıklarınının 1907-8 senesinden itibaren tekeffülü zımında Maliye Nazaretinin talebine müte-dair kararını tekit etmekle kesbi şeref eylerim.

« Düyunuumumiye Meclisi İdaresi ahiren tesis olunan gümrük resmi



munzamından hükümete isabet eden hisseyi, bu resim cari olduğu müddetçe, her sene Rumeli Vilâyatı Selâsesi bütçelerinin varidat kısmın ailâveyi taahhüt eyler.

«Mezkûr meclis aynı zamanda "Varidatı Muhtelifenin ,, tamamı hükümet tarafından kendisine terkolunduğu müddetçe bu vilâyetler bütçelerinde açık husulünde işbu açığı senevi 250,000 Türk lirasına kadar kapamağı da deruhte eder (27) » .

Meclisin taahhüdatı bu mektupta sarahaten tesbit edilmişti; fakat 30 Eylül 1906 tarihli müşterek notadaki diğer şartların ifa olunduğuna Osmanlı hükümeti diğer devletleri ancak bir kaç ay sonra ikna edebildi. Nihayet resmi munzama ve Meclisin yeni deruhte ettiği vazifeye dair itilâfın ne şekil alacağı meselesi çıktı. Bu nokta hakkında M. Pichon 17 kânunuevvel 1906 tarihile Fransız sefiri M. Constansa yazdığı tahriratta şöyle diyordu : « Gümrük resminin tezyidi hususunda devletlerin muvafakatinin siyasî bir muamele veya iki taraflı bir mukavele şeklinde yapılması prensibini kabul ettirmek çok faydalı olacaktır (28) » .

Fransız noktaî nazarı galebe etti ve itilâf siyasî bir muamele şeklini aldı. Uzayan müzakerat nihayet Türkiye ile, Fransa, İtalya, Almanya, İngiltere, Avusturya Macaristan ve Rusya mümessilleri arasında, 25 Nisan 1907 de bir ticaret mukavelesi imzasiyle nihayet buldu. Bu mukavelenin en mühim maddesi birinci maddedir : « Kara ve denizden Osmanlı İmparatorluğuna ithal olunan ve elyevm yüzde sekiz resme tâbi olan bilcümle eşya işbu mukavelenin mer'iyete girmesinden itibaren yüzde onbir resme tâbi olacaktır.» Düyunuumemiye idaresinin oynayacağı rol VI inci maddede zikredilmektedir : « Gümrük resminin tezyidi dolayısıyla ve mevcut kanunlara göre hükümete kalan miktar Rumeli Vilâyatı Selâsesinin ihtiyacatı maliyesine tahsis olunacaktır. Düyunuumumiye meclisinin hükümet komiserine verdiği 17 kânunuevvel 1906 tarihli mektuptaki taahhüdatı mucibince yukardaki paragrafta mezkûr miktarlar düyunuumumiye tarafından her sene Vilâyatı Selâse bütçelerine ilâve olunacaktır. » VII inci maddede ise ,, mezkûr 17 kânunuevvel tarihli mektup mucibince Vilâyatı Selâse

(27) Zabıtlar: 6 ve 10 Kanunuevvel 1906; Parliamentary Papers, No. Cmd. 3455 (1908 Tahrirat 104 ve 105; Sarı Kitap Makedonya meselesi 1906—7 56 numaralı tahrirata zeyil.

(28) Aynı eser tahrirat 55.

bütçelerinde açık zuhurunda düyunuumumiye idaresi bu açığın 250,000 lirasını kapayacaktır (29). » deniliyordu.

Fakat müzakeratın bidayetinden beri düyunuumumiye meclisi ile hükümet arasında mevcut ihtilâf mevzuubahs mebalığın tahsil ve tediyesi hususlarında bir itilâf akti için çalışıldığı zaman da devam etti. Hükümet gümrük idaresinde mümkün olduğu kadar fazla salâhiyet muhafaza etmek istiyordu; diğer cihetten düyunuumumiye meclisi ise mürakabesinin ciddi olabilmesi için kâfi derecede muamelâta vaziyet etmek istiyordu. Bu iki noktaî nazarın telifi üzerine düyunuumumiye gümrükteki memurlarına talimatı lâzime verdi. Bu talimatta mündemiç esaslar gümrük idaresile meclis arasında 24 haziranda, yani devletlerle yapılan mukavelenin mevkii meriyete girmesinden bir gün evvel, kararlaştırılmıştı.

Bu itilâfın birinci maddesinde düyunuumumiye memurlarının vazifeleri tayin olunuyordu : “ Gümrük idaresine tayin olunan düyunuumumiye memurları bilvasıta tekâlîf idaresi muhasebe şubesinden, gümrük idaresinin tahsil edeceği yüzde onbir resimden yüzde üçünü alacaklardır. Bu yüzde onbir resim meriyette bulunan muahedelere ve gümrük kanunlarına müsteniden ve yüzde sekiz resme tâbi eşyadan alınacaktır. Vilâyetlerde ise düyunuumumiye memurları bu resmi vilâyet gümrük veznelерinden alacaklardır. İşbu yüzde üç gümrük resmi munzamından hasıl olup düyunuumumiye tarafından tahsil olunacak mebalığın yüzde yetmiş beşi düyunuumumiye tarafından Osmanlı Bankası kasalarında, Rumeli vilâyetleri bütçe açıklarını kapamak üzere, hıfzedilecek ve bu bütçeleri tevzin için kullanılacaktır. ”

III üncü madde hesapların teftişinden bahsetmektedir :

“ Yüzde üç resmi munzamı kayıt ve hesap etmep üzere yukarda mezkûr memurin lüzum gördükçe resmi mezkûrun tahsiline müteallik kayıtları tetkik edeceklerdir. »

IV üncü maddede tediyeinin ne suretle cereyan edeceği zikredilmektedir. » Yüzde üç gümrük resmi munzamından hasıl olan mebalig tahsil edildikçe gümrük memurları tarafından düyunuumumiye hesabına Osmanlı Bankası şubelerine tevdi edilecektir. İşbu bankanın şubeleri olmıyan yerlerde ise yine makbuz mukabilinde düyunuumumiye memurlarına tevdi



olunacaktır. Tahsisat ve aylık tevdiat hesapları ertesi ayın ilk haftasında müvazene olınacaktır. ”

Gümrük idarelerine memur edilen düyunumumiye memurlarının faaliyetleri II inci maddedeki ahkâm ile takyit edilmişti: «Düyunumumiye memurları hiç bir suretle ne gümrük memurlarının vazifesine ve ne de gümrük hidematına müteallik mesaile müdahale etmiyeceklerdir. Memaliki Osmaniyeye muzur kitap ve evrak ile silâh ve mevaddı müşteilenin ithalini meneden ve şimdiye kadar tatbik olunmakta bulunan mukarrerata müdahale olunamaz. Düyunumumiye memurları yüzde üç resmin tehassülüne mâni olacak ihmal ve teseyyübe vukuf kespettekleri taktirde düyunumumiye idaresini haberdar etmekle vazifelerini ifa etmiş olacaklardır” 30

Bu munzam resim hasılatı şayanı dikkattir. İlk sene yarım milyon liradan fazla hasılat oldu. 1908—9 dan 1913—14e kadar ise her sene varidat bir milyon lirayı tecavüz ediyordu. 1911—13 de Trablus ve Balkan harpleri ve 1914—22 de Harbı Umumi esnasında gerek ithalâtın birden bire azalması ve gerek bu son harpte Osmanlı Hükümetininin bir tarafı bir muamele ile ve devletlerin muvafakatı olmadan gümrük tarifelerinin tepdili yüzünden bu resim de ehemmiyetli surette müteessir oldu. 18 Eylül 1914 de gümrük resmi yüzde on dörde iblâğ olunmuştu; 18 mayıs 1915 resimler yüzde otuza çıkardı; Eylül 1916 da ise kıymeti eşya üzerinden alınan resim yerine sıkleti eşya usulü vazolundu. Hükümetle yapılan itilâflara müsteniden yüzde sekizden fazla resim 1907 Haziranından 1915 Mayısına kadar meclis tarafından alındı. Gümrük resmi yüzde otuza çıkarıldığı zaman hükümet resmin yarısını aynen alıyor ve mütebaki yüzde onbeşten yedisini meclise veriyordu. Aynen alınan resimden ise meclise bir şey verilmiyordu.

Sıkleti eşya üzerinden resim alınmağa başladıktan sonra hükümet hasılatın yüzde ellisini meclise vermeğe karar verdi. Bilâhara 1917 de bu kararını teptil ederek eşyanın kıymeti üzerinden yüzde sekize müsavi bir miktarın mecmu resimden çıkarıldıktan sonra kalan kısmını tediye muvafakat etti. 1907 Haziranında gümrük idaresine memur edilen düyunumumiye mürakipleri 22 Teşrinievvel 1914 te hükümetin talebi üzerine geri alındı. Bu tarihten sonra hesabâtı tetkik vazifesini her ay gönderilen müfettişler yapıyordu. Harbı umuminin hitamı ve İstanbulun müttelikler

---

(30) Zabıt 24 Haziran 1907, zeyil.

tarafından işgali üzerine 25 Teşrinievvel 1919 da meclis gümrüklerdeki daimî mürakipleri tekrar tayine karar verdi. Meclisin bu vazifesi 1923 Nisanında Ankara Hükûmeti tarafından sekte dar edildi ve hükûmet fazlai varidatı kendi hesabına aldı. Nihayet Lozanda akte edilen ticarî muahe-datla bu vazifeye nihayet verildi. (31)

### Munzam Resim Kontrolunun Ehemmiyeti

Gümrük resmi munzamının tahsil ve Remeli bütçesi açığına tahsisi vazifesinin kabulü meclisin teşekkülünden beri mahiyetinde husule gelen en mühim tebeddüldür. Hamillere karşı vaziyeti değişmemişti; Muharrem ve Tevhidi Düyun kararnameleri tadil olunmamıştı. Filhakika 1907 de akte edilen ticarî mukavele bu kararnamelerin hamiller için faydalı olmakla beraber o zamana kadar tatbik edilmemiş bazı ahkâmını da mevkii tatbika koydu. Bundan başka meclisin hükûmete, bankalara ve demir yollarına karşı vaziyetinde de bir tebeddül yoktu. Meclis reisinin imza koymuş olduğu bir çok demir yol mukaveleleri ve istikrazlar eskisi kada muteber idiler. İki kararname ve demiryolu ve istikraz mukaveleleriyle meclisin deruhte etmiş olduğu vezai fe müteallik mesuliyeti devam ediyordu. Munzam resmin tahsili meclisin evvelki vecibelerile hiç bir suretle alâkadar değildi.

Düyunu umumiyeye Meclisi şimdiye kadar ifa etmediği yeni bir vazife deruhte etmişti. Meclisin üçüncü bir taraf sıfatıyla iştirak eylediği iki kararname ile muhtelif mukavelerden hiç biri siyasi bir itilâf addolunamaz.

— Bitmedi —

---

(31) Ecnebi Hamiller Meclisinin raporları ( Londra ), 1907 den 1914 e kadar; Mr. Block' un *Special Report* u 1915—16—17, ss. 12—13; Zabıtlar: 15 ve 22 Teşrinievvel 1914, 25 Teşrinievvel 1919. Lozan Muahedesi kapitülâsyonların ilgasını sarahaten kabul eylemiştir, Parliamentary Papers, No. Cmd. 1929 (1923) madde XXVIII ve LXXI. Türkiye ile müttefikler arasındaki 1923 tarihli ticarî mukavele ticarî mesailde Türkiyenin hakikî istiklâlini kabul eden ilk muahededir. Bu muahedenin metni *Martin'in Nouveau Recueil Général des Traités* nam eserinin üçüncü seri XIII üncü cildindedir. ss. 412—22. Birinci maddeye göre âkit devletlerden Türkiyeye girecek mallar 1 Eylül 1916 da mevkii tatbika konulan tarife esas tutularak sıkleti eşya üzerinden gümrük resmine tabi olacaktır. Tarife nispetlerinin, Türk lirasının 1923 Temmuzundaki kıymetine nispeten tezayüt veya tenakusu halinde tep-tili için kayıtlar vardır. Bu muahedenin müddeti beş senedir. ( madde II ve XVIII ).



Bir zarar ya mevcudat kalemlerindeki bir ziyadan, (meselâ bir şeyin tahrip ve telefî neticesi olarak<sup>16</sup>) kıymet tenakusundan<sup>15</sup> veyahut mevcudat kalemlerinde bir tadil vukua gelmeksizin bir deynin husulünden veya çoğalmasından ibaret olabilir<sup>17</sup>. Her iki halde de safi mamelek *le patrimoine net* eksilmiştir.

Servetin *fortune* mevcudat *actif* kısmına tesir eden zararın esasını tahlil edelim. Servet her türlü haklardan, her şeyden evvel eşya üzerindeki haklardan yahut hukukçuların daha sarîh olarak söyledikleri gibi, eşya üzerindeki mülkiyet haklarından mürekkeptir. Bundan maada diğer aynı hakları, diğer cihetten de alacakları *des créances*, telif, ihtira haklarını ve diğer salâhiyetleri ihtiva eder. Bu haklardan her birinin ziyayı *perte* veya kıymetinin eksilmesi *moins - value* mameleke müteallik *patrimonial* bir zarar teşkil edebilir. Bu zarara eşya üzerindeki mülkiyet hakkı uğradığı zaman eşyaya taalluk eden bir zarardan bahsedilir. Fakat bizzat insan (vücudî, fikrî *intellectuelle* kabiliyetleri *facultés*) mamelekin bir unsurunu teşkil etmez<sup>18</sup>; bununla beraber şahsa vaki olan bir taarruz mameleke müteallik *patrimonial* bir zarara meydan verebilir. Ve bu, çalışma

<sup>15</sup> Yahut mevcut kalemlerinden birine üçüncü bir şahıs lehine bir hak, meselâ bir rehin hakkı, tahmil edilmesi vâkıası.

<sup>16</sup> Bir şeyden ziyetliğin nez edilmesi vâkıası bir zarar değildir. Bu halde mülkiyet hakkı inkıtaa uğramıştır; bu şeyin istirdadı 41 inci maddeye müstenit olan zarar ve ziyan davasile değil, mülkiyet veya ziyetlikten neşet eden istihkak davasile temin olunur ( yukarda § 2 , not 22 ye müracaat ). Malik, ancak, yedinin nez'i kendisini bir menfaatten mahrum bırakmışsa yahut o şey harap bir halde kendine iade edilmişse zarara duçar olmuş olur. *Oser* 43 üncü maddeye müteallik IV 1 mütaleasında başka bir fikir dermeyan etmektedir. *Becker* mütalea 3 te bundan zarar ve ziyan mevaddındaki tenzilin o şeyin iadesine tatbik edilemeyeceğini istinbat etmektedir ki bu fikir doğrudur. Alman Kanunu Medenisinin sisteminde § 249 daki az muvaffakiyetli tarifi, şeyin iadesini de zarar ve ziyan ahkâmına müstenit bir mahiyette telâkkiye müsaittir. Fakat bundan hasıl olan, aynı mutalebe ve iddialarla zarar ve ziyan haklarının iltibasî neticesi Borçlar Kanununa nakledilmemelidir. X tarafından malikinden alınan şey üçüncü bir şahsın ziyetliğinde bulunuyorsa malik, istihkak davasının külfetine katlanacak yerde X den o şeyin kıymetine tekabül eden bir zarar ve ziyan ister ve o şeyi kendisine terk eder; aşağıda § 15, not 36 ya müracaat.

<sup>17</sup> Meselâ bir memur 55inci veya 101inci madde [T. B. K. mad. 55 ve 100] mucibince patron için bir borç tevliit edecek haksız fiiller ika etmek suretile patronun bir zarara uğramasına sebebiyet verdiği zaman.

<sup>18</sup> *Allg. Teil* § 18, not 28.

kabiliyetini tenkis ettiği ve mameleke dahil *patrimonial* bir kazanç, *kâr gain* imkânını azalttığı zaman umumiyetle bir mahrumiyeti *kâr perte de gain* şeklindedir; buna maddî ihtiyaçların çoğalmasından ibaret bir *patrimonial* zarar da ilâve olunabilir<sup>19</sup>.

#### IV. Akdî hukukta zararın iki nev'ini ayırmak lâzımdır:

1. 97 inci madde [ T. B. K. mad. 96 ] mucibince borçlunun borcunu ifa etmemesinden yahut 103 üncü madde [ T. B. K. mad. 102 ] mucibince vaktinde ifa etmemesinden dolayı alacaklının uğradığı zarar. Bu zarar alacaklının borcun muvafık bir surette ifa edilmesindeki menfaatinden tevellüt eder. Bu suretle husule gelen ziyana *intérêt* şimdi bahsedeceğimiz ziyan mukabili olarak müspet ziyan *intérêt positif* yahut ademi ifadan mütevellit ziyan *intérêt à l'exécution* denilir.

2. Menfi ziyan *intérêt negatif*<sup>20</sup> bir kimsenin bir mukavelenin akdinden dolayı uğradığı yani mukavele akte edilmediği taktirde düçar olacağı zarardır. Bu nevi zarar, taraflardan birinin muteber bir surette akte edilmiş addettiği bir mukavelenin hükümsüzlüğünden ileri gelir. Bu zarar bazı hallerde, bilhassa mukavelenin hükümsüz addedilmesi ihmal neticesinde işlenmiş bir hatadan yahut temsil salâhiyetinin<sup>21</sup> mevcut olmamasından ileri geldiği zaman tazmin olunmalıdır. Borçlar Kanununun 26 ve 39 uncu maddeleri doğru olmıyarak<sup>22</sup> « aktin hükümsüzlüğünden mütevellit zarardan *dommage resultant de la caducité du contrat*<sup>23</sup> » bahsetmektedirler. ( Mukavelenin bu suretle feshinden mütevellit zarar 26 ) ( Akdin sahih olmamasından tahaddüs eden zarar 39 ). Bu kalil hallerde menfi ziyana, « gösterilen itimattan hasıl olan zarar *dommage resultant de confiance donnée* » denilebilir. Fakat taraflardan birinin akdin muteberiyeti hakkındaki itimadını himaye mevzuubahs olmaksızın tazmin mecburiyeti

<sup>19</sup> Yukarda not 9 a müracaat.

<sup>20</sup> *Babel, Zeitschrift für Schweiz. Recht* 49, 291 ve müt. ; *Simonius, ibidem* 59, 225 ve müt. ; *Oser mutalea IV* mad. 39; *Becker mutalea 4* ve müt. mad. 26

<sup>21</sup> Aynı suretle Kanunu Medenin 411 inci maddesinin ikinci fıkrasına [ T. K. M. mad. 395 II ] , aşağıda § 27, not 53 e müracaat.

<sup>22</sup> Filhakika akdin hükümsüzlüğü halinde, alacaklı akdin ifa edilmesi halinde kabzetmiş olacağı şeyleri de kaybeder. Bunda menfi bir ziyan görülür. Kanunu Medenin 1909 tetkik ve tadiline müteallik resmî tezkere s. 12.

<sup>23</sup> Alman Kanunu Medenisinin § 122 fıkrasında daha doğru olarak beyani iradenin muteberiyetine itimaden maruz kalınacak zarardan bahsetmektedir.



olan daha başka haller de vardır. Bu kabilden olmak üzere 109uncu maddenin ikinci fıkrasına [ T. B. K. mad. 108 II ] göre alacaklı, akit borçlunun temerrüdü yüzünden feshedildiği<sup>24</sup> zaman menfi ziyan dolayısıyla tazmin talebinde bulunabilir. Bir kimse hile veya tehdit ile diğer birini fidesiz<sup>25</sup> bir mukavele akdine sevkettiği veya bir vekâleti sui istimal ederek<sup>26</sup> üçüncü bir şahıs için böyle bir mukavele yaptığı hallerde aynı mahiyetteki bu ziyan tazmini icap ettirir. Zararın muhtelif unsurları menfi ziyan dolayısıyla nazarı itibara alınabilir. Ezcümle:

- a) Mukavelenin akdi masrafları;
- b) Âkitlerden birinin akdin ifası veya bedelin *prestation* kabulü için ihtiyar ettiği masraflar<sup>27</sup>;
- c) Âkitlerden birinin ifayı ikmal veya ihzar dolayısıyla uğradığı zararlar<sup>28</sup>;
- d) Âkitlerden birinin akdin muteberiyetine itimat ederek diğer bir mukavele akdetmek fırsatını kaçırmak suretile uğradığı zarar<sup>29</sup>.

Umumiyet itibarile menfi ziyan, ademi ifadan husule gelen ziyandan daha azdır; bazı hallerde ise bunu geçebilir<sup>30</sup>.

### § 13. Tazminin hudutları *Limites de la réparation*

I. Kaideten zarar ve ziyan, tazmin borcunu doğuran muamelenin ( yahut tekmil diğer vaziyetlerin ) bütün zararlı neticelerini ihtiva eder. Haksız bir fiil işliyen, meselâ cismanî bir zarara sebebiyet veren veya bir şeyi hasara uğratan kimse, mağdurun mamelekine tesir eden bütün neti-

<sup>24</sup> Kanunu Medenin 92 inci maddesine [ T. K. M. mad. 84 ] müracaat.

<sup>25</sup> Aşağıda § 39, not 46 ya müracaat.

<sup>26</sup> Aşağıda § 42, not 44 e müracaat. Menfi ziyanın diğer bazı halleri için aşağıda § 30, not 27; § 31, not 80 e müracaat.

<sup>27</sup> Yukarıda not 10 a müracaat.

<sup>28</sup> Meselâ akdin ifası için gönderilen şey nakil esnasında zarara uğrar.

<sup>29</sup> Meselâ âkit batıl olan akit mucibince 20 franga satın alabileceği emtiayı şimdi 22 franga satın almağa mecbur olur.

<sup>30</sup> Alman Kanunu Medenisine nazaran *Vertrauensschaden* için verilecek zarar ve ziyan müspet ziyanı tecavüz etmemelidir. Borçlar Kanunu bu tahdidi ancak 8 inci maddesinde vazetmiştir. Fakat bu bir çok hallerde 43 üncü maddeye göre nazarı itibara alınacak hal ve vaziyetlerden husule gelir.

celere katlanmak mecburiyetindedir. Akdî bir borcu ihlâl eden kimse bu akte muhalif hareket neticesinde alacaklı için husule gelen tekmil zararları tazminle mükelleftir. Fakat diğer cihetten de ancak haksız fiilin veya mukaveleyi ihlâlin neticesi olan zararları tazmin mecburiyetindedir. Zira mesuliyeti doğuran vâkıa ile tazmini istenilen zarar arasında illiyet rabıtası bulunmalıdır. Tazmin borcunun bu şartı yani ( illiyet rabıtası *rapporl de causalité, relation causale*<sup>1</sup> ) kanununun 41 inci maddesile ifade edilmiştir. 41 inci madde faile « sebebiyet *cause* » verdiği zararları tazmin mecburiyeti tahmil eder ve 97 inci madde de [ T. B. K. mad. 96 ] borçluyu, borcun ifa edilmemesi halinde « bunun neticesi<sup>2</sup> » olan zararlar mesul tutar. Illiyet rabıtası işlerin tabii cereyanını idare eden kanunlara istinat eder; kanunî bir hüküm bulunmadığı zaman ise mantık kaidelerine göre taktir edilmelidir<sup>3</sup>.

1. Zarar sebeble mesuliyet için, bu mesuliyeti tevlit eden muamele- nin zararın yegâne sebebi olması icap etmez<sup>4</sup>. Filhakika hayatta, tekmil hâdiseler — beklenilmeksizin husule gelen bir zarar dahi — muhtelif vaziyetlerin yardımı ile *concoure de plusieurs circonstances* doğar. Binaenaleyh müteaddit illetlerin mevcudiyeti tabiidir. Failin, zararın husulünde âmil olan müteaddit illetlerden yalnız birini işlemiş olması kâfidir<sup>5</sup>.

2. Mesuliyet sadece zararlı vâkıanın, doğrudan doğruya sebebiyet verdiği zarara değil, fakat diğer vaziyetlerden husule gelen neticelerine de şâmindir<sup>6</sup>. Bir makinenin harap olması halinde, doğrudan doğruya zarar

<sup>1</sup> Oser ve Becker 41 inci madde vesilesile ve bunlar tarafından sayılan eserler.

<sup>2</sup> Zarar ve ziyanın bir kusur dolayısıyla değil meselâ 55 ve 56 inci maddelerde mevzu bahis olan hallerdeki gibi sebebiyet vermiş olmak hasebile ifası lâzım geldiği zaman, illiyet rabıtası, ehemmiyeti mahsusayı haizdir. Aşağıda § 49 müracaat.

<sup>3</sup> Illiyet rabıtası, sade zararın taktirinde değil sehpsiz mal iktisabında ve rızadaki fesatta nazarı itibara alınır. Aşağıda § 35 ve § 37 II, § 38 I 5, II 8 e müracaat.

<sup>4</sup> TF. 21, s. 806; 29 II, s. 280; 35 II, s. 324; Praxis 12, No. 18, consid. I (TF. 48 II, s. 477; JdT 1928 s. 270)

<sup>5</sup> Meselâ bizatihi oldukça hafif olan cismanî bir zarar *lésion corporelle* mecruhun gayrı tabii hali dolayısıyla ağır neticeler tevlit ederse bu neticeler de faile tahmil edilmelidir. Praxis 2 No. 10, Fabrikalar Kanununun 56 inci maddesinde bu şekildeki mesuliyet tabfif edilmiştir. (Praxis 2, No. 225; TF 39 II s. 621)

<sup>6</sup> TF. 26 II, s. 569; 29 II, s. 303; 38 II, s. 474; 42 II, s. 661; 43 II, s. 325. Praxis 6 No. 38; 10 No. 21. (TF. 46 II, s. 465; 54 I, s. 294 ve 348; JdT. 1917 s. 439 ve 652; 1921 s. 145; 1923 s. 7 ve 270; 1929 s. 332, 343, 346 ve 349).



makinenin kıymetinin azalmasıdır; bundan ya bir kazancın zayı olmasını veya fabrikatörün müşterisine karşı vadettiği akdî bir cezanın ödenmesini tevlit eden işlenmenin tatili neticesi de husule gelebilir. Bir bacağın kırılması zararına bilvasıta zarar olarak bunun tevlit ettiği malûliyetten dolayı diğer bir bacağın da kırılması zararının inzımanı mümkündür<sup>7</sup>.

Zararı çoğaltan vaziyetler *circonstances* tabii hâdiseler olabileceği gibi üçüncü bir şahsın<sup>8</sup> veya bizzat mağdurun<sup>9</sup> fiili de olabilir. Eski Borçlar Kanununun 116ıncı maddesi akdin ihlâlinin sebebiyet verdiği zarar ve ziyân bilâvasıta ve anî *immédiat* zararlarla tahdit etmişti. Muaddel *révisé* Borçlar Kanununun 99 uncu maddesi [T. B. K. mad. 98] esas itibarile bu tefriki tay etti<sup>11</sup> ve ancak bayiin teminatı meselesinde muhafaza eyledi. 195 ve 208 inci madde<sup>12,13</sup> [ T. B. K. mad. 192, 205 ] .

### 3. Fail, filinin tahmin etmediği ve tahmin edemediği neticelerinden de

<sup>7</sup> Trib. féd. 33 II. s. 571

<sup>8</sup> A tarafından sebebiyet verilen bir yangın esnasında eşya çalındığı takdirde, A bu zarara da sebebiyet vermiş addedilir.

<sup>9</sup> A, haksız olarak B yi hapsedmiştir. Eğer B kaçmağa teşebbüs ederken bir zarare uğrarsa bu zarar, hürriyetin nez'inin bir neticesidir. Bununla beraber aşağıda § 14 e bakınız.

<sup>10</sup> Aynı suretle Prusya Kanunu 1 6 § 2 ve 3 ve Fransa Kanunu Medenisinin 1151 inci maddesi ahkâmı umumiyenin eski doktrinine istinat ettikleri halde (*Glück 4 s. 449*) Drest projesinin 271inci maddesi ve bu eseri takip eden Alman Kanunu Medenisi bu tefriki terketmişlerdir. *Pothier* den iktibas edilen Fransa nazariyesinin maruf misali şudur: Satılan bir hayvanın hastalığı müşterinin teknil sürüsüne bulaşırsa, doğrudan doğruya bir zarar mevcuttur. Eğer hayvanın hastalığı neticesi olarak, tarlasını ekememişse bu, bilvasıta bir zarardır ve binaenaleyh kaideten zararlı fiilin faili bundan mesul değildir.

<sup>11</sup> Çünkü çok ince bir tefrik keyfi kararlara sebebiyet verir.

<sup>12</sup> *Oser* bu maddelerde " doğrudan doğruya *dommage direct* „ tâbirini menfi ziyân mânasına alıyor. Binaenaleyh bilvasıta zarar, mumaileyhe nazaran, ademi ifadan mütevellit zarar ve ziyân göstermektedir. *Oser*'e muhalif olarak aynı maddelere müteallik *Becker* in mütalealarına bakınız. v. *Thur*, SJZ 18 s. 370 e bakınız.

<sup>13</sup> 537 inci maddede doğrudan doğruya ziyân *intérêt direct* tâbiri muhafaza edilmişti; halbuki 422 inci maddenin birinci fıkrasına tekabül eden maddede zarar ve ziyân hâkimin taktirine atfedilerek tahdit edilmiştir. Federal mahkemenin içtihadına göre İera ve İflâs Kanununun 273 üncü maddesi ancak ( haczedilen şeyde tasarrufa mâni olmak suretile ) doğrudan doğruya ika edilen zararların tazminini tasrih eder. *TF* 34 II, s. 283; *Praxis* 12, No. 28) *TF* 48 II, s. 234 ve müteakip ss.); aşağıda § 50, not 32ye müracaat.

mes'uldür<sup>14</sup>. Mesuliyeti bir kusurdan neşet ediyorsa, bu kusur, memnu fiil ile alâkadar olmalıdır; fakat zararı doğuran veya çoğaltan diğer neticelerle alâkadar olması zarurî değildir<sup>15</sup>. Kusur ile vecibesini ihlâl eden borçlu, tahmin kabil olmıyan bir tesadüften ileri gelmiş olsalar bile, akdin ihlâlinin husule gelen tek mil neticelerden mesuldür<sup>16</sup>. 103 üncü madde [ T. B. K. mad. 102 ] bu hukukî kaideyi temerrüt<sup>17</sup> için, 306 ve 474 üncü maddeler [ T. B. K. mad. 300 ve 465 ] müstair veya müstevda tarafından o şeyin müsaade harici kullanılması ve 420 inci maddede [ T. B. K. mad. 411 ] vekâleti olmadan başkası namına tasarrufta bulunan kimsenin müdahalesi için beyan ve tasrih etmiştir. Fakat nagihani *fortuit* zararlı neticelerden mesuliyet sureti umumiyede illiyet esasına müstenit olduğu zaman kabul edilmelidir; meselâ müstecirin, mecuru mukavele hilâfına kullanmasında<sup>18</sup>, yahut bir hakka müstenit olmaksızın bir muavenet veya vekâlet iltizamında<sup>19</sup> veyahut başka birisinden haksız bir fiil ile zaptedilmiş olan şeyin kazaen *fortuit* ziyayı halinde<sup>20</sup> bu kaide tatbik edilir.

4. Zarar ve ziyan illiyet rabıtası haricine sirayet etmez. Kusurun sebebiyet vereceği muhtemel görünen zarar hakikatte diğer hallerden neşet etmişse fail mesul olmaz. Meselâ bir binayı iyi bir surette tamir ve muhafazaya mecbur olan bir çiftlik müsteciri bu vecibesini ihmal eder ve binanın kısa bir müddette yıkılacağı veya harap olacağı muhtemel olur ve fakat bu müddetten evvel o mintakadaki iyi bir vaziyette olanlar da dahil olduğu halde bütün evler harap olursa artık müstecir zararı tazmin etmez<sup>21</sup>. Zararı müstecirin hal ve hareketinin intaç edeceğini ispat etmek

<sup>14</sup> Eski Borçlar Kanununun 116 ncı maddesi kaideten aktin ihlâli halinde borçlunun mesuliyetini, kendisinin evvelden neticesini tahmin edebileceği zararları takyit ederdi. Fransa Kanunu Medenisinin 1150 inci maddesi de aynı tarzdadır.

<sup>15</sup> Böylece dikkatsiz avcı, endahatının bir kimseyi yaralayacağını bilebildiği zaman mesuldür. Filhakika avcı ancak bu halde kusurludur. Fakat mecruhun sıhhati için endahatın ne netice vereceğini bilmesi lâzım değildir. Aynı zamanda cismanî zararın mamelekte ne derecede zarar husule getireceğini de bilmesi icap etmez.

<sup>16</sup> Eski ahkâmı umumiyede, haksız bir harekete inzımam ederek zararı tevlit veya tezyit eden tesadüfe *casus mixtus* denilirdi.

<sup>17</sup> Windscheid § 258, mütalea 13; Dernburg, *Pandectes II* § 215, mütalea 5

<sup>18</sup> *Schweizerische juristen Zeitung*, 18, s. 387 ye müracaat.

<sup>19</sup> *Schweizerische juristen Zeitung*, 17, s. 229 a müracaat.

<sup>20</sup> Alman Kanunu Medenisi § 848 e müracaat.

<sup>21</sup> *L. 4 de impensis D. 25, 1.*



bir faide vermez; zira bu zarar hakikatte diğer bir hâdiseden husule gelmiştir. Illiyet rabıtası yani evin yıkılmasına varacak olan müstecirin kusuru diğer bir vâkıa ile, zelzele ile kat edilmiştir.

5. Illiyet rabıtasının inkıtasını, zararın hakikaten haksız bir muameleden hasıl olması ve fakat bu muamele olmaksızın da vukuu mûmkün bulunması halinden ayırmak lâzımdır. Meselâ 1 martta teslim ile mükellef olan borçlu temerrüt halindedir. Muhafazadaki ihmali neticesi olarak o şey 6 martta zayi olur; fakat 3 martta alacaklının da evi yanar ve o şeyin mukaveleye tevfikân 1 martta teslim edilmiş olması halinde de yanmakla zayi olacağı kabul edilmek icap eder ve şu halde illiyet rabıtası mevcut olmadığından bahsedilerek borçlunun mesuliyetine itiraz edileceği düşünülebilir. Fakat bu mülâhaza ve muhakeme *raisonnement* ne maddî vaziyete ve ne de faraziyata göre kabul edilemeyecek bir kombinezona istinat eder: Zarara borçlunun ihmalinin sebebiyet vermesi vâkıası, borçlunun vecibesini ifası halinde de bu neticenin hasıl olacağı mülâhazası üzerine kurulan faraziye ile izale edilemez<sup>22</sup>; bu, kat'î surette hasıl olmuş değildir<sup>23</sup>. 103, 306 ve 474 üncü maddeler, [ T. B. K. mad. 102, 300 ve 465 ] borçlunun akdî borcunu ifa etmiş olsa idi bile kazanın vukua gelmiş bulunacağını ispat etmek suretile beraat etmesine ancak kendi haksız bir hareketini müteakıp vukua gelen bir kazanın neticesindeki mesuliyeti derecesinde müsaade etmişlerdir. Verdiğimiz misalde, o şey nezdinde 6 martta zayi olan borçlu, 3 martta o şeyin alacaklının evinde de yanmış olacağını ispat etmekle mesuliyetten kurtulur<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> *Blatter für handelsrecht I. Entsch. 17. s. 219*

<sup>23</sup> Alacaklının nezdinde malın 3 martta telef olmuş bulunacağını muhakkak olmasından borçlu istifade edebilirse artık, yangını haber alınca malı muhafazada ihtimam göstermez. Bu noktanın nazarı itibara alınması lâzımdır.

<sup>24</sup> *Oser 4* numaralı mütaleada, *Becker 103* üncü maddeye müteallik 11 numaralı mütaleasında ve *Vaser Schuldnerverzug 60* da borçluyu, ancak kendi nezdindeki malı hasara uğratan aynı kaza, vakti muayyeninde malın teslimi halinde de husul bulmuş olacağı taktirde beri addederler. Bu suretle yukarıdaki misaldeki borçlu, mal kendi nezdinde 6 martta yanmış olduğu zaman alacaklı nezdinde de 3 martta yanmış bulunacağını ileri süremez. Filhakika burada aynı hâdise mevzuubahis değildir. 103 üncü maddeye esas teşkil eden ahkâmı umumiyyede bu takyit yoktur. *1. 10 § 1 Digeste 14, 2* de verilen misal berveçhiatidir: X vapuru ile nakledilmesi icabeden bir mal, mukaveleye muhalif olarak Y vapuru ile nakledilmiş ve bu vapur içinde iken bir kaza neticesi telef olmuştur; X vapuru da batmış olduğu taktirde borçlu mesul değildir. Alman Kanunu Medenisinin

55 inci madde de aynı kaideyi ihtiva eder<sup>25</sup>. Fikrimce muhtelif illetler *casus mixtus* için de kabul edilmek lâzımdır. Filhakika nagihani hâdiseden, kazadan husule gelen zararın mesul olan kimseye tahmili için bu kimsenin haksız fiili olmadığı taktirde zararın o şeye âriz olmayacağı muhakkak bulunmalıdır<sup>26</sup>.

6. Zararın husulünden sonra, işbu zarar husule gelmemiş bulunduğu taktirde aynı zararı tevhit edebilecek olan yeni hâdiselerin vukuu, mesuliyeti fi'len inkıtaa uğratmaz<sup>27</sup>. Meselâ ihmalile Y in ölümüne sebebiyet veren X , Y in bütün yolcularile beraber batmış olan bir gemiye binmek üzere olduğu vâkiasını ileri süremeyeceği gibi Y in her halde bir gün öleceğini de iddia edemez<sup>28</sup>. Filhakika Y in ölümüne X in kusuru sebebiyet verdiği hakikati bertaraf edilemez. Diğer misal : 1 martta kasadaki kıymetli evrakı çalan bir banka memuru, bankanın 2 martta cebir ve şiddet istimali suretile bir sirkate uğradığını ve bunun kendi tarafından çalınan kıymetli evrakın da ziyasını intac etmiş bulunacağını beyan ederek beraat iddiasında bulunamaz<sup>29</sup>. Mesuliyet muhtelit bir illetten *casus mixtus* hasil

---

287 inci ve Fransız Kanunu Medenisinin 302 inci maddeleri de bu mânadadır. *Rossel* in 4 üncü tabı No. 218 de de aynı mütalea dermiyan olunuyor. 103 üncü maddenin dar tefsiri "kaza *du cas fortuit*," tâbirine istinat eder; bu tâbir ikinci fıkrada, birinci fıkrada mucibince borçlunun mesul olduğu aynı kaza mânasını ifade edecektir. Fakat fikrimce kanunun hususî tâbirleri nazarı dikkate alındığı taktirde, bu hükmü, gramer noktai nazarından tam mânasile tefsir gayrı mümkündür.

<sup>25</sup> Aşağıda § 49, not 24 e müracaat.

<sup>26</sup> Bu neticeyi anlamak için şöyle bir muhakeme yapılır : Eğer borçlu haksız hareketile alacaklıya ait şeyi kazaya maruz bırakırsa bu fiilden mesul olmalıdır. Fakat o şey alacaklı nezdinde diğer bir kazanın neticesinde telef olacak idi ise, borçlu kaideten kazadan dolayı kat'iyetle mesuliyetini mucip olan hareketile alacaklıyı o miktarda bir meblâğın ziyayından muhafaza etmiş olur. Binaenaleyh mesul olduğu kazadan dolayı kendisini beri addetmek doğrudur.

<sup>27</sup> *Oser* mütalea VI, 3; *Becker* 41 inci maddeye müteallik mütalea 10.

<sup>28</sup> 45 I inci maddeye göre fail, ölüm kendi fiili olmaksızın husule gelmiş olsa da vefat sebebile ihtiyar edilen masrafları ödemeğe mecburdur. *Oser* 45 inci maddeye müteallik mütalea III 1 a.

<sup>29</sup> Meselenin diğer surette halli ve memurun cebren vukubulan sirkat sebebile beri addedilmesi arzu edilse banka kıymetli evrakın ziyayından dolayı hiç bir tazminat alamıyacaktır. Filhakika hırsız ancak almış olduğu şeyden dolayı mesul etmek mümkündür. Yoksa elinin altında bulunduğu taktirde alabileceği şeylerin de kendisinden istenilmesi mümkün değildir.



olsa bile, borçlu zarardan muahhar hâdiselerle mesuliyetten kurtulamaz. Meselâ temerrüt halinde borcun mevzuu olan şey 6 martta zayi olur ve 7 martta yahut daha sonra aynı zarara sebebiyet verecek vaziyetler tahdüs ederse, doğmuş bulunan tazmin borcu hükümsüz bir hale gelmez; aksi taktirde bütün zarar ve ziyan alacakları gayrı muayyen bir müddetle müstakbel hâdiselerin seyrine tâbi olacaktır<sup>30</sup>. Bu vaziyet ancak muahhar zararlı hâdiseler borcun mevzuu için bir tehlike tevhit ettiği zaman nazarı itibara alınabilir; ve bu mesuliyeti bertaraf etmek için değil, fakat tazminatı azaltmak içindir. Filhakika tehlike, vahameti nispetinde kıymetin azalmasını intaç eder<sup>31</sup>. Meselâ X tarafından öldürülen bir hayvanın, ölümü intaç edeceği muhakkak veya kuvvetle muhtemel bir hastalıkla malûl olduğu tezahur ederse, hayvan kıymetsiz olacağından X in mesuliyeti asgarî bir dereceye iner. Bir evin yanması tehlikesi karşısında bir kimse alevler içinde bulunan yanındaki gayrı menkulü yıkarsa hüküm aynıdır<sup>32</sup>.

7. Müteaddit kimseler bir zarara sebebiyet vermiş olmakla takip ediliyorlarsa, aşağıdaki halleri tefrik etmek lâzımdır :

a) Müteaddit kimseler aynı neticeye iştirak etmişlerse, müşterek illiyet *causalité commune* vardır<sup>33</sup>. Bu iştirak, müşterek bir fiilde, fail (müşterek fail *coauteur*<sup>34</sup>) muharrik yahut şerik sıfatile tezahur edebilir. Illi-

<sup>30</sup> Müstakbel bir zarar için bir tazminat kabul edildiği zaman tazminatın müstakbel vaziyetlere muallak olduğu anlaşılır. Meselâ bir ameleye bir kolunun kırılması neticesi olarak tamamen çalışma kudretini kaybetmesi dolayısıyla tazminat olarak bir irat hükmedilmişse, bu muahhar vaziyetlerin mevcut olan zarar ve ziyan alacağını iskat edeceği kabul edilebilir. Fakat zarar gibi, çalışma ehliyetsizliğinden mütevellit tazminat ta müddetin cereyanile doğar; ve eğer hastalık neticesi olarak kolun sakat kalması çalışma ehliyetine tesir etmiyorsa istikbal için hiç bir tazmin borcu tevhit edemez. 64 II inci maddenin bahsettiği tadilat henüz doğmamış olan *effectif* zarar ve ziyan alacağına değil bu alacağı artık tekabül etmeyen ve evvelden verilmiş olan hükme mütealliktir.

<sup>31</sup> v. Tuhr, *Notstand im Zivilrecht* 62; *Schatzung des Schaben* s. 12

<sup>32</sup> Aşağıda § 46, not 107 ye müracaat.

<sup>33</sup> Zararın müşterek faillerinden her birinin derecesi mesuliyeti kat'iyetle tesbit edilebildiği taktirde, bunlardan birinin yalnız şerik veya müşevvik sıfatile iştiraki hali müstesna olmak üzere, her biri zarardaki hissesinden mesuldür. *Oser*'in 50inci maddeye müteallik 1 5 numaralı mütalesası.

<sup>34</sup> Müşterek illiyet için en sarîh hal, müşterek faaliyet neticesinin yalnız bir kimse tarafından husule getirilmemesidir. Mesalâ A ve B den her birinin yalnız başına taşıması gayrı mümkün olan ağır bir şeyi müştereken kaldırarak aşırımları gibi.

yet rabıtasının tek bir illete istinadı zarurî olmadığı için ( yukarda sahife 90 No. 1 e müracaat ) bu şahıslardan her biri diğerleriyle müştereken sebebiyet verdiği zararın tamamından mesuldur. 50 inci maddenin birinci fıkrası bu kaideyi müşterek illiyet tecelli eden haksız fiil vesilesile sarahaten beyan eylemiştir<sup>34a</sup>. Borçlar Kanunu ( Alman Kanunu Medenisi de ) zararın müşterek bir fiilden değil, fakat muhtelif şahıslar tarafından yapılmış ayrı ayrı fiillerin iştirakile husule gelmesi halini meskût geçmiştir. Meselâ A nın ihmalkâr bir surette nazaret ettiği bir baruthaneyi B yine ihmal neticesi olarak tutuşturmuş olabilir<sup>35</sup>; yahut mecralarını bir ırmağa akıtan iki fabrikanın buraya döktükleri maddelerin heyeti mecmuasından bir zarar husule gelir. Saikler aynı oldukça yani illiyet rabıtası, diğer illetler tarafından bertaraf edilmiş bulunmadıkça faillerin her birini zararın tamamından mesul tutmak icap eder.

b) A ve B birbirlerinden ayrı işledikleri fiillerle, her ikisinin de yalnız başına işlediği bir fiilden husule gelebilecek aynı zarara sebebiyet verirlerse murtabıt illiyet *causalité concurrente* mevcuttur<sup>36</sup>. Meselâ iki avcı birbirinden haberdar olmaksızın bir orman bekçisinin üzerine ateş ederler ve her birinin mermisi bu adam üzerinde çalışma kudretini selbedecek ağır bir yara açar ; iki fabrika mecraları bir ırmağı zehirlerler ve bu fabrikalardan her birinin mecrası ırmağı zehirlenmeğe kâfi olur. Bu vaziyetlerde A nın fiili ile zarar arasında bir illiyet rabıtasının mevcut bulunmadığını kabul etmek mümkündür ; çünkü bu fiilin, husule gelen zararın lâzım bir şartı olmadığı gayri kabili itiraz bir keyfiyettir. Fakat amelî mülahazalardan istinbat edilen sebeplere binaen A nın kendi fiili olmaksızın zararın B nin fiile de husule geleceğini iddia etmesine müsaade edilemez; filhakika A nın bu itirazı *objection* dermeyan etmesine müsaade edilse B ye de aynı müsaadenin verilmesi lâzımgelecek ve nihayet her ikisinin de zararı tazmine mecbur olmaması gibi kabulü mümkün olmıyan bir netice hasil olacaktır. Aşağıki hali de aynı suretle halletmek lâzımdır : Bir inşaat için, aynı zamanda teslim edilmek üzere taş tedariki A ya, harç tedariki B ye ihale edilmiş ve her ikisi de temerrüt etmiş olsun, her ikisi de inşaatteki teahhurdan husule gelen zarardan mesuldurlar ve hiç biri diğerinin

<sup>34a</sup> Aşağıda § 51 e müracaat.

<sup>35</sup> *Praxis* 8, No. 97, c. 3 (TF. 45 II, s. 313; JdT 1919, s. 519)

<sup>36</sup> *Enneccerus* § 235, mütalea 8



temerrüdünün teahhura sebebiyet vermek için kâfi olduğunu öne süremez<sup>37</sup>.

c) Zararın A ve B den birisinin fi'le ika edildiği zahir olduğu halde bunlardan hangisinin fi'le vukua geldiğini tayin mümkün olamıyorsa *alternatif* illiyet mevcuttur. Esas itibarile, delil olmadığı taktirde ne A ve ne de B mesul tutulamaz. Meselâ bir kimse aynı yoldan ve birbirinden az bir mesafe ile giden iki otomobilden birisi tarafından çiğnenmiş olabilir. Yahut yalnız A ile B'nin girdiği bir odadan bir şey çalınmış bulunabilir; bu şahıslardan birinin zararı ika etmiş olması ihtimali kendisine mesuliyet tevcihi için kâfi değildir. Bununla beraber A ve B'nin fiilleri bir küll halinde görülüyor ve bir vahdet teşkil ediyorsa ve bu vâkıaların cereyanı esnasında buna iştirak edenlerden birisi zarara sebebiyet vermişse vaziyet başkadır. Ahkâmı umumiye bu esasa müsteniden bir kavgada sebebiyet verilen bir zarardan dolayı iştirak edenleri mesul tutmuştur<sup>38</sup>. Alman Kanunu Medenisinin § 83 aynı tarzdadır. Kanunu Medenin tadili esnasında müşabih bir hüküm teklif edilmişse de reddedilmişti<sup>39</sup>. Bununla beraber evvelce kavga halinde olduğu gibi<sup>40</sup> federal mahkeme muahharen de, mümasil diğer bir vaziyette<sup>41</sup>, işe karışan şahıslar arasında müteselsil mesuliyet esasını kabul etmiştir. Bu mesuliyet şu mülâhaza ile izah edilmektedir: Herkes iştirak etmiş olmakla zararın husulünde de âmil olmuş; müşevvik muharrik yahut şerik, zimethal sıfatile olmasa da diğer bir suretle zararın şartlarından birinin tahakkukunu temin eylemiştir. Bundan istihraç olunur ki iştirak edenin doğrudan doğruya sebebiyet vermediği tesbit edilse, meselâ kavga halinde aynı cismanî zararın faili olmadığı anlaşılrsa da yine mesuliyeti icap eder<sup>42</sup>; filhakika bu kimsenin, münazaaya iştirak

<sup>37</sup> Eğer A, tağı 1 martta ve B potrelleri 1 nisanda teslimi taahhüt etmiş olur ve hiç biri de tesbit edilen vadeye riayet etmezlerse sureti hal başka türlü olmalıdır. Eğer 1 nisanda inşaat potreller kullanılacak derecede ilerlememiş ise B'nin temerrüdü hiç bir zararı mucip olmaz ve inşaatın teahhurundan ancak A mesul olur.

<sup>38</sup> Windscheid § 258 mutalea 15 B; Dernburg, Pand. II § 132 mütalea 18.

<sup>39</sup> *Projet de 1905, mad. 1063, Bull. Sténogr. Conseil National 1909, s. 496.*

<sup>40</sup> 25 II, s. 823; 31 II, s. 252; *Praxis* 8, No. 98 [TF. 45 II, s. 304 ve müteakip ss. *JdT* 1919, s. 474 ve müteakip ss.].

<sup>41</sup> *Praxis* 5, No. 184 [TF. 42 II, s. 473 ve müteakip ss. *JdT* 1916, s. 690 ve müteakip ss.].

<sup>42</sup> *Oser*, mütalea I 4 b, *Bekcer*'in 50 inci maddeye müteallik 3 numaralı mütaleası. Ahkâmı umumiyyeye göre, L. 11 § 2; D 9, 2 zarara başka bir alâkadar tarafından sebebiyet verildiği sabit olduğu taktirde iştirak edenlerden birinin mesuliyeti bertaraf olur.

etmek suretile bilvasıta zarara sebebiyet verdiğiinden mesuliyeti tahakkuk eder. Bu mesuliyet zarureten, haksız bir filin yahut bir kül teşkil eden ve üçüncü şahısların menfaatlerini fevkalâde bir tehlikeye koyan vakıâlar mecmuasının mevcudiyetini icap ettirir<sup>43</sup>. Bilâkis umumiyetle tehlikeli ad-dolunmıyan haklı bir fiile iştirak, iştirak edenlerden her birini, kendi ika ettiğine kanaat hasıl olmıyan bir zarardan mesul tutmak için kafi değildir<sup>44</sup>.

8. Bir fiilin ademi icrası âlemi haricinin vaziyetini tadil edemeyeceğinden, bir terk ve ihmal *omission*<sup>45</sup> da bir neticenin maddî sebebi olamaz. Bununla beraber amelî hayatta ve mahkeme içtihatlarında zararın bir ihmal neticesi olabileceği tereddütsüz bir surette kabul edilmektedir<sup>46</sup>. Bir mukavelenin ademi ifasında yahut borçlunun temerrüdünde, borçlunun bu menfi hareketinden mesul olması lâzım geldiğinde hiç tereddüt edilmemektedir. Fakat ihmalle, meselâ 55 ve 56 ıncı maddelerde beyan edilen nazareti ifa etmiyerek, haksız bir fiil ( hususile bedenî bir ârıza veya maddî bir zarar ) işlenmiş olabilir. Terki filin hukukî illiyeti şu fikre istinat eder: Bir zarara mani olmamak, müspet bir fiil ile bir zarar işlemeğe temsil edilmelidir; bununla beraber ihmalde bulunan kimsenin yalnız mâni olmak imkânına malik olması kâfi değildir; zarara mâni olmak vecibesile de mükellef bulunması lâzımdır. Meselâ yolu kapamıyan yol bekçisi bu ihmalile bir kazaya sebebiyet verir; gayrı kabili içtinap teklikeyi bildiği halde hareketsiz kalan geçici için vaziyet böyle değildir. Aynı suretle meçhul bir çocuğun suya düştüğünü görüp te müdahale etmiyen kimse, ahlâkan bu ölümden mesuliyet hissetmesi lâzım gelmekle beraber hukukan asla bu ölüme « sebebiyet » vermiş addedilemez. Kanunda sarih bir hüküm olmadıkça üçüncü bir şahsın menfaatini himaye için bir kimsenin faaliyet sarfına mecbur olup olmadığı şüpheli olduğundan terki fiilde illiyet güçlkle tesbit edilebilir. Bu borç, ekseriya hayattaki tecrübelerden istinbat edilen, tehlikeli bir fiil işliyen kimsenin mutat tedbirleri ihmal etmemesi

<sup>43</sup> Meselâ bir süre avı *Enneccerus* § 458 mutalea 6 ya müracaat.

<sup>44</sup> Top oynamak üzere tahsis edilen bir yerde oyuna iştirak eden kimse, geçenlerden birisinin acemi bir oyuncunun attığı toptan yaralanmasından mesul değildir.

<sup>45</sup> *Oser*, mutalea II; *Becker*, 41 inci maddeye müteallik mutalea 11; *Trager*, *Enneccerus* için *Festgabe* deki yazısında (1913).

<sup>46</sup> Meselâ 261 III ve 439 uncu maddeler [ T. B. K. mad. 256, 430 ] bir ihbarın yapılmamasından dolayı hasıl olan zararın tazmini.



hakkındaki hukukî prensibe istinat eder<sup>47</sup>.

9. Mantıkî noktai nazardan illiyet rabitasının devamı gayrı mahduttur. Bütün hadiselerin ve binaenaleyh zararlı fiillerin tesirleri namütenahi devam ederler ve eşyanın muahhar inkişaflarında az çok hissedilirler. Hakikati halde hadiseler hayatta o kadar çok muhtelif suretlerle zincirlenirler ve o derece giriftleşirler ki fiil ile eşyanın muahhar vaziyeti arasındaki asli münasebet artık tesbit edilemez; yahut beşeri şuurda gölgelenir. Fakat illiyet muhakkak ve kat'î olduğu halde adalet hissiyatı bazan failin, fiilinin son neticeleri için mesuliyetini kabul etmez. Meselâ bir kimse muayyen bir gün için bir gürklü palto sipariş eder ve teslimdeki teahhurdan dolayı seyahatini bir gün tehir etmek mecburiyetinde kalır; eğer bir şimendifer kazasına kurban olursa bu zararın borçlunun teahhuru olmadığı takdirde vuku bulmıyacağına itiraz edilememekle beraber hâkim kürkçünün bu kazadan mesuliyetine güç karar verebilir. Bir kimsenin diğer bir şahısta bedenî bir ârızaya sebebiyet vermesi ve davet edilen tabibin mecruhun ailesine bir çocuk hastalığı nakletmiş olması, yahut bir eczacı çırağının pansıman edevatı getirirken bundan istifade ederek mecruhun evinde bir sirkat ika eylemiş bulunması<sup>48</sup> halleri de böyledir. Burada da aynı suretle illiyet rabitasının mevcudiyetine itiraz edilemez. Fakat zararın faili aslisine fiilinin bu kabil neticelerini atfetmekle pek uzaklara gidileceği de hissedilir. Mesuliyetin, adalet hissinin icap ettirdiği hududunun nazari olarak tahdidi ve kat'î karakterlerle tesbiti muhtelif suretlerle tecrübe edilmiştir. « Sebep » ve « şart » tefrik edilerek ve ancak hadisenin vukuunu tayin eder görünen şarta « sebep » tesmiye olunarak yukarıda söylenen misallerdeki illiyet rabitasının inkârına teşebbüs edilmiştir; meselâ denilmektedir ki paltoyu teahhurla teslim etmekle kürkçü seyyahın uğradığı kazaya sebebiyet vermemiş fakat ancak kazanın bir şartını tevlit etmiştir. Aynı suretle bedenî ârıza hastalığın sirayetinin veya sirkatin sebebi değil fakat tabip veya hırsız tarafından sebebiyet verilen zararı mümkün kılan bir

<sup>47</sup> Bir ateş yakan kimse, söndürmeden veya her türlü yangın tehlikesini bertaraf etmeden uzaklaşmamalıdır. I. 27 § 9. D. 9, 2.

F. M. N. — Kanun bir ihtimam vazifesi kabul ettiği vakit mutad ihtimamlar kâfi değildir; Vaziyetin icap ettirdiği dikkat ve tedbirlerin alınması lâzımdır. Borçlar Kanununun 55, 56 58 ve 339 uncu [ T. B. K. mad. 332 ] maddeleri; Kanunu Medenin 333 üncü maddesi [ T. K. M. 320 ] .

<sup>48</sup> *Enneccerus* § 235 III den iktibas edilen misaller.

şarttır<sup>49</sup>. Bu tefrik kabili müdafaa değildir. Filhakika kendisi olmaksızın bir neticenin hasıl olamayacağı şart (*condictio sine qua non*) zararın yegâne illeti olmazsa bile illetlerinden birisidir<sup>50</sup>.

Daha yeni bir nazariye tazmin borcunu, hususi bir illiyet rabitasını muktazi addetmek suretile tahdit etmeğe çalışır: Netice illetle mütenasip « tam *adéquat*<sup>51</sup> » olmalıdır. Mesuliyeti tevlit eden vâkıa, mahiyeti itibarile, umumiyetle bu neviden bir zarar tevlidüne salih bulunmalıdır; yani bizzat faile nazaran olmasa bile işlerin tabii tarzı cereyanına göre ve hadiselere tam bir vukufu hükmenden üçüncü bir şahıs için zarar imkânı kabili tahmin olduğu taktirde keyfiyet böyledir. Bilâkis, bu nazariyeye göre zarar hayatın tecrübeleri haricindeki istisnai hal ve vaziyetlerin telâhukundan mütevellit ise illiyet rabitası tam *adéquat* değildir. Bu nevi hal ve vaziyetler fiilin tevlit ettiği illiyet rabitasını, tabiri mahsusile, katederler. Meselâ bir seyyah bir trenin teahhurundan dolayı menfaatli bir işi kaçırsa, burada tam bir netice vardır; binaenaleyh bu halde borçlu zararı takdir edemese de tazmin lâzım gelir. Fakat bir paltonun teahhurla teslimi halinde, sipariş sahibi bir tren kazasına uğrarsa, bu fevkalâde bir neticedir ve binaenaleyh tam bir netice olmaz; filhakika böyle bir kazanın âfaki imkânı bir tren için diğerinden daha ziyade değildir<sup>52</sup>. İkinci misalimizde hafif bir cismanî zarardan, tedavi eden tabibin kusurile daha ehemmiyetli bir zarar husule gelmesi gayrı melhuz değildir; kusurlu kimse kendisi takdir ve tahmin edemese bile bu tam neticelerden mesul olur. Bununla beraber bir kimse parmağından yaralanmasını müteakıp kızılden ölürse bu,

<sup>49</sup> *Trager in Kausalbegriff* inde mevzuu bahsettiği, *Birkmeyer, Bindung, von Bar ve Kohler* in nazariyeleri de bu mealdedir.

<sup>50</sup> Zararın bazı şartlarına " illet *causes* " denilmiyorsa bu, az çok şuurî bir surette, bunlardan illetin hükümlerini bertaraf etmek maksadile yapılmaktadır. Bu mantikî bir tefrik değil hal ve vaziyetlerin ameli hayat mefhumlarına göre taktirinden ibarettir.

<sup>51</sup> Bu nazariye muhtelif tarzlarda bilhassa *Rümelin* tarafından müdafaa edilmiştir. *Archiv für zivilrechtliche Praxis*, cilt 90; *Trager, Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (1904); *M. L. Müller, Bedeutung des Kausalzusammenhangs* (1912). Halâ Alman içtihadı mahakimine hâkimdir.

<sup>52</sup> Eğer seyyah diğer tarafın kusuru neticesi olarak daha az emin bir vasıtai nakliyeye müracaat etmeğe mecbur olmuş ve bu suretle bir kazaya uğramış ise başka türlü hükmetmek lâzım gelecektir.

<sup>53</sup> Meselâ İmparatorluk Mahkemesinin *Wochenschrift*, 50, s. 1236 daki kararına müracaat.



hal ve vaziyetlerin istisnai bir teselsülüne istinat eder ve mantıkî bir muhakeme ile faili bundan mesul addetmek mümkün olmaz.

Alman doktrini ve içtihadı mahakimi, Alman Kanunu Medenisinin metninin aksine olarak tam illiyet *causalité adéquate* nazariyesini müdafaa ve tatbik etmekle mesuliyetin hududunu hakkaniyete muvafık bir surette tahdit etmişlerdir. Fakat bu prensip ekseriya hususî bir halin taktiri için ancak tamamen haricî ve zahirî bir muavenet arzeder. Filhakika illetle aralarında, illiyet rabitasını tam gösterecek bir münasebet bulunan neticeleri tayin için mutlak surette emin bir kıstas yoktur. Bu nazik meselelerde hâkimin ihtiyatkârlığı, meleke ve mahareti kararlarında kendisine rehberlik edecektir. Binaenaleyh zararı tahdit eden haller kabili münakaşa olduğundan bir dereceye kadar hâkimin serbest taktirine terkedilmek icap eder. Eğer hâkim tahlili kabil olmıyan adalet hissine tebaiyetle<sup>54</sup> filan neticenin, fiilin failine isnat edilemeyeceğine karar verirse bu kararını, zararın fiilin tam bir neticesi ve binaenaleyh fiil failinin mesuliyetini mucip olmadığını söyleyerek talil edebilir<sup>55</sup>.

İsviçrede, hâkim illiyet rabitasını taktir hususunda, esas itibarile, Almanyadakinden daha serbesttir. 43 üncü maddeye nazaran hâkim tazminat miktarını hal ve vaziyeti nazarı itibara alarak tesbit eder<sup>56</sup>. Hâkimin bu salâhiyeti fiilin failine hakikati halde sebebiyet vermiş olduğu zararı müteceviz bir tazmin borcu tahmilini intaç etmemeli fakat mesuliyeti tevlit eden fiilin bazı neticelerini bu borçtan hariç tutmağa müsaade eylemelidir. Hâkim serbest taktirile ekser zamanlar tam illiyet *causalité adéquate* nazariyesinin vasıl olduğu neticeye varacak, kararında da bu nazariyenin telhis ettiği mantıkî mülâhazaları beyan eyliyecektir<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Yukarıda § 7 ye müracaat.

<sup>55</sup> *Allg. Teil* § 43, note 60.

<sup>56</sup> Eski Borçlar Kanununun 51 inci maddesinin birinci fıkrası hâkimin serbest taktirinden bahsetmekte idi. Tadil esnasında bu tâbirler hâfif edildi. Fakat fiilen hiç bir şey değişmiş değildi. Çünkü « hal ve vaziyetler *circumstances* » ancak Kanunu Medeninin 4 üncü maddesi mucibince hakkaniyet ve nispet dairesinde karar vermekle mükellef olan hâkim tarafından takdir edilir.

<sup>57</sup> TF 41 II, s. 88 ve 94 ; *Praxis* 4, No. 62 ; 5, No. 123; 6, No. 99; 11, No. 99 [TF. 41 II, s. 90; *JdT* 1915, s. 370 ve müteakip ss.; TF. 42 II, s. 362; 43 II, s. 181; 48 II, s. 145; *JdT* 1923 s. 2 ve müteakip ss. ]

İllyet rabıtasının delillerini zararın tazminini istiyen taraf göstermek mecburiyetindedir<sup>58</sup>. İllyet rabıtası şüpheli ise talep ve iddia red edilmedir. Fakat bu deliller çok dar bir surette taktir edilmemelidir ; filhakika illetlerle neticeleri arasındaki teselsül ekseriyetle doğrudan doğruya müşahade ve tesbit edilemez ve alâkadarların vakıf olamayacakları diğer bir halin zararın hakikî sebebi olması tamamen imkânsız değildir. Bir çok hallerde deliller dar bir surette taktir edilirse mağdur hakkını istifa edemez. Bunun içindir ki 42 inci maddenin ikinci fıkrası «zararın hakiki miktarını ispat mümkün olmadığı taktirde hâkim halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfi kan tayin eder » demektedir<sup>59</sup>. Meselâ müddeaaaleyhin kusurunun tesbitinde adiyen bu zararı intaç edecek bir kusur mevcut olunca hâkim müddeaaaleyh zararın diğer bir sebebe isnat edileceğini ispat edinceye kadar, illyet rabıtasını mevcut addedebilir<sup>60</sup>.

10. Bir mahrumiyetikâr *lucrum cessans*<sup>61</sup> mevzuubahs olduğu zaman illyet mefhumunun tatbikinde hususî müşkülâta tesadüf edilir. Filhakika müspet zarar *damnum emergens* halinde servetin *effectif* bir tenakusu mevcut olduğu halde, bütün mahrumiyetikâr servetin zararlı hadise husul bulmadığı taktirde bulunacağı vaziyete göre yapılacak farazî *hyhothétique* bir hesaba istinat eder. Fakat mahiyetleri itibarile bu kabil faraziyeler kat'î değildirler. Hâkim mahrumiyeti kârı takdir için, ne dar bir zihniyetle sadece zararlı hadise vukua gelmemiş olsaydı tahakkuk etmiş olacak olan kazançlara ne de başka bir esas olmaksızın, ekseriya çok mübâlâgalı olan müddei tarafından yapılmış hesaplara istinat etmemelidir. 42inci

<sup>58</sup> Deliller bahsine ait olup Kanunu Medeninin 8 inci maddesine tealluk eden ve onun neticesi bulunan bu kaide Borçlar Kanununun yeni 42 inci maddesinin birinci fıkrasında sarahaten beyan edilmişti.

<sup>59</sup> 42 inci maddenin ikinci fıkrası yalnız, riyazî bir surette tesbit edilemiyen doğrudan doğruya zarar *dommage exact* dan bahsetmektedir. Fakat fikrimce bu madde zararın rakamı değil, müddeinin bir zarara uğrayıp uğramadığı bilinmek istenildiği zaman da tatbik edilmelidir.

<sup>60</sup> *Paxis*, 10 No. 127 C. 5 [TF. 47 II, sahife 293] « İllyet rabıtasının dar ve kat'î bir delili muktazi addedilemez; işin tabii cereyanına ve hayattaki tecrübelerle müstenit bir ihtimal ile iktifa edilmelidir. » Bundan maada; *Praxis* 8 No. 100, c. 3; 5 No. 124 [TF. 45 II; s. 332 ; *JdT* 1919 s. 642; TF. 42 II, s. 250 ] ; *Trib. d'Empire* 95 No: 24, 35, 77, 81; *Heinscheimer, Rhein, Zeitschrift* 13 s. I ve müteakıp ss. müracaat.

<sup>61</sup> Yukarda § 12 not 14 müracaat.



maddenin ikinci fıkrasına tevfikân işlerin tabii cereyanını<sup>62</sup> nazarı itibara alarak bu zaviyei rüeyete göre tahakkuk edebilecek menafi için bir tazminat hükmeder<sup>63</sup>. Binaenaleyh müddeinin herhangi bir kimsenin müstefit olabileceği bir kârdan mahrum kalmıyacağı fikrile hareket edecek ve istisnâî haller neticesi olarak âdi kazancın da tahakkuk edememesi ihtimalinden tecerrüt eyliyecektir<sup>64</sup>. Meselâ kendisinden aksiyonları çalınmış olan kimse, hissedarlık hukukunu kullanamamakla mahrum kaldığı kârın tazminini talep edebilir<sup>65</sup>; yahut evi X in kusuru ile yanan kimse ecri misil isteyebilir; veyahut hayvanı X tarafından öldürülen arabacı arabasını kullanamamaktan mütevellit mutat kazancını talep edebilir<sup>66</sup>. Fakat müddeinin kaybetmiş olduğunu iddia ettiği istisnâî kazançların, hususi vaziyetlere nazaran bu kazançlar muhtemel olmadıkça ve bilhassa bu ihtimal mağdur tarafından alınan tedbirlerden husule gelmiş bulunmadıkça, tazminine mahal yoktur<sup>67</sup>. Bu kabilden olmak üzere yanan evin maliki istisnâî bir derecede yüksek bir kira istiyemez, meğer ki böyle istifadeli bir kirayı yangından evvel akdetmiş olduğunu veyahut çok yakında akdetmesi lâzım geldiğini ispat etmiş ola<sup>68</sup>. Aynı veçhile bir alacaklı kaideten mütemerrit borçlusundan mahrumiyetkâr olarak ancak kanunî geçmiş günler faizini veya o zamanda umumiyetle tediye edilen daha yüksek bir faiz istiyebilir. Fakat bu para

<sup>62</sup> Becker 97 inci maddeye müteallik 19 ve 20 inci mutalealar; Oser 413 üncü maddeye müteallik V 1 c mutalea.

<sup>63</sup> Beyide 191 III [ T. B. K. mad. 188 III ] , 215 II [ T. B. K. mad. 212 II ] inci maddelerde zararın mücerret hesabı için tabii cereyanına müstenittir.

<sup>64</sup> Böyle bir ihtira beratının taklitinden mütevellit zarar ve ziyan mevaddında müddeinin, müddeaaaleyh tarafından satılan miktara müsavi eşya satmak imkânını kaybetmiş olduğu fikrinden hareket edilir. İmparatorluk Mahkemesi 95 s. 221.

<sup>65</sup> Esham sahibinin kayıt hakkını istimal veya temlik etmekte yanılmıyacağı farz edilebilir.

<sup>66</sup> Bir apartmanın kiralanmıyacağı, yahut X tarafından öldürülen bir hayvanın hastalanacağı veya diğer bir kazaya maruz olacağı hesaba katılmaksızın

<sup>67</sup> 42 II inci maddeye ve buna model olan Alman Kanunu Medenisi § 252 ye müracaat.

<sup>68</sup> Kendisine satılmak üzere kitaplar mevdu olan ve nezdindeki kitaplardan biri X tarafından tahrip edilen bir kitapçı kaideten, tâbie vermek mecburiyetinde olduğu fiatı zarar olarak talep edebilir. Fakat tekmil diğer nushaları elden çıkarmışsa tahrip edilen nusha üzerinden kaybettiği kârı da istemek hakkına maliktir. Zira hal ve vaziyetlere nazaran bu nushayı da satabileceği muhakkaktır.

ile bir piyango bileti satın alarak temin edebileceği menfaati talep edemez<sup>69</sup>.

Bir kimsenin haksız veya âdaba muğayır fiillerle tahakkuk ettirebileceği kazançların da tazminine mahal yoktur. *Lucrum illicitum vel inhonestum*<sup>70</sup>. Filhakika zarar ve ziyan, istihsal edilmemesi lâzım gelen menfaatleri temine mahsus değildir. Meselâ 191inci maddenin birinci fıkrasına [ T. B. K. mad. 188 ] müsteniden dava açan bir müşteri yahut 41 inci madde dolayısıyla dava eden bir malik, zararının hesaplarını o mali azamî fiatının fevkinde tekrar satabileceğine veya evi gayrı ahlakî maksatlarla kiraya vereceğine istinat ettiremez.

II. Bir kimseye zarar iras eden hadise aynı zamanda kendisine bir faide de temin edebilir. Tazminin gayesi mutazarrırın zenginleşmesi olmayıp mamelekinin eski vaziyete konulmasından ibaret bulunduğundan zarar ve ziyana mahal veren hadisenin faydeli neticeleri, mamelekin haldeki vaziyeti ile eski vaziyetinin mukayese ve taktirinde hesaba katılmak icap eder. Ahkâmı umumiyede de aynı mealde olarak *compensatio damni cum lucro* dan bahsedilmektedir<sup>71</sup>. Bu formül doğru değildir. Çünkü zararın, tazminle mükellef tarafın bir alacağı ile takası değil, belki bu zararın hesabında mutazarrırın temin ettiği menfaatin hesaba katılması mevzuu bahistir. Doğru tabir faydelerin mahsubu *imputation des avantages* tabiri olacaktır<sup>72</sup>. Bu mahsup ekseriyetle vukua gelir. Meselâ bir hayvan öldürülmüşse yahut bir bina tahrip olunmuşsa, malikin, mülkünün bedeli verilmek suretiyle zararı tazmin edilmekle beraber bu bedelden hayvanın deri ve sairesi veya binanın enkazı tenzil olunur<sup>73</sup>; yahut bir noterin kusuru yüzünden tanzim etmiş olduğu vasiyetname batıl addedilmiş ve bu suretle, mirasçı naspedilmiş bulunan bir kimse kendisine bahşolunmuş olan

<sup>69</sup> Ancak mağdur, muahharen ikramiye isabet eden muayyen bir piyango bileti sipariş etmiş ve borçlusunun ademi tediyesi neticesi olarak onu satın alamamışsa vaziyet başkadır.

<sup>70</sup> *Dernburg, Bürgerliches Recht* II § 24 mutalea 15; *Planck* 249 mutalea7; *Becker* 41 inci maddeye müteallik mutalea 7; *İmparatorluk Mahkemesi* 90, 64, 306; 91, 50; *Rechtssprechung der oberlandsgerichte* 28, 312; *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht* 12, 1139; L. 11; § 17 1 D. 47, 2.

<sup>71</sup> *Windscheid* § 258 mutalea 4; *Dernburg* II § 45, 4.

<sup>72</sup> *Oser*, 43 üncü maddeye müteallik V 4 mutalea.

<sup>73</sup> Bununla beraber aşağıda § 15, not 35 e müracaat.



bu sıfatı kaybetmişse zararının tazmininde, vasiyetin iptalinden sonra kanunî mirasçı sıfatı almış olduğu hisse tenzil olunur. Bir mürsil, karar hilâfına olarak emtiayı şimendiferle gönderecek yerde denizden gönderdiği vakit, denizden nakil esnasında kazaen âriz olacak zararlardan mesul olmakla beraber, mürseliyleye borçlu olduğu zarar ve ziyandan deniz nakliyatının daha ucuz olmasından dolayı temin edilen menafii mahsup edebilir. Taahhüt ettiği gayrı menkulü teslim edemiyen bayi, müşterinin mahrum kaldığı kârı, sarfedilmemiş bulunan tescil masraflarını tenzil etmek suretile tazmin mecburiyetindedir. Diğer bir kimsenin kusur ile vazifesine devam iktidarını ve mevkiini kaybeden bir memurun alacağı tazminattan bu kudretsizliği dolayısıyla alacağı ikramiye tenzil olunur.

Bununla beraber bu mahsup ancak zararlı hadiseden husule gelmiş addedilen menfaatler için kabul edilir. Zararın tazmininde olduğu gibi tenzil edilecek menfaatler için de tam illiyet rabıtası nazarı itibara alınmalıdır. Binaenaleyh zararlı hadisenin mahiyetinden münbais olmakla beraber bir ihtimal halinde bulunan ve hayattaki tecrübelerle nazaran tamamen bir tesadüf mahsulü addedilen menfaatler hesaba katılmaz. Bu sebeple ne evi yanan bir kimsenin arazisini tesviye ettirirken bulacağı definenin kıymeti<sup>74</sup> ne de zararın husulünde iştiraki olmıyan bir kimsenin mutazarrıra zarar sebeble vereceği bir hediye<sup>75</sup> zarar ve ziyandan tenzil olunmaz. Kezalik bir kimse kendisini aldatarak çok aşağı bir fiatla kıymetli bir şey almış olan bir şahıstan zarar ve ziyan istediği zaman, bu kimsenin o şeyin bedelile aldığı bir piyango bileti sayesinde temin etmiş olduğu kazanç aldatan şahıs lehine olarak bu zarar ve ziyandan tenzil edilmemelidir.

Fakat fikrimce burada da, zararın vüs'at ve şumulünü tayinde olduğu gibi<sup>76</sup>, tam illiyet prensibi, hâkime gayrı mütehavvil bir surette tatbik edilecek bir kriteriyum mahiyeti arzetmez. Filhakika zararlı istifade arasında illiyet rabıtasının mevcudiyeti görünmekle beraber mahsubun kabili itiraz olduğu haller vardır; bir ipoteki kaybeden ve gayrı menkulü çok düñ bir fiatla iktisap etmek suretile istifade eden bir kimsenin ipotekin ziyayı dolayısıyla zarar ve ziyan istemek hakkı bu kabildendir<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> *Kipp* başka bir reyde gibi görünüyor. *Windscheid* § 248 müteallik mutalaa 7 b.

<sup>75</sup> *Allg. Teil* § 72 not 7; İmparatorluk Mahkemesi 96 s. 145.

<sup>76</sup> Yukarda s. 100 c müracaat.

<sup>77</sup> İstifadenin mahsubu hususunda, İmparatorluk Mahkemesi 84, 347; *Enneccerus* § 237, mutalea II.

Aynı suretle istimlâk hakkında da, mülkü istimlâk edilen kimsenin kendisine kalan gayrı menkul kısmının veyahut tasarruf ettiği diğer bir gayrı menkulün, bu istimlâkin istihdaf ettiği iş dolayısıyla kespedeceği ziyadei kıymetin *plus-value* nazarı itibara alınıp alınmayacağı münakaşa edilmektedir<sup>78</sup>. Kaideten cismanî zararlar veya ölüm için verilen zarar ve ziyarlardan, mağdura veya bıraktığı kimselere<sup>79</sup> verilen sigorta tazminatı tenzil edilmemektedir. Halbuki kaza ile sigorta tazminatı arasında, kaza ile bir memura veya müstahdime verilen ve zarar ve ziyandan mahsup olunan tekaudiye arasındaki kadar tam bir illiyet rabitası mevcuttur; sigorta için kabul edilen farklı hal sureti, sigorta primi tediye etmiş olan kimsenin hakkını, daha az ihtiyatlı hareket etmiş bulunan bir kimseye nazaran takyit etmenin hakkaniyete muğayir olacağı mutaleasına müstenittir.

Mağdurun A ya karşı haiz olduğu zarar ve zıyan hakkından maada, B ye karşı aynı mahiyette ikinci bir mutalebeye malik olması menfaatinin tenzil ve tenkisi meselesi mevzu bahis olamaz<sup>80</sup>. Filhakika bunun tenzil ve mahsubu mevzu bahis olursa bu prensip B nin mesuliyeti dolayısıyla A nın ve A nın mesuliyeti dolayısıyla B nin beraetine müncer olacaktır. Zarar ve zıyanla müteaddit kimseler mesul oldukları zaman ancak bunların müteselsilen mesul olup olmadıkları ve rücu haklarının neden ibaret bulunduğu sorulabilir<sup>80</sup>.

II. Borçlar Kanununun 34 üncü maddesinin birinci fıkrası, ahkâmı umumiyeden ve Alman hukukundan<sup>81</sup> farklı ve fakat Prusya<sup>82</sup> ve Avusturya<sup>84</sup> kanunlarile<sup>83</sup> ahenkli olarak, hâkimin, haksız fiil failinin kusuruna nazaran tazminin vüs'at ve şumulünü tayin etmesine müsaade etmiştir<sup>85</sup>; Binaenaleyh hâkim, bir kusur mevcut olmayıp sadece bir ihmâl bulunan

<sup>78</sup> *Fleiner, Bundesstaatsrecht* § 61 mutalea 26.

<sup>79</sup> TF in *Praxis* 12, No. 157 deki kararlarına müracaat [TF. 49 II s. 370].

<sup>80</sup> *Oser*, 51 inci maddeye müteallik II 3 mutalea.

<sup>81</sup> Aşağıda § 51 müracaat.

<sup>82</sup> Bununla beraber *Handelsgesetzbuch* § 430 ve § 467 ye müracaat.

<sup>83</sup> Fransız Kanunu Medenisinin 1150 inci maddesinin de müracaat.

<sup>84</sup> *Allg. emeines landrecht* I 5 § 288; 6 § 1 ve müteakıp. *Derenburg, Preussisches Privatrecht* I § 121.

<sup>85</sup> Avusturya Kanunu Medenisi § 1324.

<sup>86</sup> *Ihering, Schuldmoment im Privatrecht*, 54 ve müteakıp ss. *Bluntschli, Kommentar zum Zürich. Gesetzbuch* § 999 da bu fikir lehine mutalaa beyan edilmiştir.



hallerde serbest takdirine tevfikân, tazmini ânî zararlarla yahut taktir ve tahmini kabil zararlarla veyahut zararın heyeti mecmuasının bir kısmile tahdit eyler<sup>86</sup>. Bu suretle tazminatın kusurun ağırlığına göre tayininde zararın tazmini fikri esasisinden bir inhiraf ve ceza hukuku kaidelerinin bir tesiri görülebilir<sup>87</sup>; filhakika, tazminat kasten veya ihmalle sebebiyet verilen zarar hadis olmadığı taktirde mağdurun bulunacağı iktisadî vaziyete göre hesap edilir, halbuki suçlunun cezası bilhassa kusurun nev'ine ve ağırlığına bağlıdır. Haksız fiil failinin hafif bir ihmali halinde mağdura tam bir tazminat vermemek haksız görünebilir. Fakat zarar ve ziyanın tamamen haksız fiil failinin kusuruna bağlı olduğu ve bu kusur mevcut olmadığı taktirde zarara mağdurun bizzat katlanmak mecburiyetinde bulunduğu düşünülür; kezalik tazmin borcunun, failin mamelekini tenkis etmesi itibarile kendisine bir ceza gibi ve bazan da cezadan daha ağır bir tesir ika<sup>88</sup> ettiği mülâhaza olunur ve nihayet hafif ihmalle kusurun ademi mevcudiyeti arasındaki gayrı kat'î hudut ve bu itibarla tam illiyet rabitasının tesbitindeki müşkülât nazarı itibara alınırca hâkimin, ihmalle zarara sebebiyet veren kimseye karşı kasten zarar ika edenden daha mü-lâyimetle hareket etmesinin âdilâne olduğu tezahur eder. Bu tadil ve tahfif, kazaen zarara uğramış gibi zararın bir kısmına katlanmak mecburiyeti dolayısıyla, mağdurun zararına icra edilir; hâkim, haksız fiil failini gözetmek için bu vaziyeti yani tahfifin mağdur hesabına icra edilmekte olduğunu gözden kaçırmamalı ve mağdur muzayakalı<sup>89</sup> bir halde ise kusurunun hafifliği dolayısıyla haksız fiil failine yapacağı tenkisten sarfı nazar edebileceğini düşünmelidir.

Hafif ihmal halinde diğer bir tadil ve tehvin de mümkündür: 44 üncü maddenin ikinci fıkrası mucibince tamamen tazmin borçluyu muzayakaya<sup>91, 92</sup>

<sup>86</sup> Bilhassa zararın ehemmiyeti mağdurun fevkalâde lüks ihtiyaçlarından husule geldiği zaman; *Windscheid* § 258 mutalea 2. *Dernburg* II § 45 mutalea 2 ye müracaat.

<sup>87</sup> *Oser* 43 üncü maddeye müteallik mutalea II müracaat.

<sup>88</sup> Bilhassa ihmali bizzat kendi mameleki için de bir zarar tevlit ettiği zaman bu hal mevzuubahs olabilir. TF 20 s. 1130 c. 3 e müracaat.

<sup>89</sup> Mağdurun servetinin vaziyeti dahi hâkimin 43 üncü maddenin birinci fıkrası mucibince taktire mecbur olduğu hallerden olabilir.

<sup>90</sup> TF. 21. s. 1201. c. 7; *Fück*, 46 inci maddeye müteallik 31 inci mutaleaya müracaat.

<sup>91</sup> « gène » tabiri, Kanunu Medeninin 328 inci maddesinde [ T. K. M. 315 ] muavenet borcunun bir şartı addedilen « besoin » kelimesinin aynıdır.

<sup>92</sup> Yukarda § 7, not 10 müracaat. 44 üncü maddenin ikinci fıkrasına tevfikân tenkis

maruz bırakacaksa zarar ve ziyarı tenkis edebilir. Eğer bu tedbirden sonra borçlunun malî vaziyeti iyileşirse mağdura munzam bir alacak tahakkuk ettirmek salâhiyeti bahşedilmesini hakkaniyete muvafık görürüm<sup>93</sup>.

### § 14. Mağdurun müterafık kusuru

Bizzat kendisine bir zarar ika eden kimsenin bunun tazminini talep edemeyeceği bedihidir<sup>1</sup>. Halbuki kendisine üçüncü bir şahsın bir zarar ika ettiği kimse bu zararın tahassulünde zimethal olur yani zarar, failin kusuru kadar mağdurun da vaziyet ve tavrından husule gelmiş bulunursa mesele daha ziyade nezaket kesp eder. Meselâ: bir müstecir, ikamet ettiği evin merdivenleri mukarrerata muvafık bir surette tenvir edilmemiş bulunduğundan ve kendisi de karanlığa rağmen ihtiyatsızca ve acele bir surette indiğinden düşer; yahut bir patron amelesine bozuk bir âlet verir ve amele de bu âleti ihtiyatsızca kullandığından yaralanır. Her iki halde de mağdur daha basiretle hareket etmiş olsaydı zarar husule gelmiyecekti. Fakat bu keyfiyet, esas itibarile, kusurları olduğu taktirde mucir ve patronun mesuliyetini bertaraf etmez.

Filhakika illiyet rabıtasının tetkiki göstermiştir ki, mesuliyeti ihdas eden halin mutlaka zararın yegâne sebebi olması icap etmez. Haksız surette hareket eden veyahut başka bir sebepten dolayı bir zarardan mesul olan kimse, kendi fiilinden başka ahval, bilhassa bizzat mağdurun fiilleri zararın husulünde âmil bulunmuş olsa dahi mesuldür<sup>2</sup>. Yalnız mağdurun vaziyetinden mütevellit olmakla beraber zararın tamamen tazminini icap eden ahval çoktur. Meselâ sokaklar buz tuttuğu zaman evinin önüne kum dökmek borcunu ifa etmeyen mal sahibi, kaldırımdan yola inerken

---

hakkının şartları hibe vadindeki *beneficium competentiac* şartlarından daha sıkıdır. Hibe vadinde 250 inci maddenin ikinci fıkrası [ T. B. K. mad. 245 ] muzayaka « gâne » den değil vahip için fevkalâde külfetli olan bir hibeden bahseder. Mağdurun tenkisle karşılaşan menfaatini bir hibeden müstefit olacak bir kimsenin menfaatinden daha ehemmiyetli görürüm.

<sup>93</sup> TF. *Praxis* 12 s. 165 [ TF. 49 II s. 87; JdT 1923 s. 554 ] haksız fiil failinin bundan hiç bir menfaat istihsal etmemiş veyahut asgarî bir menfaat elde etmiş bulunması vakiâsını 43 üncü maddenin birinci fıkrasından farksız addetmektedir.

<sup>1</sup> *Quid quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.*

<sup>2</sup> Yukarda § 13 not 9 a bakınız.



kayan bir adamın sukutundan, bu şahıs kendi arzusu ile hareket etmiş ve bizzat kazaya sebep olmuş bulunsa bile, mesuldür. Bir hilenin faili dahi, mağdurun bizzat yaptığı mukaveleden mütevellit zarardan mesuldür. 265 inci madde [T. B. K. mad. 267] mucibince, hitamından evvel icarı fesheden mucir, icarın feshi dolayısıyla apartman boş kaldığı taktirde bu zararın tazminini müstecirden talep edebilir; vaktinden evvel mukaveleyi feshetmekle bu zarara bizzat kendisinin sebebiyet verdiği itirazın dermeyan olunamaz. Bu misallerden anlaşılıyor ki mağdurun zararı mucip hareketi, kusuru olan failin mesuliyetini daima bertaraf etmez.

II. Bu son netice ancak mağdura bir kusur atfolunabildiği meselâ, mağdur, karanlık bir merdiveni sür'atle inen müstecir veyahut bir âletin bozukluğuna dikkat etmiyen amele gibi, bir basiretsizlik gösterdiği zaman tahassül eder. Eski Borçlar Kanununun 51inci maddesi ahkâmı umumiye ile ahenkli olarak<sup>3</sup> mağdurun «kusur»undan bahsediyordu. Fabrikacıların hukukî mesuliyetine mütedair kanunun ikinci ve şimendifer kumpanyalarının mesuliyetine müteaallik kanunun birinci maddelerile Alman Kanunu Medenisi ( § 254 ) aynı tabiri kullanmaktadırlar. Burada «kusur» kelimesinin teknik manasında değildir. Zira, kusur, haksız fiilin enfüsü unsurudur. Halbuki bir kimse kendisini zarardan vikaye borcu ile hukukan mükellef olmadığından kusuru da mevzuubahs olamaz<sup>4</sup>. Şu halde mağdurun müterafik kusuru, diğer bir kusur gibi, bir tazmin borcu hasıl etmez; belki yalnız tazminat miktarını tenkis eyler<sup>5a</sup>. Bu müterafik husur, akli başında basiretli bir şahsın kendi menfaati için çekineceği veya çekinmesi icap eden düşüncesiz bir harekettir<sup>5</sup>. Bu basireti göstermeyen kimse ise, ahlâkî noktai nazardan zarara müstahak olur; bunun en iyi delili de, mağdurun kendi kendini kabahatli bulmasıdır. Kanun, bizzat mağdurun kusurunu, zarar ve ziyan üzerine müessir kılmak suretile bu umumî

<sup>3</sup> Ahkâmı umumiyede buna : *Compensatis culpae* denilir. *Wiudscheid* § 258 mütalea 17, *Dernburg* II § 45, 3.

<sup>4</sup> *Allg. Teil* § 89 IV, *Praxis* I s. 406 [TF. 38 II, s. 149] da bir hukukî vazifeden bahsolunmaktadır.

<sup>5a</sup> Yukarda § 2 not 15 e bakınız.

<sup>5</sup> *Praxis* 6, No. 99 [TF. 43 II, s. 186] nazaran otomobil sevk eden birisi tarafından davet edilen kimse bunun iyi idare edemediğini gördüğü halde kendisini yola devam teşvik ederse müterafik bir kusur mevcuttur.

mülâhazaya iştirak eylemiştir<sup>6</sup>.

Bu hukuk kaidesinin tatbikatta büyük bir ehemmiyeti vardır. Ne olursa olsun bir malı zarardan muhafaza menfaati umumiye icabıdır; eğer kanun mağdurun aklı selimin icap ettirdiği tedbirleri üçüncü bir şahsın esasen zararı tazmine mecbur olmasından dolayı ittihaz etmemesine müsaade etseydi bu da içtimai menfaate muğayir olacaktı.

Muaddel Borçlar Kanununun 44 üncü maddesi [ T. B. K. mad. 44 ] . Eski Borçlar Kanununun 51 inci maddesine muhalif olarak, mağdurun kusurundan değil belki « mesul olduğu vakıâlardan *faits dont il est responsable* » bahseylemektedir.

Bununla beraber yeni metin « 51inci maddeye müteallik içtihatlardan uzaklaşmak maksadile kabul edilmemiştir<sup>7</sup> » ve Borçlar Kanununa hâkim bulunan kusur prensibine *culpa* göre de insan ancak kendi kusurundan mesul olduğundan<sup>8</sup> muaddel maddede ancak mağdurun kusurunun nazarı dikkate alındığını kabulde devam etmek lâzım gelmektedir<sup>9</sup>. Mağdurun zararı husule getirmekte veya tezyit etmekte âmil bulunan ruhî vaziyeti ve bedenî malûliyetleri ( kulağının ağır işitmesi, beceriksizlik ilh. ) zarar ve ziyan hakkını tenkis etmezler<sup>10</sup>. Şu halde mağdurun temyiz kabiliyeti müterafık kusurun bir şartıdır<sup>11</sup>. Fakat 54 üncü maddeye kıyasen temyize muktedir olmıyan mağdurun *attitude concomitante* müterafık tavır ve vaziyetini nazarı dikkate alarak, nısfet kaidelerine tevfikân tazmin borcunun tehvini mümkündür<sup>12</sup>. Mağdurun 44 üncü madde [ T. B. K. mad. 44 ] mucibince mesul bulunduğu vâkıalar meyanına üçüncü şahıslara karşı ettikleri zararlardan dolayı kendisinin mesul bulunduğu eşhasın fiillerini de ilâve etmeğe lüzum olup olmadığı mevzuubahs olabilir. Meselâ: X e ait ve müs-

<sup>6</sup> Sigortalara müteallik federal kanununun 61 inci maddesine ve Borçlar Kanununun 201 inci maddesi II inci fıkrasıyla [ T. B. K. mad. 204 ] *Oser* in 3a numaralı mutalaa-sına bakınız.

<sup>7</sup> *Consell national* raportörünün beyanâtı; *Bulletin sténogr.* 1900, s. 493 e bakınız.

<sup>8</sup> TF. 24 II, s. 214.

<sup>9</sup> 44 üncü maddede mevzuubahs olan hal "müterafık kusur" formülile gösterilebilir.

<sup>10</sup> Argovie kanton mahkemesinin kararı. *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 19. s. 137. İşbu mahkemenin daha eski bir kararı başka bir manadadır. ( aynı mecmua 4 ss. 22 ), bu karara göre mağdur kendisinin isteriye müstait bulunmasından dolayı zararın tazayüdüne katlanmak mecburiyetindedir.

<sup>11</sup> TF. 31 II, s. 34; 32 II, s. 258 ve 463. *Egger* in 18 inci maddeye müteallik 3b numaralı mutaleasına bakınız.

<sup>12</sup> *Oser* in 44 ünnü maddeye müteallik II 2a mutaleası.



tahdimlerinden birine tevdi edilmiş olan bir şeyde hasil olan zarar bu müstahdimin *imprudence* ihtiyatsızlığıyla ziyadeleşmiş olursa nasıl karar vermelidir? Alman Kanunu Medenisinin ( § 254 ) i , Borçlar Kanununun 101 inci maddesine tekabül eden [ T. B. K. mad. 100 ], ( § 278 ) in kıyasen tatbiki lâzım geldiğini söylemektedir<sup>13</sup>. Filhakika, borçluya, *auxiliare* muavinlerinin harekâtından mesuliyet tahmilini haklı gösteren esbap bu muavinlerin işlerini yaparken kendisini vikaye etmeleri mümkün ve lâzım olan zararları da yine ona tahmile müsait görünmektedir. Fakat, müterafık kusur *faute concomitante* 101 inci maddedeki manada [T. B. K. mad. 100] bir borca (*Schuldpflicht*) *obligation* müstenit olmadığından bu maddenin tatbiki münakaşa edilebilir.

Tadil, eski 51 inci maddenin metnini değiştirdiğinden bu meseleyi de halletmesi icap ederdi. Bundan başka kanun « *faits dont le lésé est responsable* » kendisinin mesul olduğu vakâlar» tabirinden muavinlerinin de<sup>14</sup> fiillerini kastediyor idiyse bunu açıkça söylemesi lâzım gelirdi. ( 101 ) inci madde [ T. B. K. mad. 100 ] borçlunun kanunî mümessillerinin harekâtından dolayı mesuliyetinden bahsetmez. Fakat bu kaideyi kıyasen tatbik etmek suretile böyle bir mesuliyet kabul olunmalıdır<sup>15</sup>. Binaenaleyh, temsil olunana karşı tahassul edecek zararı izale veya tahfife mecbur olan kanunî mümessiller tarafından ika olunan kusurun dahi temsil olunana tahmili icap eyler. Nazaretteki noksan dolayısıyla yaralanan bir çocuğun zarar ve ziyan alacağı da tenkis olunur.

III. Eski hukukta müterafık kusur *faute concomitante* hakkında pek şedit ahkâm vardı. Ahkâmı umumiyyeye nazaran zarar failinin ihmalile, mağdurun ihmali takas ediliyor ve fail tazmine mecbur olmuyordu. Fabrikacıların ve şimendifer kumpanyalarının mesuliyetine mütedair İsviçre kanunlarına göre dahi, mağdurun müterafık kusuru bütün mesuliyeti ber-

<sup>13</sup> Bu kıyas, mağdurun, hukukan olmasa bile, ahlâkan kendisini tehdit eden zarardan kaçınmağa mecbur olduğu ve bu vazifeyi ifa için de bir muavin kullandığı fikrine istinat ediyor.

<sup>14</sup> Bu zamanda Alman Kanunu Medenisinin ( § 254 ) i mevcut bulunduğu ve mutlaka görülmüş olacağı düşünülürse muaddel metnin de bunu kastetmiş olması gayri varit değildir.

<sup>15</sup> *Becker* madde 11 e müteallik mütalea 2; *von Tuhr*, STZ 17. 227; başka bir fikir için *Oser* in 101 inci maddeye müteallik mutaleası II 2 d.

<sup>16</sup> TF. 24 II s. 214; *Rossel* No. 113.

taraf eder<sup>17</sup>. Buna mukabil, eski 51 inci madde ve Alman Kanunu Medenisi, hâkime daha fazla bir taktir salâhiyeti veriyorlardı. Muaddel 44 üncü maddede böyle yapıyor : « Hâkim zarar ve ziyan miktarını tenkis veyahut zarar ve ziyan hükmünden sarfı nazar edebilir<sup>18</sup> ». Her iki kusurun derecesi ehemmiyeti nazarı dikkate alınarak karar verilir<sup>19</sup>. Eğer fail kasten hareket etmiş ise mağdurun ihmali nazarı dikkate alınmaz<sup>20</sup>. Kendisinin zarar ve ziyan hakkını tenkis etmez<sup>21</sup>; eğer fail kasten hareket etmemiş ise, mağdurun ihmali hâkimin kusurlarından birini veya diğerini daha ehemmiyetli addettiğine göre<sup>22</sup>, ya hiç nazarı dikkate alınmaz veyahut zarar ve ziyayı tenkis eder; yani her bir taraf zararın bir kısmını tahammül eder veyahut tazmin borcu tamamen ortadan kalkar. Mesuliyet ancak bir nazaret vazifesinden ileri geldiği ( meselâ hayvanlara bakanların mesuliyeti madde 56 [ T. B. K. mad. 56 ]<sup>23</sup> veya zararı tazmine mecbur tutulan şahsın kusurundan müstakil olarak mevcut bulunduğu ( meselâ bir bina<sup>24</sup> sahibinin mesuliyeti gibi madde 58 [ T. B. K. mad. 58 ] hallerde mağdurun kusurunu bilhassa nazarı dikkate almak icap eder. Bu son hallerde mağdurun kusuruna tekabül eden başka bir kusur yoktur. Mesuliyet hakkındaki hususî kanunların bizzat mağdurun kusuru halinde bütün mesuli-

<sup>17</sup> Hukukî mesuliyet hakkında 1871 tarihli Alman kanunu ile ahenkli olarak.

<sup>18</sup> Müterafık kusur resen tetkik olunabilir. Kelimenin teknik mânasıyla bir defa *exception* mevzuubahis değildir. *Praxis* I, s. 406 [ TF. 38 II s. 150 ]. Beyyine külfeti müddeaaaleyhe düşer. TF 44 II s. 51.

<sup>19</sup> Alman Kanunu Medenisi ( § 254 ) en kuvvetli illete kat'î bir tesir atfetmekte ve hâkime halli müşkül bir mesele arzulemektedir. Filhakika mantıkî noktai nazardan iki illet bir netice hasıl edecek olursa her ikisi de aynı derecede ehemmiyetlidir.

<sup>20</sup> Bu itibarla, zimmetine mal geçiren bir memur cürmün mürakabedeki noksandan ileri geldiğini müdafaaten dermeyer edemez. Bilâkis memur veya müstahdimin kefilî 509 uncu maddenin ikinci fıkrası mucibince [ T. B. K. mad. 500 ] alacaklıya karşı mürakabedeki kusuru dermiyan edebilir.

<sup>21</sup> Bilâkis kasdî fiillerde, bilhassa bu fiiller bir ihtiras neticesi yapılmışsa, tahrik nazarı dikkate alınarak tazminat azaltılabilir.

<sup>22</sup> Eger, meselâ bisiklete binen birisi yolun sol tarafından gider ve fazla sür'atle gelen bir otomobil tarafından çignenirse otomobilciye daha ağır bir kusur isnat olunabilir; filhakika seyrüsefer için bir otomobilin fazla sür'atle gitmesi bir bisikletin yolun yanlış tarafından gitmesinden daha tehlikelidir.

<sup>23</sup> *Becker* mütalea 8.

<sup>24</sup> *Becker* mütalea 13.



yeti bertaraf eden ahkâmı bu suretle izah edilmiş olur<sup>25</sup>.

IV. 44 üncü maddedeki manada müterafık kusur zararın doğumu ile alâkadar olabilir :

1. Mağdur, tarzı hareketile zararı mucip hâdisenin zuhurunu teshil eder<sup>26</sup>; yahut ta diğer tarafın fiilinin zararlı neticelerini bertaraf etmeğe teşebbüs etmez. Alman Kanunu Medenisi (§ 254 II) bu cinsten bir müterafık kusur mevzuubahs etmektedir; bu kusur mağdurun, failin bilmediği ve bilmeğe mecbur olmadığı pek fazla bir zarar tehlikesine kendisinin nazarı dikkatini celp etmemesi şeklinde tezahur eder<sup>27</sup>. Meselâ, mühim miktarda bir meblâğı muhtevi olduğunu ihbar etmeden bir mektubu bir komisyoncuya teslim eden kimse, Komisyoncu mektubu ihmal neticesi olarak kaybettiği taktirde, ancak zararın bir kısmını istifa edebilir; filhakika komisyoncunun, mektubun kıymetli olduğunu bildiği taktirde vazifesini daha dikkatli ifa edeceği farzolunabilir. 44 üncü madde [ T. B. K. mad. 44 ] « zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırır » hallerden bahsederken belki de bu tarzda bir vaziyeti nazarı itibara almaktadır.

2. Müterafık kusur, esasen husule gelmiş bir zararın tezyidi ile de alâkadar olabilir. Mağdur, zararı azaltmak için vaziyetin icap ettirdiği tedbirleri almalıdır. Meselâ, bir zarara maruz bulunan bir müstecir muciri haberdar etmeyecek olursa, ihbar vaktinde yapılmış olduğu taktirde zararın husule gelmeyecek bulunan kısmına kendisi tahammül eder<sup>28</sup>. Emtianın geç teslimi halinde de böyledir. Müşteri, zararın çoğalmasına mani olmakla ve eğer dayiin teslim edemeyeceğini anlarsa o emtiayı başka yerden tedarikle mükelleftir ( « *Achat de couverture*<sup>29</sup> » ). İcra dairesi bir şeyi bir

<sup>25</sup> 487 inci madde [ T. B. K. mad. 474 ] bu mânada daha ileri gitmektedir : Zarar müşterinin kendisine, kendisini ziyaret edenlere veya yanında veyahut hizmetinde bulunlara kabil isnat olursa otelcinin mutlak mesuliyeti yoktur.

<sup>26</sup> Meselâ kâfi bir sebep olmaksızın, kıymetli eşyayı ihmal neticesi zarara maruz oldukları mahalle tevdi eylemek suretile, *Becker* in 44 üncü maddeye müteallik 5 numaralı mütaleasına bakınız.

<sup>27</sup> Borçlar Kanunu 447 inci maddenin ikinci fıkrasında [ T. B. K. mad. 438 ] bu kaideyi nakil mukavelesi için zikrelemiştir.

<sup>28</sup> Vaziyete nazaran, müstecir mucirin temerrüdü halinde küçük noksanları madde 256 II [ T. B. K. mad. 251 ] tamir etmediği taktirde kendisine bir müterafık kusur atfolunabilir. *Trib. d'Empire* 100 s. 44.

<sup>29</sup> Madde 191 II [ T. B. K. mad. 188 ]

üçüncü şahsın borcu için haczedecek olursa mal sahibinin protesto etmesizin malin müzayede ile satılmasına müsaade etmesi ve bilâhare zarar ve ziyan talep eylemesi doğru değildir. Belki hacze muhalefet için ve münasip vakitte müdahale etmelidir.

V. Her hadisede mağdurun, zararı bertaraf veya tahfif için ne gibi tedbirler almak mecburiyetinde bulunduğu düşünölmelidir; bunlar her halde ancak, makul bir adamın kendi menfaati için ittihaz edeceği tedbirlerdir ve hiç bir zaman bilhassa mağdurun sıhhat ve hayatı için, mühim tehlike teşkil eden tedbirler olamazlar. Meselâ, üçüncü bir şahsın kusuru ile yanmakta olan evini kurtarmak için mal sahibinden hayatını tehlikeye koymasını talep olunamaz. Bir şey'i başkasının köpeği tarafından taarruza uğrayan bir malik kendisini ısırılmak tehlikesine maruz bırakmağa mecbur değildir. Bazan mağdur bir ameliyat yapılmakla çalışma kabiliyetinin artması veyahut tamamen hali tabiiye avdeti mümkün olmasına rağmen, çalışma kabiliyetinin tamamen fıkdanından dolayı zarar ve ziyan almağı daha rahat ve daha hoş bulabilir. İşte bu gibi hallerde ameliyattan imtina şeklinde tezahur eden müterafik kusurun zarar ve ziyarı ne dereceye kadar tenkis edeceği meselesi ihtilâfı mucip olmuştur.

Bu tarzı hareket, umumî menfaat noktaî azarından tenkide şayandır ve binnetice müterafik kusur sebeble iradın tenziline hak verebilir. Mafafi ahvali bedeniyye taallük eden hususat o kadar şahsi bir meseledir ki tazmin mecburiyetinde olan kimsenin menfaati bunun taktirinde bir kıstas olamaz.

Mağdurun ameliyat olmak<sup>30</sup> vazifesi de oldukça dar bir surette tahdit olunur; mağdur ancak, ameliyat tehlikeli olmadığı ve fazla ıstırap vermediğı, ehemmiyetli surette iyileşeceği kat'iyetle bilindiğı ve borçlu ameliyat masarifini peşinen verdiğı taktirdedir ki bu ameliyatı yaptırmak mecburiyetindedir.

VI. Zararı bertaraf etmek yahut azaltmak için mağdurun ittihaz edeceği makul derecedeki tedbirlerin masrafı, işbu zararı tazmin ile mükellef olan tarafından ödenir<sup>31</sup>; bu masarif borçlunun mesul bulunduğu fiilin bilvasıta neticesi addolunmalıdır<sup>32</sup>. Mağdurun, zarardan kaçınmak için

<sup>30</sup> TF. 21 s. 630; 28 II s. 219; *Trib. d'Empire* 83 s. 16.

<sup>31</sup> *Allg. Teil* § 88 s. 478.

<sup>32</sup> Yukarda § 12, 9 numaralı nota bakınız; daha ilerde § 48 not 57 ye de müracaat.



yapmış olduğu masrafların, zararın bir unsuru olarak tediyesi lâzım gelir. Ahval ve şaraitin icap eder gösterdiği tedabirin gayrı kâfi olduğu meydana çıktığı<sup>44</sup> hatta zararı çoğalttığı hallerde bile bu masraflar aynı suretle tamamen tediye olunur. Mağdurun, zararın tesirini izale etmek için masarifi borçlu tarafından ödenmek üzere, tedbirler ittihazı hakkı bu husustaki vazifesinden daha ileri gider; icap eden mani tedbirlerin yapılması, bunlar meselâ mağdurun üzerine almağa mecbur bulunmadığı bir hasarı mucip olduklarından dolayı<sup>45</sup> 49 uncu madde mucibince müterafık bir kusur teşkil etmese bile, mağdur, bu husustaki masrafları borçludan alabilir.

VII. 44 üncü maddede [ T. B. K. mad. 44 ] mevzuubahs edilen « mağdurun muvafakati » hakkında aşağıda § 46 IV 3 e bakınız.

### § 15. Tazminin tarzları

1 — Tazmin borçlu tarafından tesviye olunan ve alacaklının mamelekinde hasıl olan noksanına karşılık teşkil eden bir bedeldir. Bu telâfi ve takas muhtelif vasıtalarla olabilir: Ya tazmin borcunu doğuran ahval zuhur etmemiş bulunduğu taktirde mevcut olacak vaziyet iade olunur (aynen iade). Meselâ zarara uğramış olan şey eski haline irca edilir, yahut ta mağdurun mamelekini zararı mucip hadise zuhurundan evvelki miktarına iblâğ edecek bir meblâğ tediye olunur (nakten tazmin). Meselâ zarara uğramış bir şeyin kıymetindeki tenakusa müsavi bir para verilir. Gerek Roma hukukunda ve gerek ahkâmı umumiyede ancak nakten tazmin<sup>1</sup> kabul edildiği halde Alman Kanunu Medenisi ( § 249 ve mabaği ) nakten tazmin lehine mühim istisnalar tanımakla beraber esas itibarile aynen tazmini kabul aylemiştir. Borçlar Kanununun 43 üncü maddesi [T.B.K. mad.

<sup>44</sup> Bu masarifi karşı taraf hesabına masraf şeklinde yapılmaz: Mağdur kendisini zardan vikaye için tedbir ittihaz ederken başka bir tarafın işini değil kendi işini idare etmektedir. Binaenaleyh ne diğer tarafın talimatını takibe ve ne de muhalefetini nazarı dikkate almağa mecbur değildir.

<sup>45</sup> *Trib. d'Empire* 99 s. 183, LCA mad. 70, Borçlar Kanunu mad. 45 II: tedavi masrafları.

<sup>46</sup> *Trib. d'Empire* 91 s. 215.

<sup>1</sup> *Dogenkolb, Archiv. für Zivilistische. Praxis* 76 s. 1 ve müteakıp ss. Fransız hukukunda da böyledir. *Planiol* II No. 224.

43 ] hükmünce ( taraflar arasında itilâf olmadığı ahvalde ) tazmin tarzını hâkim tesbit eyler<sup>2</sup>. Ahval ve şeraiti tartmak yani zararın mahiyetine ve tarafların vaziyeti maliyesine göre en muvafık tarzı seçmek mecburiyetindedir. Hâkim aynı derecede bulunan muhtelif tazmin tarzlarından borçlu için pek ağır bir yük teşkil etmedikçe mağdurun arzusuna en muvafık olanını ihtiyar edecektir. Bu esaslara istinat edilerek ekseriya aynen tazmin haklı bulunur : Meselâ mağdur talep ettiği ( ve gayrı mütenasip masarifi mucip olmadığı ) taktirde hasara uğrayan şeyin tamiri yahut borçlunun hakkı olmadan devir ve temlik<sup>3</sup> yahut terhin ettiği<sup>4</sup> bir şeyin aynen veya hükmen iadesi; yahut ta vekilin borcuna muhalif olarak kendi hesabına satın aldığı bir şeyin teslimi. Gayrı kanunî rakabetten ( madde 48 ) [ T. B. K. mad. 48 ]<sup>5</sup> dolayı müddeaaaleyhi zarar ve ziyana mahkûm eden ilâmın ilânı da aynen tazmin addolunabilir. Hâkim bazı ahvalde müddeinin talep ettiği nakten tazmin yerine aynen tazmine hükmeder : Meselâ hasara uğramış bir kitabın yerine kaim olmak üzere diğer taraf aynı kitabın bir nüshasını tedarik eder ve yahut ta mucir içinde oturulamıyan bir odanın yerine her cihetçe<sup>6</sup> müstecirin istediği şekilde diğer bir oda teklif eder.

Umumiyetle tazmin bir meblâğdan terekküp eyler<sup>7</sup>. Filhakika eski vaziyetin iadesinin gayrı mümkün olduğu bir çok hallerden başka nakten

<sup>2</sup> Kanunun, tazmin tarzının tesbitini hâkime havale etmesi ahval ve şeraite münasip surette tazmin imkânını bahşettiğinden faideli ise de bazı mahzurları da vardır : Meselâ tazmin mecburiyetinde bulunan ve alacaklının temerrüdü sebebiyle bir miktar meblâğı tevdi etmek istiyen kimse bu tevdi ile mesuliyetten kurtulacağını kat'iyetle bilemez. Çünkü bilâhare hâkimin başka bir tazmin tarzı tesbit etmesi mümkündür. Zarar ve ziyan alacağının nakli veya haczi halinde de aynı suretle müşkülât zuhur edebilir.

<sup>3</sup> Eğer bir şeyin aynen iadesi, temellük edenin razı olmaması veyahut pek fazla bir fiyat talep etmesi dolayısıyla, gayrı mümkün olursa hâkim müddei için nakten tazmine hükmeder.

<sup>4</sup> Eğer A'nın uğradığı zarar X'in kusuru neticesi olarak ( meselâ: 55 ve 101 inci maddeler mucibince A'nın C'ye karşı mesul olduğu bir fiilden dolayı ) C'ye karşı borçlu olmasından ibaretse A tazminat olarak kendisinin bu borçtan kurtarılmasını talep edebilir. Yukarda § 7 not 30 a bakınız.

<sup>5</sup> TF. 32 II s. 374

<sup>6</sup> Aynen tazmini ikmal ve itmam etmek üzere vaziyetin eski haline iadesine kadar mağdurun dūçar olduğu zarara mukabil kendisine nakten de tazminat verilmelidir.

<sup>7</sup> Eğer zararın faili mağdur bir talepte bulunmadan bu zararı tamamiyle tamir etmişse mağdurun artık zarar ve ziyan hakkı yoktur.



tazmin, basit olması ve muayyen bir meblâğın tediyesi, aynen tazminden doğması muhtemel müşkülâtı izale eylemesi dolayısıyla, tavsiyeye şayandır.

II. Zarar ve ziyan olmak üzere tediye edilecek meblâğ muhtelif noktai nazarlara göre, muhtelif tarzlarda hesap edilir:

1. Müddei, eski vaziyetin iadesi yerine bu iade için lâzım gelen meblâğı<sup>8</sup> talep edebilir. ( Bu meblâğ zarara uğrayan şeyin kıymetine nazaran pek fazla olmamak şartile ) müddei o şeyi bizzat eski haline ircaa başlamışsa - ki buna hakkı<sup>9</sup> ve bazı ahvalde de mecburiyeti vardır<sup>10</sup> - yahut eski haline koymak istemekle beraber bu ameliyeyi diğer tarafa havale etmek istemez ve bizzat kendisi yapmak veya bir üçüncü şahsa havale etmek niyetinde olursa masrafların tediyesini talep eder. Bu halin en mühim misali 46 ıncı maddeye [ T. B. K. mad. 46 ] göre bedeni zararların icap ettirdiği tedavi masraflarıdır. Fakat ekseriya, zarara uğrayan bir şeyin sahibi, tamiri zararı ika edene havale etmek istemez ve suçlu hesabına başkaları tarafından yapılmasını tercih eder<sup>11</sup>. Mağdur tamir ve tazmin<sup>12</sup> masrafı olmak üzere kendisine verilen veya vait olunan meblâğı bir şeyin kıymeti mukabilinde alacağı bir meblâğ gibi serbestçe ve istediği şekilde kullanır<sup>13</sup>.

2. Nakten tazmin, müddeinin mamelekinde hasıl olan zarara göre de hesap olunabilir. Bir şeyin harap olması veya hasara uğraması halinde esas olmak üzere âfakî veya örfî kıymeti *valeur objective* ( *verum rei pretium* ) nazarı dikkate alınmalıdır. Bu, mübadele kıymeti yani malikin

<sup>8</sup> *Frais de rétablissement* o şeyden mahrum kalındığına mukabil bir tazminat ilâve olunur. *Praxis* 11 s. 371 [ TF. 48 II s. 389 ] .

<sup>9</sup> Yukarda § 14 not 32 ye bakınız.

<sup>10</sup> Yukarda § 14 II 2 ye bakınız.

<sup>11</sup> Zarar failini mağduru borçtan kurtarmağa ( *yukarda not 4* ) mahkûm edecek yerde mağdura, kendisini borçtan kurtarabilecek bir meblâğ tediyesi daha basit olur.

<sup>12</sup> *Planck* § 249 hakkında mütalea 3b.

<sup>13</sup> Eğer mağdur bir şeyin eski haline konulmasını yahut bunun için lâzım gelen masrafların tediyesini talep edecek olursa, o şeyin naktî bir kıymeti haiz olup olmadığını veya haksız fiil neticesi kıymetinde tenakus bulunup bulunmadığını tetkika lüzüm yoktur. ( Meselâ, birisi diğer bir kimsenin malını, kendisinin hoşuna gitmeyen bir renkle boyamıştır ). Filhakika malik Kanunu Medeninin 641 inci maddesi mucibince [ T. K. M. mad. 618 ] her nevi müdahaleyi men etmek hakkına maliktir. Fena idare ve istimalin neticelerini izale masrafları zarar failinin ödeyeceği bir zarardır. Yukarda § 12 not 9 a bakınız.

o şeyi satabileceği fiattır. O şeyin piyasada veya borsada cari bir fiatı oldağı taktirde bu miktar kolaylıkla ve kat'iyetle tesbit olunabilir. Diğer nevi şeyler için bu kıymetin tayini o kadar kolay değildir. Bir şey, iktisadî noktai nazardan, ticaret sahasından istihlâk sahasına geçtiği zaman umumiyetle kıymetinde mühim bir tenakus hasıl olur; giyilmiş olan bir elbisenin kıymeti, elbise ne kadar az kullanılmış olursa olsun tacirin nezdindeki kıymetinden çok daha azdır.

3. Roma hukukçuları, âfakî kıymetin tazminile ekseriya malikin kâfi derecede tatmin edilmediğini tesbit eylemişlerdi. Filhakika, bir şeyin mamelekin küllünde işgal eylediği mevki ve bu mamelekin idaresindeki sureti istimali o şeye hususî bir kıymet verir ve binaenaleyh bunun ziyayı malik için yalnız kıymetine müsavi bir zarar değil belki tam illiyet *causalité adéquate* hududu dahilinde tazmini lâzım gelen, bilvasıta bir ziyanı husule getirir. Munzam zarar, meselâ mevzuubahs şeyin, malikin diğer mallarıyla birlikte iktisadî bir küll teşkil eylemesinden ileri gelebilir; bilhassa seçilmiş bir çift koşum hayvanlarından birinin ziyayı diğerinin de kıymetini tenkis eder<sup>14</sup>. Yahut ta bir şeyin tahribi bir istihsal ameliyesinin veya ticaretin tatiline ve binnetice kârdan mahrumiyete sebep olur. Eğer husule gelen zararın tamamen tazmini icap ediyorsa bu gibi fer'î zararlar da tazmin olunmalıdır. Binaenaleyh zarar ancak bir şeye âriz olsa bile o şeyin ziyasının malikin mamelekinde husule getirdiği noksana göre hesap edilmelidir. Mamelekin ziyayından evvelki ve sonraki vaziyeti arasındaki bu fark, malikin zayı ettiği şey dolayısıyla olan *intérêt* ziyasını gösterir<sup>15</sup>.

Ahkâmı umumiye ve Alman Kanunu Medenisinde olduğu gibi Borçlar Kanununa göre dahi zarar ve ziyanı esas itibarile bu ziyanın *intérêt* karşılığını ve telâfisini teşkil eder. Ahkâmı umumiye ve Alman Kanunu Medenisinde olduğu gibi Borçlar Kanununa göre dahi zarar ve ziyanı esas itibarile bu ziyanın *intérêt* karşılığını ve telâfisini teşkil eder. *Vergütung* dur<sup>15a</sup>. Mesuliyetin yalnız bir şeyin maddî kıymetine münhasır bulunması

<sup>14</sup> § 10 J. 4, 3

<sup>15</sup> Yukarda § 12 not 11 e bakınız.

<sup>15a</sup> Fransızcaya terceme edenlerin notu — *Vergütung* kelimesi Borçlar Kanununun fransızca metninde 343 üncü maddede [ T. B. K. mad. 336 ] *rétribution* bedel, 372 inci maddede [ T. B. K. mad. 364 ] *prix* para ve bedel, 394 üncü maddede [ T. B. K. mad. 386 ] *remunération* ücret, 432 üncü maddede [ T. B. K. mad. 423 ] *indemnité* tazminat, 440 inci maddede [ T. B. K. mad. 431 ] *salair* ücret, kelimelerile terceme olunmuştur. *Vergüten* kelimesi *compenser*, *bonifier*, *rambourser*, *indemniser*, *dédommager* *restituer* mânalarına gelmektedir.