

§.1- ROMA HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

I. Genel Olarak

Gerek klasik hukuk gerekse Iustinianus döneminde yapılan tasniflere göre akitlerden sonra en önemli borç kaynağı haksız fiillerdir¹.

Roma'nın başlangıç devirlerinde haksız fiil konusunda soyut bir ilke mevcut değildi. Roma Devleti öncelikli olarak vatandaşlarının mallarla ilgili belirli durumlarını himaye etmiştir².

XII Levha Kanununda çeşitli haksız fiil tipleri yer almaktaydı. Komşunun ağaçlarını kesmeyi kapsayan *arborum succisio* haksız fiili vesayeti altında bulunan malvarlığında hırsızlık yapan vasinin suçlu duruma düşmesi, vedia aldığı malı iade etmeyen kişinin fiilleri haksız fiile örnek olarak verilebilir³.

XII Levha Kanununda bugün haksız fiil olarak tabir ettiğimiz suçlar, hususi suçlar (*delicta privata*) olarak ikiye ayrılıyordu. Devlet gerçek kişilere karşı işlenmiş suçları takip etmiyordu. Roma Devleti ancak kamunun menfaatlerini ihlal eden vatana ihanet, düşmanla işbirliği yapmak gibi hallerde doğrudan harekete geçmekteydi⁴.

Esas itibariyle Roma Hukukunda haksız fiil, *delictum*, sonucunda zarar gören kimse açtığı dava ile zararın tazminini değil fakat failin cezalandırılmasını ister. Bu ceza genellikle bir para cezasıdır. Bu cezanın amacı zarar görenin malvarlığında ortaya çıkan azalmayı telafi etmekten çok suçluyu cezalandırmaktır. Bu para cezaları devlet hazinesine değil, doğrudan doğruya zarar görene ödenirdi⁵.

Zaman içerisinde haksız fiile uğrayan kimselerin tazminat davası açmalarına imkan tanınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki; eski ve klasik Roma hukukunda prensip olarak haksız fiilin sonucu olarak ceza davası doğardı⁶.

Son dönemlerde ise haksız fiillerin sayısı iyice artmıştır. Ceza davalarını devlet, tazminat davalarını ise zarar gören takip ediyordu. Görüldüğü gibi, son dönemlerdeki sistem günümüzdeki durum ile benzerlikler taşımaktadır.

Roma Hukukunda haksız fiilin gelişimini özetlemek gerekirse; Roma'nın ilk dönemlerinde münferiden belirlenmiş olan haksız fiillerin takibi, haksız fiilden zarar gören kişilerin şahsi öcüne bırakılmıştı. Şahsi öcün sınırını zarar gören kişi kendisi belirliyordu. Bu durum aileler ve aşiretler arasında büyük çatışmalara yol açmıştı. Bu olumsuzluklar göz önüne alınarak "şahsi öç" müessesesi sınırlandırılarak yerine "kisas" usulü kondu. Kisas usulüne göre haksız fiilden zarar gören kişi, kendisine bu zararı veren kişiye ancak gördüğü zarar kadar zarar verebiliyordu. "Göze göz, dişe diş" olarak ta anılan bu usule, özellikle XII

¹ Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.179

² Villey, Michel, Roma Hukuku Güncelliği, 7. Basısından (1979) Çeviren: Bülent Tahiroğlu, Der Yayınevi, İstanbul 2003, s.122

³ Villey, Michel, a.g.e., s.122

⁴ Rado, Türkan, a.g.e., s.180

⁵ Rado, Türkan, a.g.e., s.181

⁶ Rado, Türkan, a.g.e., s.181

Levha kanununda rastlanmaktaydı. Sonraları kısas usulünün de sakıncaları görüldüğünden taraflar anlaşılabilirse ortaya çıkan zararı karşılayacak kadar para ödenmesi yoluna gidildi. “İhtiyari diyet” adı verilen bu yöntem zamanla tarafların anlaşmasına bırakılmaya başlandı. Klasik Hukuk Döneminde Ius Civile’nin tanıdığı haksız fiillerin bazıları için belli para miktarları saptanmıştı. Bu para cezalarını ödemeyen kişiler aleyhine açılabilen Ius Civile’de belirlenmiş ceza davası (actio poenalis) niteliğinde davalar yer alıyordu. Burada söz konusu olan para cezaları doğrudan doğruya zarar görene ödeniyordu. Iustinianus döneminde hem cezalandırma hem de tazmin ettirici nitelikte olan karma davalar (actio mixtae) söz konusu idi⁷.

II. Haksız Fiilin Unsurları

Roma hukukunda haksız fiilin genel bir tanımlaması yapılmamışsa da haksız fiilin söz konusu olabilmesi için bazı şartların ortaya çıkması gerekirdi. Bu şartları üç başlık altında toplayabiliriz:

Haksız fiilin mevcut olabilmesi için evvela fiil ile netice arasında bir illiyet bağı olmalıdır. Bunun yanında söz konusu fiil haksız, hukuk kurallarına aykırı olmalıdır. Haksız fiilin bu unsuruna Romalılar *iniuria* derlerdi.

Haksız fiilin diğer bir şartı da bu fiilin bir kimseye isnat edilebilmesi yani bir kimsenin bu fiilden sorumlu tutulabilmesidir. Bu şartın gerçekleşmesi için de her şeyden önce fiilin failinde kusur (*culpa*) aranır.

Roma Hukuku öğretisinde genellikle, Klasik Hukuk Döneminde kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu, Iustinianus dönemine gelindiğinde ise bu ilkenin ufak istisnalar dışında tamamen bırakılarak kusura dayanan sorumluluk ilkesinin benimsendiği kabul edilmektedir⁸.

Kusurun muhtelif dereceleri bulunmaktaydı. Kasıt (*dolus*) ve İhmal (*culpa*) Roma’da ilk defa haksız fiillerde kusur konusunu düzenleyen kanun M.Ö. 287 tarihli *lex Aquila*’dır. Bu nedenle de haksız fiillerdeki kusura *culpa Aquilana* adı veriliyordu. Bu kanunda haksız fiillerde ihmalin sözleşmelerde olduğu gibi, ağır ihmal(*culpa lata*) ve hafif ihmal(*culpa levis*) olarak derecelendirilmesi söz konusu değildi. Sorumluluk için ihmalin en hafifi dahi göz önünde tutulurdu⁹.

Bunun yanında bir kimsenin haksız fiil sorumluluğu bakımından kusurlu sayılabilmesi için haksız fiil ehliyetinin bulunması, diğer bir deyişle yaptığı fiilin sonuçlarını idrak edebilecek durumda olması gerekmektedir. Bunun bir sonucu olarak temyiz kabiliyeti olmayanlar sorumluluk için kusur aranılan hallerde sorumlu olmazlar¹⁰.

Bir kimse işlemediği, kusuru ve hatta haberi dahi olmadığı bir haksız fiilden dolayısıyla sorumlu tutulabilirdi. Örneğin aile reislerinin ve köle sahiplerinin aile evlatlarının ve kölelerin işledikleri haksız fiilden dolayı sorumlulukları vardı. Benzeri bir sorumluluk, XII Levha Kanunu ile hayvanların verdikleri zararlar içinde kabul edilmişti¹¹. Günümüzde Borçlar

⁷ Çelebican, Karadeniz, Özcan, Roma Hukuku, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1997, s.278

⁸ Zilelioğlu, Hilal, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış adlı makalesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXXIX. Cilt, Ankara 1987, s. 241

⁹ Umur, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, Beta Basım – Yayın, İstanbul 1999, s. 210

¹⁰ Rado, Türkan, a.g.e., s.183

¹¹ Rado, Türkan, a.g.e., s.183

Kanunumuzun 56. maddesinde düzenlenmiş olan hayvan idare edenlerin sorumluluğuna baktığımızda XII Levha Kanununun izlerini görmemiz mümkündür.

III. Roma Hukukunda Haksız Fiil Türleri

Modern hukuk düzenlemelerinde Borçlar Kanunumuzun 41. maddesinde görüldüğü üzere haksız fiillerden doğan sorumluluk genel bir prensibe dayanmaktadır. Oysa Roma Hukukunda bunun gibi bir genel prensip, düzenleme yoktur¹². Roma'da hukuk düzeni tarafından tanınmış muayyen, münferit haksız fiiller vardır.

Roma özel hukuku bakımından haksız fiiller iki gruba ayrılmaktadır:

Ius Civile tarafından tanınan haksız fiiller
Pretorlar tarafından tanınan haksız fiiller

A- Ius Civile Tarafından Tanınan Haksız Fiiller

a.) Furtum

Paulus'un tarifine göre; furtum şu beş hali içeriyordu¹³:

Dar manada hırsızlık, yani temellük amacıyla ve sahibinin rızası hilafına bir şeyi ele geçirme

Sahibinin isteği haricinde veya isteğine rağmen bir şeyi muvakkaten kullanma

Zilyetlikte bulunan bir şeyi iadedden imtina

Bir kimsenin hiçbir vekaleti olmaksızın alacaklının vekili sıfatı ile borçluya müracaat ederek bir paranın tediyesini istemesi

Bir kimsenin alacaklısına rehin olarak vermiş olduğu bir şeyi alması.

Modern hukukta birbirinden farklı olan bütün bu haller Roma Hukukunda geniş anlamda furtum suçunun sınırları içinde yer alırlar.

b.) Rapina

Rapina yani gasp, cebir ve şiddet yani zor kullanarak bir kimsenin malının alınması veya gaspedilmesidir. Roma Hukukunda eşkıyalık ve yağmacılık ta bu kavram kapsamında değerlendirilmekteydi¹⁴.

c.) Damnus Iniuria Datum

¹² Çelebican, Karadeniz, Özcan, a.g.e., s.279

¹³ Honig, Richard, Roma Hukuku, Çeviren:Avukat Dr. Şemsettin Talip, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul 1938, s.283

¹⁴ Rado, Türkan, a.g.e., s.191

Damnus Iniuria Datum ile kast edilen haksız olarak başkasının malına zarar vermektir. Örnek olarak kölesini öldürmek, hayvanını yaralamak, camını kırmak, ağacını kesmek verilebilir¹⁵.

Damnus Iniuria Datum söz konusu olduğunda Lex Aquila'nın tanıdığı davanın açılabilmesi için bazı şartların varlığı aranıyordu¹⁶:

Zarar ve ziyanın iniuria yani haksızlıkla ortaya çıkması ve bir haksızlığı yapmış olmak şeklinde oluşması gerekirdi. Bir şeyi ihmal etmiş olmak kafi değildi. Zarar ve ziyanın, suçun failinin maddi bir fiili ile ve şey üzerine doğrudan doğruya maddeten ika edilmiş olması gerekiyordu.

d.) Iniuria

Iniuria kelimesi, geniş anlamda her türlü haksızlık, hukuka aykırılık için kullanılmakla beraber, burada şahsa karşı yapılan tecavüz, şahsiyetin ihlali anlamına gelmektedir¹⁷.

Iniuria adıyla anılan bu haksız fiil türüne Roma'nın en eski devirlerinde bile rastlanmaktaydı. Özellikle XII Levha Kanunu iniuria'dan etraflıca bahsetmektedir¹⁸.

Iniuria kavramı zaman içerisinde çeşitli değişikliklere uğramış, sonunda dar şeklini kaybederek her türlü maddi ve manevi tecavüzleri kapsar hale gelmiştir. Şimdi iniuria'nın farklı zamanlarda taşıdığı anlamları inceleyeceğiz¹⁹:

XII Levha kanununda iniuria ile bir kimsenin fizik şahsiyetine , bedenine yapılan bütün maddi tecavüzler yani müessir fiiller kastedilmektedir. XII Levha kanununda bu tür haksız fiiller ağırlık derecelerine göre tasnif edilmişlerdi. Bunların en ağır kol, bacak gibi bir uzvun esaslı şekilde sakatlanması veya koparılması fiilleri idi. Bu fiiller sonucunda zarar gören, aynı şekilde hareket etmeye hak kazanırdı. Daha hafif zarar hallerinde, örneğin kemiğin kırılması gibi hallerde ise kısas usulü uygulanmıyor, yerine nakdi cezalar veriliyordu. Praetor hukukunda iniuria kavramı çok daha geniş bir kavram bir anlamda kullanılmaktaydı. Bu dönemde bir kimsenin maddi ve manevi her türlü haksız fiili iniuria sayılırdı. Ayrıca, hakaret etmek, laf atmak gibi ahlaka ve adaba aykırı sayılan hareketleri de Praetorlar, özel beyannamelerle iniuria kavramı altında toplanmıştı.

B- Praetorlar Tarafından Tanınan Haksız Fiiller

a.) Dolus (Hile)

Dolus tabiri ile, bir kimsenin hayatın olağan akışı içinde yapmayacağı bir hareketi, zihninde yanlış kanaatler uyandırarak, yapmaya sevk etmek için kullanılan her türlü yolsuz, aldatıcı, dalavereli söz ve hareketler kastedilirdi. Sonradan dolus kavramı daha da genişlemiş ve hüsnüniyete aykırı bütün fiil ve hareketler kapsamına girmiştir²⁰.

¹⁵ Rado, Türkan, a.g.e., s.192

¹⁶ Honig, Richard, a.g.e., s.287

¹⁷ Rado, Türkan, a.g.e., s.195

¹⁸ Rado, Türkan, a.g.e., s.195

¹⁹ Rado, Türkan, a.g.e., s.196

²⁰ Rado, Türkan, a.g.e., s.198

Dolayısıyla; Ius Civile zamanında hile tesiri altında yapılan muameleler geçerli sayılırken Praetorların özel beyannamesiyle haksız fiil olarak tanınmıştır.

b.) Metus (Tehdit)

Hile halinde olduğu gibi tehdit suretiyle yapılmış hukuki muameleler de Ius Civile'ye göre geçerliydi. Sonraları Praetorlar, hile için tanıdıkları imkanları tehdit için de sağlamışlardır²¹.

Ne var ki praetorların tanıdıkları bu korumadan yararlanabilmek için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekiyordu. Her şeyden önce söz konusu tehdidin haksız, herhangi bir hukuki dayanaktan yoksun olması gerekiyordu. Bunun yanında tehdit, kişiyi gerçekten korkutabilecek nitelikte olmalı ve son olarak tehdit edileni muayyen bir hukuki muameleyi yapmaya sevk etmek amacıyla yapılmış olması gerekiyordu²².

c.) Fraus Creditorum (Alacaklılara Karşı Hileli Hareketler)

Praetor tarafından haksız fiil kabul edilen bu fiil, borçlunun alacaklılarının zararına olarak hileli bir şekilde mal kaçırmasından ibaretti²³.

Bu tür fiiller ile ilgili düzenlemeler günümüzde İcra – İflas Hukuku alanında yer almaktadır.

IV. Roma Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Davalar

Roma Hukukunda haksız fiil neticesinde açılacak davaları üç ana grupta toplayabiliriz :

1. Actio Poenalis :

Dar manadaki ceza davaları suçlunun cezalandırılmasını sağlarlar²⁴. Bu davalar haksız fiili işleyen cezalandırmak amacını taşıdıklarından failin ölümü halinde mirasçılara karşı açılmazlardı²⁵.

Ceza davaları, aile evladının (filius familias) veya kölenin (servus) işledikleri haksız fiilleri sonucunda pater familias'a veya dominus'a karşı actio noxalis şeklinde açılabilir ve aile reisi veya efendi ya suçlu tarafından ödenmesi gereken para cezasını öder ya da suçluyu karşı tarafa terk etmekle bu sorumluluktan kurtulurdu²⁶.

2. Actio Reipersecutoria :

Zarar gören kişinin zararın tazmin amacını taşıyan bu davalar, failin mirasçılara karşı da açılabilirdi²⁷. Haksız fiili işleyen birden fazla kişi olduğunda ise tazminat bir kere

²¹ Rado, Türkan, a.g.e., s.200

²² Rado, Türkan, a.g.e., s.201

²³ Rado, Türkan, a.g.e., s.201

²⁴ Honig, Richard, a.g.e., s.282

²⁵ Rado, Türkan, a.g.e., s.185

²⁶ Rado, Türkan, a.g.e., s.185

²⁷ Honig, Richard, a.g.e., s.283

istenebilirdi. Faillerden biri tazminatı ödendiğinde mamelekte ortaya çıkan zarar giderildiği için diğer failer borçtan kurtulurdu. Bazı haksız fiillerde hem ceza hem de tazminat davası açılabilirdi²⁸.

3. Actio Mixtae:

Aynı anda hem ceza hem de tazminat davasının açılabilirdi davalara actio mixtae denilmekteydi. Bu davalar, mirasçılar aleyhine de, haksız fiilin sonuçlarından fayda sağlamış olmaları koşuluyla, açılabilirdi²⁹.

Haksız fiillerden doğan davalar, ya Ius Civile ya da Praetor hukuku tarafından tanınmışlardı. Ius Civile'nin tanıdığı ceza davaları süresiz açılabilirdikleri halde Praetorlar tarafından tanınan Ius Civile'de tanınmayanlar süreye bağlıydı. Genellikle bir yıl içinde açılmaları gerekirdi. Ancak bazı hallerde bir yıldan sonra açılırlarsa tazminat davasına dönüşüyorlardı. Bir yıl içinde açıldıklarında zararın birkaç misli ceza olarak takip edilebildiği halde; bir yıldan sonra açılırlarsa ancak zarar miktarı istenebilirdi. Ceza davaları sonucu mahkumiyetin neticesi, çoğu zaman infamia yani şerefsizlikti. Mahkum olan infamis, şerefsiz sayılırdı³⁰.

V. Haksız Fiil Ehliyeti

Roma Hukukunda sorumluluk için kusur aranan durumlarda kişinin sorumlu olabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı araştırılıyordu. Roma'da yedi yaşından küçükler, ayırt etme gücüne sahip olmadıkları gerekçesiyle haksız fiillerinden sorumlu tutulmuyordu. 7 ile 12 – 14 yaş aralığında bulunan küçüklerin ise durumları tartışmalıydı. İşledikleri haksız fiilin suç niteliğinin farkında olmaları halinde sorumlu olacakları kabul ediliyordu³¹.

Diğer taraftan ayırt etme gücü olmayan akıl hastalarının haksız fiil ehliyetinin olmadığı gerekçesiyle sorumluluklarının olmadığı kabul ediliyordu. Roma Hukukunda haksız fiillerin tazminat yanında aynı zamanda cezai yönünün bulunması sebebiyle sadece ayırt etme gücünün kriter olarak kabul edilmesi sonucu günümüz düzenlemelerinden farklılık arz ettiği görülmektedir³².

&.2- İSVİÇRE-TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

I- Haksız Fiil Sorumluluğu Kavramına Genel Bakış

Hukuk düzeninin kendisine hukuki sonuç bağladığı iradi insan fiil ve hareketine

²⁸ Rado, Türkan, a.g.e., s.185

²⁹ Honig, Richard, a.g.e., s.283

³⁰ Rado, Türkan, a.g.e., s.186

³¹ Çelebican, Karadeniz, Özcan, a.g.e., s.290

³² Çelebican, Karadeniz, Özcan, a.g.e., s.291

“hukuki fiil” denir³³. Hukuki fiiller, hukuk düzenine uygun olup olmamaları bakımından “hukuka uygun fiiller” ve “hukuka aykırı fiiller” olarak iki gruba ayrılır.

Hukuka aykırı fiiller, hukuk düzeninin yapılmasına izin vermediği, yapılmasını hoş görmediği fiillerdir³⁴. Hukuka aykırı fiillerin hukuki sonuç doğurmasının sebebi ise, bunların herkese veya sadece belirli kişilere genel ya da özel nitelikte ödevler yükleyen hukuk normlarını ihlal etmesidir³⁵.

İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda hukuka aykırı fiiller iki gruba ayrılır. Bunlardan ilki haksız fiiller diğeri ise borca aykırılıktır(akde muhalefet).

Çalışmamızın bu bölümde hukuka aykırı fiillerin ilki olan “haksız fiiller” İsviçre-Türk Borçlar Hukuku sistematigi içerisinde inceleme konusu yapılacaktır.

II- Kusur Sorumluluğu – Sebep Sorumluluğu Ayrımı

Haksız fiillerden doğan borçlar İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarının 41 - 60.maddeleri arasında düzenlenmiştir.

BK.41.maddeye göre, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiili ile bir başkasına zarar vermesi durumunda, bu zararı tazmin etmesi gerekmektedir³⁶. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere haksız fiiller, daha önce yüklenilmiş bir borca aykırı davranıştan doğan sorumluluktan farklı olarak, kanunun herkese yüklediği genel davranış kurallarının ihlalinden ibarettir³⁷.

Yine belirtmek gerekir ki İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda haksız fiiller sebepsiz zenginleşme ve fiili akit ilişkisi ile birlikte doğrudan doğruya kanundan doğan borçlar olup, hukuki sonucun doğumu tarafların açık veya kapalı irade beyanlarına bağlı değildir³⁸.

Borçlar Kanununun 41.maddesi haksız fiil sorumluluğunu esas itibariyle, fiilin hukuka aykırılığına (haksız bir surette) ve failin kusuru (kasten, ihmalen veya tedbirsizce) unsurlarına dayandırmaktadır³⁹. İsviçre-Türk hukuk sistemi ile paralel olarak, Alman ve Fransız hukuklarında da hareket noktası kusur (culpa) prensibidir. Yine İskandinav hukuk çevresi de haksız bir fiil neticesinde mala ve şahsa verilen zararlarda kusur prensibini benimsemiştir⁴⁰.

Bununla birlikte İsviçre Borçlar Kanunu kusur bulunmaksızın sebebiyet verilen zararların tazminini bazı durumlar da mecburi kılmaktadır⁴¹. Türk Hukukunda da gerek Borçlar Kanununda gerekse diğer bazı Kanunlarda kusur aranmaksızın sorumluluğun düzenlendiği durumlar bulunmaktadır. Ancak kusur aranmaksızın sorumluluğun düzenlediği durumların “haksız fiil” olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu Türk öğretisinde

³³ Von Tuhr, A., Borçlar Hukuku, Ankara 1983, sh.167; Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Ankara 1991, sh.215; Reisoğlu S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2002, sh.45; İnan A.N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, sh.260.

³⁴ İnan, sh.167

³⁵ Eren, Cilt-1, sh.215

³⁶ Oğuzman M.K., Öz, T., Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2000, sh.467

³⁷ Oğuzman/Öz, sh.467; Von Tuhr, sh.361

³⁸ Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Ankara 1991, sh.1

³⁹ Deschenaux H., Tercier P, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, sh. 38; Oğuzman/Öz, sh.467; Von Tuhr, sh.362

⁴⁰ Von Tuhr, sh.362; Altuğ Y., “Danimarka Özel Hukuku” isimli makale, Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh. 112

⁴¹ Von Tuhr, sh.363

tartışmalıdır. Tandoğan, Eren ve İnan, failin kusurlu olmadığı durumlarda sorumluluk doğmasını sağlayan hükümleri haksız fiil saymamakta; Oğuzman, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, Hatemi gibi kimi hukukçular ise haksız fiil sorumluluğu deyimini kusursuz sorumluluk hallerini de kapsayacak şekilde kullanmaktadırlar⁴².

Bu görüşlerden hareket ettiğimizde karşımıza açıklanması gereken ve bu çalışmamız açısından da önem arz eden iki kavram çıkmaktadır. Bunlar “geniş anlamda haksız fiil” ve “dar anlamda haksız fiil” kavramlarıdır.

Tazmin borcunu failin kusuru şartına bağlayan haksız fiil kavramına “dar anlamda haksız fiil” denilmektedir. Bu kavram öğretisi ve uygulamada “kusur sorumluluğu” olarak isimlendirilmektedir. Tazminat ödeme yükümlülüğünü salt kusur şartına dayandırmayan haksız fiil kavramı ise “sebebe sorumluluğu” veya “kusursuz sorumluluk” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, Borçlar Kanunu 41.madde ve devamında hükme bağlanmış olan “haksız fiil” kavramı “geniş anlamda haksız fiil” ifade etmekte ve bu kuralların bütünü “Sorumluluk Hukuku’nu” oluşturmaktadır. Bir başka ifade ile geniş anlamda haksız fiil kavramı hem “kusur sorumluluğunu” hem de “sebebe sorumluluğunu” kapsamaktadır⁴³.

Bu bağlamda, çalışmamızda sadece dar anlamda haksız fiil sorumluluğu (kusur sorumluluğu) incelenecek olup, sebebe sorumluluğuna (kusursuz sorumluluk) değinilmeyecektir. Bu nedenle incelememizde kullanılan “haksız fiil” terimi ile dar anlamda haksız fiil kavramı ifade edilecektir.

III- Haksız Fiilin Unsurları

Haksız fiil sorumluluğunun ilkesi yukarı bölümde de değinildiği üzere Borçlar Kanununun 41/1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre,

“ Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.”

Bu madde önemsiz yazım değişiklikleri ile 14 Haziran 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanununun 50.maddesinden alınmıştır. Anılan bu ilkenin esas kaynağı ise, Fransız Cod Civile’nin 1382. ve 1383. maddeleridir⁴⁴.

Bu madde de düzenlenen esastan yola çıktığımızda, “haksız fiil sorumluluğunun” dört kurucu unsurun biraraya gelmesi ile oluştuğunu görmekteyiz. Bunlar; hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı ve kusurdur.

1. Hukuka Aykırı Fiil

A- Fiil (Davranış, Hareket, Eylem)

Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun ilk şartı bir fiilin varlığıdır⁴⁵.

⁴² Eren, sh.23; Oğuzman/Öz, sh.467; İnan, sh.263, 264

⁴³ Eren, sh.2; İnan, sh.263; Oğuzman/Öz, sh.468

⁴⁴ Deschenaux/Tercier, sh.38

⁴⁵ Kılıçoğlu A., Borçlar Hukuku Genel hükümler Cilt-1, Ankara 2001, sh.162; Oğuzman/Öz, sh.476)

Bir kimsenin haksız fiil nedeni ile doğan zararı giderme borcu yapmış olduğu bir fiile dayanmalıdır. Kişinin fiilinin olmaması sorumluluğunun da olmaması anlamına gelmektedir⁴⁶.

Fiil, insanın bir şey yapma veya yapmama şeklindeki iradi bir davranış tarzıdır⁴⁷.

Fiil bir harekette bulunma (yapma hareketi) tarzında olabileceği gibi, yapılması gerekli bir harekette bulunmama (yapmama hareketi) tarzında da olabilir⁴⁸.

Yapmak, harekette bulunmak şeklindeki icrai nitelikli fiiller “olumlu (müspet) fiiller”; yapmamak, harekette bulunmamak şeklindeki ihmali fiiller ise “olumsuz (menfi) fiiller” olarak isimlendirilmektedir⁴⁹.

Kusur sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran sebep, çoğunlukla olumlu davranışlardır. Olumlu davranış, dış dünya da fark edilen bir eylem olup, vücut hareketli ve aktiftir⁵⁰. Olumsuz davranışta ise olumlu davranışın tam aksine vücut hareketsiz ve pasiftir. Failin bir davranışta bulunması gerekli iken hareketsiz kalmış olması gerekmektedir⁵¹.

Bir belediyenin insanların gelip geçtiği bir yerde çukur açıp, bu çukurun etrafına uyarıcı işaretler koymayarak, gece bölgeyi aydınlatmaması ve neticede bu çukur nedeni ile insanların zarar görmesi olayında, belediyenin yapması gerekli bir hareketi yapmaması Federal Mahkeme tarafından olumsuz bir fiil olarak yorumlanmaktadır⁵².

B- Fiilin Hukuka Aykırı Olması

a.) Genel Olarak

Bir fiilin, haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için o fiilin Borçlar Kanununun 41/1.maddesine göre haksız yani hukuka aykırı olması gerekmektedir⁵³.

Başka bir ifade ile tazmin yükümlülüğünü doğuran zararlı sonuç, hukuka aykırı bir fiil ile meydana gelmiş olmalıdır⁵⁴.

Fiilin hukuka aykırılığı Bk.m.41/1’de yer alan “haksız bir surette...” deyimi ile ifade edilmiş, aynı maddenin 2.fıkrasında ise ahlaka aykırı fiiller, hukuka aykırı fiillere benzetilerek, haksız fiil olarak yorumlanmıştır. Bu nedenle “ahlaka aykırılık” kavramı da bu bölümde “hukuka aykırılık kavramından” sonra inceleme konusu yapılacaktır.

b.) Hukuka Aykırılık

⁴⁶ Kılıçoğlu, sh.162; Oğuzman/Öz, sh.476

⁴⁷ Tekinay S.S., Borçlar Hukuku, İstanbul 1974, sh.393; Kılıçoğlu, sh.162; Oğuzman/Öz, sh.476; Eren, sh.31

⁴⁸ Oğuzman/Öz, sh.476

⁴⁹ İnan, sh.266

⁵⁰ Eren, sh.34

⁵¹ Oğuzman/Öz, sh.477; Eren, sh.34

⁵² İnan, sh.266

⁵³ Tunçomağ, K., Borçlar Hukuku 1-Cilt, İstanbul 1972, sh.273; İnan, sh.266; Kılıçoğlu, sh.163; Oğuzman/Öz, sh. 477

⁵⁴ Tekinay, sh.390

Haksız fiilin unsurlarını düzenleyen BK.m.41 hangi fiillerin hukuka aykırı olduğunu belirlemeye yönelik bir ölçüt getirmemiştir. Öğreti de ise hangi fiillerin hukuka aykırı kabul edileceğine ilişkin olarak özellikle iki görüş üzerinde durmak gerekmektedir.

Fransız Hukuk Çevresinde kabul gören “subjektif teoriye” göre, bir kimsenin yetkisiz olarak kendi kusuru ile başkasına zarar veren davranışı, hukuka aykırıdır⁵⁵. “Olumsuz hukuka aykırılık teorisi” olarak da isimlendirilen bu görüşe göre hukuka aykırılık, “zarar verenin bu zarar verici davranışta bulunmaya yetkili ve izinli olmamasını” ifade eder⁵⁶.

İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde benimsenen “objektif teoriye” göre ise hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı olarak koruyan yazılı yada yazılı olmayan objektif hukuk kurallarına aykırılık durumudur⁵⁷. Bu yaklaşıma göre hukuka aykırılık objektif hukuk kuralının ihlali mahiyetinde ortaya çıkmakta ve zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmak şeklinde kendini göstermektedir⁵⁸. Başka bir ifade ile, bir kimse hukuk düzeninin kişileri zarardan korumak için koyduğu emir (yapılması gerekli davranışlar) veya yasaklar (yapılmaması gerekli davranışlar) ile başka bir kimsenin sahip olduğu hakları çiğnerse veya ihlal ederse hukuka aykırı hareket etmiş olur⁵⁹.

Bu teoriden hareketle Deschenaux/Tercier tarafından hukuka aykırılık, hiçbir haklı gerekçe olmadan başkasına zarar verme yasağının ihlal edilmesi olarak tanımlanmaktadır⁶⁰.

Hukuka aykırılıkta daima emredici bir kuralın ihlali söz konusu olup, emredici nitelikte olmayan kurallara aykırılık sorumluluğa yol açmaz⁶¹.

Belirtmiş olduğumuz bu açılım bizi “mutlak hakların ihlali” kavramına götürmektedir⁶².

Mutlak haklar, hukuk düzeninin koymuş olduğu emir ve yasaklarla doğrudan doğruya koruma amacı güttüğü, bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesin uymak zorunda bulunduğu hukuki varlıklardır⁶³.

Bu haklar sahiplerine belli bir alanda tam bir hakimiyet sağladıklarından, üçüncü kişiler bu alana tecavülden kaçınmak zorundadırlar⁶⁴. Aynı haklar, fikri haklar ve kişilik hakları olmak üzere başlıca üç gruba ayrılan mutlak hakların ihlali halinde hukuka aykırılıkta kendiliğinden gerçekleşmiş olmaktadır⁶⁵.

Buna karşılık belirtmek gerekir ki, nisbi hakların (alacak haklarının) ihlali hukuka aykırılığı meydana getirmez. Borçlu tarafından borcun ihlali MK.m.96 kapsamında sözleşmeye aykırılıktır. Fakat istisnaen kimi durumlarda sözleşmeye aykırılık aynı zamanda bir mutlak hakka da aykırılık teşkil edebilir. Örneğin kiracının kiralanan yeri tahrip etmesi

⁵⁵ Tekinay, sh.390; İnan, sh.267

⁵⁶ Oğuzman/Öz, sh.477; Deschenaux/Tercier, sh.41

⁵⁷ Tunçomağ, sh.273; İnan, sh.267; Eren, sh.132

⁵⁸ Oğuzman/Öz, sh.478; İnan, sh.267

⁵⁹ Tekinay, sh.390; Tunçomağ, sh.273

⁶⁰ Deschenaux/Tercier, sh.42

⁶¹ Kılıçoğlu, sh.164; Eren, sh.137

⁶² Deschenaux/Tercier, sh.48

⁶³ Eren, sh.138

⁶⁴ Tunçomağ, sh.273; İnan, sh. 277

⁶⁵ Tekinay, sh.393; Tunçomağ, sh.273; İnan, sh.277; Oğuzman/Öz, sh.479

halinde, hem sözleşmeye aykırılık (kira sözleşmesi) hem de bir mutlak hakkın (mülkiyet hakkı) ihlali niteliğinde haksız fiil durumu söz konusu olmaktadır⁶⁶.

Hukuka aykırılığı “kanuna aykırılık” ile sınırlı tutmamak gerekmektedir. Fiilin hukukun kaynaklarından herhangi birine aykırı olması yeterlidir. Hangi fiillerin hukuka aykırı olduğu genellikle kanunla belirlenmekle birlikte bu zorunlu değildir. Fiil tüzüklere, yönetmeliklere vb.yazılı normlara aykırı olabilir⁶⁷.

İdari ve adli makamların, yasal yetkilerine dayanarak verdikleri emirlerin veya koydukları yasakların çiğnenmesi halinde veya örf ve adet hukukunca kabul edilen bir emrin veya yaşağın ihlali halinde de hukuka aykırılık söz konusu olabilmektedir⁶⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, dürüstlük kurallarına uymayan veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan davranışlarda da hukuka aykırılık olasıdır⁶⁹.

“Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi haksız fiil sorumluluğu alanında da geçerli bir kuraldır. Bu nedenle bir fiilin hukuka aykırı sayılabilmesi için, failin bu kuralın varlığından bilgi sahibi olması zorunlu değildir⁷⁰.

Federal Mahkemenin “Bally c.Rosti-RO 82 II 25 (all.), JdT 1956 324” kararı uyarınca; “Haksız bir biçimde başkasına zarar veren kimse, onu tazmin etmekle yükümlüdür....Bir fiil, elde edilmiş hakları korumaya tahsis edilmiş, yerleşmiş hukuki düzenin yazılı veya yazılı olmayan buyruklarını ihlal ettiği zaman haksızdır⁷¹.”

Yine Federal Mahkeme içtihatlarına göre; “Bir norm ihlal edildiği zaman, aykırı hareket etme, objektif olarak bizzat ona karşı olduğu kabul edildiğinden haksızdır. Zararları haber vermek için ihlal edilmiş olan kural, belli bir davranışı emreder. Haksızlık kıstasları özellikle hayata kastetme, vücut bütünlüğüne, şahsi menfaatlerine, başkasının mülküne vb. tecavüzleri yasaklar.” Federal Mahkemeye göre “norm, kazanılan hakları korumaya hasredilmiştir.Birden çok haksızlık durumlarında, aynı zamanda, bir mutlak hakkın ihlali vardır.”⁷²

c.) Ahlaka Aykırılık

Borçlar Kanununun 41.maddesinin 2.fıkrası uyarınca, “Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.”

Kanun koyucu bu hüküm ile “adalet” ve “ahlak” kavramlarını ön plana çıkarmış, toplumun bu değerlere bağlılığını sağlamayı amaçlamış, ayrıca kamu vicdanını tatmin etme

⁶⁶ İnan, sh.268; Tunçomağ, sh.274

⁶⁷ Kılıçoğlu, sh.163,164

⁶⁸ Tekinay, sh.392

⁶⁹ Tekinay, sh.392

⁷⁰ Kılıçoğlu, sh.164

⁷¹ Oftinger K., Jeanpretre R., Federal Mahkeme İchtihatları, Ankara 1990, sh.321-322

⁷² Oftinger/Jeanpretre, sh.322-323-324

düşüncesiyle ahlaka aykırı olarak kasten başkasına zarar vermeyi hukuka aykırılık ile eş tutmuştur⁷³.

Bir fiilin ahlaka aykırılık nedeni ile haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için iki şartın mevcudiyeti gerekmektedir. Bunlar;

aa- Fiil ahlaka aykırı olmalıdır.

Borçlar Kanunu bir fiilin ne zaman ahlaka aykırı olacağı hususunda bir ölçüt koymamıştır. Ancak burada bahsedilen ahlak bireysel ahlak değil sosyal veya genel ahlaktır. Mutlak ahlaki değerlere, hak ve adalet duygusuna, sosyal ahlaka, halk vicdanına aykırı sayılan yapma veya yapmama hareketleri ahlaka aykırıdır⁷⁴.

bb-Zarar kasten verilmiş olmalıdır.

Hukuka aykırılık nedeni ile haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkması için failin zarara bilerek sebebiyet vermesi şartı aranmaz. Oysa ahlaka aykırılık nedeni ile haksız fiil sorumluluğu meydana gelmesi için, failin zarar verme kastı ile hareket etmesi zorunludur⁷⁵.

Bir kimseyi tamamen ahlaka aykırı bir şekilde sözleşmeyi bozmaya teşvik etmek, yine bir kimseye tehlikeyi haber vermemek suretiyle zarar vermek, istenilmediği halde doğru olamayan tavsiye ve görüşlerde bulunmak halleri, ahlaka aykırılık nedeni ile haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkması durumlarına örnek olarak gösterilebilir⁷⁶.

d.) Hukuka Uygunluk Sebepleri (Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller)

aa.) Genel Olarak

Hukuk düzeni kimi durumlarda bir takım özel sebeplerin varlığı halinde işlenen haksız fiilin hukuka aykırılığını bertaraf etmektedir.

Bu durumlarda fail, başkasının hukuki alanına müdahale hak ve yetkisine sahiptir. Yine fail hak ve yetkilerini hukuk düzeninin önceden tespit ettiği şartlara uygun olarak kullanmış işe bu durumda da fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkar.

İşlenen fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bu sebeplere “hukuka uygunluk sebepleri” denilmektedir⁷⁷.

Hukuka uygunluk sebepleri birbiri ile çatışan iki hukuki varlık veya menfaatten, başka bir anlatım ile birbiri ile çatışan zarar veren ile zarar görenin menfaatlerinden, zarar verenin menfaatlerinin üstün tutulmasını ifade eder⁷⁸.

Hukuka uygunluk sebepleri BK.m.52 ile MK.m.24/2’de düzenlenmiştir. Bununla birlikte bazı özel yasalarda da hukuka uygunluk sebeplerine yer verilmiştir.

⁷³ Von Tuhr, sh.369; Eren, sh.146

⁷⁴ Eren, sh.147; İnan, sh.268

⁷⁵ Kılıçoğlu, sh.164; Tunçomağ, sh.274; Eren, sh.147; İnan, sh.268

⁷⁶ Von Tuhr, sh.365

⁷⁷ Oğuzman/Öz, sh.484; İnan, sh.269

⁷⁸ Eren,sh. 148

bb.) Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Yasal Görünüm Halleri

aaa.) Bk.m.52 Uyarınca Hukuka Uygunluk Sebepleri

1-Meşru Müdafaa (Haklı Savunma)

Bk.m.52/1 hükmüne göre, “meşru müdafaa halinde mütecevüzün şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez.”

Meşru müdafaa, bir kimsenin gerek kendisinin, gerekse başkasının (üçüncü bir şahsın) şahsına veya malvarlığına karşı yapılan hukuka aykırı, halen mevcut veya çok yakın bir saldırıyı defetmek için tecavüzde bulunana yönelik yaptığı ve tecavüzde bulunanın hukuki varlığını ihlal eden zorunlu bir savunma fiilidir⁷⁹.

Meşru müdafaa durumunda verilen zararın tazminine gerek bulunmamaktadır, çünkü fiil hukuka aykırı değildir⁸⁰.

Bir fiilin meşru müdafaa niteliği kazanabilmesi için şu koşulların mevcudiyeti gerekmektedir.

1/1- Meşru müdafaada bulunan kişinin kendisine veya üçüncü bir kişiye yönelik bir saldırı olmalıdır.

Meşru müdafaa, meşru müdafaada bulunan kişinin şahıs ve malvarlığına yönelik saldırılara karşı olabileceği gibi üçüncü şahıslara yönelik saldırılara karşıda olabilir⁸¹.

Meşru müdafaa da bulunan kimsenin, hiç tanımadığı bir üçüncü kişiyi savunması mümkündür, savunulan kişinin savunanın yakını olması şart değildir⁸².

Hayvanların veya eşyanın yarattığı tehlikelerde meşru müdafaa değil, “zaruret hali” söz konusu olabilir. Ancak hayvan veya eşyanın bir şahıs tarafından tecavüz vasıtası olarak kullanılması halinde saldırı koşulu gerçekleşmiş olur ve ancak bu durum da meşru müdafaadan söz edilir⁸³.

1/2- Saldırı şahıs veya malvarlığına yönelik olmalıdır.

Meşru müdafaada bulunan kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin şahıs veya malvarlığına yönelmiş bir saldırı olmalıdır.

Borçlar Hukukunda, Ceza Hukukundan farklı olarak mal varlığı içinde meşru müdafaa kabul edilmiştir. Meşru müdafaa, hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, namus, ırz ve şeref

⁷⁹ Deschenaux/Tercier,sh.45; Olgaç S., Türk Borçlar Kanunu Cilt-1, İstanbul 1959, sh.58; Reisoğlu, sh.134; Eren, sh. 153; Tekinay, sh.394; Tunçomağ, sh. 276; Kılıçoğlu, sh.165; Oğuzman/Öz, sh.489; İnan, sh.270; Von Tuhr, sh.372

⁸⁰ Deschenaux/Tercier, sh.45; Von Tuhr, sh.372

⁸¹ Kılıçoğlu, sh.165

⁸² Reisoğlu, sh.134; Eren, sh.153; Kılıçoğlu, sh.165

⁸³ Oğuzman/Öz, sh.489

gibi şahıs varlığına yönelik saldırılara karşı olabileceği gibi malvarlığına yönelik saldırılara karşı da olabilir⁸⁴.

1/3- Saldırı hukuka aykırı olmalıdır.

Meşru müdafaanın hukuka uygun sayılabilmesi için, müdafaa bulunan kişinin kendisine veya üçüncü bir kişiye yönelik saldırı hukuka aykırı olmalıdır. Eğer saldırı hukuka uygun ise, bu saldırıya karşı yapılan müdafaa hukuka aykırı olur⁸⁵.

Örneğin, görevini yapan polise, jandarmaya veya icra memuruna karşı meşru müdafaa söz konusu olamaz⁸⁶.

Saldırının hukuka aykırı olması yeterlidir, ayrıca saldırıda bulunan kişinin kusurlu olması aranmaz⁸⁷.

Bu nedenle saldırıda bulunan kişi akıl hastası olduğu için kusuru bulunmasa bile, bu kişinin fiiline karşı meşru müdafaa hukuka uygundur⁸⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki, meşru müdafaaya karşı, meşru müdafaa söz konusu olamaz. Çünkü ilk fiil meşru müdafaa olduğu için, hukuka aykırı bir fiil niteliğinde değildir⁸⁹.

1/4- Saldırı yakın ve gerçek olmalıdır.

Meşru müdafaa, başlamış veya başlaması çok yakın olan saldırı fiillerine karşı söz konusu olmalıdır.

Meşru müdafaanın amacı saldırıdan doğacak zarar tehlikesinin önlenmesidir⁹⁰.

Bu nedenle saldırının zarara yol açması zorunlu değildir. Yakın bir zarar tehlikesinin olması yeterlidir⁹¹.

Yapılmış ve sona ermiş bir saldırıya karşı artık meşru müdafaa söz konusu olamaz⁹².

Zilyetliğin korunmasına ilişkin olarak MK.m.981/2 bu hususun bir istisnasını teşkil etmektedir.

Saldırı gerçek olmalıdır. Varsayıma veya tahmine dayalı olarak meşru müdafaa söz konusu olamaz⁹³.

1/5- Meşru müdafaa saldırganı karşı yapılmalıdır.

⁸⁴ Tekinay, sh.394; Tunçomağ, sh.276; Reisoğlu, sh. 134

⁸⁵ Kılıçoğlu, sh.166; Reisoğlu, sh. 134; Eren, sh.154

⁸⁶ Eren, sh.154; Kılıçoğlu, sh.166

⁸⁷ Reisoğlu, sh.134; Kılıçoğlu, sh. 166

⁸⁸ Kılıçoğlu,sh.166

⁸⁹ Eren, sh.154

⁹⁰ Tekinay, sh.394

⁹¹ Kılıçoğlu, sh.166

⁹² Tekinay, sh.394; Kılıçoğlu, sh. 166

⁹³ Oğuzman/Öz, sh.490; Kılıçoğlu, sh.166

Üçüncü kişilere karşı meşru müdafaa da bulunamaz⁹⁴.

1/6- Savunma ile saldırı arasında uygun bir denge olmalıdır.

Meşru müdafanın amacı saldırıyı cezalandırmak değil, saldırıyı önlemektir. Bu amacı ve sınırı aşan savunmaya dönük fiiller hukuka aykırıdır. Öğreti de bu tür savunmalar “aşkın savunma” veya “meşru müdafanın aşılması” olarak isimlendirilmektedir⁹⁵.

Tamamlanmış olan bir saldırıya karşı işlenen fiil meşru müdafaa olarak değerlendirilmemektedir. Bu tür fiiller hukuka uygun olmayıp, sorumluluğa yol açabilecek niteliktedir. Örneğin, soygun fiilini tamamlayıp, olay yerinden kaçan bir hırsız ateşli silahla yaralamak haksız bir fiildir. Çünkü yaralama fiili savunmaya yönelik değildir. Saldırı tehlikesi ortadan kalkmıştır. Fiil ancak müdafaa amacının sınırları içerisinde kaldığı sürece hukuka uygun olacaktır⁹⁶.

11- Zaruret Hali

BK m.52/2’de düzenlenmiştir. Buna göre zaruret hali bir kimsenin, kendisinin veya bir başkasının şahsını veya mallarını bir zarardan veya derhal meydana gelecek bir tehlikeden korumak için üçüncü bir şahsın mallarına zarar vermesi durumudur⁹⁷.

Zaruret halinde işlenen fiil hukuka aykırı değildir.

Zaruret halinin özel bir türü MK.m.753’de düzenlenmiştir. Anılan hüküm taşınmazlar yönünden, BK.m.52/2 hükmü ise taşınır mallar yönünden uygulama alanı bulmaktadır.

Zaruret halinin söz konusu olabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

11/1- Bir kimsenin kendisinin veya üçüncü bir kişinin şahsına veya malvarlığına yönelik zarar verici bir olgunun yada derhal meydana gelebilecek çok yakın bir tehlikenin mevcut olması.

Zaruret halinde, zarar veya tehlike, zaruret halinde bulunan kişiye yönelik olabileceği gibi, üçüncü bir kişiye de yönelik olabilir. Örneğin, kaza sonucu yaralana kişiye ilk müdahaleyi yapmak isteyen doktorun orada bulunan bir aracın camını kırarak ecza çantasını alması ve kullanması durumunda zaruret hali söz konusudur, fiil hukuka aykırı değildir⁹⁸.

Zaruret halinde tehdit edilen hukuki varlık, hayat, vücut bütünlüğü, şeref gibi şahıs varlıkları olabileceği gibi, mülkiyet veya zilyetlik gibi mal varlıkları da olabilir.

11/2- Zarar veya tehlikeden korunmak için üçüncü şahsın malvarlığına zarar verme zorunlu olmalıdır (tehlikenin başka türlü savuşturulmasının imkansızlığı hali).

⁹⁴ Oğuzman/Öz, sh.490; Eren, sh. 155

⁹⁵ Deschenaux/Tercier, sh.46; Kılıçoğlu, sh.166; Eren, sh. 154; Oğuzman/Öz, sh.490; Reisoğlu, sh. 135

⁹⁶ Kılıçoğlu, sh. 166-167

⁹⁷ Von Tuhr, sh.375; Reisoğlu, sh. 135; Kılıçoğlu, sh.167; Tekinay, sh.395; Tunçomağ, sh.276; Eren, sh.155; Oğuzman/Öz, sh.490; İnan, sh.273

⁹⁸ Kılıçoğlu, sh.167

Zarar veya tehlikenin önlenmesi için başkasının malına zarar verme zorunlu olmalıdır. Zarar tehlikesini başka yollarla önlemek mümkün ise zaruret halinden söz edilemez. Örneğin, yaralıya yardım etmek isteyen doktor, kendi aracında bulunan ecza çantasını kullanmak durumu varken, başkasına ait araçta bulunan ecza çantasını alır ise bu durumda zaruret hali söz konusu olmaz. Doktor zarardan sorumludur⁹⁹.

Yine üçüncü kişinin mal varlığına verilen zarar, failin kendisini yada üçüncü bir kişiyi zarar tehlikesinden kurtarma amacına yönelik olmalı ve amaçla sınırlı kalmalıdır. Sınırın aşılması halinde sorumluluk söz konusu olacaktır¹⁰⁰.

11/3- Zararın, zarar ve tehlikenin kaynağı ile alakasız bir üçüncü kişiye verilmesi gerekmektedir.

Bu unsur zaruret halini, meşru müdafaadan ayırıcı niteliğe sahiptir. Meşru müdafaada zarar, saldırıda bulunan kişiye verilmektedir. Zaruret halinde ise zarar, zarar veya tehlike ile ilgisi olmayan bir üçüncü kişiye yöneliktir¹⁰¹.

Zarar ve tehlikenin kaynağı üçüncü bir kişinin davranışı, doğa olayları bir hayvan veya bir şey olabilir¹⁰².

11/4- Zararın üçüncü kişinin malvarlığına verilmiş olması gerekmektedir.

Zaruret halinde, zarar veya tehlike dolayısıyla üçüncü bir kişinin sadece mal varlığına zarar verilmiş olması gerekmektedir¹⁰³.

Meşru müdafaa da saldırı da bulunan kişinin gerek malvarlığına gerek şahıs varlığına zarar verilebilir ile zaruret halinde üçüncü kişinin sadece malvarlığına zarar verilebilir¹⁰⁴.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz şartların mevcudiyeti, zaruret halini hukuka uygunluk sebebi haline getirir. Ancak BK.m52/2 hükmü gereği zaruret hali sonucunda üçüncü kişinin malvarlığına verilen zarar, zarar vereni mutlak olarak tazminat borcundan kurtarmaz. Zaruret hali nedeni ile zarar veren kişinin kısmen sorumluluğu söz konusudur. Kanun koyucu, “hakkaniyet sorumluluğu” ve “fedakarlığın denkleştirilmesi” ilkelerinden hareketle, hiçbir kusuru olmayan üçüncü kişinin zararının kısmen de olsa giderilmesini amaçlamaktadır¹⁰⁵.

11- Kendi Hakkını Koruma

Bir hukuk devletinde kişiler haklarını devlet organlarına başvurmak suretiyle ararlar. Hakları çiğnenen veya ihlal edilen kimselerin bizzat zor kullanmayacakları, bu gibi hallerde devlet organlarına başvurmak zorunda oldukları tartışmasızdır. Başka bir ifade ile “hukuk devleti” ilkesini benimsemiş bir sistemde “ihkak-ı hak (kendiliğinden hak alma)” müessesesi yasaklanmıştır. Ancak İsviçre-Türk hukuk sisteminde kanun bu temel prensipten bazı hallerde

⁹⁹ Kılıçoğlu, sh.167

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, sh.167

¹⁰¹ Eren, sh.156; Kılıçoğlu, sh.168

¹⁰² Eren, sh.156

¹⁰³ Von Tuhr, sh.375

¹⁰⁴ Deschenaux/Tercier, sh.45-46; Kılıçoğlu, sh.168

¹⁰⁵ Von Tuhr, sh.357-376; Deschenaux/Tercier, sh.46

istisnai olarak vazgeçmiş ve hak sahibini tamamen pasif kalmaya zorlamanın bazı hallerde insan doğasına ve adalet duygusuna uygun düşmeyeceğini kabul etmiştir¹⁰⁶.

BK.m.52/3 hükmü kuvvet kullanma yoluyla hakkın korunmasına yasal olarak izin veren düzenlemelerden biridir. Anılan düzenlemede belirlenen sıkı koşulların mevcudiyeti durumunda zarar veren zarardan sorumlu tutulmayacak, fiil hukuka uygun kabul edilecektir.

Bir kimsenin hakkını korumak için kuvvet kullanmasının hukuka aykırı sayılmaması için şu koşulların varlığı gereklidir.

ıı/1- Bir hakkın bulunması ve bu hakkı koruma amacı.

Kuvvete başvuran kimse bunun bir hakkını korumak amacı ile yapmalıdır. Böyle bir hak yoksa sorumluluk söz konusu olur.

Kuvvete başvurmadığı takdirde hak sahibinin hakkını kullanmasının çok zorlaşacağı tehlikesi bulunmalıdır. Bu tehlike hak sahibinin şahsına veya malına yönelmiş bir tehlike değil, bir hakkı elde edememe tehlikesidir¹⁰⁷.

ıı/2- Yetkili organların zamanında müdahalesi mümkün olmamalıdır.

Hakkın kaybı veya elde edilmesinin çok güçleşmesi tehlikesini men etmek için devlet organlarının müdahalesi temin edilememeli ve bu nedenle kuvvete başvurma zorunluluğu olmalıdır¹⁰⁸.

ıı/3- Hakkın korunması için başka bir yol mevcut olmamalıdır.

Hak sahibi kuvvet kullanmazsa, hakkın sonradan elde edilmesi önemli derecede güçleşecek veya imkansız hale gelecek olmalıdır¹⁰⁹.

ıı/4- Kuvvet kullanma hakkın korunması amacına yönelik uygun ve dengeli olmalıdır.

Kullanılacak kuvvet sonunda ihlal edilecek hukuki varlıkla korunacak hukuki varlık arasında bir denge ve uygunluk bulunmalı, korunan hukuki varlık daha üstün değerde olmalıdır¹¹⁰.

Hakkını korumak isteyen kişi, koruma amacının dışına çıkarsa verdiği zarardan sorumlu tutulacaktır.

¹⁰⁶ Von Tuhr, sh.373-374; Tekinay, sh.396-397; Kılıçoğlu, sh.169

¹⁰⁷ Von Tuhr, sh. 374; Oğuzman/Öz, sh.492; Kılıçoğlu, sh.169

¹⁰⁸ Oğuzman/Öz, sh. 492

¹⁰⁹ Von Tuhr, sh. 374; Tekinay, sh.397

¹¹⁰ Eren, sh.158

Örneğin, yerleşim merkezinden uzak bir otelde müşterisinin otel ücretini ödemediği gitmeye kalkışması durumunda, otel sahibinin müşteriyi yaralaması uygun, elverişli ve dengeli bir hareket değildir. Jandarmalar gelene kadar müşteriyi otelde tutmak amacı ile kapıları kilitlemesi veya otomobilinin tekerlerini patlatması ise uygun ve elverişli bir hareket olarak yorumlanabilir¹¹¹.

Açıklamış olduğumuz bu koşulların varlığı kuvvet kullanılmasını hukuka uygun bir niteliğe büründürür ve kuvvet kullananın tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırır.

bbb.) MK.m.24/2 Uyarınca Hukuka Uygunluk Sebepleri

MK.m.24/2'ye göre; "Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar yada kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

Madde hükmü üç durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır.

1 - Mağdurun (Zarar Görenin) Rızası

Kural olarak zarar görenin (mağdurun) failin hareketine rızası, hareketteki haksızlık, hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırır¹¹².

Rıza tek taraflı hukuki bir işlemdir¹¹³.

Bu nedenle rızanın geçerliliği iki önemli koşulun mevcudiyetine bağlıdır. Bunlar;

- Rızanın hukuka ve ahlak uygun olması.
- Zarar gören mağdurun tam ehliyetli olması¹¹⁴.

Kanun kişilik haklarından vazgeçmeyi kabul etmemiştir. Bu nedenle kişilik haklarından vazgeçmek ve bu gibi haklara yapılacak zarara önceden razı olmak fiilin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırmaz¹¹⁵.

Örneğin, bir kimsenin yaşam hakkını ortadan kaldırmaya yönelik rızası hukuka uygunluk sebebi olamaz. (Bu ilke İsviçre-Türk hukuk çevresinde halen geçerlidir, ancak bazı hukuk çevrelerince çaresiz ve ağırlı hastaların acılarına son vermek amacı ile kendi rızaları ile ölme isteğinin makul görülmesinin kabulüne ilişkin bir tartışma bulunmaktadır) .

Ancak kişilik haklarının ihlali, üstün düşünce ve amaçlarla oluyorsa, bu durumda rıza hukuka uygunluk sebebidir.

Yine kişinin bedensel bütünlüğüne saldırılara ve müdahalelere rızası belirli koşullar altında hukuka uygundur. Günümüzde bu duruma özellikle tıbbi müdahalelerde ve spor müsabakalarında rastlanılmaktadır¹¹⁶.

¹¹¹ Oğuzman/Öz, sh.492

¹¹² Von Tuhr, sh.371

¹¹³ Von Tuhr, sh.371

¹¹⁴ Oğuzman/Öz,sh.484; Kılıçoğlu, sh.171-172; Eren, sh.150-151

¹¹⁵ Eren, sh.151

¹¹⁶ Deschenaux/Tercier, sh.45; Eren, sh. 151; Kılıçoğlu sh.171

Hastanın rızası, beden bütünlüğü açısından tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran önemli bir sebeptir. Hekimin tıbbi müdahaleleri çoğu zaman kişinin vücut bütünlüğüne yönelik olduğundan, bu müdahaleler tedavi amacı da taşısa, hastanın bu konuda rızası alınmadıkça fiil hukuka aykırı olacaktır¹¹⁷. Ancak rıza nedeni ile hekimin müdahalesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bunun olması, tıbbi gereklere uygun olarak icra edilmesi, ayrıca hekim tarafından hastanın bilgilendirilip aydınlatılması gerekmektedir. Hasta müdahale kararının önemi, anlamı ve sonucu hakkında bilgi sahibi olmalıdır¹¹⁸.

Rızanın arandığı durumlarda, hasta beyanda bulunamayacak durumda ise veya ehliyetsizse, ayrıca müdahalenin yapılması zorunlu ise, rıza alınmadan yapılan müdahale hukuka uygun kabul edilmektedir¹¹⁹.

Bununla birlikte manevi kişisel değerlere yönelik fiillerde de rıza söz konusu olabilmektedir.

Ancak kişinin medeni haklarından veya onları kullanmadan kısmen dahi olsa feragat etmesine yönelik rıza, fiili hukuka uygun hale getirmez¹²⁰.

Örneğin, hiç kimse mirasçı olmayacağına veya bir sözleşmeye asla taraf olmayacağına yönelik bir rızada bulunamaz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, rıza zarar meydana gelmeden önce verilmiş olmalıdır.

11- Özel Hukuka Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması (Üstün Nitelikte Özel Yarar)

Başkasına zarar veren şahsın davranışı özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması ise, fiil hukuka aykırı değildir¹²¹.

Buna göre, zarara uğrayan kişinin yararı ile saldırıda bulunan failin yararı çatıştığında, failin korunmaya değer daha üstün nitelikte bir özel yararı mevcut ise, fail doğan zarardan sorumlu tutulmayacaktır¹²².

Komşuluk hukukundan doğan ilişkilerde (arsaya mevzuata uygun ev yapıp arkadaki evin manzarasını kapatan malik), ana-babanın çocuk üzerindeki tedip hakkını kullanmasında, borcunu ödemeyen borçlunun malı üzerinde alacaklının hapis hakkını kullanmasında, hak arama özgürlüğü ve savunma hakkının kullanılması durumunda özel hukuka dayanan yetkinin kullanılması durumu söz konusu olmaktadır¹²³.

Özel hukuka dayanan bir yetki kullanılırken hak kötüye kullanılmamalı, ayrıca yetki sınırı aşılmamalıdır. Aksi durumda fiil hukuk aykırı kabul edilir.

¹¹⁷ Şenocak, Z., Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, sh.37

¹¹⁸ Şenocak, sh.37

¹¹⁹ Oğuzman/Öz, sh.486

¹²⁰ Kılıçoğlu, sh.172

¹²¹ Oğuzman/Öz, sh.488

¹²² Kılıçoğlu, sh.172

¹²³ Deschenaux/Tercier, sh.45; Eren, sh. 150; Kılıçoğlu, sh.173; Oğuzman/Öz, sh.488

Federal Mahkemeye göre de “eğer bir kişi meşru haklarının kullanılması sırasında bununla ilgili davranış kurallarını ihlal ederse, bu hak gayri meşru hale gelmektedir.¹²⁴.”

iii- Kamu Hukukuna Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması (Kamu Yararı)

Bir kimse, başkasına bir zarar verirken kamu hukukuna dayanan yetkisini kullanıyor ise fiil hukuka aykırı değildir. Kamu yetkisi, fiilin hukuka aykırılığını önler¹²⁵.

Burada korunan ve üstün tutulan menfaat kamu menfaatidir.

Kamu yararı, kişisel olmayan, genele yönelik, halkı ilgilendiren çıkarlardır¹²⁶.

Bir memur veya kamu görevlisi kanuni şart ve sınırlar içerisinde yetkisini kullanır ise fiil hukuka uygundur. Ancak yetkinin aşılması gerekmektedir. Haciz kararını uygulayan icra memuru veya polis bir zanlıyı tutuklaması hallerini bu duruma örnek olarak verebiliriz.

Yine basın yoluyla bir kimsenin kişilik haklarına saldırı olması durumunda, basın açıklamasının kamu yararına yönelik olduğu tespit edilir ise, bu durumda zarar görene karşı sorumluluk söz konusu olmayacaktır¹²⁷. Ancak basın açıklamasının gerçek dışı, kamu yararı dışında, sürüm ve sansasyon amacı ile ya da yüksek izleyici sayısına ulaşma gibi amaçlar doğrultusunda yapıldığı tespit edilir ise bu durumda fiil, kamu yararından doğan hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz.

2.Zarar

A- Kavram

İsviçre-Türk Hukuk hukukunda haksız fiil nedeni ile tazminat borcunun doğabilmesi için fiil sonucunda bir zararın meydana gelmiş olması gerekir.

Zararın bulunmadığı yerde hukuki sorumluluk yoktur. Tazminat Hukukunun temel amacı Ceza Hukukunun aksine cezalandırmak değil, meydana gelen zararı gidermek, denkleştirmek, tazmin etmek ve bu şekilde düşüncesinin gerçekleşmesini sağlamaktır¹²⁸.

Bu noktada “haksız fiil” kavramını ve dolayısıyla “sorumluluk hukukunu” incelerken, zarar kavramı ayrı bir önem kazanmakta, bir kimsenin hukuka aykırı davranışı ile başkasına zarar vermesi durumunda tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır¹²⁹.

Haksız fiil failinin borcu, hukuka aykırı fiili ile yaratmış olduğu eksilmeyi gidermek, zarar gören kişinin durumunu fiilden önceki hale getirmektir¹³⁰.

İsviçre-Türk Borçlar Kanunu zarar kavramını tanımlamamıştır. Öğreti ve uygulamada ise zararın iki farklı anlamda ifade edildiğini görmekteyiz. Bunlar;

¹²⁴ Deschenaux/Tercier, sh.45

¹²⁵ Von Tuhr, sh.376; Oğuzman/Öz,sh.487

¹²⁶ Kılıçoğlu, sh.174

¹²⁷ Kılıçoğlu, sh.174

¹²⁸ Eren, sh.37

¹²⁹ Oğuzman/Öz, sh.497

¹³⁰ Kılıçoğlu, sh. 175

Dar Anlamda Zarar : Maddi anlamda zararı ifade etmektedir. Zarar, malvarlığında meydana gelen bir azalma, eksilmedir.

Geniş Anlamda Zarar : Bir kimsenin malvarlığındaki eksilme ile birlikte, şahıs varlığında uğradığı manevi tahribatı da ifade eder.

Alman, Avusturya, Fransız Hukuklarında zarar kavramı geniş anlamı ile kabul görmüş ve “bir kimsenin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme” şeklinde tanımlanmıştır¹³¹. Buna karşılık İsviçre-Türk Hukuk Çevresi, zarar kavramı daha çok “maddi zarar” anlamında benimsenmiş ve “bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma” şeklinde tanımlanmıştır. Manevi zarar bu hukuk sisteminde maddi zarardan ayrılarak inceleme konusu yapılmıştır¹³².

B- Zararın Türleri

a.) Haksız Fiilin Yöneldiği Varlığın Türüne Göre Zarar (Malvarlığı Zararları - Şahıs Varlığı Zararları)

Haksız fiil, zarar görenin malvarlığına yönelmişse malvarlığı, şahıs varlığına yönelmişse şahıs varlığı zararları söz konusudur.

Taşınır veya taşınmaz bir malın yok edilmesi, hasar uğratılması veya kaybindan doğan zararlar malvarlığı zararlarıdır.

Haksız fiil nedeni ile bir kimsenin şahıs varlığının maddi (cismani/ölüm, yaralama) veya maddi olmayan (şeref, haysiyet, isim, özgürlük vb.) yönlerine zarar gelebilir. Örneğin, bir trafik kazası neticesinde yaralan bir kimsenin şahıs varlığı (vücut bütünlüğü) zarara uğramış olur. Bu zarar kişinin maddi varlığına (tedavi ve tıbbi giderler) yansıya bileceği gibi, manevi varlığına da (üzüntü, elem, ızdırap gibi) yansıya bilir. Bu noktada malvarlığı-şahıs varlığı zarar ayrımını, maddi zarar-manevi zarar ayrımı ile karıştırmamak gerekmektedir.¹³³ Burada bahsedilen ayrım, “haksız fiilin yöneldiği varlık” ayrımıdır.

Bu husus İsviçre-Türk Borçlar Kanununun 46. ve 47.maddelerinde düzenlenmiştir. Şahıs varlığına saldırı nedeni ile “cismani bir zarara uğrayan kişi” için uğranılan maddi zarara karşılık maddi giderim (BK.m.46), manevi zarar için ise manevi giderim (BK.m.47) öngörülmüştür.

Ayrıca maddi zarar söz konusu olmaksızın şeref, haysiyet, özel hayat, resim, isim gibi manevi nitelikte şahıs varlığı haklarının zarar görmesi halinde maddi bir kayıp olmaksızın sadece manevi zararın meydana gelmesi de söz konusu olabilmektedir.

b.) Eksilmenin Olduğu Varlıklar Bakımından Zarar (Maddi Zarar – Manevi Zarar)

Maddi zarar, haksız fiil nedeni bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmedir¹³⁴.

¹³¹ Eren, sh. 37

¹³² Reisoğlu, sh.137; Oğuzman/Öz, sh.497; Tunçomağ, sh.285; Eren, sh.38

¹³³ Kılıçoğlu, sh.176

¹³⁴ Eren, sh.38

Malvarlığı, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, alacak hakları, fikri ve sınai haklardan oluşmaktadır. Daha genel bir ifade ile ekonomik değer arz eden ve para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bütün, malvarlığını oluşturur.

Haksız fiil ister malvarlığı ister şahıs varlığı değerlerine yönelik olsun, bunun sonucunda bir malvarlığı kaybı meydana gelmiş ise doğan zarar maddi zarardır¹³⁵.

Bir önceki bölümde yer verilen örnek de olduğu gibi, trafik kazası geçiren ve yararlanarak şahıs varlığı (vücut bütünlüğü) zarar gören bir kimsenin, yaralanma nedeni ile tedavi giderleri yapması ve çalışma gücünün azalması nedeni ile gelir kaybının olması durumunda şahıs varlığına yönelik bir haksız fiil neticesinde doğan maddi zarar söz konusu olmaktadır.

Manevi zarar, haksız fiil neticesinde bir kimsenin manevi dünyasında meydana gelen zarardır. Kişinin şahıs varlığında, kişilik değerlerinde eksilmeler ve kayıplar manevi zararı meydana getirmektedir.

Haksız fiil neticesinde kişinin hayat zevklerinde meydana gelen azalma, huzursuzluk, manevi ızdırap, acı ve elemi giderilmesi gerekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi kişinin şahıs varlığı maddi ve gayrimaddi yönlüdür. Vücut bütünlüğü şahıs varlığının maddi yönünü oluştururken, şeref, haysiyet, özel yaşam gibi değerle şahıs varlığının maddi olmayan yönünü oluşturur.

Borçlar Kanunu 47.madde şahıs varlığının maddi yönü ile ilgili olarak cismani bir zarara uğrayan kişi lehine manevi tazminatı düzenlemekte iken, BK.m.49 şahıs varlığının maddi olmayan yönü ile ilgili manevi tazminatı düzenlemektedir. Anılan maddenin 1.fıkrası uyarınca, “ şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.” Hüküm de yer alan şahsiyet haklarından kastedilen şeref, haysiyet, özel yaşam, özgürlük, resim, isim gibi değerlerdir.

Manevi zarar genellikle şahıs varlığına yönelik haksız fiiller nedeni ile ortaya çıksa da, malvarlığına yönelik haksız fiil nedeni ile de söz konusu olabilir¹³⁶. Örneğin, değeri yüksek antika bir halının zarara uğraması durumunda, kişinin duygu dünyasında manevi bir zarar meydana gelmesi halinde, malvarlığına yönelik bir zarar sonucunda şahıs varlığının manevi yönünün zarar görmesi söz konusudur.

Maddi zararın somut olarak kanıtlanması mümkündür. Oysa manevi zararın kanıtlanması imkansızdır. Manevi zarar ancak kişinin duygu yaşamındaki kaybın dış dünyaya yansıyan görüntüsü ile kanıtlanabilir¹³⁷.

c.) Doğrudan Doğruya Zarar – Dolaylı Zarar – Yansıma Zarar

Doğrudan doğruya zarar haksız fiilin ilk ve en yakın sonucu olan zarardır¹³⁸.

¹³⁵ Kılıçoğlu, sh.176

¹³⁶ Kılıçoğlu, sh.177

¹³⁷ Kılıçoğlu, sh.177

¹³⁸ İnan., sh.289

Bir hukuka aykırı fiil nedeni ile kişinin araya herhangi bir ek sebep girmeden uğradığı zarar doğrudan doğruya zarardır. Dolaylı zarar ise haksız fiilin ilk ve doğrudan doğruya neticesi olan zarardan doğan ve doğrudan doğruya zarardan daha uzak olan zarardır¹³⁹.

Örneğin müvekkili adına önemli bir sözleşme yapmaya giden avukatın yolda trafik kazası geçirmesi sonucunda yaralanması durumunda uğradığı zarar doğrudan doğruya zarardır. Avukatın yaralanması nedeni ile sözleşmeyi yapamaması ve bu nedenle müvekkilin uğradığı zarar ile yine avukatın hastanede yanlış tedavi sebebiyle normalden fazla kalması bununda iş kaybına neden olması durumunda ortaya çıkan zarar dolaylı zarardır¹⁴⁰.

Yansıma zarar ise, bir veya birden fazla kişinin, doğrudan zarar gören kişi ile özel bir ilişkisi nedeniyle aynı zarar verici fiil yüzünden uğradığı, ancak dolaylı bir biçimde ortaya çıkan zarardır¹⁴¹.

Oğuzman/Öz'e göre ise yansıma zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka bir kişinin, aynı fiil yüzünden uğradığı zarardır¹⁴². Örneğin, küçük ölçekli bir işletme sahibinin vasıflı işçilerinden birisi, üçüncü bir kişi tarafından yaralanır. Bu yaralama neticesinde işçi iş görmez hale gelir ve bu nedenle işletme sahibi de yüklenmiş olduğu borcu iş sahibine karşı zamanında yerine getiremeyerek tazminat ödemek zorunda kalır. Burada iş sahibinin uğramış olduğu zarar yansıma zarardır¹⁴³.

Doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı "illiyet bağı" kavramı ile ilişkilidir. Ancak dolaylı zarar gören kişilerin belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken "hukuk kuralının kimi korumayı hedeflediği" meselesidir. Dolayısıyla burada öne çıkan kavram illiyet bağından çok "hukuka aykırılıktır."¹⁴⁴

Dolaylı zararlardan hangisinin tazmin edileceği uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının araştırılmasını gerekli kılmaktadır¹⁴⁵. Ancak BK.m.45/2 hükmü gereği ölenin yardımından yoksun kalanlar, onun hukuken korunan hayat varlığının ortadan kalkması neticesinde dolaylı zarar görmekte bu durumda mirasçılar kendi şahıslarından doğan bir tazminat hakkına sahip olmaktadır¹⁴⁶. Dolayısıyla böyle bir durumun varlığı, dolaylı zarar bakımından yukarıda belirtmiş olduğumuz uygun illiyet bağının tespitini gerekli kılmamakta, kanuni bir istisnai durum yaratmaktadır.

Yansıma zararların giderimi öğretide genel olarak kabul edilmemektedir¹⁴⁷. Ancak Oğuzman/Öz'e göre yansıma zararlardan failin sorumlu tutulabilmesi için, hem fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının, hem de hukuka aykırılık bağının bulunması gerekir¹⁴⁸.

d.) Fiili Zarar – Yoksun Kalınan Kar

¹³⁹ Tandoğan H., Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, sh. 9

¹⁴⁰ Tandoğan, sh.4

¹⁴¹ Özel, Ç., Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yasıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50/sayı 4/2001, sh. 84

¹⁴² Oğuzman/Öz, sh.501

¹⁴³ Özel, sh.84

¹⁴⁴ Tandoğan, sh.10-11

¹⁴⁵ Oğuzman/Öz, sh.501

¹⁴⁶ Tandoğan, sh.5

¹⁴⁷ Özel, sh.104; Kılıçoğlu sh.178

¹⁴⁸ Oğuzman/Öz, sh. 501

Daha önce ki bölümlerde belirttiğimiz üzere zarar, zarar uğrayanın malvarlığında bir eksiltme yaratabilir. Haksız fiil sonucu zarar görenin malvarlığının mevcut, net durumunda meydana gelen fiili eksilmeye fiili zarar denir¹⁴⁹. Bir kimsenin malının çalınması, tahrip edilmesi veya trafik kazası neticesinde meydana gelen cismani zarar sebebi ile yapılan tedavi giderleri fiili zarara örnektir.

Haksız fiil nedeni ile, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre zarar görenin malvarlığında meydana gelebilecek artışların kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu ortaya çıkan azalma ise yoksun kalınan kardır¹⁵⁰. Örneğin, bir fabrika sahibinin kasıtlı çıkarılan yangın sebebi ile işletmesini bir süre kapalı tutmak zorunda kalması ve bu nedenle iş yapamayıp kazanç kaybına uğraması hali yoksun kalınan kardır. Yoksun kalınan kar malvarlığının aktifinin artması yada pasifinin azalması şeklinde ortaya çıkabilir.

Fiili zararda zarar görenin mevcut sahip olduğu şeyler azalırken, yoksun kalınan karda sahip olabileceği şeyler azalmaktadır. Her iki zararın aynı anda olması mümkündür.

3.İlliyet Bağı

A- Kavram

Haksız fiil sebebi ile bir zararı tazmin borcunun doğabilmesi, söz konusu haksız fiille zarar arasında bir “illiyet bağının” varlığına, başka bir ifade ile zararın o haksız fiil sonucu meydana gelmiş olmasına bağlıdır.

Buna göre zarar dediğimiz sonuç, buna sebep olan fiilden doğmalıdır. Haksız fiil niteliğinde olan davranış ile bu fiil neticesinde gerçekleşen zarar arasında bir sebep-sonuç bağı bulunmalıdır.

Bu koşul gerçekleşmeksizin, bir şahsın sorumluluğu düşünülemez. Haksız fiil faili ancak kendi fiilinin sonucu olan zararlardan sorumlu tutulabilir¹⁵¹.

B- Mantiki İlliyet ve Uygun İlliyet Bağı Teorisine Geçiş

İlliyet bağı kavramı ile ilgili teorileri incelemeye geçmeden önce mantiki illiyet kavramının incelenmesi gerekmektedir.

İnsan düşünce ve mantığı her olayı başka bir olayın neticesi kabul ettiğinden olaylar arasında daima bir “sebep” ve “sonuç” ilişkisinin mevcudiyeti varsayılır. Bu şekilde fiil ile zarar arasında bir ilişkinin mevcut olup olmadığı öncelikle mantık kurallarına göre belirlenir¹⁵².

İşte fiil ile zarar arasında mantık kurallarına göre bir sebep-sonuç ilişkisi düşüncesine mantiki illiyet denir. Örneğin, müteahhit A'nın bir bina inşa ederken şantiye etrafında gerekli önlemleri almaması nedeni ile yoldan geçen B'nin kolunun inşaattan düşen bir tuğla nedeni

¹⁴⁹ Tekinay, sh. 286

¹⁵⁰ Eren, sh.43

¹⁵¹ Oğuzman/Öz, sh. 502; Tunçomağ, sh. 287; Reisoğlu, sh. 142

¹⁵² Oğuzman/Öz, sh.502; Tunçomağ, sh. 287; İnan, sh.290; reisoğlu sh.142

ile kırılması durumunda A'nın haksız fiili ile B'nin cismani zarara uğraması arasında mantıki ve hukuki açıdan bir illiyet bağı mevcuttur.

Bununla birlikte haksız fiil ile zara arasında söz konusu olabilecek mantıki illiyet bağı çok geniş sınırlar içinde ortaya çıkabilir. Buda mantıki illiyet bağı bulunan bütün zararlardan failin sorumlu tutulması durumunu ortaya çıkarır ki, bu yaklaşım hiç kuşku yok adil olmayan, hak ve nesafet kurallarına aykırı bir durumun oluşmasına sebebiyet verir. Örneğin yukarıda bahsedilen olayda yaralı B'nin gerekli tedaviyi yaptırmak üzere hastaneye giderken bir trafik kazası neticesinde öldüğünü varsayarsak, B'nin ölümü ile A'nın fiili arasında mantıki illiyetin olması nedeni ile A'yı sorumlu tutmamız gerekecektir. Ancak mantıki yönden mevcut olan bu illiyeti hukuki sorumluluk yönünden benimsemek ve A'yı ölümden sorumlu tutmak adil, tatminkar ve dengeli bir yaklaşım olmayacaktır.

İşte mantıki illiyet bağının götüreceği aşırı ve adil olmayan bu tür sonuçları önlemek için bugün öğretilerde ve uygulamada hakim görüş fiil ile zarar arasında "uygun illiyet bağının" aranmasıdır¹⁵³.

Uygun İlliyet Bağı Teorisini incelemeye geçmeden önce, İsviçre-Türk Hukukunda günümüzde taraftarı kalmamış olsa da "Şart Teorisi" üzerinde de kısaca durmamız gerekmektedir.

C- Şart Teorisi

Şart teorisi ilke olarak mantıki illiyet teorisinden hareket eder. Bu teoriye göre her Zarar, bunun doğumu için sorumlu bulunan bütün fiiller ile sebep-sonuç ilişkisindedir¹⁵⁴.

Bir sonuç onlar olmaksızın meydana gelemeyeceği, önceki her olay ile illiyet bağı içinde bulunmaktadır.

Bu teoriye göre bir olayın varlığı için olayı meydana getiren şartların her biri mevcut olmalıdır. Sonucu meydana getiren şartları gerçekleştiren her şahıs zararlı sonuçtan sorumludur. Her şart birbirine eşittir. Her şart sonucun meydana gelmesi için zorunludur¹⁵⁵.

İngiliz iktisatçı John Stewart Mill tarafından ortaya atılan bu teori günümüzde desteklenmemektedir. Çünkü bu teoriye göre zararın doğumuna yol açabilecek çok uzak sebeplerden dahi sorumlu tutulma tehlikesi bulunmaktadır. Sorumluluk sınırsız bir şekilde genişletilmektedir¹⁵⁶.

D- Uygun İlliyet Teorisi

Mantıki illiyet görüşünü hukuki sonuçları yönünden sınırlamak amacı ile İsviçre ve Alman hukukunda geliştirilen teoridir. Von Kries tarafından ortaya atılmış, Max Rümelin ve Traeger adlı hukukçular tarafından geliştirilmiştir¹⁵⁷. İsviçre-Türk Hukuk Çevresinde hakim olan teoridir.

¹⁵³ Oftinger/Jeanpretre, sh. 395; Oğuzman/Öz, sh. 502

¹⁵⁴ Tekinay, sh. 289; Oğuzman/Öz, sh.502; Tunçomağ, sh. 289; İnan , sh. 292

¹⁵⁵ Eren, sh.60

¹⁵⁶ Tunçomağ, sh.284; İnan, sh.292

¹⁵⁷ Tekinay, sh. 289

Uygun illiyet teorisine göre, zarar ile haksız fiil arasında hukuki açıdan illiyetin varlığını kabul edebilmek için, söz konusu haksız fiilin, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilmesi gerekmektedir. Bu teoriye göre araştırılacak husus bir sebebin zararı meydana getirmeye uygun bir olup olmadığıdır¹⁵⁸.

Yine uygun illiyet teorisi, şart teorisinden farklı olarak zararlı sonuçtan en uygun olan sebebin sorumlu tutulması esasına dayanmaktadır. Bir zarara sebebiyet veren birden fazla fiil varsa, bunlar arasından en uygun olanı ile illiyet bağı kurulmalı ve sorumluluk tespit edilmelidir¹⁵⁹.

Federal Mahkemenin benimsediği gibi uygun illiyet teorisinde önemli olan failin sonucu öngörebilmiş olması değil, objektif olarak fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir¹⁶⁰.

Olayların normal akışına göre objektif değerlendirme yapılırken, mağdurun şahsından kaynaklanan özelliklerin dikkate alınıp, alınmayacağı tartışmalı bir konudur. Örneğin, penisilin alerjisi olan bir yaralıya, bu gerçeği bilmeden penisilin iğnesi yapılması ve bu fiil nedeni ile hastanın ölmesi durumunda, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmakta mıdır ? Burada penisilin alerjisi bulunan kimseye penisilin iğnesi yapılmasının ölümle sonuçlanmasının hayatın normal akışına uygun olduğu savunulsa da, hakim eğilim mağdurun bünyesinden kaynaklanan sebeplerin yol açtığı zararlardan, bu sebeplerin etkili olmasına yol açan failin sorumlu tutulması ancak tazminatta indirim yapılması yönündedir¹⁶¹.

E- Hukuka Aykırılık Bağı

Uygun illiyet teorisi uygulamada tek başına yeterli olamamış, bu nedenle öğreti ve uygulama bu teoriyi sınırlama gereksinimi duymuştur. Hukuka aykırılık bağı, Alman hukukçuları tarafından son yıllarda geliştirilmiş yeni bir kavramdır. Bununla birlikte hukuka aykırılık bağı, günümüzde İsviçre ve Türk öğreti ve uygulamasında da kabul görmüş, tanınmaya ve uygulanmaya başlanmıştır¹⁶².

Hukuka aykırı bir fiil sonucu zarara uğrayan kişinin haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilmesi için, ihlal edilen kuralın amacının kapsamına o kişinin zarardan korunmasının da girmesi gerekir. Buna göre hukuka aykırılık bağı, mağdurun uğradığı zarar ile ihlal edilen kural arasındaki koruma ilişkisidir¹⁶³.

Bu bağlam da hukuka aykırılık bağı başlıca şu noktalarda uygun illiyet bağından kaynaklanan sorumluluğu sınırlamaktadır.

a.) Uygun illiyet kavramına göre, sorumluluğu doğuran olay veya davranış olayların normal akışına ve yaşam deneyimlerine göre zarar dediğimiz sonucu ortaya çıkarmaya elverişli ise failin sorumluluğu gündeme gelecektir.

b.)Uygun illiyet kavramını geliştiren yeni eğilimler karşısında sebep ve sonuç ilişkisinin saptanmasında sadece mantık kuralları ile yetinilemez, bunun yanında ahlaki açıdan

¹⁵⁸ Oğuzman/Öz, sh. 502; Eren, sh.63; Reisoğlu, sh.143; Tekinay,sh.289-290; İnan, sh.292

¹⁵⁹ Kılıçoğlu, sh. 179

¹⁶⁰ Oftinger/Jeanpretre, sh. 321-313-314-315; Oğuzman/Öz, sh. 503

¹⁶¹ Oğuzman/Öz, sh.503

¹⁶² Reisoğlu, sh.143

¹⁶³ Oğuzman/Öz, sh.478

yapılacak değerlendirmelerde göz önünde bulundurulmalı, zararlı sonucu sorumluluğun dayandığı davranış veya olaya bağlamanın adalete uygun olup olmadığı da değerlendirilmelidir.

c.)Uygun illiyet bağı araştırılırken zarar yol açan olaylardan geriye doğru objektif bir gözle bakılmalıdır.

d.)Haksız fiil nedeni ile tazminat sorumluluğu, ancak ihlal edilen kural (norm) veya sözleşmenin korumak istediği kişiler lehine doğabilir.

e.)Tazminat sorumluluğu, sorumluluğun dayandığı kural veya sözleşmenin korumayı amaç edindiği hukuksal varlıkların ihlal edilmesi halinde söz konusu olur.

f.)Haksız fiille ihlal edilen normun koruma amacı dışında kalan davranışlar, tehlikeler ve bu amacı aşan kapsamda zararlı sonuçlar için sorumluluk söz konusu olmayacaktır¹⁶⁴.

Yapmış olduğumuz bu açıklamaları yargı kararlarıyla örneklendirecek olursak;

- İnşaat için kazı yapılırken gerekli önlemlerin alınmaması nedeni ile yol kaymasına ve yolun sekiz gün süreyle kapalı kalmasına sebep olan kişiye karşı, yol üzerinde bulunan birahane sahibinin müşteri gelmediğini ileri sürerek açtığı tazminat davası, Yargıtay'ca hukuka aykırılık bağı bulunmadığı için reddedilmiştir¹⁶⁵.
- Karısı tarafından aldatılan bir koca, karısına karşı zina sebebi ile boşanma davası açmış, bu dava için yaptığı yargılama giderlerini de zina yapan erkekten talep etmiştir. Zinayı boşanma sebebi sayan kuralın konulma amacı evlilik birliğini korumak olduğu gerekçesi ile dava hukuka aykırılık bağı olmadığı için reddedilmiştir¹⁶⁶.
- Bir trafik kazası sonucu yaralanan kişinin, tıbbi müdahale sonucu bir başka hastalığı (beyin damarlarında sertleşme) ortaya çıkmış, bu yüzden kişi çalıştığı kurum tarafından erken emekliliğe ayrılmıştır. Kişi, kazada yaralanması nedeni ile doğan zararlarının dışında, erken emekliliğinden doğan zararının da tazmin edilmesini istemiştir. Alman Federal Mahkemesi, erken emeklilik ile trafik kazası arasında illiyet bağı bulunmasına rağmen, başkasının beden tamlığını ve sağlığını ihlal eden davranışları yasaklayan kuralların amacının bu yüzden erken emekliye sevk edilmeye yol açan hastalığın ortaya çıkmasından doğan zararlı sonuçları kapsamadığı gerekçesiyle, erken emeklilikten doğan zararın giderilmesi talebini kabul etmemiştir¹⁶⁷.

F- Birden Fazla Sebebin Varlığı Halinde İliyet Bağı

Haksız fiil neticesinde bir zararın doğumu birden fazla sebepten kaynaklanmış olabilir. İliyet bağının özellik arz ettiği bu durumları başlıca iki grupta incelememiz mümkündür.

a.) Birden Çok Sebebin Müştereken Zararı Doğurması

¹⁶⁴ Tandoğan, sh.11-16; Kılıçoğlu, sh.177-181

¹⁶⁵ Yargıtay HD, 8.1.1979- 79/38, Y.K.D, 1979, sh.642 vd.

¹⁶⁶ Alman Federal Mahkemesi, 21.03.56, NJW 1956, 1149-1150

¹⁶⁷ Alman Federal Mahkemesi, 7.6.1968, NJW 1968, 2287-228

aa.) Ortak İlliyet

Her biri tek başına zararı doğurmaya elverişli olmayan birden fazla sebebin, bir araya gelerek zararlı sonucu doğurması halidir. Bu halde, sebeplerden yalnız biri tek başına sonucu doğurmaya yetmez. Bu durumun öğretilerdeki klasik örneği ağır bir kasayı iki veya daha fazla hırsızın çalmasıdır. Burada hırsızlık fiilini tek şahsın işlemesi mümkün değildir. Birden çok şahsın kusurlu fiili bir arada zararlı sonucu doğurmaktadır.

Ortak illiyette zarardan failer müteselsilen sorumludurlar¹⁶⁸.

bb.) Yarışan İlliyet

Yarışan illiyette birden fazla sebepten her biri bağımsız olarak, diğeri olmaksızın zararlı sonucun meydana gelmesine elverişli niteliğe sahiptir. Birden çok şahsın gerçekleştirdiği sebeplerden her biri tek başına zararı meydana getirmeye yeterlidir. Örneğin, iki kişinin aynı anda bir kimseye öldürücü nitelikte ateş etmesi ve mağdurun da fiiller neticesinde ölmesi halinde yarışan illiyet söz konusudur. Burada her iki atışta birbirinden bağımsız olarak öldürücü niteliğe sahiptir. Yine iki fabrikadan her ikisinin de zehirli atıklarını yakın bir göle dökmeleri neticesinde göldeki doğal hayatın sona ermesine neden olmaları durumunda yarışan illiyet vardır. Fabrikalardan biri göldeki doğal hayatı bozacak nitelikte atıklar dökmese bile, diğerrinin fiili zarar neden olacak yapıdadır.

Yarışan illiyette de ortak illiyette olduğu gibi müteselsil sorumluluk söz konusudur. Her bir fail zararın tamamından sorumludur¹⁶⁹.

cc.) Alternatif İlliyet

Zararlı sonucu, birden çok sebepten sadece biri meydana getirmekle birlikte, bu sebebin hangisi olduğu tespit olunamazsa alternatif (seçimlik) illiyet söz konusu olur. Seçimlik illiyette önemli olan husus, zararlı sonuç sebeplerden biri tarafından meydana getirilmiş olmasına karşın zararın hangi sebepten doğduğunun tespit edilememesidir¹⁷⁰.

Örneğin demiryolu üzerinde parçalanmış olarak bulunan bir cesedin gece saat 1 ile 6 arasında geçen 5 trenden hangisi tarafından çığnendiği tespit edilememiş ise bu durumda seçimlik illiyet söz konusudur¹⁷¹.

İlke olarak zararın kimin tarafından meydana getirildiği bilinmediği için seçimlik illiyette sorumluluk söz konusu olmaz. Ancak bir takım koşulların varlığı seçimlik illiyette de sorumluluğu söz konusu yapar. Şöyle ki; eğer zararlı sonucu meydana getiren sebepler bir bütünlük (vahdet) arz ediyor ve aynı zamanda bir haksız fiil ediyor ise, o zaman failerden her biri zarardan müteselsilen sorumlu olurlar. Örneğin, bir kavga sırasında bir şahsa birkaç kişi saldırmış fakat içlerinden sadece biri mağdurun yaralanmasına sebep olmuştur. Ancak bu saldırganın kim olduğu hangisi olduğu tespit edilememektedir. Burada yaralama sonucunun kimin fiili ile meydana geldiği tespit edilememekte ancak fiil bir bütünlük arz etmektedir. Bu durumda failerden her biri zarardan müteselsilen sorumludurlar¹⁷².

¹⁶⁸ İnan, sh. 294; Tunçomağ, sh. 292; Eren, sh. 83; Kılıçoğlu sh. 182

¹⁶⁹ Tunçomağ, sh.292; Oğuzman/Öz, sh.508; Kılıçoğlu, sh.182; İnan, sh. 295; Eren,sh.84-85

¹⁷⁰ Eren, sh.86,87; İnan, sh.296; Tunçomağ, sh.293-293

¹⁷¹ İnan, sh.296

¹⁷² Reisoğlu, sh.156; Eren, sh.87; Oğuzman/Öz, sh.508; Tunçomağ, sh.293; İnan, sh.296

b.) Birden Çok Sebepden Yalnız Birinin Zararı Doğurması

aa.) Önüne Geçilen İlliyet

Birden çok sebep zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli olmakla birlikte, bunlardan yalnız biri dahi zararlı sonucu meydana getirebilecek nitelikte ise bu durumda “önüne geçilen illiyetten” söz edilir. Burada fiillerden biri zararlı sonucu meydana getirmemiş olsa dahi, diğer fiil aynı zararlı sonucu meydana getirecek niteliktedir¹⁷³.

Örneğin bir işadamı hava alanına gitmek üzere otomobili ile yola çıkmış, seyir esnasında yol kavşağına bırakılmış ancak uyarı işaretleri konulmamış bir uzun aracın altına girerek ölmüştür. İş adamının bineceği uçak ise uçuş esnasında arıza yapmış ve dağlık bir bölgede düşmüş, yolculardan kurtulan olmamıştır. Burada birinci sebep ikinci sebebin önündedir. Sonucu birinci sebep doğurmuştur. Birinci sebebin faili, aynı sonucun ikinci sebep ile meydana geleceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz¹⁷⁴.

bb.) İlliyet Bağının Kesilmesi

Normal şekilde meydana gelse idi, zararlı sonucu meydana getirebilecek bir sebebin gerçekleşmesinden sonra, başka bir sebebin gerçekleşmesi ve birinci sebep sonucunu meydana getirmeden ikinci sebebin zararlı sonucu meydana getirmesi durumuna “illiyet bağının kesilmesi” denir¹⁷⁵.

Örneğin, A, B tarafından öldürücü bir şekilde yaralanmış, ancak A henüz ölmeden meydana gelen bir deprem sonucunda enkaz altında kalarak ölmüş ise, ikinci olay (deprem-mücbir sebep) illiyet bağını kesmiştir¹⁷⁶. Yaralama fiili aslında mahiyeti itibarıyla ölüm sonucunu doğurmaya elverişlidir. Ancak ortaya çıkan yeni olay ilk sebebi arka plana atmış, fiil ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağının kesilmesine neden olmuştur.

İlliyet bağını kesen üç genel sebep vardır. Bunlar;

- Mücbir Sebep

Kişinin kendisi ve işletmesi dışında gelişen, öngörülmesi ve önlem alınması mümkün olmayan olaylardır¹⁷⁷. Genel de tabiat olayları şeklinde karşımıza çıkar.

- Zarar Görenin Ağır Kusuru

Zarar gören kast veya ağır ihmal derecesinde tam kusuru ile illiyet bağını kesmiş ise zarar verenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Örneğin, A'nın evine hırsızlığa giren H, A'nın kendisini fark etmesi üzerine kaçmaya başlamış ve balkondan atlarken başını yere vurarak ağır bir şekilde yaralanmıştır. Burada yaralama sonucu ile A'nın fiili arasında tabii illiyet bulunmaktadır. Ancak H'nin kusurlu fiili (hırsızlık) o kadar yoğunluk arz etmektedir ki, A'nın fiilini ikinci plana atmakta ve illiyet bağını kesmektedir.

¹⁷³ Eren, sh.88; İnan sh.294

¹⁷⁴ Tunçomağ, sh. 291

¹⁷⁵ İnan, sh.293

¹⁷⁶ Eren, sh.95

¹⁷⁷ Kılıçoğlu, sh.183

- Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

Üçüncü şahsın kusurlu davranışı illiyet bağıni kesecek yoğunlukta ise, fail sorumluluktan kurtulur. Örneğin, A caddede karşıdan karşıya geçmek isterken B'nin aracıyla çarpması sonucu yaralanmış ve ağır kan kaybı ile hastaneye kaldırılmıştır. Getirildiği hastanede hastane personeli A'nın damarlarını yanlış dikmiş ve bu kusurlu davranış nedeni ile ölüm sonucu gerçekleşmiştir. Burada B'nin fiili ile ölüm arasındaki illiyet bağı, hastane personelinin kusurlu davranışı ile kesilmiştir. B sadece cismani zarardan sorumludur. Ölüm olayının sorumlusu üçüncü şahıs konumundaki hastane personelidir.

Ancak üçüncü şahsın kusurlu davranışı illiyet bağıni kesecek yoğunlukta değilse diğer sebeplerle birlikte ortak illiyet söz konusu olacaktır¹⁷⁸.

4.Kusur

A- Kavram

İsviçre-Türk Borçlar Kanunlarında kusur kavramı tanımlanmamakla birlikte, kusur haksız fiil sorumluluğunda, sorumluluğunun kurucu unsuru olarak düzenlenmiştir.

Von Tuhr'a göre kusur, "kanuna aykırı ahlaki bir hareket tarzı olup, haksız fiil veya bir sözleşme ihlali şeklinde meydana gelir ve kusur kast ile ihmalden oluşur."¹⁷⁹

Deschenaux/Tercier'e göre kusur, "kötü davranış yada irade zayıflığı sonucu bir ödevin yerine getirilmemesidir."¹⁸⁰

Öğreti ve uygulamadaki hakim görüşe göre kusur, "bir kimsenin hukuk düzenince hoş görülme, uygun bulunmayan ve bu nedenle kınanan davranış biçimidir"¹⁸¹

Bir davranış aynı koşullar altındaki bireylerden beklenen ortalama davranış tarzına uygun değilse, bu durumda hukuk düzeni böyle bir davranışı tasvip etmez, kınar.

Tekinay'a göre ise kusur, "hukuka aykırı bir fiil işleyen kimsenin hukuk düzenince beğenilmeyen bir zihin ve ruh hali durumu içerisinde bulunmasıdır."¹⁸² Bu tanım faili haksız fiil işlemeye götüren psikolojik etkenler üzerinde durmakta, hukuk düzenince benimsenmeyen iradi ve zihni faktörleri kusur olarak yorumlamaktadır. Buna göre işlenen bir haksız fiil ile failin hukuk düzenince uygun görülme iradi ve zihni hali arasında bağlantı kurulamıyorsa bu durumdan kusurdan söz etmek mümkün olmayacaktır¹⁸³.

Bu noktada "hukuka aykırılık" kavramı ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; Fiilin dış aleme yansıyan ve hukuk düzenince beğenilmeyen yönü hukuka aykırılık; fiilin beğenilmeyen psikolojik kısmı ise kusurdur. Sorumluluk için salt hukuka aykırılık yeterli değildir. Failin kusurlu olması da gerekmektedir. Başak bir ifade ile kusur bir iç (subjektif) kavram, hukuka

¹⁷⁸ Eren,sh.108-109

¹⁷⁹ Von Tuhr, sh. 377-378

¹⁸⁰ Deschenaux/Tercier, sh.49

¹⁸¹ Eren, sh.110-111; Tunçomağ, sh.280; Kılıçoğlu, sh.183; Reisoğlu, sh. 138; İnan, sh. 277

¹⁸² Tekinay, sh.399

¹⁸³ Tekinay, sh.398-399

aykırılık ise dış (objektif) kavramdır. Bu bağlam da sorulacak doğru soru şudur; acaba hukuk düzeni bir kimsenin işlediği hukuk aykırı fiilin psikolojik etkenlerini ne zaman kınamalıdır ? Eğer fail,

Hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu biliyor ve hukuka aykırı sonucu istiyorsa, yada Hukuka uygun hareket edebilmek imkanına sahip olduğu halde böyle hareket etmemiş ise, fail kusurludur, sorumluluk doğar.

İsviçre-Türk hukukunda, “hukuka aykırılık (41/1)” kavramı ile “kusur(96/1)” kavramı arasında bir ayırım yapılmış olup, bu iki kavramın birbiri ile karıştırılmaması gerekmektedir.

Tekrar belirtmek gerekir ki, hukuka aykırılık fiilin bir hukuk kuralına aykırı olması, kusur ise hukuk kuralına aykırı fiile ilişkin iradesi nedeni ile failin davranışının kınanan bir davranış olması durumudur¹⁸⁴.

Daha önce değindiğimiz gibi, İsviçre-Türk Borçlar Kanununun kusuru tanımlamamakla birlikte, “kast”, “ihmal”, “teseyyüp (kayıtsızlık, üşenme, ihmalcilik, tembellik¹⁸⁵)” “tedbirsizlik” kavramları ile kusurun türlerini saymıştır.

Bu nedenle öğretisi ve uygulamada benimsenen görüşler ile kanunun hükmünü bir arada değerlendirmeye aldığımızda, Oğuzman/Öz ile Olgaç tarafından yapılan kusur tanımının benimsenmesi yerinde olacaktır. Bunan göre kusur, “hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuk aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır (ihmal).”¹⁸⁶

A, tabancasını çekip B’yi kalbinden vurduğu zaman hukuka aykırı sonuç olan B’nin ölümünü isteyerek davrandığı için kusurludur. A, bir karartıya gerekli dikkati göstermeden ateş eder ve B’yi yaralarsa iradesini yeter derecede kullanmadığı için kusurludur¹⁸⁷.

B- Kusurun Türleri

Yukarıda yapmış olduğumuz tanımdan da anlaşılacağı üzere kusurun iki türü bulunmaktadır. Bunlar, kast (dolus) ve ihmal (culpa) dir.

a.) Kast

Haksız fiil failinin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmesine kast denir¹⁸⁸.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere kastın iki unsuru bulunmaktadır. Bunlar; tasarlama ve iradedir(isteme).

Tasarlama, hukuka aykırı sonucun fail tarafından tasarlanması, bilinmesini ifade eder. İsteme ise, bu sonucun fail tarafından kabul edilmiş olmasıdır¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Deschenaux/Tercier, sh.40; Tunçomağ, sh. 279-280; Tekinay, sh.399; Oğuzman/Öz, sh. 510

¹⁸⁵ Yılmaz, E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 1992, sh. 908

¹⁸⁶ Oğuzman/Öz, sh. 510; Olgaç, sh.266

¹⁸⁷ Oğuzman/Öz, sh. 510

¹⁸⁸ Von Tuhr, sh.378, Oğuzman/Öz, sh. 511; Tekinay, sh.399; Eren, sh.117; Tunçomağ, sh.282; Reisoğlu,sh.139; Olgaç, sh.268; İnan, sh.278; Kılıçoğlu, sh.185

¹⁸⁹ Eren, sh.117; İnan sh.278

Bir kişinin kızdığı bir şahsa otomobiliyle isteyerek çarpmasında fail, otomobilin mağdura çarpması halinde onu yaralayacağını tasarlamakta ve aracı isteyerek mağdurun üzerine sürmektedir. Bu olayda fail yaralama fiilini kasten işlemiştir¹⁹⁰.

Kast, doğrudan kast ve dolaylı (ihmalî) kast olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bahsedilen örnekte olduğu gibi, failin meydana gelen sonucu doğrudan doğruya istemesi, kabul etmesi halinde doğrudan doğruya kast söz konusu olur. Bununla beraber şayet fail, sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini *göze alarak* hareket etmiş ise dolaylı veya ihmalî kasttan söz edilir¹⁹¹. Örneğin, acele bir yere yetişmek isteyen kişi otomobili ile bazı insanlara çarpma ihtimalini göze alarak aşırı hızla cadde de ilerlerken bir şahsa çarpıp onun ölümüne sebep olursa bu durumun da dolaylı kast söz konusu olur. Fail, mağdura çarpmayı istememiş olsa bile çarpma ihtimalini göze alarak aşırı hız yapmıştır.

Zarar verenin kasıttan dolayı sorumlu olması için, failin fiil neticesinde doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi gerekmez. Burada önemli olan zarar verenin hukuka aykırılık bilinci ve isteğine sahip olmasıdır.

b.) İhmal

Failin, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için durum ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesine ihmal denir¹⁹².

İhmalde zarar veren, hukuka aykırı sonucu istememekte ancak bunu öngörebilmektedir. Bu öngörüye rağmen hukuka aykırılık sonucun meydana gelmeyeceği düşüncesiyle, gerekli önlem ve tedbirleri almamaktadır.

İhmalin ölçütü objektif ve geneldir. Buna göre kanunun öngördüğü özen ve dikkat, kişisel özelliklere göre değil, makul ve normal bir insanın bu gibi durumlarda zorunlu olarak göstereceği özene göre belirlenmelidir¹⁹³.

Bir başka ifade ile yargıç normal ve dikkatli bir insanın davranışını göz önünde tutarak bir fiilin ihmal olup olmadığını belirleyecektir. Yargıç, failin mizacı, görev duygusu, ciddiyeti, kabiliyeti, çalışkanlığı gibi bireysel değerler üzerinde durmayacak, normal, makul bir insan tipinin (tedbirli şoför, tedbirli doktor, tedbirli avukat, tedbirli yüklenici gibi) somut olayda durumun özelliklerine göre alması gerekli tedbirlere, göstereceği özene, harcayacağı çabaya göre fiili değerlendirip, ihmalî belirleyecektir¹⁹⁴.

Bu görüş İsviçre-Türk öğretisinde ve uygulamasında geniş çevrelerce benimsenmiş olmasına karşın, Oğuzman/Öz gibi kimi hukukçularca, Borçlar Kanununun temyiz kudreti bulunmayanları kural olarak haksız fiillerden sorumlu tutmayarak bu şekilde “kusurun objektifleştirilmesi” ilkesini kabul etmeme, ayrıca her somut olayın koşullarının da ayrı ayrı özellik arz etmesi gerekçesiyle kabul görmemiştir¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Oğuzman/Öz, sh.511

¹⁹¹ Tekinay, sh. 400; Oğuzman/Öz, sh. 511; Tunçomağ, sh. 282

¹⁹² Von Tuhr, sh.380

¹⁹³ Von Tuhr, sh.380

¹⁹⁴ Kılıçoğlu, sh.186; Eren, sh.119; Tunçomağ, sh.284

¹⁹⁵ Oğuzman/Öz, sh.514

İhmal derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrım tazminatın tespitinde de önem arz etmektedir.

Ağır ihmal, her makul insanın aynı durum ve şartlar altında alması gerekli en basit (ilkel) tedbirlerin alınmamış olması, en basit özen ve dikkatin gösterilmemesi halidir¹⁹⁶.

Örneğin bir hemşirenin penisilin alerjisi olan bir hastaya bu durumu incelemeden penisilin iğnesi yapması ve hastaya bu fiili nedeni ile cismani zarar vermesi; alkollü bir şekilde ve bozuk bir araçla trafiğe çıkıp insanlar zarar veren taksi şoförünün bu fiilleri ağır ihmal niteliğindedir.

Ağır ihmalin tespitinde yukarıda açıklamış olduğumuz objektif ve genel ölçüt dikkate alınacaktır.

Hafif ihmal de, ağır ihmalden farklı olarak aranan, makul insanların göstereceği özen ve dikkat değil çok dikkatli ve tedbirli insanların göstereceği özen ve dikkattir. Çok dikkatli kişinin göstereceği özenin gösterilmemiş olması hafif ihmali oluşturur.

Örneğin çok önemli bir ameliyatı başarıyla yapan bir doktorun, ameliyat sonrası bazı dikişleri eksik bağlaması sonucu hastanın kanamasının olması ve bu bölgenin tekrar dikilmesi durumunda söz konusu olan hafif ihmaldir¹⁹⁷.

IV- Haksız Fiil Ehliyeti

Haksız fiil yapan bir kimsenin kusurlu sayılabilmesi ve zararlı sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir.

Temyiz kudretinden yoksun kişiler kusurlu kabul edilmemekte ve kural olarak haksız fiillerinden sorumlu tutulmamaktadırlar. Haksız fiil ehliyeti için temyiz kudreti şarttır ve yeterlidir. Tam ehliyetliler ile birlikte mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz kısıtlılarda haksız fiillerinden doğan zararlardan sorumludurlar.

Temyiz kudretinden yoksun olan kimselerin haksız fiillerinden doğan zararlardan sorumlu tutulmamaları kuralına BK.m.54'de iki istisna getirilmiştir. Buna göre;

Hakkaniyet gerektiriyor ise, hakim temyiz kudretinden yoksun kimseyi verdiği zarardan ötürü tamamen veya kısmen tazminata mahkum edebilir(54/1).

Burada temyiz kudretinden yoksun kimsenin hakkaniyet icabı zararın tazminine mahkum edilmesi, zarara sebep olan fiilin temyiz kudreti mevcut olsaydı, failin "kusurlu" sayılmamasını gerektirecek bir nitelikte olmasına bağlıdır.

Temyiz kudretini geçici olarak kaybeden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadarki; kendi kusuru olmaksızın bu duruma düştüğünü ispat ederse sorumluluk ortadan kalkar(54/2). Örneğin, fazla içki içip kendisini kaybedercesine sarhoş olan kimse, sarhoşken yaptığı haksız fiillerden doğan zararı tamamen ödemekle yükümlüdür. Ancak temyiz kudretini kaybetmesinin kusuruna bağlı olmadığını ispatlarsa, zarardan sorumlu olmaz.

¹⁹⁶ Tunçomağ, sh. 285; Olgaç, sh.269; Oğuzman/Öz, sh.512

¹⁹⁷ Kılıçoğlu, sh.186

Tüzel kişilerde kusur fiili işleyen organda aranır. Organın fiili tüzel kişinin fiili kabul edilir. Ancak tüzel kişi organlarının haksız fiil sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur, yoksa sebep sorumluluğudur, bu hususu öğretide tartışmalıdır. Tüzel kişiyi gerçek kişi olarak kabul eden hukukçular sorumluluğu kusur sorumluluğu olarak yorumlarlar. Tüzel kişinin canlı varlık gibi iradesi olabileceğini kabul etmeyen hukukçular ise organın kusurlu fiillerinden dolayı tüzel kişinin sorumluluğunu sebep sorumluluğu olarak kabul etmektedirler¹⁹⁸.

V- Kusurun İspatı

Haksız fiillerde kusurun ispatı, fiilden zarar gördüğü iddiası ile tazminat talebinde bulunan kişiye aittir. Ancak haksız fiil, failin kusurlu olduğuna karine teşkil edecek nitelik taşımakta ise, kusurun ayrıca ispatı gerekmez. Örneğin, otomobiliyle kaldırımda durup otobüs bekleyen bir kimseye çarpan kişinin kusurlu olduğu kabul edilir. Bu durumda otomobili kullanan kimse, kusursuz olduğunu iddia ederse bunu ispatlamak zorundadır.

VI- Haksız Fiil Zamanaşımı

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları (m.60), İtalyan Medeni Kanunu (m.2946) ve Quebec Medeni Kanununda (m.2922) genel zamanaşımı süresi 10 yıldır.

Fransız Medeni Kanunu (m.2262) ile Alman Medeni Kanunun (m.195) da ise zamanaşımı süresi 30 yıl olarak düzenlenmiştir.

Ancak İsviçre Sorumluluk Hukukunda yapılan reform çalışmalar ile 10 yıllık sürenin 20 yıla çıkartılması, ayrıca zamanaşımı süresinin zararın gerçekleştiği günden itibaren başlatılması hususu önerilmiştir. Fransa da is 30 yıllık süre uzun bulunmakta ve 10 yıla indirilmesi önerilmektedir¹⁹⁹.

İsviçre-Türk Borçlar Kanununun 60.maddesinde öngörülen 10 yıllık süre zarara sebep olan fiil tarihinde başlamaktadır. Ayrıca aynı maddeye göre, 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içinde zamanaşımı zarara ve faile ıttıla tarihinden itibaren 1 yıllık süre geçince davacının talep hakkı sona erer.

Yargıtay 4.HD'si 11.12.2001 tarih ve 2001/8406 E, 2001/12825 K, kararı ile; dava tarihinden 27 yıl önce 1972 yılında ayıplı olarak yapılan binanın 19 Ağustos 1999 tarihinde gerçekleşen deprem sonucu çökmüş olması ve davacının annesinin enkaz altında kalarak ölmesi nedeni ile talep ettiği maddi-manevi giderimi, davalı yüklenicinin 10 yıllık genel zamanaşımı def'ini kabul ederek reddeden yerel mahkeme kararını, ***“davanın zararın doğduğu tarihten itibaren 1 yıllık süre içinde açıldığı”*** gerekçesi ile bozmuştur.

Bu karar zamanaşımının, zararın meydana geldiği tarih itibariyle mi yoksa hukuka aykırı fiilin tamamlandığı (ayıplı binanın teslimi) tarih itibariyle başlatılacağı tartışması açısından önem arz etmektedir.

¹⁹⁸ Deschenaux/Tercier, sh.49-50-51; Reisoğlu, sh.140-142; Oğuzman/Öz, sh. 514-517

¹⁹⁹ Karayalçın Y., “Müteahhidin ve Yapı Denetim Kuruluşunun Deprem Zararından Sorumluluğu – Garanti Süresi- Zamanaşımı Def'i – Dürüstlük İlkesine Aykırılı” isimli bildiri, Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2003, sh.7-8

&3- İNGİLİZ HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

I. Genel Olarak

Haksız fiil hukuku; şahısların, menkul malların ve benzeri bir çok alanın zarar görmemesi için İngiliz hukukunda da özel hukuk alanında bir koruma sağlamaktadır.

Genel manada İngiliz Hukuk Sisteminde haksız fiil - suç ile haksız fiil - sözleşme kavramları üzerinde durduktan sonra konunun esasına giriş yapmayı uygun gördük.

İngiliz Hukuk Sisteminde ceza hukukunun amacı ceza mahkemelerinde dava açılması suretiyle suç işleyenlerin cezalandırılmasıdır. Haksız fiil hukukunda ise amaç tamamen farklıdır. Burada bir başkasının haksız fiiline uğrayan veya yaralanan kişinin zararını tazmin etmesi amacı vardır. Suçların çoğu aynı zamanda özel hukuk anlamında haksız fiil oluşturur. Bu durumda kişinin hem ceza mahkemesinde mahkum olması hem de haksız fiilden dolayı sorumlu olması söz konusu olur²⁰⁰.

İngiliz Hukukunda gerek haksız fiil hukuku ve gerekse sözleşme hukuku özel hukuk alanında yer alır. Aralarındaki temel farklılık; sözleşme hukukunda taraflar arasındaki yükümlülükler sözleşmede belirtilirken haksız fiil hukukundaki yükümlülükler yasa da yer almaktadır. Ayrıca haksız fiil hukukundaki yükümlülükler tüm dünyaya karşı yerine getirilmesi gereğini bünyesinde barındırırken sözleşme hukukuna göre taraflar sadece birbirlerine karşı sorumluluk taşırlar²⁰¹.

II. İngiliz Hukukunda Haksız Fiilin Tanımı ve Unsurları

İngiliz hukukunda haksız fiil sorumluluğunun tanımı bir çok kişi tarafından yapılmışsa da en çok kabul gören tanımlardan biri Sir Percy Winfield'in yapmış olduğu tanımdır. Bu tanıma göre; "Haksız fiil sorumluluğu, yasalarca belirlenmiş bir yükümlülüğün ihlali sonucu ortaya bir zararın çıkması ve ihlal sonucu ortaya çıkan zararın ödenip giderilmesini gerektiren bir sorumluluktur²⁰².

İngiliz Hukukunda haksız fiilin unsurlarını üç grupta toplayabiliriz :

Fiil (Act)

Fiilin Kasıt veya İhmal Sonucu Ortaya Çıkması (Mental Element)

Zarar (Damage)

A-Fiil

Söz konusu fiil, zarara uğrayan kişinin bir ihmalden veya kusurundan kaynaklanırsa dava edilen kişinin sorumluluğu olmaz. Belirtmek gerekir ki ortaya çıkan zarar, söz konusu fiilin bir sonucu olmalıdır. Başka birinin yaptığı hareketten dolayı ortaya çıkan zarardan dava edilen kişinin sorumluluğuna gidilemeyeceği Ryland v. Fletcher kuralında da belirtilmiştir²⁰³.

²⁰⁰ Major W.T., Mastering Basic English Law, Mac Millan Education Ltd, London 1985, s.71

²⁰¹ Major, W.T., a.g.e., s.72

²⁰² Clerk & Lindsell, On Torts, Sweet & Maxwell Limited, London 1961, s.1

²⁰³ Clerk & Lindsell, a.g.e., s.25

Bunun yanında zarar, kaza sonucu meydana gelmişse ancak yasalarda yer alan bir yükümlülüğün ihlali durumunda haksız fiil sorumluluğu doğar²⁰⁴.

İngiliz hukukunda icbar edici sebep nedeniyle yapılan fiil sonucu sorumluluğun ortadan kalkması için beklenmeyen, önceden tahmin edilemeyen bir durumun varlığı gerekir²⁰⁵.

B-Fiilin Kasıt veya İhmal Sonucu Ortaya Çıkması

Kasıtlı olarak işlenen haksız fiilden kişiler tam olarak sorumludurlar. İhmal sonucu işlenen haksız fiillerde ise yapılan bir ayırım mevcuttur. Buna göre yasalarda belirtilen ödev yükümüne aykırılık arz edecek nitelikteki ihmal suretiyle haksız fiillerde tam sorumluluk söz konusu olur²⁰⁶.

C-Zarar

Zarar, haksız fiilin oluşması için gereken şartlardan bir diğeridir. Tek başına zararın olması sorumluluk için yeterli olmayıp yasalarda haksız olarak nitelenen fiillerin sonucunda ortaya çıkmış olması gerekir. Diğer bir deyişle sorumluluk, zarar ile haksız fiil arasındaki nedensellik bağuna göre belirlenir²⁰⁷.

III. Kişiler Aleyhine Haksız Fiiller

Şahıslara karşı hukuka aykırı olarak nitelenecek davranışlar, İngiliz Hukukunda iki başlık altında incelenmektedir:

Müessir Fiiller
Haksız Olarak Hapsetme / Alıkoyma

A- Müessir Fiiller

Haksız fiili işleyen kişinin sadece karşısındakini korkutmak kapsamındaki hareketlerini bedensel anlamda eza vermektan ayırt eden İngiliz Hukuku, her iki hali de haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirmektedir.

Kişinin doğrudan, kasten veya ihmal ile karşısındakini korkutması “assault” adı verilen haksız fiili oluşturur. Bu korkutma fiziksel diğer bir deyişle bedensel anlamda bir temasa dönüşürse ve zarar ortaya çıkarsa buna “battery” adı verilmektedir²⁰⁸. Türkçe’ye çevrildiğinde her ikisinin de müessir fiil anlamında kullanıldığını görmekteyiz. Ancak az önce belirttiğimiz farklar İngiliz Hukukunda göz önüne alınmaktadır.

B- Haksız Hapsetme veya Alıkoyma Hali

²⁰⁴ Clerk & Lindsell, a.g.e., s.30

²⁰⁵ Clerk & Lindsell, a.g.e., s.30

²⁰⁶ Clerk & Lindsell, a.g.e., s.32

²⁰⁷ Clerk & Lindsell, a.g.e., s.149

²⁰⁸ Major, W.T., a.g.e., s.72

Haksız alıkoyma, hukuka aykırı olarak nitelenen, kişi tarafından doğrudan, kasıtlı veya ihmali suretiyle işlenen ve buna maruz kalan kişiyi sınırlı bir alanda, bir yerde hapsedmek, alıkoymak şeklinde ifade edilen bir haksız fiil türüdür.

İngiliz Hukukunda bu tür fiillerin haksız fiil sayılmayacağı haller söz konusudur. Buna göre eğer taraflar arasında bir anlaşma varsa haksız fiil işlediği iddia edilen kişinin sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu özel durumu açıklığa kavuşturmak için yüksek mahkeme (The Court of Appeal) kararlarından bir örnek vermek uygun olacaktır. Bir madende nöbet tutan bir işçi, henüz vardiya sona ermeden madenden dışarı çıkmak istemiş ancak işvereni buna izin vermemiştir. Bunun üzerine işçi haksız olarak alı konduğu iddiası ile işverenine haksız fiille dayanarak dava açmıştır. Ne var ki yüksek mahkeme bu olayda haksız fiilin şartlarının oluşmadığı yönünde karar vermiştir²⁰⁹.

IV. Eşyalar Aleyhine Haksız Fiiller

1977 tarihli menkul eşyalar aleyhine işlenen fiiller hakkında düzenlemeler içeren yasanın (Interference with Goods Act) birinci bölümünde şu hususlara yer verilmiştir.

Başkasının eşyasının zapt edilmesi
Eşyalar aleyhine hukuka aykırı fiiller
İhmal sonucu eşyaların zararına yol açan fiiller
Bunların dışında eşyalara haksız fiil suretiyle zarar verilmesi

Eşyanın zapt edilmesi durumunda elinden alınan malı malikin hemen geri alma hakkı olduğu gibi kendisine emanet edilen malın zapt edilmesi durumunda zilyet olan kimsenin de hemen geri alma hakkı mevcuttur. Rızası olmaksızın bir kimseye ait malların bulunduğu yerden çıkarılması, izinsiz kullanma, yok etme gibi durumlar da eşyanın zapt edilmesi kapsamında değerlendirilir²¹⁰.

Eşyalar aleyhine işlenebilecek haksız fiillere arabasının lastiğini patlatmak, evine girmek, altın saatini çalmak gibi örnekler verilebilir²¹¹.

V. Konut İhlali Şeklindeki Haksız Fiiller

Bu tür fiillerde korunan kişi sadece konutun sahibi değildir. Konutta oturan, bulunan herkes zorla içeri girilmek suretiyle konut ihlalinden dolayı haksız fiilin muhatabı olabilir. Kişinin fiili kasti veya ihmali olabilir. Ancak mutlaka doğrudan olmalıdır. İngiliz Hukukunda bu konuya örnek olarak davalara konu olmuş başkasına ait konutun eklentisinde yürümek, binaya taş fırlatmak, duvarına reklam asmak fiilleri verilebilir²¹².

Yukarıda belirtilen haksız fiil durumlarında kişinin kendisini savunmasının haklı sayılması için iki şart aranmaktadır:

Kendini savunması için haklı bir nedeni olmalıdır. Haksız fiili oluşturan fiille karşılık yapılan savunma hareketi ölçülü olmalıdır.

²⁰⁹Major, W.T., a.g.e., s.73 (Herd v. Weardale Steel, Coke and Cole Co., 1913)

²¹⁰Major, W.T., a.g.e., s.73

²¹¹Major, W.T., a.g.e., s.73

²¹²Major, W.T., a.g.e., s.74

Anlattığımız durumlar dışındaki fiiller de haksız fiil oluşturabilir. Örneğin doğal bir süreç içinde gerçekleşmeyip de kişinin toplayıp biriktirerek kendisine ait bahçeye yığıdığı şeyler çevreye zarar verirse bu da haksız fiil sorumluluğu kapsamındadır²¹³.

Son olarak belirtmek gerekir ki; yukarıda anlatılan tüm haksız fiiller için geçerli olan hukuka uygunluk sebepleri mevcuttur. Söz konusu fiilin gerçekleşmesi, mazur görülebilen bir takım nedenlere, özel bir izine, ruhsat gibi resmi bir belgeye dayanıyor ya da hareketin yapılması koşullara göre uygun ve adil kabul ediliyorsa İngiliz Hukukuna göre haksız fiil oluşmadığı kabul edilmektedir²¹⁴.

VI. İhmal Suretiyle Ortaya Çıkan Haksız Fiiller (The Tort of Negligence)

İhmal suretiyle haksız fiil, bağımsız bir kavram olarak ilk kez 1932 yılında Lordlar Kamarasında dile getirilmiştir. Lord Atkin, bu konuda aynen şu ifadeleri kullanmıştır:

“ Yakınlarınızı sevmeniz gereği, bundan sonra hukuki bir boyut kazanacaktır. Bundan böyle yakınlarınıza zarar vermemelisiniz. Sıra yargıcın soracağı soruya gelince ; “Kimler benim yakınım?” sorusu sınırlayıcı bir şekilde cevaplanmalıdır. Bir takım fiillerden kaçınmak ve ihmalden sorumlu olmamak için geçerli nedenleriniz olmalı ve bunun için basiretli davranmalısınız. Şu halde yakın olarak tabir edilen kişilerin kimler olduğu anlaşılmalıdır. Bizimle doğrudan ve çok yakın ilişkide olan kişiler yakınlarımızdır. Onları yakından ilgilendiren konularla ilgili yapmış olduğumuz fiilleri, ortaya çıkabilecek ihtimalleri göz önünde tutarak yapmalıyız²¹⁵.”

Genel ödev yükümünü ortaya koyan bu anlayış sonraları sınırlandırılarak kapsamı daraltılmıştır.1977 yılında Lord Wilberforce, Lord Atkin tarafından ifade edilen anlayışı kabul ettiğini ancak burada tarifi yapılan ödev yükümünün alanının daraltılması ve bir takım sınırlar konması gereğini dile getirmiştir²¹⁶.

1963 yılında Lordlar Kamarasında verilen karara kadar ihmal sonucu haksız fiil hakkında hiçbir ilke karar altına alınmamıştır. Bu karara göre aralarında özel bir ilişki yoksa ve kafi derecede bir yakınlık bulunmuyorsa ihmal suretiyle işlenen haksız fiilden kişinin sorumluluğu bulunmuyordu. 1963 yılındaki bu karara kadar İngiltere’de mahkemeler, ihmal nedeniyle haksız fiilden kaynaklanan zararlardan dolayı tazminata hükmetmiyorlardı. Sonraki yıllarda verilen kararlarda görüldü ki; zararın ortaya çıkabileceğinin tahmin edilebildiği hallerde aralarında kafi derecede yakınlık olduğu kabul edilen kişilerden biri ekonomik anlamda zarara uğradığında tazminata hükmedilmeye başlanmıştır²¹⁷.

Özetlemek gerekirse; Lord Atkin tarafından belirtilen yakınlık kriteri, ekonomik anlamda zararın ortaya çıkmasının muhtemel olduğu ve riskin gerçekleşebileceğinin önceden görülebildiği hallerde mahkemelerce tazminata hükmedilmektedir. Ne var ki yüksek mahkeme, 1972 yılında Spartan Steel davası olarak anılan davada verdiği kararda ancak fiziksel anlamda bir zararın söz konusu olduğu hallerde tazmin edilebileceğini ifade etmiştir²¹⁸.

²¹³ Major, W.T., a.g.e., s.82

²¹⁴ Major, W.T., a.g.e., s.82

²¹⁵ Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations, Oxford University Press, New York 1996, s. 911

²¹⁶ Major, W.T., a.g.e., s.85

²¹⁷ Major, W.T., a.g.e., s.86

²¹⁸ Major, W.T., a.g.e., s.87(Spartan Steel and Alloys Ltd v. Martin & Co. Ltd, 1972)

Kişi sorumluluktan kurtulmak için; yerinde davranarak riskin derecesini tayin etmeli ve riskin ciddiyetini göz önüne almalıdır. Davacı, zararın davalının ödev yükümünü ihlal etmesi nedeniyle ortaya çıktığını ispat etmek zorundadır. İngiltere’de mahkemeler bu konuda sağduyulu bir tavır benimsemişlerdir²¹⁹.

Davalı fiilinden uzak, fiiliyle bağlantısı olmadan ortaya çıkan zararlardan mesul değildir²²⁰. Nedeni bilinmeyen, beklenmeyen ve önceden göz önüne alınması mümkün olmayan durumlarda nedensellik bağı kesildiği için kişi ortaya çıkan sonuçlardan sorumlu olmaz²²¹.

İngiliz Hukukunda ihmal suretiyle haksız fiil söz konusu olduğunda fiili işleyenin kendisini savunacağı iki durum mevcuttur. Bunlar, kazazedenin kısmen kusurlu olması ile yine kazazedenin fiilin sonuçlarının farkında olması, bilmesi ve istemesi durumlarıdır²²².

KAYNAKÇA

- Altuğ Y. : “Danimarka Özel Hukuku” isimli makalesi,
Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan,
İstanbul 2000
- Clerk & Lindesell :On Torts, London 1961
- Çelebican-K, Ö. :Roma Hukuku, Ankara 1997
- Deschenaux H., Tercier P. :Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983
- Downes, T. A. :A Textbook On Contract, London1987
- Eren, F. :Borçlar Hukuku-Genel Hükümler-Cilt 1-2, Ankara 1991
- Honig, R. :Roma Hukuku, (Çeviren:Av. Dr. Talip, Ş.)
İstanbul 1938
- İnan, A,N. :Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Ankara 1979

²¹⁹ Major, W.T., a.g.e., s.87

²²⁰ Downes, T. Anthony, A Textbook on Contract, Black Stone Press Limited, London 1987, s.46

²²¹ Major, W.T., a.g.e., s.91

²²² Major, W.T., a.g.e., s.93

- Karayalçın Y., :“Müteahhidin ve Yapı Denetim Kuruluşunun Deprem Zararından Sorumluluğu – Garanti Süresi- Zamaşımı Def’i – Dürüstlük İlkesine Aykırılı” isimli bildiri, Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2003
- Kılıçoğlu A. :Borçlar Hukuku-Genel hükümler Cilt-1, Ankara 2001
- MajorW.T. :Mastering Basic English Law, London 1985
- Oftinger, K., Jeanpretre R. :Federal Mahkeme İçtihatları (çeviren=Dayınlarlı,K.), Ankara 1990
- Oğuzman ,M.K., Öz T. : Borçlar Hukuku-Genel Hükümler,İstanbul 200
- Olgaç, S. : Türk Borçlar Kanunu-1, İstanbul 1959
- Özel, Ç. : “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yasıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50/sayı 4/2001
- Rado, T. : Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 1982
- Reisoğlu, S. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2002
- Şenocak, Z. : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998,
- Tandoğan, H. : Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963
- Tekinay S.S. :Borçlar Hukuku, İstanbul 1974
- Tunçomağ, K. :Türk Borçlar Hukuku-1 Genel Hükümler, İstanbul 1976
- Umar, Z. : Roma Hukuku Dersleri,İstanbul 1999
- Villey, M. :Roma Hukuku Güncelliği 7. Basısından (1979) (çevire=Tahiroğlu, B.) İstanbul 2003
- Von Tuhr, A. :Borçlar Hukuku 1-2(çeviren=Edege, C.),Ankara 1983
- Yılmaz, E. :Hukuk Sözlüğü, Ankara 1992
- Zilelioğlu H. :Roma Hukukundaki “Sorumluluk ölçütlerine Genel Bir Bakış ” Adlı Makale, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXXIX. Cilt, Ankara 1987
- Zimmermann, Reinhard :The Law of Obligations, New York 1996

