

Borçlar Hukukunun Umumî Nazariyeleri

1929 Ders senesi esnasında

Mr. G. SAUSER - HALL tarafından

Istanbul Hukuk Fakültesinde taktır edilmiştir.

Mütercimi: *Mehmet Osman*

— Baştarafı 49 cu sayımızda —

„Haksız muamelelerden neş'et eden borçlar,, dan mabaat.

A.— Kastî zarar :

Kastî zarar, failin bunu isteyerek yapmasıyla kaim olur. Şu halde fail, kanunun menettiği bir fiili irtikâp etmek istedi mi *kasten* hareket etmiş olur. Fakat mes'uliyetinin tamamiyeti için ayrıca bir de fiilinin bütün akibet ve neticelerini istemiş bulunmasına ihtiyaç yoktur Maahaza failin, fiillerinin mümkünattan olan neticelerini derpiş etmiş olmasında, daha, *kasten* ika olunmuş zarar mevzuubahs olamaz. Böyle olmak için failin bunları istemiş bulunması, hiç olmazsa ihtimalen (éventuellement) istemiş olması, yani başkasının zarara uğramak ihtimali karşısında lâkaydı göstermesi lâzımdır; ap açık bir ifade ile “adamsendecilik,, ve, “zarar mı?

olursa olsun,, fikriyle hareket etmek suretiyle adeta ileride bundan husule gelebilecek zararların neticelerini iptidaen kabul etmiş olması lâzımdır, (muhtemel hilede oluşu gibi). Haksız fiil yapanın, bunları istememekle beraber, fiilinin muhtemel zararlı avakibini derpiş etmiş olması; ve bu tedbirler tesirsiz kalmış olsalar bile mezkûr akibetleri bertaraf etmek için lâzım gelen tedabiri ittihaz etmiş bulunması hallerinde *kastî zarar* yoktur.

Misaller :

1) A öldürmek veya yaralamak maksadıyla B üzerine ateş etmişse, bu bir *kastî zarar* ikadır.

2) A, B üzerine, onu korkutmak fikriyle kuru sıkı tabanca atıpta B bu sebepten bir sinir hastalığına uğramışsa, hadisede *kastî zarar* yoktur; A gene mes'uldür; fakat mes'uliyeti başka cihettendir, "ağır bir tedbirsizlik,, üzerine müessestir.

3) A, C nin yanındaki B ile kavga ederken bunu yaralamağı düşünerek fakat bu vaziyette C nin de yaralanması ihtimalini kabul ederek silâh kullanırsa A nın yaptığı şey *kastî zarardır*; çünkü, B ile etteğı kavganın cereyanı esnasında C yi de mutazarrır etmek ihtimalini dahi kabul etmiştir.

Fail, fiilini haksız kılan hadiseleri bilmiyorsa *kastî zarar* işlemiş olmaz. *Meselâ* :

A nın kendisinin zan ile hakikate B ye ait bir şey üzerinde zarar ika etmesinde olduğu gibi..

Bunun gibi, haksız fiil sahibinin hukukî bir muameleyi haklı sanması da *kastî zarar* teşkil etmez. Bu küküm B K m. 41 in ahlâka mugayır fiillerden bahseden 2^{ci} fıkrasından çıkıyor. Filhakika mezkûr fıkranın mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere: ahlâksız fiillerde fail zarara *kastî* olmayarak (veya kanunun ifadesiyle: bilmeyerek)sebebiyet verirse mes'ul olmaz. Hakikaten, ahlâka mugayır fiillerde "tedbirsizlik ve ihmal,, bir şahsın mes'uliyeti için kâfi değildir. Adap ve ahlâk,, mefhumu mahsusi,

seyyal ve dalgalı olduğu, ve adap ve ahlâka mugayekette bir zarar irası kasti bulunmamak mümkün olduğu için vazıkanun bu hal suretini kabul etmiştir.

Bir haksız fiilin saikleri failin mes'uliyeti bashinde tesir ve alâkayı haiz değildir. İrtikâp ettiği haksız fiilin saikleri ahlâkî veya hiç değilse affolunabilir dahi olsa "faile isnat olunabilme," şartı gene tahakkuk eder. Bu isnat olunabilme keyfiyeti, meşru müdafaa müstesna, zarar faili bu işi bir cebir veya tehdit altında yapmış olsa da ortadan kalkmaz. Görülüyor ki haksız fiilin faili ikrah tesiri altında yapılan bir mukavele ile akti bir borç altına giren kimse gibi taahhüt olunan borçlardan sıyrılmak imkânına malik değildir. Fakat söylemeden anlaşılır ki, onun da, cebir veya tehdit ile başkasına bir zarar ikama sebebiyet verdiren şahsa rücu hakkı vardır.

B. — Gayrıkastî zarar :

Bu, bir ihmal ve teseyyüpten, tedbirsizlikten neş'et eden zarardır. Fail haksız fiil irtikâbını kastetmemekle beraber, adete göre lâzım gelen dikkat ve ihtimamla hareket etmeyerek bir zarar iras ettiği takdirde husule gelir. İhmal veya tedbirsizliğin muhtelif dereceleri vardır :

İhmal veya tedbirsizlik *şuuri* olabilir; failin yaptığı işin zararlı neticelerini muhtemel görüp te zarar hasıl olmaz ümidiyle, lâzım gelen ihtiyat tedbirlerini almakta terahi göstermesi gibi..

İhmal ve tedbirsizlik *gayrışuuri* de olabilir; failin neticeyi evvelden tahmin etmemekle beraber bunu derpiş etmesi ve edebilmesi iktiza eden hallerde olduğu gibi.. Kendisinin kusuru, bu itibarla, bir meram ve irade gevşeklğinden ibarettir; fiillerinin neticelerine kendisinden beklenen bütün dikkati sarfetmemiştir.

İhmal veya tedbirsizlik zararlı *müspet* veya *menfi* fiil olabilir. Ekseriyetle, failin bilmesi icap eder bir hadiseye veya bir hakka vâkıf olmamanın neticesi olur. Hususiyle, haksız fiilden *kast* unsurunu kaldıran hukukî hata, alelekser, zarar failinin mes'uliyeti-

ni intaca kâfi bir ihmal ve tedbirsizlik teşkil eder. Failin sorup soruşturması, malûmat edinmesi lâzım gelirdi; hatası bunu yapmayı unutmuş olmasındadır.

Bir hadisede ihmal veya tedbirsizlik olup olmadığını bilmek meselesi zarar failinin itiyatlarına, şahsî fikirlerine göre değil *afaki* mülâhazalara tevfikân hallolunmak gerektir. Muasır hukuk, bu afakî kaideleri tesbit ve tayin için Romalıların "bonus pater familias," dedikleri "iyi aile babası," mefhumuna müracaat etmiştir. Bu kaidenin istediği şudur: İhmal ve tedbirsizlikten doğan bir mes'uliyetten kurtulmak için zarar failinin, kendi vaziyetindeki müdebbir bir "iyi aile babası," nın alacağı bütün tedbirleri ittihaz etmiş olması lâzımdır. Tabii failin içinde yaşadığı muhit, umumî malûmatı, meslekî bilgileri v s. nazarı itibara alınmak icap eder. *Meselâ*: asılsız bir cezaî şikâyette bulunmak gibi bir tedbirsizlik bir hukukçudan sâdir olmuşsa başkasına olduğundan daha ziyade şiddetle muhakeme olunur.

Umumiyet üzere bir fiildeki tedbirsizlik, nişan atmada oluşu üzere, başkası için fevkalâde muhataralı ve yapan için büyük bir faidesi olmayıp, zevk için yapılmış olursa daha sert ve şiddetle muhakeme olunur. Şüphesiz, tesirlerinden tamamen korunmak muhal olan fevkalâde hadiseler karşı da emniyet ve ihtiyat tedbirleri almak, bir zarar failinden talep olunabilir şeylerden değildir. Bu ihtimalde ortada ihmal veya tedbirsizlik kusuru olmadığından bir *gayrıkasti* zarar failinin mes'uliyeti mürtefi olur. Bunun gibi, bedenî ve dimağî kabiliyetsizliği yüzünden iyi aile babası gibi hareket etmek iktidarından mahrum bulunan kimseden de bu kabîl müdebbirane tedbirler almasını istemek mümkün değildir; diğer bir ifade ile cürmî mes'uliyet, fikrî veya bedenî bir zafiyet neticesi olarak iradede husule gelen boşluktan (*lacune de la volonté*) değil, belki, failin yapması muktazi bulunan bir irade tezahürünün *yokluğundan* (*absence d' un acte de volonté*) neş'et edebilir; bilfarz gayra gelebilecek bir zararı

men için lâzım gelen ihtiyat tedbirlerini hastalığı dolayısıyla ittihaz edememek mevkiinde bulunan kimse mes'ul olmaz.

Prensip olarak, bir haksız fiil yapan her kusurdan mes'uldür. Böyle olmakla beraber, Alman hukukuna muhalif olarak, B K. m. 43 e göre hâkim mes'uliyette dereceler kabul ederek zararı-zıyanın (tazminatın) vüs'atini (derecei şümulünü) kusurun (hatanın) ağırlığına göre tayin eyler.

Gayrimümeyyizlerle, muvakkaten gayrimümeyyizleşenlerin vaziyeti :

«İsnat olunabilme» rükünün tahakkuku için failin normal bir hali *dimaqide bulunması şarttır*. Bu isnat olunabilmeyi ne medenî ehliyet ve ne de Cezadaki isnat olunabilme ile karıştırmamalıdır. Cürmî kusurdan mes'uliyet için lâzım olan yalnız temyiz kudretidir; tam ehliyetlilerde olduğu kadar *eksik ehliyetli* veyahut *eksik ehliyetsizlerde* de mevcuttur. Yani, temyiz kudreti sade *tam ehliyetsizlerde* mefkuttur. Binaenaleyh bir cürmî kusurdan (akilya kusuru) mes'ul tutulabilmek için failin, kendi fiillerinin ehemmiyetini ve neticelerini idrak etmiş olması lâzımdır. Şuhalde çocuklarda, bunaklarda, yaşlılarda, sarhoşluk halinde veya mipmapotizma, hezeyan v s. gibi ona benzer hallerde bulunan şahıslarda, *medenî* isnat olunabilme mevcut değildir.

Temyiz kudretini muvakkaten kaybeden kimse, kendi kusuru olmadan bu hale sokulduğunu ispat edemezse, o halde iken yapmış olduğu zararlı fiillerden mes'uldür, B K. m. 54 §2 ye bakınız [1]. Kendi arzusu ile sarhoş olan şahıs bu halde iken yaptığı haksız fiilin bütün neticelerini yüklenir. Bir kimseyi, sarhoş eden bir üçüncü şahıs onun keyif haliyle yaptığı zararlardan

[1] Mezkûr maddenin sonunda (şukadar ki) ile başlayan cümledeki "... ika edilmiş olduğunu ..." fıkrası mehzinde "... qu'il ya été mis..." şeklindedir. Binaenaleyh "... bu hale konulduğunu..." diye tercüme edilmeli idi. Madde bu sebepten biraz muğlaktır.

M. O.

mes'uldür. Ancak, bu mes'uliyetin vüs'at ve şumulü hususunda âlimler arasında ihtilâf vardır. Von Tuhr mezkûr üçüncüşahsın ancak derpiş ve evvelden tahmin edebileceği zararlardan mes'ul olacağı mütaleasındadır; gene bu müellifin fikrine göre: sarhoş, üçüncüşahsın normal olarak derpiş edemiyeceği zararlar ika etmişse: haksız fiil ile işlenen zarar arasında illiyet alâkası artık *tam* (adéquat) olmaktan çıkar. *Meselâ*:

Lâtife kastiyle sarhoş ettiği B cam kırarsa A bunu zamin olur; fakat B tutup bir adamı yaralarsa A artık mes'ul olmaz.

Bu hal sureti, şüphesiz epey itiraz götürür. Avusturya kanunu medenîsi 1307 numaralı fıkrasında bundan çok daha ileri gitmiştir: "zararı yapanı sarhoş eden üçüncüşahıs, derpiş edemediği zararlardan bile mes'uldür," diyor. Filhakika iyi ve yerinde bir takım ilmî mülâhazalara tevfikân üçüncüşahısın sebebiyet verdiği sarhoşluk ile sarhoşun yaptığı zarar arasında bir tam illiyet alâkası kabul olunabilir. Kendiliğinden içen şahıs ise içkinin tesiri ile irtikâp ettiği zarardan daima, evvelden derpiş etmemiş olsa bile, ve tamamen mes'uldür.

B K. m. 54 "hakkaniyet mülâhazalarına binaen hâkime bir gayrimümeyyizi bile, kusur sayılabilecek bir fiil işlemiş olması şartıyla, zararın tamamen veya kısmen tamirine mahkûm etmek müsaadesini bahşediyor. Nazara alınmak lâzım gelen hakkaniyet sebepleri: 1° — mutazarrır ile zarar failinin malî vaziyetleri; ve 2° — mutazarrırın (ehliyetsize nezaretle mükellef bir şahıs veyahut sigortacı gibi) bir üçüncüşahsa rucü hakkı olmamak gibi şeylerdir; Fakat bir gayrimümeyyizin ika ettiği zarar bir kusurdan mütevellit değilse ne B K. m. 54§1 i tatbike ne de hakkaniyet sebeplerinden istianeye lüzum ve mahal vardır.

2^{ci} Şart: haksız fiil bir zarar husule getirmiş olmalıdır.

Haksız fiil bir zarar husule getirmiş olmalıdır. Bu zarar *maddî* bir zarar olmak lâzımdır. Ancak bir defa tazmin olunmak

muktazidir; zarar bir üçüncüşahıs tarafından tamir ve tazmin olunmuşsa mutazarrır artık faili dava edemez.

Tazminata müstahik olanlar sadece, *mutazarrır* ile onun *halefleri* (ses ayant-doits) dir. Bu hak zarardan inikâs yoluyla ve dolayısıyla müteessir olmuş bulunan üçüncüşahıslara da tanınacak kadar geniş tutulmaz. *Misaller:*

1° Bir zarara uğrayan kimsenin alacaklıları, işlenen haksız fiil borçlularının servetini veya çalışma kabiliyetini azaltmış bulursa bile, faile karşı hiçbir hakka malik değildirler.

2° Bunun gibi, bir babanın, oğlunun katiline karşı müteveffanın kendisine etmekte idiği hizmetlerden naşi hiçbir tazminat hakkı yoktur.

Böyle olmakla beraber bu kaidenin istisnaları vardır:

A. — Haksız fiilin üçüncüşahıslara tesiri:

B K. m. 45 § 3 mucibince, bir adam öldüğü takdirde bu sebepten mesnetsiz, ellerinden tutarsız kalan diğer kimselere failin tazminat vermesi lâzımdır. Bundan başka B K. m. 47 dahi hâkimin, ölüm vukuunda, ölünün ailesine manevî zarar namıyla bir tazminat itasına karar verebileceğini söylüyor.

İsviçre Federasyon Mahkemesinin içlihadına göre (İsv. Fed. Mahk. Resmi karar mecm: cilt 15, s. 310, ve cilt 20, s. 479) bu tazminata müstahik olanlar yalnız mutazarrırın *hukukan* ailesinden bulunanlar değil belki *filen* ailesinden madut kimselerdir. Mühim olan nokta şudur: müteveffanın üçüncüşahıslara *filen* yardım etmekte, veya onlara ileride yardım etmeye *hukukan* borçlu olacak bulunmasıdır.

Yardımlarını gördükleri mesnedin, ellerinden tutucularının ölümü ile beraber ihtiyaçta olmaktan kurtulan üçüncüşahısların artık hiçbir tazminat hakları kalmaz. *Misal:*

Mutazarrırın, müteveffadan kendi hayat ve maişetlerini te-

min etmeğe yetecek kadar mal tevarüs etmelerinde olduğu gibi.

Buna mukabil, müteveffa tarafından kendi lehlerinde aktolunmuş bir hayat sigorta poliçesinin bedelini alırlarsa mezkûr şahıslar tazminat dava hakkını gene muhafaza ederler; zira, müteveffa tarafından tesviye olunmuş primlerin, bir haksız fiil mürtekibinin borçlu bulunduğu tazminat miktarını hafifletmeye yaraması adalete mugayir düşer. *İ. Federasyon Mahkemesinin* içtihadında: yardımcısız ve desteksiz kalanlara veyahut bu desteğin ailesine verilmek lâzım gelen tazminat tutarından sigorta bedelinin mahsup ve tenzil edilmesi kabule şayan görülmemektedir.

Müteveffanın *üçüncüşahıslara karşı olan borçları mirasçılara intikal eder neviden ise* üçüncüşahıslar zarar görmezler ve haksız fiili yapan aleyhinde destek ve yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla dava hakkına malik olmazlar. Bilfarz, nesebi sahih olmayan çocuğun babasının (père illégitime) evlilik haricinde doğan çocuğa bakma borcu buna bir misal olabilir; filhakika bu borç T K M. m. 309 ve İ K M. m. 322 mucibince mirasçılara intikal ettiği için eğer baba bir haksız fiile kurban giderse evlilik haricinde doğan bu çocuk hakkını babasının mirasçılardan isteyebilir.

Zararın genişliği desteğin, yardımcının muhtemel yaşama müddetine müsavidir. Binaenaleyh tazminat ta, ölüm cetvellerini (istatistik) nazara alarak, bu şahsın vasatı ömrüne göre tayin olunmak iktıza eder. Maamafih dul kalan karının haklı olduğu böyle bir tazminat, nafaka gibi yeniden evlenme ile; ve evlenme haricinde doğan çocuğunki ise T K M. m. 306§2 ve İ K M. m. 319§2 mucibince, "rüşt.,e erişmekle kesilir.

Müteveffanın muavenet ve nafaka borcu, onun ölümüyle bir başka kimseye geçiyorsa: bu ölüm neticesinde yardımcısız kalanlar faile karşı haiz oldukları tazminat haklarını izaa etmezler; fihhakika mezkûr kimsenin nafaka borcu ancak hak sahibi olan üçüncüşahsın zarurette bulunmasıyla tahakkuk eyler; halbuki üçüncüşahıs haksız fiilin faili aleyhinde bir tazminat.dava hakkına

malik oldukça zaruret ve müzayaka şartı vücut bulmaz. Dava hakkı doğrudandoğruya yardımcısız kalanlara aittir. Binaenaleyh müteveffanın ölümünden evvel haksız fiil failine karşı yaptığı bir *feragat* veya onunla aktettiği *tahkim* (compromis) ile bertaraf olunamaz. Ölenin müterafik mes'uliyeti varsa yardımcıdan destekten mahrum kalanlara verilecek tazminat miktarı < mutazarrırın da kısmen mes'ul olduğu hallerde zararın hepsi bunu yapanın uhdesinde bırakılmaz, prensibi mucibince azaltılabilir.

Ölüm veya cismanî zarar hallerinde zararuziyanın tesbiti emrinde kanun birkaç mahsusî hüküm daha sevketmiştir: Bir adam öldüğü takdirde, fail haksız fiilinin sebebiyet verdiği bütün masrafları, bilhassa defin masarifini ödemeğe mecburdur. Bu zararuziyan hakkı müteveffanın terekesinin bir unsurudur; şu suretle, şayet bu masrafları bir üçüncü şahıs tesviye etmişse, tereke, failden bunların o şahsa ödenmesini talep edebilir. Kanun erken ve vakitsiz ölüm (*décès prématuré*) için zararuziyan kabul etmiyor. Binaberin bilfarz müteveffanın intifa hakkının zevali, kaydıhayatla iradın hitamı, tabii şeraite göre beklemekte haklı olduğu bir miras hakkının kaybedilmesi sebeplerinden dolayı failin hiçbir tazminat borcu yoktur.

Cismanî zararda haksız fiili yapan, tedavi masraflarını hüsnüniyetle harcanmış diğer sarfiyatı, hatta mutazarrır iyi olamayıp ölmüş bulunsa bile, ödemekle mükelleftir. Bu masrafların içinde, faraza mutazarrırın sıhhati ağır surette muhtel olup ta devamlı bir bakıma ihtiyaç görülmesinde olduğu üzere, müstakbel tedavi paraları dâhildir. Fail, kısmen veya tamamen çalışmaya muktedir olamamaktan mütevellit zararı da tazmine mecburdur. Fakat onun bu borcu, mutazarrırını maaş aldığı veya T B K. m. 325 ve İ B K. m. 332 mucibince ücretini almakta devam ettiği nisbette, hafifletilir. Buna mukabil mutazarrırın aldığı sigorta tazminatı kendisinin zararuziyan hakkını azaltmaz. Hükümden sonraki devre için zararuziyan ancak tahminî bir suretle hesap olunabilir.

Bu nokta hakkında derslerimizin "zararuziyan borçları," nın umumi tetkikine ait kısmına müracaat buyurunuz.

B. — Haksız fiilin bir şeydeki müteaddit aynı haklara tesiri:

Üzerinde birçok aynı haklar bulunan bir şeye iras olunan zararda, fail yalnız malike karşı olmayıp bütün bu hak sahiplerine karşı tazminat vermeğe borçludur. Misal:

Bir evin, A sahibi, B intifacıdır; C nin de aynı mülk üzerinde bir ipotek hakkı vardır. Tedbirsizlikle yangın çıkarıp D evi yakarsa aleyhinde hem A, hem B, hem C, üçü birden dava açabilir. Böyle bir hadisede tazminatın taksiminde müşkülât çıkabilir. Hukuku adiyede bu tazminat her zaman malik, intifacı ve ipotekli alacaklı aralarında payolunurdu. Fakat bir intifa hakkının kıymetini, ve hatta bazan, meselâ ipotek gibi miktarı gayrimuayyen bir alacağa teminat teşkil eden bir rehin hakkının da değerini hesaplamak pek güç olabilir. Bu sebepten dolayı, B K m. 43 başka bir hal sureti benimsemiştir. Taksimin ne tarzda yapılacağıнын tayinini hâkime bırakmıştır. Zikrolunan misalde hâkimin ihtiyar edeceği hal şekli şu olacaktır: Tazminat malike tevdi olunmalı, ve B ile C nin yanan ev üzerindeki aynı haklarının yerini tutmak üzere mezkûr meblâğ üzerinde bir itifa ve bir de rehin hakkı tesis edilmelidir.

3^{cü} Şart: Haksız fiil, haksız işlenmiş olmalıdır.

Fiil veya muamele gayrimuhik olmak için haksız, yani medeni, ceza, idare hukuk kaidelerine, polis nizamnamelerine mugayır olarak işlenmiş bulunmalıdır. Hukuka mugayır muamele tabirinden yalnız doğrudandogruya kanunî mevzuata muhalif olanlar değil belki başkasının haklarına mugayır fiiller de anlaşılmalıdır. Şayet fail hakkını kullanmak vadesinde hareket ediyorsa cürmî kusur hakkındaki bütün kaideler tatbikten düşer. Hukuka mugayır fiillerde, hakkın suiistimalli şekilde kullanılması hallerinin hepsi dâhildir. Hakkın suiistimal edilmesinin müey-

yidesi sade kanunî himayeden mahrumiyetten ibaret zannolunmalıdır bunun bir müeyyidesi de zararuziyan davasıdır.

Mutlak haklara (doits absolut) yani mülkiyet ve şahsiyete hürmet gibi herkesin riayetle mükellef olduğu haklara tecavüz teşkil eden muamelelerin kâffesi hakkız fiillere girer. Gayrın malını telef veya tahrip etmek bir haksız fiildir; nitelik intifa rehin, gayrimenkul mükellefiyeti, zilyetlik vs. gibi diğer aynı haklar için de böyledir. T K M. m. 24 ve İ K M. m. 28 mucibince şahsın daha doğrusu şahsiyetin hukukuna (doits de la personnalité) müteveccih tecavüzler birer haksız fiil teşkil ederler. Adı geçen bu maddelere nazaran, şahsî menfaatler himaye olunmuştur. Şahsî menfaatlerden maksat, meselâ hayat, hürriyet, sıhhat, namus ve şeref, itibar (crédit), karı koca arasındaki alâka ve râbitalar, portresinin istinsah ve teksiri hakkı, bir meslek veya san'at icrasî ve şahsî sır hakları gibi servet unsurlarının maadasındaki bütün diğer menfaatlerdir. Avukat, hekim, din memuru gibi, meslek icabı olarak sırlara mahrem olan kimselerin bunları saklamak, faşetmemek hususundaki mükellefiyetleri yukarıda arzolunan o iki maddeye müstenittir. Mezkûr şahıslar bu borcu ihlal edecek olurlarsa, haksız bir muamele yapmış, meslekî sırrı faşetmek fiilini [1] irtikâp etmiş olurlar; onları buna icbar etmenin hiçbir kanunî yolu yoktur. Şahsiyet hukukuna ait bütün bu unsurlar, kasten olduğu kadar ihmal veya tedbir-sizlik ile de müteessir ve zarardide edildikleri takdirde zararuziyan ve tazminata mahal verebilirler.

Yalnız muayyen birkaç şahıs arasında mevcut olan nisbi haklara tecavüz dahi hukuka muğayır fiil teşkil ederse de B K.m. 41 ve mabaadi mefhumınca bir haksız muamele değildir.

[1] Bu hususta T C K. nun "sırrın masuniyeti aleyhinde cürümlerden bahseden 5'ci faslı ve hasseten 198'ci maddeyi ve Ceza Muhak. Usu. K. m. 48 ve 69 u mütalea etmek faidesiz değildir.

M. O.

Akti münasebetlerde haksız fiilin yeri var mıdır.

Akti borçlara muhalefet meselesi T B K. m. 96 ve mabaadi İ B K. m. 97 ve mabaadindeki mahsusî kaidelere tâbidir. Fakat şayet bir üçncüşahıs bir borçluyu alacaklısına karşı olan borçlarını ödemekten kasten meneder, bilafz teslimi icap eden şeyi imha eylerse alacaklıya karşı değil munhasıran borçlu aleyhinde bir haksız fiil işlemiş olur. Alacaklının yapabileceği şey sadece, T B K. m. 96. ve mab. İ B K. m. 97 ve mab. mucibince kendi borçlusundan ifayı istemekten ibarettir; yoksa B K m. 41 ve mabaadine müsteniden üçüncüşahıstan bir şey talep edmez.

Aynı veçhile bir alacak üzerinde haksız surette tesarruf etmek te üçüncüşahıs alacaklının hakkını ızzar etmez; çünkü böyle bir vakıa karşısında alacaklı için borçlusundan ifayı istemek imkânı mahfuzdur. Misal:

B nin borçlusu olan C den alacağı tahsil için A sahte bir vekâletname ibraz ve C de hüsnüniyetle parayı tesviye etmiş olsa bile, C, A ya yaptığı bu tediye ile B ye olan borcundan kurtulmuş olmaz; B, C ye karşı alacak hakkını muhafaza eder; A ya gelince: O, alacaklı olan B eye değil belki borçlu C ye karşı haksız fiil işlemiştir; binaenaleyh indelhace ona zararıziyan ödemekle mükellef tutulabilir.

Akti borçlara karşı olan mürsaatsızlıklar B K m. 41 ve mab. hükmüne tâbi değildir. Misal:

A, bir satım akti mucibince B ye at teslimini taahhüt etmiş, fakat C daha fazla verdiğinden hayvanı buna satıp teslim etmiştir, diyelim. Bu hadisede A şüphesiz B ye karşı olan akti borcunu yerine getirmemiştir; fakat B nin sadece A ya karşı dava hakkı vardır, C aleyhinde değil. . . Çünkü C daha yüksek bir fiat teklif etmekle ve esasen evvelce satılmış bir şeyi A dan alıp kabul etmekle A ya karşı bir haksız fiil ika etmiş olmaz; B nin A aleyhindeki davası ise akti borcun ödememe-

sinden doğar, yoksa haksız fiil neticesi bir zararuziyan talebi mahiyetinde değildir. Bununlaberaber eğer üçüçü şahıs bir şeyi mücerret taraflardan birini kasten ızzar etmek için satınalmışsa haksız fiil işlemiş demektir: Mutazarrır onun aleyhinde bir zararuziyan dava hakkı kazanır. Misal:

B ve C rakip iki fabrikatordur. B, A dan kendi sanayına lüzumu olan bir mevat stoku satın alır. C bunu öğrenince sırf B yi imalâttan alıkomak gayesiyle tutar A ya, zaten evvelce bir defa B ye satılmış bulunan stok için evvelkini haylı aşkın bir fiat teklif ederek malları ele geçirirse burada B nin ikiz bir dava hakkı vardır: 1° — mukavelenin ifa olunmamasından dolayı A ya karşı, 2° — kendisini ızzar kastiyle yapılmış olan bir zararlı fiilden naşi C ye karşı olmak üzere...

Bazı mahsusî haller: Boykot:

Bir patronun, gayrın sanayını, iktisadî faaliyetini, felce uğratmak kastiyle başka birinin işçilerini ayartması, ve boykotaj gibi hallerde dahi mümasil hal suretleri kabul etmek muktazidir. *İsviçre jürisprüdansında*: boykot, bir şahsın iktisaden mahvını istihdaf ettiği, veya kullanılan vasıtalar bu harabîye sürükleyici mahiyette buldukları takdirde bir haksız fiil addolunmaktadır. Boykotun şümulü bu kadar ağır olmayan vaziyetlerde *İsv. Federasyon Mahkemesi* bunu " iktisadî rakabetin tabii bir tezahürü,, telâkki ediyor (*İsv. Fed. Mahk. Resmî karar mecm*; cilt 32, kısım 2, s. 367). O halde, hiçkimsenin afişlerle, gazetelere dercolunan ilânlarla velhasıl herhangi şekilde aleni bir surette, filân veya falan tüccardan alışveriş edilmemesini veya hut şu veya bu doktor, avukat veya mütehassısa gidilmemesini tavsiye yollu hareketlerde bulunması asla caiz ve *haklı* değildir. Buna mukabil, eşe dosta, tanıdıklara birisini yermekte, filân fabrikacı, tacir veya mütehassısa müracaat etmemelerini tavsiye eylemekte "*haksız*,, lik yoktur; çünkü bu takdirde "diledüşme,, nin (*mise à l'index*) şümul ve sahası nisbeten pek mahduttur.

Haksız rekabet:

Namuskârane olmayan rekabet te, zararuziyan davasına yol açar bir haksız fiil sayılır. (Bu hususta, haksız rakabet hakkındaki B K m. 48 i gözden geçiriniz).

Cezaî suçlar:

Haksız fiil bazan aynı zamandada cezaî bir suç teşkil edebilir; fakat daima böyle olması lâzım gelmez. Medenî bir tazmin ve mes'uliyeti mucip olma ile cezaî bir müeyyidenin tatbikini müstelzim bulunma keyfiyetleri ayrı ayrı şeyler olduğu gibi bunların herbirinde hâkim olan hukukî mülâhazalar da başka başkadır. İşte bunun içindir ki medenî hâkim (hukuk hâkimi) ceza hâkiminin kararları ile mukayyet değildir. Hukuk hâkimi kendi kararını, ceza hakiminin verdiği karara uydurmağa ancak ve yalnız davanın *maddî cihetlerinde*, yani kanun tazminatı cürme mevkuf ve muallâk bulundurmuşsa, cezaî bir cürmün *zati mevcudiyeti* noktasında mecburdur. Lâkin meselâ isnat olunabilme[1] gibi pek çok meselelerde ceza hukuku ile medenî hukukun kaidesi tehalüf eder. Cezaî mes'uliyetle muatép olmayan kimse buna rağmen pekâlâ, zararlı fiilleri sebebiyle mutazarrıra tazminat vermeğe mahkûm edilebilir. Bunun gibi, usul meselelerinin çoğunda cezaî bir suç ile medenî bir tazminat davasına tatbik olunabilecek kaideler birbirinin ayanı değildir. Meselâ, cezada şüphe ve tereddüt halinde daima maznunun lehine tefsir kaide olduğu halde medenî hukukta böyle değildir. Şu verdiğimiz izahat B K. m. 53 te, kusurun takdiri ve zararın tayini hususunda ceza mahkemesinde verilen mahkûmiyet, beraet kararları ile hukuk hâkiminin bağlı olmadığını niçin tasrih edildiğini anlamak için kâfidir.

[1] Imputabilité, T B K. m. 53 te "mes'uliyet," diye ifade olunmuştur. Filhakika bu maddede "... ceza hukukunun *mes'uliyete* dair ahkâmı ile..." denilmektedir.

M. O.

Ahlâka muğayır fiiller:

Kanun ahlâka muğayır fiilleri de bir haksız fiile kıyas ve irca etmiştir. Fakat böyle olabilmek için *kast* şarttır; failin bu hususta bilmeyerek veya tedbirsizlikle hareket etmiş bulunduğu hadiseler haksız fiil olamaz. (B K m. 41 § 2 yi okuyunuz) Bu fıkranın hükmüne giren şeyler nisbeten azdır; çünkü şahsiyetin hakları gibi hayati menfaatlar, yukarıda gördüğümüz veçhile, gerek K M de ve gerekse B K nda bulunan mahsusi kaide-lerle himaye edilmiştir. Bu m. 41 § 2 nin tatbikına bir misal olmak üzere *İsv. F. Mahkemesinin* bir kararını zikredebiliriz: (*İsv. Fed. Mahk. Resmî karar mec. cill 21, s. 622*).⁵Bu içtiha- da nazaran: Bir kimse bir başkası aleyhinde işlenmiş bir sahtekârlığa muttali olduğu halde bundan o şahsı heberdar etme-mişse, bu hadisenin bünyesinde, sahtekârlığı keşfedenin mes'uiyetini mucip bir "ahlâk ve adaba muğayır fiil," vardır.

Fiilden haksızlığı gideren saikler:

Haddi zatında gayrimuhik olan bir fiildeki " haksız „lık se- ciyesi aşağıda görülecek şu mahsusi saik ve sebeplerle zail olur.

1° Kullanılan haktan ibaretse:

Eğer fail yaptığı işle mutazarrıra karşı hakkını kullanmak- tan başka bir şey yapmıyorsa artık haksız fiilden bahsolu- namaz. *Mesela* şahsiyetin himayesi kaidesine rağmen baba veya vasi, *terbiye* haklarına müsteniden çocuğun hürriyetini tahdit edebilecekleri gibi, keza haiz oldukları *tedip* hakkı mucibince çocuğun vücuduna ve cismine riayet mükellefiyetinden de udul eyleyebilirler. Fakat bir şey üzerinde racih bir hak iddia olun- dukta o şeyi zilyedinin elinden şiddete müracaat ederek almak *hakkı* değildir. Bir şeyi meşru zilyedinden, faraza rehinli ala- caklının elinden zorla alan malik bir haksız fiil irtikâp etmiş olur (T B K. m. 895, 896 ve İ B K. m. 927 § 1, 928 i oku-

yunuz) . Esasen bir hakkın hertürlü suiistimali, zararuziyan noktasından haksız fiile temsil olunmaktadır.

2° Zarara muvafakat; (düello):

Fiilin haksızlık seciyesi bir de, mutazarrırın kendisine iras olunan zarara muvafakatiyle mürtefi olur. Romalıların dediği gibi (Volenti non fit injuria) rıza haksızlığı bertaraf eder. Bizzat bu muvafakatin haklı veya haksız olmasına nazaran bir tefrik gözetmek icap eder:

Eğer mutazarrırın muvafakati *haklı* ise zararlı fiil, muvafakat daha evvel yani bu fiil henüz vaki olmadan verilmiş olmak şartıyla, failin hiçbir mes'uliyetini mucip olmaz; mutazarrırın muvafakatinin makeble asla şümulü yoktur; eğer rıza sonradan lâhik olmuşsa fiil haksız olmakta berdevamdır. Lâkin geçikmiş bir muvafakat, ekseriya, mutazarrırın zararuziyandan vazgeçmesi gibi tefsir olunabilir.

Mutazarrırın muvafakati *haksız* ise zararlı fiil hakka mugayrılık seciyesini muhafaza eder. Adaba mugayır olarak, meselâ Kanunun feragat olunmasını tecviz etmediği haklara müteallik olarak, yapılan muvafakatler bu zümredendir. Mezkûr haklara gelince, bunlar, hayat, cismanî tamamiyet, hüriyet kakları gibi şahsiyeti koruyan bütün haklardır. Bir arkadaşından kendisini öldürmesini rica eden kimse onu mes'uliyetten kurtarmış olmaz. Namuskârane ve mertçe yapılan düello da keza, hernekadar bunda her iki taraf yekdiğerini yaralamak veya öldürmek ihtimaline evvelden muvafakat ediyorlarsa da, gene haksız fiil teşkil eder; bununla beraber bir düellonun sebepleri bazan hâkimi mutazarrıra hiçbir zararuziyan hükmetmemeğe sevkedebilir. *Misal:*

A, B yi ağır bir surette tahkir etmiş olup ta B de onu düelloya davetle yaralamış ise hâkim mutazarrırın hiçbir zararuziyana müstahik bulunmadığına karar verebilir. Ancak, bu hal tarzının sebebini mutazarrırın zarara rıza göstermiş olmasında aramak abestir; hâkimin dayandığı mucip sebepler başka bir naza-



Gazi Hazretleri Hukuk Fakültesinde Ceza dersinde

riyede gizlidir: müterafik kusur nazariyesi.. Bu kaide mucibince hâkim zararı husule getiren başlıca kusuru mutazarrırda görebilir, kusurun büyüğünü onun uhdesinde bırakabilir.

Cerrahî ameliyat; futbol

Mutazarrırın muvafakati kendi şahsî tamamîyetine (son integrité personelle) taallûk etse bile makul bir gayeye matuf bulundukça hakka mugayeret teşkil etmez, *haksız* sayılmaz. *Meselâ* bir cerrahî ameliye veya bir spor faaliyetinde olduğu gibi. . Başkaları ile spor yapmağa çıkan herkes, hinihacette bir spor kazasıyla yaralanmak veya ölmeği göze almış demektir. *Misal:*

Bir futbol maçında vukua gelen bir karşılaşmada bir oyuncunun ayağı kırılrsa, zarar faili bundan mes'ul değildir; çünkü kaza bu oyunun mahiyeti icabıdır, ve bu ihtimal evvelinden bütün oyuncularca kabul edilmiştir.

3° Fail mutazarrırın menfaati için veya onun tahmin olunan maksadına göre hareket etmiş ise:

Şayet fail, mutazarrırın menfaatlerine veya onun tahmin olunan maksadına müsait veya muvafık bir iş yapmak niyetiyle hareket etmişse gayrın haklarına tecavüz teşkil eden bir muameledeki haksızlık seciyesi bertaraf olmuş olur. Bu takdirde T B K. m. 410 ve mab. İ B K. m. 416 ve mab. hükmüne tâbi bir işgörümü (yahut kanunumuzun ifadesi ile: vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf) münasebeti muvacehesinde bulunuruz. *Meselâ:*

Operasyon gayet acil olup ta hasta buna muvafakat beyan edecek halde bulunmadığı için operatörün, müşterinin rızasına bakmadan, ameliyat yapması gibi.. Eğer failin yaptığı muamele hakikatte mutazarrırın menfaatlerine uygun değilse bile gene haksız fiil yoktur. Belki "işgörümü,, nden mütevellit alâka ve münasebetlerin ihlâli mevcuttur.

4 ° Meşru müdafaa

Fiilin hasızlık seçiysi "bir şahsa, mülkiyete veya zilyedin haklarına vaki olan tecavüzlere karşı *meşru müdafaa*," ile de ortadan kalkar. Bu hüküm B K. m. 52 ile T K M. m. 894, İ K M. m. 925 ten çıkmaktadır. Meşru müdafaa bir kimsenin gerek kendine ve gerek üçüncüşahsa müteveccih bir tecavüzü def için mütecavize zararlı fiil ika etmesi halinde vardır.

Meşru müdafaaanın yalnız ceza hukukunda kabul edilen hallerde hasrı tecviz olunamaz. Bilâkis medeni hukukta bu mefhumu geniş tutmak lâzımdır. Binnetice, tecavüze uğrayan kimsenin mütecavizi tahrik etmiş olması, veya mutazarrırın bir gayrimümeyyiz tarafından tecvüze maruz kalması veyahut ta mütecavizin cezaî noktai nazardan affolunur bir hata içinde bulunması hallerinde bile meşru müdafaa mevcut olabilir. Meşru müdafaaada daima anı ve derhal vaki olan bir tecavüzün def'i emrinde başvuru olan bir fiil ve muamele mefruzdur. Gelecekteki veya korkulan bir tecavüzü bertaraf etmek üzere evvelden alınan müdafaa tertibatı meşru müdafaaadan madut değildir. Bundan başka meşru müdafaa olmak için mütecavizin zararı henüz yapmamış olması veyahut tcavüzün terkedilmemiş olması devam etmesi lâzımdır.

Aksi hareket, derhal vaki olan bir zarardan sakınmak için meşru müdafaa değil belki zararı zaten işlemiş bulunan bir mütecavizi cezalandırmak için *intikam* olur.

Meşru müdafaaanın ifratlarına da keza ceza hukukunun kaide-leri tatbik olunmamalıdır. Tecavüze uğrayan şahıs tecavüzü def için icap eden bütün tedbirlere, fakat K M. m. 2 hududu dâhilinde olmak yani hüsnüniyetle hareket etmek şartıyla, tevessül edebilir. Binaenaleyh tecavüze uğrayan kimse küçücük bir zararı bertaraf etmek için en uç ve mufrit çarelere gidemez. **Meselâ:** birkaç tane yemiş elden gidiyor diye, bahçe sahibi, çapulcuların üzerine ateş ederse bunun hiçbir meşru müdafaa tarafı yoktur. Eğer tecavüze duçar olan zat meşru mudafaa hakkını taşırırsa, bu

sefer haksız fiil işleyen ve birinci mütecavizin haklı meşru müdafaalarına maruz kalan kendisi olur. Zu' mî meşru müdafaada da [1] yani bir kimsenin hataen kendini meşru müdafaada halinde zannederek mütecaviz farzettığı bir kimseye karşı zararlı bir fiil işlemesinde de vaziyet böyledir.

Meşru müdafaada prensipleri başkasına ait hayvanların saldırılarında veya oraya buraya dalmalarında da tatbik olunabilir.

5° Ahvalin kuvvete müracaate cevaz vermesi :

Ahvalin müsait bulunduğu yerlerde kuvvete müracaat dahi bir fiilin haksızlık seviyesini giderir. Bu keyfiyet B K. m. 52§3 te derpiş olunmuştur. İşbu kuvvete mürcaat cevazı ancak pek istisnai hallerde kabul olunmalıdır. Kaide olarak, gayra zarar veren kuvvet istimali yasaktır. Kanun davacılarına haklarını bizzat ihkak etmek salâhiyetini vermemiştir. Bir alacaklı alacağını istifa edemeyorsa borçlusunun mallarını ele geçirmek için kuvvete müracaate hak sahibi değildir; belki yapabileceği resmî makamlar marifetiyle cebri icra talebinde bulunmaktan ibarettir. Kanunun izin verdiği kuvvet kullanma ancak "zamanında hükümet kuvvetlerinin, resmî makamların müdahalesi temin edilmek mümkün olmayan," hallerde caizdir. Resmî uzuv ve teşekküllere başvurmak imkânı hasıl olur olmaz kanun artık bir şahsın gayra zarar verici bir fiil ika etmesine müsaade etmez. Şuhalde fiilin haksızlık seviyesi yokolmak için, kuvvete müracaat etmeyip âtil *durmakla* bir tenlike mevcut olmalıdır. Aksi takdirde fail, mazur bir hataya düşmüş olsa bile zararuziyan vermeğe mecbur tutulur.

6° İstırar :

Zararlı bir fiilin üstünden haksızlık lekesi *ıstırar* ile de çıkar. İstırar nedir? Bir kimse kendisini veya üçüncü şahsı derhal vukubulacak bir zarar veya tehlikeden başkasının mallarına

[1] Légitime défense putative .

halel iras etmeden muhafaza edemiyecek mevkide olursa buna ıstırar derler. Bunun hükmü menkuller için BK.m. 52 § 2 de, gayrimenkuller için de TKM.m. 677 de (İKM.m. 701) tasrih olunmuştur. Kanunu medeni, "zarar veya tehlike tecavüzden mümbais hasardan büyük olmak şartıyla," kaydini ilâve etmek suretiyle ıstırar nazariyesinin B K. ndaki şekline bir sarahat ve vuzuh veriyor. [1] İstırar halinde bulunan bir şahıs ika ettiği zarardan dolayı daima malike zararuziyan vermek mecburiyetindedir. Filhakika kendisini kurtarmaya yardım eden şu maddi zararın kıymetini ödemeğe onun katlanması makul ve mantıkîdir. Bu tazminatın miktarını, kanunun dediği gibi, hakkaniyete tevfikan hâkim tayin eder. Hakkaniyete tevfikan demek hâkim, ıstıaar ile onun husule getirdiği zarara sebep teşkil eden bütün hal ve şartları nazara almalıdır demektir. Eğer mülkiyete tecavüz eden kimse içinde bulunduğu ıstırardan kendisi mes'ulse, bütün zararları tam olmak şartıyla tazmine borçludur; bu zararlar ister açık ve doğrudandogruya olsun, ister dolayısıyla ve bir kazanç ziyat şeklinde bulunsunlar...

Buna mukabil gayrın mülkü, ahval ve şeraite nazaran, ıstırrara düşen kimsenin bâis olduğu zarara benzer bir hasara esasen maruz idi ise fail hiçbir suretle mus'ul olmaz. *Meselâ;*

A nın evi zaten yanarken B kendininkini kurtarmak için bunu yıktırırsa A ya karşı hiçbir zararuziyan borcu yoktur.

İstırarda bulunan kimse "gayrın malına halel iras etmek hakkını," taşırdığı nisbette bir haksız fiil irtikâpetmiş sayılır, ve bunun mutazarrır için bâis olduğu bütün neticelerden tam bir

[1] KM.m. 677 den aynen alarak tırnak işarti içinde yazdığımız mezkûr kaydı M. Sauzer Hall, İK.M. nin ibaresine sadık olarak: "Mülkiyete tecavüz, sakınılmak mevzuubahs olan zarar veya tehlikeye nisbetle cüz'î ve az ehemmiyetli olmak lâzımdır," suretinde ifade buyurmuşlardır. Biz burada mezkûr ibarenin kanunumuzdaki şeklini almakla iktifa ettik.

M. O.

surette mes'ul olur. İşaret etmeğe bile hacet yoktur ki, kanunî ıstırar halî ancak mülkiyete tecavüze mesağ verir, şahsiyetin haklarına tecavüze hiçbir veçhile asla müsait değildir. Binaenaleyh kendisini veya mallarını bir zarardan vikaye için başkasının hayatına veya cismanî tamamiyetine el uzatan derhal haksız bir fiil irtikâp etmiş olur. Kanunî mazeretlerden istifade sebebiyle cezaen takip olunmasa bile bu keyfiyet kendisini fiilinin, zararuziyan noktasından, medenî neticelerinden vareste kılmaz.

Zu'mî ıstırar halinde de [1], yani hakikatte değilken bir şahsın kendisini kanunî ıstırar halinde zannetmesinde de hal bu merkezdedir.

II — DOLAYISIYLA MESULİYET

Tarifi :

Bir şahsın kendi fiilinden değil de *başkasının* veya bir *hayvanın* sebebiyet verdiği zarardan mes'ul olmasına "*dolayısıyla mes'uliyet*" derler. Muasır hukukta mes'uliyet yalnız zarar failinin kusurundan doğmaz; bazan da kanunun bir faraziyesinden neş'et eder. Kanun bazı hallerde bazı şahıslar aleyhinde bir akilya mes'uliyeti (cürmî kusurdan mümhais bir mes'uliyet) faraziyesi vazediyor. Şöyleki buna nazaran mutazarrır, zararuziyan istemek için, o *şahısların bir kusur işlemiş olduklarını ispat mecburiyetinden vareste bulunmaktadır*. Bu dolayısıyla mes'uliyet, bir şahsın bir üçüncüşahıs veya bir hayvan üzerinde kanunen nezaret ile mükellef bulunduğu bütün hallerde mevcuttur. Mezkûr nezaret ve görüpgözetme lâyıkiyla yapılmadı mı buna mecbur olan kimse, ortada kendisine isnat olunabilir bir *kusur* olmasa bile mes'ul tutulur. Dolayısıyla mes'uliyette beyyine külfeti taklip olunmuştur: İspat işi mes'ule terettüp eder. Filhakika, görüpgözetme borcunu memnuniyeti mucip ve lâyıki veçhile ifa

[1] Cas de nécessité putative.

ettiğinden bu mes'uliyetin kendisine tevvecüh edemiyeceğini ispat etmek kanunen mes'ul sayılan kimseye düşer; mutazarrır ise kanun tarafından mes'ul farzedilen bu kimse aleyhinde ayrıca bir kusur ispatı ile mükellef değildir.

Kanun, dolayısıyla mes'uliyeti evveli emirde istihdameden ve saniyen hayvanı idare eden şahıs olmak üzere iki kimse üzerine tevcih etmiştir:

A. — İstihdamedenin mes'uliyeti:

Borçlar kanunu dolayısıyla mes'uliyet bahsinde, hadise bir aktin ihlâli veya bir haksız fiil olduğuna nazaran, iki muhtelif hal sureti göstermektedir. Bir aktin ihlâli mevzuubahs ise taraflar borçlarının ifasına memur ettikleri üçüncüşahısların fiillerinden mutlak surette mes'ul olurlar. Bir haksız fiil sebebiyle mes'uliyette ise borçlu kendi memur, işçi, amele vesairesinin sun'undan, bugi-bi eşhasın muamelelerinden ancak tahallûs beyyinesi serdedemediği takdirde mes'uldür. Görülüyor ki haksız fiilde dolayısıyla mes'uliyet, üçüncüşahısların muameleleri ihtibariyle, bir mukavelenin ihlâlinde olduğundan daha dardır. Sebebiyet verilen zarar bir aktin ihlâlinin neticesi telâkki olunabilirse, müddei davasını daima akti bir münasebete istinat ettirecek ve cürmî mes'uliyet kaidelerinden ancak talî derecede olarak (subsidiairement) istiane edecektir; çünkü dediğimiz gibi dolayısıyla mes'uliyet akit bahsinde daha geniştir .

BK.m. 55, istihdamedenin maiyetindeki müstahdemin ve amelesinin kizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes'ul olduğu faraziyesini koyuyor. Bu maddenin tatbiki için ticarî veya sınaî bir işletme, bu neviden bir "exploitation," mevcut olmak farz değildir: *İsviçre Federasyon Mahkemesi* içtihadında daima, istihdameden tabirini gayet geniş bir surette tefsir etmiştir; ister kendi evinin idaresine ister meslek ve sanatına müteallik bazı muameleleri yapmak için gayrın hizmetine müracaat eden her şahsı müstemirren ve daima "istihdameden,"

telâkki eylemekte bulunmuştur. Bu itibala ameleler kadar hizmetçiler de efendilerinin mes'uliyetlerini mucip olurlar. Bununla beraber müstahdem, amele vesairenin istihdamedenle bir hizmet akti yapmış bulunmaları lâzım değildir; başka bir şahsın hizmetine iffikar ve müracaat keyfiyeti istihdamedenin mes'uliyetini tesis için kifayet eder. Meselâ yapılan hizmet akti batıl, veyahut bir amele patronunun basit bir müsamahası ile kendi yerine başkasını geçirmiş olsa bile istihdameden gene mes'ul kalır.

İstihdamedenin dolayısıyla mes'uliyeti için mühim ve lâzım olan nokta kendisiyle zararı ika eden kimse arasında bir tabiiyet metbuiyet alâka ve münasebetinin varolmasıdır. Binaberin B.K.m. 55 teki manası ile "istihdameden,, emir ve kumanda eden, ve diğer taraftan müstahdem, amele ve sairenin kendisine itaat etmek mecburiyetinde buldukları kimse demektir. İşte bunun içindir ki bir şahsın meselâ bir istisna mukavelesi ile bir işin yapılmasını tamamen başkasına havale etmesi halinde, dolayısıyla mes'uliyet mevzuubahs olamaz; çünkü işsahibi ile müteahhit arasında bir tabiiyet ve metbuiyet alâkası mevcut değildir.

İstihdamedenin mes'ul olmadığı haller :

1 — İstihdameden kullandığı müstahdem amele, v s . nin her muamlesinden mes'ul değildir ; ancak bunların kendisi için yaptıkları hizmet esnasındaki fiillerinden mes'uldür. Binaenaleyh müstahdem, amele v s . ye terettüp eden borçların ifasıyla, gayra iras olunan zarar beyninde *doğrudandoğruya* bir alâka bulunmak şarttır ; bu ise fena yapılan bir işin bir zarar husule getirmesi halinde tahakkuk eder . *Misaller :*

a) Bir duvarcı bir tuğla düşürerek bir yolcuyu yaralarsa patron mes'ul olur .

b) Bir şoför fena manevra neticesi olarak bir yayayı çiğnerse patronu gene mes'uldür .

2 — Müstahdem ve amelesinin kaksız muameleleri gördükleri

hizmetle alâkalı değilse istihdameden mes'ul olmaz ; bu kimse ancak onların *hizmeti ifa sebebiyle veya bu esnada irtikâp ettikleri fiillerden* dolayı mes'uldür . *Misaller :*

a) Patronu tarafından bir evde yapılacak tesisata memur edilen bir elektrikçi, oradan bir cepsaati aşırırsa, patronu mes'ul olmaz .

b) Bunn gibi , bir hububat ambarında çalıştırılan bir amele sigara içerken ambarı tutuşturursa efendisi mes'ul değildir. Şu halde, zarar ile patronun emrettiği iş arasında bilâvasıta, doğrudandogruya bir alâka bulunmak lâzımdır; hadiseler arasında basit bir irtibat kâfi değildir.

3 — Emri altındakilerin fiillerinde haksız bir mahiyet ve sekiye yoksa istihdamedenin mes'uliyeti mevzuubahs olamaz.

Mesalâ, şayet bir amele hakkını kullanmakta ise , veyahut , yukarıda arzetmiş olduğumuz şartlar dairesinde mutazarrır zarara muvafakat etmiş bulunuyorsa, patronun bu gibi zararlardan mes'uliyeti yoktur. Müellif, *Von Tuhr* ' un reyine göre zarar failinin hiçbir kusuru olmasa bile istihdameden gene mes'ul olmak lâzımdır. Diğer bir müellif, *Oser*, bu noktai nazara muhaliftir. Fikrime kalırsa, istihdamedenin dolayısıyla mes'uliyeti, onun başkasının yardımına müracaat etmesinin bir neticesi olarak kabul ve tesis edilmiştir ; başlıca amilin (failin) kusuru olmasa bile patron gene mes'ul olur . *Misal :*

Bir amele , kendisine verilen işi başarmaya maddî kuvveti yetmediğinden bir zarar işlerse mutezarrır, bu amelenin mutlaka bir kusurunu ispata mecbur değildir; yeterki ameleye emrolunmuş iş ile, husule gelen zarar beyninde bir illiyet alâkası bulunduğunu ispat etsin.

İstihdameden —zarardan , müstahdem veya amele tarafından hizmetin ifası sırasında *kasten* işlenmiş olsa dahi— mes'uldür. Bu kaide İBK. m. 55 § 2 de mündemiçtir. Filhakika mezkûr mad-

denin ifadesine nazaran "istihdamedenin zararı ika eden şahsa karşı, *bu şahsın zarardan mes'uliyeti nisbetinde*," rücu hakkı vardır; yani bu da gösterir ki: haddi zatında failin (müstahdem) mes'uliyeti olan hallerde bile, istihdameden gene mes'uldür[1].Rücu hakkını haiz olan istihdameden, mutazarrıra zamin olduğu bütün şeyleri zararın asıl failinden (müstahdem amele vs...) istirdat eder. Bununla beraber, şayet istihdameden de mes'uliyettaş (birlikte mes'ul) ise bu rücu hakkı tenkis veya tamamen bertaraf olunur; *meselâ*, istihdamedenin, müstahdem veya amele-ye fena talimat vermiş veyahut bunların ellerine bozuk ve kusurlu aletler tevdi etmiş bulunması hallerinde olduğu gibi...

İstihdamedenin mes'uliyetten kurtulma çareleri:

Kanun, başkasının fiilleri hususundaki şu dolayısıyla mes'uli-

[1] Kanunumuzda bu hüküm 55ci maddenin 2ci fıkrasından değil mutlak surette zarardan bahseden 1ci fıkrasından istidlâl olunabilir.

1 B.K.m. 55 § 2 şu mealdedir. "İstihdamedenin, zararı ika eden şahsa karşı **bu şahsın mes'uliyeti nisbetinde** rücu hakkı vardır." Bu fıkra kanunumuza şu yolda naklolunmuştur: "İstihdam eden kimsenin **zamin olduğu şey ile** zararı ika eden şahsa karşı hakkı rücu vardır." Tercümede yapılan şu tasarruf neticesi bazı farklar husule gelmiştir:

1 — 1 B.K.m. 55 § 2 de mevcut olduğu halde T B K.m. 55 § 2 de müstahdem kusurlu olsa bile istihdamedenin gene mes'ul olduğunu ayrıca teyit eder bir hüküm yoktur.

2 — Asıl rücu noktasına galince: Rücuun şartı Türk kanununa göre "istihdamedenin zamin olması"dır; İsviçre kanununa göre ise "müstahdem mes'uliyeti ve binaenaleyh kusuru," keyfiyetidir.

3 — Bunun neticesi olarak, rücu İsviçde daha dar, bizde daha geniş gibidir. Filhakika bizim kanunumuzun mutlak ibaresi: istihdamedenin zamin olduğu şeyle müstahdeme **daima** rücu edebileceği gibi bir zehap uyandırıyor. Halbuki İsviçre metni, mezkûr rücu hakkının: müstahdem mes'uliyeti ile mukayyet olduğunu (yani bu şahsın mutlaka bir kusuru ispat olunmak şart olduğunu) tasrih etmiştir. Binaenaleyh kanunumuzun bu ifadesine rağmen rücu mes'elesinde haksız fiillere müteallik umumi kaide-lerin tatbiki lâzım gelir. Çünkü müstahdem mes'uliyetini 55ci madde değil 41ci madde tanzim eder.

M. O.

yetten istihdamedenin kurtulmasına iki suretle müsaade ediyor:

1° — *İstihdameden, zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu ispat edebilir.* Bu takdirde kendisi: a) müstahdemlerini intihapta hiçbir kusur işlemediğini (*culpa in eligendo*), b) keza, müstahdemlerine verdiği tabimatta hiçbir kusurlu cihet bulunmadığını (*culpa in instruendo*), c) ve nihayet müstahdemleri üzerinde nezarette hiçbir kusuru olmadığını ispat etmeğe mecburdur. Eğer istihdameden zararı men için muktazi bütün tedbirleri almışsa artık tâbi ve madunlarının fiillerinden mes'uliyeti kalmaz. Tatbikatta hâkimin daima ahval ve şeraiti nazara alması lâzımdır.

Böyle başkalarına tevdi olunan iş tehlikeli mahiyette ise patron hakkında bilhassa şiddetli davranmak iktiza eder. Patrondan istenebilecek, beklenecek tedbirlere gelince, bunlar adeten ehli-vukuf raporlarında kabul edilenlerdir.

2° — Bunun gibi, istihdameden, *dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat edebilir.* Şayet mutazarrır onu, *meselâ*, iktidarsız bir amele kullanmakla (*culpa in eligendo*) ittiham ederse buna mukabil istihdameden, pek muktedir bir amele seçmiş olsaydı bile zararın, aynı ahval ve şerait içinde gene vukubulacak idiğini ispat eyleyebilir. Bu ispat karşısında, zarar ile icap eden tedbirleri almama arasındaki illiyet alâkası sabit olamayacağından artık patronun mes'uliyetine imkân kalmaz.

Aile reisinin mes'uliyeti:

İstihdamedenin mes'uliyeti hakkındaki bütün bu kaideler, kendi evreisliğine tâbi şahısların fiilleri noktasından, evreisine de taallûk eder, bunun hakkında da aynen mer'idir. (T K M. m. 320, İ K M. m. 333 ü okuyunuz). Evin reisi de bu mes'uliyetten, matlup bütün dikkat ve itinayı sarfettiğini, ve sarfetse bile zararın vukuuna mâni olamayacak idiğini ispat etmekle kurtulur.

Bu kaidelerin manevî şahıslara taallûku:

“Dolayısıyla mes’uliyet,e teferru eden kaideler, kullandıkları müstahdem, amele vs. leri itibariyle manevî şahıslar hakkında da caridir. Ancak, şu noktayı tasrih etmek icap eder ki manevî şahıslar “uzuv,, larının muamelelerinden doğrudandoğruya mes’uldürler. Bu takdirde manevî şahısların, hal ve maslahatın icap ettirdiği tedbirlerin alındığını, bu dikkat ve itina tedbirleri alınmış olsa bile zararın vukuunu bertaraf etmek gene mümkün olmayacak idiğini ispat edivermekle mes’uliyetten sıyrılma-larına mesağ yoktur. Bir hükmi şahsın uzvunun vazifesini ifa esnasındaki her fiil ve muamelesi bizzat bu hükmi şahsın fiilidir, doğrudandoğruya ona muzaftır. Binaenaleyh burada dolayısıyla mes’uliyete yer yoktur, ancak ve ancak doğrudandoğruya mes’uliyet mevzuubahs olabilir.

B. — Bir hayvanın sebebiyet verdiği zarardan mes’uliyet.

Bu mes’uliyet bundan evvelkine benzer; B.K.m. 56 da yazılıdır. Elinde (yahut kanunumuzun ifadesiyle: idaresinde) herhangi bir hayvan hatta basil ve mikrop bulunduran şahıs bu hayvanın sebebiyet verdiği zarardan mes’uldür.

Bu şahsın mes’uliyeti kanunen mefruzdur; kemdisi bundan, ya hayvanı muhafaza ve ona nezarete hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinayı yaptığını (yani culpa in custodiento mevcut olmadığını), veyahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa idi bile zararın vukuuna gene mâni olamayacak idiğini ispat etmekle kurtulur.

Hayvanı idare edenden istenebilecek dikkat ve itinanın derecesi ahval ve şeraite bağlıdır. Elbette kafeste tutulan vahşi hayvanlar diğer ehli hayvanlardan daha ziyade dikkatle muhafaza ve idare olunmak icap eder. Hayvanı idare eden, kendisinin bir kusuru olmasa bile mes’uldür. Zararın husule gelmesini men için muktazi tedbirler mutlak bir surette ittihaz edilmek lâzımdır: Hayvanı idare eden meselâ, hasta veya gaip olsa bile hayva-

nının yaptığı zarardan gene mes'ul kalır. Hayvanı, ona nezaret etmesini tenbih ederek bir başkasına tevdi edip te bu şahsın görüpgözetmede gevşek ve ihmalkâr davranması halinde de vaziyet aynıdır; yalnız burada kendisinin indelhace mezkûr şahsa karşı bir rücu hakkı vardır.

Bir hayvanın sebebiyet verdiği zarardan mes'ul olan şahıs o hayvanın *maliki* değil belki onun vaziyledir, (détenteur)[1] yani onun zilyetliğine malik olan kimsedir (c.a.d. celui qui en a la possession). Binaenaleyh yerine göre intifacı, hasilât icarı müsteciri (fermier), adi müstecir (locataire) vs. den biridir; yeter ki hayvan bu kimsenin evinden, iktisadî tesisatından ma dut ve ondan bir cüz olsun. Tesadüfen bir hayvanı ödünç alan kimse bu manada bir vaziyyet değildir. *Misaller:*

a) Bir günlük müddetle bir at kiralayan bir süvari bunu kaçıtır ve hayvan da hasarı mucip olursa, bu süvari vaziyyet değildir, BK.m. 56 daki dolayısıyla mes'uliyetle muatep olmaz.

b) Keza, nakil ve hatta süreksiz bir muhafaza için kendisine hayvan emanet edilen kimse dahi vaziyyet değildir.

Bu kimseler hayvanın yaptığı zarardan, eğer kendilerine atfolunur bir tedbirsizlik veya ihmal varsa mes'ul edilebilir. Lâkin onların bu mes'uliyetleri *doğrudandoğruya* bir mes'uliyettir; nitekim hakikî vaziyyedin mes'uliyeti ile birlikte ve onun yanıbaşında mevcut olabilir; çünkü bu iki mes'uliyetten birincisi (doğrudandoğruya olanı) BK.m. 41 e, diğeri ise BK.m. 56 ya müstenittir. Bir vahşi hayvan mahfuz bulunduğu yerden kaçarsa evvelki zilyedi artık BK. nun aradığı manada bir vaziyyet olmaktan çıkar. Kendisi, geçen misallerde olduğu gibi kaçan hayvanın yaptığı zararlardan gene mes'ul tutulur ise de bunun için

[1] „Détenteur„ kelimesi B kanunumuzun 56cı maddesinde „idaresinde bulunduran, idare eden„ diye tercüme edilmiştir. Biz (détenteur=vaziyyet) (possesseur=zilyet) olarak kullanıyoruz.

M. O.

onun aleyhinde bir kusur bulmak yani firarın önüne geçmek için lâzım gelen tedbirleri ittihaz etmediğini ispat etmek iktiza eder. Bunun mes'uliyeti de, görülüyor ki, B.K. m. 56 ya değil B.K. m. 41 e müstenittir.

Mes'uliyeti tenkis veya bertaraf eden haller:

Mutazarrırın bir müterafık kusuru (faute concommittante) varsa dolayısıyla mes'uliyet azaltılır veya yokedilir. *Misaller:*

Kışkırttığı köpeğe kendini ısırta, veyahut pek ihtiyatsız bir surette ona lüzumundan fazla yaklaşan kimseler, vaziulyedin mes'uliyetini hafifleten veyahut onu tamamen bertaraf ettiren birer kusur işlemiş olurlar.

Bir hayvanın bâis olduğu zarardan sakınmak için lâzım gelen ihtiyati tedbirleri almayan kimse hakkında da hüküm böyledir. *Misal:*

Bir baytara getirip bir hasta köpek bırakmışlar; baytar hukukan vaziulyet değildir; ancak, kazayı önlemek için lüzumlu tedbirleri almakta tekâsül gösteren şu baytarı köpek ısırırsa vaziulyet bundan mes'ul olmaz; binnetice B.K. m. 44 mucibince zararuziyan hükmünden sarfınazar olunabilir.

B.K. m. 56 § 2 mantukunca, hayvanın iras ettiği zarardan dolayı vaziulyet başkalarına rücu edebilir. Bu rücu hakkı gerek hayvanın muhafaza edilmek bakılmak, üzere tevdi olunduğu bir müstahdeme ve gerekse hayvanı kışkırtan (qui a excité) veya kanunumuzun tabiri ile: ürküten bir üçüncü şahsa, yahut ta zararı yapan hayvanı diğer bir hayvan ürküttüğü takdirde bunun vaziulyedine karşı istimal olunabilir. İki hayvan bir dalaşma neticesi birbirlerini yaralarsa, bunlardan birinin diğerini tahrik ettiği vazihan sabit olmadıkça her iki vaziulyet yediğerine rücu hakkını haizdir.

Maselâ:

İki avköpeği döğüştüğü takdirde vaziulyet A, vaziulyet

B nin köpeğine gelen zarardan, ve bilmukabele B de A nın köpeğinin uğradığı zarardan karşılıklı mes'uldürler; fakat köpeklerden birinin diğerine saldırdığı sabit olursa, tabii, vaziyet değişir.

Hayvan üzerinde hapis veya onu öldürme hakları:

BK.m. 57 bir gayrimenkulün malik veya zilyedine gayrin hayvanlarının yaptıkları zarardan korunmak çarelerini temin ediyor. Kanun bu şahıslara istisnai çareler, haklar tanımaktadır. Bir mülkün zilyet veya sahibi gayrimenkulünde zarar husule getiren hayvanları zaptedebilir; bu hayvanlar üzerinde bir hapis hakkına maliktir, kendisine vaziyet tarafından tam bir tazminat verilinceye kadar onları alıkoyabilir.

Roma hukukunun bubapta (abandon noxal) denen bir müessesesi vardı; bu kaide mucibince bir hayvanın yaptığı zarardan mes'ul olan vaziyet, borçlu olduğu tazminat yerine hayvanı mutazarrıra terkedebilirdi. B. kanunu bu kaideyi terviç etmemiştir; çünkü, duçar olunan zarar çokdefa hayvanın kıymetini geçer.

Kanun müstesna olarak mutazarrıra hayvanı öldürme hakkını da tanımaktadır. Fakat mutazarrırın bunu ancak ağır hallerde ve toprakları üzerinde hasar yapan bu hayvandan başka türlü kurtulmak mümkün olmadığı zaman yapabilir. Kanun tarafından gayrimenkul malik veya zilyedine bahşolunan bu çarelerin istimali onlara hayvanın sahibini derhal vak'adan haberdar etmek borcunu yükler. (BK.m. 52 § 2 yi okuyunuz.)

- III. — SEBEBE BAĞLI VEYAHUT İLLİYETE MÜSTENİT MESULİYET [1]

Mahiyeti:

İllyete müstenit mes'uliyet, "mes'uliyet için bir kusur olmak lâzımdır," kaidelerinin yeni bir istisnasıdır. Binaenaleyh bunda

[1] Responsabilité causale.

"kusur" aranmaz; bu mes'uliyetin mebnası : muayyen bir şey, veya işletme (exploitation) sahibinin veyahut ta haddi zatında kaksız olmayan bir fiil ve muameleyi yapan kimsenin mücerret bu sebeplerle ammeyi maruz bıraktıkları hatar, telike ve hasarda, bir kelime ile (*risk*) tedir. İlliyete müstenit mes'uliyet ancak kanundan imbias edebilir, ve müspet hukukta şu aşağıki yerlerde derpiş olunmuştur:

Kanunda sayılı illiyete müstenit mes'uliyet halleri:

1° — Bina ve buna benzer şeyler hakkında:

BK. m. 58 e nazaran: bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin (ouvrage) maliki, o şeyin fena yapılmasından veyahut muhafazadaki kusurundan (défaut d'entretien = bakımsızlık) dolayı mes'ul olur. "İmal olunan herhangi bir şey," tabiri ile kanun sadece, bir bina ile az çok benzeyişi olan ve ona kıyas oluna-bilecek diğer şeyleri kastetmektedir.

İsv. Federasyon Mahkemesi: kanalları, taşıyıcılarını, köprüleri, su ve gaz borularını, meydanları, telefon ve telgraf direklerini, maden tesisatını, hatta dülger iskelesi, asetilenli bazı makine veya motor gibi toprağa muvakkaten çakılmış tutturulmuş menkulleri, vs.yi bütün bunları (ouvrage)dan "imal olunan şey," den addetmiştir. Toprak, ve ağaçlar binaya kıyas olunamazlar. Çöküntülerde, toprak sahibinin mes'uliyeti 58^{ci} maddeye istinat ettirilemez.

Bina ile ona benzer sayılar şeylerin yapısı ve bakımı mutat fennî şeraite uygun olmalıdır. Bununlaberaber, bu uğurda malikten ammenin himayesi ile asla alâkası olmayan ifratlı masraflar yapması istenemez. Buna mukabil ondan binanın yapılmasından sonra bile, lüzumları tahakkuk etmek ve istimalleri pek ziyade taammüm etmiş olmak şarlarıyla, fennî yeniliklere müracaat etmesi ve onları kendi binasına koydurması talep olunabilir.

Bir yapının fenalığından mümbais zarardan mes'ul olan daima

maliktir; hatta bu bina veya imal olunan şeyleri bir üçüncü şahsa teslim etmiş bulursa dahi... Malikin kusuru bulunmak şart değildir. Şayet malik bir tedbirsizlik veya ihmalde bulunmuşsa, kendisi üstelik bir de B.K. m. 41 mucibince mes'ul olur; fakat bu takdirde zarar ile yapıdaki fenalık veya bakımsızlık arasında bir illiyet alâkası bulunmak muktazidir. Biliyoruz ki, bu alâka, zararın bir sebebini de haricî bir müterafik hadise teşkil etse bile gene mevcuttur (umumî nazariyeler kısmını okuyunuz).

Bu mes'uliyet hilâfına mukavele olunabilir mi?

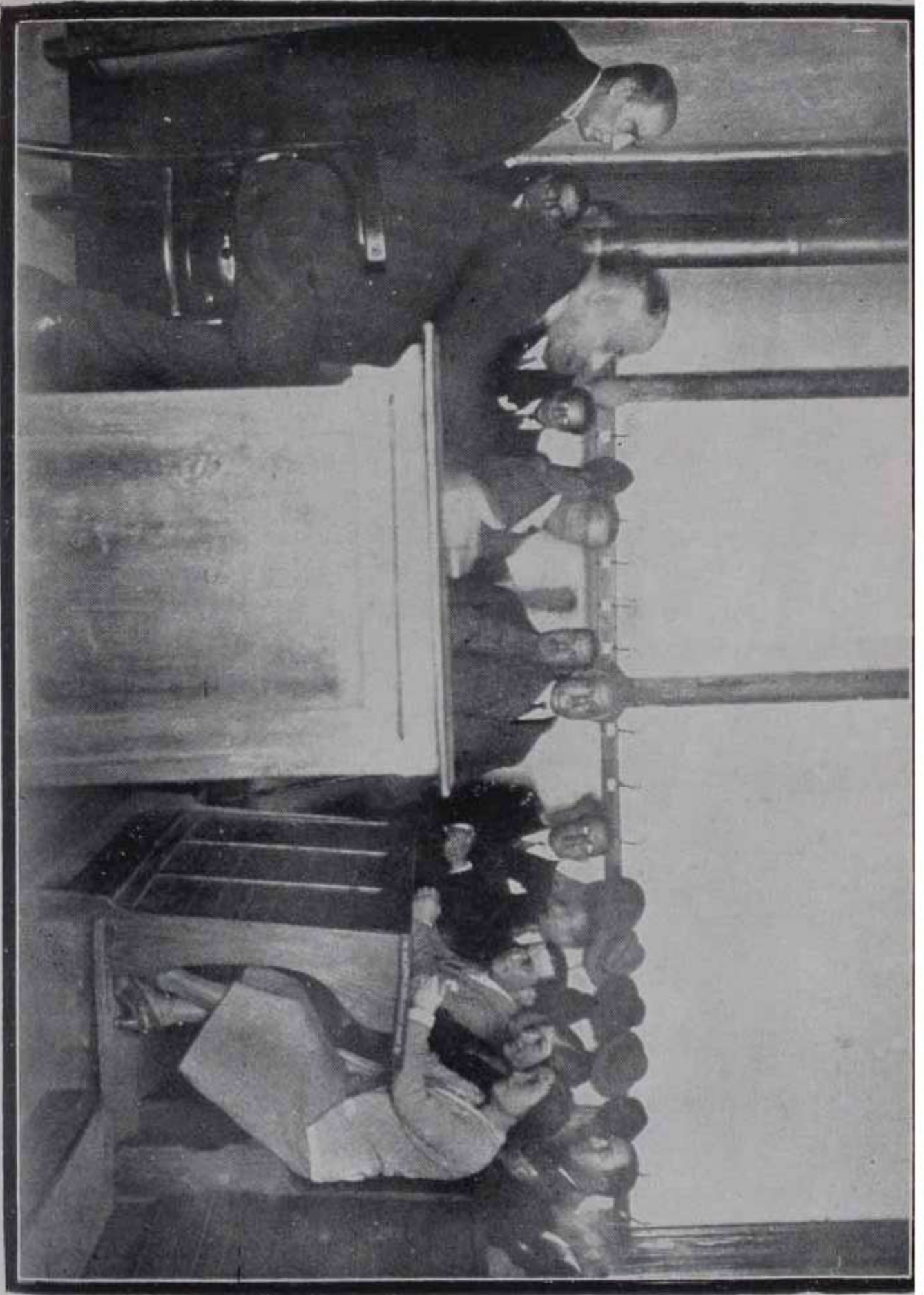
Malik bu illiyete müstenit mes'uliyeti, hilâfına şart ile bertaraf edebilir. Meselâ, bunu müsteciri ile yaptığı mukaveleye dercedebilir; bu mes'uliyetin ilgası hatta malik ile akittaşı arasında zımnî bir anlaşma ve şart ile de olabilir. İsviçrede, mecurun fena halde ve ayıplı bulunduğunu bilerek kabule eden kiracının, fena yapıdan veya bakımsızlıktan dolayı husule gelebilecek zarardan maliki mes'ul tutmadan zımnen feragat ettiği kabul edilmiştir.

Rücu hakkı:

B K. m. 58 § 2 ye göre malikin, binanın veya imal olunan şeyin fena yapılmasından veya bakımsızlığından dolayı kendisine karşı mes'ul olanlara rücu hakkı vardır. En çok ahvalde bu rücu aktî bir esasa istinat eder: Yapı noktai nazarından mimara veya müteahhide, bakımsızlık için de kiraci, intifacı gibi kimselelere müteveccih bulunacaktır. Maahaza, malikin rücu hakkı gayriaktî mahiyette de olabilir. *Meselâ:* Bir üçüncü şahıs bir binaya zarar ika edip te bundan kiracı aleyhinde bir hasar vücuda gelirse, mutazarrır olan müstecir B K. m. 58 kükmünce malikten, o da B. K. m 41 mucibince bir kusur ispat ederek üçüncü şahıstan zararuziyan dava edebilirler.

Emniyet tedbirleri:

Kanun yalnız gayrın binasından veya şeyinden mümbais



Gazi, Hazretleri Hukuk Fakültesinde İktisat dersinde

Foto E. Hamdi

zararın tamirini derpiş etmekle kalmayıp buna benzer bir zarara maruz bulunan kimseyi de koruyor; ona bu zararı önleyici bir himaye temin ediyor. Bu vikaye edici himaye şundan ibarettir: Mezkûr kimse malikten bu tehlikeyi bertaraf etmek için lâzım gelen tedbirlere tevessül etmesini isteyebilir. B K. m. 59, bu-
baptaki zabıta nizamlarını mahfuz bulundurmaktadır.

2° Gayrimenkul mnlıki hakkında:

İllyete müstenit mes'uliyet kaidesi T K M. m. 656, İ B K. m. 679 mucibince, bir de mülkiyet hakkını tecavüz eden gayrimenkul maliki hakkında mevcuttur. Bilfarz, komşusunu, is, fena koku saçan veya gürültü çıkaran tesisat ile rahatsız ve müteessir eden bir gayrimenkul maliki kendisini zararuzıyan vermek tehlikesine maruz bırakmış olur. Bunun gibi, kendi arazisinde hafriyat yaparken komşusunun mülkünü sarsan malik te aynı vaziyettedir. Bütün bu hallerde ona haksız fiil isnadına lüzum yoktur; doğrudandoğruya kanun kendisine illiyete müstenit bir mes'uliyet tahmil ediyor. Bununlaberaber, bir mücavir mülke arız olan ziyanlar tabiatın hâdiselerinden mütevellit ise gayrimenkul malikine hiçbir mes'uliyet terettüp edemiyeceği bellidir. *Meselâ*, hir fırtına esnasında veya gayrimenkul malikinın sun'u olmayan bir yangında bir ağacın devrilmesi bu kabildendir. Gayrimenkul malikinın illiyete müstenit mes'uliyeti hakkındaki kaideler tatbik olunabilmek için komşu mülke iras olunan zararın şundan, yani, arazinin iktisadî işletme ve istismarından ileri gelmesi lâzımdır. Bu nevi mes'uliyette kusur şart olmadığından, malik gayrimümeyyiz olsa bile ve hatta mülkiyet hakkının sui-istimal ve tecavüzü doğrudandoğruya kendi eseri olmayıp meselâ kiracının, intifacı vs. nin fiilinden neş'et etse dahi gene mes'uldür. İsv. Federasyon Mahkemesinin bu-
baptaki içtihadı iyiden iyiye kökleşmiştir.

3° Elektrik, şimennifer gibi tesisat hakkında:

İsviçrede bu nevi mes'uliyet elektrik ve şimendifer tesisatı

hakkında da ilzam edilmektedir. Bu şiddetli mes'uliyet şu iki mülâhaza ile kabul olunmuştur: Evvelâ, bu işletmelerin mahsusî birtakım tehlikeleri vardır, ammenin teminatsız olarak bunlara maruz bırakılması doğru değildir; saniyen, bu elektrik ve demir yolu işletmelerinden kâr temin eden hakkî veya hükmi şahıslar bunların hatar ve tehlikelerine de katlanmalıdır, hakkaniyet bunu icap eder.

4° İhtiyatî haciz hakkında:

İlliyete müstenit mes'uliyet, İsviçrede, borçlusunun mallarına ihtiyatî haciz (fransız hukukunun "saise -arrêt,, si) koyduran alacaklıya da tahmil olunmaktadır. Bu mes'uliyet halini de kaydediyorum, çünkü el'an müzakere edilmekte olan Türk İcra ve İflâs kanununa örnek teşkil eden İsviçre İcra ve İflâs kanununda vardır; binaenaleyh illiyete müstenit mes'uliyetin bu nev'i Türkiyede de kabul olunacaktır. İcra kanununa nazaran: alacaklıya, borçlunun mallarına ihtiyatî haciz vazettirmek müsaadesi, alacağını sadece "varit gösterebilmesi şartı ile verilebilecektir. [1] Bu vaziyette borçlunun hukukuna ağır bir tecavüz vardır; zira malları, alacağının mevcudiyetini henüz tamamen ispat etmemiş olan alacaklı tarafından immobilize ve tatil edilebilecek, yani borçlunun artık tasarruf edemeyeceği bir malmenazelesine indirilebilecektir. Mezkûr kaideyi ehvenleştirici, ıslah edici çare işte alacaklıya tahmil olunun bu illiyete müstenit mes'uliyet prensibinde mündemiç bulunmaktadır.

Eğer alacaklı hakkı yokken, yani hakiki bir alacağı mevcut değilken ihtiyatî hacze tevessül etmişse bu haczin borçluya mucip zararı tamir ile mükelleftir, [2] hatta velev hüsnüniyetle hareket etmiş olsa ve kendisine bu hususta isnadı mümkün hiçbir ku-

[1] T. İc. ve İf. K. m. 255 e müracaat buyurunuz.

[2] T. İc. ve İf. K. m. 256 ya müracaat buyurunuz.

M. O.

sur mevcut bulunmasa bile.. Binaberin, bunun illiyete müstenit bir mes'uliyet olduğunda şüphe ve tereddüt caiz değildir.

IV. — HAKSIZ FİİL FAİLİ ALEYHİNDEKİ DAVA HAKLARI

Zararuziyan ve manevi tazminat davaları:

Mutazarrırın zarar, faili aleyhinde müteaddit dava hakları vardır. Evvel emirde bu şahsın kendisine iras olunan zarardan dolayı zararuziyan ve manevi tazminat dava hakkı vardır. Bunu derslerimizin baştaflarında izah etmiştik.

Bu dava mahsusî bir müruruzamana tâbidir. Kanunda yazılı olan dava haklarının çoğunda olduğu gibi 10 senelik değildir; gayet kısa, bir seneye indirilmiş, ve bir haksız fiile müteallik deliller ekseriya zamanla hayli çabuk silinip ütmeğe müsait oldukları için böyle kabul edilmiş bir müruruzamandır. Bu bir senelik müruruzaman, haksız muameleden neş'et eden bütün davalara kabilittatbiktir; Gerek cürmî ve şibihcürmî onlara gerekse ıstırar ve nihayet T K M. m. 833, İ B K. m. 926 § 1 deki gibi diğer kanunî hükümlere tâbi zararlardan mütevellit bulunanların hepsine...

Bu müruruzaman mutazarrırın hem zarara hem bunun failine, ikisine birden, muttali olduğu günden cereyana başlar. Zarara itiladan murat mutazarrırın aleyhinde vukua gelen *fiile, hâdiseye vaktaya* vâkıf olmasıdır, yoksa zararın bütün vüs'at ve şümülüne vukuf ve uüfuzu değil.. Eğer zarar yeni birtakım hadiseler neticesi olarak sonradan genişlemeye başlar, meselâ, döğme ve yaralama bilâhara yaralıda bazı içhastalıkları husule getirirse, mutazarrırın şu zararlı yeni hadiseye itilayı gününden başlamak üzere yeni bir senelik müddet kabul etmek lâzımdır. Kanunu bu yolda tefsir etmek, fıkriince, lâbüttür; zira gerçi kanun davanın

mümkün olduğu kadar çabuk açılmasını emrediyor; fakat herhalde bunu muhal kılmak ta istemiyor.

Bu bir senelik kısa müruruzamanın yanibaşında kanun bir demutazarrırın zarara ve failine ittilarına değil de zararlı fiilin işlendiği andan itibaren cereyana başlayan 10 senelik talî bir müruruzaman daha kabul etmiştir. *Misal:*

Bir şahsın uzak Anadolu da malik olduğu bir mülk komşunun ağır bir ihmâl neticesi olarak yanmıştır; fakat malik bu uzak gayrimenkulle meşgul ve alâkadar olmadığı için kendisi hadiseden habeadar olmaksızın 10 sene geçmiştir. farzedelim, eğer malsahibi buna 11^{ci} sene içinde muttali olursa artık fail aleyhinde bir zararuziyan davası açamaz.

B K. m. 60 § 2 ye nazaran: Zaruruziyan davası ceza kanunları mucibince daha uzun müruruzamana tâbi cezayı müstelzim bir fiilden neş'et etmiş olursa medenî davaya da (şahsî dava) o müruruzaman tatbik olunur. Binaenaieyh bu müruruzaman yukarıda arzolunan 1 ve 10 senelik müruruzamanların yerine kaim olur; fakat fail cezada bereat veya ademimes'uliyet kararı almışsa tatbik olunamaz; ceza müruruzamanı ancak fail cezada mahkûm olmuşsa kabilitatbiktir.

Nihayet, eğer failin de mütazararırdan bubapta bir alacağı olursa o da bunu defi makamında herzeman dermeyan edebilir. Ancak, bu hususta B K. m. 60 § 3 ü okuyunuz.

İade, refi veya iptal davaları:

Bu zararuziyan ve manevî tazminat davalarından başka mutazarrırın bir dava hakkı daha vardır: haksız muamelenin intaç ettiği bir filî vaziyetie refi ve iptali davası. Bilhassa mülkiyet haklarına tecavüz hadiselerinde pek bariz olan bu dava hakkını zararuziyan davasından vazihan ayırdetmek lâzımdır. Filhakika başkası tarafından mülkiyet hakkı ihlâl olunan malikin istir-

dat ve istihkak davası vardır; zilyetliği gaspolunan kimse bu bapta bir dava hakkını haizdir: yedin iadesi [1] Meselâ ipotekli alacaklı gibi bütün aynı hak sahiplerinin hepsi için de vaziyet böyledir. Bu şahıslar mülkiyet, zilyetlik veya diğer aynı hakları tamamen eski hallerine iade ve icra olunmadığı —bilfarz malik yalnız hasara uğranış şeyini elde ve istirdat ettiği—takdirde ayrıca bir zarar ziyan dava hakkına maliktirler.

Şahsiyetin haklarına tecavüz halinde bundan mutazarrır olan kimse aynı vaziyettedir; şahsi haklarını ihlâl eden bu taşkınlığın men'ini istemek üzere T K M. m. 24 İ K M. m. 28 mucibince bir dava hakkını haizdir; ve bu dava hakkı, mülkiyet vs. gibi aynı hak sahiplerini himayeye matuf olan dava haklarına benzer. Şeref veya itibarına karşı bir tecavüze uğrayan kimse, şeref ve itibarının—meselâ ilânın gazetelere derci gibi bir şekilde fail tarafından tatmin edilmek suretile—tamamen iade ve telâfi edilmesini isteyebilir. Bu müeyyide haksız rekabet için de vardır.(B K. m.48i okuyunuz.) Bütün bu hallerde failin bir kusuru olmak ve zarar ispat olunabilmek şartile mutazarrırın ayrıca bir zararuziyan dava hakkı da vardır.

Önleyici dava hakkı:

B K. bir şahsı bazen vikaye edici, önleyici mahiyette yani henüz vuku bulmamış fakat vuku bulmak tehlikesi gösteren zararlara karşı bir himayeye de mazhar kılmaktadır. (T B K. m. 59 ve T K M. m. 25, 656, 896, İ B K. m. 29, İ K M. m.29 679, 928i okuyunuz). Bu maddeler esası üzerinden B K. ve K M. ce kabul edilmiş bir umumî nazariye istihraç olunabilir ki buna nazaran: haksız fiilin devamından korkulan, veyahut bu fiil henüz işlenmemiş olmakla beraber vukubulmak tehlike tehdidi gösterdiği hallerde bunlara maruz nam şahsın mezkûr fiillerin ref veya men'i hususunda bir dava hakkını haiz olduğu teslim edilmek

[1] T K M 58 60 ;maltlabıra müracaat buyurunuz

icap eder. Bu önleyici dava hakkı zararuziyan davasından farklı olarak kusur şartına muallâk değildir; başlıca faidesi tarafların içinde buldukları vaziyeti aydınlatmak ve birde *hükmen icbara* (astreintes) yani hâkimin ileride bir zararlı fiil ikâ ihtimaline karşı şimdiden zararuziyan hükmetmesine mahal vermektir ibarettir. Esasen hakların tesbitine müteallik dava hakkı da aynı rolü oynar. Misal:

Şimdilik bunun kendisine bir zararı dokunmamakla beraber A'nın ismi gaspölenmiştir, farzedelim. Böyle dahi olsa bu kimse gasıptan vazgeçmesini, aksi takdirde şu isim gaspını meneden ilâmin sudurundan itibaren her geçikme günü için muayyen bir miktar zararuziyan isteyebilir.

Müteselsil mes'uliyet.

B K.m. 50 ye göre: bir zarardan müteaddit kimseler mes'ul ise, bunlar, mutazarrıra verilmek iktiza eden zararuziyanla *müteselsilen* borçlu olurlar, Medenî (hukukî) noktâ nazardan zararı yapan hakkında müşevvik, asıl fail veya fer'an zimethal olmak hususunda bir tefrik gösterilmez. Müşevvik ve fer'an zimethal olanlar asıl failin, faraza temyiz kudretinden mahrum olmak dolayısıyla mes'uliyetine imkân olmasa bile gene mes'ul tutulabilirler. Müşevvik veya fer'an zimethal olan kimselerden birincisi faili bir haksız fiil işlemeğe teşvik ve, ikincisi ise faile bubapta gerek kasten ve gerek ihmal veya tedbirsizlikle yardım ettikleri sabit olur olmaz medenî mes'uliyetle muatap addolunmak lâzımdır.

B K.m. 50 § 3, yataklık eden kimseyi, vakı olan kârdan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe hertürlü mes'uliyetten azatlamaktadır. *Misal:*

Şayet yataklık eden kimse çalık eşyayı satmışsa kendisi sirkatin tutarı ne ise o miktar ve hadde kadar mes'ul olur.

Teselsül mevcut olmayan haller:

1°) zararuziyan borçlarının umumî nazariyeleri bahsinde evvelce

de işaret ettiğim gibi müteaddit kimseler müstakil faaliyetleri neticesinde bir haksız fiil ve zarar ika ederlerse bunların arasında nütelsesil mes'uliyet mevzu bahis olamaz; bu takdirde her fail zararın tamamından mes'uldür; mutazarrırın bunlardan herbiri aleyhinde mütelâhik bir dava hakkı vardır. İşte yanlış olarak teselsül denen şey budur ve bildiğimiz asıl teselsülden ancak müruruzamanın inkıtai noktasında farklıdır; şu itibarla ki T B K m. 134, İ B K m. 136 hükmü burada kabilitatbik değildir. İsviçre vazukanunu, müteaddit kimselerin aynı zarardan mes'ul olduğu bütün ahvalde asıl teselsül dediğimiz adî teselsülü derpiş etmemiş olmakla muaheze olunabilir; bunu kabul etseydi hukukî vaziyet pek daha açık ve sade olurdu.

2°) Bunun gibi dolayısıyla veya illiyete müstenit mes'uliyetlerde de keza teselsül cari değildir. Maahaza mutazarrırın, zarardan mes'ul olan istihdameden, evreisi, hükmi şahıs, hayvanın vazıul-yedi, gayrimenkul maliki aleyhlerinde olduğu kadar zararın asıl faili aleyhinde de ayrı ayrı dava hakları vardır. Burada da zarar faili ile bu fiilden mes'ul olan şahıs arasında yukarıki halde olduğu veçhile yanlış olarak böyle tesmiye edilen ve adî teselsülden yalnız müruruzaman meselesinde ayrılan bir teselsül vardır.

Mes'ullerin birbirlerine rücu hakları:

Bir zarardan mes'ul olan bütün şahısların birbirlerine karşı rücu hakları olabilir. Kanun bu rücu haklarının nasıl kullanılmalari icap ettiğini tasrih etmiyor; rücu hakkı olup olmadığını ve olduğu takdirde bunun vüs'atini (derecei şümülülü) tayin hususlarını hâkime bırakıyor. B K. m. 50 § 2 yi okuyunuz). Bu rücu hakkı yalnız adî teselsül haline tatbik olunmakla kalmayıp mutazarrırın muhtelif şahıslara karşı bir hak telâhukundan (d'un concours de droit) yani zararlı fiilin faillerinin yanlış olarak böyle yadedilen teselsüllerinde de kabili tatbiktir. Müteaddit kimselerin mes'uliyeti bahsinde Kanunda derpiş olunan rücu haklarının tayini emrinde takip ve riayet edilmek iktıza eden kaideler şunlardır:

1°) Müşterek kusur halinde zararı yapanlar *müleselsilen*

mes'uldürler, ve hâkim her şeyden evvel her faile terettüp eden kusurun derecesini tesbit etmelidir. Bu onu umumiyetle zararın en büyük parçasını müşevvike ve en küçük kısmını da fer'an zimethal olan şahsa tahmil etmeğe sevkedecektir. Bu muhtelif kimseler arasındaki rücu hakkı sadece bir failin mahkûmiyet ilâmı mucibince kendi uhdesine düşenden fazlasını tesviye etmiş olması halinde caridir. Mes'ullerden biri âciz ve öderiz ise (insolvable) hissesi, hâkimin tesbit etmiş bulunduğu nispet dahilinde olmak şartıyla, diğer bütün failer arasında taksim olunmak ve bu tarzda ödenmek lâzımdır.

2°) Teselsül Yoksa: Bir zararın müteaddit failleri beyninde teselsül mevcut değilse burada mes'uliyet sebepleri (haksız muamele, akit, kanun) başka başka olduğu için rücu hakkı da pek değişik ve mütehavvil olabilir. BK.m.51 de bazı sarahatler mevcuttur. Bu madde hükmünce kaideten, haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel zamân ile mükelleftir; bu failin, mutazarrıra borçlu olunan paraları verince diğer faillere rücu hakkı yoktur. İkinei derecede, yani bir şahsın kusuru ve haksız fiili olmayan yerlerde, hâkim, zararın tazminini bunu bir akit ile iltizam etmiş bulunan kimseye yükletmelidir. Nihayet ortada eğer ne kusur ve haksız muamele dolayısıyla bir borçlu ve ne de bir mukavele mucibince mes'ul olacak kimse yoksa, hâkim, zararın tamirini kusursuz ve akıtsız kanunen mes'ul bulunan şahsa tahmil etmelidir. Binaenaleyh müteaddit kimselerin mes'uliyeti halinde, illiyete müstenit bir mes'uliyet altında bulunan kimse için zararı tamir borcu *ancak başka mes'uller yoksa* tahakkuk eder; aksi takdirde ona mes'uliyette sıra düşmez.
Misaller:

a) Müstecir A mecur eşyalardan dolayı B ye karşı bir akit mucibinde mes'uldür. C, mezkûr eşyaları tahrip etti, diyelim. Derhal müteaddit kimselerin mes'uliyeti hali tahakkuk eder: B hem A dan hem C den dava edebilir. Fakat şayet A dan dava ederse, bu sonuncunun haksız muameleyi yapan ve birinci dere-

cede mes'ul olan C ye karşı, zamin olduğu şeyin tamamı ile rücu hakkı vardır.

b) C ye karşı işlenen bir zarardan A ile B mes'uldür; A nın mes'uliyeti tedbirsizlikle ika ettiği bir fiilden, B ninki de gayrimenkul maliki sıfatıyla kanundan neş'et etsin (illiyete müstenit mes'uliyet).. A hakkını B ile C den hangisini dilerse onden isteyebilir. Lâkin, eğer davayı B aleyhine yürütürse bunun da zamin olduğu şeyin tamamı ile A ya rücu hakkı vardır; zira, illiyete müstenit mes'uliyet tali derecede gelir, ve bir haksız fiil yapan neticede kat'i olarak zararı tahammül eder.

c) Bir zarardan dolayı A ile B, C ye karşı mes'uldür; A bir sigorta mukavalesi mucibince, B de bir hayvanın vazıuliyedi sıfatıyla... (illiyete müstenit mes'uliyet); mutazarrır C, zararın hesabını B den sorabilir; fakat kendisi kusurlu olmamakla beraber kanunen mes'ul olan B de üzerine akti borç almış olan A ya rücu edebilir.

İsv. Federasyon Mahkemesinin içtihadı da müteaddit, kimseler bir zarardan mes'ul oldukta kanunun derpiş ettiği rücu haklarının mevcudiyetini, sırasını ve genişliğini bu arzedilen şekilde tesbit etmiş bulunmaktadır.

— Bitmedi —