

ZARAR GÖRENİN FİİLİNİN NİTELENMESİ

Asis. Tennur KOYUNCUOĞLU

I. Genel Açıklama

1. Borçlar Kanunu sistematüğinde yerinin belirtilmesi:

Zarar gören fiilin, umumi hükümler kısmında, borç doğuran kaynaklardan ikincisi olan, haksız fiiller bölümünde düzenlenmiştir. «Tazminatın tenkisi» başlığı altında, zarar görenin çeşitli fiilleri belirtilmiştir.

BK 44 m./1 fıkrasında yer alıp, zarar görenin fiillerini kapsayan bu kural özel bir bölümde yer almasına rağmen, genel bir hüküm niteliğindedir. Sorumluluk yaratan bütün hukuki sonuçları etkiler.

BK. dışında, özel bir kanun da, adı geçen maddenin uygulanmasını gerektirebilir. Olay ile zarar arasında tam bir bağ kurabilmek için, zarar verenin fiili ile zarar görenin fiili arasında karşılaştırmalı bir inceleme yapmak zorunluğu vardır.

2. Zarara uğramaktan kaçınma kuralı :

Bazı ahlâk prensipleri hükük düzeni tarafından korunmuş, bunlara aykırı hareketler yasaklanmıştır. «Başkasına zarar vermemek» yükümü de bu anlayışla kanunda düzenlenmiştir. BK 41 m. de belirtilen bu kurala aykırılık, zarar görene talep hakkı veren müeyyidelerin uygulanmasına yol açar. Zarar gören kişi, tazminat isteyebileceği gibi haksızlığı gidermek olanağına da sahiptir.

Görülüyor ki, kanunda açıklanan belli bir hareket şekline aykırılık, sorumluluk yaratır. Acaba, BK 44 m./1 fıkrası da, böyle bir

amaç mı gütmektedir? Başka bir deyişle, zarar gören kişinin, zarara engel olmak veya onu azaltmak yükümü var mıdır?

Bu soruya kesin olarak olumlu bir cevap vermek mümkün değildir. Kendi fiili ile zarar gören kişiye karşı yöneltilecek, zararın önlenmesine veya giderilmesine yol açacak hukuki bir olanak yoktur¹. Bu hareketlerden sakınmağa zorlanamayacağı gibi, doğan zarara da tazmin yükümüde yoktur. Kişinin kendi kendine ve varlıklarına, zarar vermemesini kanun açık bir kuralla yasaklamamıştır².

Ancak «kişinin kendisini zarara uğramaktan kaçınma görevi olmadığı» da genel bir prensip olarak ortaya koyulamaz³. Kişi kendi kendine bir zarar verirken başkasını da dolayısıyla bir zarara sokamaz, durumunu ağırlaştıramaz. BK 44 m./1 fıkrası ile zarar görenin bu çeşit fiillerine uygulanacak müeyyide açıklanmıştır. Kişinin kendi çıkarı için yapılması gerekli bir takım hareketlerin yapılmaması, hukuken bir hakkın kaybına yol açar. Zarar gören kişi, zararın doğmasına veya artmasına engel olmamakla, tazminat isteeyebilme hakkını kaybetmiş olur. Tazminat hakkının oduğunu ve devamı için BK 44m./1 fıkrasına göre yapması gereken şeyleri yapmamıştır.

Adı geçen madde örtülü olarak, zarara uğramaktan kaçınma, veya zararın artmasına engel olmayı bir ödev olarak öngörmüştür. «Başkasına zarar vermemek» gibi belli bir hareket şekline uymak yükümü yoktur, kurala aykırılık ta sorumluluk kaynağı olmaz. Kişi tazminat hakkının kaybolması veya azalması için kendine düşen ödevi yapmak ve bu yolda da bazı külfetlere katlanmak zorundadır. Bu külfetler benzer olaylarda alınması gerekli gerekli normal tedbirlerdir.

II. Zarar görenin fiili:

Zarar görenin fiilinin nitelenmesi ve buna uygun olarak isimlendirilmesi görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Zevkli tartışmalara konu olan maddenin aslına uygun ifadesi şöyledir⁴.

1) Von Tuhr, Andreas. (Çev. Edege) Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, cilt I, İstanbul, 1958, s. 10.

2) Schwarz, Andreas B. (Çev. Davran) Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt. I, İstanbul, 1948 s: 143.

3) Oftinger, Karl. Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2 Auflage, Zürich, 1959, s. 5, Not, 98.

4) Oser/Schönenberger. (Çev. Seçkin), Borçlar Hukuku, md. 44, Ankara, 1950.

«Zarara uğrayan kimse, zararlandırıcı fiile razı olmuş, yahut kendisinin sebep olduğu haller zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş yahut tazminat borçlusunun durumunu başkaca ağırlaştırması ise yargın tazminat ödevini hafifletebilir veya büsbütün ortadan kaldırabilir.»

Maddede kusurdan hiç söz edilmeyip, zarar görenin, zararı etkileyen bir takım tavır ve hareketleri belirtildiği halde, bunların nitelenmesi «kusur» kavramı ile yapılmıştır. Bu görüşün temelini Roma Hukukunda aramak uygundur. (Kendi kusuru ile zarar gören kimse, zarar görmüş sayılmaz) kuralı gereğince, sorumluluktan kurtulmak, karşılıklı kusurların birbiri ile takas edilmesiyle mümkün olurdu.

Zamanımızda zarar görenin kendi kusuru (selbstverschulden) deyimini kullananlar⁵ olduğu gibi müterafık kusur (mitverschulden) olarak isimlendirenler de⁶ vardır.

Kusur kavramına yer veren yazarların büyük bir çoğunluğu, söz konusu fiillerin gerçek bir kusur niteliğinde olmadığını belirtmektedir⁷. Bu ortak fikrin açıklanması farklı gerekçelere dayandırılmaktadır.

Özellikle, zarar görenin kendisine karşı işlediği fiillerde hukuka aykırılık unsuru olmadığından, kusurun varlığından söz edilemez, denmektedir⁸. Bir önceki bölümde açıkladığımız gibi, BK 44m./1 fıkranın amacı, kişinin kendi çıkarına aykırı bir davranışını yasaklamak değildir. Karara uğramaktan kaçınma ödevi bir yüküm değildir ve sorumluluk doğurmaz. Bu anlamda kişinin kendine karşı işlediği zararlı fiillerde, hukuka aykırılık yoktur, denilebilir. Bu yanlış bir çözüm yolu olur. Söz konusu madde, bazı hallerde⁹ yapılması ve

5) Tandoğan, Halûk. Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 318; Schwarz, s. 142.

6) Birsen, Kemalettin. Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1967, s. 202.; Çalkın, Fahri/Tuğsavul, Muhsin. Haksız Fiilden Doğan Tazminat Davaları, İstanbul, 1948, s. 61; Kısagün, Adli. Müterafık Kusur, ABD., 1961, yıl, 18, sayı, 4, s. 9.; Olgaç, Senai. Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve ilgili hususi kanunlar, cilt 1, İstanbul, 1959, s. 637.; Tunçomağ, Kenan. Borçlar Hukuku Dersleri, cilt 1, ikinci bası, İstanbul 1965, s. 291.; Von Tuhr, s. 102.

7) Yazarların büyük çoğunluğu, burada, teknik anlamda bir kusur yoktur, demekle birlikte henedense, kusur terimini kullanmakta bir sakınca görmemektedirler.

8) Tandoğan, s. 318, dip not, 11.

9) Zarar görenin fiilinin tazminata etkisi, ancak, zarar görenle zarar verenin hareket tarzı birleştiği ve bu halde bir zarar doğduğu zaman önem kazanır. Yoksa kendisine bir zarar yapan kimse sonucuna tek başına katlanır.

yapılmaması gereken bir hareket tarzının varlığına değiniyor, bunu bir ödev sayıyor, ancak aykırılık halinde farklı bir müeyyide öngörüyor.

Zarar görenin, tazminatın indirilmesine veya ortadan kaldırılmasına sebebiyet veren fiilleri hukuka aykırıdır, fakat sorumluluk doğurmadığı için kusur olarak nitelenemez. Kanunda ki teknik anlamı ile, sözleşmeğe aykırılığa ve haksız fiil işlemeğe yönelmiş irade olan kusur, bir sorumluluk sebebidir. Oysa bir çok kereler ifade ettiğimiz gibi, zarar görenin hoş görülmeyen fiilleri bir sorumluluk yaratmaz, bir hakkın kaybına yol açar. Kanunun öngördüğü ödevlerin dışına çıkan, hareketinin fena sonuçlarına da katlanacaktır.

Özetle, kişinin başkasına karşı değil, kendine karşı bir hareketi sonucu bir zarar doğduğu ve bu hareket bir sorumluluk sebebi yaratmadığı için, zarar görenin fiili kusur olarak nitelenemez.

Ayrıca kusur kavramı, zarar görenin tazminatı etkileyen, kusursuz fiillerini açıklamak için de yetersizdir. Zarar görenin kusurlu kusursuz bütün hareketleri, zarara bağlantılara göre incelenmek gerekir.

Müterafık kusur, deyimî müterafık kelimesine yer verdiği için de yanlıştır¹⁰. Çünkü, müterafık (kumulative, koordinierte, konkurrierende) kelimesi, zarar verici olay birçok nedenlerde ortaya çıktığı halde, neticenin doğması için zarar görenin fiili de tek başına yetiyorsa kullanılabilir. Oysa zarar görenin fiilinin illiyet bağını kestiği hallerde, bu fiil zararın tek sebebi sayılacağından, müterafık kusurdan söz açılmaz. Diğer taraftan objektif olarak tazminat borcuna tesir eden fiillerin belirtildiğini açıklayan bazı yazarlar¹¹ müterafık sebep olma deyimini kullanırlar. Söz konusu olan zarar görenin kusurlu hareketi değil, tavır ve hareketidir, derler.

Bu görüş, zarar görenin fiilinin zararlı olay arasındaki illiyet bağına etkisini aksettirdiğinden, meselenin can noktasına değinmektedir. Bizce, birlikte sebep olma deyimî, illiyet çevresinde çeşitli fazaiyeler için de kullanılacağından, zarar görenin fiilini ifade için özel bir deyim değildir. Kişinin kendi zararına sebep olan hareketlerini niteliğine uygun isimlendirmekten çok, bu hareketlerin ortaya çıkardığı sonuç önemlidir. Zarar görenin davranışı hukuki bir

10) Tandoğan, s. 319.

11) Schwarz, s. 142; Saymen, Ferit H./Elbir, Halit K. Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 1958, s. 501.

muamele ile olacağı gibi neticelendirici bir olaydan veya sadece hukuki bir fiilden de ibaret olabilir. Bütün bunların ortak sonucu, olayla zarar arasındaki milliyet bağıni etkilemeleridir. Meseleye bu açıdan bakmak gerekir.

Gerçekten BK 44m./1 fıkrasında bir takım tavır ve hareketler sayılmaktadır. Bunları dört grup altında toplayabiliriz.

1) Rıza, Zarar görenin rızasının hukuken iki önemli etkisi vardır. Bir haksız fiile gösterilen rıza, haksız fiil niteliğini ortadan kaldırır. Bu esas hakkın mahiyetini açıklayan teoride destek bulur¹². Bu şekilde etki kişinin üzerinde harcama yapacağı konularda mümkündür. Oysa kişi hukuk düzeninin benimsemediği bir izni vermiş olabilir. Böyle bir izinle zarar verenin sorumluluğu ortadan kalkmaz, yapılan işlemde zarar görenin rızasının payı vereceği tazminatın miktarını azaltır.

Rıza halinde illiyet bağıının kurulmasında, zarar görenin hareketinin dolayısıyla bir etki vardır. Zarar veren kişinin fiilinin haksızlığını azaltır.

2) Zarara sebebiyet verme veya iştirak etme, gören hareket tarzı ile olayın meydana gelmesini kolaylaştırmış, veya diğer tarafın fiilinin zararlı sonuçlarını önleyen tedbirler almamış ise bu hal ortaya çıkabilir¹³. Örneğin çarpışma tehlikesi olan bir yerde durma zarara sebebiyet verir. Zarar görenin hareketi zararın başlıca sebebinin teşkil ediyorsa, zarar verenin fiili ile illiyet bağı kesilmiş olur¹⁴. Diğer hallerde birleşen bir illiyet söz konusu dur.

3) Zararın artması, zarar gören, zararı azaltmak için durumun gerektirdiği tedbirleri almak zorundadır. Bazan kanun, kişiye böyle bir borç yükler. Kiracı kiralayanda ki bozukluklardan doğacak zararı, zamanında bildirmek zorundadır. Zararı önleyen ve çoğalmasına engel olan tedbirler orta zekâlı, dürüst bir insanın öngördüğü fiilerdir. Tedbir almak için hayatını ve sıhhatini tehlikeye atması beklenemez¹⁵. Burada da öne geçen veya birleşen bir illiyet söz konusudur.

12) Tunçomağ, s. 262.

13) Tandoğan, s. 321.

14) Saymen'in verdiği örnek bu bakımdan ilgi çekicidir. Saymen, s. 503. Evi yapan usta aynı eve kiracı olarak girer, ve yapıdaki bir bozukluk yüzünden ev yıkılırsa, zarar görenin fiili ile illiyet bağı kesilmiş olur.

15) Oftinger, Bd I, s. 338.

III. Sonuç

Başkasına zarar veren kişi, kendi davranışı ile zarar arasında illiyet bağı tam olduğu takdirde zararın bütününe tazmin edecektir¹⁶.

Bu tazmin borcu doğrudan doğruya ve dolayısıyla doğmuş maddi ve manevi tazminat isteklerini içine alır.

Ancak çoğu kez zarar çeşitli nedenlerin etkisi altında doğar veya çoğalır. Bu durumda tam bir tazmin borcundan söz açmak, taraflar arasındaki eşitliği bozar. Kanun 44m./1 fıkrası ile buna engel olmakta zararı oluşturan illetlere göre tazminat miktarının değişeceği veya ortadan kalkacağı prensibini ortaya koymaktadır.

Zarar görenin fiili dolayısıyla beliren önemli sorun olayla zarar arasındaki illiyet bağının incelenmesidir. Burada birleşen illiyet söz konusudur. Birleşen illetler bizi, zararın doğmasına birden çok sebebin yol açması durumunu açıklamaya sevkeder. Zarar görenin fiili üçüncü bir şahsın fiiline göre bir özellik gösterir. Zarar verenin fiiline üçüncü şahsın fiili etki yapmış, birlikte zararın doğmasına veya artmasına sebebiyet vermişlerse, her ikisi de zararın tamamından sorumludur. BK 50m. sinde bu anlamda açık bir kural vardır. Oysa zarar görenin fiili ile zarar verenin fiilinin birleşmesi ile bir zarar doğmuşsa, zarar veren, zarar görenin fiilinin varlığını ileri sürerek tazminat ödemekten kurtulamaz. Zarar gören de kendi fiili zararı etkilemiş olsa bile tazminat istemek hakkını tamamen kaybetmez.

Bu konu çeşitli fikirlerin tartışılmasına yol açmıştır. Örneğin İngiliz ve Amerikan hukukunda önemli bir fikir ayrılığı başgöstermiştir¹⁷. İngiliz hukuku da bir teamül kuralını benimseyerek, tazminat isteyebilmek için, kusursuz olmak gereğini arar. Sonraları bu kural terkedilerek, karşılaştırılan sebeplere göre bir tazminatın verilmesi esası benimsendi.

Bu da gösteriyor ki zarar görenin kendi fiili yüzünden zararın doğmasına veya çoğalmasına sebebiyet vermesi, illetlerin bir muka-

16) Zararda payı olan etkenler çeşitlidir. Hukuk düzeni bunlardan birini sorumluluk nedeni saymışsa, diğerlerinin varlığı sorumluluğu kaldırmaz. Şöyle ki, sorumluluk zararlı olay ile doğrudan doğruya sebebiyet verilen zarara değil, zarar görenin fiili ile çoğalan durumu da içine alır. Von Tuhr, s. 84. Bunu bir örnekle canlandırabiliriz. Tehlikeli bir don olayında evinin önüne kum serpmek ödevini yerine getirmeyen malik, isteyerek düşen bir kimsenin zararından sorumludur. Von Tuhr, s. 102.

17) Lewis, Povel, (Çev. Gençay), ABD, 1958, sayı, 2, s. 73.

yesesini yapmak zorunluğunu yükler. İsteyerek veya gerekli tedbirleri almadığı için, için, bir zarara sebep olan kişi, hareket tarzını sonuçlarına katlanmalıdır. Zarar ile olay arasında kendi fiili ile kurduğu illiyet bağına orantılı olarak tazminat istemini kaybetmelidir. Kusur temyiz kudretini gerektiren subjektif bir kavramdır. Oysa zarar görenin tavır ve hareketleri tamamen objektif bir ölçü içinde nitelenir. Genel olarak aklı başında bir kimsenin kendi menfaati icabı düşünmesi gerekli hareketlerdir. BK 44m./1 fıkrası, ile yüklenen ödev, bir bakıma objektif hüsniniyet kurallarının bir uygulama alanıdır.