

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUNUN ‘HAKSIZ FİİL’ SORUMLULUĞU

147239

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Hatice Tolunay OZANEMRE

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Arif KOCAMAN

ANKARA
2004

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUNUN ‘HAKSIZ FİİL’
SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Arif KOCAMAN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

1. Prof. Dr. Arif Kocaman
2. Prof. Dr. Fırat Özkan
3. Doç. Dr. Gökçe Kocahasanlıoğlu

İmzası

.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi .23...08...2004

GİRİŞ

Bu çalışmada, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiş olan 'haksız fiil' sorumluluğunu incelemeye çalıştık. Çalışmanın ilk bölümünde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin 'haksız fiil' sorumluluğunun niteliğine; ikinci bölümde, bu sorumluluğun öğelerine ve üçüncü bölümde sorumluluğun hükümlerine yer verdik. İkinci bölümde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun öğeleri arasında yer alan sorumlu kişi, ki bu kimse ayırt etme gücünden yoksun kimsedir, incelenmiştir. Söz konusu bölüm, sorumluluğun, hem Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiş sorumluluğa ilişkin genel öğelerini, hem de sorumlu kişinin Türk Medenî Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca durumunu ve kısaca içinde bulunduğu hukukî durumu ihtiva etmektedir.

Üzerinde, kapsamlı bir çalışma yapılmamış bu konuyu seçerken, konunun işlenişi açısından bir takım zorluklarla karşılaşacağımızın farkındaydık. Nitekim, konunun, sorumluluk hukukuna ilişkin kapsamlı çalışmalarda dahi, derinine inilmeksizin ele alınmış olması, konunun incelenmesi sırasında, en önemli sorunu teşkil ediyordu. Bu bağlamda, spesifik bir nitelik taşıyan bu çalışmayı hazırlarken, mümkün olduğu kadar çok eserden yararlanmış ve hatta, kendisine atıf yapılan, yurt dışında, özellikle İsviçre ve Almanya'da yazılmış çalışmalara, atfı yapan yazarla yer vermiş bulunmaktayız. Yine elimizden geldiği ölçüde, Yargıtay'ın ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin, konunun gelişimi içinde, farklı hususlara ilişkin içtihatlarını, karşılaştırmalı olarak ele almış bulunmaktayız.

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AD	Adalet Dergisi
age	adı geçen eser
Art.	Artikel (madde)
Aufl.	Auflage (bası, baskı)
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	bent (Kanun Maddesi bendi)
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	çeviren
d.	dipnot
DÜHFD	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	esas
HD	(Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	(Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	(Yargıtay) İçtihadı Birleştirme Kararı

İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKİD	İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
JdT	Journal des Tribunaux
K.	Karar
karş.	karşılaştırınız
m.	madde
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	Medenî Kanun
N.	Not
s.	sayılı
S.	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
t.	tarihli
TD	(Yargıtay) Ticaret Dairesi
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZbJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971. (Müteselsil)

AKİPEK, Jale, Türk Medenî Hukuku, C. I, Şahsın Hukuku, Ankara, 1961.

AKİPEK/AKINTÜRK Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, İstanbul, 2003.

AKÜNAL, Teoman, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul, 1977.
(Denkleştirme)

ARAL, Fahrettin, Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukukî Sorumluluğu, BATİDER, 1980, S. 3, 733 vd. (Makale)

ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2000.

ATAAY, Aytakin, Şahıslar Hukuku, C. I, Umumî Hükümler, İstanbul, 1964.

BECKER, H., İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, C. VI; Borçlar Kanunu, I, 1. Kısım (Çev: Bülent OLCAY), Ankara 1967; Fasikül 2 (Çev: Kemal REİSOĞLU), 1966; Fasikül 3 (Çev: Osman TOLUN) 1969; Fasikül 4 (Çev: Salim ÖZKÖK) 1972.

BURCUOĞLU, Halûk, Haksız Eylem Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması, DÜHFD, Diyarbakır, 1984, 163-173.

DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk Hukuku (Çeviren: Salim ÖZDEMİR), Ankara, 1983. (Sorumluluk)

DURAL/ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2002.

EGGER A., İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, (Çeviren: Volf ÇERNİS), Ankara, 1947.

EGGER, A., (İsviçre Medenî Kanunu) Aile Hukuku Şerhi, (Aile Hukuku Şerhi)

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2002.

EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975. (İlliyet)

ERTEN, Ali, İyiniyetin Korunmadığı Hukukî Durumlar, Prof. Dr. Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU'na Armağan, Ankara, 1972, 179 vd. (İyiniyet)

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenilemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara, 1970.

FEYZİOĞLU, N. Feyzi, Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, C. I, İstanbul, 1969.

FRANKO, Nisim, Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevî Zararın Tazmini, Ankara, 1973.

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, Türk Hususî Hukukunda Mücbir Kuvvet ve Fevkalâde Haller, Adliye Ceridesi, 1936, 17 vd. (Mücbir Sebep)

GÜRKANLAR, Metin, Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Fazla Kimsenin Sorumluluğu, Ankara, 1982.

GÜRSOY, Kemal T., Manevî Zarar ve Tazmini, AÜHFD, C. XXX, S. 1-4, 7 vd. (Manevî Tazminat)

GÜRSOY, Kemal T., Birden Fazla Kimsenin Aynı Zarardan Sorumluluğu, AÜHFD, C. XXX, 1973, S. 1-4, 57 vd. (Makale)

HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 198, (Sorumluluk)

İMRE, Zahit, Medenî Hukuka Giriş, Temel Kavramlar, Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, İstanbul, 1980.

İMRE, Zahit, Gayrimümeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliği ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler, Prof. Dr. Tahsin Bekir BALTA'ya Armağan, Ankara, 1974. (Makale)

İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949. (Mesuliyet)

KANETİ, Selim, Haksız Fillerde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 1964. (Hukuka Aykırılık)

KANETİ, Selim, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, 1980, 40 vd. (Kusur)

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, 1. Kitap, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, 2. Kitap, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul, 2000. (Sorumluluk)

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2003.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara, 1979. (Kanunî Halefiyet)

KILIÇOĞLU, M., Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Cilt I, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 2002. (Sorumluluk)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, İstanbul, 1978. (Miras)

KOÇİSARLIOĞLU, Cengiz, Haksız Eylem Kusuru, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1990. (Haksız Eylem Kusuru)

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, DÜHFD, 1984, C. I, S.2'den Ayrı Basım, 175-305. (Objektif Sorumluluk.)

KÖPRÜLÜ, Bülent, Medenî Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), İstanbul, 1984.

OĞUZMAN, Kemal, Adam Kullananların BK 55 Gereğince Mesul Olmaları İçin Kullandıkları Adamın Kusurunun Şart Olmadığı Hakkında, İÜHFD, 1958, S. 1-2. (Makale)

OĞUZMAN, Kemal, İsviçre ve Türkiye'de Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu'nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması, Özellikle Manevî Tazminat Konusunda Yapılan Değişiklikler, TANDOĞAN'a Armağandan Ayrı Bası, Ankara, 1990. (Şahsiyetin Korunması)

OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2000.

OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul, 2003.

OLGAÇ, Senai, Kazaî ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Kanunlar, Ankara, 1969.

OSER/SCHÖNENBERGER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (Çev: İsmet SUNGURBEY), Ankara, 1964. (Şerh)

ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul, 1982.

ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku, Hakikî Şahıslar, Ankara, 2001.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2000. (Aile)

SAYMEN/ELBİR, Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, İstanbul, 1982.

SCHWARZ Andreas, Borçlar Hukuku Dersleri, C. I (Çeviren: Bülent DAVRAN), İstanbul, 1948.

SEROZAN, Rona, Manevî Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, TANDOĞAN'a Armağan, Ankara, 1990. (Tazminat)

SEROZAN, Rona, Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, MHAD, 1977, S. 14, 93 vd.

SUNGURBEY, İsmet, Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, İstanbul,

SUNGURBEY, İsmet, Medenî Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul, 1980. (Sorunlar)

TANDOĞAN, Halûk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981. (Kusura Dayanmayan)

TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961. (Mesuliyet)

TANDOĞAN, Halûk, Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, BATİDER, Aralık 1979, C. X, S. 2'den Ayrı Basım, Ankara, 1980. (Tehlike Sorumluluğu)

TEKİNAY, Selahattin S., Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, 1992.

TEKİNAY, Selahattin S., Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul, 1963. (Tazminat)

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

TUOR, P., İsviçre Medenî Kanunu'nun Federal mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı (Çev: Amil ARTUS), Ankara, 1956.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Genel Hükümler, 1965.

ULUSAN, İlhan, Tehlike Sorumluluğu Üstüne, MHAD, 1970, C. 4, S. 6, 55 vd. (Tehlike Sorumluluğu)

UYGUR, Tahsin, Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, Ankara, 2002.

ÜNAL, Mehmet, Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara, 1979. (Aile Başkanı)

ÜNAL, Mehmet, Manevî Tazminat ve Bu Tazminatta Kusurun Rolü, AÜHFD, C. XXXV, 1978, 397 vd. (Manevî Tazminat)

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V., Türk Medenî Hukuku, İstanbul, 1963.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V., Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1962.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V., Umumi Bakımdan Zarar ve Tazmini, Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul, 1944. (Tazminat)

Von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, C. I-II (Çeviren: Cevat EDEGE), Ankara, 1953.

YAZICI/ATASOY, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, Ankara, 1970.

YUNG, W., Temyiz Kudretinden Mahrum Olan Bir Kimse Tararfindan Yapılan Hukukî Muameleler ve Üçüncü Şahısların Korunması (Çev. Halûk TANDOĞAN), Ankara, 1966. (Makale)

ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, Türk Medenî Hukuku, Giriş, Başlangıç, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 2003.

AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUNUN 'HAKSIZ FİİL' SORUMLULUĞU

GİRİŞ

KISALTMALAR CETVELİ

BİBLİYOGRAFYA

İÇİNDEKİLER

1. Sorumluluğun Niteliği

1.1. Genel Olarak

1.2. Hakkaniyet Sorumluluğu

1.2.1. Genel Olarak Hakkaniyet

1.2.2. Hakkaniyet Sorumluluğu

1.2.2.1. Genel Olarak

1.2.2.2. Hakkaniyet Sorumluluğu

2. Sorumluluğun Öğeleri

2.1. Sorumlu Kişi

2.1.1. Ayırt Etme Gücü

2.1.1.1. Kelime Anlamı, Terim ve Kavram

2.1.1.1.1. Kelime Anlamı

2.1.1.1.2. Terim

2.1.1.1.2.1. Alman Hukuku'nda

2.1.1.1.2.2. İsviçre Hukuku'nda

2.1.1.1.2.3. Türk Hukuku'nda

2.1.1.1.2.3.1. Eski Medenî Kanun'da

2.1.1.1.2.3.2. Türk Medenî Kanunu'nda

2.1.1.1.3. Kavram

2.1.1.2. Unsurları

2.1.1.2.1. Genel Olarak

**2.1.1.2.2. Makul Surette Hareket Etme İktidarının
Bulunmayışı**

2.1.1.2.2.1. Genel Olarak

2.1.1.2.2.2. Makul Surette Hareket Etme İktidarının Bulunmayışı

2.1.1.2.2.2.1. Genel Olarak

**2.1.1.2.2.2.2. Makul Surette Hareket Etme İktidarının
Unsurları**

2.1.1.2.2.2.2.1. Fikrî Unsur (*Entellektüel Unsur*)

2.1.1.2.2.2.2.2. İradî Unsur

**2.1.1.2.3. Türk Medenî Kanunu'nun 13. Maddesinde Sayılan
Sebeplerden Birinin Gerçekleşmesi**

2.1.1.2.3.1. Genel Olarak

**2.1.1.2.3.2. Türk Medenî Kanunu'nun 13. Maddesinde Sayılan
Sebepler**

2.1.1.2.3.2.1. Yaş Küçüklüğü

2.1.1.2.3.2.2. Akıl Hastalığı

2.1.1.2.3.2.3. Akıl Zayıflığı

2.1.1.2.3.2.4. Sarhoşluk

2.1.1.2.3.2.5. Benzer Sebepler

2.1.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk

2.1.2.1. Mahiyeti

2.1.2.1.1. Nisbî Olması

2.1.2.1.1.1. Genel Olarak

2.1.2.1.1.2. Nisbîlikten Kaynaklanan Özellikler

2.1.2.1.1.2.1. Belli Bir Faaliyet Alanına Mûnhasır Olması

2.1.2.1.1.2.2. Belli Fiil Ve Hareketler Bakımından Farklı Değerlendirilmesi

2.1.2.1.2. Makul Surette Hareket Etme İktidarının Aranması

2.1.2.1.3. Sürekli Olmasının Aranmaması

2.1.2.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Saptanması

2.1.2.2.1. İspat Yüğü

2.1.2.2.2. Bilirkişi Raporu

2.1.2.2.3. Yargıç Kararı

2.1.2.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanların Özel Olarak

Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklarını Kullanmalarından,
Hukukî İşlemlerinden, Maddî Fiillerinden
ve Haksız Fiillerinden Doğan Sonuçlar

2.1.2.3.1. Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılmasından Doğan Sonuçlar

2.1.2.3.1.1. Genel Olarak

2.1.2.3.1.2. Mutlak Surette Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması

2.1.2.3.1.2.1. Mutlak Surette Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılmasına İlişkin Kural

2.1.2.3.1.2.2. Mutlak Surette Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılamamasına Getirilen İstisna

2.1.2.3.1.2.2.1. Genel Olarak

2.1.2.3.1.2.2.2. Boşanma Davası Açma

2.1.2.3.1.3. Nisbî Surette Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması

2.1.2.3.2. Hukukî İşlemlerin Sonuçları

2.1.2.3.2.1. Genel Olarak

2.1.2.3.2.2. Hukukî İşlemlerin Geçersizliği

2.1.2.3.2.3. Hukukî İşlemlerin Geçersizliğine Getirilen İstisnalar

2.1.2.3.2.3.1. Evlenme

2.1.2.3.2.3.2. Ölüme Bağlı Tasarruflar

2.1.2.3.2.3.3. Dürüstlük Kuralının Sonuçları

2.1.2.3.3. Maddî Fiiller Açısından

2.1.2.3.3.1. Genel Olarak

2.1.2.3.3.2. Maddî Fiillerin Hukukî Sonuç Yaratması

2.1.2.3.4. Haksız Fiillerin Sonuçları

2.1.2.3.4.1. Haksız Fiil Ehliyetine İlişkin Kural

2.1.2.3.4.2. Haksız Fiil Ehliyetsizliğine Getirilen İstisnalar

2.1.2.3.4.2.1. Genel Olarak

2.1.2.3.4.2.2. Kusursuz Sorumluluk Hallerinde Sorumluluk

2.1.2.3.4.2.3. Hakkaniyet Sorumluluğu

2.1.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanın Fiillerinden Diğer Kimselerin Sorumluluğu

2.1.3.1. Ev Başkanının Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanın Fiillerinden Sorumluluğu

2.1.3.1.1. Sorumluluğun Dayanağı ve Hukukî Niteliği

2.1.3.1.2. Sorumluluğun Şartları

2.1.3.1.2.1. Sorumluluğun Olumlu Şartları

2.1.3.1.2.1.1. Ev Başkanlığı İlişkisinin Varolması

2.1.3.1.2.1.1.1. Genel Olarak

2.1.3.1.2.1.1.2. Bir Arada Yaşama

2.1.3.1.2.1.1.3. Otorite İlişkisinin Bulunması

**2.1.3.1.2.1.2. Ev Başkanlığına Tâbi Kimsenin Hukuka Aykırı
Bir Fiille Başkasına Bir Zarar Vermesi**

2.1.3.1.2.1.2.1. Hukuka Aykırı Fiil

2.1.3.1.2.1.2.2. Zarar

**2.1.3.1.2.1.2.3. Fiil İle Zarar Arasında İlliyet Bağı
Bulunması**

**2.1.3.1.2.2. Sorumluluğun Olumsuz Şartı:
Kurtuluş Kanıtı Getirilememesi**

2.1.3.1.3. Sorumluluğun Hükümleri

2.1.3.1.3.1. Tazminat

2.1.3.1.3.1.1. Genel Olarak

2.1.3.1.3.1.2. Ev başkanının Rücuu

2.1.3.1.3.2. Zamanaşımı

**2.1.3.2. Adam Çalıştıranın Çalıştırdığı Ayırt Etme Gücünden Yoksunun
Sebebiyet Verdiği Zararlardan Sorumluluğu**

2.1.3.2.1. Sorumluluğun Dayanağı ve Hukukî Niteliği

2.1.3.2.2. Sorumluluğun Şartları

2.1.3.2.2.1. Sorumluluğun Olumlu Şartları

2.1.3.2.2.1.1. Adam Çalıştırma İlişkisinin Varlığı

2.1.3.2.2.1.1.1. Genel Olarak

2.1.3.2.2.1.1.2. Adam Çalıştıran

**2.1.3.2.2.1.1.3. Adam Çalıştıranla Çalışan Arasında
Bağımlılık İlişkisi**

**2.1.3.2.2.1.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Çalışanın
Hukuka Aykırı Bir Fiille İşin Görülmesi
Sırasında Başkasına Zarar Vermesi**

2.1.3.2.2.1.2.1. Hukuka Aykırı Fiil

2.1.3.2.2.1.2.2. İşin Görülmesi Sırasında Bir Başkasına Zarar Verilmesi

2.1.3.2.2.1.2.2.1. Zarar

2.1.3.2.2.1.2.2.2. Zararın İşin Görülmesi Sırasında Verilmesi

2.1.3.2.2.1.2.3. Hukuka Aykırı Fiille Zarar Arasında İliyet Bağı Bulunması

**2.1.3.2.2.2. Sorumluluğun Olumsuz Şartı:
Kurtuluş Kanıtı Getirilmemiş Olması**

2.1.3.2.3. Sorumluluğun Hükümleri

2.1.3.2.3.1. Tazminat

2.1.3.2.3.1.1. Genel Olarak

2.1.3.2.3.1.2. Adam Çalıştıranın Ödediği Tazminatı Rücuu

2.1.3.2.3.2. Zamanaşımı

2.1.3.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksunun Diğer Sorumlularla Birlikte Sorumluluğu

2.1.3.3.1. Genel Olarak

2.1.3.3.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Şahısla Birlikte Sorumlu Olanların, Borçlar Kanunu'nun 51. Maddesine Göre Sorumlu Olmaları

2.1.3.3.2.1. Genel Olarak

2.1.3.3.2.2. Dış İlişki: Müteselsil Sorumluluk

2.1.3.3.2.3. İç İlişki: Sorumluların Birbirlerine Rücuu

2.2. Sorumluluğun Diğer Genel Koşulları

2.2.1. Zarar

2.2.1.1. Genel Olarak

2.2.1.2. Maddî Zarar

2.2.1.3. Manevî Zarar

2.2.2. Uygun İlliyet Bağı

2.2.2.1. Genel Olarak

2.2.2.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimsenin Fiili ile Doğan Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

2.2.2.2.1. Uygun İlliyet Bağının Bulunması

2.2.2.2.2. İlliyet Bağının Kesilmemiş Olması

2.2.2.2.2.1. Genel Olarak

2.2.2.2.2.2. İlliyet Bağını Kesen Sebepler

2.2.2.2.2.2.1. Genel Olarak

2.2.2.2.2.2.2. Mücbir Sebep

2.2.2.2.2.2.2.1. Genel Olarak

2.2.2.2.2.2.2.2. Unsurları

2.2.2.2.2.2.2.3. Zarar Görenin Kusuru

2.2.2.2.2.2.2.4. Üçüncü Kişinin Kusuru

2.2.3. Hukuka Aykırılık

2.2.3.1. Genel Olarak

2.2.3.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimsenin Fiilinin Hukuka Aykırı Olması

2.2.3.2.1. Genel Olarak

2.2.3.2.2. Unsurları

2.2.3.2.2.1. Genel Olarak

2.2.3.2.2.2. Olumlu Unsur

2.2.3.2.2.3. Olumsuz Unsur: Bir Hukuka Uygunluk Sebebinin Bulunmaması

2.2.3.2.2.3.1. Genel Olarak

2.2.3.2.2.3.2. Hukuka Uygunluk Sebepleri

2.2.3.2.2.3.2.1. Genel Olarak

2.2.3.2.2.3.2.2. Meşru Müdafaa

2.2.3.2.2.3.2.2.1. Genel Olarak

2.2.3.2.2.3.2.2.2. Şartları

2.2.3.2.2.3.2.2.3. Hükümleri

2.2.3.2.2.3.2.3. Zaruret Hali

2.2.3.2.2.3.2.3.1. Genel Olarak

2.2.3.2.2.3.2.3.2. Şartları

2.2.3.2.2.3.2.3.3. Hükümleri

2.2.3.2.2.3.2.4. Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma

2.2.3.2.2.3.2.4.1. Genel Olarak

2.2.3.2.2.3.2.4.2. Şartları

2.2.3.2.2.3.2.4.3. Hükümleri

2.2.3.2.2.3.2.5. Mağdurun Rızası

2.3. Sorumluluğun Özel Koşulları

2.3.1. Ayırt Etme Gücünden Yoksunun Farazî Kusuru

2.3.2. Hakkaniyetin Sorumluluğa Hükmedilmesini Gerektirmesi

2.3.2.1. Genel Olarak

2.3.2.2. Tarafların Malî Durumları

2.3.2.3. Diğer Hususlar

3. Sorumluluğun Hükümleri

3.1. Tazminat

3.1.1. Tam Tazminat

3.1.1.1. Genel Olarak

3.1.1.2. Tazminatın Hesaplanması

3.1.1.2.1. Genel Olarak

3.1.1.2.2. Genel Olarak Maddî ve Manevî Tazminat

3.1.1.2.2.1. Maddî Tazminat

3.1.1.2.2.2. Manevî Tazminat

3.1.1.2.3. Tazminatın İndirimi

3.1.1.2.3.1. Genel Olarak

3.1.1.2.3.2. İndirim Sebepleri

3.1.1.2.3.2.1. Zarar Görenin Kusuru

3.1.1.2.3.2.2. Diğer Sebepler

3.1.2. Kısmî Tazminat

3.2. Zamanaşımı

3.2.1. Genel Olarak

3.2.2. Kısa Zamanaşımı

3.2.3. Uzun Zamanaşımı

SONUÇ

ÖZET

SUMMARY

1. Sorumluluğun Niteliği

1.1. Genel Olarak

Sorumluluk hukuku, kusur sorumluluğu ve kusura dayanmayan sorumluluk olmak üzere iki sorumluluk türünden oluşur.

Kusur sorumluluğu uyarınca, bir zarardan dolayı sorumluluk doğması için, zarar veren kimsenin kusurlu olması gerekir.¹ Bu bağlamda, kusur kavramının iki fonksiyonu olduğundan bahsedilebilir. Bunlardan ilkini, kusurun tazminat borcunun sebebi olması teşkil eder.² İkinci fonksiyon, ilk fonksiyon ile ilişkili olan, kusur sözkonusu olmaksızın meydana gelen zarara, zarar gören kimsenin katlanacağı esasını içerir.³

Kusur prensibi, çeşitli açılardan eleştirilere maruz kalmıştır. Bir görüşe göre, sorumluluğun dayanağı olarak, kusur gibi, farazî bir kavramdan hareket edilmesi doğru değildir. Bir kimseye, kusurlu olarak zarar verilmiş olması rastlantısaldır ve sadece rastlantılara sonuç bağlanması, kusurlu olmayan fiiller sonucunda zarar gören kimseler bakımından, hakkaniyete aykırı bir sonuç yaratmaktadır.⁴ Öte yandan, bir kimse, kusur olsun veya olmasın, başka bir kimseye vermiş olduğu zarara katlanmalıdır. Aksi takdirde, zarara, sözkonusu zarara aktif hareketiyle sebep olan değil, pasif bir şekilde, fiile maruz kalan kimse katlanacaktır ki bu da adalete uygun değildir.⁵ Bu hususa ilişkin olarak, zarar veren kimse kusursuz olsa dahi, zarara uğrayanın daha çok kusursuz olduğu belirtilmiştir.⁶

¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 89.

² İMRE, Mesuliyet, 17. Yazar, bu fonksiyonun, Alman müsterek hukukunda ve Pandekt hukukunda, “kusursuz tazminat olmaz” (*nulla indemnitas sine culpa*) deyimi ile ifade edilmekte olduğunu belirtmektedir.

³ İMRE, Mesuliyet, 18. Yazar, bu esasın ‘*causum sentit dominus*’ deyimi ile ifade edilmekte olduğunu belirtmektedir.

⁴ MASSİGLİ, Ch., Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle (l’œuvre juridique de R. Saleilles, 140. (İMRE, Mesuliyet, 39’dan naklen.)

⁵ MASSİGLİ, Ch., age, 140. (İMRE, Mesuliyet, 39’dan naklen.); KOÇİSARLIOĞLU, Objektif Sorumluluk, 207. Yazar, zarara, kusur işlemeyen neden olmuş kişiler arasında, zararı en kolay karşılayabilecek kişinin

Öğretide, toplumsal yaşamın gelişimine paralel olarak, kusur prensibine dayanan sorumluluğun, bir müddet sonra yetersiz kaldığı, kusur sorumluluğunun, sözkonusu gelişmeler yönünden eksik kaldığı noktalarda, sebep sorumluluğunun (kusura dayanmayan sorumluluk) sözkonusu boşlukları doldurabileceği; kusur sorumluluğunun terk edilemeyeceği; fakat, gelişmeler doğrultusunda, sebep sorumluluğunun da büyük önemi haiz olduğu belirtilmiştir.⁷

Kusur sorumluluğunun kaynağı ve aynı zamanda kurucu ögesi kusurdur.⁸ Kusur sorumluluğunda, kusurun temel fonksiyonu, sorumluluğu, dolayısıyla tazminat borcunu⁹ ve borcun kapsamını oluşturmaktır.¹⁰ Zararın sebebini oluşturan, hukuken olumsuz olarak nitelendirilen, yapma veya kaçınma şeklinde gerçekleşen davranış, kusur sayılır. Başka bir ifadeyle kusur, somut olayda, özenli, itinalı bir kimsenin göstereceği davranıştan sapan davranıştır.¹¹

seçilerek, zararın ona yükletilmesi gerektiğini; sonuçta, zararın gideriminin ekonomik koşullara bağlı olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁶ KOÇHİSARLIOĞLU, Objektif Sorumluluk, 202.

⁷ KOÇHİSARLIOĞLU, Objektif Sorumluluk, 207; KARAHASAN, Sorumluluk, 466; KILIÇOĞLU, 203; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 496; DESCENAU/TERCIER, Sorumluluk, 6. Yazar, tümüyle liberal toplumlara özgü kusur sorumluluğunun, sanayi toplumuna özgü sorunları çözmekten uzak olduğunu, bir yandan da sosyal düşüncenin (*soziale Gedanke*, TANDOĞAN, Mesuliyet, 95'den naklen.) geliştiğini; bu sebeplerle, kusura dayanmayan sorumluluğun giderek önem kazandığını belirtmektedir. Sigortacılığın gelişmesi üzerinde duran yazar, bu bağlamda 'sorumluluğun sosyalizasyonu' olarak adlandırılan ve dayanışma ilkesini içeren bir sistemin geliştiğini; bu sistem uyarınca, zararın toplumun tüm fertleri arasında paylaştırıldığını belirtmektedir. TANDOĞAN, bu hususta, kişisel sorumluluğun yerini, kolektif sorumluluğun almaya başladığını ifade etmiştir. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 95.

⁸ İMRE, Mesuliyet, 17; TANDOĞAN, Mesuliyet, 89.

⁹ OFTINGER, sorumlulukta kusur ilkesinin iki fonksiyonu olduğunu; bunlardan ilkinin, kusurun, sorumluluğu ve tazminat borcunu meydana getirmesinin; ikincisini ise, kusur olmaksızın, sorumluluğun ve tazminat borcunun sözkonusu olmamasının teşkil ettiğini belirtmektedir. Bkz. OFTINGER, age, 103. (İMRE, Mesuliyet, 19'dan naklen.)

¹⁰ İMRE, kusur ilkesinin, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna göre, tazminat borcunun kapsamını, bu bağlamda miktarını etkilediğini; tazminata hükmedilirken, kusurun derecesinin gözönüne alınmakta olduğunu; Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinde somutlaştığı üzere, kusur ile tazminat arasında güçlü bir bağlantı olduğunu belirtmektedir. Yazar, sözkonusu esasın, ilk kez, Prusya Genel Kanunu'nda yer almış olduğunu, kusur bakımından, kast, ağır kusur, orta kusur ve hafif kusur olmak üzere dört derecenin belirlenmiş olduğunu ve sadece, kusurun kast düzeyinde olması durumunda, failin zararı tümüyle tazmin etmeye mahkum edildiğini belirtmektedir. Bkz. İMRE, Mesuliyet, 20-21.

¹¹ KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk, 7. KOÇHİSARLIOĞLU, kavramsal olarak kusurun, hukuka aykırı bir davranış olduğunda sözkonusu olabilen, toplumda yürürlükte bulunan geçerli davranış kurallarına göre, bir 'ideal'i dile getiren bir genel davranış normunun, bir değer yargısı sonucu, hukuk düzenince ayplanabilir/kınanabilir görülen, sorumluluğu haklı gösterebilecek ölçüde ağır ve bilinçli ve/veya bilinçsiz bir irade ve zeka eksikliği nedeniyle gerçekleştirilen bir davranışla veya sözkonusu davranış normunun, tamamen objektif tarzda, aktif veya pasif bir davranışla ihlâlinin, davranışta bulunan kişiye yüklenebilirliği ve böylelikle

Kusurun mahiyetine ilişkin olarak, çeşitli kuramlar ileri sürülmüştür. Bu görüşler, sübjektif görüş, objektif görüş ve objektif-sübjektif görüş olarak da adlandırılan objektifleştirilmiş kusur görüşüdür.¹²

Sübjektif kusur kuramına göre, kusur kavramının başlıca üç ögesi sözkonusudur. Bunlar: Davranış normunun ihlâli görünümünü taşıyan 'ödev ihlâli'nin varlığı; sözkonusu ihlâlin, davranışta bulunan kimseye, somut olarak ve tamamen kişisel bir tarzda yüklenilebilirliği ve son olarak da, davranışta bulunan kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır.¹³

Objektif kusur kuramına göre, kusur tamamen objektif bir kavramdır. Bu kuram uyarınca, davranış normunun ihlâlinin, ihlâl edene yüklenebilmesi şart değildir. Bu bağlamda kusurun sözkonusu olabilmesi için, davranışta bulunan kimsenin, davranışta bulunurken bilinçli, irade sahibi, dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip olması gerekmez.¹⁴

Objektifleştirilmiş kusur kuramında ise, kusurun varlığı bakımından, davranış normu ve onun ihlâli objektif bir biçimde belirlenirken, bu ihlâlin, davranışta bulunan kimseye yüklenilebilirliği sübjektif ölçülere göre saptanmaktadır.¹⁵ İsviçre-Türk hukuklarında, objektifleştirilmiş kusur kuramı kabul edilmektedir.¹⁶

Bu bağlamda, iradesi ve bilinci sözkonusu olmayan ayırt etme gücünden yoksun kimse, kusur sorumluluğu bağlamında, ika ettiği hukuka aykırı fiil dolayısıyla,

de bu kimsenin davranışından ötürü kınanabilirliğini ifade ettiğini belirtmektedir. Bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Haksız Eylem Kusuru, 104.

¹² Sözkonusu görüşleri savunan yazarlar için bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Haksız Eylem Kusuru, 110, d.33 vd.'nda adı belirtilen yazarlar.

¹³ SAVATIER, Etude sur la théorie generale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand, 3e ed., Paris, 1950, 100; RODIÈRE, Dalloz, Encyclopédie juridique, 2e ed., Dalloz, Répertoire de droit civil, t. VI, Paris, 1975, N. 1395. (**KOÇHİSARLIOĞLU**, Haksız Eylem Kusuru, 111-112, d. 34'ten naklen.) Sözkonusu kuramın eleştirisi için bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Haksız Eylem Kusuru, 113 vd.

¹⁴ Bu görüş, kusurun, davranışta bulunanın kişiliğinden, bütünüyle soyutlanması gerektiğini; kusurun, toplumsal bir kavram olduğunu ve bu nedenle de objektif tarzda kavranması gerektiğini belirtmektedirler. (**KOÇHİSARLIOĞLU**, Haksız Eylem Kusuru, 168'den naklen.) Sözkonusu yazarlar için bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Haksız Eylem Kusuru, 168, d. 295 vd.

¹⁵ **KOÇHİSARLIOĞLU**, Haksız Eylem Kusuru, 142.

¹⁶ **KOÇHİSARLIOĞLU**, Haksız Eylem Kusuru, 142. Sözkonusu kuramı savunan yazarlar ve kuramın kabulü yönündeki mahkeme kararları için bkz. d. 170 vd.

kusurun varlığı için gerekli ayırt etme gücünün varlığından yoksun olması nedeniyle, sorumlu tutulamaz. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğu, bu bağlamda, sebep sorumluluğu (kusura dayanmayan sorumluluk)¹⁷ olacaktır.

Sebeb sorumluluğu, en genel ifade ile başkasının zarar görmesine neden olan kimsenin, bu zararı tazmin etmesi gerektiği görüşüne dayanır.¹⁸ Koçhisarlioğlu, sebep sorumluluğunun, bir 'sonuç ödevi' içerdiğini belirtmektedir. Yazar, sonuç ödevi öngören hukuk kuralına aykırılığın, ödevin ihlâli anlamına geldiğini; sözkonusu halde, durumun, hukuka aykırılık kavramının oluşmasındaki gibi olduğunu belirtmektedir.¹⁹ Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, sebep sorumluluğunda; kişi, hukuk kuralını ihlâl etme ehliyetine sahip olmasa; kurala uyma, ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından madden ve/veya manen imkansız olsa; ayırt etme gücünden yoksun kimse, kurala uygun davranabilmek için gerekli şartlar içinde bulunmasa bile, kurala objektif aykırılığın varlığı, sorumluluğun sözkonusu ögesini meydana getirmeye yeterlidir. Dolayısıyla, sadece ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından değil, genel olarak, sebep sorumluluğuna vücut veren hukukî ödevin ihlâli, 'davranış' nedeniyle değil, 'sonuç' nedeniyle sözkonusu olmaktadır.²⁰

Sebeb sorumluluğu, temel olarak, olağan sebep sorumluluğu, tehlike sorumluluğu veya hakkaniyet sorumluluğu olarak üç türden oluşur.²¹

¹⁷ Öğretide 'sebeb sorumluluğu' terimi yerine, 'objektif sorumluluk', 'netice sorumluluğu', 'neden sorumluluğu' terimleri de kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. İMRE, Mesuliyet, 49 vd; KARAHASAN, Sorumluluk, 466, d. 2'de adı geçen yazarlar.

¹⁸ İMRE, Mesuliyet, 49, 55; KOÇHİSARLIOĞLU, Objektif Sorumluluk, 217. Sebeb sorumluluğunun, sorumluluk hukukunda yer alması gerektiğine ilişkin görüşler ve ayrıca sebep sorumluluğunun temeline ilişkin ileri sürülen düşünceler için bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, Objektif Sorumluluk, 243 vd; İMRE, Mesuliyet, 56-62.

¹⁹ KOÇHİSARLIOĞLU, Objektif Sorumluluk, 274. Yazar, sebep sorumluluğunda, bir sonuç ödevinin ihlâlinin sözkonusu olduğunu, sonuç ödevinin belirlenmesinde de, '*neminem laedere*' ilkesinin esas alınabileceğini, ki bu ilke zarar verme yasağına ilişkindir, fakat bu ilkenin zayıf yönleri nedeniyle eleştirilebileceğini belirtmektedir. Bu ilkenin yetersizliği nedeniyle yazar, sözkonusu ilkenin, objektif olarak, hukuk kuralının ihlâli ile birlikte ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. 275 vd.

²⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, Objektif Sorumluluk, 281'den naklen. Yazar, sebep sorumluluğunda, sonucun esas alınması dolayısıyla, objektif bir sonuç ödevi öngören, objektif bir hukuk kuralının, objektif bir tarzda ihlâlinin sözkonusu olduğunu belirtmektedir.

²¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 497 vd.; KILIÇOĞLU, 206 vd.; İMRE, Mesuliyet, 62 vd. Yazar, eserinde, tehlike sorumluluğu ve hakkaniyet sorumluluğuna geniş yer vermiş, olağan sebep

Olağan sebep sorumluluğunda, sorumlu kimse, kendisine karşı dikkat ve özen yükümünün bulunduğu kimsenin, başkasının zarar görmesi sonucunu doğuran hukuka aykırı fiillerinden, kusur aranmaksızın sorumlu tutulur.²² Söz konusu halde, kendisinden sorumlu olan kimselerin başkasına zarar vermeleri, sorumlu kimsenin özen yükümünü ihlâl ettiğine karine teşkil eder.²³

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun, olağan sebep sorumluluğu olduğu ifade edilmiştir.²⁴ Olağan sebep sorumluluğunun kaynağını, sorumlu kimsenin özen yükümü oluşturduğundan ve bilinç ve iradesi söz konusu olmayan kimseye özen ödevi yüklenemeyeceğinden, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun, olağan sebep sorumluluğu olmadığı kanaatindeyiz.

Tehlike ilkesi, başka kimselerin, mal ve can güvenliğini tehdit eden ve zarar yaratabilen, tehlikeli faaliyetler veya nesneler dolayısıyla kabul edilen bir ilkedir.²⁵ En genel ifadesi ile, tehlike sorumluluğu uyarınca, diğer kimseler için tehlike yaratan kimse, sebep olduğu zararların tazmini ile mükelleftir.²⁶ Öğretide, özellikle ağır tehlike taşıyan bazı faaliyetleri, işletmeleri veya tesisatı yürüten veya işletenler için öngörülmüş olduğu belirtilen tehlike sorumluluğunun, bu faaliyetlerin, işletmelerin veya tesisatların, zarara yol açmaya aşırı eğilimlerinden veya sebep oldukları

sorumluluğunu ise, özen ödevinden kaynaklı sorumluluk olarak nitelendirmiştir. Bkz. 144 vd. **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 103-104. Yazar, bu sorumluluklara ek olarak menfaat düşüncesine dayanan sorumluluğa yer vermiştir. **KARAHASAN**, Sorumluluk, 467-468. Yazar, sebep sorumluluğunun dördüncü türü olarak, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluğa yer vermiştir.

²² **KILIÇOĞLU**, 205; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 498.

²³ Bu hususta açıklamalarımıza 2.1.3. kısmında yer vermiş olduğumuzdan, burada konuyu ayrıntılı olarak ele almamış bulunmaktayız.

²⁴ **EREN**, 465; **ARAL**, Makale, 738. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiş sorumluluğunun, hakkaniyet düşüncesine dayanan olağan sebep sorumluluğu olduğunu belirtmiştir. **TANDOĞAN**, ise, bu kimselerin sorumluluğunun, hakkaniyet esasına dayanan bir sebep sorumluluğu olduğunu belirtmektedir. Yazar, olağan sebep sorumluluğu kavramı için, özen yükümünün ihlâlinden doğan sorumluluk terimini kullanmış olduğundan, kanaatimizce, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sebep sorumluluğunun, hakkaniyet sorumluluğu olduğu görüşündedir. Bkz. **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 61.

²⁵ **KILIÇOĞLU**, 206'dan naklen.

²⁶ **İMRE**, Mesuliyet, 62;

kazaların nitelik ve nicelik bakımından ağır sonuçlar doğurmasından ileri geldiği belirtilmektedir.²⁷ Bu bağlamda, başka kimseler için tehlike arzeden faaliyeti, işletmeyi veya tesisatı yürüten kimsenin, sözkonusu faaliyeti yürüttüğü ve ondan yararlandığı için, faaliyet sonucu ortaya çıkan tehlikeleri ve doğan zararı yüklenmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁸

Öğretide, bazı yazarlar²⁹, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sebep sorumluluğunun, tehlike esasına dayandığı görüşünü ileri sürmüşlerdir.³⁰ Bu görüşe göre, ayırt etme gücünden yoksun kimseler, çevrelerindeki kimseler bakımından zarara uğrama tehlikesi yaratmaktadırlar ve bu nedenle, yarattıkları tehlike dolayısıyla ortaya çıkan zararı tazmin etme borcu altındadırlar.³¹ Öğretide³², ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sebep sorumluluğunun, tehlike sorumluluğu olduğuna ilişkin bu görüş eleştirilmiştir. *Oğuzman/Öz*, bu görüşü, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunu düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde, sözkonusu kimselerin sorumluluğuna ilişkin olarak, hakkaniyet şartına yer verilmiş olduğunu; bu bağlamda, tehlike sorumluluğunun kabul edilmesi

²⁷ **TANDOĞAN**, Tehlike Sorumluluğu, 294.

²⁸ **İMRE**, Mesuliyet, 62; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 26; **ULUSAN**, Tehlike Sorumluluğu, 37.

²⁹ **İMRE**, Mesuliyet, 189. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun, tehlike ve hakkaniyet esasına dayandığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. **İMRE**, Mesuliyet, 188, d. 1 vd.'nda adı geçen yazarlar. **EGGER**, Art. 18, N. 15; **KANETİ**, Hukuka aykırılık, 12, d. 40.

³⁰ **İMRE**, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluğuna ilişkin açıklamalarında, **RİPERT**'in (**RİPERT**, G., Examen doctrinal, jurisprudence civile, revue critique, t. 38 (1909), 131), "Biz bu bedbaht insanları (akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle ayırt etme gücünden yoksun kimseler), toplumsal hayatın içinde, yerleşim yerlerinden uzakta yaşamaya mahkum etmiyoruz. Biz sadece bir delinin, ağır nöbetler getiren bir hastalığa yakalanın, bir sarhoşun, bilinçli olmayan davranışlarının neticelerine katlanmaya mecbur olmak istemiyoruz." ifadesini kullandığını, bu bağlamda, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, toplum içerisinde serbestçe yaşamalarına izin veriliyorsa, bu kimselerin de işledikleri haksız fiillerin sonuçlarına katlanmaları gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **İMRE**, Mesuliyet, 188-189.

³¹ **EGGER**, Art. 18, N. 15. Bu bağlamda **İMRE**, öğretide **Jögrens**'in (**BURCKHARDT**, C. Ch., Die Revision der Schweiz. OR im Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, Zeitschrift f. Schweiz. Recht, N.F. 22(1903), 529'dan naklen.), ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun, tehlike esasına dayandığını; ayırt etme gücünden yoksun kimsenin haksız fiil ehliyetlerinin bulunmadığını, fakat bu kimsenin işlediği her haksız fiil bakımından sorumlu olmadığını kabul etmenin de çok ileri gitmek olacağını; ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, kendisine tanınan hareket serbestisinin bir karşılığı olarak, başka kimseler için yarattığı tehlikenin sonuçlarına katlanmak zorunda olduğunu belirttiğini ifade etmiş, tehlike prensibi ile menfaat prensibini birleştiren bu fikri, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun, menfaat prensibi ile açıklanamayacağı gerekçesiyle eleştirmiştir. Bkz. **İMRE**, Mesuliyet, 189.

³² **OĞUZMAN/ÖZ**, 599; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 60; **ARAL**, Makale, 737.

durumunda ayırt etme gücünden yoksun her kimsenin, her fiilinden sorumlu tutulacağını; oysa düzenleme çerçevesinde, bu kimselerin, eğer hakkaniyet gerektiriyorsa verdikleri zarar tazmin yükümü altında olduklarını belirterek eleştirmektedir.³³ *Tandoğan*, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, somut olayda, başka kimselerin zarar görmesine sonucunu doğuran, özel ağırlıkta bir tehlikeye yol açmış olabileceğini, fakat ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin, sözkonusu tehlikeliliğinin önceden tanımlanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.³⁴ Kanaatimizce de, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sebep sorumluluklarının tehlike esasına dayandığı, bu fikre yönelik eleştiriler doğrultusunda, kabul edilemez.

Hakkaniyet sorumluluğu ise, en genel ifade ile, sorumluluğu doğuran davranışın, haksız fiil sorumluluğunun bütün öğelerini gerçekleştirmemiş olmasına rağmen, fiilin sonuçlarına, zarar görenin değil zarar verenin katlanmasının, adalete, *hakseverliğe*³⁵ uygun olacağı düşüncesine dayanır.

³³ **OĞUZMAN/ÖZ**, 599. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun, tehlike esasına dayanmadığını, ancak, yargıcın, ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğuna hükmederken, onun tehlikeliliğini, hakkaniyet çerçevesinde gözönünde tutacağını belirtmektedir. Bkz. 599. Aynı görüşte bkz. **TANDOĞAN**, Tehlike Sorumluluğu, 294.

³⁴ **TANDOĞAN**, Tehlike Sorumluluğu, 294. (OFTINGER, age, 20-26'ya atfen.) Yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, ağır bir tehlike ortaya çıkardıkları vakit tehlike sorumluluğuna, hafif bir tehlike ortaya çıkardıklarında ise, hakkaniyet sorumluluğuna tabi kılınmalarının; bu kimselerin, önceden hangi sorumluluk tipine tabi olacaklarını bilmemeleri gibi güvensiz bir durumun yaratılması anlamına geleceğini belirtmektedir. Bkz. 294.

³⁵ **İMRE**, Mesuliyet, 85. Yazar, fail ile zarar gören arasında , zararın, sözkonusu zararı karşılamaya en fazla gücü olan tarafından yüklenilmesinde, sosyal düşüncelerin etkili olduğunu ve bu bağlamda hakkaniyetin, sorumluluğa hükmedilirken, tarafların malvarlıklarının, zenginlik derecelerinin gözönünde tutulması gerektirdiğini belirtmektedir. Bkz. 85.

1.2. Hakkaniyet Sorumluluğu

1.2.1. Genel Olarak Hakkaniyet

Hakkaniyet kavramı üzerine, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, hakkaniyetin, yargıcın ve/veya toplumun hukukî düşünce ve duygusuna göre belirleneceği belirtilmiştir.³⁶ Öte yandan hakkaniyetin, pozitif hukuk içinde yer almadığını, bu kavramın hukukî göreneklere göre belirlenebileceği görüşü³⁷ yanında hakkaniyetin, hoşgörü ve adalet olarak anlaşılması gerektiği görüşü³⁸ ileri sürülmüştür. Hukuk felsefesinde ise hakkaniyetin, *Aristo'* ya dayanan bir fikre göre, doğru ve haklı görünen olduğu, bu bağlamda, somut olay bakımından mevcut bir sorunun çözümünde, adalete uygun çözüm tarzının bulunmasının hakkaniyetin gerçekleştirilmesi anlamına geleceği görüşü genel olarak, kabul edilmektedir.³⁹ Bu görüşten hareketle, hakkaniyetle hukukun farklı oldukları, bu farklılığın da hakkaniyetin hukuku düzeltmesi olarak ortaya çıktığı; yargıcın önüne gelen olayların gerçekleşme bakımından nisbî özellikler taşıdığı, bu bağlamda, hukuk kuralının doğrudan uygulanmasının, haksız sonuçlar doğurabileceği⁴⁰; sonuç olarak, hukuk kuralı somut olaya uygulanırken, somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴¹

³⁶ İMRE, Mesuliyet, 80. (RÜMELİN, M., Die Billigkeit im Recht, Tübingen, 1921, 18'den naklen.) Yazar, öğretide Voigt'in, "hakkaniyetin esası, yargıcın fikir dünyasındadır. Hakkaniyet, düşünceye hâkimdir ve kişinin hukukî kanaati olarak nitelendirilebilen bir kavramdır." ifadesine yer vermiş olduğunu; öte yandan Windscheid'in, hakkaniyetin, halkın hukukî değer yargısına bakılarak nitelendirileceğini belirttiğini ifade etmektedir.

³⁷ İMRE, Mesuliyet, 80. (KİPP, Geschichte und Quellen des römischen Rechts, 7'ye atfen.)

³⁸ İMRE, Mesuliyet, 80. (RÜMELİN, age, 19, d. 4'e atfen.)

³⁹ İMRE, Mesuliyet, 80'den naklen.

⁴⁰ GRAMSCH, W., Die Billigkeit im Recht, Stuttgart, 1938, 15. (İMRE, Mesuliyet, 81'den naklen.)

⁴¹ BÜRGİ, W., Ursprung und Bedeutung der Begriffe 'treu und Glauben' und 'Billigkeit' im schweiz, Zivilrecht (Habilitationsschrift), Bern, 1939, 78; GRAMSCH, W., age, 16-17. (İMRE, Mesuliyet, 81'den naklen.) İMRE, bu konuya ilişkin olarak *Aristo'*nun, "Hakkaniyet, genel oluşu nedeniyle, çözüme ulaşılması açısından yeterli olmadığı ölçüde, kanunun tamamlanması ve düzeltilmesidir." şeklindeki görüşüne katılmak gerektiğini belirtmektedir. Yazar, bu anlamda, hakkaniyet kavramı ile adalet kavramı arasında bir ilişki olduğunu, bir sorunun adalete uygun bir şekilde çözümlenmesi durumunda, aynı zamanda hakkaniyetin de gerçekleştirilmiş olacağını; fakat, yazılı hukuk kurallarına aykırı uygulamalar bakımından, sözkonusu hukuk kuralının adalete

Burada, önemle belirtilmelidir ki, hakkaniyet, hukuk düzenin genel kurallarına tâbi olarak, hukuk kuralları çerçevesinde gözönüne alınır.⁴² Hakkaniyet, hukuka özgü bir kavram olarak, varlığı zorunlu olan, doğru ve haklı görünene ilişkin bir kavramdır.⁴³ Yargıç, uygulanacak kuralın kendisine tanıdığı takdir yetkisini kullanırken, kanundaki boşlukları doldururken ve hukuk yaratırken, hakkaniyete uygun şekilde davranacaktır (TMK m. 4). Yargıcın, takdir yetkisinin sebebi, somut olay adaletinin sağlanmasıdır. Yargıç, kendisine takdir yetkisinin tanındığı durumlarda da, kendi sübjektif kanaatleri doğrultusunda değil, hukuk düzeninin temel ilkeleri çerçevesinde bir karara varacaktır.⁴⁴ İsviçre-Türk hukuklarında, yargıcın hakkaniyete göre karar vermesinden, yargıcın, somut olayın koşullarına, durumun gereklerine ve haklı sebeplere göre karar vermesi anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, yargıcın, hakkaniyete göre karar verirken, keyfî davranmasının; hakkaniyete göre verilen kararda, yargıç takdir yetkisini kullanacağından; takdir yetkisinin, hukuk düzeninin temel ilkeleri gözönüne alınarak kullanılması dolayısıyla, önlenmiş olacağı belirtilmektedir.⁴⁵

uygun olduğu halde, hakkaniyete aykırı olduğunun kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. İMRE, Mesuliyet, 81-82.

⁴² İMRE, Mesuliyet, 82'den naklen.

⁴³ İMRE, Mesuliyet, 83.

⁴⁴ EGGER, yargıcın, takdir yetkisini kullanırken, kişisel düşüncelerine göre karar vermeyeceğini; sözkonusu yetkiyi kullanırken esaslı bir düşünceden hareket edeceğini belirtmektedir. Bkz. EGGER, Art. 4, N. 4.

⁴⁵ İMRE, Mesuliyet, 83-84.

1.2.2. Hakkaniyet Sorumluluğu

1.2.2.1. Genel Olarak

Sorumluluk hukuku bakımından hakkaniyet, Türk Medenî Kanunu'nun 4. maddesinden, farklı bir anlam ifade eder. Hukukun bir görevini de, zararı, hakkaniyete uygun ve uygulanması mümkün olacak şekilde taraflar arasında paylaştırılması oluşturur.⁴⁶ Yukarıda da açıklandığı üzere⁴⁷, bu bağlamda, fail ile zarar gören arasında, zararı karşılamaya durumu en uygun olanın zararı yüklenmesi gerektiği görüşü sözkonusu olmaktadır. Zararın giderilmesi bakımından, fail, ekonomik anlamda, zarar görenden çok daha iyi durumda ise, zararın fail tarafından karşılanması sonucunu doğuracak, hakkaniyet sebebi gerçekleşmiş olur.⁴⁸

Hakkaniyet, zarara uğrayanın korunması düşüncesine dayanır. Somut olayın koşulları, zarar veren failin de korunmasını gerektirebilir. Eğer, failin, zararı tazmin etmeye mahkum edilmesi, faili ekonomik anlamda zor durumda bırakacak, geçim sıkıntısına düşmesine neden olacaksa; tazminatta indirimle gidilebilir veya fail tazminatla yükümlü tutulmayabilir.⁴⁹

1.2.2.2. Hakkaniyet Sorumluluğu

Sorumluluk hukukunda, hakkaniyet düşüncesinin, bu prensip doğrultusunda, tarafların zenginlik durumlarının gözönüne alınması ve bu şekilde, ekonomik olarak kötü durumda olanların korunması sağlandığından, sosyal bir düşüncenin ürünü

⁴⁶ İMRE, Mesuliyet, 84-85.

⁴⁷ Bkz. 1.1., d.35'e ilişkin metin.

⁴⁸ İMRE, Mesuliyet, 85. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin, sözkonusu ilkeyi içeren şu iki kararına yer vermiştir: BGE 26 II 327; 43 II 209.

⁴⁹ İMRE, Mesuliyet, 85. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin, verdiği bir kararda, failin, ekonomik olarak çok kötü durumda olması nedeniyle, hakkaniyet gereği, tazminata hükmedilmemesine karar verdiğini belirtmektedir. Sözkonusu karar için bkz. Bern App. H. 7 Februar 1917 (schweiz. Juristen Zeitung XIII, 57. (İMRE, Mesuliyet, 85, d. 21'den naklen.)

olduğu belirtilmiştir.⁵⁰ *Imre*, hakkaniyet prensibinin kabulü ile, ‘*zenginlik ilzam eder*’⁵¹ düşüncesinin kabul edilmiş olduğunu belirtmektedir.

Hakkaniyetin, sorumluluk hukukunda iki fonksiyonu olduğu belirtilmiştir.⁵² Fail, mevcut hukuk kuralları ile zarardan sorumlu tutulamıyorsa, tazminatın ödenmesini mümkün kılmak ve bir hukuk kuralına göre sorumlu tutulan failin, tazmin borcunu sınırlamak.⁵³

Bu bağlamda öğretide, sorumluluğun kurulamadığı, örneğin uygun illiyet bağının bulunmadığı, hallerde, hakkaniyet prensibine dayanılarak, failin, zarardan sorumlu tutulmasının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁴ Bu görüş, sorumluluk hukukunda, sorumluluğun kurulamadığı, başka bir deyimle tesadüfi zararların sözkonusu olduğu hallerde, hakkaniyet sorumluluğunun kurucu niteliğinin kabul edilmesi ve buna göre sorumluluk tesis edilmesi durumunda, zenginliğin ve fakirliğin doğrudan hukukî talep ve yükümlülüklerin kaynağı haline geleceği; hukuk kurallarının genel olduğu, bu bağlamda, zenginler için ayrı, fakirler için ayrı kuralların uygulanmasının kabul edilemeyeceği belirtilerek, ayrıca, hakkaniyet esasının son derece geniş ve muğlak olduğu belirtilerek eleştirilmiştir.⁵⁵

⁵⁰ İMRE, Mesuliyet, 87.

⁵¹ Sözkonusu ilkenin latincesi olan, ‘*richesse oblige*’, eski kilise hukukunun, ‘*noblesse oblige*’ (asalet ilzam eder) ilkesinin, sosyal gelişmelerin zorunlu sonucu olarak değişmesi ile ortaya çıkmış bir ilkedir. Bkz. İMRE, Mesuliyet, 87 ve 87, d. 26’da adı geçen eser.

⁵² İMRE, Mesuliyet, 86.

⁵³ Sözkonusu halde, bir hukuk kuralı ile, verdiği zarardan sorumlu tutulamayan failin, zarardan sorumlu olması sonucunu doğuran hakkaniyetin, ‘*kurucu*’; bir hukuk kuralı ile, zararı giderim borcu altında olan failin, tazminat borcunun indirilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran hakkaniyetin, ‘*sınırlayıcı*’ veya ‘*kaldırıcı*’ bir nitelik arzettiği belirtilmektedir. Bkz. İMRE, Mesuliyet, 86.

⁵⁴ REINHARDT, Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadenersatzrecht, 83. (İMRE, Mesuliyet, 86’dan naklen.) İMRE, uygun illiyet bağının bulunmaması nedeniyle, failin sorumluluğuna hükmedilemediği hallerde, eğer fiil ile zarar arasında, uygun illiyet bağı değilse bile, mantıkî illiyet bağı (bkz. 2.2.2.1.) bulunmaktaysa, hakkaniyetin, failin sorumluluğu bakımından kurucu olabileceğini belirtmektedir.

⁵⁵ Bkz. REINHARDT, R., age, 78; MAZEAUD, H., Les dispositions du code polonais des obligations relatives à la responsabilité délictuelle, Bulletin de la société de la législation comparée, 1933-34, 200; RÜMELIN, M., Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zum objektiven Schadenersatzpflicht, Leipzig und Freiburg, 1896, 69. (İMRE, Mesuliyet, 88’den naklen.)

Hakkaniyet sorumluluğuna, Türk pozitif hukukunda, yalnız Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde yer verilmiş olduğundan⁵⁶ mevcut hukuk uygulaması bakımından, hakkaniyet sorumluluğu yalnız, ayırt etme gücünden yoksun kimseler bakımından uygulama alanı bulabilecektir. Fakat, hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin eleştirilere karşı belirtilmiş olduğu üzere⁵⁷, hukuk düzeninin kuralları doğrultusunda, özellikle tesadüfî zararlar bakımından, zarar gören, adil olmayan bir biçimde mağdur olabilecektir. Bu sebebe istinaden, hakkaniyet sorumluluğunun, sorumluluk hukukunda, failin doğan zararı tazmin etmeye mahkum edilemediği hallere teşmil edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁵⁸



⁵⁶ İMRE, Mesuliyet, 86. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, hakkaniyet sorumluluğunun, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi yanında, üçüncü kişinin ikrahında, eğer karşı taraf bu ikrahtan haberdar değilse ve haberdar olması da mümkün değilse, ikraha uğrayanın, sözleşmeyi feshederken, hakkaniyet gerektiriyorsa, karşı tarafın zararını ödemeye mahkum edilmesinin (BK m. 29/II) ve icazet sözkonusu değilken, karşı tarafla, temsil olunan adına işlem yapan temsilcinin, temsil yetkisinin bulunmadığını, karşı tarafın bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat edememesi halinde, eğer hakkaniyet de gerektiriyorsa, sözkonusu kimsenin uğradığı zararı tazmin etmeye mahkum edilmesinin (BK m. 39/II), hakkaniyet sorumluluğu olduğu görüşündedir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 499..

⁵⁷ İMRE, Mesuliyet, 89.

⁵⁸ İMRE, Mesuliyet, 91; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 501. Yazar, Yargıtay 4. HD'nin, 15.6.1963 tarih ve E.. 2279, K. 6171 sayılı kararında, sorumluluğun, hakkaniyet uyarınca genişletildiği İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin, 25.11.1960 tarih ve E. 1032, K. 779 sayılı kararını gerekçe göstermeden onadığını; bu karara konu olayda, Kabataş Arabalı Vapur İskelesinde, karşıya geçmek için sıraya giren bir kamyonun sahibi, kamyonun ancak gece yarısına doğru vapura girebileceği anlaşıldığından, kamyonu muavine bırakarak ayrılmış, daha sonra kamyonun başına gelen kamyon sahibi, muavini bulamamış ve kısa bir süre sonra arabalı vapura girmek için hareket etmek zorunda kalmış, fakat kamyonun altında uyuyakalmış muavini ezerek, muavinin ağır surette yaralanmasına ve sakat kalmasına neden olmuştu. Mahkeme, kamyon sahibinin hiçbir kusurunun bulunmadığının tespit edilmesine rağmen, muavinin ekonomik durumunu, uzun süredir kamyon sahibinin yanında çalışmakta olduğunu gözönüne alarak, kamyon sahibini tazminat ödemeye mahkum etti. Bkz. 501, d. 2c.

2. Sorumluluğun Öğeleri

2.1. Sorumlu Kişi

2.1.1. Ayırt Etme Gücü

2.1.1.1. Kelime Anlamı, Terim ve Kavram

2.1.1.1.1. Kelime Anlamı

“Ayırt” kelimesi, büyük Larousse sözlük ve Ansiklopedisi’nde, “bir şeyi diğerinden ayıran özellik, fark”, “ayırt etme” ise “bir şeyi, bir kelimeyi (bir şeyden, bir kimseden), şeyleri, kimseleri (birbirinden) ayırt etmek, kimi ölçütler ya da ayırıcı nitelikler kullanarak, o şeyi, o kimseyi başkalarından ayırmak, tefrik etmek” ve “bir şeyin ayırdına varmak, onu algılamak, kavramak, farkına varmak” olarak iki ayrı anlamıyla açıklanmıştır. Türk Dil Kurumu’nun Türkçe Sözlüğü’nde, ayırt etmek “birkaç şeyi, birbirinden ayıran niteliği anlamak, tefrik etmek, temyiz etmek” olarak açıklanmıştır. Demiray / Alaylıoğlu tarafından hazırlanmış olan Ansiklopedik Türkçe Sözlükte, “ayırdetmek” kavramına yer verilmiş, bu kavramın anlamı da şu şekilde açıklanmıştır: “Birkaç şeyin nitelik yönünden başkalığını anlamak; ayıklamak, seçmek.” Yapılan tanımlardan, ‘ayırt etme gücü’nün, şeyleri kimseleri birbirinden ayıran özelliği anlama, geniş anlamda kavrama, farkına varma gücü, ki bu hukukî anlamda “iktidar”dır, anlamına geldiği sonucuna varılabilir. Aslında “ayırt etme” kısaca tefrik kabiliyeti olarak açıklanabilir.

2.1.1.1.2. Terim

2.1.1.1.2.1. Alman Hukuku'nda

Alman Hukuku'nda terim, "Urteilsfähigkeit" tır. Terim, "Urteil" ve "Fähigkeit" kelimeleri birleştirilerek oluşturulmuştur. "Urteil" kelimesinin Langenscheidts Sözlüğünde yer alan Türkçe anlamı, "hüküm, karar, yargı" dır. "Fähigkeit" ise, "kudretli, yetenekli" anlamına gelen "fähig" sıfatından, "keit" eklentisi ile isim yapılmak suretiyle husule getirilmiş bir kelimedir.

Bu terim Alman Medeni Kanunu'nda yer almamakta, öğreti tarafından kullanılmaktadır.¹

2.1.1.1.2.2. İsviçre Hukuku'nda

Bilindiği üzere, İsviçre, Avrupa'nın birkaç ülkesinin dilinin konuşulduğu bir ülkedir ve hukukî çalışmalar genelde Almanca ve Fransızca yapılmaktadır. Ayırt etme gücünü Almanca "Urteilsfähigkeit" ve Fransızca "la capacité de discernement" terimleri karşılamaktadır. Bu terimlere kanununda yer veren ilk ülke İsviçre olmuştur.²

2.1.1.1.2.3. Türk Hukuku'nda

2.1.1.1.2.3.1. Eski Medenî Kanun'da

Ayırt etme gücü, eski Medeni Kanun'da "temyiz kudreti" terimi ile ifade edilmekteydi (eMK m. 13). Develioğlu'nun Osmanlıca-Türkçe sözlüğünde, "temyiz", "ayırma, seçme; iyiyi kötüden ayırt etme" olarak açıklanmıştır. Yine aynı sözlükte, "kudret" kelimesinin anlamlarından biri "ehliyet, becerebilme, yetenek" tir.

¹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 224.

² ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 224; AKİPEK/AKINTÜRK, 301; ÖZSUNAY, 33, d. 9.

Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, Medeni Kanunda, temyiz kudretine sahip olan kimse 'mümeyyiz', sahip olmayan ise 'gayrimümeyyiz' olarak adlandırılmaktaydı.

2.1.1.1.2.3.2. Türk Medenî Kanunu'nda

Eski Medenî Kanun'da yer alan 'temyiz kudreti' terimi, Türk Medeni Kanunun dilinin Türkçe olması nedeniyle, 'ayırt etme gücü' olarak değiştirilmiştir. Ayırt etme gücü³ kelime anlamı gözönüne alındığında, 'temyiz kudreti' teriminin öz Türkçeye çevrilmiş halidir.

Bu terim uzunluğu nedeniyle eleştirilebilir. Öğretide bazı yazarlar, terimi bir şekilde kısaltma yoluna gitmektedirler. Bu şekilde, ayırt etme gücü terimi yerine 'ayırtım gücü' ifadesinin kullanıldığı⁴ görülmektedir. Gerçekten de terim, hem özel hukuk hem de ceza hukuku alanındaki önemine binaen, sıkça tekrarlanması mümkün bir terim olarak oldukça uzundur.

Öğretide, 'ayırt etme gücü' terimi yerine 'sezginlik'⁵ ifadesi de kullanılmaktadır. Sezginlik, 'sezmek' fiilinden türemiş bir isimdir. Sezmek, kelimesinin ilk anlamı; "açık bir kanıt olmaksızın, olmuş veya olacak bir şeyi anlamak, kestirmek, hissetmek" iken, ikinci anlamı "anlamak, fark etmek"tir.⁶ Burada, kelimenin ikinci anlamının esas alındığı kabul edilse dahi, kelimenin ilk anlamında kullanımının yaygın olması nedeniyle, kelime, kavramın anlamını yansıtmak bakımından tereddüde mahal verecek niteliktedir.

Fakat 'ayırt etme gücü' deyişi de, eski terim 'temyiz kudreti'nin öz Türkçe'ye çevrilmiş ve hem de daha fazla kelimedenden oluşması sebebiyle, estetikten ve söyleyiş

³ Kelime anlamı için bkz. 1.2.1.1.1.

⁴ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 224., KARAHASAN, Sorumluluk, s. 481.

⁵ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 224.

⁶ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük .

güzelliğinden uzaklaşmış halinden başka bir şey değildir. Kullanılan terim, bu anlamda, kavram anlamını içermekten de yoksundur. Almanca terim gözönüne alınarak kıyas yapıldığında⁷, kullanılan terim bir hükümde bulunabilme veya geniş anlamıyla yargı sahibi olma anlamlarını da içermez. Bu sebeplerle, birebir kavram anlamını içeren bir terim konulmasının da zorluğu dikkate alınarak, en azından terimin daha kısa olması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

2.1.1.1.3. Kavram

Ayırt etme gücü, kanunda, hangi hususların ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı sayılmak suretiyle tarif edilmiştir. Bu maddeye göre, 'yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir. Türk Medenî Kanunu'nun ayırt etme gücünü tarif eden maddesinden (TMK m. 13), ayırt etme gücünün hukukî tanımına ulaşmak mümkün değildir.⁸ Öğretide bir kısım yazarlar⁹, kanun maddesinin metninden yola çıkarak, ayırt etme gücünün, 'makul surette hareket etme iktidarı' olduğunu belirtmektedirler. Bununla birlikte öğretide savunulan diğer görüşe göre¹⁰, 'makul surette hareket' tek başına ayırt etme gücünü belirlemede yeterli değildir. Bu bağlamda, ayırt etme gücüne sahip olan bir kimsenin, makul surette hareket etmeyebileceği, öte yandan ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin de toplum içinde makul surette davranarak, çevresindeki kişilerde ayırt etme gücüne sahip

⁷ Bkz. 1.2.1.1.2.1.

⁸ Aynı görüşte bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 39; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 224; İMRE, Makale, 339.

⁹ ÖZSUNAY, 33; ATAAY, 64; ÖZTAN, 70; ARPACI, 21. Makul surette hareket etme iktidarının, ayırt etme gücü kavramını açıklamakta yeterli olduğuna ilişkin tartışma için bkz. ARPACI, 21 vd.

¹⁰ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 225.

olduğu izlenimini verebileceği belirtilmektedir.¹¹ Söz konusu görüşü savunan yazarlar, ayırt etme gücüne ilişkin bir tanım yapılırken, kişilerin davranışlarının, psikolojik açıdan değerlendirilerek bir tanım yapılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Buna göre, psikolojik yönden incelendiğinde kişi davranışları, üç aşamadan geçer. Bunlar yargı, karar verme ve gerçekleştirme aşamalarıdır.¹² Görüş taraftarlarının da belirttiği üzere, kişi davranışlarının aşamalarına ilişkin olarak, bu aşamaların kökeninde, İsviçre Medeni Kanununun öntasarısında, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinin karşılığını oluşturan, 16. maddedeki ifadeden yararlanılmıştır. İsviçre Medeni Kanununun, 1900 tarihli öntasarısındaki ifadenin önemli olduğu, öğretide, birçok yazar tarafından kabul edilmektedir.¹³ Buna göre, ayırt etme gücü, kişinin, eyleminin doğuracağı sonuçları önceden anlayabilme ve buna uygun olarak davranabilme yeteneğini ifade eder.¹⁴

¹¹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 225; AKİPEK/AKINTÜRK, 302.

¹² ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 225; AKİPEK/AKINTÜRK, 302. Yazar, yargı, karar verme ve gerçekleştirme aşamalarını, düşünce ve muhakeme, istek ve irade ve son olarak icra (yürütme) aşaması olarak nitelendirmektedir. EREN, ayırt etme gücünün zihni bir unsurla iradi bir unsurdan oluştuğunu belirtmektedir. ‘Zihni unsur, davranışın nitelik ve sonuçlarının değerlendirilmesi, iradi unsur ise bu değerlendirmeye uygun bir biçimde, davranma, hareket etme gücüdür.’ denilmektedir. Bkz. EREN, 556. Çalışmamızda, bu ayrım makul surette hareket etme iktidarına ilişkin açıklamalarda esas alınmıştır.

¹³ SCHWARZ, 116; AKİPEK/AKINTÜRK, 303; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 225; İMRE, Makale, 339; TEKİNAY, 226.

¹⁴ SCHWARZ, 116; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 225; AKİPEK/AKINTÜRK, 303; EREN, 556; İMRE, 374; EGGER, Art. 16, N. 4. Aynı tanımı ÖZTAN, ‘makul surette hareket etmek iktidarı’ nı açıklarken yapmıştır. Bkz; ÖZTAN, 71. Bu hükmün tam metni şu şekildedir: “Yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, ayyaşlık veya bunlara benzer durumlarda bulunma dolayısıyla davranışlarının saiklerini ve sonuçlarını doğru olarak idrak edemeyen (algılayamayan) veya doğru bir idrake uygun hareket edemeyen kimse, fiil ehliyetine sahip değildir” Bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, 302.

2.1.1.2. Unsurları

2.1.1.2.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünün unsurlarını belirlemek üzere Türk Medenî Kanununun 13. maddesine bakıldığında, maddedeki açıklamadan, ayırt etme gücünün iki unsuru olduğu görülür.¹⁵ Bunlardan ilki, makul surette hareket etme iktidarıdır. Öğretide makul surette hareket etme iktidarı 'psikolojik öge' veya 'ruhî öge' olarak da adlandırılmaktadır. İkinci unsur, 'fizyolojik öge' veya 'biyolojik öge' olarak da adlandırılan,¹⁶ Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılmış olan ve madde metninde ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı düzenlenmiş olan sebeplerdir. Bunlar yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzer sebeplerdir.

Öğretide, kişinin, belli olaylar nedeniyle makul surette hareket etmediği veya edemediği hallerde, eğer ikinci unsur gerçekleşmemişse, ayırt etme gücünün kalkmadığı, yine makul surette hareket eden, fakat bünyesinde Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan sebeplerden biri mevcut olan kişi bakımından, ayırt etme gücünden yoksunluğun sözkonusu olmayacağı belirtilmektedir.¹⁷ Kısaca, makul surette hareket iktidarının bulunmaması, kişinin davranışlarının saik ve sonuçlarını idrak etme yeteneğinin bulunmaması, ancak bu durumla birlikte Türk Medenî Kanununun 13. maddesinde sayılan sebeplerden biri gerçekleşmişse, ayırt etme gücünden yoksunluk sonucunu doğuracaktır.¹⁸

¹⁵ EGGER, Art. 16, N. 4, 5; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 39-40; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 227; ÖZSUNAY, 34; İMRE, 375-376; TANDOĞAN, Mesuliyet, 56.

¹⁶ EGGER, Art. 16, N. 4.

¹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ, 39. Aynı görüşte bkz. İMRE, 342 ve akıl hastalığı ile ilgili açıklamalar, s. 343 vd. EGGER, ayırt etme gücünün her aksayışının hukukî anlamda ayırt etme gücünün ortadan kalkması sayılamayacağını, kişi ancak Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan sebeplerden biriyle, makul surette hareket edememişse ayırt etme gücünün ortadan kalktığının kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Art. 16, N. 11. Aynı görüşte, TOUR, 69.

¹⁸ SCHWARZ, 192.

2.1.1.2.2. Makul Surette Hareket Etme İktidarının Bulunmayışı

2.1.1.2.2.1. Genel Olarak

Makul surette hareket etme iktidarı, kişinin düşüncesinin ahenk ve belli bir denge içinde olmasını gerektirir ki bu, fikrî (entelektüel) unsuru oluşturur. Bu unsurdan kaynaklanan bir hususu da, kişinin düşüncelerini fiiliyata geçirirken de bu ahenk ve dengenin gerçekleşmesidir ki, bu da bu unsurun irade unsurunu, başka bir deyişle *emosyonel* unsurunu oluşturur.¹⁹ Bir kimsede makul surette hareket iktidarının bulunduğu kabulü için, bu kimsenin, fiilinin neticelerini anlayabilecek durumda olması ve bu anlayışına uygun surette davranacak iradeye sahip olması gerekir.²⁰ Öğretide sözkonusu kişinin vasat bir insanın anlayış ve irade kudretine sahip olmasının yeterli olduğu ileri sürülmüştür.²¹

Makul surette hareket etme iktidarı, ayırt etme gücünün psikolojik yöneme göre açıklanması sonucu ortaya çıkan bir unsurdur.²² Öğretide bir davranışın makul olup olmadığını saptamanın, psikoloji ve psikiyatrinin öz konuları olduğu belirtilmektedir.²³ Yine, psikolojik açıdan aklî yetileri herhangi fizyolojik bir bozukluğa

¹⁹ İMRE, 375; EGGER, Art. 16, N. 3. Yazar, sözkonusu ayrımın, İsviçre Medeni Kanunu'nun 1900 tarihli öntasarısının 16. maddesindeki metinden yola çıkılarak yapıldığını belirtmektedir.

²⁰ ÖZTAN, 71; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 39; ÖZSUNAY, 34; SCHWARZ, 116; AKİPEK/AKINTÜRK, 303; EREN, 556; TANDOĞAN, Mesuliyet, 56. Yazar, makul surette hareket etme iktidarını idrak ve irade olarak iki unsura ayırarak incelemektedir. İdrak, kişinin davranışlarının 'mahiyetini' ve 'neticelerini' anlayabilecek durumda olmasını; irade, kişinin anlayışına uygun hareket edebilmesini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz, KÖPRÜLÜ, 202. EGGER, Art. 16, N. 5. Yazar, bir kimsede makul surette hareket etme iktidarının bulunduğu kabul edilebilmesi için doğru düşünmenin doğru hareket etmenin gereği olan 'ruhi kudretler'in faaliyette olmasını ve bir karar almak ve icra etmek için zorunlu olan tüm aklî fonksiyonların işlenmesi gerektiğini belirtmekte ve bunların gerçekleşmesi için gereken hususları kapsamlı bir şekilde saymaktadır.

²¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 56.

²² EGGER, Art. 16, N. 3. Yazar, psikolojik yöntemde, kişinin, belirli aklî yetilere (örneğin irade serbestine) sahip olup olmadığına bakıldığını belirtmektedir.

²³ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 226; AKİPEK/AKINTÜRK, 303. Yazar, ayırt etme gücünün psikolojik bir kavram olduğunu belirtmektedir. ÖZSUNAY, 34. Yazar, olağan yaşam deneylerinin de makul surette hareket edilip edilmediği hususunda bir ölçü olabileceğini ileri sürmekte ve bu hususta Schwarz'ın açıklamalarında yer verdiği bir örneği göstermektedir. Bu örnek, hiçbir neden yokken çevreye ateş açan bir adamın davranışının, olağan yaşam deneylerine göre, makul bir davranış olamayacağına; sözkonusu adamın da makul surette hareket etme iktidarından yoksun sayılacağına ilişkindir.

uğramamış veya sonradan yakalanılan bir hastalık nedeniyle kötüleşmemiş her kişinin, ayırt etme gücüne sahip olduğu ileri sürülmektedir.

Ayırt etme gücünün yokluğunun kabul edilmesi için, kanunkoyucu, makul surette hareket etme iktidarının, fikrî (*entelektüel*) yönünün veya irade (*emosyonel*) yönünün veya her iki yönünün bulunmamasını zorunlu saymıştır.

2.1.1.2.2.2. Makul Surette Hareket Etme İktidarının Unsurları

2.1.1.2.2.2.1. Fikrî Unsur (*Entelektüel Unsur*)

Makul surette hareket etme iktidarının fikrî unsurunu, kişinin kendi şahsiyeti hakkında bilinç sahibi olması, düşünce ve kavrayış kabiliyetine sahip olması, muhakeme yürütebilmesi ve bu muhakeme sonucunda bir değerlendirmeye ulaşabilmesi, hafızasının yerinde olması, yön duygusuna sahip olması, zamanı takip edebilmesi,²⁴ üzüntü ve heyecan hallerinde kendini kaybetmemesi, ahlakî düşünce sahibi olması oluşturur.²⁵

Bazı durumlarda, makul surette hareket edebilme özel bir bilgiye sahip olmayı gerektirebilir. Özellikle teknik bilgiyi gerektiren hallerde durum böyledir. Söz konusu teknik bilgiye sahip olmayan kimsenin, teknik bilgi gerektiren konuda, makul surette davranması beklenemez. Kişinin böyle bir halde makul surette hareket edememesi, kişide makul surette hareket etme iktidarının ve dolayısıyla da ayırt etme gücünün

²⁴ EGGER, Art. 16, N. 4. Yazar, makul surette iktidarının fikrî unsurunun bir yönünü oluşturan, zamanı takip edebilme yeteneğinin (*zaman bakımından istikamet tayini*), kişinin yaşadığı yıl, ay, gün ve içinde bulunduğu saat hakkında bilgi sahibi olmasını ifade ettiğini belirtmektedir. Bilindiği gibi *Alzheimer* adıyla anılan hastalıkta, kişi, herhangi bir hafızaya sahip olamayacağı gibi, bazı vakalarda kendisini 30 yıl öncesinde zannetmektedir. Bu anlamda, zaman bakımından istikamet tayini, kişinin, içinde bulunduğu zamana vakıf olmasını ifade etmektedir.

²⁵ EGGER, Art. 16, N. 4 ; TANDOĞAN, Mesuliyet, 56; ÖZTAN, 71.

bulunmadığı anlamına gelmeyecektir.²⁶ Bu anlamda, kişinin vasat bir insanın anlayışına sahip olmasının yeterli olduğu belirtilmiştir.²⁷

Kişide, makul surette hareket etme iktidarının fikrî unsurunun tam olması için gereken aklî yetiler, tümüyle ortadan kalkmış olabileceği gibi, kısmen de ortadan kalmış olabilir. Bazı akıl hastalıklarında ve yine birtakım uyuşturucuların etkisi altında olmada, kişi, tam bir şuursuzluk halindedir ve bu kişinin aklî yetileri tümünden ortadan kalkmıştır. Aklî yetilerin kısmen ortadan kalkmasında, kişi belli bazı aklî yetilerden yoksundur.²⁸

2.1.1.2.2.2. İradî Unsur

Makul surette hareket etme iktidarının, ikinci unsurunu oluşturan iradî unsur, kişinin anlayışına uygun bir karar alarak, bu karar doğrultusunda hareket edebilmesini ifade eder. Öğretide, bilinçli bir irade oluşumu ve bu iradeye uygun davranabilme yeteneği, iradî unsur olarak nitelendirilmekte ve bu yeteneğin bulunmaması durumunda, makul surette hareket etme iktidarından bahsedilmeyeceği belirtilmektedir.²⁹

Kişinin irade gücü, aklî yetilerin tam olmayışı nedeniyle ortadan kalkmış olabilir. Kişi, aklî yetilerdeki eksiklik nedeniyle, düşünce ve kararlarının saiklerini kavrayamıyor olabilir. Böyle bir halde, bu kimsede irade gücünün ve dolayısıyla makul surette hareket etme iktidarının bulunmadığı sonucuna varılacaktır.³⁰ Yine

²⁶ **TEKİNAY**, 226. Yazar, bu hususta bir İsviçre Federal Mahkeme kararına (BGE 77 II 97, JdT 1952 I 290) yer vermiştir. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 40.

²⁷ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 56. Bkz. 2.1.1.2.2.1. d. 21.

²⁸ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 56. Yazar, bu hususta, bir kimsenin, diğer tüm aklî yetilere sahipken, hafızaya sahip olmamasını, yaşadıklarını ve yaptıklarını sürekli unutmasını veya bu kimsenin, kendisini bulunduğu yerin kaymakamı zannetmesini örnek olarak göstermektedir. Yazar, bu son durumda kişinin kendi şahsiyeti hakkında bir bilince sahip olmadığını belirtmektedir.

²⁹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 40; **ÖZTAN**, 71.

³⁰ 'Saiklerin makul surette meydana gelmesi imkanı' bulunmuyorsa, kişide, ayırt etme gücü yoktur, BGE 44 II 120 (**EGGER**, Art. 16, N. 5'den naklen.)

irade gücü, ağır depresyon veya cinnet hallerinde, kişinin büyük bir korku, buhran veya öfkenin tesiriyle, akla uygun biçimde düşünme ve muhakeme etme yetisini kaybedip, her türlü telkin ve yönlendirmeye açık hale geldiğinde, davranışının doğuracağı sonuçları kavraya dahi, ortadan kalkmış olacaktır.³¹

Belirtmek gerekir ki, iradî unsurun en önemli yönünü, mukavemet kabiliyeti olarak adlandırılan, dış etkilere direnme gücü oluşturur.³² Burada, kişinin üçüncü şahısların kendi iradesi üzerinde oluşturacakları tesire karşı koymak için 'normal mukavemet kabiliyeti'ne sahip olup olmadığının araştırılacağı belirtilmektedir.³³ Normal mukavemet kabiliyetinin bulunmaması ile kastedilen, kişinin kendi iradesiyle bir karara varamayıp, karşı koymadan başka bir kimsenin iradesini kabul etmesi ve buna göre davranmasıdır. Bu durumda kişi, başkasının aldığı kararlara boyun eğmekte olabileceği gibi; bir karar almasına rağmen, başka bir kimsenin etkisiyle istemediği bir davranışta bulunuyor olabilir. Bu bağlamda, normal mukavemet kabiliyetinin bulunmaması, ayırt etme gücünü ortadan kaldıracaktır. Bu hallerde kişi, başkalarının fikirlerini değerlendirerek aldığı kararı uygulamamakta; doğrudan başkasının hakimiyetinde düşünmekte, karar almakta ve davranmaktadır.³⁴

³¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 56; EGGER, Art. 16, N. 5. Bu yönde İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. SJZ 14, 77 ve 39, 197 (EGGER, Art. 16, N. 5'den naklen).

³² TEKİNAY, 227; KÖPRÜLÜ, 202; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 40; TANDOĞAN, Mesuliyet, 56; EGGER, Art. 16, N. 5. Bu yönde Federal Mahkeme Kararı, BGE 39 II 196 (EGGER' Art. 16, N. 5'den naklen.) ÖZTAN, 71. İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 55 II 225 numaralı 10.10.1929 tarihli kararında, direnme gücünün varlığının, ayırt etme gücünün varlığı için zorunlu olduğunu belirtmiştir. (KÖPRÜLÜ, 202, d. 28'den naklen.) Aynı yönde Federal Mahkeme Kararları için bkz. JdT 1951 I 290; JdT 1977 I 306; BGE 77 II 97; BGE 117 II 231, 232; BGE 77 II 99, 100 (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 40, d. 97'den naklen). BGE JdT 1922, 418; 1930, 98 (TUOR, 68, d. 1'den naklen).

³³ EGGER, Art. 16, N. 5.

³⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 40.

2.1.1.2.3. Türk Medenî Kanunu'nun 13. Maddesinde Sayılan Sebeplerden

Birinin Gerçekleşmesi

2.1.1.2.3.1. Genel Olarak

Makul surette hareket etme iktidarının bulunmayışı, her zaman, hukukî anlamda ayırt etme gücünün yokluğu anlamına gelmez. Bu bulunmayış, Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde sayılan sebeplerden biri nedeniyle ortaya çıktığında ancak, ayırt etme gücü ortadan kalkmış olur.³⁵ Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesindeki sebepler gerçekleşmeksizin, kişi , aşırı sevgi, öfke veya hırs sonucu davranışını kontrol edemeyip, makul olmayan bir biçimde hareket ederse, davranışının sonuçlarından sorumludur.³⁶ Bu husus, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesindeki sebeplerden biri bünyesinde gerçekleşmemiş kişinin, kural olarak, ayırt etme gücüne sahip sayılmasından ileri gelir.³⁷

2.1.1.2.3.2. Türk Medenî Kanunu'nun 13. Maddesinde Sayılan Sebepler

2.1.1.2.3.2.1. Yaş Küçüklüğü

İnsan, diğer birçok canlıdan farklı olarak, 'öğrenen' bir varlıktır. Bu nedenle, doğumdan sonraki yıllarda yaş küçüklüğü sebebiyle, makul surette davranma

³⁵ EGGER, Art. 16, N. 11; Aynı yönde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 41; TANDOĞAN, Mesuliyet, 56; ÖZSUNAY, 35; TEKİNAY, 227; İMRE, Makale, 342; ÖZTAN, 71; KÖPRÜLÜ, 201.

³⁶ ÖZTAN, 71. Aşırı sevgi, öfke gibi hallerde, makul surette hareket iktidarı bulunmasa dahi, ayırt etme gücüne sahip olunmadığı sonunda varılamayacağına ilişkin olarak bkz. TEKİNAY, 227; TANDOĞAN, Mesuliyet, 57; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 228; ARAL, Makale, 735; ÖZSUNAY, 35.

³⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 41; AKİPEK/AKINTÜRK, 303. Yazar, kanunkoyucunun esasında, ergin olan herkesin ayırt etme gücüne de sahip olduğunu kanundan ötürü, bir karine olarak kabul ettiğini belirtmekte ve bu karineyi "ayırt etme gücünün varlığı (mümeyyizlik) karinesi" olarak adlandırmaktadır.

sözkonusu olmayabilir. Bu husus, insanların hayatlarının ilk basamaklarında ayırt etme gücünden yoksun oldukları biçimde ifade edilmiştir.³⁸

Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde, makul surette hareket etme iktidarını kaldıran sebeplerin başında 'yaş küçüklüğü' gelmektedir. Fakat kanunkoyucu yaş küçüklüğüne ilişkin bir sınırlama getirmemiştir. Oysa Alman kanunkoyucusu, Alman Medenî Kanununun 104. maddesinde, yedi yaşından küçük çocukları mutlak surette ayırt etme gücünden yoksun saymıştır.³⁹ Avusturya Medenî Kanunu'nda, yaş küçüklüğü sebebi ile ayırt etme gücünün yokluğunda, 7 yaş sınırını benimserken,⁴⁰ Yunan Medenî Kanunu'nda, bu sınır yükseltilmiş ve 10 yaşını tamamlamamış küçüklerin, ayırt etme gücünden yoksun oldukları kabul edilmiştir.⁴¹ Roma Hukuku'nda ayırt etme gücünün, küçüğün buluğa (*Pubertas*) ermesiyle kazanıldığı kabul ediliyordu. Daha sonraları, son imparatorluk çağında, yedi yaşın ikmâli ile ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edildi.⁴² Ayırt etme gücünün, hangi yaştaki küçük için mutlak surette bulunmadığına ilişkin düzenleme, Türk Medenî Kanunu'nda bulunmamaktadır. Aklî yetilerin gelişimi kişiden kişiye değişeceği gibi, çevre, kültür gibi etkenler de, kişilerin kişisel gelişmeleri üzerinde etkilidir.⁴³ Öğretide de belirtildiği üzere, gerçekleşen her olay bakımından ayırt etme gücünün varlığı, küçüğün muhakeme yeteneğinin bulunup bulunmadığı, kişisel ve zihinsel gelişimi bakımından küçüğün söz konusu durumda makul surette davranma iktidarına sahip

³⁸ **ÖZTAN**, 72; **İMRE**, 376. Yaş küçüklüğünün biyolojik bir neden olarak ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı hakkında bkz. **AKİPEK/AKINTÜRK**, 305; **ÖZSUNAY**, 35.

³⁹ BGB § 104, hukuka uygun işlemler bakımından, ehliyete ilişkindir. Bu bağlamda, haksız fiil ehliyetini düzenleyen BGB § 828/I de önemlidir. Her iki madde de ehliyet bakımından 7 yaş sınırını içerir. 7 yaşını bitirmemiş olanların ayırt etme güçleri bulunmadığından, bu kimseler işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulamazlar.

⁴⁰ ABGB § 21, 865.

⁴¹ Yunan Medenî Kanunu'nun 128. maddesi. Bkz. **ÖZSUNAY**, 36; **ATAAY**, 66; **KÖPRÜLÜ**, 202; **SCHWARZ**, 16 ve 192.

⁴² SCHWARZ, 191.

⁴³ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 228. Küçüğün hangi yaştan itibaren ayırt etme gücüne sahip sayılacağı hususunda bir kriter koymamanın psikoloji biliminin verileriyle çelişeceği hakkında bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, 305.

olup olmadığı araştırılarak, tespit edilecektir.⁴⁴ Dolayısıyla yargıç, her somut olayın mahiyetini, küçüğün aklî ve manevî gelişim düzeyini, muhakeme yetisini, fikrî ve fizikî becerisini ve içerisinde yaşadığı sosyal çevreyi göz önünde tutarak, ayırt etme gücünün varlığına veya yokluğuna ilişkin bir sonuca ulaşacaktır. Uygulamada, gerek İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, gerek Yargıtay kararlarında⁴⁵ bu husus açıkça belirtilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının tespitinde, mutlaka fikrî gelişimin ve kişisel durumun gözönüne alınacağı yolunda karar vermiştir.⁴⁶ Ayırt etme gücünün varlığı bakımından bir yaş sınırının kabul edilmemesi, ayırt etme gücünün nisbîliğinden ileri gelmektedir.⁴⁷ Türk Medenî Kanunu'ndaki çözüm tarzı, ayırt etme gücünün, özellikle yaş küçüklüğünün ayırt etme gücüne sahip olunmasına etkisinin nisbîliğini gözönüne almış olması ve her somut olay bakımından ve hatta aynı küçüğün farklı olaylar bakımından ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının araştırılmasını⁴⁸ düzenlemesi dolayısıyla, somut olay adaletinin gerçekleşmesine imkân vermektedir.

Burada belirtmek gerekir ki, çok küçük yaştaki çocukların, örneğin üç veya dört yaşındaki bir küçüğün, hukukî sonuç doğurmaya elverişli fiil ve işlemlere ilişkin ayırt etme gücünün bulunmadığını kabul etmek gerekir.⁴⁹ Fakat yine eklemek gerekir ki,

⁴⁴ EGGER, Art. 16, N. 12. Aynı görüşte, ATAAY, 65; İMRE, 376; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 41; ÖZTAN, 73; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 229; ARPACI, 22; AKİPEK/AKINTÜRK, 305; KÖPRÜLÜ, 203.

⁴⁵ Yargıtay HGK, aldığı bir kararda, “her şahsın kabiliyetine ve girilen hukukî münasebetin niteliğine göre, henüz 18 yaşını ikmâl etmeyen bir kişinin, her olayda ayırt etme gücüne sahip (mümeyyiz) olup olmadığı araştırılıp, tartışma konusu yapılır” ifadesiyle aynı yöndeki görüşünü belirtmiştir. (YHGK, 19.7.1967, E. 239, K.340) YAZICI/ATASOY, 19’dan naklen.

⁴⁶ BGE 43 II 205. İsviçre Federal Mahkemesi, sözkonusu kararında, zararın mahiyetinin de dikkate alınacağını belirtmektedir. Kararda, Federal Mahkeme, arkadaşını gözünden tüfekle yaralayan yedi yaşını doldurmamış küçüğü, ayırt etme gücünden yoksun saymıştır. (KÖPRÜLÜ, 203, d. 31’den naklen) Federal Mahkemenin, dokuz yaşındaki bir çocuğun (BGE 104 II 186) ve oniki yaşındaki bir çocuğun (BGE 90 II 9) haksız fiil sorumlulukları için gerekli ayırt etme gücüne sahip oldukları yönünde kararları mevcuttur. Sözkonusu kararlarda ayrıca, ayırt etme gücüne sahip olup olunmadığının, her somut olay bakımından inceleneceği belirtilmektedir.

⁴⁷ ÖZTAN, 73; ARPACI, 22; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 41. Bu konuya aşağıda değinilecektir. Bkz. 2.1.2.1.1.

⁴⁸ ATAAY, 65; ARPACI, 22.

⁴⁹ Öğretide, çok küçük yaştaki çocukların, tüm davranış ve işlemlerine ilişkin olarak ayırt etme gücüne sahip olmadıkları hakkında bkz. İMRE, Makale, 343; AKİPEK/AKINTÜRK, 305. İlke olarak onüç-ondört

üç yaşındaki bir çocuk, kendisine ayakkabı alma hususunda ayırt etme gücüne sahip değilken, bakkaldan sakız almak hususunda ayırt etme gücüne sahiptir. Öğretide hukukî muamele yapmaya ilişkin ayırt etme gücünün, ileri yaşlarda kazanıldığı; haksız fiiller bakımından ayırt etme gücünün, hukukî muameleler için gereken yaşa nazaran daha küçük yaşlarda kazanıldığı ileri sürülmektedir.⁵⁰ Herhalukârda, hukukumuzda ayırt etme gücünün hangi yaştan itibaren, kişide kesin olarak bulunmadığına ilişkin bir sınır belirlenmediğinden, her olay bakımından, küçükte ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı, o olay ve fiile özgü olarak, yargıç tarafından tespit edilecektir.⁵¹

2.1.1.2.3.2.2. Akıl Hastalığı

Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde, makul surette hareket etme iktidarını kaldıran nedenlerden ikincisi akıl hastalığı olarak belirtilmiştir. Akıl hastalığı ruhî ve aklî yetilerde bozukluk, değişiklik ve anormallik yaratan hastalık olarak tanımlanmıştır.⁵² Fakat akıl hastalığının tam bir tanımını yapmak, hangi hastalıkların akıl hastalığı sayılacağını belirlemek tıp biliminin ve özellikle psikiyatri dalının uğraşı alanına girmektedir.⁵³ Öğretide *Zevkliler*, psikiyatri alanında yapılan çalışmalarda, akıl hastalıklarının, unsurları ve özellikleri bakımından tam olarak tasnif edildiğini; fakat, akıl hastalığına sahip olmanın hukuksal yönüne, başka bir deyimle akıl hastalığının

yaşlarındaki erkek çocuklarının, haksız fiil sorumluluğunun gerektirdiği, ayırt etme gücüne sahip olduklarının (Zbern JV 46, 438; SJZ 7, 87) kabul edilmesine karşın, beş-yedi yaşlarındaki erkek çocuklarının, sözkonusu hususa ilişkin ayırt etme gücüne sahip olmadıkları (BGE 43 II 207) kabul edilmektedir. **EGGER**, 182.

⁵⁰ **ÖZTAN**, 73 (PEDRAZZİNİ/OBERHOLZER, Grundrissedes Personenrechts, 2. Aufl., Bern, 1986, 75 ve BUCHER, Berner Kommentar zur schweizerischen Privatrecht, Band I, 1. Teilband, Bern, 1976, Art. 16, N. 68'e atfen.)

⁵¹ Küçükten kastedilen, onsekiz yaşını doldurmamış kimsedir. Yukarıda d. 45'de yeralan Yargıtay kararından da anlaşılacağı üzere, yaş küçüklüğü ayırt etme gücünün yokluğu sonucunu doğuran bir etmen olarak, onsekiz yaşını doldurmamış kimselerin ayırt etme gücüne sahip küçük ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük olarak ikiye ayrılmasını gündeme getirecektir.

⁵² **AKİPEK/AKINTÜRK**, 306; **ÖZTAN**, 73.

⁵³ **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 230; **KÖPRÜLÜ**, 203, d.32. Yargıtay da aynı görüşü benimsemiştir. Bkz. HGK, 11.6.1930 t., 46/39 s. K., **OLGAÇ**, 45'den naklen.

ayırt etme gücüne etkisine ilişkin açıklamaların, öğreti ve uygulama açısından doğrudan kabul edilebilir bir niteliği haiz olmadığını belirtmektedir.⁵⁴ Öğretide de belirtildiği üzere, bu kimseler çoğu zaman ayırt etme gücüne sahip değildirlir.⁵⁵ Fakat bu ifadeden, akıl hastalığının mutlaka ayırt etme gücünü ortadan kaldıracağı sonucuna varılmamalıdır.⁵⁶ Akıl hastalığının kesin evlenme engeli teşkil ettiği ibaresini taşıyan eski Medenî Kanunu'nun 89. maddesi hükmü bakımından, akıl hastalığının, doğrudan tıp biliminde akıl hastalığı olarak hasredilen durumlara ilişkin olduğu ileri sürülebilir. Çünkü, sözkonusu hükmün, *ratio legis*'i soyun fen yapısının korunması, doğacak neslin sağlıklı olmasının sağlanmasıdır. Öte yandan Türk Medenî Kanunu'nun 125. maddesindeki yeni düzenlemede, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez, denilmiş, akıl hastalığı ibaresine madde metninde yer verilmemiştir.

Tıbbî anlamda her akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldırmaz. Hatta, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran akıl hastalığı, hastalıkla malûl olan kimsenin,

⁵⁴ ZEVKİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 230. Yazar, tıp biliminin, akıl hastalıklarını on bir grup içinde sınıflandırmakta olduğunu belirtmektedir. Bunlar: 1) Sinir sistemindeki organik hastalıklara bağlı psikozlar (Epidemik ansefalit, Kore hastalığı, Huntington Karesi, multipl öklerez, Parkinson hastalığı, menenjit, polinevritli psikozlar, kuduz), 2) Genel organik nedenlere bağlı psikozlar (Tifo-Sıtma-pnömoni nöbetleri, frengi nöbeti, beyin frengisi, genel paralizi, alkol-morfin-eroin-kokain-afyon karbonmonoksit nöbetleri, endokrin sistem bozuklukları, avitaminöz, kan hastalıkları), 3) Şifozeni (Katatomi, paranoid, habersfresi ve basit şekli), 4) Paranio, parafrena, 5) Mani (Şiklofreni, Melonkoli), 6) Sara (epilepsi), 7) Yaşlılık psikozları basit prensinil demans, arterioskleroza bağlı psikozlar, dönüm yaşı (menapoz) psikozları, 8) Amensia, 9) Oligofreni (idyo, embesil, debil, 10) Psikopati, 11) Psikonevrozlar (histeri, nevrasteni, psikasteni)'dir. (BINDER, H., Die Geisteskrankheit im Recht, Zürich, 1952, 13, 89 vd.'na atfen.) ZEVKİLİLER'e göre, tıp bilminde akıl hastalığı olarak nitelendirilen durumlarla, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesindeki akıl hastalığı kavramı farklıdır. Yazar, Türk Medenî Kanunu'ndaki ifadenin yorumunda, sözkonusu ifadenin *ratio legis*'inin gözönünde tutulması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, bu şekilde yapılan bir yorumdan çıkarılacak sonuç, Türk Medenî Kanunu'ndaki akıl hastalığı deyişiyle, tıp biliminde akıl hastalığı olarak belirtilen hususların kastedilmediğidir. Yazar, burada, ilkin sözkonusu maddedeki (TMK m. 13) düzenlemeye bakılması gerektiğini, burada akıl hastalığı yanında, makul surette hareket etme iktidarını ortadan kaldırdığı düzenlenen akıl zayıflığı ve sarhoşluğun, tıp biliminde akıl hastalığı olarak nitelendirildiğini belirtmektedir. Bu hususta Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda da, kararın verildiği tarihte Medeni Kanun'da yer alan, akıl hastalığının kesin evlenme engeli teşkil ettiğine dair 89. maddesine rağmen, akıl hastalıklarından biri olarak tasnif edilmiş olan, seksüel nevrasteni hastalığı ile malik olan bir kimsenin evlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Hatta somut olaydaki kimse, evlenme yaşını doldurmamış, fakat olağanüstü evlenme yaşını doldurmuş bir kimse olduğundan, sözkonusu hastalığı fevkalade hal ve olağanüstü sebep sayarak, ilgili kişinin hakimini izniyle evlenebileceği yolunda karar vermiştir. (YAZICI/ATASOY, 126'dan naklen.)

⁵⁵ ÖZTAN, 73.

⁵⁶ ÖZTAN, 73; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42; ÖZSUNAY, 36; İMRE, Makale, 73; ATAAY, 66; KÖPRÜLÜ, 203; AKİPEK/AKINTÜRK, 306; Yargıtay HGK 12.11.1969 t. E 3/3-1185, K. 799, İKİD, 1970, s. 8369-8370. (ÖZTAN, 73, d. 117'den naklen.)

yaptığı her işlem ve ika ettiği her fiil bakımından ayırt etme gücünden yoksun olması sonucunu doğurmayabilir.⁵⁷ Akıl hastalığı sayılan her bozukluğun, ayırt etme gücünün yokluğu sonucunu doğurmadığına, menopoz psikozunun ayırt etme gücünü ortadan kaldırmadığı örnek olarak gösterilebilir.⁵⁸ Ayırt etme gücünü kaldırarak nitelikte olan bir akıl hastalığı ile malûl olan kimsenin yaptığı her işlem ve ika ettiği her fiilde, ayırt etme gücünden yoksun olmaması ise, akıl hastalıklarının genelde periyodik, devrevî ve bazen de geçici olmasından kaynaklanır.⁵⁹ Akıl hastası sayılan bu kimseler, zaman zaman gelen nöbetlerin etkisiyle ve nöbet sırasında ayırt etme gücünü yitirmekte, nöbet geçtikten sonra ise bu kimseler, düşünce ve davranışlarıyla ayırt etme gücüne sahip olma sonucunu doğuracak şekilde, makul surette hareket etmektedirler.⁶⁰ Öğretide bu hususa verilen en önemli örnek, sara (epilepsi) hastalarının, ayırt etme gücünü nöbetler dolayısıyla, aralıklı olarak kaybetmeleridir.⁶¹ Yine şizofreni hastalığının ilk devrelerinde, kişinin ayırt etme gücü mevcuttur. Öğretide "*lucida intervalla*"nın nazara alınmasının, ayırt etme gücü kavramının nisbîliğinden ileri geldiği belirtilmektedir.⁶² Sonuç olarak, akıl hastalığının, hukukî sonuç doğurması, ayırt etme gücünü etkilemesi durumunda mümkün olacaktır. Bu bakımdan, akıl hastalığının ayırt etme gücünü geçici mi sürekli mi ortadan kaldırdığına bakılacağı belirtilmektedir.⁶³ Buna göre akıl hastalığının ağırlığı

⁵⁷ EGGER, Art. 16, N. 13; ÖZTAN, 73; SCHWARZ, 117; ÖZSUNAY, 36; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42; ARPACI, 23; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 231; AKİPEK/AKINTÜRK, 306; İMRE, Makale, 343.

⁵⁸ Menopoz psikozunun akıl hastalıklarından biri olduğu, yukarıda belirtilmişti. Bkz. d. 54. İMRE, Makale, 342.

⁵⁹ ÖZTAN, 73; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42; EGGER, Art. 16, N. 13.

⁶⁰ EGGER, Art. 16, N. 13; SCHWARZ, 117; ÖZTAN, 73; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42; ÖZSUNAY, 36; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 231; AKİPEK/AKINTÜRK, 306; ARPACI, 23; ATAAY, 67.

⁶¹ "Durgunluk dönemi" diye de adlandırılan, *lucida intervalla*, sara hastalığı başta olmak üzere, histeri, kore hastalığı, tifo, sıtma nöbetleri, psikasteni gibi hastalıklarda bulunur. (ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 231), EGGER, bunlara ek olarak, "*Latent şizofreni*" ve "genel felç" rahatsızlıklarını da *lucida intervalla* içermeleri bakımından durgunluk dönemi içeren hastalıklardan olduğunu belirtmektedir. EGGER, 183.

⁶² EGGER, Art. 16, N. 13. Yazar bu bağlamda Alman ve Fransız Hukuklarından da aynı görüşün benimsendiğini belirtmektedir.

⁶³ ARPACI, 23; ATAAY, 67.

önemlidir.⁶⁴ Fakat öğretide ileri sürüldüğü üzere, tespit edilecek husus, somut olaya konu olan fiilin yapılması sırasında, kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıdır.⁶⁵ Dolayısıyla bu husus, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir. Yargıtay da verdiği bir kararda, akıl hastası olan bir kimsenin, yaptığı işlemin sırf bu nedenle geçersiz olmayacağını, işlem yapılırken ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶

Öğretide de üzerinde durulan bir husus, kişideki bozukluğun, Medenî Kanun anlamında bir akıl hastalığı olup olmadığı belirlenirken, yargıcın, tıp biliminin kıstaslarından yararlanması gereğidir. Buna göre, kişinin, dava konusu işlemi yaptığı, fiili ika ettiği sırada, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, uzman doktorlarca tespit edilmelidir.⁶⁷ Yargıç, önüne gelen her olayda, olayın mahiyetine ve kişinin özelliklerine bakarak, kişide ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığını, bilirkişiye başvurarak tespit ettirecektir. Özel olarak tespit ettirilecek husus, kişinin fiili işlerken makul surette hareket etme iktidarından, akıl hastalığı nedeniyle, mahrum olup olmadığıdır.⁶⁸ Fakat, öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, somut olay bakımından, kişide, akıl hastalığına rağmen, makul surette hareket etme iktidarının ve dolayısıyla

⁶⁴ ARPACI, 23; KÖPRÜLÜ, 203. Yazar, akıl hastalığının derecesini tayin etmek için bir uzman hekime başvurulması gerektiğini belirtmektedir.

⁶⁵ SCHWARZ, 117; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42; ÖZTAN, 73; AKİPEK/AKINTÜRK, 306; ÖZSUNAY, 36; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 231; İMRE, Makale, 343.

⁶⁶ 4. HD, 8.3.1958, E. 9298, K. 1243, "...Sulh Mahkemesinin isteği üzerine, Cemal'i muayene edip raporlarını veren bilirkişiler umumi olarak eski Medenî Kanun'un 355. maddesi (TMK m. 405) uyarınca, Cemal'in akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini görmekten aciz ve daimi muavenete, tekayyüde muhtaç olup olmadığını gözönünde tutarak inceleme yapmışlar ve incelemeleri neticesine göre raporlarını vermişlerdir ve o vakit Cemal'in bu davada geçen 15.2.1955 tarihli makbuzu imzaladığı sırada yaptığı bu işin ehemmiyetini kavrayacak derecede temyiz kudretini haiz olup olmadığı noktası üzerinde durmamışlardır. Bu durum gözönünde tutularak, evvel emirde akıl ve sinir hastalıkları mütehassısları arasından seçilecek üç bilirkişiye, evvelâ Cemal'i muayene ettirmek, ve ondan sonra da 15.2.1955 tarihli makbuzda, bu makbuz tarihinden önce ve sonra Cemal'in yaptığı muameleleri gösterir dosya içindeki bütün belgeler de bilirkişilere incelettirilmek ve Medenî Kanun'un 13. maddesi hükmünce bir kimsenin temyiz kudretinden (ayırt etme gücünden) mahrum sayılması için sadece, akıl hastalığına veya akıl zayıflığına yakalanmış olması kâfi olmayıp, bu hastalıklar neticesinde belli bir hadisede, makul olarak hareket edilmemiş olmasının da kanunî şartlardan bulunduğu esas tutulmak suretiyle, 15.2.1955 tarihli makbuzu imzalarken yaptığı bu işin ehemmiyetini kavrayacak derecede temyiz kudretini (ayırt etme gücünü) haiz olup olmadığı tespit olunmak gerekirken..." YAZICI/ATASOY, 714-716'dan naklen.

⁶⁷ KÖPRÜLÜ, 203; AKİPEK/AKINTÜRK, 306; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 233. Yazar, bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına (99 II 4-8) yer vermiştir.

⁶⁸ TEKİNAY, 228; ATAAY, 66; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42; ÖZSUNAY, 37.

ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına ilişkin akıl hastalıkları alanında uzman doktorlarca hazırlanacak bilirkişi raporu, yargıç tarafından tekrar değerlendirilecektir.⁶⁹ Kısaca belirtmek gerekirse kesin durumu saptama yetkisi yargıca aittir.

2.1.1.2.3.2.3. Akıl Zayıflığı

Türk Medenî Kanunu'nda akıl zayıflığı, makul surette hareket etme iktidarını ortadan kaldıran hallerden biri olarak düzenlenmiştir. Akıl zayıflığı, tıbben, akıl hastalığından farklıdır. Bu anlamda akıl zayıflığı, akıl hastalığının daha hafif bir derecesini ifade etmez.⁷⁰ Akıl zayıflığı, "kişide doğuştan varolan veya sonradan ortaya çıkan akılsal işlevdeki bir yetersizlik, bir azgelişmişlik, bir duraklama ya da gerileme durumunu ifade eder" şeklinde tanımlanmaktadır.⁷¹ Bu anlamda olmak üzere akıl zayıflığının, "aklî ve ruhî melekelerin" normal olarak gelişememesi veya gerilemesi olduğu belirtilmiştir.⁷² Akıl zayıflığına, bunaklık, geri zekalılık, budalalık, (idio, embesil, debil), örnek olarak gösterilebilir. Bu bağlamda, bir aklî bozukluğun, akıl hastalığı mı yoksa akıl zayıflığı mı sayılacağı tartışma konusu olabilir.⁷³ Öğretide, akıl zayıflığını, kelime anlamı ile anlamak gerektiği, dolayısıyla akıl zayıflığını, aklî

⁶⁹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 233.

⁷⁰ İMRE, Makale, 344; AKİPEK/AKINTÜRK, 306; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42; ÖZSUNAY, 37; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 233; EGGER, Art. 16, N. 14.

⁷¹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 233. Aynı anlama gelen tanımlar için bkz. ÖZSUNAY, 37; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42; ATAAY, 67; AKİPEK/AKINTÜRK, 306; ÖZTAN, 74; ARPACI, 23; TEKİNAY, 228. EGGER, doğuştan gelen veya sonradan yakalanılan hastalıkların, akıl zayıflığı olarak değil akıl hastalığı olarak nitelendirilmesi gerektiğini, ayrıca, akıl hastalığından ileri gelen zeka geriliğinin de akıl zayıflığı olarak telakki edilmeyeceğini, akıl zayıflığının doğrudan, kavramı oluşturan kelimelerin ifade ettiği anlama geldiğini belirtmektedir. EGGER, Art. 16, N. 14.

⁷² AKİPEK/AKINTÜRK, 306.

⁷³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı arasındaki sınırı iyi tespit edilmiş olmadığını, fakat bunun, ayırt etme gücünün varlığı açısından, kaynağın değil, etkinin önem taşımasından dolayı önemli olmadığını belirtmektedir. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42, d. 103.

gelişim bozukluğu olarak akıl hastalığından ayırmanın mümkün olduğu belirtilmektedir.⁷⁴

Öğretide, sağır-dilsiz ve körlerin de akıl zayıfı sayılabileceği ileri sürülmüştür.⁷⁵ Bu görüş, öğretide, sözkonusu organik bozuklukların, kişinin akıl zayıfı sayılmasını gerektirecek ve makul surette hareket etme iktidarını ortadan kaldıracak kadar ağır durumlar olmadıkları belirtilerek eleştirilmiştir.⁷⁶ Buna göre, hernekadar, sağır-dilsiz veya kör kimselerin bir kısmı, düşünsel ve akılsal yapıları tam olanlara nazaran, daha az yetenekli iseler de; durumları, bu kimselerde ayırt etme gücünün bulunmadığı sonucunun çıkarılmasını gerektirecek derecede ağır değildir.⁷⁷ Dolayısıyla, sağır-dilsiz ve körlerin, ayırt etme gücüne sahip oldukları sonucuna varılmalıdır.⁷⁸

Akıl zayıfı kimselerin belirgin bir özelliklerinin mukavemet edememeleri olduğu belirtilmektedir.⁷⁹ Buna göre, bu kimseler, zekâlarının yeterli düzeyde gelişmemiş olması nedeniyle, sıradışı olaylar karşısında bir anlayış ve genel olarak kavrayış eksikliği ve kolayca telkin yoluyla yönlendirilebilme ile malûdürler.

Bu husus makul surette davranma iktidarının ortadan kalkması sonucunu doğurabilecektir. Kanunkoyucu bu sebebe istinaden, akıl zayıflığının ayırt etme gücüne sahip olunmaması sonucunu doğurabileceği düzenlemesine Medenî

⁷⁴ Bu hususta bkz. **EGGER**, Art. 16, N. 14; **ÖZSUNAY**, 37. Yazar, akıl zayıflığında “zekânın ve yargılama yeteneğinin yeter derecede gelişmemiş olduğu durumlar”ın sözkonusu olduğunu belirtmektedir. **AKİPEK/AKINTÜRK**, 306. Yazar, akıl zayıflığını tanımlarken “yeteneksizlik”, “duraklama” ifadelerine yer vermektedir. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 42. Yazar akıl zayıflığının bir hastalık değil, “gelişme noksanı” veya “gerileme” olduğunu belirtmektedir. Akıl zayıflığına, akıl hastalığından ayrı bir kavram olarak, Alman Medenî Kanunu’nun (BGB) 104. maddesinde; Avusturya Medenî Kanunu’nun (ABGB) § 21 numaralı paragrafında da yer verilmiştir. Fransız Medenî Kanunu’nda, akıl zayıflığı ayrı bir kavram olarak yer almamakla beraber, Fransız hukukunda akıl zayıflığının akıl hastalığından farklı bir kavram olduğu kabul edilmektedir. (**ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 234’den naklen.)

⁷⁵ **ÖZSUNAY**, 37; **SCHWARZ**, 193.

⁷⁶ **ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 234.

⁷⁷ Bu kimseler hakkında, içinde bulundukları durum nedeniyle kısıtlılık kararı verilmez. Fakat kanunlarda, korunmaları gereğine istinaden bazı düzenlemelere yer verilmektedir. (**ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 234’den naklen.)

⁷⁸ **ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 237.

⁷⁹ **EGGER**, Art. 16, N. 14; **ARPACI**, 23.

Kanunda yer vermiştir.⁸⁰ Akıl hastalıklarında olduğu gibi, akıl zayıflığı ile malûl kişiler de, tümüyle makul surette hareket etme iktidarından mahrum olabilecekler ve dolayısıyla zaman zaman makul davranışlar sergileyip, zaman zaman da makul surette davranmayabileceklerdir.⁸¹ Bu husus, ayırt etme gücünün varlığı bakımından önemlidir. Gerek, makul surette hareket etme iktidarının, akıl zayıfı olan kimseler bakımından, akıl zayıflığının derecesi ve akıl zayıfının kişisel durumu nedeniyle farklılık arzemesi; gerek ayırt etme gücünün nisbî bir kavram olması nedeniyle; akıl zayıfının, makul surette hareket etme iktidarına sahip olup olmadığı, somut olaya konu olan fiil bakımından, araştırılacaktır.⁸² Bu anlamda akıl zayıflığının tek başına varlığı yeterli olmamakta; akıl zayıflığının, makul surette hareket etme iktidarını kaldırması gerekmektedir.⁸³ Dolayısıyla, akıl zayıfı kimselerin yaptıkları işlemlerin bir kısmı, akıl zayıfının makul surette davranmış olması nedeniyle geçerli sayılabilecektir.⁸⁴ Akıl zayıfının, belirli bir olay bakımından, işlediği fiilde makul surette hareket etme iktidarına sahip olup olmadığını yargıç, bu hususta bilirkişi olan kimselere hazırlattığı raporu gözönüne alarak, karar verecektir.⁸⁵ Öğretide belirtildiği

⁸⁰ Kanunda yer alan akıl zayıflığı kavramının pratik hayattan alınan bir kavram olduğu, teknik bir kavram olmadığı hakkında bkz. **EGGER**, m. 16, N. 14; **ÖZSUNAY**, 37.

⁸¹ **İMRE**, Makale, 344; **SCHWARZ**, 117.

⁸² **SCHWARZ**, 117; **ÖZSUNAY**, 37; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 42; **KÖPRÜLÜ**, 204; **AKİPEK/AKINTÜRK**, 307; **İMRE**, Makale, 344.

⁸³ **ATAAY**, 67; **ARPACI**, 23, **KÖPRÜLÜ**, 203-204; **İMRE**, 377; **ÖZSUNAY**, 37; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 42; **ÖZTAN**, 74; **TEKİNAY**, 229; **AKİPEK/AKINTÜRK**, 307; **ZEVKİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 234.

⁸⁴ **İMRE**, akıl zayıfı olan bir kimsenin yaptığı bazı işlemlere ilişkin olarak, ayırt etme gücüne sahip sayılmasına, bir akıl zayıfının bakkaldan ekmek almasını örnek göstermektedir. Yazara göre, bu kimsenin yaptığı bu işlemi geçersiz saymak, günlük yaşamın gereklerine uymayacaktır. Kanaatimizce de bu örnekte, sözkonusu kişi, yaptığı işlem bakımından, makul surette hareket etme iktidarına sahip olacağından, akıl zayıfının, sözkonusu işlemi yapmak hususunda, ayırt etme gücüne sahip olduğunun kabulü gerekir. **İMRE**, Makale, 344. Aynı görüşte bkz. **ZEVKİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 234.

⁸⁵ **KÖPRÜLÜ**, 204; **ZEVKİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 234; **AKİPEK/AKINTÜRK**, 307. Yazar, önceki iki yazardan farklı olarak, “bilirkişi raporu” ifadesine yer vermemiş, fiil işlenirken, akıl zayıfı olan kişinin, bu zayıflık dolayısıyla makul surette hareket etme iktidarına sahip olup olmadığının hakim tarafından araştırılması ve saptanması gerektiğini belirtmiştir.

üzere, nihai olarak, akıl zayıflığının belli bir olayda ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hususunu, yargıç takdir edecektir.⁸⁶

2.1.1.2.3.2.4. Sarhoşluk

Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde makul surette hareket etme iktidarını ortadan kaldırdığı düzenlenmiş olan sarhoşluk, akıl hastalığı ve akıl zayıflığının aksine sunî bir etkidir.⁸⁷ Yine akıl hastalığı ve akıl zayıflığı daimi bir etkenken, sarhoşluk geçicidir.⁸⁸ Sarhoşluk, alkollü bir içkinin tesiriyle, bir kimsenin idrak ve irade kabiliyetinin, geçici olarak ortadan kalkması, kişinin bilincinde alkol nedeniyle karışıklığın meydana gelmesi hali olarak tanımlanmaktadır.⁸⁹ Burada, makul surette hareket etme iktidarının geçici olarak kaybedilmesi sonucunu doğuran bir dış etmen sözkonusudur.⁹⁰ Sarhoşluk nedeniyle makul surette hareket etme iktidarının, geçici olarak ortadan kalkmasında; alkol, bünyesinde ihtiva ettiği maddeler dolayısıyla, kişi iradesinin oluşumunu engellemekte, kişide bir tür zihinsel uyuşukluk ve bilinçsizlik yaratmaktadır. Sarhoşluk veren madde, başka bir deyimle içki, makul surette hareket etme iktidarını, kişideki şuur ve iradeyi kaybettirecek ölçüde alınmış olması durumunda kaldıracaktır. Dolayısıyla içki alınması nedeniyle, kişide oluşan neşelilik hali, sarhoşluk sayılmayacak ve makul surette hareket etme iktidarını da etkilemeyecektir.⁹¹ Bu konuda öğretide, sarhoşluğun, makul surette hareket etme iktidarını hangi andan itibaren ortadan kaldırdığının tespitinin güç olduğu

⁸⁶ SCHWARZ, 117.

⁸⁷ ÖZTAN, 74; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235.

⁸⁸ ARPACI, 23; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 42; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235; KÖPRÜLÜ, 204. Yazar'ın kullandığı ifade makul surette hareket etme iktidarının "sarhoşluğun devamınca" ortadan kalktığı yönündedir.

⁸⁹ ÖZTAN, 74; TEKİNAY, 229; AKİPEK/AKINTÜRK, 307; İMRE, Makale, 344; ARPACI, 23. Yazar bu tanıma sarhoşluğun bir dinginlik, bir eylemsizlik hali ("atalet") olduğunu da eklemektedir.

⁹⁰ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235; İMRE, Makale, 344.

⁹¹ KÖPRÜLÜ, 204; ÖZTAN, 74.

belirtilmektedir.⁹² Bu bağlamda, alınan alkolün miktarı veya alkol alan kimsenin tavır ve hareketleri, makul surette hareket etme iktidarına sahip olup olunmadığını tayin hususunda, her zaman yardımcı olamayabilir.⁹³ Yine bu bağlamda, makul surette hareket etme iktidarının kişide bulunup bulunmadığına ilişkin olarak, herkesin alkolden etkilenme derecesi farklı olduğundan, alınan alkolün türü, ne kadar sürede alındığı, miktarı önemli değildir.⁹⁴ Sarhoşluğun belirlenmesinde uzman raporuna başvurulabilir.⁹⁵ Fakat akıl hastalığı ve akıl zayıflığından farklı olarak, sarhoşluğun tespitinde kural olarak psikiyatri raporuna gerek yoktur.⁹⁶ Yargıç, alkol içilmesi nedeniyle makul surette hareket etme iktidarının kalkıp kalkmadığını tespitte, kandaki alkol miktarını belirleyen araç ve uzmanlardan yararlanabilir.⁹⁷ Ayrıca yargıç, olayın oluşu ve alkol almış kişinin davranışları hakkında tanıkları dinleyecek ve bunları değerlendirecektir.⁹⁸ Sarhoşluk nedeniyle, makul surette hareket etme iktidarından yoksunlukta, fiilin mahiyeti de yargıç tarafından gözönüne alınacaktır.⁹⁹

Yukarıda da belirtildiği üzere, herkesin alkolden etkilenme derecesi farklı olduğundan, bazı kimseler çok miktarda alkol almalarına rağmen şuur ve irade sahibi, bilinçli, kendilerini kaybetmemiş olabilirken; bazı kimseler, çok az miktarda alkol almalarına rağmen kendilerini kaybederek, makul olmayan surette davranabilirler. Öte yandan alkolün, kişi üzerinde oluşan sözü edilen etkisi, yalnız kişiden kişiye değil, aynı kişi bakımından, farklı zamanlarda farklı olabilecektir. Alkolün, kişinin

⁹² AKİPEK/AKINTÜRK, 307.

⁹³ ÖZTAN, 74; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 225; EGGER, Art. 16, N. 15; ARPACI, 23. Yazar, alınan alkolün miktarının, sarhoşluğun makul surette hareket etme iktidarını kaldırıp kaldırmadığı hususuna hükmedilmesinde yardımcı olacağı görüşündedir.

⁹⁴ AKİPEK/AKINTÜRK, 307; ÖZTAN, 74; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 43; KÖPRÜLÜ, 204. Yazar, alınan alkol miktarının değil, alkol alınması nedeniyle, bilinç, irade ve idraktan yoksun ve bilinçsiz hale gelinmesinin önemli olduğunu belirtmektedir. Aynı görüşte, ÖZSUNAY, 38; SCHWARZ, 193; EGGER, Art. 16, N.4/15.

⁹⁵ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235.

⁹⁶ ÖZTAN, 74; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235.

⁹⁷ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235.

⁹⁸ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 236; ÖZTAN, 75. Yazar, sarhoş olma halinin, çoğu zaman karşı âkitçe bilindiğini belirtmektedir. (BUCHER, age, Art. 16, N. 79'a atfen.)

⁹⁹ AKİPEK/AKINTÜRK, 307.

üzüntü, heyecan, öfke gibi olağandışı ruh hallerinde, kişiyi daha fazla etkilediği bilinen bir gerçektir. Belirtilen hususlara istinaden, sarhoşluğun da makul surette hareket etme iktidarını kaldırıp kaldırmadığı, somut olayın koşulları gözönünde tutularak, her olay için ayrı ayrı belirlenecektir.¹⁰⁰ Dolayısıyla, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde, makul surette hareket etme iktidarını kaldırabileceği belirtilen diğer sebepler gibi, sarhoşluk halinde de; sarhoşluk, makul surette hareket etme iktidarını, somut olayda ortadan kaldırmışsa, sözkonusu olaya konu olan işlem veya fiil bakımından, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı sonucuna varılacaktır.¹⁰¹

Sarhoşluğun, makul surette hareket etme iktidarını ortadan kaldırdığı oranda ayırt etme gücünün ortadan kalkacağı hususu gözönüne alındığında, alkoliklerin durumu ilginç bir mahiyet arzeder.¹⁰² Öğretide de ileri sürüldüğü üzere, sürekli alkol almalarına karşın, alkolik kimseler, genellikle ayırt etme gücüne sahiptirler.¹⁰³ Bu bağlamda kişi alkolik olması nedeniyle, Türk Medenî Kanunu'nun 406. maddesindeki alternatif şartlardan birinin de gerçekleşmesi ile kısıtlanmış (hacir altına alınma, eMK m. 356) olsa dahi, ayırt etme gücüne sahip olabilir.¹⁰⁴ Dolayısıyla, alkol alma, sarhoşluk, kişide bir alışkanlık, bir bağımlılık oluştursa bile, yargıç, somut olaylar bakımından makul surette hareket etme iktidarının sarhoşluk nedeniyle ortadan kalkmış olup olmadığını tespit edecektir.

¹⁰⁰ TEKİNAY, 229; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235; İMRE, Makale, 345.

¹⁰¹ SCHWARZ, 117; TEKİNAY, 229; KÖPRÜLÜ, 204; AKİPEK/AKINTÜRK, 307; EGGER, Art. 16, N. 15; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 43; ATAAY, 67; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235; ÖZSUNAY, 38.

¹⁰² ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235. Yazar, alkolik kimselerin, alkol aldıkları sırada değil, alkol almadıkları zaman, normal olmayan davranışlar içine girdiklerini ve hatta kendilerini kaybettiklerini belirtmektedir. Bu anlamda alkolikler bakımından, alkol almama, iradeyi etkileyen bir faktör olmaktadır.

¹⁰³ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 235; ARPACI, 23.

¹⁰⁴ İMRE, Makale, 344 ; SCHWARZ, 117, yazar, kısıtlamanın yalnız hukukî muamele ehliyetini etkilediğini, kısıtlanan kimselerin, ayırt etme gücüne sahip olmaları durumunda, toplu ayırt etme gücüne sahip küçükler gibi hukuka aykırı fiillerinden, kusur sorumluluğu esasınca sorumlu olacaklarını belirtmektedir.

2.1.1.2.3.2.5. Benzer Sebepler

Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde, "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle..." makul surette hareket etme iktidarının ortadan kalkabileceği belirtilmiştir. Madde metninde geçen benzer sebepler ifadesi ile hangi hususların kastedildiği tartışmalıdır. Bu ifade, benzer sebeplerin, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve sarhoşluğu kapsadığı kabul edilerek geniş yorumlanabileceği gibi, yalnız sarhoşluğa benzer hallerin kastedildiği kabul edilerek dar yorumlanabilir. Bir kısım yazarlar,¹⁰⁵ ifadenin dar yorumlanmaması gerektiğini, makul surette hareket etme iktidarını kaldırdığı müddetçe, sarhoşluğa benzemeyen hallerin de, ayırt etme gücünün yokluğu sonucunu doğurabileceğini belirtmektedirler. Buna karşılık diğer görüş taraftarları, benzer sebeplerin, yalnız, sarhoşluk benzeri halleri ifade etmekte olduğunu ileri sürmektedirler.¹⁰⁶ Bu görüş taraflarına göre, sarhoşluk dışında, sayılan sebeplere benzer hallerin bulunması söz konusu değildir. Buna istinaden ilk görüşün, İsviçre ve Türk Hukuklarında öğreti tarafından kabul edilmemiş olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁷ Bu bağlamda, sarhoşluğa benzer haller olarak, afyon, kokain, morfin gibi maddelerin uyuşturucu etkisi gösterilmektedir.¹⁰⁸ Bu görüşe göre bu gibi maddeler de tıpkı alkol

¹⁰⁵ ARPACI, 24; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 236; ÖZTAN, 75; ÖZSUNAY, 38; TANDOĞAN, Mesuliyet, 57; KÖPRÜLÜ, 204, Yazar, İsviçre Medenî Kanunu'nun 16. maddesi'nde, ki söz konusu madde Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesini karşılamaktadır, Fransızca metnin, "d'ivresse ou d'autres causes semblables"; Almanca metnin "Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen" ifadelerinden, kaynak kanunun 'sarhoşluk ve buna benzer haller' düzenlemesiyle, yalnız sarhoşluğa benzer hallerinin kastedildiğinin kabul edilebileceğini, fakat Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesi metninde 'ya da bunlara benzer sebepler' ifadesi kullanıldığından, bizim hukukumuz bakımından benzer haller deyiminin, kaynak kanuna nazaran daha geniş bir anlam taşıdığını belirtmektedir. Yine öğretide bazı yazarlar, ifadenin geniş yorumlanması gerektiğini doğrudan ifade etmemekle beraber, makul surette hareket etme iktidarının ortadan kalktığı hallerde, eğer Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan sebeplerden biri, somut olayda mevcut değilse, makul surette hareket etme iktidarını kaldırın söz konusu durumun, yargıç tarafından, benzer haller içinde mütalaa edilebileceğini belirtmektedirler. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 43; AKİPEK/AKINTÜRK, 307.

¹⁰⁶ EGGER, Art. 16, N. 15; ATAAY, 67; TEKİNAY, 229; İMRE, Makale, 344-345.

¹⁰⁷ TEKİNAY, 229.

¹⁰⁸ Bu maddelerin kullanımına bağlı olarak, kişinin makul surette hareket etme iktidarının kalkması durumunda, ayırt etme gücünün yokluğu sonucuna varılacağı hususunda, öğretide görüş birliği vardır. Bu hususta, bunların

gibi kişide zihnî ve iradî bir uyuşukluk yaratırlar.¹⁰⁹ Bununla birlikte, hipnotizma ve telkin, sara nöbeti ve benzer nöbetler, uyurgezerlik, yüksek ateş nedeniyle kişide oluşan bilinçsizliğin de, sarhoşluk benzeri haller olduğu öğretilerinde ileri sürülmektedir.¹¹⁰

Bazı yazarlar ise, yalnız uyuşturucu madde kullanımında, hipnotizmada, yüksek ateşli bir hastalıkta, sarhoşluğa benzer bir halin gerçekleştiğini, fakat sara nöbeti, uyurgezerlik ve telkin hallerinin, sarhoşluktan ziyade akıl hastalığı¹¹¹ veya akıl zayıflığına¹¹² benzeyen haller olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir. Benzer sebeplerin yalnız sarhoşluğa değil, daha önce belirtilen sebepleri de kapsar biçimde geniş yorumlanması, sarhoşluğa benzemeyen fakat makul surette hareket etme iktidarını kaldırabilecek hallerin varlığı nedeniyle gereklidir.¹¹³

Aşırı hiddet, aşırı sevgi ve heyecan hallerinin, makul surette hareket etme iktidarını etkileyip etkileyemeyeceği, bu anlamda, bu hususların benzer haller sayılıp sayılmayacağı öğretilerde tartışmalıdır. Aşırı hiddet, aşırı heyecan gibi hallerin makul surette hareket etme iktidarını kaldırabileceği bazı yazarlarca ileri sürülmüştür.¹¹⁴ Bu

doğrudan sarhoşluğa benzer haller olduğu hakkında bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 43; TEKİNAY, 229; ARPACI, 24.

¹⁰⁹ TEKİNAY, 229.

¹¹⁰ ÖZSUNAY, 38; ÖZTAN, 75; TEKİNAY, 229; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 43; İMRE, 376. Yazar, hipnotizmanın makul surette hareket etme iktidarını kaldırması dolayısıyla, kişide ayırt etme gücünün yokluğu sonucunu doğurabileceğini, fakat herhalukârda, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının, her somut olay bakımından, yapılan işlem ve işlenen fiil ve failin durumuna göre tayin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. ÖZSUNAY, sözkonusu hallerde çok, aşırı hiddet gibi halleri de eklemektedir. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 43 II 742; 50 II 93. (KÖPRÜLÜ, 204 d. 34'ten naklen.) Ayrıca bkz. JdT 1944 I 197 (TEKİNAY, 229'dan naklen.) Bu bağlamda öğretilerde yaşlılığın da ayırt etme gücünün yokluğu sonucunu doğuracak şekilde makul surette hareket etme iktidarını ortadan kaldıracağı ileri sürülmüştür. Bkz. İMRE, 376. Yazar yaşlılık ve damar sertliği hallerinde ortaya çıkabilen hafıza kaybının ayırt etme gücünü ortadan kaldırabileceğini belirtmektedir. KÖPRÜLÜ, yaşlılıktan kaynaklı bunamanın makul surette hareket etme iktidarını ortadan kaldıracağı hususuna yer vermiştir. Bkz. 204. Buna karşılık aksi görüşte OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 43. Yazar, yaşlılığın Türk-İsviçre Hukukunda ayırt etme gücünü, tek başına kaldırmadığı görüşündedir.

¹¹¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 57.

¹¹² ARPACI, 24. Yazar, uyurgezerliğin ve aşırı hiddet halinin, sarhoşluktan çok akıl zayıflığına benzediği kanaatinde.

¹¹³ TANDOĞAN, Mesuliyet, 57; ARPACI, 24.

¹¹⁴ ATAAY, 67; ÖZSUNAY, 38; ARPACI, 24. Yazar, aşırı hiddet halinin, makul surette hareket etme iktidarını ortadan kaldırdığının kabul edilebilmesi için, iradenin bu yüzden felce uğramış olması gerektiğini, ifade etmektedir.

görüş öğretide yine bazı yazarlarca¹¹⁵ kabul edilmemiştir. Kanaatimizce, haklı olarak belirtildiği üzere, aşırı hiddet, aşırı heyecan ve aşırı sevgi hallerinin makul surette hareket etme iktidarını herhalukârda kaldırdığı düşünülemez. Bu hallerin yoğunluğu, ancak bu haller kişinin iradesini tümünden yok ederse ve Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan sebeplerden biri gerçekleşmişse, ayırt etme gücünün yokluğu sonucunu doğuracaktır.¹¹⁶

Öte yandan, benzer sebepler deyiminin, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde, doğrudan belirtilen sebepler dışında bir sebep dolayısıyla makul surette hareket etme iktidarı ortadan kalkarsa ve sözkonusu hal sarhoşluk benzeri bir hal olarak da nitelendirilemez olursa, kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu yolunda adil olmayan bir sonuca varılabileceği için, geniş yorumlanmalıdır. Bu bağlamda öğretide, somut olaylara bakılarak, bir etkenin makul surette hareket etme iktidarını kaldırıp kaldırmadığının saptanması gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁷ Elbette bu etken, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan hallerden birine benzer olacaktır. Burada sözkonusu etkenin makul surette hareket etme iktidarını kaldırıp kaldırmadığı, yargıç tarafından takdir edilecektir.¹¹⁸

¹¹⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 43; İMRE, 376.

¹¹⁶ TANDOĞAN, aşırı sevgi veya aşırı nefret gibi hislerin iradeyi kaldırması halinde, bu durumun hastalıklı bir hal alması sözkonusu olmadıkça, ayırt etme gücünün yokluğundan bahsedilemeyeceği görüşündedir. Yazar, dipnotunda COSMAN'ın, ani ve mukavemet edilmez bir öfkenin, ayırt etme gücünün yokluğu sonucunu doğurabilen hallerden biri olduğunun kabulüne taraftar olduğunu belirtmiştir. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 57. (COSMAN, La capacité civile en droit suisse, these Genève, 65'e atfen.)

¹¹⁷ ÖZTAN, 75; ARPACI, 24; ÖZSUNAY, 38; İMRE, Makale, 345; AKİPEK/AKINTÜRK, 307.

¹¹⁸ AKİPEK/AKINTÜRK, 307; ARPACI, 24.

2.1.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk

2.1.2.1. Mahiyeti

2.1.2.1.1. Nisbî Olması

2.1.2.1.1.1. Genel Olarak

İsviçre-Türk hukuklarında, ayırt etme gücünün, nisbî (göreceli) bir kavram olduğu, üzerinde görüş birliği olan bir husustur.¹¹⁹ Bu bakımdan, sözkonusu işlemin yapıldığı, fiilin işlendiği anda kişinin, o işlem veya eylemin nedenlerini, anlamını, sonuçlarını, oluşturduğu sorumluluğu, tartışabilecek, değerlendirebilecek ve etkilere karşı direnebilecek güçte olup olmadığı araştırılacaktır.¹²⁰ Dolayısıyla, ayırt etme gücü, belirli bir kişinin, belirli bir davranışına ve durumuna göre tespit edilir.¹²¹ Bu bağlamda, bir kimse belirli bir işlem veya eylem bakımından ayırt etme gücüne sahip sayılabilirken, başka bir işlem veya eylem bakımından ayırt etme gücüne sahip olamayabilecektir.¹²² Burada, hukuken önemli olan husus, ayırt etme gücünün kişide fiilin yapıldığı anda mevcut olmasıdır.¹²³ Öte yandan, ayırt etme gücü kavramının nisbîliği, bir kimsenin belli işlemler bakımından ayırt etme gücüne sahip, başka bazı işlemler bakımından ayırt etme gücünden yoksun olması sonucuna varılabilmesine

¹¹⁹ KÖPRÜLÜ, 205; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 226; SCHWARZ, 117; TOUR, 69; TANDOĞAN, Mesuliyet, 57; ÖZTAN, 75; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY, 43; ATAAY, 66; AKİPEK/AKINTÜRK, 304; ARPACI, 24. Ayrıca, doğrudan ayırt etme gücünün nisbî bir kavram olduğunu belirtmemekle birlikte, bu niteliğe, dolayısıyla yer veren yazarlar için bkz. ÖZSUNAY, 38; TEKİNAY, 229; İMRE, Makale, 345. JdT 1964 I 354, Yargıtay 4. HD, 26.9.1996 t., E. 10070, K.10532 (OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY, 43, d. 106'dan naklen.)

¹²⁰ KÖPRÜLÜ, 205.

¹²¹ ÖZTAN, 75; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 226; AKİPEK/AKINTÜRK, 304; EGGER, Art. 16, N. 10, 17; ÖZSUNAY, 40; İMRE, Makale, 345; TOUR, 69; ARPACI, 24; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY, 43. Yazar, ayırt etme gücünün bu özelliği nedeniyle, tıp uzmanlarınca verilen raporların olduğu gibi değil, daha dar ve farklı yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.

¹²² ÖZTAN, 75; ATAAY, 65.

¹²³ AKİPEK/AKINTÜRK, 304; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY, 45. Yazar, kişide kural olarak, davranışta bulunduğu belli bir an için, ayırt etme gücünün varlığının aranacağını belirtmektedir. Bu hususta Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. 4. HD, 20.11.1978 t., E. 1235, K. 12862 s. K. (YKD, 1979/7, s. 963); BGE 90 II 12, BGE 117 II 232. (OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY, 45, d. 114'den naklen.)

de kaynaklık eder. Dolayısıyla bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının somut ve belirli olaylar bakımından ayrı ayrı araştırılması gereği, her hukukî işlemin niteliğine ve ağırlığına göre, sözkonusu kişinin belli bir işlem veya eylem bakımından ayırt etme gücüne sahip, başka bir işlem bakımından ayırt etme gücünden yoksun olması sonucunu doğurabilecektir.¹²⁴

2.1.2.1.1.2. Nisbîlikten Kaynaklanan Özellikler

2.1.2.1.1.2.1. Belli Bir Faaliyet Alanına Münhasır Olması

Kişide ayırt etme gücü, belli bir faaliyet alanı içinde mevcut olmalıdır.¹²⁵ Makul surette hareket etme iktidarındaki bozukluk, kendisini, yaşantının zorunlu alanlarında göstermemiş olabilir. Şöyle ki, kişi, iş hayatında makul surette hareket edemezken, günlük yaşantısında, aile hayatında, makul surette hareket etme iktidarına sahip olabilir.¹²⁶ Bu anlamda, öğretide, karışık ve güç bir işte karar vermek için aranacak bilinç ile günlük bir ihtiyacın giderilmesine yönelik bir hukukî fiil için gerekli irade ve bilincin farklı değerlendirileceği belirtilmiştir.¹²⁷ Dolayısıyla kişi, basit, sıradan bir işlem hakkında ayırt etme gücüne sahip addolunurken, daha zor ve karmaşık bir ticaret işinde ayırt etme gücüne sahip sayılmayabilir.¹²⁸ Bu durum kişinin gerçekleştirdiği bazı işlemler bakımından ayırt etme gücüne sahip sayılması, bazı işlemler bakımından ise, ayırt etme gücünden yoksun olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurabilir.¹²⁹ Bu hususta öğretide, bu şekilde bir ayırım yapılırken, temkinli

¹²⁴ ÖZTAN, 76; Federal Mahkeme, BGE 109 II 273 kararında akfî yetkinliği akıl çağına yeni gelen bir çocuk kadar zayıf olan bir kadının, evlenmek için gerekli ayırt etme gücüne sahip olduğunu kabul etmiştir. (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 45, d. 113'den naklen.) Bu hususta ilgili Yargıtay kararları 7 HD, 27.9.1979 t., E. 7978, K. 1047 (YKD, 1979, C. V, 1695); 7. HD 13.4.1981 t., E. 3667, K. 4492. (YKD, 1981, C. VIII/8, 992)

¹²⁵ EGGER, Art. 16, N. 7; ÖZTAN, 76.

¹²⁶ EGGER, Art. 16, N. 8; ÖZTAN, 76.

¹²⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 43.

¹²⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 43.

¹²⁹ ÖZTAN, 76.

davranılması gerektiği; kavrama, değerlendirme ve iradenin oluşumu aşamalarında bir aksamanın meydana gelerek, bu aksamanın makul surette hareket etme iktidarının bulunduğu işlem veya fiillerle ilişkili işlem veya fiillerde, makul surette hareket etme iktidarını kaldırması durumunda, makul surette hareket etme iktidarının bulunduğu işlem ve fiiller bakımından da ayırt etme gücünün bulunmadığının kabul edilebileceği belirtilmektedir.¹³⁰

Öte yandan hukukî işlem ehliyeti alanında aranan ayırt etme gücü ile haksız fiil ehliyeti alanında aranan ayırt etme gücü aynı değildir.¹³¹ Bir kimsede hukukî işlem ehliyetinin bulunduğu kabulü için, bu kimsenin, hareketinin saiklerini kavrayarak, hukukî işlemin kapsamını ve iktisadî sonuçlarını idrak etmesi gerekir. Haksız fiil ehliyetinin varlığı içinse, kişinin, hareketinin kanuna aykırı olduğunu kavrayamasa dahi, sözkonusu hareketin yanlış, haksız olduğunu anlayabilecek kavrayışa sahip olması yeterlidir.¹³²

Ekleme gerekir ki, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması ile diğer hakların kullanılmasında, ayırt etme gücüne sahip olup olunmadığı farklı değerlendirilecektir. Bu durumun, belli bir davranışa ilişkin olarak, kişide ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının incelenmesinde; davranışın ve davranışın doğuracağı sonuçların öneminin, her zaman belirleyici olamamasının sonucu olduğu belirtilmiştir.¹³³ Bu anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında, ayırt etme gücünün varlığı için gerekli unsurların, en alt düzeyde değerlendirilmesi gerektiği öğretide ileri sürülmektedir.¹³⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında,

¹³⁰ EGGER, Art. 16, N. 7.

¹³¹ ÖZTAN, 76; EGGER, Art. 16, N. 7.

¹³² EGGER, Art. 16, N. 7; ÖZTAN, 76.

¹³³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 44.

¹³⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 44.

diğer eşin açtığı boşanma davasına itiraz hususunda bu görüşü benimsemiştir.¹³⁵

Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında, kişide ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına ilişkin incelemede, farklı bir değerlendirme yapılırken, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı araştırılan kişinin, korunma ihtiyacı göz önünde tutulacaktır.¹³⁶ Bu bağlamda gündelik işlerde, sonuçları itibariyle diğer hukukî işlemlere nazaran basit olan işlemlerde, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimse ile iyiniyetli üçüncü kişinin menfaatleri karşılaştığında, ayırt etme gücüne sahip olmayan taraf korunacaktır.¹³⁷

2.1.2.1.1.2.2. Belli Fiil ve Hareketler Bakımından Farklı Değerlendirilmesi

Makul surette hareket etme iktidarı, belirli bir işlem veya eylem bakımından mevcut olmalıdır.¹³⁸ Bu işlem, yerleşim yeri tesisi, vekâlet akdi, basit satış olabileceği gibi kefâlet akdi, taşınmaz satışı olabilir. Bu bağlamda öğretide, günlük sıradan işlemler bakımından aranacak ayırt etme gücü ile taşınmaz satışı, kefâlet gibi mahiyeti ve sonuçları itibariyle daha büyük önemi haiz işlemler bakımından aranacak ayırt etme gücünün, farklı olacağı belirtilmektedir. Bu tür fevkalâde mahiyetteki işlemler için kişide ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı, daha sıkı bir irdeleme ile tespit edilecektir.¹³⁹

¹³⁵ BGE 74 II 202. (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 44. d. 111'den naklen.) Bu konu ilerde, 2.1.2.3. kısmında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

¹³⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 45. Yazar, burada ayırt etme gücünün nisbiliğinin somut olaya bağlandığını ve olayın niteliğinin belirleyici unsuru olduğunu belirtmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi d. 124'de geçen kararında (BGE 109 II 273), akli yetileri gelişmemiş olan kadının, evlenmek için gerekli ayırt etme gücüne sahip olduğunu kabul ederken; evlenmenin, sözkonusu kadın bakımından, nişanlısıyla evlilik dışı bir hayat sürerek toplum dışına itilme durumundan daha iyi bir statü sağlayacağını ve kararın sözkonusu kadının korunması için gerekli olduğunu belirtmektedir. (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 45, d. 113'den naklen.)

¹³⁷ ÖZTAN, 76.

¹³⁸ EGGER, Art. 16, N. 8.

¹³⁹ ÖZTAN, 77; EGGER, Art. 16, N. 8. Yazar, burada örnek olarak, küçük miktarlara ilişkin vasiyetname yapılırken, kişinin, ayırt etme gücüne sahip olduğunun kabulü için aranacak şartların cüz'i bir biçimde, buna karşılık, fevkalâde tedbirler, bir taşınmaz alım-satımı, ölüme bağlı önemli tasarruflar için, ayırt etme gücü bakımından aranacak şartların daha kuvvetli olduğunu belirtmektedir. Ayırt etme gücü için aranacak şartların daha kuvvetli olduğu hususlardan birine örnek olarak, yazar, ayrıca, evlenme akdine yer vermiştir.

2.1.2.1.2. Makul Surette Hareket Etme İktidarının Aranması

Kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını tespitte, kişinin belli bir hareketi yaparken makul surette hareket etme iktidarına sahip olup olmadığı araştırılır. Bu bağlamda hareketin kendisinin makul olup olmaması bir önem taşımaz.¹⁴⁰ Dolayısıyla, makul surette hareket edebilme iktidarına sahip olan bir kimse de, belli bir olayda makul olmayan bir davranışta bulunabilir.¹⁴¹ Bu husus sözkonusu kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olmadığı sonucuna varılması bakımından yeterli değildir.¹⁴² Fakat belirtmek gerekir ki, yapılan davranış iyi incelenmelidir. Öğretide de ileri sürüldüğü üzere, kişinin davranışının makul oluşu, sözkonusu kimsenin, bu hareketi yaparken ayırt etme gücüne sahip olduğuna karine teşkil eder.¹⁴³ Öte yandan, makul olmayan bir davranışta bulunan kimse, kendisi aleyhinde başka bazı belirtilerin bulunması durumunda, ayırt etme gücüne sahip olmadığı yönünde bir şüphe oluşması sonucunu doğurabilir.¹⁴⁴

2.1.2.1.3. Sürekli Olmasının Aranmaması

Makul surette hareket etme iktidarının bulunup bulunmadığı, kişinin bütün işlemleri ve eylemleri bakımından değil, belli bir işlem veya eylem esas alınarak araştırılır. Bu anlamda, kişideki belli bir olgunun, makul surette hareket etme iktidarını sürekli veya geçici olarak kaldırmasının bir önemi yoktur.¹⁴⁵ Önemli olan, kişinin belirli bir davranışında, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıdır.¹⁴⁶ Kişi, belirli bir işlemi

¹⁴⁰ EGGER, Art. 16, N. 9; ÖZTAN, 77.

¹⁴¹ EGGER, Art. 16, N. 9; ÖZTAN, 77.

¹⁴² EGGER, Art. 16, N. 9. Yazar, bu hususta bir İsviçre Federal Mahkemesi kararına (BGE 43 II 774) yer vermektedir. Bkz. Art. 16, N. 9.

¹⁴³ EGGER, Art. 16, N. 9. Bkz. BGE 32 II 751 (EGGER, Art. 16, N. 9'dan naklen.)

¹⁴⁴ EGGER, Art. 16, N. 9. Bkz. BGE 39 II 198 (EGGER, Art. 16, N. 9'dan naklen.)

¹⁴⁵ EGGER, Art. 16, N. 10; ÖZTAN, 77; AKİPEK/AKINTÜRK, 304.

¹⁴⁶ ÖZTAN, 77. Yazar, bu hususta, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığının kabul edildiği belli bir davranışından önce veya sonra ayırt etme gücüne sahip olup olmasının, önemli olmadığını belirtmektedir.

veya eylemi yaparken veya işlerken ayırt etme gücüne sahip değilse, sözkonusu işlem geçersiz sayılacaktır.¹⁴⁷

2.1.2.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Saptanması

2.1.2.2.1. İspat Yükü

Kişi, kural olarak ayırt etme gücüne sahiptir. Dolayısıyla Türk Medenî Kanunu'nun 6. maddesi hükmü gereği, bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmadığını iddia eden, bu iddiasını ispatla mükelleftir.¹⁴⁸ Bu hususta öğretide, ayırt etme gücünün varlığının veya yokluğunun ispatında, Medeni Kanunumuzda doğrudan bir çözümün getirilmediği, bu nedenle ispat hususunda, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinden ve hayat tecrübelerinden yola çıkılarak bir çözüm üretileceği belirtilmektedir.¹⁴⁹ Buna göre, ergin bir kimse bakımından asıl olan bu kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Bu karine "ayırt etme gücünün varlığı" karinesi olarak adlandırılmaktadır.¹⁵⁰ Bu karine uyarınca, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan hallerden biri içinde olan kimse bakımından, bu karine

¹⁴⁷ ÖZTAN, 77. Yazar, burada, sözkonusu kuralın iki istisnası olduğunu belirtmektedir. Buna göre, ilk istisnayı, sürekli olarak ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin yaptığı evliliğin, sürekli ayırt etme gücünden yoksunluğun bir evlenme engeli olduğunu düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 125. maddesine rağmen, yargıç kararıyla, butlan nedeniyle sona ermesine kadar (TMK m. 145), geçerli bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 156. maddesi oluşturur. İkinci istisna ise Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin, ikinci fıkrasında yer alan düzenlemedir. Bu düzenleme, geçici olarak, kendi istekleri ile ayırt etme gücünü kaybeden kimselerin, işledikleri fiillerden sorumlu oldukları hükmünü içerir.

¹⁴⁸ EGGER, Art.16, N. 16; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 45; İMRE, 378; KÖPRÜLÜ, 206; ÖZSUNAY, 39, Yazar, bu hususta İsviçre Federal Mahkemesinin iki kararına yer vermektedir: BGE 45 II 48; 90 II 9, d. 21. TEKİNAY, 229; ARPACI, 25; İMRE, Makale, 345; AKİPEK/AKINTÜRK, 308, Yazar Türk Medenî Kanunu'nun 6. maddesinden, ayırt etme gücünün ispatında "ayırt etme gücünün varlığı karinesi" nin çıkarılacağını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 237, VELİDEDEOĞLU, 54. Her üç yazar da ispat hususunu iki karine bağlamında incelemektedirler. Bu karineler "ayırt etme gücünün varlığı karinesi" ve "ayırt etme gücünün yokluğu karinesi"dir.

¹⁴⁹ DURAL/ÖGÜZ, 66; ARPACI, 25; KÖPRÜLÜ, 206-207; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 45. Yazar ayırt etme gücünün ispatında, ispat kuralını hayat tecrübelerinin belirlemesi dolayısıyla, karinenin yalnız hayat tecrübeleriyle sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiğini, eğer hayatın akışı başka bir çözüm yolu gerektiriyorsa ispat yükünün yer değiştireceğini belirtmektedir.

¹⁵⁰ VELİDEDEOĞLU, 55; AKİPEK/AKINTÜRK, 308; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 237 .

geçerli olmayacak; bu kimselerin ayırt etme gücüne sahip olduğunu iddia eden, iddiasını ispat edecektir.

Bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmadığına ilişkin iddianın ispatında, iddia eden, karşı tarafın Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan ayırt etme gücünden yoksunluk sebeplerinden birini taşımakta olduğunu ispat edecektir, yoksa bu sebeple birlikte makul surette hareket etme iktidarının ortadan kalktığını değil.¹⁵¹

Kendinde Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan ayırt etme gücünden yoksunluk sebeplerinden birinin var olduğu ispatlanmış olan veya halihazırda bu durumu bilinen kimse bakımından, karine çoğunlukla ayırt etme gücünün yokluğu yönündedir.¹⁵² Hayat tecrübelerinin bize gösterdiği üzere, akıl hastası, akıl zayıfı olan kimselerde, yaşı çok küçük olan çocuklarda, sarhoşlarda ve benzer bir durum içinde olanlarda, akla uygun şekilde davranma yeteneği çoğunlukla mevcut değildir. Bu kimselerin ayırt etme gücüne sahip olduklarını iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle mükelleftir. Burada ispat ya sözkonusu kimse bakımından Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan sebebin mevcut olmadığı ya da bu sebebin ayırt etme gücünü etkilemediği yönünde olacaktır. Örneğin bir akıl hastası bakımından ispat edilecek husus, kişinin o sırada *ludica intervallum*¹⁵³ durumunda olduğudur.¹⁵⁴ Bu bağlamda öğretide, akıl zayıflığının bazen diğer bazı yakın hallerle karıştırıldığı (düşünce darlığı buna örnek olarak gösterilebilir) ve bu kimselerin,

¹⁵¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 46; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 238. Bu konuda bir çok yazar, ayırt etme gücünün varlığının veya yokluğunun ispatlanmasından bahsetmekte iken AKİPEK/AKINTÜRK, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan sebepler yanında, "makul surette hareket etme iktidarının" da bulunup bulunmadığının ispatlanması gerektiğinden bahsetmektedir. Bkz. 309

¹⁵² KÖPRÜLÜ, 207; TEKİNAY, 229; ÖZSUNAY, 39; VELİDEDEOĞLU, 54; İMRE, Makale, 345. Bu hususta öğretide yazarlar, iki federal mahkeme kararına yer vermektedirler. Bu kararlardan BGE 90 II 9 kararında, "ayırt etme gücünün varlığı karine olarak kabul edilir ve aksini iddia edenin iddiasını ispat etmesi gerekir. Bununla beraber, çocuğun yaşı küçüldükçe bu karine zayıflar ve bir noktada ortadan kalkar." denilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesinin aynı yönde kararları için, bkz. BGE 74 II 205 (İMRE, Makale, 345, d. 13'ten naklen).

¹⁵³ Epilepsi gibi bazı akıl hastalıklarında kişi, hastalığa özgü nöbetler dışında ayırt etme gücüne sahiptir. Yine diğer bazı akıl hastalıklarında hasta, zaman zaman normalleşerek, makul davranışlar gösterebilir. Bu bilinçlilik durumları *ludica intervallum* olarak adlandırılır. Bkz. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 238.

¹⁵⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 46.

ayırt etme gücünden yoksun olduklarının kabulünün, dolayısıyla da bu kimselerin ayırt etme gücüne sahip bulunduğunu iddia etmekte olan karşı tarafa, ispat yükünün istisnasız olarak yüklenmesinin çıkarlar dengesine uygun olmadığı belirtilmektedir. Denilmektedir ki, halihazırda ayırt etme gücünün yokluğunu ispattan daha zor olan varlığını ispatın karşı tarafa yüklenmesi, esasen zarara uğrayacak ve korunmayacak olan taraf için, oldukça ağır bir sonuç meydana getirmektedir.¹⁵⁵

Burada özellik arzeden bir husus da, haklarında kısıtlılık kararı alınan kimselerin durumudur. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeni dışında bir sebeple kısıtlananların, ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu kimselerin ayırt etme gücüne sahip olmadıklarını iddia eden, iddiasını ispat edecektir.¹⁵⁶ Oysa akıl hastalığı, akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanan kimselerde, durum bundan farklılık gösterir. İsviçre-Türk öğretisinde belirtildiği üzere, hukukî işlem veya haksız fiil yapılırken/ika edilirken, kişi akıl hastası ise, ayırt etme gücünün varlığı karinesi işlemez. Dolayısıyla bu kimselerin ayırt etme gücüne sahip olduğunu iddia eden, iddiasını ispatla mükelleftir.¹⁵⁷

İspat yükü bu şekilde belirtilmekle birlikte, gerek öğretide gerek mahkeme kararlarında, ayırt etme gücünün ispatı hususunda, sıkı şartlara bağlı olarak hareket edilmemesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁵⁸ Aksi takdirde, kanunun, ayırt etme gücünden yoksun olanı koruma amacı gözardı edilmiş olacaktır. Öte yandan, bu şartların, fazla gevşek de tutulmaması gerektiği belirtilmektedir.¹⁵⁹

¹⁵⁵ KÖPRÜLÜ, 208.

¹⁵⁶ VELİDEDEOĞLU, 55; ÖZSUNAY, 230.

¹⁵⁷ VELİDEDEOĞLU, 25; ÖZSUNAY, 35; İMRE, Makale, 347. (COSMAN, La capacité civile en droit suisse, thèse, Lausanne, 1941, mukavemet eden, GROSSEN, Das Recht der Einzelpersonen, in "Schweizerisches Privatrecht, Band. II. Basel, 1967, s. 320'ye atfen, İMRE, Makale, 347, d. 19).

¹⁵⁸ EGGER, Art.16, N. 16; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 46. Yazar, bu hususta İsviçre Federal Mahkemesinin iki kararına yer vermektedir. Sözkonusu kararlar (BGE 74 II 205; 91 II 388) için, bkz. 46, d. 120. İMRE, 377.

¹⁵⁹ EGGER, Art. 16, N. 16.

Esasen çoğu zaman, örneğin, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı dava konusu olan kişinin, artık yaşamadığı veya olayın üzerinden uzun bir zaman geçtiği hallerde, ayırt etme gücünün varlığına ilişkin doğrudan ve kesin delillere ulaşmak mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda yargıç, ayırt etme gücünün varlığına veya yokluğuna ilişkin olarak, ciddi emareler dolayısıyla bir kanaate varabiliyorsa, buna göre karar verecektir.¹⁶⁰ Özellikle kişinin artık yaşamadığı hallerde, sözkonusu kimsenin yaşadığı dönemdeki davranışları ve diğer bazı belirtilerden yola çıkılarak, bu kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hakkında bir karara varılabilir.¹⁶¹

¹⁶⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 46; TEKİNAY, 230. Yazar, bu konuda, delillerin ayırt etme gücünün varlığına veya yokluğuna ilişkin ciddi şüphe ve tereddütlere mahal vermeyecek kuvvette olmasının şart olduğunu belirtmekte ve bu konuyla ilgili BGE 91 II 32 sayılı İsviçre Federal Mahkemesi kararına yer vermektedir. Bkz. 230. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 239; İMRE, Makale, 346; EGGER, Art.16, N.16. Yazar, yargıcın, çoğu zaman kuvvetli bir ihtimale dayanarak karar verebileceğine ilişkin bir İsviçre Federal Mahkemesi kararına (BGE 44 II 449) yer vermektedir. Yazar, yargıcın kuvvetli bir ihtimale dayanarak karar vermesinde önemli olanın, ayırt etme gücüne sahip olduğu şüpheli olan kimsenin, hukukî işlemi yaptığı veya haksız fiili ika ettiği esnada ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesi olduğunu belirtmektedir. Bu kararda yargıç bakımından, ayırt etme gücünün davaya konu olan olayın gerçekleşmesi sırasında sözkonusu olup olmadığının tespiti hususunda, kişinin sözkonusu andan sonra ayırt etme gücüne sahip olmadığının tespitinin de yeterli olacağını belirtilmektedir. Bu bağlamda, daha önceye ait hastalık tablosu, kişinin daha sonra ilerleyen akıl hastalığı nedeniyle ayırt etme gücünü sürekli biçimde kaybettiğini gösteren deliller doğrultusunda, kişinin dava konusu hukukî işlemi yaparken veya haksız fiili ika ederken de ayırt etme gücüne sahip olmadığına karar verebilir. İsviçre Federal Mahkeme, “vasiyetçinin, Mart 1911’deki akıl durumundan, 1909 Sonbaharındaki akıl vaziyeti hakkında karara varabileceği”ne ilişkin BGE 44 II 120 kararı mevcuttur. Bkz. Art.16, N.16

¹⁶¹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 239. Yazar, bu konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesinin şu kararlarına yer vermektedir: BGE 92 II 327-329, BGE 74 II 202-205, bkz. d. 126’dan naklen. Bu hususta Yargıtay 4. HD’nin 20.11.1978 tarih ve E. 1335, K. 12862 sayılı kararında “ölmüş veya sağ bir kimsenin geçmiş bir tarihte yaptığı hukukî işlemle ilgili olarak ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, onun o tarihteki tutum ve davranışlarından çıkarılabilir.” şeklinde ifade edilmiştir (YKD, 1979/VII, 963-966). Yine Yargıtay HGK’nun, 27.3.1963 tarih, E. 2/4, K. 26 sayılı kararında da “ölmüş veya sağ bir kimsenin geçmiş bir tarihteki ruhi durumuna göre ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, onun o tarihteki davranışlarının tespiti ile anlaşılabilir. Bu davranışlar, maddi olaylardan başka bir şey olmadıklarından, vasiyetçinin akit tarihindeki tutum ve davranışlarının tanık dinlenerek tespiti yerindedir.” denilmektedir. Bkz. OLGAC, 31. İMRE, 346, Yazar bu konuda, Yargıtay kararlarının İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından farklılık gösterdiğini belirtmektedir. Buna göre İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, ayırt etme gücünün ispatı özel kurallara tabi değildir. Özellikle sözkonusu şahsın ölmüş olması halinde, ciddi şüpheleri ortadan kaldıracak, kuvvetli bir ihtimalin varlığı yeterlidir. Bu konuda yazar tarafından örnek gösterilen İsviçre Federal Mahkemesi kararında (BGE 77 II 97), akıl zayıfı bir kimsenin, evlilik dışı çocuğunu, annesinin telkin ve ısrarıyla tanımasında, sözkonusu akıl zayıfı kimsenin, üçüncü kimselerin telkin ve tesirlerine mukavemet edememesi sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olmadığına karar verilmiş ve bu şahsın bu hukukî muameleyi yapmasında, iradesine başkası tarafından tesir olduğu hakkında kesin bir delil aranmayacağı, bazı hallerde bu konuda büyük bir ihtimalin varlığının yeterli olduğu belirtilmiştir (bkz. 346, d. 16). Yazar, Yargıtay içtihatlarının ise bunun aksine bir eğilim göstermekte olduğundan bahsetmekte ve bir Yargıtay kararını bu hususa örnek göstermektedir: “Bir kimsenin sözleşmeyi akdettikten sonra ölmüş olması onun ehliyetsizliğine delil olamaz. Aslolan reşit bir kimsenin hukukî ehliyetinin bulunmasıdır. Sözleşme taraflarından birinin temyiz kudretinden (ayırt etme gücünden) yoksun olduğu, uzman hekim raporları ile tespit edilmedikçe kabul edilemez. HGK 29.1.1970 E.1968 K. 2-260, 222 ABD, 1970, S.6, 1101. Bu konuda ayrıca bkz. 2. HD, 28.12.1970, E. 6384, K. 5783, YAZICI/ATASOY, 30, N. 36’dan naklen.

2.1.2.2.2. Bilirkişi Raporu

Öğretide belirtilen görüşler doğrultusunda, kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının tespitinde, yargıcın bilirkişiye başvurusunun zorunlu olup olmadığı hususu özellik arzetmektedir. Şöyle ki, ayırt etme gücünün varlığına veya yokluğuna ilişkin, taraflar arasında bir akıl hastalığının varlığı iddia edildiği vakit, bu konuda uzman bilirkişi olan psikiyatlara başvurulması gerektiği hususunda bir tartışma yoktur. Bunun gibi, uzman bir kimsenin görüşünü gerektiren durumlarda, yargıç bilirkişi doktora başvuracaktır.¹⁶² Fakat çeşitli yazarlar ve bazı Türk Mahkeme kararlarında, yargıcın herhalukârda bilirkişi doktora başvurusı gerektiği, ayırt etme gücünün tespitinin ancak bu hususta uzmanlaşmış psikiyatrlarca yapılabileceği belirtilmektedir.¹⁶³ Bu görüşe karşılık, ayırt etme gücünün varlığının veya yokluğunun ispatının şekle bağlı olmaması sebebiyle, yargıcın, yargılama sırasında tanıklara başvurabileceği gibi, bu hususta kendisinde kanaat oluşturan vakaları gözönünde tutabileceği belirtilmiştir.¹⁶⁴

Kanaatimizce yargıç, eğer olayın mahiyeti gerektiriyorsa bilirkişi doktora başvuracaktır. Fakat genel olarak yargıç bakımından her olayda bilirkişi doktora başvurma zorunluluğundan bahsedilemez. Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, psikiyatrin, başka bir deyimle, bilirkişi doktorun vereceği raporda yer alan hüküm, tıbbî bir hüküm; yargıcın vereceği karar, hukukî bir karardır.¹⁶⁵

¹⁶² EGGER, Art. 16, N.17; TUOR, 70; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 46; ÖZSUNAY, 40; TEKİNAY, 229; KÖPRÜLÜ, 208. Yazar bu gereği içeren İsviçre Federal Mahkeme kararlarına örnek olarak, BGE 55 II 226 numaralı kararı, BGE 90 II 9 ve BGE 105 II 209 numaralı kararlarla karşılaştırmalı olarak göstermektedir.

¹⁶³ AKİPEK/AKINTÜRK, 510; ARPACI, 26. “Ehliyetsizliğin tespitinin’ bir uzmanlık işi olup, yargıcın bu hususu bilirkişi raporuna dayandırması gerektiği ile ilgili olarak, Yargıtay HGK, 6.3.1996, E. 1-41, K. 135, İKİD, 1997, C.37, S.12, 308; aynı yönde, Yargıtay HGK, 6.5.1959, E. 34, K. 36 (MHAD, Eylül, Ekim 1959, 260); 1. HD, 26.9.1996, E. 10070 K. 10532 (YKD, 1997/II, 192).

¹⁶⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 46.

¹⁶⁵ EGGER, Art.16, N. 20; İMRE, 378; İMRE, Makale, 347; ÖZSUNAY, 40.

2.1.2.2.3. Yargıç Kararı

Ayırt etme gücünün varlığı hususunda, nihaî kararı verecek olan kişi yargıçtır. Yargıç, kararını verirken, bilirkişi raporundan faydalanır. Belirtildiği üzere¹⁶⁶ bilirkişi raporundaki hüküm tıbbî bir hükümdür, oysa yargıç, dava konusu olay bakımından hukukî bir hüküm koyacaktır. Burada yargıç, öncelikle bilirkişi raporunu, tetkik edecektir.¹⁶⁷ Egger, yargıcın, bilirkişi raporunu iki açıdan tetkik edeceğini belirtmektedir.¹⁶⁸ İlk olarak yargıç, raporda ileri sürülen olayları, bu olayların gerçekleşmiş olup olmadığını, ayırt etme gücünün sözkonusu olaylar bakımından sözkonusu olup olmadığını inceleyecek, bu bağlamda şahit beyanlarının ne kadar güvenilir olduğunu tetkik edecektir.¹⁶⁹ Yargıcın tetkik edeceği ikinci husus, olayların raporda varılan neticelere uygun olup olmadığıdır.¹⁷⁰

Psikiyatrin görevi, kişinin aklî durumu hakkında, mümkün olduğu kadar kesin bir açıklama yapmak,¹⁷¹ zihnî fonksiyonlarda bir aksaklık olup olmadığını veya bir

¹⁶⁶ Bkz. d. 165 ve bu nota ait metin.

¹⁶⁷ **EGGER**, Art.16, N. 17. Yazar, yargıcın yapacağı tetkike ilişkin olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin şu kararına yer vermektedir: BGE 50 II 93, Art.16, N.18; **TUOR**, 70; **ÖZSUNAY**, 40, Yazar, ayrıca bilirkişiye nelerin sorulacağını yargıç tarafından belirleneceğini **EGGER** Art.16, N. 17'ye atfen belirtmektedir.

¹⁶⁸ Bkz. **EGGER**, Art.16, N. 17.

¹⁶⁹ **EGGER**, Art.16, N.17. Yazar, konuyla ilgili BGE 50 II 91 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi kararına yer vermiştir. Yazar bu hususta, açıklamalarında yer verdiği İsviçre Federal Mahkemesi kararında(BGE 43 II 745), 'muayene edilecek kimsenin veya alakalı üçüncü kimselerin, sırf raporda yer aldığı için beyanlarının doğru olduğu sonucuna varılmamalı, yargıç, söylentilerle, doğrudan edinilen izlenimlere dayanan tanıklığı birbirinden ayırmalıdır.' denilmekte olduğunu belirtmektedir.

¹⁷⁰ **EGGER**, Art.16, N.18. Yazar, olayların takdiri hususunda görüntüye göre megalomaninin sonucu olan ağır zeka ve irade bozukluklarına ilişkin davranışların, her zaman patolojik bir duruma işaret etmemesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, bir sonuca varılırken, hukukî bakımdan önem arzeden bütün olaylar, birarada gözönünde tutulmalıdır. Eğitim düzeyinin yetersiz olması, aklî yetilerde zayıflığın bulunması, kişinin günlük hayatının idamesinde akla uygun biçimde davranamayacağı sonucuna varılması için yeterli sayılmamalıdır. (BGE 39 II 197, BGE 43 II 742, bu konuyla ilgili yazar tarafından belirtilen İsviçre Federal Mahkemesi kararlarıdır.) **ÖZSUNAY**, 40. Yazar bu konuyla ilgili BGE 50 II 93, 91 II 338 sayılı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer vermektedir, bkz. d. 29; **TUOR**, 70. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi kararları JdT, 1918, 258; JdT, 1922, 194; JdT, 1930, 98 için bkz. 70, d. 4.

¹⁷¹ Bilirkişi raporlarının kesin bir hüküm içermesi gerekip gerekmediği konusunda bkz. **İMRE**, Makale, 347. Yazar, Yargıtay'ın, kesin bir sonuca varmayan bilirkişi raporlarının mahkeme kararlarında esas alınmaması, bu durumlarda mahkemenin bilirkişiden kesin yargı içeren rapor istemesi gerektiği görüşünde olduğunu belirtmektedir. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin çözümünün farklı olduğunu belirtmekte ve bu anlamda Yargıtay'ın bu konudaki görüşünü dolaylı bir biçimde eleştirmektedir.

zamanlar böyle bir aksaklığın ortaya çıkıp çıkmadığını ve hangi oranda aksadığını göstermekten ibarettir.¹⁷²

Yargıç karar alırken, bilirkişi raporunu, varsa bu raporla birlikte, kişinin dava konusu olayda ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıyla ilgili, hukukî açıdan önem arzeden bütün olayları ve kanunun korumakta olduğu menfaatleri gözönünde tutacaktır.¹⁷³

Kişinin, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hususunda yargıç karar verir.¹⁷⁴ Yukarıda da belirtildiği üzere, bilirkişi doktorun raporunda yer alan hüküm tıbbî bir hükümdür. Dolayısıyla, tıbben ayırt etme gücünden yoksun sayılan bir kimsenin, hukuken ayırt etme gücüne sahip sayılması mümkün olabileceken; öte yandan, tıbben ayırt etme gücüne sahip sayılan kimsenin de, hayatın normal akışı gereği ayırt etme gücünden yoksun sayılması mümkündür.¹⁷⁵ Hayatın normal akışına göre karar veren, kanunun koruduğu menfaatleri gözönünde tutan yargıç, çoğu zaman, ayırt etme gücünün sınırını bilirkişi doktordan farklı olarak, daha dar biçimde çizmek durumunda kalacaktır.¹⁷⁶

¹⁷² EGGER, Art. 16, N. 20; ÖZSUNAY, 40.

¹⁷³ EGGER, Art.16, N.17 ve 20; ÖZSUNAY, 40; TUOR, 70.

¹⁷⁴ EGGER, Art. 16, N. 20; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 46; ARPACI, 26; İMRE, 378; TUOR, 70; ÖZSUNAY, 40; İMRE, Makale,346 vd. Yazar Türk Mahkemelerinin genelde, bilirkişi doktorların verdiği raporda vardıkları sonuca katılmakta ve buna uygun karar vermekte olduklarını, oysa yargıcın, kendisini bilirkişi raporuyla bağlı saymaması gerektiğini, sonuçta rapordaki hükmün tıbbî bir değer yargısı olduğunu belirtmektedir. Bu konuda bkz. d. 16.

¹⁷⁵ EGGER, Art. 16, N. 20; İMRE, 378; İMRE, Makale,347.

¹⁷⁶ EGGER, Art. 16, N. 20; ÖZSUNAY, 40.

2.1.2.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanların Özel Olarak Şahsa Sıkı

Sıkıya Bağlı Haklarını Kullanmalarından, Hukukî İşlemlerinden,

Maddî Fiillerinden ve Haksız Fiillerinden Doğan Sonuçlar

2.1.2.3.1. Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılmasından Doğan

Sonuçlar

2.1.2.3.1.1. Genel Olarak

Bu haklar kanunda tanımlanmamış olmakla birlikte, öğretide şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların, bir kimsenin şahsına sıkı surette bağlı olan, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olduğu belirtilmektedir. Genelde gerek mahkeme kararlarında, gerek öğretide, bu hakların tanımı verilmemekte, sadece hangi hakların bu hak grubuna girdiğinin belirtilmesiyle yetinilmektedir.¹⁷⁷

Ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kullanıp kullanamayacağı hususunda, öğretide ve uygulamada şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından bir ayırım yapılmaktadır.¹⁷⁸ Bu ayırma göre, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar, mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar ve nisbî surette şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

¹⁷⁷ ÖZTAN, 89; İMRE, Makale, 351.

¹⁷⁸ Bu ayırım, kesin bir ayırım olarak nitelenmemekle birlikte, önemi kabul edilen bir ayırımdır. Bu konuda bkz. İMRE, Makale, 351.

2.1.2.3.1.2. Mutlak Surette Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması

2.1.2.3.1.2.1. Mutlak Surette Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların

Kullanılmasına İlişkin Kural

Mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar, ancak hak sahibi tarafından kullanılabilirdi için, bu hakların kullanılmasında temsil ve vekâlet söz konusu değildir. Dolayısıyla bu haklar, ne bizzat ayırt etme gücünden yoksun kimse tarafından, ne de temsilcisi tarafından kullanılabilir. ¹⁷⁹

Mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak, soybağının reddi, evlilik dışı çocuğun tanınması, evlat edinme, nişanı bozma hakkı, evlenmenin feshini isteme hakkı, ölüme bağlı tasarruf yapma hakkı, af beyanında bulunma, gösterilmektedir. ¹⁸⁰ Bütün bu hallerde ayırt etme gücünden yoksun kimse, soybağını red edemeyecek, evlilik dışı çocuğunu tanıyamayacak ¹⁸¹, evlat edinemeyecek, nişanı bozamayacak, ölüme bağlı tasarrufta bulunamayacak, buna bağlı olarak, mirastan yoksunluğu gerektiren bir fiil işleyen mirasçısını affedemeyecek, keza, af beyanında bulunamayacak, evlenmenin feshini isteyemeyecektir. Yine bu bağlamda, nişanlanma, evlenme ve boşanmada da, mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasının söz konusu olduğu belirtilmektedir. ¹⁸²

¹⁷⁹ İMRE, Makale, 352.

¹⁸⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 62; İMRE, Makale, 352.

¹⁸¹ Türk Medenî Kanunu'nun 295. maddesi gereği, tanıma ancak ve ancak baba olduğunu iddia eden kimse tarafından gerçekleştirilebilir. Oysa eski Medenî Kanunu'nun 291. maddesi düzenlemesinde, evlilik dışında doğan çocuğun babası veya babanın ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde, babanın babası tarafından tanınabileceği belirtilmekteydi. Türk Medenî Kanunu'nun 295. maddesi, sadece baba olduğunu iddia edenin, küçük veya kısıtlı olması durumunda, bu kimsenin tanımaya ilişkin iradesi yanında, yasal temsilcinin de rızasının aranacağını belirtmektedir. Fakat burada sözü edilen küçük ve kısıtlılar ayırt etme gücüne sahip, dolayısıyla sınırlı ehliyetsizdirler. Tanımaya itiraz hakkı, tanıma beyanında bulunmaya nazaran farklı mahiyet arz etmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. 2.1.2.3.1.3.

¹⁸² İMRE, Makale, 352.

2.1.2.3.1.2.2. Mutlak Surette Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların

Kullanılamamasına Getirilen İstisna

2.1.2.3.1.2.2.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları, ne bizzat ne de yasal temsilcisi vasıtasıyla kullanabilir. Öğretide bu esasın katı bir biçimde benimsenmesinin, adil olmayan bir takım sonuçların doğmasına sebep olabileceği, bu kuralın katı bir biçimde kabulünün, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin çoğu zaman mağdur olmasına yol açacağı belirtilmektedir.¹⁸³ Bu bağlamda, öğretide genel olarak, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından mutlak veya nisbi niteliğine bakılmaksızın, eğer ayırt etme gücünden yoksun kimsenin menfaati gerektiriyorsa, hakkın kullanılmaması ayırt etme gücünden yoksun olana zarar veriyorsa, bu hakların yasal temsilci tarafından ayırt etme gücünden yoksun olan adına kullanılmasının mümkün sayılması gerektiği belirtilmektedir.¹⁸⁴

2.1.2.3.1.2.2.2. Boşanma Davası Açma

İsviçre hukuk öğretisinde hakim olan görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse boşanma davası açamaz. Onun yerine bu davayı, yasal temsilcisinin açması da, bu hakkın mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle mümkün değildir.¹⁸⁵ İsviçre Federal Mahkemesi de, verdiği kararlarda bu görüşü benimsemekte,¹⁸⁶ sadece ayırt etme gücü bulunmayan kimseye karşı açılan

¹⁸³ ÖZTAN, 89. Aynı yönde görüşler için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 62 vd.

¹⁸⁴ EGGER, Art. 19, N. 10; ATAAY, 119; ÖZSUNAY, 62; ÖZTAN, 89; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 62; ARPACI, 53; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 327; Yukarıda da belirtildiği üzere bu görüş, İsviçre hukuk öğretisinde ve mahkeme kararlarında kabul edilmemektedir. Yine Türk hukuk öğretisinde de AKİPEK, bu hakların ne yasal temsilci ne de ayırt etme gücünden yoksun olan tarafından kullanılabileceği görüşünü savunmaktadır. Bkz. AKİPEK, 84.

¹⁸⁵ Bu konuda bkz. EGGER, Aile Hukuku Şerhi, Art. 143, N. 5.

¹⁸⁶ BGE 85 II 221; 78 II 99,101. (İMRE, Makale, 355, d. 36'dan naklen).

boşanma davasında, ayırt etme gücünden yoksun kişinin, yasal temsilcisi tarafından temsil edileceğini ve dolayısıyla da ayırt etme gücünden yoksun olanın kendisine karşı açılan boşanma davasında taraf olacağını, savunma yapabileceğini, davanın reddini isteyebileceğini, boşanma kararı verilmişse, bir üst mahkemeye başvurabileceğini belirtmektedir.¹⁸⁷ Bu durumda, boşanma davalarında, dava açanın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı araştırılacak, ayırt etme gücü yoksa boşanma talebi kabul edilmeyecektir. İsviçre Hukukunda, gerek, ayrıca birlikte yaşamanın katlanılmaz hale gelmesinin aranmadığı boşanma sebeplerinden birinin varolması, örneğin hayata kast, pek kötü davranış, zina veya terk hallerinde; gerek, ayrıca birlikte yaşamanın katlanılmaz hale gelmesinin arandığı boşanma sebeplerinden birinin varolması halinde, durum değişmeyecek, ayırt etme gücünden yoksun kimse boşanma talebinde bulunamayacaktır.¹⁸⁸

¹⁸⁷ BGE 85 II 221; 77 II 7,12; 68 II 145. (İMRE, Makale, 355, d. 37'den naklen), BGE 116 II 393. Burada, aile hukuku alanına giren şahsa mutlak surette sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili dava açılması durumunda, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin, mutlaka yasal temsilcisi tarafından temsil edileceği; fakat yasal temsilcinin bu haklara ilişkin hususlarda, ayırt etme gücüne sahip olmayan adına dava açamayacağı ileri sürülmektedir. Öğretide, bu yönde verilen kararlar, eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 63 ve ayrıca aynı sayfada d. 196'da adı geçen yazarlar. Yine öğretide bazı yazarlar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları, hiçbir şekilde kullanamayacağının kabulü durumunda, hak ehliyetinin genellik ve eşitlik ilkelerine aykırı düşüleceğini belirtmiş; ayırt etme gücünden yoksun kimsenin menfaati gerektiriyorsa, mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında, bu tür hakların temsil kabul etmeyeceğine ilişkin kuralın yumuşatılarak, buna bazı istisnalar getirilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, Aile, 233; **ATAAY**, 53. Yine **TEKİNAY**, 'menfaat kriteri'ni kabul etmekle birlikte, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların ve bu arada mutlak surette şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların, ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin yasal temsilcisi tarafından kullanılamayacağı hakkında Medeni Kanun'da hiçbir hüküm bulunmadığını, aksine, eski Medeni Kanun'un 353. maddesi gereği (TMK m. 403), yasal temsilcinin küçük ve kısıtlının maddî ve şahsî tüm menfaatlerini korumakla mükellef olduğunu, yine yasal temsilcinin yapamayacağı işlemlerin belirtildiği, eski Medeni Kanun'un 392. maddesinde (TMK m. 449), yasal temsilcinin, ayırt etme gücünden yoksun kimse adına şahsa sıkı sıkıya bağlı işlemleri yapamayacağına ilişkin bir düzenlemenin getirilmediğini belirtmektedir. Yazar, bu görüşü ileri sürmüş olmakla birlikte, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların bir kısmının, ne ayırt etme gücünden yoksun kimse, ne de onun adına yasal temsilcisi tarafından kullanılabilceğini, bu hakların yapıları itibarıyla temsil kabul etmeyen haklar olduklarını belirtmiş, bu haklara örnek olarak, nişanlanma, evlenme, af beyanında bulunma, nesebi red hakkı, evlat edinme haklarına yer vermiştir. Bkz. **TEKİNAY**, 231. Aksi görüşte, bkz. **İMRE**, 359. **ÖZTAN** ise, ayırt etme gücünün yokluğu halinde, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılmaması, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin aleyhine sonuç doğuracaksa, yasal temsilcinin bu işlemleri ayırt etme gücünden yoksun kimse adına yapabilmesinin mümkün sayılması gerektiğini, bu çözümün benimsenmesiyle, bu hakların şahsa bağlanmasından hareketle yorum yapılmış olacağını belirtmiştir.

¹⁸⁸ İsviçre Federal Mahkemesi, bu konuda vermiş olduğu bir kararda (BGE 78 II 101), ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, boşanma veya evlenmenin hükümsüzlüğü hakkında bir fikrinin olması, fakat, boşanmaya hükmedilmesi sonucunu doğuracak boşanma sebebini doğru bir şekilde gösterememesi halinde, boşanma

Bu hususta Yargıtay da, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseler aleyhine boşanma davası açılabileceğini kabul etmekte,¹⁸⁹ açılan boşanma davasında, ayırt etme gücüne sahip olmayan davalının yasal temsilcisi tarafından temsiline, bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir.¹⁹⁰ Buna ek olarak Yargıtay, İsviçre Federal Mahkemesinin aksine, bazı durumlarda, ayırt etme gücünden yoksun kimse adına yasal temsilcisinin boşanma davası açabileceğini kabul etmektedir. Burada Yargıtay, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin menfaati uyarınca, bu kimsenin çıkarını korumak ve onun zarar görmesini engellemek üzere,¹⁹¹ hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK m. 162); suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163) hallerinde, ayırt etme gücünden yoksun kişinin yasal temsilcisinin, ayırt etme gücünden yoksunun hayatına kast eden, ona pek kötü, onur kırıcı şekilde davranan veya kendisi suç işlemiş ve/veya haysiyetsiz hayat sürmekte olan eşe karşı boşanma davası açabileceğini kabul etmektedir.¹⁹²

talebinin dinlenilmeyeceği, yine yasal temsilcinin açacağı boşanma davasının da hükümsüz kabul edileceği belirtilmiştir. (İMRE, Makale, 356, d. 38’den naklen.)

¹⁸⁹ Yargıtay, ayırt etme gücü bulunmayan kimseye karşı boşanma davası açılması hususunda verdiği bir kararda (2. HD, 23.11.1970 t., E. 5676, K. 6199 s. K.) “kadında akıl hastalığı sebebiyle görülen akli bozukluk, iradi bir davranış olmadığından, bundan doğan olaylar, boşanma davası için geçimsizlik sebebi olamaz.” demektedir. (İMRE, Makale, 357, d. 44’ten naklen.) Yine, 2. HD tarafından, 23.11.1968 tarih, E. 564, K. 1628 sayılı kararda, akıl hastası eşin davranışlarının, ‘pek fena muamele’ grubuna giren davranışları oluşturmayacağı belirtilmiştir. (YAZICI/ATASOY, 261 den naklen.) Aynı görüş 2. HD’nin vermiş olduğu bir başka kararda (25.5.1967 t., E. 3221, K.2894 s. K.), ayırt etme gücü bulunmayan kimseye karşı açılan, terk sebebine dayanan boşanma davası bakımından da kabul etmiş, davalı kadın akıl hastası olduğundan, ‘şuuruna sahip olmayan’ bir kimsenin, ortak konutu terk etmesinde ve ihtara yanıt vermemesinde kusurlu olduğunun söylenemeyeceği, bu nedenle de boşanmaya karar verilemeyeceği belirtmiştir. (YAZICI/ATASOY, 241’den naklen.)

¹⁹⁰ 2. HD 1.4.1971 t., E. 1942, K. 2145; Bu kararda “boşanma davası akıl hastalığı sebebine dayandığından, akıl hastası olan davalıya vasi tayin ettirilerek, onun huzuru ile davaya devam olunmak icap ederken, husumet ehliyetine haiz olmayan davalının katılmasıyla davaya devam edilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır.” denilmektedir. (İMRE, Makale, 357’den naklen) Aynı yönde, 2. HD 15.9.1975 t., E. 6688, K. 6763 s. K. (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 63, d. 198’den naklen).

¹⁹¹ Öğretide, hernekadar Yargıtay’ın bu konuda vermiş olduğu kararlarda, ne ayırt etme gücünden yoksun kimsenin ne de onun yasal temsilcisinin ayırt etme gücü bulunmayan adına, şahsa mutlak surette bağlı bir hakkı kullanması mümkün değilken, belli boşanma sebeplerine münhasıran, bu hakların yasal temsilci tarafından, ayırt etme gücünden yoksun olan adına kullanılmasının gerekçesi açık bir biçimde ifade edilmemiş olsa da, burada Yargıtay’ın, ayırt etme gücünden yoksun olanın korunması amacını gütmüş olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. ZEVKLİLER/ACABEY/ GÖKYAYLA, 331; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 63.

¹⁹² 2. HD, 27.12.1994 t., E. 10866, K. 16256 s. K. (YKD, 1995, S. 8, 1250); 2. HD, 3.6.1964 t., E. 2642, K. 3059 s. K. (İKİD, 1964, S. 46, 3276); 2. HD, 3.3.1947 t., E. 5923, K. 1219 s. K. Yargıtay, sözkonusu kararında, boşanma davası açmanın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu kabul etmekte, fakat, davalı eşin, ahlâka aykırı davranışlarda bulunması ve özellikle de, bir başkası ile ‘metres hayatı yaşaması’ halinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin (2. HD’nin, 27.12.1950 tarih ve E. 1480, K. 1030 sayılı kararında belirtildiği üzere, ayırt etme

2.1.2.3.1.3. Nisbî Surette Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması

Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların, nisbî nitelikte olanlarının, ayırt etme gücünden yoksun olan adına, yasal temsilci tarafından kullanılması mümkündür. Kişilik haklarının büyük bir kısmını bu hak grubu oluşturur. Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sahip olduğu manevî tazminat talebi hakkının, yasal temsilci tarafından ileri sürülmesinin geçerli sayılması gerektiği belirtilmiştir.¹⁹³

Şahsa nisbî surette bağlı haklardan bir diğerinin de evlât edinme hakkı olduğu belirtilmektedir.¹⁹⁴ Türk Medenî Kanunu'nun 313. maddesinin ikinci fıkrası gereği, evli bir kimse, ancak eşinin rızasıyla evlat edinilebilir. Buradaki rızanın verilmesi de,

gücünden yoksun kimse bu davayı yasal temsilcisi aracılığıyla açacaktır) boşanma davası açabilmesinin bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir. (KÖMÜRCÜOĞLU/ERGÜNEY, 252; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 331, d. 521, 522'den naklen.) Yargıtay'ın konuya ilişkin çözümü, söz konusu kararlarda, 'akıl hastası' olmaya, 'vesayet altında' bulunmaya değinilirken, boşanma davası açan kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığından bahsedilmemiş olması sebebiyle eleştirilmiştir. Yazar, akıl hastası veya kısıtlanmış olan bir kimsenin de ayırt etme gücüne sahip olabileceğini, eğer bu kimse ayırt etme gücüne sahip ise, Türk Medenî Kanunu'nun 16. maddesi gereği, boşanmaya ilişkin hak da dahil, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları doğrudan veya boşanma bakımından, iradesini, isteğini belirterek, yasal temsilcisi aracılığıyla kullanabileceğini belirtmiş, söz konusu Yargıtay kararlarında 'ayırt etme gücünden' bahsedilmemiş olmasını eleştirmiştir. Yine yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, boşanma davası açabileceğinin kabul edildiği Yargıtay kararlarında, ayırt etme gücünden yoksun adına yasal temsilcisinin, boşanmayı hangi hallerde talep ve dava edebileceği hususunun açıklanmadığını, ayırt etme gücünden yoksun olanın boşanma talebinin hangi hallerde kabul edileceğine ilişkin bir kriter getirilmediğini belirterek, Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarını eleştirmiştir. Bkz. **İMRE**, Makale, 358, 359. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi adına, diğer eşe karşı, yasal temsilci tarafından dava açılabilmesi konusunda, bkz. **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 331 vd; **DURAL/ÖĞÜZ**, 77. Yazar, boşanma sebeplerinden mutlak boşanma sebepleri ve nispi boşanma sebepleri arasında, ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından bir ayırım yaparak, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yasal temsilcisinin, ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin eşinin mutlak boşanma sebeplerinden birisini gerçekleştirmiş olması durumunda, ayırt etme gücünden yoksun olan adına boşanma davası açabileceğini belirtmektedir. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 63; **ARPACI**, 54. Öğretide de, baskın görüş, ayırt etme gücünden yoksun olan adına yasal temsilcisinin boşanma davası açabileceğini kabul etmekte, buna dayanak olarak da, 'menfaat kriterini' göstermektedir. Buna göre, ayırt etme gücü bulunmayan kimse adına yasal temsilcisi, eğer boşanma davası açılması ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin menfaatine ise, boşanma davası açabilecektir. Bkz. d. 187'de belirtilen yazarlar. **İMRE**, burada menfaat kriteri yerine 'zaruret kriteri'nin benimsenmesi gerektiğini, menfaat kriteri ile ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin boşanma davası açamaması kuralına bir istisna getirilmiş olmayacağını, bu şekilde istisnanın kurala dönüştürülmüş olacağını savunmuştur. Yine yazara göre, eski Medenî Kanun'un 405. maddesi, sekizinci bendi (TMK m. 462/ b. 8) gereği, yasal temsilci tarafından ayırt etme gücünden yoksun olan adına açılacak boşanma davasında, vesayet organı olan sulh hukuk mahkemesinin de, davanın açılmasına ilişkin izni aranmak şartıyla mümkün olmalıdır. Ayrıntılı açıklama için bkz. **İMRE**, Makale, 361.

¹⁹³ **İMRE**, Makale, 352. Yazar, bu konuda bir Yargıtay kararına yer vermiştir. Bu kararda (3. HD, 29.12.1960 t., E. 8613, K. 6973 s. K., **YAZICI/ATASOY**, 32'den naklen): "İrz ve namusuna tasaddi edildiğinden ötürü, tecavüze uğrayan küçük veya mahcurun manevî tazminat talebi davası, bunun temyiz kudretine sahip olması şartı ile kabul edilmek gerekir" denilmektedir. Yazar, bu karara yer verdiği notta, böyle bir tecavüze uğrayanın ayırt etme gücünden yoksun bulunması halinde, manevî tazminat talebinin, onun adına, yasal temsilcisi tarafından kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Tarafımızca, böyle bir görüşe, belirtilen mahkeme kararından ulaşılamaz. Bkz. 352, d. 31.

¹⁹⁴ **ATAAY**, 53.

şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak teşkil etmektedir. Rızası aranan eş, ayırt etme gücüne sahipse, kısıtlı veya onsekiz yaşından küçük olsa bile, ki bu durumda eş evlenme nedeniyle ergindir, kendisi rızasını şahsen beyan edebilir. Rızası alınacak eşin, ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda, Türk Medenî Kanunu'nun 311. maddesinin, birinci fıkrası, birinci bendi gereği bu rıza aranmayacaktır.¹⁹⁵ Yargıtay, verdiği bir kararda, yaşın düzeltilmesi talebinin, nisbî surette şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu belirtmiştir.¹⁹⁶



¹⁹⁵ Bu hükmün Türk Medenî Kanunu'nda yer almasından önce, öğretide, bazı yazarlar, sözkonusu rızanın, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin yasal temsilcisi tarafından verilebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. **TEKİNAY**, Aile, 363; **FEYZİOĞLU**, Aile, 367; **İMRE**, Makale, 353. Yine öğretide bazı yazarlar, Alman ve Avusturya Medenî Kanunlarında yer alan çözüm tarzının benimsenerek, eşin evlât edinmesine rıza göstermesi gereken diğer eşin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda, artık onun rızasının aranmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Bkz. **EGGER**, Aile, Art. 266, N.1; **ATAAY**, Makale, 442 vd

¹⁹⁶ HGK, 13.1.1954 t., E.3, K.1-1 s.K. (**YAZICI/ATASOY**, 34'den naklen.)

2.1.2.3.2. Hukukî İşlemlerin Sonuçları

2.1.2.3.2.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, kanunen gözönüne alınabilecek bir iradeleri bulunmadığından,¹⁹⁷ bu kimselerin hukukî işlem ehliyetleri de bulunmamaktadır.¹⁹⁸

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, kural olarak, fiili ile kendi lehine veya aleyhine hak veya borç yaratamaz. Ne kendisinin yapacağı irade açıklaması, ne de kendisine yapılan irade açıklaması sonuç doğurur.¹⁹⁹

2.1.2.3.2.2. Hukukî İşlemlerin Geçersizliği

Ayırt etme gücünden yoksun olanların yaptıkları hukukî işlemler hükümsüzdür (TMK m.15).²⁰⁰ İşlemin geçersizliğine ilişkin olarak, tarafların bir dava açmalarına da gerek yoktur.²⁰¹ Bu bağlamda, işlem kural olarak, kendiliğinden hükümsüz olduğundan, mahkemenin bu hususta vereceği karar da, bir tespit hükmüdür.²⁰² Geçersizlik, ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin yasal temsilcisi tarafından veya karşı tarafça ileri sürülebilir. Yargıç, açılan davada, kişinin ayırt etme gücüne

¹⁹⁷ ATAAY, 102; AKİPEK/AKINTÜRK, 320; İMRE, Makale, 349; ARPACI, 41.

¹⁹⁸ ÖZTAN, 83; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 59; ÖZSUNAY, 51; DURAL/ÖĞÜZ, 77.

¹⁹⁹ EGGER, Art.18, N.2; ÖZTAN, 84. Yazar bu geçersizliğin fiil ehliyetinin bulunmadığının tespiti anından değil, akdin yapıldığı andan itibaren mevcut olduğunu belirtmektedir; ÖZSUNAY, 50; AKİPEK/AKINTÜRK, 320; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 59; KÖPRÜLÜ, 218. Yazar, ayırt etme gücüne sahip olmayanın, susmak suretiyle de bir hukukî işlemin kurulmasını sağlayamayacağını belirtmektedir. Buna göre, Borçlar Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan, icaptan sonra, kabul beyanının iletilmesi için öngörülmüş olan "münasip müddet" içinde susulmuş olması, burada, kabul anlamına gelmeyecektir.

²⁰⁰ Ayırt etme gücünden yoksun olanların yaptıkları hukukî muamelelerin geçerliliğine ilişkin diğer ülke hukuklarındaki çözümler için bkz. İMRE, Makale, 349.

²⁰¹ EGGER, Art.18, N.14; ÖZTAN, 84; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 59; DURAL/ÖĞÜZ, 77.

²⁰² AKİPEK/AKINTÜRK, 323; ARPACI, 44. Yazar, burada, evliliğin veya ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğine ilişkin açılan davalarda, mahkemenin verdiği hükmün, yenilik doğuran kararlardan olduğunu belirtmektedir. Yine bu davanın açılması için süre öngörülmemiştir.

sahip olup olmadığını, re'sen gözönüne alır.²⁰³ Ehliyetsizliğin ileri sürülmesi, def'i değil, itiraz niteliğindedir.²⁰⁴

Yasal temsilcinin, ayırt etme gücüne sahip olmayanın yapmış olduğu işleme izin veya icazet vermesi veya işleme ayırt etme gücüne sahip olmayanla birlikte katılması, aynı şekilde ayırt etme gücünden yoksun olanın sonradan ayırt etme gücünü kazanarak, kendi işlemine onay vermesi hallerinde, işlem geçerli hale gelmez.²⁰⁵ Şahsa sıkı sıkıya bağlı işlemler hariç olmak üzere, ayırt etme gücünden yoksun adına hukukî işlemleri, onun yasal temsilcisi yapar. Yasal temsilci tarafından yapılan hukukî işlem, temsil edilen ayırt etme gücünden yoksun hakkında hüküm ifade eder.²⁰⁶ Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasına bağlı işlemler ise, kural olarak, ne ayırt etme gücünden yoksun olan kişi, ne de onun adına yasal temsilcisi tarafından yapılabilir.²⁰⁷

²⁰³ İMRE, Makale, 362; DURAL/ÖĞÜZ, 77; ÖZSUNAY, 51; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 59; ÖZTAN, 84; KÖPRÜLÜ, 218; ATAAY, 102.

²⁰⁴ EGGER, Art.18, N.3; ÖZTAN, 84; İMRE, Makale, 362; KÖPRÜLÜ, 218; ÖZSUNAY, 51.

²⁰⁵ EGGER, Art.18, N.2; ÖZTAN, 85; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 59; TEKİNAY, 230; KÖPRÜLÜ, 217; ÖZSUNAY, 51; ATAAY, 102; AKİPEK/AKINTÜRK, 323. Yargıtay HGK, 12.7.1967, 1966/4-162, 328 s. K.; 2. HD, 23.2.1970, E. 6881 K. 1067, YAZICI/ATASOY, 29; Yargıtay HGK, 19.11.1969, 969/T.527, 828 s. K. Aynı yazar, 22. 7.HD, 13.4.1981, E. 3667, K. 4492 (YKD, 1981, C. VI, S. 2, sh. 992); 1. HD, 27.9.1979, E. 7978 K. 10405 (YKD, 1979, C.V, sh. 1695); 4. HD, 20.11.1978, E. 1235 K. 12862 (YKD, 1973, C. VIII, sh. 963) (ÖZTAN, 85, dpn. 153'ten naklen)

²⁰⁶ TEKİNAY, 230; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 59; İMRE, 353; KÖPRÜLÜ, 217; ÖZSUNAY, 51. Yazar, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili görüş belirtmemiştir.

²⁰⁷ İMRE, Makale, 353. Yazar, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların, mutlak olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar ve nisbî olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmesi gerektiğini ve mutlak biçimde şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların ne ayırt etme gücünden yoksun kişi, ne de onun yasal temsilcisi tarafından kullanılabileceği konusunda bir tereddütün bulunmadığını belirtmektedir. Mutlak olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar, bu anlamda temsil ve vekaletle "cevaz vermeyen" haklardır. Bu haklara örnek olarak ölüme bağlı tasarruf yapılması, evlilik dışı çocuğun tanınması, nişanı bozma hakkı, nesebin reddi hakkı, evlenmenin feshini talep hakkı, keza af beyanı verilebilir. Yine nişanlanma ve evlenme de mutlak olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Yazarın, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların nisbî nitelikte olanlarına ilişkin açıklamalarına istisnalar kısmında yer verilecektir. (Bkz. 2.1.2.3.2.3.) KÖPRÜLÜ, 218. Yazar, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların, ne ayırt etme gücünden yoksun kimse, ne de onun yasal temsilcisi tarafından kullanılabilmesinin adaletsiz birtakım sonuçlar doğurabileceğini, bu nedenle de nisbî olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların, yasal temsilci tarafından ayırt etme gücünden yoksun adına kullanılmasının, bu kimselerin çıkarlarına, genellik, eşitlik ve toplumsal adalet prensiplerine daha uygun olacağı kanaatindedir. TEKİNAY, 230. Yazar, öğretilde şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların, ayırt etme gücünden yoksun kişi adına, yasal temsilcisi tarafından kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin tartışmaların, eski Medenî Kanun'un 16. maddesinin (TMK m.16), yanlış yorumlanmasından kaynaklandığını belirtmektedir. Yazara göre bu madde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerle, ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kullanılabileceğine ilişkin olup, bu maddede ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yasal temsilcisinin, onun adına bu hakları kullanılabileceğine dair bir düzenleme getirilmemiştir. Aksine, eski Medenî Kanun'un 353. maddesi (TMK m. 403), yasal temsilciye (vasi ve kayyım) küçüğün veya

Türk Medenî Kanunu'nun 15. maddesi hükmü, ayırt etme gücü bulunmayanı korumak amacıyla getirilmiş bir hükümdür.²⁰⁸ Ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin menfaatiyle, bir üçüncü kimsenin menfaati karşılaştığında, korunacak olan menfaat, ayırt etme gücünden yoksunun menfaatidir.²⁰⁹ Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksunla sözleşme yapan bir kimse, karşı âkitin ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bilmeseyse bile, sözleşme geçersiz olacaktır.²¹⁰ Bu bağlamda, sözkonusu kimsenin, karşı tarafın ayırt etme gücünden yoksun olduğunu hiçbir şekilde bilme imkânının olmaması da sonucu değiştirmeyecektir.²¹¹

kısıtlının bütün menfaatlerini koruma yükümlülüğü getirmiştir. Eski Medenî Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası, sadece bu tür haklar bakımından bir istisna getirmiştir ve ayırt etme gücüne sahip küçüklerle kısıtlıların şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları bizzat kullanabileceklerini ve bu konuda yasal temsilin sözkonusu olmayacağını düzenlemiştir. Ayırt etme gücünden yoksunlar için böyle bir hüküm yoktur. Öte yandan, yasal temsilcinin kısıtlı adına yapamayacağı işlemleri düzenleyen eski Medenî Kanun'un 392. maddesi (TMK m.449) hükmü, yasak işlemler arasında kısıtlı adına şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılamayacağına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Yazar, bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların, ayırt etme gücünden yoksun kişi adına yasal temsilcisi tarafından kullanılamayacağı şeklinde genel bir sonuca ulaşamayacağı görüşündedir. Buna rağmen yazar da, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar arasında temsil kabul etmeyen bir kategorinin bulunduğunu, bu kategori hakların ne ayırt etme gücünden yoksun kişi tarafından, ne de onun adına yasal temsilcisi tarafından yapılabileceğini kabul etmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. İMRE, Makale, 353-361) (Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. 2.1.2.3.1.)

²⁰⁸ ÖZTAN, 84; ATAAY, 102; İMRE, Makale, 363; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 59.

²⁰⁹ ÖZTAN, 84; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 59.

²¹⁰ Ayırt etme gücünden yoksunla hukukî işlemi yapan kimsenin durumu, farklı hukuk sistemlerinde farklı şekilde düzenlenmiştir. Alman ve Avusturya Medenî Kanunlarında benimsenen çözüm, İsviçre-Türk Medenî Kanunlarındaki çözümle aynı olup, buna göre, ayırt etme gücünden yoksun kimse ile işlem yapan kişi, ister iyiniyetli olsun, ister kötünietli, yapılan işlem, sözleşme, geçersizdir. Fransız Hukukundaki durum da buna benzer niteliktedir. Fransız Hukukunda, geçersizlik, butlan değil, iptal biçiminde düzenlenmiş olmakla birlikte, sözleşmenin diğer tarafı iyiniyetli olsa bile, iptal davası açılabilir. İngiliz hukukunda ise, ayırt etme gücü bulunmayan bir kimse ile yapılan sözleşme, ancak karşı taraf bu durumu bilmekte ise iptal olunabilir. Burada, kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğunun, yaşadığı çevrede bilinmesi yeterli olmayacak, ayırt etme gücünden yoksunluğun, bizzat karşı tarafça da biliniyor olması aranacaktır. Yunan Medenî Kanunu ise, bu konuda, ortalama bir çözüm şekli benimseyerek, ayırt etme gücünden yoksun olan kimse ile yapılan sözleşmenin geçersiz olduğunu kabul ederek, karşı tarafın iyiniyetli olması, yani sözleşme yaptığı kimsenin ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bilememesi durumunda, ayırt etme gücünden yoksunun karşı tarafın uğradığı zararı tazmin edeceğini düzenlemiştir. Bkz. YUNG, Makale, 285. Öğretide, bu gibi durumlar bakımından, Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi hükmü ile düzenlenmiş bulunan hakkaniyet sorumluluğuna başvurulabileceği belirtilmiştir. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 60; OĞUZMAN/ÖZ, 603; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 502.

²¹¹ İMRE, Makale, 363, 28.7.1941 tarih 4/21 s. İBK (İMRE, Makale, 363, d. 62'den naklen); KÖPRÜLÜ, 218; AKİPEK/AKINTÜRK, 323; ÖZTAN, 84. Yazar, ayırt etme gücü bulunmayanın üçüncü kişilerle yaptığı hukukî işlemlerde, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağını, Türk Medenî Kanunu'nun 989. maddesinde açıkça hükme bağlanmış olduğundan bahsetmektedir. Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun bir kimseden taşınır mal alan kişinin elindeki mal, ayırt etme gücüne sahip olmayanın iradesi, dolayısıyla da hukuken geçerli bir irade beyanı olmayacağından, irade dışı elden çıkan mal gibidir. Bu durumda, Türk Medenî Kanunu'nun 989. maddesi hükmü işlerlik kazanacak ve kişinin malı satın alan üçüncü kişi, ancak mal, ayırt etme gücünden yoksun olanın elinden çıktıktan sonraki davasız ve kesintisiz beş yılın sonunda, bu malın maliki olacaktır. Bu hükmün uygulanması bakımından, malın kaç yıldır bu kimsenin zilyetliğinde bulunduğu değil, malın, ayırt etme gücünden yoksunun elinden çıktıktan sonra, davasız ve kesintisiz beş yılın tamamlanmış olup olmaması

2.1.2.3.2.3. Hukukî İşlemlerin Geçersizliğine Getirilen İstisnalar

2.1.2.3.2.3.1. Evlenme

Eğer ayırt etme gücü, akıl hastalığı sebebiyle makul surette hareket edememeden dolayı sözkonusu değilse ve akıl hastalığı, Türk Medenî Kanunu'nun 145. maddesinin, ikinci fıkrası hükmünde belirtilen 'evlenmeye engel olacak derecede bir akıl hastalığı' ise; ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin yaptığı evlilik, sözkonusu akıl hastalığı sebebiyle butlanla sakatsa dahi, Türk Medenî Kanunu'nun 156. maddesi gereği, bu evlilik, yargıç kararıyla sona erdirilinceye kadar, geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseler evlenemez (TMK m. 125). Fakat böyle bir evlilik gerçekleşmişse, bu evlilik, kanun gereği, evlenmenin kamu düzeni ile ilişkisi ve özellikle de bu arada doğacak çocukların soybağlarının düzgün olmasının amaçlanmış olması sebebiyle, kendiliğinden hükümsüz olmayacak, hatta mahkeme kararına kadar geçerli bir evlenme gibi hukukî sonuç doğuracaktır.²¹²

önemlidir. Taşınmaz mallarda ise, tapu sicilindeki kayda güvenerek, taşınmazı, ayırt etme gücünden yoksun kimseden alan kişiden satın almış kişi, Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesinde yer alan "tapu kaydına itimat" prensibi gereği, malı satın alır almaz malın maliki olur. Oysa, taşınmazı, ayırt etme gücünden yoksun olandan alan kimse, Türk Medenî Kanunu'nun 712. maddesi gereği, malı davasız ve kesintisiz olarak on yıl süreyle, iyiniyetli olarak elinde bulundurursa ancak, malın mülkiyetini kazanır. Aynı görüşte **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 59; **VELİDEDEOĞLU**, 68. Yazar, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişiden taşınır mal alınması durumunda, taşınırı devir ve teslim eden ayırt etme gücünden yoksun kişinin iradesinin sözkonusu olamayacağından, taşınırın, sahibi elinden iradesi dışında çıkan bir mal sayılacağı ve Türk Medenî Kanunu'nun 989. maddesinin birinci fıkrasında, taşınır malı elinden iradesi dışında çıkan malike sağlanan himayenin, ayırt etme gücünden yoksun malike de tanınması gerektiğini belirtmektedir. **ATAAY**, sözkonusu görüşe katılmakla beraber, bu fıkra kabul edilmesi halinde, taşınır malın daha önce ayırt etme gücünden yoksun bir kişiden alınmış olduğunu bilmeden (ve bilmesi gereken bir durum içinde de olmadan) bir başkasından satın alan kimsenin haklarının, beş yıl geçmedikçe korunmaya değer bulunmadığını, dolayısıyla ayırt etme gücü bulunmayanın menfaatinin, iyiniyetli üçüncü kimselerin menfaatine tercih edilmekte olduğunu belirtmektedir. Bkz. **ATAAY**, 106.

²¹² **DURAL/ÖĞÜZ**, 68; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 61; **ÖZTAN**, 86. Yazar, hükümsüzlüğün butlan biçiminde olması durumunda, tüm ilgililerin bu geçersizliği ileri sürebilmesine ilişkin olarak, evlenme sırasında ayırt etme gücüne sahip olmayıp, daha sonra ayırt etme gücüne sahip olan, dolayısıyla ayırt etme gücünü evlendikten sonra kazanan kimse bakımından, artık evliliğin geçersizliğini ileri sürme hakkına tüm ilgililerin değil, sadece ayırt etme gücünü sonradan kazanan eşin sahip olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 316; **AKİPEK/AKINTÜRK**, 327. Böyle bir evlilikten doğmuş çocuklar Türk Medenî Kanunu'nun 157. maddesi, birinci fıkrası hükmü gereği, evlilik içinde doğmuş sayılırlar. Yine eş de, eğer iyiniyetli ise, bu evlilik ile kazanmış olduğu statüyü korur (TMK m. 158).

Kişinin, ayırt etme gücünü evlilik sırasında geçici olarak yitirmesi durumunda hükümsüzlük, butlan şeklinde değil, iptal edilebilirlik biçiminde olacaktır. Bu durumda, Türk Medenî Kanunu'nun 148. maddesi gereği, geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun eş, evlenmenin iptalini dava edebilecektir.

2.1.2.3.2.3.2. Ölüme Bağlı Tasarruflar

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yaptığı ölüme bağlı tasarruflar; ki burada ölüme bağlı tasarrufla kastedilen, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yapmış olduğu miras sözleşmesi mutlak butlanla sakat olacağından, vasiyetnamedir; kendiliğinden hükümsüz olmaz. Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesi gereği ölüme bağlı bir tasarruf, mirasbırakanın tasarruf ehliyetinin bulunmadığı bir sırada yapılmış olursa, ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açılabilir. Bu davayı ancak, mirasçılar veya lehine mal vasiyet edilen kimse, Türk Medenî Kanunu'nun 559. maddesinde belirtilen süreler içinde açabilir. Bu süreler içinde davanın açılmaması halinde ölüme bağlı tasarruf geçerli hale gelecektir.²¹³

Karar geçmişe etkili olup, mirasın açılmasından itibaren hüküm ifade eder.²¹⁴

2.1.2.3.2.3.3. Dürüstlük Kuralının Sonuçları

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yapmış olduğu hukukî işlemlerin hükümsüzlüğü kuralı, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin korunması amacıyla öngörülmüştür.²¹⁵ Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yaptığı bir hukukî işlemin

²¹³ Türk Medenî Kanunu'nun 559. maddesinin, ikinci fıkrası hükmü gereği, belirtilen süreler geçtikten sonra, bu geçersizlik hakkında dava açılmasa da, geçersizlik her zaman def'i yoluyla ileri sürülebilir. Öğretide kanunkoyucunun burada ölenin son arzularına uymak amacıyla, butlan müeyyidesini öngörmediği belirtilmektedir. Bkz. **KÖPRÜLÜ**, 220.

²¹⁴ **DURAL/ÖĞÜZ**, 66; **ARPACI**, 44. Bu konuda öğretide bu geçersizliğin ölüme bağlı tasarrufun yapılış anına kadar, geçmişe etkili olacağı ileri sürülmüştür. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Miras, 341.

²¹⁵ **ÖZTAN**, 86; **DURAL/ÖĞÜZ**, 66; **ARPACI**, 42; **İMRE**, Makale, 364; **ÖZSUNAY**, 53. Yazar, hakkın, özellikle de ayırt etme gücünden yoksun olanın açıkça zararına olacak biçimde kötüye kullanılmasının mümkün

hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi, bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir.²¹⁶

Hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı kötüye kullanılarak, dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun olana zarar vermek amacıyla kullanılıyorsa, geçerli sayılmayacak ve Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin, ikinci fıkrası hükmü gereği, ayırt etme gücünden yoksun olan tarafından yapılmış olmasına rağmen işlem geçerli olabilecektir.²¹⁷

Öte yandan, hakkın kötüye kullanılması yasağı, yalnızca ayırt etme gücünden yoksunla işlem yapan kimse bakımından değil, ayırt etme gücü bulunmayan kimse bakımından da sözkonusudur. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yaptığı işlemin, ayırt etme gücüne sahip bir kimse tarafından da aynı şekilde yapılacak olması durumunda, hükümsüzlüğü ileri sürme, hakkın kötüye kullanılması anlamına

sayılmaması gerektiğini belirtmektedir. Burada üzerinde önemle durulan husus, işlemin hükümsüz sayılması durumunda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zarar görecektir olmasıdır. **ERTEN**, İyiniyet, 209. Yazar, sözkonusu makalesinde, Türk Medenî Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan düzenlemenin, kamu menfaatinden çok, ayırt etme gücü bulunmayan koruma amacı güttüğünü belirtmektedir. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 61; **ATAAY**, 106. Yargıtay'ın bu hususta verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında (9.3.1955 t., 22/2 s. İBK, RG 1955 s. 9039) , “Medenî Kanun'un 15. maddesindeki hükmün vazında asıl gaye ve maksadın, medenî hakları kullanmaktan gayrimüeyyizlik sebebiyle mahrum olan kimselerin korunması olduğu meydandadır.” denilmektedir (**DURAL/ÖĞÜZ**, 66'dan naklen).

²¹⁶ **EGGER**, Art. 18, N.13; **ÖZTAN**, 87; **ÖZSUNAY**, 53; **DURAL/ÖĞÜZ**, 66; **AKİPEK/AKINTÜRK**, 330; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 61; **ARPAÇI**, 42; **ATAAY**, 106; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 318; **TEKİNAY**, 234; **İMRE**, Makale, 364. Burada belirtilmelidir ki, Türk Medenî Kanunu'nun 15. maddesi hükmü düzenlemesine bu şekilde getirilen istisna, genel olarak, hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesi hükmünde düzenlenmiş dürüstlük kuralı ile sınırlanmasının bir sonucudur. Dürüstlük kuralı, bir hakkın amacına uygun biçimde kullanılmasını emreder. Hakkın, bu anlamda kötüye kullanılmasını yasa korumaz. Bkz. **ARPAÇI**, 42; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 318. Yargıtay'ın d. 215'te yer verilmiş olan İçtihadı Birleştirme Kararında, Türk Medenî Kanunu'nun 15. maddesi hükmü ile getirilen ayırt etme gücünden yoksun kimsenin ehliyetsizliği kuralının, bu hükmün ayırt etme gücünden yoksun kimseyi korumak amacıyla konulduğu gözardı edilerek, mutlak biçimde anlaşılması durumunda doğacak sakıncalar, şu şekilde belirtilmiştir: “...Şu halde bu kanun hükmünün sevk ve gayesine münafi olarak, mümeyyiz olmayan kimsenin alacağını temin etmek için yapılan kefâlet ve mümeyyiz olmayan kimseye yapılan hibeyi geçerli saymamak bu gayenin dışında kalan neticeler olacaktır. Bundan başka mümeyyiz olmayan kimsenin yaptığı bir iş akdi batıl sayıldığı takdirde, işveren yalnız mamelekinde meydana gelen zenginleşmeden dolayı bir miktar para verecek, mukavele edilen ücretle mülzem bulunmayacaktır. Ayrıca bu kimseyi, iş akdi hükümsüz bulunduğundan, işçi sigortalarından ve işçiyi koruyan diğer kanun hükümlerinden istifade ettirmemek vaziyeti hasıl olacaktır. Keza gayrimümeyyiz olan bir kimsenin satın aldığı piyango biletine bir miktar para isabet etse, satış hükümsüz olduğu için, ikramiyenin de kendisine ait olmadığı neticesine varmak icap edecektir. Görülüyor ki Türk Medenî Kanunu'nun 15. maddesinin mümeyyiz olmayan kimse aleyhine dermeyeran edilmesi, bu hükmün konması maksadına aykırı ve adil olmayan neticeler doğurmaktadır.”

²¹⁷ **DURAL/ÖĞÜZ**, 66; **ARPAÇI**, 42; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 60; **ÖZSUNAY**, 53. Anılan İçtihadı birleştirme kararında da aynı sonuca varılmaktadır. Bkz. d. 215 ve 216'daki açıklamalar.

gelecektir. Dolayısıyla, somut olayda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, eğer ayırt etme gücüne sahip olsaydı aynı şekilde davranacağı, yani normal bir kimse olsaydı, aynı işlemi aynı şartlarla yapacağı sonucuna varılabiliyorsa, söz konusu işlemin geçersizliği, ayırt etme gücünden yoksun kişi adına yasal temsilcisi tarafından ileri sürülemeyecektir.²¹⁸

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yaptığı hukukî işlemlerin geçersizliğinin ileri sürülmesine getirilen bu iki yönlü istisna, Türk Medenî Kanunu'nun 15. maddesi hükmünden anlaşılmaktadır. Söz konusu maddede, 'kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere', ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukukî işlemlerinin sonuç doğurmayacağı belirtilmektedir.²¹⁹

²¹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 62; ÖZSUNAY, 54; ARPACI, 43; İMRE, Makale, 366; ATAAY, 106; AKİPEK/AKINTÜRK, 330. Yazar hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının, ayırt etme gücünden yoksun tam ehliyetsiz veya onun yasal temsilcisi tarafından kanunun amacına uygun kullanılmasının gerektiğini, ayırt etme gücünden yoksunun korunmasını zorunlu kılmayan hallerde bu hakkın kullanılmasının, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin, ikinci fıkrası anlamında, hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğini belirtmiştir. Yukarıda, d. 215'te anılan 1955 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da, "...Fihakika, mümeyyiz olmayan kimse, temyiz kudretine sahip olsaydı, aynı tarz muamelede bulunacak idiyse, temyiz kudretinden mahrum olduğunu ileri sürerek, muamelenin hükümsüzlüğünü dermeyeran edememelidir....Başka bir tabirle mümeyyiz olmayan tarafından hukukî muamelenin hükümsüzlüğü iddiası, objektif hüsniyet kaidelerine aykırı olduğu takdirde dinlenilmez, zira bu hakkın suiistimali durumuna girer ve kanunî himayeden mahrum olur." denilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak ayrıca Yargıtay TD'nin, 28.4.1955 tarih, E. 6637, K. 7734 sayılı kararında da aynı görüşe yer verilmiştir (ATAAY, 108, d. 20'den naklen).

Bu konuya örnek olarak, ödünç sözleşmesi ile, karşı taraftan, bir miktar para alıp, bu parayı kullandıktan sonra, yapılmış ödünç sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürerek, ödünç paranın iadesinden kaçınılması durumu gösterilmiştir. Böylesi durumunda, ayırt etme gücünden yoksun kimse tarafından, ayırt etme gücünün yokluğu nedeniyle, Türk Medenî Kanunu'nun 15. maddesi hükmü gereği, yapılan işlemin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ve yapılan işlem geçerli sayılacaktır (Örnek için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 62).

²¹⁹ Öğretide, geçersizliğe hakkın kötüye kullanılması yasağı ile getirilen bu istisnanın, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin, ikinci fıkrası hükmünün düzeltici fonksiyonunun bir görünümü olduğu belirtilmiş, bu esasın uygulanması ile, hem adaletin gerçekleşeceği, hem de hukukî muamelelerde güven ve istikrarın sağlanacağı ileri sürülmüştür. Bkz. İMRE, Makale, 366.

2.1.2.3.3. Maddî Fiiller Açısından

2.1.2.3.3.1. Genel Olarak

Hukuk düzeninin, kişinin fiili ile oluşan duruma, o kimsenin iradesine bakılmaksızın sonuç bağladığı hallerde, herhangi bir iradesi olmayan ayırt etme gücünden yoksunun fiili de hukukî sonuç doğurur.²²⁰

2.1.2.3.3.2. Maddî Fiillerin Hukukî Sonuç Yaratması

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, irade gerektirmediğinden, işleme (TMK m. 775), karışma veya birleşme (TMK m. 776) sebepleriyle, bir taşının mülkiyetini kazanabilir.²²¹ Yine mirasın kazanılmasında, mirasçılar arasında bir ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse varsa, bu kimse, mirasın kazanılmasında, irade beyanında bulunmak gerekmediğinden, kendiliğinden mirasçı olacaktır.²²² Bir iradenin mevcudiyetini gerektirmediğinden, Türk Medenî Kanunu'nun 771. ve 772. maddelerinde düzenlenmiş bulunan, 'bulunmuş eşyanın mülkiyetinin kazanılması, eşyanın geri verilmesi' ve 'define bulunması' durumlarında, bulmuş olduğu eşyayı

²²⁰ ÖZTAN, 88; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 60; ARPACI, 41; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 316; TEKİNAY, 232.

²²¹ EGGER, Art. 18, N.7; ÖZSUNAY, 52; ARPACI, 41. Yazar, Türk Medenî Kanunu'nun 775. maddesi, ikinci fıkrası hükmünün, ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından sözkonusu olmayacağını belirtmektedir. 'İşleme' kenar başlığını taşıyan, sözkonusu madde, "İşleyen iyiniyetli değilse, emeğin değeri, işlenen şeyin değerinden daha fazla olsa bile hâkim, yeni şeyi malike bırakabilir" hükmünü içermektedir. Ayırt etme gücünden yoksun kimse iyiniyetli veya kötünietli olamayacağından, bu hüküm ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir başkasının malını işlemesi durumunda sözkonusu olmayacaktır. DURAL/ÖĞÜZ, 66. Yazar da Türk Medenî Kanunu'nun 775. maddesinin, ikinci fıkrasının, ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından uygulanmayacağını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 60; ÖZTAN, 88; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 316; TEKİNAY, 232; AKİPEK/AKINTÜRK, 329. Burada belirtilmelidir ki, zamanaşımı ile mülkiyeti kazanmada, ayırt etme gücünün bulunması gerekir. Çünkü bu hallerde mülkiyetin kazanılması, malik gibi hareket etme iradesini gerektirmektedir. Aynı şekilde, mülkiyetin terk yolu ile kaybedilmesinde, ayırt etme gücünden yoksun olanın terke yönelik iradesi sözkonusu olmadığından, ayırt etme gücüne sahip olmayan malik, mülkiyet hakkını, terk yolu ile kaybedemez. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ, 66; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 61.

²²² ÖZTAN, 88; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 316; DURAL/ÖĞÜZ, 68. Yazar, mirasın geçmesi için, reddinden farklı olarak, fiil ehliyetinin varlığının aranmayacağını, mirasçı kural olarak herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, kendiliğinden mirası iktibas ettiği için, sadece hak ehliyetinin varlığının yeterli olduğunu belirtmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin kendisinin yaptığı ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği hakkında bkz. 2.1.2.3.2.3.2.

sahibine iade eden veya define bulmuş olan ayırt etme gücünden yoksun kimse, Türk Medenî Kanunu'nun 771. maddesi, ikinci fıkrası gereği yaptığı giderlerin ödenmesini, uygun bir ödül verilmesini, Türk Medenî Kanunu'nun 772. maddesinin, üçüncü fıkrası gereği, bulduğu definenin değerinin yarısını aşmamak üzere, yine uygun bir ödül verilmesini talep edebilir.²²³

Bu bağlamda ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bir yerde oturması, oturduğu yerin, bu kimsenin yerleşim yeri olması sonucunu doğuracaktır.²²⁴

Yine öğretide, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin velayet hakkının kaldırılabileceğini; velâyet hakkının alınmasının, velâyet altındaki küçüğe karşı bazı ödevlerin yerine getirilmemesi sonucu ortaya çıkacağını, bu bağlamda velinin kusurunun aranmadığını belirtilmektedir.²²⁵

Ayrıca, ayırt etme gücünden yoksun olan kimse aleyhine babalık davası açılması durumunda, ayırt etme gücünden yoksunun, Türk Medenî Kanunu'nun 304. maddesi ile düzenlenmiş giderleri ödemesine hükmedilebilecektir.²²⁶

Bütün bu hallerde, ayırt etme gücünden yoksun kimse lehine veya aleyhine sonuç doğması için, ayırt etme gücünden yoksun olanın iradesine gerek yoktur. Bu

²²³ **TEKİNAY**, 232. Yazar, konuya ilişkin olarak ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, avladığı kuş ve balıklar üzerinde mülkiyet hakkını kazanabilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir (eMK m. 691). Bu düzenleme, Türk Medenî Kanunu'nun 767. maddesinde "Sahipsiz bir taşınırı malik olmak iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse onun maliki olur." şeklinde düzenlenmiş olduğundan, 'malik olma iradesi'ne yer vermemiş olan eski Medenî Kanun'un 691. maddesi metninden çıkan yorumun aksine, Türk Medenî Kanunu bakımından, sahipsiz bir mal bulan ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bu malın maliki olamayacağı sonucuna varılacaktır. Bu konuda bkz. d. 221

²²⁴ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 61; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 317

²²⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 61; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 317.

²²⁶ **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 317. Yazar, öğretide ayırt etme gücünden yoksun baba aleyhine, şahsî sonuçlu babalık davası açılabilmesinin fakat manevî tazminat ve kişisel sonuçlu babalık davası açılabilmesi için babanın cinsel ilişki sırasında ayırt etme gücüne sahip olması gerektiğinin kabul edildiğini belirterek, bu konuda evlilik dışı çocukların çıkarının gözetilmesinin gerektiğini, dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun babaya karşı da şahsî sonuçlu babalık davası ve manevî tazminat davasının açılabilmesinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. 997 vd. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, 62. Yazar, konuya ilişkin olarak ayrıca, evlilik dışı çocuğu bulunan ayırt etme gücünden yoksun baba aleyhine, Türk Medenî Kanunu'nun 329. ve 330. maddeleri uyarınca, nafaka davası açılabilmesinin, bu şekilde ayırt etme gücünden yoksun babanın nafaka ödemesine hükmedilebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, bu hallerde, kanunkoyucu, babanın kusurunu aramamaktadır. Cinsel ilişki maddi fiili, bu fiilin doğal sonuçlarına bağlanan hukukî sonuçlar bakımından, kusurun aranmadığı hallerde ayırt etme gücünden yoksun kimseyi de bağlayacaktır.

durumda, yukarıdaki hususlara ilişkin olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 15. maddesi hükmü yürürlük kazanmayacak ve hukuk düzeninin sadece belli olayların gerçekleşmesine sonuç bağladığı bu hallerde, ayırt etme gücünden yoksun kimse de hak sahibi olacak veya bir hakkından mahrum olacaktır.

2.1.2.3.4. Haksız Fiillerin Sonuçları

2.1.2.3.4.1. Haksız Fiil Ehliyetine İlişkin Kural

Haksız fiil sorumluluğu, kural olarak failin kusurunu gerektirir. Oysa, yukarıda belirtildiği üzere, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin iradeleri sözkonusu olmadığından, kusurları da sözkonusu olmaz. Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun kimse kusur ehliyetine sahip değildir.²²⁷ Kusur ehliyetinden yoksunluk, haksız fiil ehliyetinden de yoksunluk sonucu doğurduğundan, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, kural olarak, işledikleri haksız fiilden sorumlu değildirler.²²⁸

²²⁷ Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin fiillerinden sorumlu şahıslar ve bu kimselerin sorumluluklarının kapsamı aşağıda 2.1.3. kısmında incelenmiştir.

²²⁸ YUNG, 485; İMRE, Makale, 369; KÖPRÜLÜ, 219; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 59. Yazar burada ayırt etme gücü bulunmayanın davranışının da Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi hükmünde düzenlenmiş müterafik kusur olarak nazara alınamayacağını belirtmektedir. ÖZSUNAY, 52.

2.1.2.3.4.2. Haksız Fiil Ehliyetsizliğine Getirilen İstisnalar

2.1.2.3.4.2.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, kendi kusuruyla ayırt etme gücünü kaybetmişse, ayırt etme gücünden yoksun olanların haksız fiillerinden sorumlu olmadıklarına ilişkin kural geçerli olmayacak ve bu kimselerin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Ayırt etme gücünden yoksun olanların haksız fiillerinden sorumlu olmayacaklarına ilişkin kuralın ikinci istisnasını, kusursuz sorumluluk halleri oluşturacaktır. Son olarak ayırt etme gücünden yoksun kimse, hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin düzenleme gereği sorumlu tutulabilecektir.

2.1.2.3.4.2.2. Kusursuz Sorumluluk Hallerinde Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk hallerinde, kanunkoyucu, haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından 'kusur'u aramamıştır. Bu hallerde kusur şartı dışındaki unsurların varlığı, kişinin sorumlu olması için yeterli olup, ayrıca kişinin kusurlu olması aranmayacaktır. Dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun kimse, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi gereği, istihdam eden; Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi gereği, hayvan tutan; Borçlar Kanunu'nun 58. ve 59. maddeleri gereği, bina sahibi; Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi gereği, araç işleten ve kusursuz sorumluluğa ilişkin diğer hükümler bakımından sorumlu kişi olarak, sorumlu olabilecektir.²²⁹ Bu anlamda kusursuz sorumluluğun, olağan sebep sorumluluğu veya tehlike sorumluluğu olması,

²²⁹ ÖZTAN, 91; ÖZSUNAY, 54; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 323; AKİPEK/AKINTÜRK, 328; Kusursuz sorumluluk bahsi yukarıda 1.2. kısımda ayrıntılı olarak incelendiğinden burada tekrar üzerinde durulmayacaktır.

ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sözkonusu kusursuz sorumluluk hali gereği sorumlu tutulması bakımından fark etmeyecektir.²³⁰

Ayırt etme gücünü, kendi kusurlarıyla kaybeden kimseler, ayırt etme gücünden yoksun oldukları sırada işledikleri haksız fiillerden, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin, ikinci fıkrası gereği sorumludurlar.²³¹ Buna göre, kişinin geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olması, bu kimsenin verdiği zararlardan sorumlu olmasını engellemez.²³² Bu kimsenin sorumluluktan kurtulabilmesi, ayırt etme gücünü kaybetmesinde kusuru olmadığını ispatlamasına bağlıdır.²³³ İspatlanması gereken husus, zararın verilmesi sırasında kusurlu olunmadığı değil, ayırt etme gücünü kaybetmede kusurlu olunmadığıdır.²³⁴ Kanunkoyucu, ayırt etme gücünün geçici olarak kaybında, ayırt etme gücünden yoksun olduğu esnada verilen zararlardan sorumluluk bakımından, ispat yükünü ters çevirmiştir. Şöyle ki, kural zarara uğrayan kimsenin karşı tarafın kusurlu olduğunu kanıtlaması iken, ayırt etme gücünün geçici kaybı sırasında verilen zararlar bakımından, ayırt etme gücünü geçici olarak

²³⁰ ÖZTAN, 91. (PEDRAZZİNİ/OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 2.Aufl., Bern 1986, 81'e atfen.)

²³¹ Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin, ikinci fıkrası hükmü, "Temyiz kudretini muvakkaten izaa eden kimse bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki, kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat ederse mesul olmaz." ifadesini içermektedir. Öğretide de belirtildiği üzere, maddenin yazılış şekli, amacını yansıtmamaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi (OR 54) metni gözönüne alınarak, bu madde, "Bir kimse ayırt etme gücünü geçici olarak yitirmiş ve bu halde iken bir zarar ika etmiş ise, bu hale kendi kusuru olmadan konulduğunu ispat etmedikçe zararı tazminle yükümlü olur." biçiminde anlaşılmalıdır. (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 65'ten naklen) Ayrıca bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 60; İMRE, Makale, 370; AKİPEK/AKINTÜRK, 328; ARAL, Makale, 741.

²³² DURAL/ÖĞÜZ, 70; ÖZTAN, 91; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 322; AKİPEK/AKINTÜRK, 328; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 65.

²³³ Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olmadığı sırada vermiş olduğu zararlardan sorumlu olmasını engelleyen bu ispat imkanı 'kurtuluş beyinnesi' olarak da nitelendirilmiştir. Bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, 328.

²³⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, 60; DURAL/ÖĞÜZ, 70. Yazar, konuya ilişkin verdiği örnekte, sarhoş bir kimsenin bir zarar ika etmiş olması durumunda, eğer, kişi sarhoşluk veren maddeyi kendi rızasıyla almışsa sorumlu olacağını, fakat eğer, başka kimseler tarafından zorla sarhoş edilmişse, verdiği zarardan sorumlu olmayacağını belirtmektedir. Fakat bu durumda dahi, kişi, şartları oluşmuşsa, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin, birinci fıkrası gereği sorumlu tutulabilir.

kaybeden kimse, ayırt etme gücünü kaybetmesine yol açan duruma, kendi kusuru ile düşmediğini ispat edecektir.²³⁵

2.1.2.3.4.2.3. Hakkaniyet Sorumluluğu

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, eğer hakkaniyet gerektiriyorsa, üçüncü kimselere verdikleri zararı kısmen veya tamamen tazmin etmekle yükümlü tutulabilir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.



²³⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, 61. Yazar, sözkonusu hükmün, kişileri diğer kimseleri tehlikeye sokacak bir duruma düşmekten kaçınmaya sevk etmek için öngörülmüş olduğunu belirtmektedir. Ayrıca yazar, BERKİ tarafından, saralı bir kimsenin nöbet geleceğini hissettiği halde, durmakta olduğu bir vitrinin önünden çekilmemesini ve vitrinin sara hastasının üzerine düşmesini, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün uygulanmasına örnek gösterilmiş olduğunu, oysa sözkonusu durumdaki bir sara hastasının, nöbet geleceğini hissettiği anda, bu durumdan kaçınabilecek halde olmasına rağmen kaçmamış olması durumunda, bu sara hastasının, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi hükmüne göre kusur sorumluluğu ile sorumlu tutulacağını belirtmektedir. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 60, d.36.

2.1.3. Diğer Kimselerin Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olandan

Sorumluluğu

2.1.3.1. Ev Başkanının Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olandan

Sorumluluğu

2.1.3.1.1. Sorumluluğun Dayanağı ve Hukukî Niteliği

Ev başkanının sorumluluğu, Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesi hükmü ile düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya akıl zayıfının sebep olduğu zarardan, olağan durum ve koşulların gerektirdiği dikkati göstererek, onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.²³⁶ Bu hüküm, Türk Medenî Kanunu'nda yer almakla birlikte, borçlar hukukuna ait bir sorumluluk ilkesini ihtiva etmektedir.²³⁷

Bu sorumluluk kusura dayanmayan bir sorumluluktur.²³⁸ Dolayısıyla sorumluluğun gerçekleşmesi için, ne ev başkanının sorumluluğunda bulunan kimselerden birinin ne de ev başkanının kusuru gerekir.²³⁹

²³⁶ Bu hüküm eski Medenî Kanun'un 320. maddesinde 'ev reisinin mesuliyeti' başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktaydı. Ancak öğretilde, bu hükmün ev başkanının sorumluluğu olarak anlaşılması gerektiği belirtilmekteydi. Bkz. **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 139 vd. Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesinde 'Sorumluluk' kenar başlığı altında, "Ev başkanı..." ifadesi ile başlamaktadır. Bu düzenlemeyle maddedeki bu eksiklik giderilmiştir. (**KILIÇOĞLU**, 218'den naklen)

²³⁷ Bu hüküm, önce 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61. maddesinde ve adam çalıştıran kimsenin sorumluluğu ile hayvan tutanın sorumluluğu yanında düzenlenmişken, daha sonra 1912 revizyonunda, Medenî Kanun'daki ev reisinin sorumluluğuna ilişkin maddeler arasına alınmıştır. (**TANDOĞAN**, Mesuliyet, 161'den naklen.) Aynı hususa değinen diğer yazarlar, **DESCHENAUX/TERCIER**, 79; **EREN**, 600.

²³⁸ **EGGER**, Art.333, N.4; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 161. Yazar ev başkanının sorumluluğunun, kusur ilkesine dayandığı görüşünü içeren İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına (BGE 49 II 444; 70 II 138; 74 II 196, d. 4'den naklen) değinerek, bu görüşün, sorumluluk hukukundaki eğilimlere ve bu madde ile benzer nitelikler taşıyan, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi (adam çalıştıranın sorumluluğu) ve Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi (hayvan tutanın sorumluluğu) ile arasındaki nitelik benzerliğine aykırı olduğunu; ayrıca eğer ev başkanının sorumluluğunun kusur esasına dayandığı kabul edilirse, ev başkanının sorumluluğunun, sorumluluğu kusura dayanmayan bir kimsenin sorumluluğu ile birleşmesi halinde, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi gereği, diğer sorumlular bakımından, ev başkanına rücu imkanı doğacağını, dolayısıyla zarara nihai olarak katılanın, eğer

Ev başkanının kusura dayanmayan sorumluluğu, dikkat ve özen ilkesine dayanan olağan sebep sorumluluğudur. Bu sorumluluk, ev başkanının, kendisine tâbi olan kimseler üzerinde, gözetim ödevi gereği, durumun gerektirdiği tüm özeni göstermekle mükellef olmasından kaynaklanır.²⁴⁰

Ev başkanı, gözetim ödevini, bir zorunluluktan dolayı yerine getiremese, örneğin başka bir şehirde bulunsa veya hasta olsa ve bunda kusuru bulunmasa veya bizzat kendisi ayırt etme gücünden yoksun olsa veya gözetim ödevinin yerine getirilmesini bir yardımcı şahsa bıraksa ve bu yardımcı şahsın görevini gereği gibi yerine getirememesinde ev başkanının bir kusuru sözkonusu olmasa dahi, kendisine tâbi olan kimselerin verdikleri zarardan sorumludur.²⁴¹

kurtuluş kanıtı getirmezse, ev başkanı olacağını; dolayısıyla, ev başkanının sorumluluğunun, kusursuz sorumluluk esasına dayandırılması gerektiğini belirterek, sözkonusu İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını eleştirmiştir. Aynı görüşte bkz. **DESCHENAUX/TERCIER**, 79, 80. Yazar uzun süre ev başkanının sorumluluğunun kusur esasına dayandığının kabul edilmekte olduğunu belirterek, buna ilişkin ATF 70/1944 II 136 (138), SJ 1945 102 ve 74/1948 II 193 (196), JdT 1949 I 322 sayılı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer vermiştir. **İMRE**, Mesuliyet, 160; **ÖZTAN**, Aile, 600; **KILIÇOĞLU**, 218; **AKİPEK/AKINTÜRK**, 451; **ÜNAL**, Aile Başkanı, 72. 4. HD, 4.6.1981 t., E. 6271, K. 8017 s. K. ; 4. HD, 10.3.1975 t., E. 15164, K. 3030 s. K. ; 4. HD, 11.1.1966, E. 962, K. 228; 4. HD, 2.11.1965, E. 2354, K.5396 (**KARAHASAN**, Sorumluluk, 613, d. 1'den naklen)

²³⁹ **EGGER**, Art. 333, N. 7; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 161; **EREN**, 600; **ÖZTAN**, Aile, 600;

²⁴⁰ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 161; **KILIÇOĞLU**, 218; **ÖZTAN**, Aile, 600; **EREN**, 600. Yazar, ev başkanının sorumluluğunun olağan sebep sorumluluğu olarak kabul edilmesinde, 'hakkaniyet düşüncesi'nin etkili olduğunu belirtmektedir. Buna göre, ev başkanının kendilerinden sorumlu olduğu küçük, kısıtlı, akıl hastası, akıl zayıfı gibi kimseler, çoğu zaman malvarlığı yönünden zayıf durumda olup, zararı tazmin gücüne sahip olmayabilirler. Bu, bu kimselerin fiili sonucu bir zarara uğrayan kimseyi zor durumda bırakabilir. Yazar, bu nedenlerle, kanunkoyucunun, ekonomik yönden daha iyi durumda bulunan ev başkanını zarardan sorumlu tuttuğunu belirtmektedir. Bu konuda bkz. **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 163-164. **İMRE**, 160. Yazar, ev başkanının sorumluluğunun temelinde ne 'menfaat' ne de 'tehlike' kriterinin bulunmadığını belirterek, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde, bir kimsenin adam çalıştırmasının, kendi menfaatine olduğunu, oysa ev başkanlığı bakımından böyle bir menfaatin varlığından söz edilemeyeceğini, eğer ev başkanının bir menfaati varsa sorumluluğunun ağırlaşaacağını belirterek, BGE 44 II 8 ve 41 II 419 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer vermiştir. Bu kararlardan ilkinde, bir yatılı okulda, 17 yaşında bir çocuk bir arkadaşını vurmuş ve sözkonusu yatılı okulun müdürü, öğrencilere ateşli silah kullanmayı yasaklamış olması gerekirken, bu konuda gerekenin yapılmaması sebebiyle sorumlu tutulmuştur. Yazarın yer vermiş olduğu ikinci İsviçre Federal Mahkemesi kararında ise, bir olaya ilişkin verilen kararda, dağlık bölgelerde, gençlere silah vermenin adet olması gerekçesiyle, ev başkanı sorumlu tutulmamıştır. Öğretide ev başkanının, kendilerine karşı gözetim ödevi olduğu kimselerin fiillerinden sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre buradaki sorumluluğun temeli, ev başkanının davranışlarından sorumlu olduğu kimselerin yaş ve akıl durumlarından ötürü çevre için tehlike göstermiş bulunmalarıdır. Bu konuda bkz. **EGGER**, Art. 333, N. 5; **KARAHASAN**, Sorumluluk, 614.

²⁴¹ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 163. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin, yardımcı şahsın, gözetim görevini yerine getirmemesinde kusuru bulunmayan ev başkanının sorumlu olacağına ilişkin bir karar vermiş olduğunu belirtmektedir. (BGE 70 II 138). Bkz. d. 8. Yazar ayrıca, ev başkanının kusurunun bulunması durumunda, bunun munzam kusur sayılacağını, bu halde adam çalıştıran kimselerin munzam kusurlarının sözkonusu olması durumunda uygulanacak hükümlerin, ev başkanı bakımından da geçerli olduğunu belirtmektedir. ; **ÜNAL**, Aile Başkanı, 82. **KARAHASAN**, Sorumluluk, 614.

2.1.3.1.2. Sorumluluğun Şartları

2.1.3.1.2.1. Sorumluluğun Olumlu Şartları

2.1.3.1.2.1.1. Ev Başkanlığı İlişkisinin Varolması

2.1.3.1.2.1.1.1. Genel Olarak

Ev başkanının sorumluluğunu düzenleyen hükümlerde, kimlerin aile başkanı sayılacağı açık bir biçimde belirtilmiş değildir. Türk Medenî Kanunu'nun 367. maddesi, birinci fıkrası hükmünde, aile halinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örf ve adete göre belirlenen ev başkanından bahsedilmektedir. Buna göre ev başkanı, sözleşmeye belirlenebileceği gibi, ev başkanının kim olduğunu kanun veya örf ve adet belirleyebilecektir.²⁴²

2.1.3.1.2.1.1.2. Bir Arada Yaşama

Ev başkanlığı ilişkisinin varlığı için her şeyden önce, iki ya da daha çok kimsenin aile şeklinde birarada yaşaması gerekir.²⁴³ Birarada yaşamanın, mutlaka aynı çatı altında sürdürülmesi gerekmez. Ev başkanının sorumluluğu, ev başkanı, başka bir yerde bulunmasına rağmen, kendisinden sorumlu olduğu kimseler üzerindeki yönetim ve denetimini sürdürmekteyse, yine sözkonusu olacaktır.²⁴⁴ Dolayısıyla, ergin olmasa dahi, ev başkanı, kendi otoritesi dışında yaşayan küçüğün,

²⁴² ÖZTAN, Aile, 600; KARAHASAN, Sorumluluk, 615; KILIÇOĞLU, 218. Yazar, ev başkanlığının kanundan, sözleşmeden veya örf ve adetten kaynaklanması hususunda, velayet ilişkisinin (TMK m. 355 vd.) kanundan doğan ev başkanlığı ilişkisini oluşturacağını belirtmektedir. Sözleşmeye dayanan ev başkanlığı ilişkisinde ise yazar, sağlık eğitim gibi nedenlerle yapılan sözleşmelerde eğitim veya sağlık kurumlarının ev başkanı sayılacağını; bu anlamda, sözleşmeye dayanan ev başkanlığında ev başkanının bir gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabileceğini belirtmektedir. Yine bu bağlamda, aynı çatı altında birçok akrabanın birarada yaşaması halinde, ev başkanının kim olduğunun, örf ve adete göre belirleneceği yazar tarafından ifade edilmiştir.

²⁴³ EGGER, Art. 331, N. 10-11; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 142; ÖZTAN, Aile, 600; KARAHASAN, Sorumluluk, 615; ÜNAL, Aile Başkanı, 92. KILIÇOĞLU, 218.

²⁴⁴ EGGER, Art. 331, N 10; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 142; EREN, 600; ÜNAL, Aile Başkanı, 87; KILIÇOĞLU, 218.

ki buna örnek olarak çocuğun evden kaçması veya kovulması durumları gösterilmektedir, başkasına verdiği zararlardan sorumlu tutulamayacaktır. Aynı kural, kısıtlı, akıl hastası ve akıl zayıfı olan kimseler bakımından da sözkonusudur.²⁴⁵

Birarada yaşayan kimselerin, aynı çatı altında yaşamaları yanında, kişisel ilişkilerde bulunmaları, masraflara gerekirse katılmaları, duygusal anlamda bir ortak yaşam sürdürmeleri gerekir.²⁴⁶ Bu anlamda, ev başkanlığı, öncelikle eş ve çocuklardan oluşan dar anlamda ailede, birlikte yaşamakta olan kan ve kayın hısımlarında, yine oturulan evde bulunan bahçıvan, hizmetçi, aşçı, şoför gibi kimseler üzerinde mevcuttur.²⁴⁷ Ayrıca ev başkanlığı, birlikte yaşam sürdürülen, hastane, yetiştirme yurdu, bir yatılı okul, bir öğrenci yurdu veya yaz kampında da, belli bir ortak yaşam ve bir kimsenin otoritesine tâbi olmak şartıyla, bu kimseleri yönetip denetleyen kimse bakımından da sözkonusudur. Bu gibi durumlarda, otoritesine tâbi olunan kimse, sözkonusu yerlerde, kendi yönetiminde yaşayan kimselerin başkalarına vermiş oldukları zararlardan, ev başkanı sıfatıyla sorumludur.²⁴⁸

²⁴⁵ ÜNAL, Aile Başkanı, 94. Sözkonusu durumlarda, eğer ev başkanının, küçük, kısıtlı, akıl hastası veya akıl zayıfının evden kaçmasında, kovulmasında, kusuru varsa, ev başkanı, üçüncü kişilerin görmüş olduğu zarardan, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi vd hükümleri uyarınca, kusur sorumluluğu ilkesi çerçevesinde sorumlu tutulabilir. Aynı yönde, bkz. TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 143; EREN, 601.

²⁴⁶ KILIÇOĞLU, 219; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 142. Yazar, aynı çatı altında yaşamamanın, ev başkanlığına vücut verecek bir birlik sayılabileceğine ilişkin olarak, ev sahibi ile aynı evde oturan kiracının durumunu örnek göstermektedir. ÜNAL, Aile Başkanı, 89. Yazar, birlikte yaşamın, çok yönlü bir ilişkiyi ifade ettiğini belirterek, yargıcın her somut olayda, birlikte yaşayanların hukukî ve fiilî durumlarını göz önüne alarak, sözkonusu durumda, aile halinde ortak yaşam olgusunun bulunup bulunmadığını takdir edeceğini belirtmektedir.

²⁴⁷ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 142; HATEMİ, Sorumluluk, 74; KARAHASAN, Sorumluluk, 616. Öğretide bazı yazarlar, ev başkanının, aile otoritesi altındaki herkesten değil, gözetimi altında bulunan, küçük, kısıtlı, akıl zayıfı ve akıl hastasının başkalarına verdiği zararlardan sorumlu olduğunu belirtmektedirler. Bkz. DESCHENAUX/TERCIER, 82; İMRE, Mesuliyet, 160.

²⁴⁸ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 142. Yazar burada da, sözkonusu kişinin, kurum yetkilisinin, hastaneden, yurttan, kamptan, kısaca, sorumluluğun sözkonusu olduğu yerden kaçmış kimsenin başkalarına vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir (OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd II, 2. Auflage, Zürich 1960, 255'e atfen).

2.1.3.1.2.1.1.3. Otorite İlişkisinin Bulunması

Ev başkanının sorumluluğundan söz edilebilmesi için, birlikte yaşayan kimselerin, içlerinden birinin otoritesine bağlı olarak yaşamaları gerekir.²⁴⁹ Burada anlaşılması gereken, içlerinden birinin, evi idare etmesi ve ortak hayata ilişkin kuralları belirlemesidir. Eğer birlikte yaşayan kimseler, içlerinden birinin otoritesi sözkonusu olmaksızın bir aradaysalar, yani eşit durumdaysalar, ev başkanlığı sözkonusu olmaz.²⁵⁰ Burada, adam çalıştıran kimsenin sorumluluğuna paralel bir tabiiyet ilişkisinin aranacağı belirtilmiştir.²⁵¹ Birlikte yaşayan kimselerden iradesine üstünlük tanınan kimse, ev içinde kendisine tâbi olan diğer kimselerin başkalarına verdikleri zarardan, ev başkanı sıfatıyla sorumludur.²⁵²

Ev başkanı ile evde yaşayan kimse arasında, otorite ilişkisinin hangi anda doğduğu her somut olayda ayrı ayrı takdir edilecektir. Bu anlamda, küçük, yatılı okula kaydolduğu anda okul müdürünün; akıl zayıfı veya hastası, hastaneye yatırıldığı anda hastanenin en üst düzey yetkilisinin, ev başkanı olarak sorumluluğu ortaya çıkacaktır.²⁵³

Burada, üzerinde durulması gereken bir husus da, ev başkanlığı otoritesine tâbi bir kimsenin başka bir yerde bulunması durumunda, kimin ev başkanı sıfatıyla onun başkalarına verdiği zarardan sorumlu olacağıdır. Öğretide, evden ayrılmanın kısa süreli olması hallerinde, ev üyesinin kısa bir süre için ayrılmış olduğu yerin ev başkanına tâbi olacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda, evden ayrılma uzun bir süre için sözkonusuysa, geçici olarak kalınan yerin ev başkanlığına tâbi olunacaktır.²⁵⁴ Bu

²⁴⁹ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 143; KARAHASAN, Sorumluluk, 616; KILIÇOĞLU, 219.

²⁵⁰ EREN, 602; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 143. Yazar bu duruma örnek olarak, birlikte yaşayan iki işçi, iki dul kadın, iki kardeşi örnek olarak göstermektedir.

²⁵¹ EGGER, Art. 333, N. 9; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 143; İMRE, Mesuliyet, 160.

²⁵² ÜNAL, Aile Başkanı, 89.

²⁵³ ÜNAL, Aile Başkanı, 92.

²⁵⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, 167; ÜNAL, Aile Başkanı, 92 ; EREN, 603; KARAHASAN, Sorumluluk, 616.

bağlamda öğretide, bir kimsenin aynı anda iki ayrı kimsenin ev başkanlığına tâbi olabileceği de belirtilmektedir. Buna örnek olarak, hafta içinde ustasının yanında, hafta sonları ise ailesi ile kalan küçük bakımından, hafta içi ustasının ev başkanlığına, hafta sonları ise kendi evindeki ev başkanlığına tâbi olacağı gösterilmektedir.²⁵⁵ Gözetime muhtaç kimse, aynı anda birden fazla kimsenin otoritesi altında da bulunabilir. Ortak yaşantının sürdürüldüğü yerde birden fazla kimsenin, yönetim ve denetimi birlikte yürütmeleri halinde, evin diğer üyeleri bakımından bu kimseler ev başkanı sayılacaklardır. Önemle belirtilmesi gereken husus şudur: Birden fazla kimsenin ev başkanlığını birlikte yürütmeleri halinde, tek bir ev başkanlığı ve bu başkanlığı sürdüren birden fazla kimse vardır.²⁵⁶ Bu durumda, birden fazla sayıdaki ev başkanı, gözetimleri altında bulunan kimselerin, başka kimselere verdikleri zarardan müteselsilen sorumlu olacaklardır.²⁵⁷

2.1.3.1.2.1.2. Ev Başkanlığına Tâbi Kimsenin Hukuka Aykırı Bir Fiille

Başkasına Bir Zarar Vermesi

2.1.3.1.2.1.2.1. Hukuka Aykırı Fiil

Gözetime muhtaç kişi, ev başkanının gözetim ödevini gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle bir fiille, bir başka kimsenin bir hakkını ihlâl ettiği takdirde

²⁵⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, 167. Yazar konuyla ilgili BGE 71 II 64 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi kararına yer vermektedir. Bkz. 167, d.23. EREN, 604. Bu konuda bkz. BGE 44 II 9 (EREN, 604, d. 110'dan naklen)

²⁵⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, 168. Yazar, ortak hizmetli durumu hariç olmak üzere, aynı kimsenin, aynı anda birden fazla kimsenin ev başkanlığına tâbi olamayacağını fakat yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere farklı zamanlarda, farklı ev başkanlarına tâbi olabileceğini belirtmektedir. BGE 71 II 63 (TANDOĞAN, Mesuliyet, 168, d. 25'den naklen). Öte yandan, yazar, birbirine akraba kimselerin birarada yaşadığı geniş ailelerde, her çekirdek aile bakımından, bu ailede gözetim ve denetimi yürüten kimsenin ev başkanı sayılacağını, fakat örfün belirlediği ve aileyi yönetmekte olan bir kimse mevcutsa, büyükbaba gibi, ailenin diğer üyelerinin bu kimsenin ev başkanlığına tâbi olacağını belirtmektedir. Bu anlamda, ortak yaşantının sürdürüldüğü yerde, aynı anda iki ev başkanlığı yalnız, sözkonusu yerde bulunan ortak hizmetliler için sözkonusu olur. Bkz. 167.

²⁵⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, 168; EREN, 604.

hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur.²⁵⁸ Öğretide, buradaki hukuka aykırılığın, ev başkanının otoritesi altında bulunan kimsenin fiili bakımından değil, ev başkanının 'yapmama' biçiminde gerçekleşen özen gösterme ve gözetim ödevlerinin ihlâli ile gerçekleşeceği ileri sürülmüştür.²⁵⁹

Gözetim altındaki şahsın, kusurunun bulunup bulunmamasının, ev başkanının sorumluluğu bakımından bir önemi yoktur. Söz konusu kimsenin, kusuru olmasa dahi, ev başkanı, onun fiillerinden sorumlu olacaktır.²⁶⁰

2.1.3.1.2.1.2.2. Zarar

Ev başkanının gözetimi altındaki, küçük, kısıtlı, akıl hastası veya akıl zayıfı kimse başkasına karşı bir zarar ika etmiş olmalıdır. Bu zarar maddî veya manevî zarar biçiminde olabilir.²⁶¹ Keza maddî zarar da, adam öldürülmesi, beden

²⁵⁸ EREN, 601. Bu hususa ilişkin olarak, verilen bir Yargıtay kararında (4. HD, 2.11.1988, E. 5121, K. 8365), "davalı küçük (G) ile, davacı küçük (İ)'nin de içinde bulundukları arkadaş grubunun oyunları sırasında (İ)'nin gözünden yaralandığı anlaşılmaktadır. Tanık beyanlarına göre, diğer oyun arkadaşları, (G)'nin, (İ)'nin gözüne cam batırdığını söylemişlerdir. Bu duruma göre, dava konusu haksız eylemin (İ) tarafından yapıldığının kabulü gerekirken, bunun ispatlanamamış sayılması hukuka aykırıdır...Dava dilekçesinin başlık kısmında, (G)'nin babası, (G)'ye velâyeten sorumlu gösterilmişse de, dilekçe içerisinde küçüğün ana-babasının küçük üzerindeki gözetim ve denetim görevlerini gereği gibi yerine getirmedikleri için sorumlu tutulmaları istenmiştir...Dava dilekçesindeki anlatımdan (G)'nin babası (H)'nin, aile reisi olarak dava edildiği anlaşıldığına göre, Medeni Kanun'un 320 maddesine göre, bu davalının hasım gösterildiğinin kabulü gerekir. Mahkemece bu durumun gözetilmemiş olması bozma nedeni sayılmıştır." denilmektedir. (KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk, 424'den naklen.)

²⁵⁹ KARAHASAN, Sorumluluk, 621. Yazar, hukuka aykırılığın, ev başkanının gözetim ödevini gereği gibi yerine getirmemiş olmasından kaynaklanmasına ilişkin olarak, kanunda bir yapma ödevinin yer alması durumunda, bu ödevin yerine getirilmemiş olmasının hukuka aykırılık oluşturacağını; bu anlamda, ev başkanının sorumluluğunun kaynağında, ev başkanının kendi hukuka aykırı fiilinin bulunduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla yazar, gözetime tâbi olan kimselerin fiillerinin hukuka aykırı olmamasının, ev başkanının gözetim ödevini yerine getirmemiş olmasından kaynaklı hukuka aykırılığın varlığını engellemeyeceği görüşündedir. Aksi görüşte bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 171. Yazar, ev başkanın otoritesi altında bulunan kimsenin, zarara sebep olan fiilinin hukuka aykırı olması gerektiğini belirtmekte, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran, örneğin meşru müdafaa, zarar görenin rızası gibi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde, ev başkanının sorumluluğunun ortadan kalkacağını ifade etmektedir. Aynı görüşte bkz. EREN, 604.

²⁶⁰ EGGER, Art. 333, N. 7; EREN, 601; TANDOĞAN, Mesuliyet, 171. Yazar, ev başkanının sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin, özellikle, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin ika edecekleri zararın, ev başkanı tarafından karşılanması amacıyla konulmuş olduğunu belirtmektedir. Ev başkanının gözetimi altında bulunan kişinin, kusurunun bulunmamasına rağmen, ev başkanının sözkonusu zarardan sorumlu olacağına ilişkin olarak Bkz. BGE 32 II 461, Temyiz Mahkemesi, 19.3.1958, E.316, K.15. (TANDOĞAN, Mesuliyet, 171, d. 45'den naklen.)

²⁶¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 168; EREN, 601; KILIÇOĞLU, 219; KARAHASAN, Sorumluluk, 622.

bütünlüğünün ihlâli gibi şahsa karşı olabileceği gibi, mala karşı da olabilir.²⁶² Manevî zarar bakımından, öğretide, adam öldürülmesi ve beden bütünlüğünün ihlâli hallerinde, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde kusur şartının öngörülmediği, 1988 değişikliği ile 'Şahsî menfaatlerin haleldar olması' kenar başlığını taşıyan Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinden de ağır kusur şartının çıkarılmış olduğu, dolayısıyla, kendisi bakımından kusurun sözkonusu olamayacağı, ev başkanlığı altında bulunan, ayırt etme gücünden yoksun küçük, kısıtlı, akıl hastası ve akıl zayıfının başkalarına vermiş olduğu manevî zarardan ev başkanının sorumlu olacağı belirtilmektedir.²⁶³

Zarar, aynı ev başkanının otoritesine tâbi, ev halkından bir kimseye karşı da ıka edilmiş olabilir.²⁶⁴ Fakat, ev başkanlığına tâbi kimsenin, kendi kendisine bir zarar vermesi halinde, ev başkanının sorumluluğu sözkonusu olmaz.²⁶⁵ Bu madde, ev başkanının üçüncü kişilere verdiği zararın tazmini düzenlemekte olduğundan, başkanlığa tâbi kimsenin kendisine vermiş olduğu zarar, Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesinin, birinci fıkrası hükmü gereği tazmin edilemeyecek, eğer ev başkanlığı ilişkisi bir sözleşmeye dayanıyorsa, sözkonusu sözleşmenin hükümleri uyarınca sorumluluk gündeme gelecektir.²⁶⁶

Ev başkanının sorumluluğunu düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesinin, ikinci fıkrası, ev başkanına, gözetimi altında bulunan, akıl zayıfı ve akıl hastası olan kimselerin kendilerini tehlikeye düşürmemeleri, bizzat kendilerine bir zarar vermemeleri için gerekli tedbirleri alma zorunluluğu yüklemiştir. Akıl hastası

²⁶² TANDOĞAN, Mesuliyet, 168; KILIÇOĞLU, 219; KARAHASAN, Sorumluluk, 622.

²⁶³ EREN, 604; ÜNAL, Aile Başkanı, 96. Kusuru sözkonusu olamayacak ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, başka kimselere vermiş olduğu manevî zarar aşağıda 2.2.1.3. bölümünde ayrıntılı olarak incelendiğinden, burada açıklamamız kısa tutulmuştur.

²⁶⁴ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 147; ÖZTAN, Aile, 601.

²⁶⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, 169; KILIÇOĞLU, 219.

²⁶⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, 169. Yazar, ev başkanının gözetimi altındaki şahsın, kendi kendisine zarar vermesi durumunda, ev başkanlığı ilişkisini oluşturan sözleşme hükümleri uyarınca tazminata mahkum edilebileceğine ilişkin olarak, bir akıl hastanesinde bulunan kimsenin, kendi şahıs veya malvarlığına zarar vermesi durumunda, sağlık yurduunu işleten kimsenin, hastaya iyi bakmadığı gerekçesiyle, sözleşme gereği sorumluluğuna gidileceğini belirtmektedir.

veya akıl zayıfının, ev başkanı tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması sebebiyle kendilerine bir zarar vermeleri durumunda, ev başkanının bu zarardan sorumluluğunun, kusura dayanmayan sorumluluk değil, kusur sorumluluğu olacağı belirtilmektedir.²⁶⁷

Zararı veren kimse ayırt etme gücüne sahip ve erginse, ev başkanı bu kimsenin fiilinden sorumlu olmayacaktır.²⁶⁸ Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı dışında ergin bir kimse bakımından, ev başkanının, ev halkından olan bir kimsenin başkalarına verdiği zarardan sorumlu olması, ancak bu ergin kimsenin kısıtlanmış olmasına bağlıdır. Eğer, kısıtlanmış kimseye bir kayyım (TMK m. 426) veya yasal danışman (TMK m. 429) atanmışsa, kısıtlı olan bu kimselerin başkalarına vermiş olduğu zarardan ev başkanı sorumlu tutulmayacaktır.²⁶⁹

2.1.3.1.2.1.2.3. Fiil İle Zarar Arasında İlliyet Bağı Bulunması

İlliyet bağı, hem zararı gerçekleştirmiş olan gözetim altındaki kimsenin hukuka aykırı fiili ile zararlı sonuç arasında, hem de bu kimseden sorumlu ev başkanının davranışı ile zararlı sonuç arasında sözkonusu olmalıdır.²⁷⁰ Bu anlamda, bu

²⁶⁷ KILIÇOĞLU, 220.

²⁶⁸ DESCHENAUX/TERCIER, 82; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 148; KARAHASAN, Sorumluluk, 622; İMRE, Mesuliyet, 160. Yazar, ev başkanının gözetimi altında bulunan kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olması durumunda, Türk Medenî Kanunu'nun 16. maddesi, üçüncü fıkrası gereği, verdiği zarardan bizzat sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir. Yazar bu konuda verilmiş bir Graubünden Kanton Mahkemesi kararına değinmiştir. Bu karara göre, ev başkanlarının gözetim ödevlerinin, ancak hareketlerinin neticelerine gereği gibi veya hiç tartamayacak durumda olan, ev halkından kimseler bakımından sözkonusu olduğunun, davaya esas teşkil eden olayda, ayırt etme gücüne sahip 17 yaşındaki bir kimse bakımından, ev başkanının gözetim ödevinin bulunmadığı belirtilmektedir. (İMRE, Sorumluluk, 160, d.2'den naklen) Öte yandan, henüz ergin değilken, ev halkından bir kimsenin başkasına verdiği zararın tazmini için dava açıldığı sırada, küçük, ergin olursa dahi, ev başkanının sorumluluğu devam edecektir. Bu konuda bkz. 4. HD, 25.2.1958, E. 3104, K. 1078 (TANDOĞAN, Mesuliyet, 170, d.37'den naklen)

²⁶⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 170. Yazar, ev başkanının, başkalarına verdikleri zarardan sorumlu olduğu kimselerin, Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesinden anlaşılabileceği üzere, sınırlı sayıda olduğunu, kanunda belirtilen kategorilere girmeyen fakat tehlike arzeden ev halkından kimselerin fiillerinden, Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesine kıyasen sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir. Bkz. 171. KARAHASAN, Sorumluluk, 622

²⁷⁰ Öğretide, bazı yazarlar, uygun illiyet bağının, gözetim altındaki şahsın hukuka aykırı fiili ile zararlı sonuç arasında bulunmasını, ev başkanının sözkonusu ev üyesinin vermiş olduğu zarardan sorumlu olmasında yeterli

davranışlardan yalnız biriyle, zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı, ev başkanının zarardan sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır. *Ünal*, burada illetlerin içtimainin bulunduğu kanaatindedir. Söz konusu durumda, yapmama biçiminde bir davranış, ki bu davranış ev başkanının özen ödevini gereği gibi yerine getirmemesi oluşturur ve yapma ve istisnaen yapmama biçiminde bir davranış, ki bu davranış da, gözetim altındaki kimsenin zarara sebebiyet veren davranış oluşturur, bir araya gelmekte ve zararlı sonucun ortak sebebini teşkil etmektedirler.²⁷¹

Öğretide, illiyet bağının, ev başkanının gözetimi altında bulunan kimsenin davranış ile zararlı sonuç arasında bulunmansın aranacağı, söz konusu zararlı sonucun oluşumu bakımından ev başkanının gerekli özeni göstermemiş olduğunun karine olarak kabul edileceği de belirtilmektedir.²⁷²

Ev başkanının gözetimi altındaki kimsenin hukuka aykırı fiili ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı, mağdurun ağır kusuru, üçüncü bir kimsenin kusuru veya zorlayıcı sebep dolayısıyla kesilirse, ev başkanının sorumluluğu da ortadan kalkacaktır.²⁷³

olduğu görüşündedirler. Bkz. **EGGER**, Art. 333, N. 8; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 171; **DESCHENAUX/TERCIER**, 81.

²⁷¹ Yazar, ev başkanının yapmama, gözetim altındaki kimsenin de yapma biçimindeki davranışına, ev başkanının dolu tabancasını kilitsiz bir odaya koyması biçiminde somutlaşan, özen ödevinin ihlâlini, gözetim altındaki kimsenin de bu tabancayı alarak bir kimseyi yaralamasını örnek olarak göstermektedir. Yine yazar, ev başkanının yapmama, gözetim altındaki şahsın da yapmama biçiminde ortaya çıkan zararlı sonuca sebebiyet veren davranışlarına, ev başkanının, trafik kuralları konusunda, ev üyesini yeterince bilgilendirmemiş olmasını ve ev başkanının gözetimi altındaki şahsın da, trafik kurallarına uymayarak, bir kimseye bisikletle çarpmasını örnek olarak göstermektedir. Bkz. **ÜNAL**, Aile Başkanı, 101.

²⁷² **ÖZTAN**, Aile, 601; **EREN**, 601.

²⁷³ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 171; **KARAHASAN**, Sorumluluk, 623

2.1.3.1.2.2. Sorumluluğun Olumsuz Şartı:

Kurtuluş Kanıtı Getirilememesi

Sorumluluğun olumlu şartları gerçekleştiği takdirde, ev başkanı, kanun gözetim ödevinin ihlâl edilmiş olduğunu varsaydığından,²⁷⁴ kural olarak sorumlu olur. Söz konusu durumda ev başkanı, Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesi gereği, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermiş olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.²⁷⁵ Ev başkanının göstermek zorunda olduğu özen ve gözetim ödevi objektif olarak değerlendirilmelidir.²⁷⁶ Objektif özen ödevinin derecesi tayin edilirken de, somut olayın tüm özellikleri göz önünde tutularak mahallî, sosyal ve kişisel ilişkilere göre, benzer koşullar içinde yaşayan makul, dürüst kimselerin aynı şartlar altında gösterecekleri dikkat ve özen esas alınarak bir değerlendirme yapılacaktır.²⁷⁷

Bu bağlamda objektif özen ödevinin yerine getirilmiş olup olmadığı konusunda iki hususa bakılacaktır. Bu iki husustan ilkinin, ev başkanının gözetimine tâbi olan küçük, kısıtlı, akıl zayıfı veya akıl hastası kimsenin kişiliği oluşturur. Ev başkanı gözetime muhtaç kimsenin kişiliğini, kişiliğinin gelişimini, eğilimlerini, yaşını ve cinsiyetini, eğitimini, diğer kimselerle sosyal ilişkilerini, alışkanlıklarını, başkalarına zarar verebilecek nitelikteki nesneleri kullanışını²⁷⁸ gözönünde tutarak, gözetim

²⁷⁴ SAYMEN/ELBİR, 426.

²⁷⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, 172; EREN, 604, 605; ÖZTAN, Aile, 601; İMRE, Mesuliyet, 161.

²⁷⁶ EREN, 604.

²⁷⁷ DESCHENAUX/TERCIER, 84; ÜNAL, Aile Başkanı, 121; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 152. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında, ev başkanın gözetimine tâbi kimsenin, zarar verici fiilini ev başkanının önceden kestirmesine olanak bulunup bulunmadığına önem verilmekte olduğunu ve önceden kestirilmesi mümkün olmayan fiiller sebebiyle doğan zararlar bakımından ev başkanının sorumlu tutulamayacağını kabul edildiğini belirtmektedir. (BGE 48 II 427, 52 II 329, 62 II 75, 70 II 139, 74 II 196, 79 II 353, TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 152, d. 67'den naklen). Yazar, Federal Mahkemenin bu yöndeki kararlarını, zarara sebebiyet veren fiile ilişkin öngörünün, kusura ilişkin olduğunu, ev başkanının sorumluluğunun, kusura dayanmaması sebebiyle, somut olayda yargıcın, fiilin öngörülebilir olup olmadığını değil, ev başkanının, alması gereken önlemleri alıp almadığını tespit etmesi gerektiğini ifade etmektedir.

²⁷⁸ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 151. Yazar, ev halkının kullandığı ve zarara sebebiyet verebilecek maddelerin ve özellikle silahların varlığı durumunda, özel önlemler alınmasının zorunlu olduğunu belirtmekte ve

ödevini yerine getirecektir.²⁷⁹ Öğretide, içinde bulunulan durum alışılmıştan daha fazla özenin gösterilmesini gerekli kılıyorsa ev başkanının alışılmıştan daha fazla özen göstermek durumunda olduğu, ayrıca, yaşanan yerde, çok fazla özen gösterilememesinin bir davranış biçimi olarak gelenekleşmiş olması durumunda ev başkanının buna dayanarak kurtuluş kanıtı getiremeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁸⁰ Objektif özen ödevinin yerine getirilmiş olup olmadığının tayininde gözönünde tutulacak ikinci husus, gözetime muhtaç kimsenin yapacağı faaliyetin niteliğidir. Bu anlamda, ev başkanı, zarar meydana gelebilecek her durumda müdahale hakkını kullanmak zorundadır.²⁸¹

Ev başkanı, sadece otoritesine tâbi kimselere durum ve koşulların gerektirdiği tüm dikkat ve özeni göstermiş olduğunu ispat ederek değil, bu özeni göstermemiş

bu hususa ilişkin BGE 79 II 350 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi kararına, 4. HD, 30.1.1942 t., E. 700, K. 548 sayılı Yargıtay kararına yer vermektedir.

²⁷⁹ **DESCHENAUX/TERCIER**, 84; **ÖZTAN**, Aile, 602; **ÜNAL**, Aile Başkanı, 122; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 151. Yazar, gözetim ödevinin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde somut koşulların gözönünde tutulacağına ilişkin olarak BGE 74 II 196, 79 II 350 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına, 4. HD, 19.12.1979 tarih, E. 11135, K. 14236 sayılı Yargıtay kararlarına yer vermektedir. Bkz 151, d. 61.

²⁸⁰ **TANDOĞAN**, Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesine karşılık gelen, eski Medenî Kanun'un 320. maddesi, "mutad veçhile ve ahvalin muktazi bulunduğu dikkatle ona nezaret ettiğini" ibaresi taşımaktaydı. Koşulların gerektirmesi durumunda ev başkanının, alışılmıştan daha fazla özen göstermesi gerektiği, adam çalıştıran kimse ile hayvan tutan kimsenin sorumluluklarında, gözetim ödevine ilişkin olarak, bu sorumluluğu düzenleyen maddelerde "hal ve maslahatın icapettiği bütün dikkat ve itina"dan bahsedilmekte olduğu, ev başkanının sorumluluğu ile bu sorumlulukların dayandıkları esasın aynı olması sebebiyle özen ödevinin tespitinde farklı ölçütler getirilemeyeceği, ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesinin metnindeki 've' bağlacından da, bu sonuca varmanın mümkün olduğu belirtiliyordu. Bkz. **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 153; **KARAHASAN**, Sorumluluk, 624. Oysa Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesi, "alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle gözetim" ibaresini içermektedir. Maddenin gerekçesinde de konuyla ilgili bir açıklama bulunmamakta, fakat buradaki kurtuluş kanıtı ile, Borçlar Kanunu'nun 55. ve 56. maddelerinde öngörülen düzenleme ile paralellik sağlanmış olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce bu hususta eski Medenî Kanun'un yürürlükte olduğu sırada ileri sürülen görüşler, Türk Medenî Kanunu'nun uygulanması bakımından da, ileri sürülebilir.

²⁸¹ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 154 vd. **DESCHENAUX/TERCIER**, 85; **EREN**, 605. Yazar ev başkanının, gözetimi altındaki kimselere karşı yeterli bir şekilde özen ödevini yerine getirmediği, zarara sebebiyet veren fiile izin verdiği, eksik veya yanlış talimatta bulunduğu, uyarıda bulunması gerekirken bulunmadığı, tehlikeyi eşyayı evde bıraktığı, başkanlığı altındaki kimselere doğru olmayan bir biçimde davrandığı hallerde, özen ve gözetim ödevini ihlâl etmiş sayılacağını belirterek, bu hususta, BGE 74 II 193 vd., 67 II 55, 57 II 566, 103 II 24, 79 II 354 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer vermiştir. Bkz. 605, d. 119.

olduğunu fakat gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi, zararlı sonucun doğacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.²⁸²

Ev başkanı, gözetimi altındaki kimselere özen göstermesi için, yardımcı bir şahsı görevlendirmişse, bu kişiyi seçmede, ona talimat vermede, onu kontrol etmede kusuru olmadığını ispat etmedikçe, bu kimselerin kusurlu davranışlarından sorumlu olacaktır.²⁸³

Ev başkanının, otoritesine tâbi olan akıl zayıfı ve akıl hastası kişilere özel bir özen göstermesi gerekir.²⁸⁴ Ev başkanı, gözetimi altındaki akıl hastası ve akıl zayıfı kimselerin, başkalarına zarar vermesi tehlikesi varsa, bu konuda bizzat önlem almalı, zorunluluk halinde gerekli önlemlerin alınmasını yetkili merciden istemelidir (TMK m. 369/ II, III).²⁸⁵ Tandoğan, üçüncü kişilerin, kendilerini tehlikeye uğratan akıl zayıfı ve akıl hastası kimselere ilişkin gerekli önlemleri alması ve tehlikeyi gidermesi için, ev başkanı aleyhine, Borçlar Kanunu'nun 59. maddesine kıyasen, dava açmalarının

²⁸² Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesine karşılık gelen eski Medenî Kanun'un 320. maddesi hükmünde, ev başkanı, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabiliyordu. Söz konusu madde, Borçlar Kanunu'nun 55. ve 56. maddeleri ile getirilen düzenlemelerinin aksine, ev başkanına, gözetim ödevini yerine getirmemiş olduğunu, fakat bu ödevini yerine getirseydi dahi zararlı sonucun doğacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulma olanağı tanımamaktaydı. Bu hususa ilişkin, öğretide, Borçlar Kanunu'nun 55. ve 56. maddelerindeki düzenlemeler ile, ev başkanının sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin aynı esasa dayanmasına rağmen, bu şekilde bir farklılığın yaratılmasının doğru olmadığı; fakat herhalükârda, gözetim ödevinin yerine getirilmemiş olduğunun, fakat olsaydı dahi zararlı sonucu doğacağının ispatlanması hususunun, illiyet bağının kesilmesi anlamına geleceği; düzenlemedeki eksikliğin bu şekilde aslında pratik bir önemi haiz olmadığı belirtilmiştir. Bu konuda bkz. DESCHENAUX/TERCİER, 84; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 159; İMRE, Mesuliyet, 163; KILIÇOĞLU, 220; KARAHASAN, Sorumluluk, 627. Konuya ilişkin olarak öğretide ayrıca, eski Medenî Kanun'un 320. maddesi düzenlemesinin, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi düzenlemesinden farklı olarak, özen yükümünün gösterilmemiş olması durumunda, söz konusu özen gösterilmiş olsaydı dahi, zararlı sonucun doğacağının ispatlanması durumunda sorumluluğun kalkacağını içermemiş olmasına rağmen, sorumluluğu kaldıran bu hususun, ev başkanının sorumluluğunu düzenleyen eski Medenî Kanun'un 320. maddesinin, zararın doğmasını ev başkanının özen yükümünü yerine getirmediği karinesine dayandırması sebebiyle, ev başkanı için de geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda karine çürütülürse sorumluluğun dayanağı kalmayacaktır. Bkz. EGGER, Art. 333, N. 22; ÖZTAN, Aile, 603; ÜNAL, Aile Başkanı, 103 vd.

²⁸³ ÖZTAN, Aile, 603.

²⁸⁴ DESCHENAUX/TERCİER, 84; ÖZTAN, Aile, 602.

²⁸⁵ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 160. Ev başkanının, gözetimi altında bulunan akıl zayıfı veya akıl hastası kimselere ilişkin önlem almasına dair, KILIÇOĞLU, gözetime tâbi kimselerin başka kimselere zarar vermesi tehlikesi bulunması durumunda, ev başkanının bu konudaki önlemleri bizzat almakla yetinmemesi, gereken önlemleri alması için yetkili mercilere başvurusu gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda yazar, ev başkanının yetkili makamlara başvurmadan önce, akıl hastası ya da akıl zayıfı kimseyi bir sağlık kurumuna götürebileceğini, bu sağlık kurumuna yerleştirebileceğini, akıl zayıfı veya akıl hastası kimseye bir güvenlik görevlisi tutabileceğini belirtmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, 221.

teorik olarak mümkün olduğunu,²⁸⁶ fakat uygulamada, bu kimselerin dava açmaları yerine, doğrudan doğruya zabıtaya başvurmalarının, daha kolay ve çabuk sonuçlanacak bir yol olduğunu belirtmektedir.²⁸⁷

2.1.3.1.3. Sorumluluğun Hükümleri

2.1.3.1.3.1. Tazminat

2.1.3.1.3.1.1. Genel Olarak

Ev başkanı, sorumluluğun şartları gerçekleştiği takdirde, gözetimi altında bulunan kimsenin başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olur. Uğranılan zararın, maddî ve/veya manevî olması hallerine istinaden, ev başkanı, zarar görene maddî ve/veya manevî tazminat ödemeye mahkum edilebilecektir.

Ev başkanının sorumluluğunda, Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddeleri de uygulama alanı bulabilecektir.

Ev başkanının gözetimine tâbi olan kimse, aynı zamanda onun yardımcısı ise, bu kimsenin zarar verdiği kimse, dilerse adam çalıştırmanın sorumluluğu uyarınca, dilerse ev başkanının sorumluluğu uyarınca, ev başkanına dava açabilir.²⁸⁸ Öte yandan, ev başkanının gözetimi altındaki kimse, bir kimsenin yanında çalışmakta ise ve işin yapılması sırasında gözetim altındaki kişi bir başka kimseye zarar verirse, zarar gören, ev başkanının gözetimi altındaki kişiyi çalıştırana, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi hükmü uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğundan dava açmalıdır.²⁸⁹

²⁸⁶ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 160. (OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II, 2. Aufl., Zürich, 1962.

²⁸⁷ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 160. Yazar, akıl hastalarını korumada ihmâl gösterenlerin ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 560-562. maddelerindeki cezalara çarptırılabilceğini belirtmektedir.

²⁸⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, 169; KARAHASAN, Sorumluluk, 628.

²⁸⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 169. Yazar, ev başkanının otoritesi altında bulunan kimsenin bir başkasının yanında çalışması ve işine ilişkin bir faaliyetin yapılması sırasında üçüncü bir kişiye zarar vermesi durumunda, üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmini için açtığı davayı, gözetim altındaki şahsa yöneltmesinin, zarar veren

Ev başkanının, otoritesi altında bulunan kimsenin, başkasına verdiği zararlardan, ev başkanının sorumluluğu yanında, adam çalıştıran olarak Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi gereği sorumlu olması mümkündür. Bu durumda, hakların yarışması sözkonusu olur ve zarar gören ev başkanına, dilerse Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesine, dilerse Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine dayanarak dava açabilir.²⁹⁰

2.1.3.1.3.1.2. Ev başkanının ödediği tazminatı rücu hakkı

Ev başkanı ile birlikte diğer kimselerin, ev başkanının gözetiminde bulunan, küçük, kısıtlı, akıl zayıf ve akıl hastasının başkasına verdiği zarardan, kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk uyarınca sorumlu olan kimse veya kimseler bulunabilir.²⁹¹ Sözkonusu halde, bu birden fazla kimsenin, değişik hukukî nedenlere istinaden birlikte sorumlulukları gündeme gelir. Aynı esas, birden fazla kimsenin ev başkanlığını birlikte yürütmeleri durumunda da geçerlidir.²⁹²

Ev başkanı, otoritesi altında bulunan kimsenin başkasına verdiği zarardan sorumlu olan diğer şahıslarla birlikte sorumlu olduğu takdirde, üçüncü kişinin uğradığı

kimseyi gözetim ödevinin, işin yapılması sırasında, zarar vereni çalıştırmakta olan kişiye ait olmasının sonucu olduğunu belirtmektedir. Buna ek olarak yazar, ev başkanının otoritesi altında bulunan kimsenin, yanında çalıştığı kimsenin hayvan tutan, motorlu araç işleten veya bina maliki olması durumunda da, zarardan, hayvan tutanın, motorlu araç işletenin, bina malikinin sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. 170.

²⁹⁰ KARAHASAN, ev başkanının, kendi gözetimi altındaki kimsenin başkasına verdiği zarardan, Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesi gereği, ev başkanının sorumluluğu ile sorumlu olması yanında, ev başkanının, aynı zarardan, hayvan tutan, bina maliki, araç işleten, taşınmaz maliki sıfatıyla, Borçlar Kanunu'nun 56., 58., Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. ve Türk Medenî Kanunu'nun 730. maddeleri uyarınca sorumluluğunun bulunabileceğini belirtmektedir. Yazar, bu şekilde, ev başkanının birden fazla hükümle, zarardan sorumlu tutulabilmesi halinde de hakların yarışmasının sözkonusu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. KARAHASAN, Sorumluluk, 628.

²⁹¹ Bu konuya ilişkin olarak, iki küçüğün kavgası sonucu bir üçüncü kişi zarara uğramışsa, küçüklerin ev başkanlarının doğan zarardan birlikte sorumlu olacakları, eğer küçükler kusur ehliyetine sahipse, onların da, ev başkanları ile birlikte Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi gereği kusur sorumluluğuyla sorumlu olacakları, örnek olarak verilmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, 222.

²⁹² KARAHASAN, Sorumluluk, 629. Yazar, burada, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin, birlikte sorumlu tutulanların ortaklaşa kusuruna dayandığını; halbuki, ev başkanlığını birlikte yürüten kimselerin sorumluluklarının, kusura dayanmayan sorumluluk olması sebebiyle, bu kimselerin birlikte sorumluluklarında Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin uygulama alanı bulacağını belirtmektedir.

zarar tazmin eden ev başkanı, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin, ikinci fıkrası düzenlemesi doğrultusunda, zarardan sorumlu diğer kimselere rücu edebilecektir.²⁹³

2.1.3.1.3.2. Zamanaşımı

Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesinde ev başkanının sorumluluğu için bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu durumda, sözleşme dışı kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde de uygulanacağı kabul edilen, kusur sorumluluğuna ilişkin zamanaşımını düzenleyen, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi, ev başkanının sorumluluğunda da geçerli olacaktır.²⁹⁴ Buna göre, ev başkanına, gözetimi altındaki kimsenin verdiği zararların tazmini için açılacak dava bir ve on yıllık zamanaşımına bağlıdır. Ev başkanının gözetimi altındaki kimsenin üçüncü kimseye zarar veren fiili, suç niteliği taşısa bile, ev başkanının suç niteliği taşıyan bir davranışı söz konusu olmadığından, uzun süreli ceza zamanaşımına ilişkin Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi, birinci fıkrasının, ikinci cümlesi düzenlemesinin, ev başkanına açılacak davada uygulanması söz konusu olmayacaktır.²⁹⁵

²⁹³ ÜNAL, Aile Başkanı, 146 vd. ; KILIÇOĞLU, 222. Yazar, ev başkanının, diğer sorumlulara rücu hakkına ilişkin olarak, ev başkanının zararı tazmin ettikten sonra, buna kusursuyla sebebiyet verdiğini kanıtladığı otoritesi altındaki kimseye rücu edebileceğini belirtmektedir. Ev başkanının rücu hakkının, Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesinde belirtilmiş olmamasına rağmen, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin, ev başkanı bakımından da uygulama alanı bulacağına ilişkin, bkz. ÜNAL, Aile Başkanı, 146 vd; KILIÇOĞLU, 222.

²⁹⁴ ÜNAL, Aile Başkanı, 149. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Bkz. 4. HD 17.10.1965 t., E. 13504, K. 10737 s. K.; 13.5.1977 t., E. 5198, K. 5972 s. K. (KARAHASAN, Sorumluluk, 630'dan naklen)

²⁹⁵ ÜNAL, Aile Başkanı, 150. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Bkz. 4. HD, 30.6.1977, E. 893, K. 7606; 17.10.1975, E. 13504, K. 10737. (KARAHASAN, Sorumluluk, 630'dan naklen)

2.1.3.2. Adam Çalıştıranın Çalıştırdığı Ayırt Etme Gücünden Yoksunun

Sebebiyet Verdiği Zararlardan Sorumluluğu

2.1.3.2.1. Sorumluluğun Dayanağı ve Hukukî Niteliği

Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde kanunkoyucu, başka kimseleri çalıştıranın, çalıştırdığı yardımcının başkasına verdiği zararı, maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde tazmin etme borcu olduğunu düzenlemiştir. Bu madde ile adam çalıştıran kimseye, objektif bir özen yükümlülüğü, bir gözetim ödevi yüklemiştir. Söz konusu özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, adam çalıştıranın sorumluluğunun kaynağını oluşturur.²⁹⁶

Adam çalıştıranın, çalıştırdığı kimsenin başkasına verdiği zarardan sorumluluğu, kusura dayanmayan bir sorumluluktur.²⁹⁷ Dolayısıyla, adam kullananın sorumlu olması için, gerek kendisinin, gerekse çalıştırdığı kimsenin kusuruna gerek yoktur. Dolayısıyla, adam çalıştıran kimse, çalıştırdığı ayırt etme gücünden yoksunun başkasına vermiş olduğu zarardan sorumlu olacaktır. Yargıtay da, 27.3.1957 tarih ve

²⁹⁶ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 54. Yazar, kanunkoyucunun adam çalıştırana yüklediği objektif özen ödevinin yerine getirilmemesinin, çoğu zaman aynı zamanda bir kusur teşkil edeceğini, bu bağlamda ihmâlin kıstasının objektifleştirilmesinin, kusurun alanını çok genişlettiğini, fakat objektif özen ödevinin yerine getirilmemesi ile, objektifleştirilmiş ihmâlin birbirinden farklı kavramlar olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu bağlamda, objektifleştirilmiş ihmâl kavramının, ayırt etme gücünün varlığını gerektirdiğini, ayrıca adam çalıştıranın, adam çalıştırırken işlerin yönetimin bıraktığı yardımcılara karşı, gözetim ve denetim hususunda özen ödevini gereği gibi yerine getirmiş olsa bile, bu kimselerin, çalışanları gereği gibi denetlememeleri sonucu çalışanların verdiği zararlar bakımından, objektif kusurunun bulunmamasına rağmen sorumlu olacağını belirtmektedir. Bu konuya ilişkin Yargıtay 4. HD, 2.10.1978, E. 77-11751, K. 78-10809 sayılı kararında, "Bu özen ödevi ve buna riayet edilmemesi olgusu objektif olarak takdir olunur. Sübjektif bakımdan mazur görülebilecek bir neden iş gördüreni sorumluluktan kurtarmaz." denilmektedir. (**TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 54, d. 3'den naklen.) **İMRE**, Mesuliyet, 144; **EREN**, 575; **OĞUZMAN/ÖZ**, 565; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 503.

²⁹⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, 565; **EREN**, 575; **İMRE**, Mesuliyet, 144; **KARAHASAN**, Sorumluluk, 491; **DESCHENAUX/TERCIER**, 67; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 53; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 503. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin, adam çalıştıranın sorumluluğunun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğuna ilişkin BGE 97 II 221; 96 II 219; 95 II 97; 90 II 90; 88 II 135 kararlarına yer vermiştir.

1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, bu sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk olduğu görüşüne yer vermiştir.²⁹⁸

Tandoğan'ın da belirttiği üzere, adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusura dayanmaması, adam çalıştırmanın kusuru varsa Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin uygulanamayacağı anlamına gelmez. Kusuru sözkonusuysa adam çalıştırın, yine Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine göre sorumlu olur, ancak kusurunun bulunması, ek kusur olarak, kurtuluş kanıtı getirilmesi olanağını ortadan kaldırır; hükmedilecek tazminatın indirilmesini gerektiren bir husus sözkonusu ise, bu hususun gözönüne alınmasına engel olabilir, yine manevî tazminat bakımından gözönüne alınabilir.²⁹⁹

Adam çalıştırın kimsenin kusura dayanmayan sorumluluğuna ilişkin olarak bu sorumluluğun niteliği bakımından çeşitli görüşler mevcuttur. Bu bağlamda adam çalıştırın kusura dayanmayan sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğu ileri sürülmüştür.³⁰⁰ Bu görüş öğretide, adam çalıştırmanın tehlike ve büyük zarar olasılığı yaratmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.³⁰¹ Yine tehlike sorumluluğunda, sorumlu kişiye yükletilmiş bir özen ödevinin sözkonusu olmadığı, tehlike sorumluluğunda, özen ödevinin yerine getirilmesi veya ihlâl edilmesinden bağımsız olarak, özel tehlike kaynağı faaliyetin sorumluluğa vücut verdiği belirtilmektedir.³⁰² Öte yandan, adam çalıştırın, yardımcı kullanmak suretiyle bir takım menfaatler sağlaması ve çalışan kimsenin çoğu zaman zararı ödeme gücüne sahip olmamasının, adam çalıştırın çalıştırdığı kimselerin verdiği zararlardan kusura dayanmayan objektif sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmesi sonucunu

²⁹⁸ Sözkonusu İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay, adam çalıştırın kusura dayanmayan sorumluluğunun tehlike esasına dayandığını belirtmiştir.

²⁹⁹ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 54.

³⁰⁰ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Şerh, 380. Yazar, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin "Üstün bir menfaati ileri süren kimsenin bunun meydana koyduğu tehlikeye de göğüs germesinin gerekli olduğu yollu prensibe" dayandığını belirtmiştir. (KARAHASAN, Sorumluluk, 492, d. 24'ten naklen) **KARAHASAN**, Sorumluluk, 492. Yazar, seçiminde, kendisine talimat verilmesinde veya kendisinin denetlenmesinde bozukluk veya eksiklik olan çalışanın çevre için özel bir tehlike yarattığı görüşündedir.

³⁰¹ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 56; **EREN**, 575.

³⁰² **EREN**, 575.

doğurduğu belirtilmektedir.³⁰³ Bu bağlamda öğretide, adam çalıştırmanın kusura dayanmayan sorumluluğunun, olağan sebep sorumluluğu olduğu belirtilmektedir.³⁰⁴

Adam çalıştırın kimse, bu çerçevede, çalıştırdığı kimselerin ve bu bağlamda çalıştırdığı ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, başkalarına zarar vermesine engel olmak üzere, her türlü dikkat ve özeni, denetim ve gözetimi göstermek zorundadır. Bu bağlamda adam çalıştırın kimse, çalıştırdığı kimselerin, işin yürütümü sırasında başkasına hukuka aykırı bir fiille verdikleri zarardan sorumludur. *Eren*, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi hükmünün, aksi başka bir düzenlemeyle belirtilmedikçe, özel hukukta yardımcı kişinin davranışından doğan bütün sorumluluk hallerinde uygulanabilecek genel bir kural niteliği taşıdığını belirtmektedir.³⁰⁵

2.1.3.2.2. Sorumluluğun Şartları

2.1.3.2.2.1. Sorumluluğun Olumlu Şartları

2.1.3.2.2.1.1. Adam Çalıştırma İlişkisinin Varlığı

2.1.3.2.2.1.1.1. Genel Olarak

Adam çalıştırının Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi bağlamında, çalıştırdığı ayırt etme gücünden yoksun kimselerin başkalarına vermiş olduğu zararlardan sorumluluğunun gündeme gelmesi için, adam çalıştırın kimsenin çalışanın

³⁰³ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 56. Öğretide bir görüş, adam çalıştırının sorumluluğunun, hasar menfaat temeline dayanan bir sorumluluk olduğunu, bir kimsenin çalıştırdığı kimselerin emeğinden yararlanmasının, onların verdiği zarar da üstüne alması demek olduğunu belirtmektedir. Bkz. **OĞUZMAN**, Makale, 190. Yine bu bağlamda öğretide, **SUNGURBEY**, adam çalıştırının sorumluluğunun dayanağının, yardımcı kişiler kullanmasına karşılık, bunları gözetmede özen borcu, ödevi, böylece çıkarların denkleştirilmesi, dolayısıyla da amaca uygunluğun ve hakkaniyetin gerçekleştirilmesi olduğunu belirtmektedir. **SUNGURBEY**, Açıklamalı Kanun, 132. Aynı görüşte, **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 56; **EREN**, 576; **KILIÇOĞLU**, 207; **OĞUZMAN/ÖZ**, 565.

³⁰⁴ **EREN**, 575.

³⁰⁵ Bkz. **EREN**, 575.

hizmetlerinden yararlanıyor olması gerekir.³⁰⁶ Dolayısıyla adam çalıştıran kimse ile ayırt etme gücünden yoksun çalışan arasında bir istihdam ilişkisi bulunmalıdır.³⁰⁷

2.1.3.2.2.1.1.2. Adam Çalıştıran

Adam çalıştırma çoğu zaman bir sözleşmeye, genellikle de bir hizmet sözleşmesine dayanır.³⁰⁸ Öte yandan, başkasının hizmetinden yararlanma bir aile hukuku ilişkisine de, örneğin babasının ticaret yerinde çalışan çocuğun durumu gibi, dayanabilir.³⁰⁹ Yine adam çalıştırma ilişkisi, özel otomobilin ere kullandırılmasında olduğu gibi, askerî komuta yetkisine dayanarak adam çalıştırılmasında da sözkonusudur.³¹⁰

Arada geçerli herhangi bir hukukî ilişki olmaksızın, bir işin görülmesinde de Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi uygulanacaktır.³¹¹ Bu bağlamda, işin geçici veya sürekli bir iş olması, ivazlı veya ivazsız olması Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin uygulanmasına engel olmayacaktır.³¹² Sayılan durumlara istinaden, çalıştırılan kimse

³⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, 568; EREN, 579; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 56. Yazar, Yargıtay 11. HD'nin, 27.2.1975 tarih, E.4177, K. 1246 sayılı kararına yer vermiştir. Bu kararda: "Genel olarak zarar yapan kimsenin hizmetinden yararlanan, ona bu hizmetinde emir ve talimat veren ve onu denetlemek durumunda bulunan kimse istihdam edendir." denilmektedir. (TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 56, d. 18'den naklen)

³⁰⁷ KILIÇOĞLU, 207; KARAHASAN, Sorumluluk, 497.

³⁰⁸ TANDOĞAN, bir vekil veya müteahhidin, müvekkil veya iş sahibinin gözetimi altında ve onun talimatına uyarak çalışması durumunda, müvekkil veya iş sahibinin Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi anlamında, adam çalıştıran sayılabileceğini, fakat çoğu zaman, vekalet ve istisna (eser) sözleşmelerinde vekil ve müteahhidin, müvekkil veya iş sahibine bağımlı olmadığını, hatta, özel bilimsel veya artistik yetiştirme gerektiren serbest mesleklerin icrasına ilişkin sözleşmelerin, hizmet sözleşmesi sayılmakla birlikte (BK m. 353), bu sözleşmelerde bile Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi anlamında bir bağımlılık ilişkisinin bulunmayabileceğini belirtmektedir.

³⁰⁹ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 57. Yazar, konuya ilişkin, BGE 60 II 43 sayılı İsviçre Federal Mahkemesi kararına yer vermiştir. (TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 57, d. 21'den naklen)

³¹⁰ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 58.

³¹¹ EREN, 580; KILIÇOĞLU, 207; KARAHASAN, Sorumluluk, 496; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 58. Yazar, bu hususa ilişkin olarak, bir kısıtlı ile yapılan hizmet sözleşmesine vasi icazet vermese ve sözleşme geçersiz olsa dahi kısıtlının işini yaparken sebep olduğu zarardan adam çalıştırmanın sorumlu olduğunu belirterek bu hususta BGE 33 II 156 sayılı İsviçre Federal Mahkemesi kararına yer vermiştir. Bkz. d. 24. Yine yazar, bir çocuğun bir çiftçiye ürünü toplamak için yardım etmesini, bir çırağın otomobilini, bir yere götürmek için müşterinin emrine tahsis edilmesini, arada bir sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanacak olmasına örnek olarak göstermektedir.

³¹² TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 60. Yazar, istihdam ilişkisinin varlığı için, çalışanın iş karşılığı bir ücret almasının şart olmadığına ilişkin, BGE 46 II 126; 50 II 471 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer vermiştir. Bkz. 60, d. 35. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 503; EREN, 579.

ayırt etme gücünden yoksun olabilir. Yalnız bu durumda, adam çalıştırma, sözleşmeye dayanamayacağından, fiili duruma dayanır.³¹³

Adam çalıştırmanın en önemli ayırıcı niteliğini, çalışma yardımcısı ile kendi arasında, buyurma ve buyruk alma durumu olması oluşturur. Bu bağlamda, ayırt etme gücüne sahip olmayan çalışana karşı, buyurma ve gözetme gücü olan kimse adam çalıştırıcı niteliğini kazanır.³¹⁴

Gerçek veya tüzel kişiler adam çalıştırıcı sıfatına sahip olabilirler. Bu bağlamda bir kamu tüzel kişisi de adam çalıştırıcı sıfatını taşıyabilir. Ancak, kamu tüzel kişisi ile çalışan arasında bir özel hukuk ilişkisi olmalıdır.³¹⁵ Burada önemle belirtilmelidir ki, tüzel kişilerin organlarının, tüzel kişinin faaliyet alanına giren bir hususta, bir başkasının zarar görmesine sebebiyet vermesi durumunda, organın fiilinin doğrudan doğruya tüzel kişinin fiili sayılması dolayısıyla, tüzel kişinin, organın fiilinden sorumluluğu, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine değil, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi vd. hükümlerine tâbidir.³¹⁶ Eğer tüzel kişi, adam çalıştırıcı sıfatıyla

³¹³ EREN, 581.

³¹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 503; KARAHASAN, Sorumluluk, 496.

³¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, 565. Yazar, bu konuya ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 20.2.1991 tarih ve 4/1 sayılı kararına yer vermiş ve kamu tüzel kişisinde memur veya ajan olarak çalışan kimsenin, tâbi olduğu üstü tarafından, özel hukuk alanına giren bir iş (şahsî bir işi) için, kullanılması ve bu sırada başkalarına zarar vermesi durumunda, onu çalıştırıcının Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi hükmü uyarınca doğan zarardan sorumlu olacağının kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. 566, d. 15 ve 569, d.32 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 506. Yazar, bu hususta Yargıtay 4. HD'nin 22.1.1975 tarihli, E. 11399, K. 903 sayılı kararında "İETT İdaresinin hizmet sözleşmesiyle çalıştırdığı kimselerin sebep oldukları zarardan dolayı, idare hukuku prensiplerine göre değil Borçlar Kanunu'nun 55. ve 100. maddeleri hükümlerine göre sorumlu tutulmaları gerektiğinden, haklarında üçüncü kişiler tarafından açılacak davaların 'tam yargı davası' olarak nitelendirilmesine hukuken olanak yoktur... Kamu tüzel kişilerinin, kamu hizmetine ilişkin olmakla birlikte, özel hukuk kuralları altında yaptığı, özel hukuk alanına giren faaliyetleri sırasında meydana gelen zarardan bir özel hukuk tüzel kişisi gibi" sorumlu olacağının ifade edilmiş olduğunu belirtmektedir. Bkz. 566, d. 16. EREN, 580,

³¹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 504. Yazar, tüzel kişinin, organın işlediği haksız fiillerden, Türk Medenî Kanunu'nun 50. maddesi, ikinci fıkrası gereği sorumlu olduğunu, fakat tüzel kişinin, bu sorumluluktan kurtulmak için kurtuluş kanıtı getirme imkânından yoksun bulunduğunu, yalnız eğer organ, haksız fiili, kendi yetki alanını aşarak işlemiş bulunursa, tüzel kişinin, organın bu haksız fiilinden sorumlu olmayacağını belirtmektedir. Bu hususta bkz. TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 74; OĞUZMAN/ÖZ, 569; EREN, 581; KILIÇOĞLU, 208.

yardımcı kişilerden yararlanmaktaysa, tüzel kişi çalıştırdığı bu kimselerin başkalarına verdikleri zarardan Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca sorumludur.³¹⁷

Devlet ve diğer kamu kuruluşlarının, özel hukuk ilişkisi ile kendisine bağlı olmayan memur ve ajanlarının başka kimselere verdikleri zararlar bakımından, Devlet veya kamu tüzel kişisinin Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi hükmü ile sorumluluğu sözkonusu olmaz. Memurların ve ajanların Devlet veya kamu tüzel kişisi ile ilişkileri özel hukuk kurallarına değil, kamu hukuku kurallarına tâbidir.³¹⁸

2.1.3.2.2.1.1.3. Adam Çalıştıranla Çalışan Arasında Bağımlılık İlişkisi

Bağımlılık ilişkisinin en önemli unsurunu, ayırt etme gücünden yoksun kimseyi çalıştıranın, onu yardımcı olarak kullanmanın, adam çalıştıranın amaç ve menfaatine yönelmesi oluşturur. Dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun çalışan, işi yaparken adam çalıştıranın buyruğu altında olmalı, işi onun gözetiminde yapmalı ve onun talimatlarına bağlı bulunmalıdır.³¹⁹ Burada önemle belirtilmesi gereken husus, adam çalıştıranla, çalışan kimse (dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun çalışan) arasında doğrudan doğruya bir bağımlılık ve gözetim ilişkisinin bulunmasına gerek olmadığıdır. Bu bağlamda, özellikle büyük işletmelerde, adam çalıştıranla, çalışanlar arasında, adam çalıştırana, işlerini yönetmede yardımcı olan birçok kimse vardır. Ancak bu halde dahi adam çalıştıran, doğrudan kendisine bağlı olmayan, ayırt etme

³¹⁷ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 74; EREN, 581. Yazar, organ sıfatı ile yardımcı kişi sıfatının aynı kişide birleşemeyeceğini, organın yardımcı kişi, yardımcı kişinin organ olamayacağını belirtmektedir. (REY, Heinz, Aussvertragliches Haftpflichtrecht, Zürich, 1995, 911'e atfen). KILIÇOĞLU, 208.

³¹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 504; EREN, 580; OĞUZMAN/ÖZ, 565.

³¹⁹ EREN, 580; OĞUZMAN/ÖZ, 568; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 58. Yazar, bağımlılık ilişkisinin bulunması için, mutlaka adam çalıştıranın, çalışan kimseden daha fazla teknik bilgiye sahip olmasının şart olmadığını, ancak, adam çalıştıranın talimat verecek durumda olması ve talimat vermesinin, bağımlılık ilişkisinin varlığını gösteren bir belirti sayılacağını ifade etmektedir. Bkz. 59, d. 27.

gücünden yoksun çalışanın, başkasına verdiği zarardan, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi hükmü gereği sorumludur.³²⁰

Aralarında bağımlılık ilişkisi bulunmadığından birbirine eşit kimseler arasında, örneğin bir adi ortaklığın iki ortağı bakımından, çalıştırma ilişkisi sözkonusu olmaz.³²¹

Birden fazla çalıştıran mevcutsa, ayırt etme gücünden yoksun çalışanın, hepsini ilgilendiren işi yaparken zarar vermesi koşuluyla, birlikte adam çalıştıran kimseler, ortak yardımcının eyleminden müteselsilen sorumludurlar.³²²

Adam çalıştıranın, kendi çalışanını bir başkasına çalışmak üzere vermesi, kiralaması halinde, çalışanın başkasına verdiği zarardan kimin sorumlu olacağı hususunda baskın görüş, kendisine çalışanın kiralandığı ikinci adam çalıştıranın, çalışanı daha iyi gözetebilecek durumda olması nedeniyle, doğan zarardan sorumlu olacağı şeklindedir.³²³ Bu husus, kiralanın çalışanın, ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda da değişmeyecektir.³²⁴

³²⁰ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 60. Yazar, büyük işletmelerde adam çalıştıranın, çalışanların başkalarına vermiş oldukları zarardan sorumlu olmamak için, bu kimselerin vermiş oldukları zararın kendisinin değil de yönetime yardım eden aracı kimselerin, yani alt düzey yöneticilerin gözetim, ve denetim eksikleri ve/veya yanlış talimat vermeleri dolayısıyla ortaya çıktığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasının mümkün sayılmaması gerektiğini, bu görüşün kabulü durumunda, adam çalıştıranın, maiyetindeki yöneticilerin özen eksikliğinden sorumlu tutulmamış olacağını, ayrıca zarar görenin, mağdur olabileceğini belirtmektedir. **EREN**, 580

³²¹ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 59.

³²² **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 60.(OFTINGER, Carl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II, 1, Zweite Auflage, Zürich, 1960, 141'e atfen.) **EREN**, 582.

³²³ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 61. Yazar, öğretide Keller'in Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinden doğan özen yükümlülüğünün bölünebileceğini, çalışanı kiraya veren ilk adam çalıştıranın, seçimdeki özen eksikliğinden, çalışanı kiralayanın da gözetimdeki özen eksikliğinden sorumlu tutulabileceğini belirttiğini ifade etmektedir. Bkz. **KELLER**, Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bern, 1970, 119. (**TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 61, d. 38c'den naklen.) **EREN**, 580. Yazar, bu hususa ilişkin, BGE 42 II 617; 77 II 312; 88 II 439 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer vermiştir. Bkz. 580, d.23.

³²⁴ Adam çalıştıran kimsenin kusura dayanmayan sorumluluğunda, bu sorumluluğun varlığı için çalışan kimsenin kusuru aranmadığından, çalışan kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmayan çalışandan sorumluluğu, genel olarak ayırt etme gücüne sahip kimseden sorumluluğu gibidir. Sorumluluğun dayandığı esas, özen ödevi olduğundan, ayırt etme gücünden yoksun çalışanın kiralanmasında, ayırt etme gücüne sahip bir çalışanın, bir başkasına kiralanması durumunda benimsen çözüm tarzının kabulünün gerektiği kanaatindeyiz.

2.1.3.2.2.1.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Çalışanın Hukuka Aykırı Bir

Fiille İşin Görülmesi Sırasında Başkasına Zarar Vermesi

2.1.3.2.2.1.2.1. Hukuka Aykırı Fiil

Çalışan, onu çalıştıran kimsenin, ona gereken özeni göstermesi, eksik veya yanlış talimat vermesi sonucu, bir fiille bir başka kimseye zarar vermesi durumunda hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur.³²⁵ Öğretide, buradaki hukuka aykırılığın, çalışan kimsenin fiili bakımından aranmayıp, sadece adam çalıştıranın 'yapmama' biçiminde gerçekleşen özen yükümünün ihlâli ile gerçekleşeceği ileri sürülmüştür.³²⁶

Eğer çalışan, adam çalıştıranın bir hakkını kullanırken başkasına zarar vermiş olursa, zarar görenin rızası sözkonusuysa, meşru müdafaa veya zorunluluk hali mevcutsa, adam çalıştıran, sorumlu olmayacaktır.³²⁷

Burada önemle belirtilmelidir ki, adam çalıştıranın, çalıştırdığı kimsenin başkasına vermiş olduğu zarardan sorumluluğu bakımından çalışan kimsenin kusurlu olması aranmaz.³²⁸ Bu bağlamda, çalışan kimsenin ayırt etme gücünden yoksun

³²⁵ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 64. Yazar, çalışanın, başkasının zarara uğraması sonucunu doğuran fiilinin, hukuka aykırı olması gerektiğini belirtmekle birlikte, objektif özen yükümünün yerine getirilmemesine dayanan sorumluluklarda, sorumlu kişinin, hukuka aykırı olan yapmama biçiminde bir davranışının sözkonusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. 9. Dolayısıyla adam çalıştıranının, kullandığı adamdaki sorumluluğunda, ev başkanının, otoritesine tâbi kimsenin başkasına verdiği zarardan sorumluluğunda olduğu gibi, adam çalıştıranın, yapmama biçiminde ortaya çıkan ve hukuka aykırı bir fiil teşkil eden, özen yükümünün ihlâli yanında, çalışan kimsenin, fiili bakımından da yapma biçimindeki hukuka aykırı bir fiilin varlığı aranacaktır. **EREN**, 582.

³²⁶ **OĞUZMAN**, Makale, 194. **KARAHASAN**, Sorumluluk, 510. Yazar, hukuka aykırılığın, yasanın bir yapma, özellikle de bir gözetim ödevi yüklediği yerlerde, bunun yerine getirilmemiş olmasının, yapmama şeklindeki fiilin hukuka aykırı olması sonucunu doğuracağını, buna göre, sorumluluğun kaynağının, adam çalıştıranın kendi hukuka aykırı fiili olduğunu belirtmektedir.

³²⁷ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 64; **EREN**, 582. Aksi görüşte, **OĞUZMAN**, Makale, 195. Yazar, çalışanın fiili bakımından, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeninin, adam çalıştıranın yapmama biçiminde gerçekleşen hukuka aykırı fiilini etkilemeyeceğini, sadece, zararın adam çalıştıranın gerekli özeni göstermemesinden kaynaklandığının ispatlanmış sayılacağını belirtmektedir. Aynı görüşte, **KARAHASAN**, Sorumluluk, 511.

³²⁸ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 64. Yazar, çalışan kimsenin zararın doğmasında kusurunun olup olmamasının esas itibarıyla bir önem arzetmemesi dolayısıyla, kural olarak tazminatın hesaplanmasında, çalışan kimsenin kusurlu bulunmasının gözönüne alınmayacağını, fakat çalışanın kusurunun ağırlığına göre, mağdurun kusuru ile karşılaştırılabileceğini, bu bağlamda çalışanın kusurunun ağır olmasının tazminata hükmedilirken hesaba katılabileceğini belirtmektedir. **OĞUZMAN/ÖZ**, 568; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 506; **İMRE**, Mesuliyet, 145, 147 vd.; **KARAHASAN**, Sorumluluk, 511. Yazar, çalışan kimsenin kusurunun

olması da onu çalıştıran kimsenin, zarardan sorumlu olması bakımından bir değişiklik yaratmayacaktır.³²⁹ Öğretide, çalışanın zarar verirken kasıtlı davranması durumunda, onu çalıştıran kimse bakımından, zararın verilmesinin, işin görülmesi ile ilgili olmadığını ispat ederek, sorumluluktan kurtulma imkânının doğacağı ileri sürülmüştür.³³⁰ Öğretide, *Tandoğan* tarafından belirtildiği üzere, çalışanın işin görülmesi sırasında, bir başkasına ağır kusurlu olarak veya kasten zarar vermesi durumunda, bu kast veya ağır kusurun, çalışanın iyi seçilmediği veya ona eksik bir biçimde gözetimde bulunulduğu sonucuna varılması, dolayısıyla, adam çalıştıranın bu zarardan sorumlu olması sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir.³³¹ Çalışan kimsenin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda ise, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kastı veya ağır kusuru sözkonusu olamayacağından, ayırt etme gücünden yoksun çalışanın başkasına kasten veya ağır kusurla zarar verdiği ileri sürülemeyecek, adam çalıştıran, diğer şartlar da gerçekleşmişse, zarardan sorumlu olacaktır.

2.1.3.2.2.1.2.2. İşin Görülmesi Sırasında Bir Başkasına Zarar Verilmesi

2.1.3.2.2.1.2.2.1. Zarar

Zarar, ayırt etme gücünden yoksun çalışanın olumlu bir davranışı ile gerçekleşebileceği gibi, olumsuz bir davranışıyla da gerçekleşebilir.³³² Zarar, üçüncü

aranmayacağına ilişkin, Yargıtay'ın 27.3.1957 tarih ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına yer vermiştir. Bkz. 511.

³²⁹ EREN, 583. Yazar, bu hususa ilişkin, BGE 112 II 145; 95 II 106 vd.; 57 II 40; 46 II 126 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer vermiştir. Bkz. 583, d. 35.

³³⁰ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 65. (OFTINGER, Carl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band. II, 1, Zweite Auflage, Zürich, 1960, 148 vd.'na atfen.)

³³¹ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 65.

³³² EREN, 582.

bir kimseye verilmiş olmalıdır.³³³ Çalışan kimsenin verdiği zararın maddî bir zarar olması hususunda bir sorun yoktur. Ayırt etme gücünden yoksun kimseyi çalıştıran, onun başkalarına vermiş olduğu maddî zararlardan sorumludur. Fakat, Yargıtay, verdiği kararlarda, çalışanların ika atikleri haksız fiillerden doğan manevî zararlara ilişkin olarak, adam çalıştıranın manevî tazminat ödemeye mahkum edilip edilemeyeceği hususunda tereddüt göstermekteydi. Daha sonra Yargıtay, bir İçtihadı Birleştirme Kararı³³⁴ ile, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmü uyarınca, adam çalıştıranın, manevî tazminatı ödemeye mahkum edilebilmesi için, ne çalışan kimsenin ne de adam çalıştıranın kusurunun şart olmadığına, hakimnin özel hal ve şartları takdir ederek, manevî tazminata hükmedebileceğine karar verdi.³³⁵

Maddî veya manevî zarar, şahsa veya mala karşı olabilir.³³⁶

2.1.3.2.2.1.2.2.2. Zararın işin görülmesi sırasında verilmesi

Zarar, adam çalıştıranın kendi amaçları için ayırt etme gücünden yoksun çalışanı kullandığı sırada, kısaca işin görülmesi sırasında ve iş dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun çalışan tarafından ika edilmiş olmalıdır.³³⁷ Dolayısıyla, ayırt etme

³³³ EREN, 578; KILIÇOĞLU, 208. Adam çalıştıran kimsenin, çalıştırdığı kimsenin üçüncü şahıslara vermiş olduğu zarardan sorumlu olmasına ilişkin olarak, bu hususun, adam çalıştıranın kusura dayanmayan sorumluluğu ile ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğu (BK m. 100) birbirinden atırdetmek bakımından önem arzettiğini belirtmektedir. Yine yazar, çalışan kimsenin, işi görürken kendisine bir zarar vermesi, yani iş dolayısıyla bir zarar görmesi durumunda, adam çalıştıranın, bu zarardan Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine göre değil, aralarındaki iç ilişkinin, ki bu genellikle hizmet sözleşmesi olacaktır, hükümlerine göre sorumlu olacağını belirtmektedir. Bkz. 209.

³³⁴ 22.6.1966 tarih ve 7/7 sayılı İBK. (GÜRİSOY, Manevî Tazminat, 16'dan naklen)

³³⁵ Yargıtay, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmünün uygulamasında, hafif bir kusur aramaktaydı. Bkz. 4. HD, 29.1.1937 t., E. 375, K. 148 s. K.; 4. HD, 3.4.1958 t., K. 2218 s. K.; 3. HD, 14.2.1961, K. 1146 s. K., GÜRİSOY, Manevî Tazminat, 14'den naklen.) Yargıtay 4. HD, daha önce verdiği bazı kararlarda (12.4.1960 t., K. 3148 s. K.; 29.4.1965 t. K. 2304 s. K.; 11.6.1965 t., K. 3075 s. K., GÜRİSOY, Manevî Tazminat, 15'den naklen), Borçlar Kanununun 47. ve 49. maddelerinde 'manevî zarar' denilmekte olduğunu; oysa aynı kanunun 41. maddesinde 'zararın tazmini'nden, 55. maddesinde 'zarardan mesul olma'dan ve 56. maddesinde 'zararın tazmini'nden bahsedilmekte olduğunu belirterek, bu maddelerin kaleme alınış tarzından, kanunkoyucunun, 55. madde ile adam çalıştırana, yalnız maddî zarardan mesul tuttuğu sonucuna varılacağına hükmetmiştir. Yargıtay, daha sonra, yukarıda belirtilen İBK ile, bu kararda belirtilen görüşü değiştirmiştir.

³³⁶ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 61; EREN, 578; KARAHASAN, Sorumluluk, 510.

³³⁷ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 61; EREN, 582; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 506; KILIÇOĞLU, 208; OĞUZMAN/ÖZ, 570.

gücünden yoksun çalışana verilen iş ile bunun görülmesi sırasında meydana gelen zarar arasında, sıkı bir bağ bulunmalıdır.³³⁸ Çalışana verilen iş ile bunun görülmesi sırasında meydana gelen zarar arasında, sıkı bir bağın bulunduğu hallere örnek olarak, şoförün patronunu götürürken birini çiğnemesi, inşaat işçisinin, inşaatı temizlerken, taşların sökülmesi ve düşerek yoldan geçen bir kimseyi yaralaması, bir panayırda, tüfekle atış yapılan yerin işçisinin elinde tüfeğin atış almasıyla, oradan geçmekte olan bir kimsenin yaralanması, gösterilebilir.³³⁹ Bu bağlamda öğretide, işin icrası ile zararın verilmesi arasında, zaman ve yer ilişkisi ve zararın iş sahibinin verdiği araç ve gereçle ika edilmiş olmasının, zararın işin görülmesi sırasında husule getirilmiş olduğuna dair bir belirti teşkil edebileceği belirtilmektedir.³⁴⁰ Tandoğan, önemli olanın, bu unsurlardan çok, zarar verici fiilin, adam çalıştıran kimsenin, çalışanını (dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun çalışanı), kendi amaçları için kullandığı uğraş alanına girmesi olduğunu, başka bir deyişle, zarar verici fiil ile hizmet arasında amaç bakımından, işlev bakımından sıkı bir bağ bulunması gerektiğini belirtmektedir.³⁴¹ Ayırt etme gücünden yoksun çalışanın, kendisine düşen yükümlülük alanını genişletmiş olması, bu çalışanın, hukuka aykırı fiili ile görevi arasındaki amaç ilgisinin kesilmemiş olması şartıyla, hukuka aykırı fiil sonucu ortaya çıkan zarardan, onu çalıştıran kimsenin sorumlu olmasını engellemeyecektir.³⁴² Bununla birlikte

³³⁸ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 62; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 506; OĞUZMAN/ÖZ, 570; KILIÇOĞLU, 208; EREN, 582. Yazar, çalışana verilen iş ile bunun görülmesi sırasında meydana gelen zarar arasında işlevsel bir bağ bulunması gerektiğini; zararın, adam çalıştıran kimseyi, adam çalıştırma ilişkisi kurmaya ve özellikle de bir yardımcı çalıştırmaya sevkeden işin görülmesi sırasında gerçekleşmesi durumunda, işlev bağın kurulmuş olacağını belirtmektedir. Yazar, bu bağlamda, meydana gelen zarar ile, yardımcı kişinin gördüğü iş arasında, rastlantısal bir zaman ve yer ilişkisinin bulunmasının yeterli olmadığını belirtmektedir.

³³⁹ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 62.

³⁴⁰ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 62. Yazar, bu unsurların daima doğru sonuca ulaştırmayacağını belirtmektedir. EREN, 582.

³⁴¹ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 62; EREN, 582. Yazarın bu husustaki görüşlerine yukarıda kısaca değinilmişti. Bkz. d. 338.

³⁴² EREN, 583. TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 63. Yazar, adam çalıştıran kimsenin, çalıştırdığı kimselerin, yalnız, üstüne düşen görev uyarınca isabetli olarak yapması gereken ve kendisine verilen talimata uygun davranışlarından doğan zararların tazmini ile sorumlu olduğunun kabul edilmesi durumunda, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi hükmünün konuluş sebebi olan, adam çalıştırma, çalıştırdığı kimselerin, yerinde

öğretide, ayırt etme gücünden yoksun çalıştırılanın, kendisini çalıştıran kimse ile ilgili olmayan amaçlar için veya tamamıyla kendi başına buyruk hareket etmiş ve bu esnada başkasına zarar vermiş olması durumunda, adam çalıştıran kimsenin ayırt etme gücünden yoksun bu çalışanın vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulmaması gerektiği belirtilmektedir.³⁴³ Fakat, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin çalıştırılması durumunda, çalışma ilişkisi fiili duruma dayandığından, ayırt etme gücünden yoksun çalışanın, zarara sebebiyet veren fiilin, işin görülmesi ile ilgili olup olmadığı, ayırt etme gücünden yoksun kimse ile onu çalıştıran arasındaki çalıştırma ilişkisinin niteliğinden çıkarılmalıdır. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin çalışması durumunda, yanında çalışılan kimsenin adam çalıştıran sayılması ve bu bağlamda sorumlu olması, ayırt etme gücünden yoksun kimse fiilen hizmette bulunduğu ölçüde sözkonusu olacaktır.³⁴⁴

2.1.3.2.2.1.2.3. Hukuka aykırı fiille zarar arasında illiyet bağı bulunması

Çalıştırılan ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.³⁴⁵ Kanunkoyucu, adam çalıştıran kimsenin özen ödevini yerine getirmemesi dolayısıyla zararlı sonucun meydana gelmiş olduğu, karine olarak

olmayan, zarar verici davranışlarından sorumlu kılınmasına aykırı bir çözüm getirilerek, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin, gereğinden fazla daraltıcı şekilde yorumlanması olacağını belirtmektedir. Yazar, bu bağlamda, adam çalıştırmanın, çalıştırdığı kimsenin, kendisine verilen yetkileri aştığını ileri sürerek, çalıştırdığı bu kimsenin, bu şekildeki yetki aşımıyla, başkasına verdiği zarardan sorumlu olmaktan kurtulamayacağını kabulünün gerektiğini, halihazırda adam çalıştıran kimsenin, çalışanın, kendisine verilen iş dolayısıyla sahip olduğu yetkileri aşmaması için gereken önlemleri alması gerektiğini belirtmektedir.

³⁴³ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 63 (OFTİNGER, age, 147' ye atfen).

³⁴⁴ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 64. Yazar, sözkonusu durumun, yalnız, çalışanın, bir sözleşmeye veya aile hukuku ilişkisine veya başka bir temel ilişkiye dayanmaksızın çalıştırıldığı, yani çalışma ilişkisinin fiili bir durumdan kaynaklandığı hallere münhasır olduğunu belirtmektedir.

³⁴⁵ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 65. Yazar, bu hususta 4. HD'nin, 18.6.1957 tarih ve E. 1643, K. 4064 sayılı kararına yer vermiştir. EREN, 578; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 507. Yazar, çalışan kimsenin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının araştırılmasına ilişkin olarak, Yargıtay HGK'nın, 21.1.1981 tarih ve E. 15-384, K. 19 sayılı kararına yer vermektedir. Bkz. 507, d. 3k KARAHASAN, 511.

kabul edilmiştir.³⁴⁶ Bu hususa ilişkin olarak belirtilmelidir ki, zarar ile çalışan kimsenin fiili arasında uygun illiyet bağı bulunup bulunmadığı araştırılacaktır, ayırt etme gücünden yoksun kimseyi çalıştıranın özen eksikliği ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunup bulunmadığı değil.³⁴⁷ Öğretide, eğer ayırt etme gücünden yoksun kimseyi çalıştıranın özen eksikliğinin bir fiil şeklinde ortaya çıkıyorsa, adam çalıştıran kimsenin bu fiili ile zarar arasında da uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir.³⁴⁸

2.1.3.2.2.2. Sorumluluğun Olumsuz Şartı:

Kurtuluş Kanıtı Getirilmemiş Olması

Adam çalıştıran, öncelikle, ayırt etme gücünden yoksun çalışanı seçmede, ona talimat vermede ve onu gözetmede gerekli özeni göstermiş olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.³⁴⁹ Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca adam çalıştıran 'hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itina bulundugunu' ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Öğretide, hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinadan, adam çalıştıran kimsenin, çalıştırdığı kimseyi seçmede, ona

³⁴⁶ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 65; EREN, 578; OĞUZMAN/ÖZ, 571; KARAHASAN, 511.

³⁴⁷ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 65. Aksi görüşte OĞUZMAN/ÖZ, 571. Yazar, adam çalıştıran kimsenin, kendisine yükletilen davranış yükümünü yerine getirmiş olduğunu veya zararlı yükümlülüğü arasında illiyet bağı bulunmadığını ispat etmiş olması halinde, adam çalıştıran kimsenin, çalışanın zararına sebebiyet veren fiili bakımından sorumluluğu için şartların gerçekleşmiş olmasına rağmen, adam çalıştıran kimsenin sorumlu olmayacağını, adam çalıştıranın sorumluluğu sonucunu doğuran kendi fiili ile zarar arasında illiyet bağının bulunmadığını, belirtmektedir.

³⁴⁸ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 65 (OFTINGER, age, 153,154 ve NATER, Hans, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Bern-Frankfurt, 1971, 18'e atfen). Yazar, bu hallerin çoğu zaman adam çalıştıran kimse için ek kusur sayılacağını belirtmektedir.

³⁴⁹ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 69; DESCHENAUX/TERCIER, 75; KILIÇOĞLU, 210; TEKİRAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 508; OĞUZMAN/ÖZ, 572. Yazar, adam çalıştıranın, çalıştırdığı kimseyi seçmede, ona talimat vermede ve onu gözetmede gerekli özeni göstermiş olduğunu ispat etmesinin, adam çalıştıran kimsenin sorumluluğu sonucunu doğuran fiil karinesinin çürütülmesi olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda, yazar, adam çalıştıranın, çalışan kimsenin seçiminde, ona talimat vermede ve ona nezaret etmede özen gösterdiğini ispatlamasında, bu hususlardan birisinin dahi ispat edilememesi halinde, fiil karinesinin çürütülmüş sayılmayacağını belirtmektedir. EREN, 584. Yazar, adam çalıştıranın çalıştırdığı bir kimsenin bir başka kimseye zarar vermesi halinde, adam çalıştıranın, kanunen kendisine yüklenmiş olan özen ödevini ihlâl ettiği yolunda bir karinenin mevcut olduğunu belirtmektedir. Öte yandan yazar, kurtuluş kanıtının niteliği itibariyle bir kusursuzluk kanıtı olmayıp, sorumluluktan kurtulma kanıtı olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde, İMRE, Mesuliyet, 148.

talimat vermede ve onu gözetmede, üzerine düşen özen ödevini yerine getirmesi hususunun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.³⁵⁰ Yine bu bağlamda, işin örgütlenmesine ve işin görülmesine ilişkin araçların da elverişli olması gerektiği³⁵¹; adam çalıştıran kimsenin işletmedeki çalışmayı amaca uygun şekilde düzenlemesi ve tehlikeli işlerde üçüncü kimselerin bir zarara uğramaması için gerekli önlemleri alması gerektiği belirtilmektedir.³⁵² Burada belirtilmelidir ki, özen yükümünün nitelik ve ölçüsü objektiftir. Bu bağlamda, ayırt etme gücünden yoksun kimseyi çalıştıranın, durumun gerektirdiği tüm özeni gösterip göstermediği, kişisel durumuna, bilgi ve yeteneklerine göre değil, objektif şartlara göre değerlendirilir. Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksunu çalıştıran kimsenin, bizzat kendisinin de ayırt etme gücünden yoksun olması onun sorumluluğunu etkilemez.³⁵³ Öte yandan, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde, 'durumun gerektirdiği her türlü özen'den bahsedildiği için, gösterilmesi gereken özen, somut durum ve şartlara göre değerlendirilir.³⁵⁴

³⁵⁰ İMRE, Mesuliyet, 146; TANDOĞAN, Mesuliyet, 118; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 508; EREN, 584;

³⁵¹ Yargıtay 4. HD'nin 2.10.1978 tarih ve E. 11751, K. 10809 sayılı kararında, "...Davalı müteahhit iş yerinde kullandığı malzemelerin bozuk ve hatalı olmasından ve bu yüzden doğan zarardan sorumludur. ...Adam kullanan, adamın kullanıldığı bir aracın yada gerecin imalinde bir hata bulunduğunu ve olayın bu imal hatasından doğduğunu ileri sürüp sorumluluktan kurtulamayacağı gibi işinde kullandığı malzemelerde de imalat hatası bulunduğunu ileri sürüp sorumluluktan sıyrılmaz. Zira sebep sorumluluğu ilkesi böyle bir savunmaya engeldir. Kaldı ki davalı adam kullanan, işçilerin kullandığı malzemelerin sağlam olup olmadığını araştırıp kontrol etmekle de görevlidir. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 509, d. 4a'dan naklen.)

³⁵² TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 69. Yazar, sayılan hususlarda eksiklik olması halinde, adam çalıştıranın, çalıştırdığı kimseleri seçmede, onlara talimat vermede ve onları gözetmede gerekli özeni göstermiş olsa bile, kurtuluş kanıtının getirilmemiş sayılacağını belirtmektedir. Yazar, bu bağlamda ayrıca, çalıştırılan kimselerin, yorgun bir şekilde çalıştırılması durumunda da, kurtuluş kanıtının getirilmemiş sayılacağını belirtmekte ve 4. HD'nin, 23.2.1942 tarih ve E. 161, K. 566 sayılı kararını göstermektedir. Bu kararda, adam çalıştıranın, çalışan kimseyi gece ve gündüz çalıştırması sonucu direksiyonda uyuyakalarak, bir kaza ile bir kimsenin ölmesine ve bir başkasının yaralanmasına sebebiyet vermesi haline ilişkin olarak, adam çalıştıran kimsenin getirdiği kurtuluş kanıtının getirilmemiş sayılmasına hükmedilmiştir. (TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 70, d. 84'den naklen) Aksi görüşte, OĞUZMAN/ÖZ, 573. Yazar, adam çalıştıran kimsenin, çalışanlarını seçmede, onlara talimat vermede, onları gözetmede, gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi durumunda, işin örgütlenmesinin, işe tahsis edilen araçların amaca uygun olduğunun, kısaca işin organizasyonunun iyi bir biçimde gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiğini, bu hususların ayrıca aranmayacağını belirtmektedir.

³⁵³ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 67; DESCHENAUX/TERCIER, 75; EREN, 584; OĞUZMAN/ÖZ, 573; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 509.

³⁵⁴ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 66; OĞUZMAN/ÖZ, 573; EREN, 584. Yazar, zarar verici eylemin gerçekleştiği bölge veya yerdeki kötü alışkanlıkların, örnek olarak gösterilemeyeceğini belirtmektedir. Yine bu bağlamda yazar, görülecek işin niteliğinin ve tehlikelilik derecesinin de, özen derecesinin değerlendirilmesinde büyük önem taşıdığını ifade etmektedir.

Öğretide, adam çalıştıran kimsenin, çalıştırdığı kimselerin eylemlerinden kaynaklı bir zararın doğmaması hususunda, göstermesi gereken dikkat ve özenin, çalışan kimsenin seçiminde gerekli özenin gösterilmiş olmasına, çalışan kimseye talimat vermede gerekli özenin gösterilmiş olmasına ve çalışanın denetlenmesine ilişkin olduğu belirtilmektedir.³⁵⁵ Bu bağlamda adam çalıştıran, ayırt etme gücünden yoksun çalışanını seçerken gerekli özeni göstermiş olduğunu, bu kimseyi işe alırken ve kendisine bir iş verirken, onun yapacağı işe ilişkin bilgiye, ehliyete, tecrübeye sahip olup olmadığı hususunda gerekli araştırmanın yapıldığını ispat edecektir.³⁵⁶ Adam çalıştıran ayrıca, ayırt etme gücünden yoksun çalışanına talimat vermede özen gösterdiğini de ispat edecektir. Bu hususun ispatı için adam çalıştıran, ayırt etme gücünden yoksun çalışana yapacağı iş hakkında gerekli bilgileri verdiğini, uyarıları yaptığını, bu konuda hakimde kanaat oluşturacak delillerle ispat edecektir.³⁵⁷ Son olarak, adam çalıştıranın gerekli özeni göstermiş olup olmadığı tespit edilirken, adam çalıştıranın, ayırt etme gücünden yoksun çalışanı gözetmede gerekli özeni gösterip göstermediğine bakılacaktır. Adam çalıştıran, bu hususu ispat ederken, ayırt etme gücünden yoksun çalışanını, işin görülmesi sırasında, bizzat kendisi veya bu konuda görevlendirdiği kimseler aracılığıyla denetlediğini, çalışanın verilen talimatlara uygun davranıp davranmadığının kontrol edildiğini ispat edecektir.³⁵⁸

³⁵⁵ EREN, 585; OĞUZMAN/ÖZ, 572.

³⁵⁶ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 67; OĞUZMAN/ÖZ, 572; EREN, 585. Yazar, adam çalıştıran kimsenin, çalıştırdığı kimseye ilişkin olarak, bu kimsenin yapacağı işle ilgili olarak, o iş çevresinde ün yapmış olduğunu, vasıflı, iyi eğitim görmüş, yeni bilgi ve tekniğe göre çalışan bir kimse olduğunu ispat etmesinin, çalışan kimsenin seçiminde gerekli özenin gösterilmiş olduğunun ispatı anlamına geleceğini belirterek, bu hususta, İsviçre Federal Mahkemesinin, BGE 36 II 499 vd.; 49 II 95; 50 II 495; 56 II 288; 81 II 226; 96 II 31 vd., numaralı kararlarına yer vermiştir. Bkz. 585, d. 43.

³⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, 572; EREN, 585. Yazar, talimat vermede gerekli özenin gösterilip gösterilmediği tespit edilirken, çalışan kimsenin yaptığı işin öneminin, niteliğinin, işin tehlikelilik derecesinin gözönünde tutularak, emir ve talimat verilmiş olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. 585.

³⁵⁸ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 68; OĞUZMAN/ÖZ, 572; EREN, 585. Yazar, adam çalıştıran kimsenin, sürekli bir biçimde denetimde bulunmasının mümkün olmadığını, burada adam çalıştıranın etkin bir biçimde denetimde bulunulduğunu ispat etmesi gerektiğini, denetlenmediğini düşünen bir çalışanın, görev ve sorumluluk bilincinden uzaklaşarak, dikkat eksikliği dolayısıyla, başkalarını zarara sokacak fiilleri daha rahat ika edebileceğini, bu bağlamda denetimin, işin ve çalışan kimsenin niteliğine göre değişeceğini belirtmektedir. Bu

Adam çalıştıran kimse Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca, zararın gerçekleşmesine engel olacak tüm dikkat ve özeni göstermediğini, fakat bu dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Fakat öğretide de belirtildiği üzere, zararın gerçekleşmesine engel olunamayacağı hususunu içeren bir savunma, adam çalıştıran kimsenin özen gösterme yükümü ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği iddiasını içerir.³⁵⁹ Bu bağlamda öğretide, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi, birinci fıkrası, ikinci cümlesinde yer alan bu hükmün, anlamsız, gereksiz olduğu ileri sürülmüştür. Adam çalıştıran, mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru veya üçüncü kişinin kusuru nedeniyle, ki bu hususlar illiyet bağını kesen sebepleri oluştururlar, illiyet bağının kesildiğini ispat edebilecektir. Bu şekilde de adam çalıştıran, bu hususlardan birinin ispatıyla, sorumluluktan kurtarıcı genel bir sebepten yararlanmış olacaktır. Bu duruma istinaden, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi, birinci fıkrası, ikinci cümlesinde yer alan bu hükmün, bu esasın tekrarı olduğu ve dolayısıyla bu hükme gerek olmadığı belirtilmiştir.³⁶⁰ Bunun yanında bazı yazarlar, sözkonusu hükümde yer alan bu kurtuluş kanıtı ile kanunkoyucunun, zarar gören veya üçüncü kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması veya mücbir sebep teşkil etmeyen umulmayan haller dolayısıyla illiyet bağının kesilmediği durumlarda, adam çalıştırana sorumluluktan kurtulabilme imkânı tanıdığı görüşündedirler.³⁶¹

hususla ilişkin yazar, konusunda uzman ve yetenekli bir çalışana ilişkin olarak adam çalıştıran kimsenin denetim ve gözetim ödevinin bir dereceye kadar azalabileceğini ifade etmektedir. Bkz. 585.

³⁵⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 510; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 70; **İMRE**, Mesuliyet, 140.

³⁶⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 510; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 70 (OGTİNGER, age, 172-177'ye atfen); **İMRE**, Mesuliyet, 149.

³⁶¹ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 71; **İMRE**, Mesuliyet, 150. Aksi görüşte, bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 510. Öğretide, adam çalıştıran kimsenin, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi, zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını ispat etmesinin, adam çalıştıran kimsenin, sözkonusu işte daha tecrübeli, yetenekli bir kimseyi çalıştırmış olsaydı bile zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi ile de mümkün olacağı belirtilmişse de, bu hususu ifade eden yazarların da belirttiği üzere, bu durumda kurtuluş kanıtının, gerekli özenin gösterildiğinin ispat edilmesiyle sorumluluktan kurtulma, dolayısıyla birinci kurtuluş kanıtı sözkonusu olacaktır. Bkz. **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, 71; **EREN**, 586.

2.1.3.2.3. Sorumluluğun Hükümleri

2.1.3.2.3.1. Tazminat

2.1.3.2.3.1.1. Genel Olarak

Sorumluluğun koşulları gerçekleştiği takdirde, adam çalıştıran, ayırt etme gücünden yoksun çalışanın, başkasına ika etmiş olduğu maddî ve/veya manevî zararı tazmin etmeye mahkum edilecektir. Bu bağlamda, tüm sorumluluk hukukunda sözkonusu olabileceği üzere, Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddelerinde, adam çalıştıranın, çalıştırdığı ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, başkasına ika ettiği zararlar dolayısıyla gündeme gelebilecektir. Adam çalıştıran kimsenin, çalışanın başkasına verdiği zararlardan sorumluluğu kusur esasına dayanmadığından, sorumluluğun şartlarının gerçekleşmesi, tazmin borcu için yeterli olacak, ne adam çalıştıranın ne de çalışan kimsenin kusuru aranmayacaktır. Fakat eğer, adam çalıştıranın zararın meydana gelmesinde bir kusuru sözkonusu ise, adam çalıştıranın sözkonusu munzam kusuru, adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin karinelerin çürütülmesine engel teşkil edeceği gibi, tazminatın indirilmesini gerektiren bir sebep varsa bunun da gözönüne alınmaması sonucunu doğuracaktır. Bu bağlamda adam çalıştıran kimsenin munzam kusuru, çalışan kimsenin verdiği zarardan sorumlu diğer kimselere, adam çalıştıranın rücu hakkına da etki edecektir.³⁶² Yine, tazminat miktarı tespit edilirken, hal ve şartlar, zarar görenin ortak kusuru, tazminatı ödemenin onu ödeyecek kimseyi zor duruma sokacak olması, adam çalıştıran kimsenin tazminat borcu bakımından da gözönünde tutulacaktır.³⁶³

³⁶² OĞUZMAN/ÖZ, 574.

³⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, 574. Yazar, adam çalıştıran kimsenin tazminat borcu belirlenirken, zarar görenin ortak kusurunun göz önüne alınacağına ilişkin, Yargıtay 4. HD'nin, 2.9.1976 tarih ve E. 8231, K. 7867 sayılı kararına yer vermiştir.

2.1.3.2.3.1.2. Adam Çalıştıranın Ödediği Tazminatı Rücu Hakkı

Adam çalıştıran, çalıştırdığı kimsenin verdiği zarardan, çeşitli sebeplerden sorumlu olan şahıslara, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, yargıcın hükmedeceği oranda, tazmin ettiği miktarı rücu etme imkânına sahiptir.

Adam çalıştıran, zarar gören kimsenin zararını tazmin edince, ödemiş olduğu zararı, bu zararı gerçekleştirmiş olan çalışanına rücu etme hakkına sahiptir (BK m. 55/II). Öğretide, madde metninin daha iyi anlaşılabilmesi için kaynak kanuna bakılması gerektiği, bu bağlamda, bu maddenin, adam çalıştıranın, çalıştırdığı kimseye, ancak onun bizzat tazminatla yükümlü olduğu oranda rücu edebileceği biçiminde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.³⁶⁴ Bu bağlamda öğretide, adam çalıştıranın, çalışanına rücu hakkının, çalışan kimsenin zararı ika ederken kusurlu davranmış olması ve bu kusur nedeniyle zarar görene karşı sorumlu olması durumunda veya çalışanın başkasına zarar vermesinin, adam çalışanla ilişkisi bakımından Borçlar Kanunu'nun 96. hükmü vd. uyarınca borca aykırılık teşkil etmesi durumunda sözkonusu olacağı belirtilmiştir.³⁶⁵

Adam çalıştıranın, çalıştırdığı ayırt etme gücünden yoksun kimsenin başkasına vermiş olduğu zararı tazmin etmesi durumunda, ayırt etme gücünden yoksun çalışanın, zararı verirken kusurlu davranması sözkonusu olmayacağından ve ayırt etme gücünden yoksun çalışanın fiil ehliyetinin bulunmaması sebebiyle, adam

³⁶⁴ TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 72.

³⁶⁵ EREN, 587; TEKİRAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 511; OĞUZMAN/ÖZ, 575; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 72. Yazar, Adam çalıştıranın, eğer bir başkasına bir zarar veren çalışanı ile arasında bir sözleşme varsa, tazmin etmiş olduğu miktarı, kısmen veya tamamen, aralarındaki sözleşme uyarınca, çalışan kimseye rücu edeceğini belirtmektedir. Sözkonusu durumda adam çalıştıran, Borçlar Kanunu'nun 321. maddesine veya Borçlar Kanunu'nun 96. maddesine dayanabilecektir. Yazar, adam çalıştıran kimsenin, aralarındaki sözleşme ilişkisine dayanarak çalışanına rücu etmesi durumlarında da, çalışan kimsenin, kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumlu olmaktan kurtulabileceğini belirtmektedir. Yazar, bu hususa ilişkin Yargıtay HGK'nın, 22.3.1978 tarih ve E. 1976-9-3592, K. 255 sayılı kararına yer vermiştir. Bkz. 72, d. 93. Adam çalıştıran, tazminat ödemeye mahkum edildiği tarihten itibaren bir yıl içinde, başkasına verdiği zararı tazmin ettiği çalışanına rücu davasını açmalıdır. Bu hususa ilişkin yazar, sözleşmeye dayanan sorumluluğu ileri sürmenin adam çalıştıran bakımından daha elverişli olduğunu belirtmektedir. Bkz. 73.

çalıştıranla arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, adam çalıştıranın, ayırt etme gücünden yoksun çalışana rücu hakkı, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda mümkün değildir. Fakat bu halde dahi, adam çalıştıran, çalıştırdığı ayırt etme gücünden yoksun kimseden sorumlu olan diğer kimselerle birlikte sorumlu ise, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, bu kimselere rücu edebilir.

2.1.3.2.3.2. Zamanaşımı

Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca, adam çalıştırana, ayırt etme gücünden yoksun çalışanın başkasına vermiş olduğu zararın tazmini için açılacak davada zamanaşımı, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi vd. hükümlerine tabidir.

Adam çalıştırana karşı dava açılmasında, davanın açılması gereken süre olan bu bir yıllık zamanaşımı, zarar görenin, zararı ve zararı ika eden kimseyi ve ayrıca adam çalıştırma ilişkisini ve adam çalıştıran kimsenin kim olduğunu öğrenmesi ile başlar.³⁶⁶

³⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, 574. Yazar, çalışan kimsenin fiilinin suç teşkil etmesi durumunda, adam çalıştıranın sorumluluğunun, ceza davası zamanaşımına tabi tutulmayacağını, ceza davası zamanaşımının, ancak, adam çalıştıranın gerekli özeni göstermemiş olmasının suç teşkil etmesi durumunda uygulanabileceğini belirtmektedir. Bkz. 575.

2.1.3.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksunun Diğer Sorumlularla Birlikte

Sorumluluğu

2.1.3.3.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin tek başına sorumluluğu, şu iki halde gündeme gelebilir: Ayırt etme gücünden yoksun kimse, ne bir ev başkanının otoritesine tabidir, ne de çalışan olarak adam çalıştıran bir kimse tarafından istihdam edilmiştir ve ayırt etme gücünden yoksun kimse bu esnada bir başka kimseye zarar vermiştir. İkinci durumu, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir ev başkanlığı otoritesi altında iken veya adam çalıştıran bir kimsenin yanında çalışırken, bir başka kimseye verdiği zarara ilişkin olarak, objektif olarak sorumlu olan ve dava kendisine açılan ev başkanı veya adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirmesi oluşturur. Her iki halde de ayırt etme gücünden yoksun kimse, eğer Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin şartları oluşmuşsa, açılan davada, yargıç tarafından zararı kısmen veya tamamen ödemeye mahkum edilebilir.

Yukarıda belirtilen iki durumun da sözkonusu olmadığı durumlarda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğuyla, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiillerinden objektif olarak sorumlu diğer kimselerin sorumlulukları birleşebilecektir. Sorumlulukların birleşmesi, Borçlar Kanunu'nda, birden fazla kimsenin aynı sebepten sorumluluğunu düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde ve birden fazla kimsenin, çeşitli sebeplerden dolayı aynı zarardan sorumluluğunu düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde düzenlenmiş bulunan, birden fazla kimsenin aynı sebepten sorumluluğunda, öğretide baskın görüş uyarınca, bu birden

fazla kimsenin zarara ortak kusurlarıyla sebep vermiş olmaları gerekmektedir.³⁶⁷ *Tandoğan*, bu bağlamda, ortak kusurdan ne anlaşılması gerektiği hususundaki tartışmalara yer vermiş ve Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin uygulanabilmesi için, birlikte sorumlu olacak şahısların, zarara sebebiyet veren haksız fiili bilerek ve isteyerek işlemeleri gerektiğine ilişkin görüşün³⁶⁸ yalnız kasten işlenen fiilleri esas alması ve ihmalî fiilleri gözardı etmesi nedeniyle ve önceden anlaşmanın sözleşmeler bakımından önemli olduğu, haksız fiiller bakımından ise bu şekilde bir anlaşmanın her zaman aranamayacağı belirtilerek eleştirilmiş olduğunu³⁶⁹, yine bu görüşü eleştiren bazı yazarların³⁷⁰, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin tatbiki için, faillerin birlikte hareket etmelerinin yeterli olduğunu, faillerin birbirleriyle önceden anlaşmış olmasalar, hatta birbirlerinden haberdar olmasalar bile, fiilen aynı zarara sebebiyet vermiş olmaları halinde, bunlar hakkında Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi hükmünün uygulanabileceği görüşünde olduklarını belirtmiştir.³⁷¹ Öğretide baskın görüş bu iki görüşün yumuşatılması suretiyle ortaya konulmuş olan bağdaştırıcı görüştür ki buna göre ortak kusurun varlığı için, faillerin, önceden birbirleriyle anlaşmış veya birbirlerinden haberdar olmaları³⁷² ve bu şekilde hareket etmeleri gerekmektedir.³⁷³

³⁶⁷ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 368; **DESCHENAUX/TERCIER**, 239; **OĞUZMAN/ÖZ**, 669; **KILIÇOĞLU**, 295; **EREN**, 778; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 697; **KILIÇOĞLU**, M. 522.

³⁶⁸ Bu görüş, kast birliği görüşü olarak adlandırılmaktadır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 368, d. 6'da atf verilen eserler.

³⁶⁹ **DOĞANAY**, Ümit, Birlikte Bir Zarara Sebebiyet Veren Birden Ziyade Kimselerin Hukukî Mes'uliyeti, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1959, 32-33 (**TANDOĞAN**, Mesuliyet, 369, d. 8'den naklen).

³⁷⁰ **RUMPF**, M. , Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem BGB, Göttingen, 1904, 50; **GRÖNER**, Otto, Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschädigten und die daraus entstehenden Regressverhältnisse, Zürich, 1912, 7-8, 38. (**TANDOĞAN**, Mesuliyet, 369, d. 10'dan naklen) Yazar bu hususta Yargıtay 3. HD'nin, 5.7.1956 tarih ve E. 5143, K. 3851 sayılı kararına yer vermiştir. Bu kararda, "...Müştereken ika edilen haksız fiillerde, fiilin ikamdan evvel aralarında bu hususta bir ittifak olmasa dahi, faillerin her birinin yaptığı zarar miktarını tespit kabil olmadıkça, bunların ayrı ayrı zararın tamamından mesul olmaları icap eder." denilmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 369, d. 10.

³⁷¹ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 369, 370. Yazar, objektif katılma görüşü olarak adlandırılan bu görüş doğrultusunda, birbirlerinden habersiz olarak bir zarar ika eden kimseler bakımından Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin uygulanmasının kabul edilmesi durumunda, maddenin uygulama alanının genişleyeceğini, ayrıca bu görüşün, önceden diğer faillerle anlaşmadığı halde faili, zarara tek başına sebebiyet verseydi faydalanabileceği indirim sebebinden mahrum bırakacağı, yine diğer faile veya faillerden birine karşı zamanaşımının kesilmiş olması sebebiyle zamanaşımından faydalanamayacağı gerekçesiyle eleştirilebileceğini belirtmektedir. Bkz. 370.

³⁷² Ortak kusurun varlığında, faillerin birbirlerinden haberdar olmamaları durumunda, bu kimseler ayrı ayrı kusur sorumluluğu ile sorumlu olacaklardır. Dolayısıyla, bir zararı birlikte fakat birbirinden habersiz biçimde

Ortak kusurun varlığı için ayrıca, faillerin ayrı ayrı kusurlu olması da gerekmektedir. Bu durumda faillerden biri veya birkaçı ayırt etme gücünden yoksunsa, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi hükmü dolayısıyla bir sorumluluk, ayırt etme gücünden yoksun fail veya failler bakımından gündeme gelemeyecektir.³⁷⁴ Dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin sorumluluğunun, diğer sorumlularla birleşmesinde, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi uygulama alanı bulamayacak, bu halde yalnız, farklı sebeplerden sorumlu olan birden fazla kimsenin sorumluluğuna ilişkin, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi, ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğuyla, ayırt etme gücünden yoksunun fiillerinden sorumlu diğer kimselerin sorumluluklarının birleşmesinde söz konusu olacaktır.

veren kimseler hakkında Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi uygulanmayacaktır. Bu konuda bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 372; EREN, 780; OĞUZMAN/ÖZ, 667. Yargıtay'ın ve İsviçre Federal Mahkemesinin kararları da bu yöndedir. Bkz. JdT 1979 I 546; 1979 I 31; 1975 I 283; 1954 I 86; 1945 I 448 (OĞUZMAN/ÖZ, 668, d. 17'den naklen). Yargıtay 4. HD, 14.1.1982, E. 12393, K. 393 (OĞUZMAN/ÖZ, 668, d. 17'den naklen). Yine Yargıtay, 16.11.1984 tarih ve E. 8588, K. 8482 sayılı kararında, "...incelenen bilirkişi raporlarındaki açıklamalara ve hesap tarzına göre, davalılardan (F)'nin fiili dolayısıyla doğan zarar ile (A)'nın fiili dolayısıyla doğan zarar ayrı nitelik arz etmektedir. Başka bir anlatımla, aralarında anlaşma olmayan failler arasında taksim edilemeyen toptan bir zarar söz konusu değildir." ifadesine yer vermiştir. (KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk, 530'dan naklen)

³⁷³ TANDOĞAN, Mesuliyet, 370; GÜRKANLAR, 33; GÜRSOYLAR, Makale, 59; OĞUZMAN/ÖZ, 667; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 697; DESCHENAUX/TERCIER, 239; KILIÇOĞLU, 296; EREN, 778. Yazar, birden fazla kimsenin verdikleri zarar bakımından, ortak illiyet, yarışan illiyet ve saçımlık illiyet hallerinde birlikte sebep olma şartının gerçekleşmiş olduğunu belirtmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, 505 vd. Bu hususta, BGE 115 II 45 numaralı İsviçre Federal Mahkemesi Kararında da, faillerin açıkça anlaşması ve uzlaşmasının şart olmadığı belirtilmektedir. (KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk, 529'dan naklen) Öte yandan Federal Mahkeme, verdiği kararlarda (BGE 104 II 230 vd. ; 115 II 42) faillerin birbirlerinden haberdar olmamalarına rağmen, gerekli dikkati gösterelemedi, birbirlerinin davranışından haberdar olabilecek durumda olmalarını, ortak kusurun varlığı için yeterli görmektedir. (OĞUZMAN/ÖZ, 667, d.16'dan naklen) Bu bağlamda, İsviçre Öğretisinde de bağdaştırıcı görüş kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu konuda, ilgili yazarlar için bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 371, d. 13. Yargıtay 4. HD'nin 26.4.1984 tarih ve E. 3557, K. 4193 sayılı kararında "Borçlar Kanununun 50. maddesinde yer alan müteselsil sorumluluk hükmünün uygulanması zarar yapanlar arasında önceden bir birleşmenin bulunmasına veya hiç olmazsa birbirlerinin fiillerinden haberdar olmalarına, birbirlerinin farkında olarak müştereken hareket etmelerine bağlıdır." denilmektedir. (UYGUR, 803-804'den naklen)

³⁷⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, 372. (OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, , Das Obligationenrecht, 1. Teil, 2. Aufl., Zürich, 1929; 2. Teil, 2. Aufl., Zürich, 1936, Art. 50, N. 3.'e atfen) GÜRKANLAR, 19; EREN, 781.

2.1.3.3.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Şahısla Birlikte Sorumlu Olan

Kimselerin Farklı Sebeplerden Dolayı Sorumlu Olmaları

2.1.3.3.2.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğuyla, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin başkasına verdiği zararlardan kusura dayanmayan sorumluluk esasınca sorumlu olan diğer şahısların sorumluluklarının birleşmesi, birden fazla kimsenin ortak kusurlarıyla sebebiyet vermedikleri halde aynı zarardan sorumlu olmalarının, başka bir deyişle birden fazla kimsenin aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olmaları³⁷⁵ hususunu düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca olacaktır.³⁷⁶

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir başkasına zarar vermesi durumunda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin verdiği zarardan sorumlu olan kimseler, ayırt etme gücünden yoksun kimse ile birlikte zarardan sorumlu kimseler olarak, zararı tazmin edecektirler ki bu durum dış ilişkiyi oluşturur. Öte yandan zararı tazmin eden kimse asıl sorumlu ayırt etme gücünden yoksuna, ödediği zararı, şartları oluşmuşsa rücu edecektir ki bu durum da, iç ilişkiyi meydana getirir.

2.1.3.3.2.2. Dış İlişki: Müteselsil Sorumluluk

Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi hükmü, birden fazla kimselerin, zarar görene karşı, aynı zarar için farklı hukukî sebepler dolayısıyla sorumlu olmaları halinde, bunlar hakkında ortak kusurla zarara sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlerin

³⁷⁵ Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi hükmünün uygulama alanını yalnız, birden fazla kimsenin farklı sebeplerle sorumlu olmaları değil, birden fazla kimsenin, örneğin kusura dayanmayan sorumluluk esasınca aynı sebepten sorumlu olmaları da oluşturur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 378.

³⁷⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, 380. Yazar, burada değişik mahiyette iki kanuna dayanan sorumluluğun söz konusu olduğunu belirtmektedir.

uygulanacağını belirtmektedir.³⁷⁷ Dolayısıyla, farklı sebeplerden dolayı sorumlu olsalar dahi, ayırt etme gücünden yoksun kimse ve onun başkalarına verdiği zarardan sorumlu olan kimse veya kimseler, doğan zarardan birlikte müteselsilen sorumlu olurlar.³⁷⁸

Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin metninde, müteselsil sorumluluktan bahsedilmediğinden, sözkonusu sorumluluğun eksik teselsül olduğu ifade edilmiştir.³⁷⁹ Öğretide³⁸⁰, tam teselsül-eksik teselsül ayrımı red edilerek, her iki hüküm bakımından da tam teselsülün sözkonusu olduğu belirtilmiştir. Yine, eksik teselsül durumunda müteselsil sorumluluğun sözkonusu olduğunu kabul eden yazarlar olduğu gibi,³⁸¹ müteselsil sorumluluktan bahsetmeyerek, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi hükmü bakımından hakların yarışmasının sözkonusu olduğunu belirten yazarlar³⁸² da mevcuttur.³⁸³

³⁷⁷ Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin, birinci fıkrası hükmünün tercümesinin, mehzaz kanunun buna tekabül eden maddesine tam olarak uymadığı; mehzaz kanunda, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca sorumlu olan şahıslar hakkında, ortak kusurlarıyla bir zarara sebebiyet veren kimseler arasındaki rücu dair hükmün (BK m. 50) kıyasen uygulanacağını belirtmekte olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 380-381. Yazar, mehzaz kanunun ilgili maddesinde, özel olarak, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi hükmü uyarınca sorumlu olan şahısların, zarardan birlikte sorumlu olacaklarının düzenlenmiş olduğunu, fakat, İsviçre öğretisinin, rücu hakkının tanınmasından dolayı, sözkonusu hükmün birlikte sorumluluğu içerdiğini kabul etmiş olduklarını belirtmektedir (OFTİNGER, age, 296, d. 13 ve BECKER, H., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band. VI; Obligationenrecht, I. Abt. 2. Aufl., Bern, 1941; II. Abt., Bern, 1934, Art. 51, N. 1'e atfen).

³⁷⁸ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 380. Yazar bu hususta, Yargıtay 4. HD'nin, 21.9.1951 tarih ve E. 7053, K. 5833 sayılı kararına yer vermiştir.

³⁷⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 706; **DESCHENAUX/TERCIER**, 240; **OĞUZMAN/ÖZ**, 672. Yazar, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin, 50. maddeye yaptığı yollamanın, rücu ilişkin olduğunun kabul edilmesi dolayısıyla, teselsülün bütün hükümlerinin uygulanamayacağını; Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin kapsamına giren sorumlulukta, eksik teselsülün sözkonusu olacağını belirtmektedir. Bkz. 672.

³⁸⁰ **EREN**, 785; **DESCHENAUX/TERCIER**, 279. Ayrıca bkz. **TEMİZER**, Şemsettin, Tam ve Nakis Teselsül, Hukukî Bilgiler Mecmuası, 1941, S.12, 7572-7573; **MAYATÜRK**, Hamdi H., Zarara Uğrayan Bir Kimseye Karşı Mes'ul Bilmal ile Asıl Failin Mes'uliyetleri Müteselsil midir ve BK m. 51'in Hükmü ve Şümulü Neden İbaretir?, Hukukî Bilgiler Mecmuası, 1942, S. 13, 7588-7596; **BARTU**, Nihat, BK m. 51 Etrafında, Hukukî Bilgiler Mecmuası, 1942, S. 13, 7634-7638; **ARTÜS**, Âmil, Haksız Fiillerde Müteaddit Kimselerin Mes'uliyeti, Hukukî Bilgiler Mecmuası, 1942, S. 13, 7640-7644. (**TANDOĞAN**, Mesuliyet, 385, d. 21'den naklen.)

³⁸¹ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 380; **GÜRKANLAR**, 4; **EREN**, 782; **KILIÇOĞLU**, 298.

³⁸² **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 706 vd. ayrıca bkz. 325 vd.; **DESCHENAUX/TERCIER**, 278 vd.

³⁸³ Biz burada konumuzla doğrudan ilgisi olmadığından, bu konudaki açıklamalara kısaca değinmiş bulunmaktayız. Fakat, bundan sonraki kısımlarda da yer yer geçeceği üzere, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi hükmünün, öğretide özellikle **TANDOĞAN**'ın görüşüne katılarak (bkz. Mesuliyet, 380 vd.), aksi de belirtilmediğinden ve zararın tamamının sorumlulardan herhangi birinden talep edilebilmesi nedeniyle, müteselsil sorumluluk esasını içerdiğini kabul etmekteyiz.

Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi hükmü uyarınca zarar gören, ayırt etme gücünden yoksun olana veya ayırt etme gücünden yoksun kimsenin başkalarına verdiği zarardan sorumlu olan kimseye, eğer ayırt etme gücünden yoksun kimsenin başkalarına verdiği zarardan sorumlu birden fazla kimse varsa, bunlardan herhangi birine veya sorumluların hepsine tazminatın ödenmesi için başvurabilir. Yine, tazminat borçlularından birinin yaptığı ödeme, diğerlerini de o oranda tazminat borcundan kurtarır. Söz konusu halde, ödeyen kimsenin, diğer tazminat borçlularına rücu hakkı saklıdır (BK m. 142/II, 145/II).³⁸⁴

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğuyla, onun başkasına verdiği zararlardan sorumlu olan şahısların sorumluluklarının birleşmesine, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi hükmü uygulanacağından, sorumlu kimselerden biri lehine bir tazminattan indirim sebebi bulunduğu takdirde, zarar gören lehine indirim sebebi bulunan sorumludan, tam teselsül halinden farklı olarak, indirilmiş miktardaki tazminatı talep edebilir.³⁸⁵ Ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğuyla, onun

³⁸⁴ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 382; **EREN**, 784; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 706; **OĞUZMAN/ÖZ**, 672; **DESCHENAUX/TERCIER**, 241. Zarar görenin, tazminatın tamamını sorumlulardan birinden talep etmesi, onun açısından ispat ve tahsil kolaylığı sağlayacaktır. Buna göre zarar veren, tazminat davasını, kendisine karşı en sağlam ispat araçlarına sahip olduğu zararı vermiş olan ayırt etme gücünden yoksun kimseye karşı açabileceği gibi, bu davayı, tazminatı kendisinden daha rahat tahsil edebileceği, ayırt etme gücünden yoksunun tabi olduğu ev başkanına veya ayırt etme gücünden yoksunu çalıştırmakta olan adam çalıştırana açabilir. Ayırt etme gücünden yoksunun verdiği zararlar bakımından, onun başkalarına verdiği zarardan sorumlu olan kimselerin, zarar görene hukuka aykırı bir fiille kusurlu olarak ayrıca zarar vermiş olmaları durumu istisna olmak üzere, “tek zarar, tek tazminat ilkesi” gereği, zarar gören, zararın bir kısmını, ayırt etme gücü yoksun kimseden, diğer kısmını, ayırt etme gücünden yoksunun başkalarına verdiği zarardan sorumlu olan kimseden talep edemeyecektir. Bkz. **EREN**, 783.

³⁸⁵ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 382; **GÜRKANLAR**, 98 vd; **DESCHENAUX/TERCIER**, 241; **OĞUZMAN/ÖZ**, 673. Yazar, bu bağlamda, sorumlulardan, lehine tazminatın indirimi sebebi bulunan bir kimse varsa, bu kimsenin bu sebebin dikkate alınmasını talep edebileceğini, ayrıca, yine sorumlulardan biri lehine, kendi şahsına ilişkin olmayan, müterafik kusur gibi, tazminattan indirim sebebi varsa bundan yararlanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. 673. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 707. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, önceleri, aralarında Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, eksik teselsül bulunan sorumlulardan daha az kusurlu olanının, daha az kusurlu olduğunu zarar görene karşı ileri sürme hakkının bulunduğunu benimsemiş olduğunu (BGE 55 II 310), fakat daha sonra verdiği bir kararda, “...Eksik teselsül halinde, tıpkı tam teselsülde olduğu gibi, faillerden birinin zarar görene karşı olan sorumluluğu, prensip itibarıyla üçüncü bir kimsenin de aynı zarardan sorumlu olması nedeniyle azalmaz. Her iki sorumlu zarar görene karşı zararın tamamını tazminle yükümlüdürler. Bu yasal düzenleme, zarar görenin tazminat talebinin imkân nispetinde tam olarak karşılanmasını amaçlar. Her iki şekliyle de teselsül, alacaklının durumunun güçlendirilmesini ifade eder. Alacaklı her borçluyu alacağının tümü için takip edebilir ve davada hasmının kim olacağını serbestçe seçebilir. Onun bakımından iç ilişkide tazmin borcunun borçlular arasında nasıl bölüneceği sorununun önemi yoktur. O halde kural olarak, davalı, alacaklıya karşı, üçüncü bir kimsenin de aynı borçtan

başkalarına vermiş olduğu zarardan sorumlu diğer kimselerin sorumluluklarının birleşmesinde, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin uygulanmasından doğan ikinci husus, ayırt etme gücünden yoksuna veya onun başkalarına verdiği zarardan sorumlu şahıslardan birine karşı zamanaşımının kesilmesinin, diğer sorumlulara karşı işleyen zamanaşımını kesmemesidir.³⁸⁶ Eksik teselsülde, tam teselsülün aksine, kural olarak, rücu hakkını kullanan, ayırt etme gücünden yoksun veya onun başkalarına verdiği zarardan sorumlu olan kimse, ödediği miktar için alacaklının haklarına halef olmaz.³⁸⁷ Alacak için, tazminat borçlarında, teminat gösterilmesi kural olarak sözkonusu olmadığından, bu hususun, bir önemi haiz olmadığı belirtilmektedir.³⁸⁸ Eğer alacaklı, ayırt etme gücünden yoksunun veya onun verdiği zarardan sorumlu olan kimsenin durumunu, diğerinin zararına olarak iyileştirirse, tam teselsül halinin aksine, diğer sorumludan borcun tamamını talep edebilir.³⁸⁹

sorumlu olduğu savunmasını yapamaz." (BGE 93 II 317) ifadesine yer vererek bu görüşünü değiştirdiğini belirtmektedir. Bkz. d. 8a ve 8b.

³⁸⁶ **SUNGURBEY**, Sorunlar, C. IV, 414; **AKINTÜRK**, Müteselsil, 28; **KILIÇOĞLU**, 299; **OĞUZMAN/ÖZ**, 672; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 326; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 383. Yazar, Yargıtay 4. HD'nin vermiş olduğu bazı kararlarda (25. 12. 1948 t., E. 6331, K. 5567 s.; 20.12.1940 t., E. 1037, K. 890 s.; 18.4.1940 t., E. 128, K. 936 s.), adam çalıştıran kimsenin çalıştırdığı kimse ile sorumluluklarının birleşmesinde, çalışan kimseye karşı zamanaşımının kesilmesi durumunda, adam çalıştıran kimse bakımından da zamanaşımının kesilmiş sayılacağını belirtmiş olduğunu, fakat, Yargıtay 3. HD'nin 16.3.1959 tarihinde verdiği, E. 1768, K. 1521 sayılı kararında, adam çalıştıranın, çalıştırdığı kimse ile sorumluluklarının birleşmesinde, içlerinden birine karşı zamanaşımının kesilmiş olmasının, diğeri hakkında işlemekte olan zamanaşımını kesmeyeceğine karar vermiş olduğunu belirtmiştir. Bkz. 383, d. 12. Federal Mahkeme, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi durumunda, diğer borçlulara karşı da zamanaşımının kesilmiş olacağına ilişkin Borçlar Kanunu'nun 134. maddesinin, birinci fıkrası hükmünün, sadece tam teselsül halinde uygulanacağı ve eksik teselsül halinde bu hükmün uygulanmayacağı görüşündedir. (BGE 115 II 42, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1060, d. 37'den naklen.) Yargıtay HGK da 11.5.1977 tarihinde, E. 4-3068, K. 468 sayılı kararında, bu görüşü benimseyerek, eksik teselsül halinde, sorumlular hakkında işleyen zamanaşımına ilişkin olarak BK m. 134/I hükmünün uygulanamayacağını belirtmiştir. (Karar metni için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1060, d. 37a.)

³⁸⁷ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 384; **KILIÇOĞLU**, 299; **SUNGURBEY**, Sorunlar, C. IV, 414; **KILIÇOĞLU**, M., Sorumluluk, 538; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 326. Yazar, bu hususa ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 115 II 42 sayılı kararına yer vermiştir. Halefiyet, alacak hakkının ona bağlı haklarla birlikte kendiliğinden intikal etmesi sonucunu doğurur. Rücu hakkında ise, alacağa bağlı bulunan hakların intikal etmesi mümkün değildir. Halefiyet, alacaklı ile onu tatmin eden kişi arasında, rücu ise, borçlu ile alacaklıyı tatmin eden kimse arasında sözkonusu olan bir ilişkidir. (**KILIÇOĞLU**, Kanunî Halefiyet, 13 ve 71'den naklen.) Ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Kanunî Halefiyet, 71, 88 vd.

³⁸⁸ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 384.

³⁸⁹ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 384; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 326. Yazar, kural olarak, eksik teselsülde, sorumlu kimseler bakımından, tazminat borcuna ilişkin her türlü kurtuluş sebebinin şahsî olduğunu belirterek, Yargıtay 10. HD'nin, bu hususa ilişkin, 27.12.1978 tarih ve E. 7551, K. 10557 sayılı kararına yer vermiştir. Bu kararda, eksik teselsülde, borçlulardan birinin borcunun zamanaşımına uğramış

Zarar gören kimse, zararın giderimi için dilerse ayırt etme gücünden yoksun kimseye, dilerse ayırt etme gücünden yoksun kimsenin başkasına verdiği zarardan sorumlu olan şahsa, tazminat davası açabilir. Öğretide de belirtildiği üzere, zarar gören için en elverişli yolu, sorumluların en az birkaçına birden dava açması oluşturmaktadır.³⁹⁰ Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hukuka aykırı fiili dolayısıyla zarar gören kimse, açacağı davada, ne bizzat ayırt etme gücünden yoksunun, ne de onun başkalarına verdiği zarardan sorumlu olan şahıs veya şahısların kusurunu ispatlayacaktır. Dolayısıyla zarar gören, hangi sorumluya karşı açacağı dava bakımından ispat kolaylığına sahipse, ona karşı tazminat davasını ikame edecektir.³⁹¹

2.1.3.3.2.3. İç İlişki: Sorumluların Birbirlerine Rücuu

Ayırt etme gücünden yoksunun verdiği zarara ilişkin olarak, ayırt etme gücünden yoksun kimse ile onun başkalarına verdiği zarardan sorumlu şahısların sorumluluklarının birleşmesinde, zararın tazmin edilmesi üzerine, sorumlu şahıslar arasındaki rücu ilişkisi, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin atfı gereği, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi hükmüne göre belirlenecektir.³⁹² Dolayısıyla, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde yer alan, "...Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu

olmasının, alacak miktarına etkili olmadığı belirtilmiştir. Fakat, kararda, tam teselsüle ilişkin farklı bir çözümün benimsenip benimsenmeyeceği belirtilmemiştir. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 326, d. 53'den naklen.) İlgili Yargıtay kararlarının tam metni için bkz. YKD, 1980, S. 3, 381 ve S.10, 1380. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 326, d. 53'den naklen.)

³⁹⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, 385. Yazar bu hususta, Yargıtay 4. HD'nin, 29.12.1956 tarih ve E.6925, K. 6827 sayılı kararında, "...41. maddeye göre mes'ul tutulan kimse ile 55. maddeye göre mes'ul tutulan kimse, Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi hükmüne, müteselsil olarak sorumlu bulunmaları itibarıyla, birisi hakkında dava açılıp karar alınmış olması, diğeri hakkında dava açılmasına engel olmaz." demek suretiyle, zarar görenin, tazminat alacağını, sorumlulardan birinden talep edebileceğine hükmetmiş olduğunu belirtmektedir. Bu durumda, ayırt etme gücünden yoksunun bir fiilinden zarar gören kimse, örneğin önce ayırt etme gücünden yoksuna ve daha sonra da onu çalıştıran kimseye dava açabilecektir.

³⁹¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 286.

³⁹² Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin, 50. maddeye yaptığı atfın, rücu ilişkin olduğuna dair tartışmalara yukarıda değinildiğinden, bu husus burada tekrar incelenmeyecektir. Bkz. 2.1.2.1.3.2.2, d. 377. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLANLI, Mardin'e Armağan, 990-991. (TANDOĞAN, Mesuliyet, 386, d. 28'den naklen.)

hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şümulünün derecesini tayin eder.” şeklinde ifade edilen hüküm, ayırt etme gücünden yoksunun, onun başkalarına verdiği zarardan sorumlu olan şahıslarla birlikte sorumluluğunda da uygulanacaktır. Bu bağlamda yargıç, tazminatın bir kısmını veya tamamını ödeyen sorumlunun, diğerlerine rücu edip edemeyeceğini, edebilecekse ne oranda rücu edebileceğini takdir edecektir.³⁹³ Fakat, yargıç, kendisine tanınan bu takdir hakkını kullanırken, Borçlar Kanunu’nun 51. maddesinin, ikinci fıkrasında belirtilmiş olan sırayı da gözönünde tutmak durumundadır. Söz konusu hüküm, “Kaideten haksız bir fiil ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zâmân ile mükellef olur.” düzenlemesini içermektedir. Öğretide³⁹⁴ de belirtildiği üzere, bu hükmün mehzaz kanundaki düzenlemeye paralel olarak, ‘kural olarak, önce kusurlu haksız fiili ile zarara sebebiyet veren ve en sonra da kusuru veya akdî bir yükümlülüğü olmadığı halde kanunen sorumlu olan zararı yüklenir’, şeklinde anlaşılması gerekir. Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin, hukuka aykırı bir fiille, bir başkasına verdiği zarara ilişkin olarak, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusuru söz konusu olmadığından ve ayırt etme gücünden yoksunun verdiği zararlardan, sorumlu olan, ayırt etme gücünden yoksunun tabi olduğu ev başkanının

³⁹³ TANDOĞAN, 386; OĞUZMAN/ÖZ, 674; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 326, 709. Yazar, bu hususta, Yargıtay 4. HD’nin, 29.5.1989 tarih ve E. 1741, K. 4891 sayılı kararına yer vermiştir. Bu kararda, “...Çok tipli teselsülde dahi, müteselsilen sorumlu olanların birbirlerine karşı rücu hakları olup olmadığını ve rücuun kapsamını yine hakim takdir ve tayin edecektir. Ancak bu yapılırken, yalnız kusurun üstünlüğü prensibi değil, aynı zamanda hakkaniyet de gözetilecektir. Çünkü kusur, rücu hakkının olup olmadığının ve varsa bunun kapsamının tayininde biricik kıstas değildir.” denilmektedir. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 709, d. 10’dan naklen.) Bu hususta bkz. ATF 80 II 247. (KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk, 532’den naklen). Aksi görüşte bkz. KILIÇOĞLU, 299. Yazar, tam teselsülde, rücu hakkının söz konusu olup olmadığını, söz konusuysa bunun kapsamını yargıcın tayin ve takdir edeceğini; eksik teselsülde ise, zararı tazmin eden kişinin diğerlerine rücu hakkı ve sırasının, sorumluluğun sebebine göre yasada belirlenmiş olduğunu belirtmektedir. Öğretide, yargıcın, rücu ilişkisini re’sen belirleyeceği yönünde bir görüş (bkz. GÜRKANLAR, 107) ileri sürülmüşse de, hakim görüş (bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 674 ve GÜRSOY, Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu, 82) ve Yargıtay (bkz. 4. HD, 19.11.1968 t., E. 4395, K. 9117 s K., OĞUZMAN/ÖZ, 674, d. 52’den naklen) yargıcın rücu ilişkisini belirleyebilmesi için, bu hususta davalılardan birinin talepte bulunması gerektiği görüşündedir.

³⁹⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, 387, d. 29 (VON TUHR-SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I-II, 2. Aufl., Zürich, 1942, § 51, N.19’a atfen).

ve varsa yanında çalışmakta olduğu adam alıştıranın sorumluluğu da tıpkı ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğu gibi kanuna dayandığından, bu kimselerin Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, birlikte sorumluluğunda, zararı kısmen veya tamamen tazmin eden sorumlunun, diğer sorumlulara rücu edip edemeyeceği; edecekse, ne oranda edebileceği, yargıç tarafından belirlenecektir.



2.2. Sorumluluğun Diğer Genel Koşulları

2.2.1. Zarar

2.2.1.1. Genel Olarak

Bir kimsenin, hukuka aykırı bir davranışı, ancak bu davranış bir başkasının zarara uğraması sonucunu doğurmuşsa ancak, tazminat sözkonusu olabilir.³⁹⁵ Ayırt etme gücünden yoksun kimse de, ancak, hukuka aykırı bir fiili ile, bir başka kimsenin zarara uğramasına sebebiyet vermişse, sorumlu olacaktır.

Zarar, dar anlamda zarar ve geniş anlamda zarar olmak üzere iki gruba ayrılır. Dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında, rızası olmaksızın³⁹⁶ meydana gelen eksilmedir, ki buna maddî zarar da denilebilir.³⁹⁷ Geniş anlamda zarara ise, maddî zarar yanında manevî zarar da girer.³⁹⁸ Geniş anlamda zarar, kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında, o kişinin iradesi dışında meydana gelen eksilme; dolayısıyla,

³⁹⁵ EREN, 472; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 545; İMRE, Mesuliyet, 9; OĞUZMAN/ÖZ, 491. Yazar, fiilin hukuka aykırılığına rağmen bir zarar meydana gelmemişse, failin cezaî sorumluluğu olsa bile, haksız fiil sorumluluğunun bulunmadığını, bu bağlamda özel hukuk sorumluluğunda amacın, hukuka aykırı davranışı cezalandırmak değil, mağdurun zararını gidermek olduğunu belirtmektedir.

³⁹⁶ Rızanın sözkonusu olması durumunda, zarar sözkonusu olmayacaktır. Zarar görenin, zarara uğrama yönünde rızasının bulunması, zararın tazmin edilmesine yönelik istemde bulunamaması sonucunu doğuracaktır. Öğretide bu halde dahi zarar görenin, masraflarını zarar verenden talep edebileceğinin, masraflara ilişkin bir rızanın bulunmaması nedeniyle kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. DESCHENAUX/TERCIER, 20.

³⁹⁷ Dar anlamda zarar, teknik anlamda maddî zararı ifade etmektedir. Bu zarara, malvarlığı zararı adı da verilmektedir. (EREN, 472'den naklen.) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, Manevî Tazminat, 398 vd. Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde, zarar kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Öğretide bir kısım yazarlar, zarar kavramını, dar anlamıyla incelemektedirler. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 492. Yazar, zararın, malvarlığı zararı anlamına geldiğini, bir kimsenin şahsiyetine tecavüzden kaynaklı elem ve üzüntüsünün ise manevî zarar anlamına geleceğini belirtmektedir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 548. Yazar, dar anlamdaki zararı teşkil eden malvarlığı zararının, asıl zarar olduğunu; manevî zararın ise gerçek bir zararı değil, duyulan acıları ve ruhî sarsıntıları ifade ettiğini; öte yandan maddî zarar ile manevî zararın temelleri, şartları ve sonuçları bakımından farklı olduğunu belirtmektedir. Aynı görüşte bkz. GÜRİSOY, Manevî Tazminat, 8; TANDOĞAN, Mesuliyet, 63. Maddî ve manevî zarar bakımından, bu iki zarar türü arasındaki tek ortak yanın, bu iki zararın da hukukten korunan varlıklara bir saldırı olması durumunda gündeme gelmeleri olduğunu, bunun dışında, maddî ve manevî zararın, farklı mevhumlar olduğunu, her iki zararın aynı kavram içinde mütalaa edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, İsviçre Hukukunda olduğu gibi, 'manevî zarar' yerine, 'manevî üzüntü' (tort moral, immaterielle Unbill) terimini kullanmanın daha doğru olacağını belirtmektedir.

³⁹⁸ Öğretide, bir kısım yazar da, zarar kavramının, hem maddî hem manevî zararı kapsadığı görüşündedirler. Bkz. AKÜNAL, Denkleştirme, 43; İMRE, Mesuliyet, 9; EREN, 472; KILIÇOĞLU, 190; KARAHASAN, Sorumluluk, 78.

kişinin malvarlığına veya şahıs varlığına karşı yapılan hukuka aykırı saldırıdan önceki ve sonraki haller arasındaki fark olarak tanımlanabilir.³⁹⁹

Bu bağlamda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hukuka aykırı bir fiille vermiş olduğu zarar, maddî bir zarar olabileceği gibi, manevî bir zarar da olabilir. Bu bağlamda önce maddî zarar, daha sonra da manevî zarar incelenecektir.

2.2.1.2. Maddî Zarar

Maddî zarar, kişinin malvarlığında, hukuka aykırı saldırı dolayısıyla meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Başka bir anlatımla, kişinin malvarlığının, saldırıdan önceki hali ile, saldırıdan sonraki hali arasındaki fark, maddî zararı oluşturur.⁴⁰⁰ Maddî zarar, üç unsurdan oluşur. Bu unsurlar, malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir.⁴⁰¹ Malvarlığı, ekonomik değer arzeden, para ile ölçülebilen hukukî değerler bütünüdür.⁴⁰² Zarar, malvarlığındaki bir azalma veya eksilmedir. Bu bağlamda malvarlığının azalması, malvarlığını oluşturan aktif değerlerin azalması veya pasiflerin artması biçiminde

³⁹⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 63; AKÜNAL, Denkleştirme, 43; EREN, 22; İMRE, Mesuliyet, 9; KILIÇOĞLU, 189; ÜNAL, Manevî Tazminat, 399; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 548. Yazar, haksız fiilin ika edilmesinden sonra, malvarlığında bir eksilme meydana gelmişse, bu eksilmenin zarar anlamına geleceğini belirterek, Yargıtay 4. HD'nin, zarar hususunda dar anlamda zarar kavramını benimseyen, 12.1.1981 tarih ve E. 13394, K. 274 sayılı kararına yer vermiştir. Bu kararda, "...zarar, gerek Alman ve gerekse Türk-İsviçre hukuklarındaki baskın görüşe göre, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay meydana gelme idi mevcut olacak durumu arasındaki farktan ibarettir. Hukuk literatüründe, 'fark teorisi' adı ile anılan bu görüş, zararı matematiksel açıdan ele almakta ve soyut biçimde değerlendirmektedir." denilmektedir. Bkz. 548, d.1d. Bu görüş, Türk-İsviçre Hukuk sistemlerindeki hakim görüşü oluşturmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği bir kararda (BGE 71 II 89; aynı yönde bkz. BGE 104 II 199), "...Tazminat, zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaatin karşılanması amaçlar. O halde, malvarlığının, tazminatı doğuran olayın gerçekleşmesinden sonraki durumuyla, bu olay gerçekleşmeseydi göstereceği durumu birbirleriyle mukayese edilmelidir." ifadesine yer vererek, bu görüşü benimsemiştir. Yargıtay da verdiği kararlarda bu görüşü benimsemiştir. Bkz. Y. 4. HD, 12.3.1974 t., E. 15684, K. 1223 s. K.; Y. 4. HD, 27.2.1975 t., E. 13954, K. 2496; Y. 4. HD, 12.1.1982 t., E. 13394, K. 274. (EREN, 475, d. 30 ve 31'den naklen.)

⁴⁰⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, 64; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 548. Öğretide, bu zarar, 'patrimuan'daki azalma olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk, 23.

⁴⁰¹ EREN, 473.

⁴⁰² EREN, 473. (OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. A., Zürich, 1997, 71'e atfen.)

gündeme gelebilir.⁴⁰³ Bu eksilme, fiili zarar olarak adlandırılmaktadır.⁴⁰⁴ Malvarlığındaki eksilme, kâr mahrumiyeti biçiminde de ortaya çıkabilir. Kâr mahrumiyeti, elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalmayı ifade eder.⁴⁰⁵ Kâr mahrumiyetinde, malvarlığının, saldırıdan önceki hali ile saldırıdan sonraki hali arasında bir fark bulunmamakta; zarar, saldırı sözkonusu olmasaydı gerçekleşecek kazancın, saldırı dolayısıyla gerçekleşmemesinden kaynaklanmaktadır.⁴⁰⁶ Kâr mahrumiyeti bakımından da, zarar, ya malvarlığının aktifinin artmasının ya da pasifinin azalmasının önlenmesi biçiminde ortaya çıkar.⁴⁰⁷ Bu iki zarar kalemi yanında, geleneksel malvarlığı tanımını ve buna bağlı olarak maddî zarar kavramını yumuşatan, bu kavramın kapsamını genişleten, 'normatif zarar öğretisi' son zamanlarda Alman Hukukunda güç kazanmış ve İsviçre-Türk Hukuk öğretisi tarafından da tartışılmıştır.⁴⁰⁸ Normatif zarar teorisi, manevî yönü ağır basmakla birlikte, parayla ölçülebilen, başka bir anlatımla ekonomik değeri bulunan bir takım değerlerin malvarlığına dahil edilmesi ve bunların eksilmeleri ya da tükenmeleri durumunda maddî bir zararın oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁰⁹ Bu görüş Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde genel olarak kabul

⁴⁰³ EREN, 474; OĞUZMAN/ÖZ, 494; ÜNAL, Manevî Tazminat, 398 .

⁴⁰⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, 64; OĞUZMAN/ÖZ, 494; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 559; EREN, 474. Aynı haklarda, alacak haklarında, fikrî ve sınai haklar, ticaret unvanı ve markaya ilişkin haklar gibi gayrimaddî mallar üzerindeki haklarda, yine zarar görenin ekonomik geleceği, başka bir deyişle, gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimalinde meydana gelen eksilme, malvarlığının aktifine ilişkin bir eksilme, dolayısıyla fiili zarar teşkil eder. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 64; EREN, 473.

⁴⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, 494; EREN, 478; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 559.

⁴⁰⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, 65. Yazar, kâr mahrumiyetinin varsayımsal bir hesaba dayandığını, malvarlığının gelecekteki artışı ihtimalinin gözönüne alındığını, zarar sonucunu doğuran saldırının, malvarlığındaki bu çoğalmaya engel olduğunu belirtmektedir. Yazar, kâr mahrumiyetinin varsayımsal bir hesaba dayanması sebebiyle, bu zararın tespitinde kesinliğin bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. 65 vd.

⁴⁰⁷ EREN, 478; OĞUZMAN/ÖZ, 494; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 561.

⁴⁰⁸ Bu konuda bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 548 vd.

⁴⁰⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 549. Yazar bu yeni akımın, maddî zararın varlığında, ekonomik değer yanında, boşa çıkan masrafları gözönünde tutmakta olduğunu belirtmekte, bu düşüncenin şu şekilde özetlenebileceğini belirtmektedir: "Kişi belli bir amaca ulaşmak üzere bir takım harcamalar yapar ve bu harcamalar izlenen amacın gerçekleşmemesi nedeniyle boşa çıkarsa, ortada bir maddî zarar vardır." (549, d.5'den naklen.) Yazar bu bağlamda, bir malın , maddî varlığından bağımsız olarak sürüm değerinin azalmasının, bir malın kullanım olanağından, tatil süresinden veya boş zamandan yoksun kalınmasının, normatif zarar teorisine göre, maddî zarar teşkil edeceğini belirtmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 549 vd. , BURCUOĞLU, Halûk, Haksız Eylem Çerçevesinde

edilmemiştir.⁴¹⁰ Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir başka kimseye zarar vermesi durumunda bu zarar, fiilî zarar olabileceği gibi, yoksun kalınan kâr da olabilecektir.

Maddî zarara ilişkin bir başka ayırım, doğrudan-dolaylı zarar ayırımıdır.⁴¹¹ Maddî zarar, doğrudan veya dolaylı zarar olabilir. Zarar görenin, araya zarara ilişkin başka bir sebep girmeksizin, doğrudan zarar sonucunu doğuran olaydan kaynaklanan zararı, doğrudan zarardır.⁴¹² Dolaylı zararda ise, zarar sonucunu doğuran olay ile zarar arasında, doğrudan zarara bağlı bir ilişki mevcuttur. Şöyle ki: Dolaylı zarar, zarar verici olayın sebep olduğu zarara bağlı olan ve ondan kaynaklanan zarardır.⁴¹³ Hukuka aykırı fiiller bakımından, yalnız doğrudan zararların tazmini kabul edilmektedir.⁴¹⁴ Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin verdiği zararlar bakımından da, zarar gören yalnız doğrudan zararlar için tazminat talebinde bulunabilecektir.

Öte yandan, ayırt etme gücünden yoksun kimse, bir başka kimseye karşı cismanî zarar ıka edebileceği gibi; malvarlıksal bir zarar da ıka edebilir. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bir başka kimsenin, vücut bütünlüğüne, sağlığına bir zarar vermesi durumunda; tek başına sözkonusu durum maddî zararı

Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması, DÜHFD, Diyarbakır, 1984, 163-173.

⁴¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, 494. Yazar, normatif zarar teorisi açısından, maddî zarara yol açtığı belirtilen hallerin (bkz. d. 409), şartları varsa bir manevî tazminatı gerektirebileceğini, maddî zarardan bahsedilebilmesi için, zarar gören kimsenin malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁴¹¹ Zarar hususundaki diğer ayrımlara, bu ayrımlar sözleşme hukukuna ilişkin olduğundan yer vermemiş bulunmaktayız.

⁴¹² TANDOĞAN, Mesuliyet, 70; OĞUZMAN/ÖZ, 495; EREN, 480. Yazar, doğrudan zarar dolaylı zarar ayırımının, daha çok illiyet bağıyla ilgili bir ayırım olduğunu; zarar verici olayın uygun sonucu olan her zararın, doğrudan zarar, diğerlerinin dolaylı zarar olduğunu belirtmektedir.

⁴¹³ TANDOĞAN, Mesuliyet, 70; EREN, 480.

⁴¹⁴ Dolaylı zararlarda, hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı sözkonusu değildir. Bkz. EREN, 482; TANDOĞAN, Mesuliyet, 70. Yazar, bu ayırımın, özellikle hukuka aykırı fiiller bakımından terkedilmiş olduğunu, yalnız Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin, 4. bendi, Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinin, ikinci fıkrası ve Borçlar Kanunu'nun 527. maddesi, birinci fıkrasının, ikinci cümlesi hükümlerinde, halen bu ayırma yer verilmekte olduğunu, bununla beraber Yargıtay'ın, haksız fiille ilgili bir kararında (4. HD, 17.7.1942 t., E.1980, K.2049 s. K.), sadece doğrudan doğruya zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu kararda, Yargıtay, sorumluluğa sebebiyet veren fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerektiğini belirtmektedir.

oluşturmayacak, kişinin sözkonusu yaralanma, sakatlanma veya hastalanma dolayısıyla, malvarlığında bir eksilme meydana gelmişse, maddî zarar sözkonusu olacaktır.⁴¹⁵ Borçlar Kanununun 46. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, vücut bütünlüğünü ve sağlığını, hukuka aykırı bir fiille ihlâl ettiği kimsenin, vücut bütünlüğünün ve sağlığının ihlâli dolayısıyla yaptığı masraflar, bu bağlamda özellikle tedavi masrafları; çalışma gücünün kaybı veya azalması sözkonusu ise, çalışma gücünün kaybından veya azalmasından doğan zararlar⁴¹⁶; ekonomik geleceğin ihlâlinden doğan zararlar⁴¹⁷, onun maddî zararını oluşturur.

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, Borçlar Kanununun 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, eğer, bir kimsenin ölümüne sebep olmuşsa, ölen kimsenin yakınlarına, eğer bu kimseler, ölen kimsenin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalmışlarsa, bu zararı da karşılamak durumundadır.⁴¹⁸ İsviçre-Türk Hukuklarına göre, ölen kimsenin, desteğinden yoksun kimselerin, onun akrabaları olması şartı aranmaz; fiilî olarak destek olma, destekten yoksun kalma zararının doğumu için yeterli sayılır.⁴¹⁹ Borçlar Kanununun ilgili maddesi uyarınca, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, ölümüne sebebiyet verdiği kimsenin ölümü, derhal gerçekleşmemişse, ölüme kadar meydana gelen zararlar ve cenaze masrafları da maddî zarara dahildir.

⁴¹⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 603. Yazar, bir kimsenin, psikolojik olarak rahatsızlanmasına sebebiyet verilmesi hallerinin de, cismanî zarar kapsamında değerlendirileceğini belirtmektedir.

⁴¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 604 vd.;

⁴¹⁷ Ekonomik geleceğin sarsılmasında, fiil, zarar görenin iş gücüne doğrudan doğruya etki yapmamakta; fakat zarar gören için gelecekte bir takım ekonomik zorlukların ortaya çıkması ihtimalini yaratmaktadır. Yargıtay 10. HD, verdiği bir kararda (20.5.1976 t., E. 8355, K. 3924 s. K.), haksız fiil sonucu ömür boyu saçsız kalacak olan genç kızın, evlenme şansını önemli ölçüde yitirdiğini, büyük olasılıkla, ileriki hayatında, bir kocanın ekonomik desteğinden yoksun kalacağını, fiziksel yapının ve dış görünüşünün önemli olduğu işlere giremeyeceğini belirterek, sözkonusu genç kızın ekonomik geleceğinin ihlâlinden dolayı uğradığı zararı talep edebileceğine karar vermiştir. (YKD, 1977, S. 1, 69-71'den naklen.)

⁴¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY**, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul, 1963.

⁴¹⁹ **OFTINGER**, age, 206. (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 620, d. 2'den naklen.) BGE 114 II 146; 112 II 92; 82 II 39; 54 II 37. (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 620, d. 2'den naklen.)

Zararın tespitinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zarar verdiği kişinin, haksız fiilin ikası dolayısıyla elde ettiği menfaatler, vergi indirimi gibi, zarardan mahsup edilecektir. Özellikle beden tamlığının ihlâli hallerinde, zarar gören lehine bir sigorta sözkonusu ise; bu sigortanın özel mi yoksa sosyal sigorta mı olduğuna bakılacaktır. Özel sigortaya ilişkin olarak, Türk Ticaret Kanununun 1338. maddesi, kaza sigortalarında, kazaya karşı sigorta yaptırmış zarar görenin, hem sigortacıdan, hem de zarardan sorumlu olandan, ayrı ayrı tazminat alabileceğini düzenlemiş bulunmaktadır. Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi de verdiği bir kararda, sigorta tazminatının kaynağını, sigorta yaptıran zarar gören ile sigortacı arasındaki sözleşme olduğunu belirterek, özel sigorta tazminatının zarara mahsup edilemeyeceğini belirtmektedir.⁴²⁰ Sosyal Sigortalar bakımından durum farklılık arzeder. Şöyle ki, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 26. maddesinde, Sosyal Sigortalar Kurumunun, işçiye, iş kazası dolayısıyla ödediği tazminatı, haksız fiil failine rücu edebileceği düzenlenmiştir. Bunun doğal sonucu olarak, Sosyal Sigortalar Kurumunca ödenen tazminatın, zarardan mahsubu gerekir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir.⁴²¹

Zararın tespitinde gözönüne alınacak an, zararın ika edildiği andır.⁴²²

Son olarak belirtilmelidir ki, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiili sonucu, maddî zarara uğrayan, bir başka ayırt etme gücünden yoksun kimse olabilir.

⁴²⁰ JdT 1958 I 250. İsviçre Federal Mahkemesi, sözkonusu kararda, sigortacı ile sözleşme yapan ve sigorta primlerini ödeyen kimsenin bir üçüncü kişi olması durumunda da, bu kimsenin, bu sözleşmeyi, zararı gerçekleştiren kimsenin değil, lehine sigorta sözleşmesinin yapıldığı zarar görenin menfaatine yaptığını belirtmektedir. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 615, d. 8d'den naklen.)

⁴²¹ Yargıtay 9. HD'nin 20.2.1978 tarih ve E. 2409, K. 2517 sayılı kararında, "...Bu tür tazminat davaları, sosyal sigorta yardımları ile karşılanmayan zararın giderilmesini hedef tutar. Bu nedenle davacının, kaza sonucunda malûliyet derecesine göre, gerçek maddî zararının hesap edilmesi, bundan Sosyal Sigortalar yasalarına göre ve en son kanun ve kararnameler uyarınca sigorta yardımlarının peşin sermaye değeri düşürülerek, sonuca göre karar verilmesi gerekir." (İBD, 1978, IV, 762'den naklen.)

⁴²² Bun hususta, zararın tespitinde, hukuka aykırı fiilin ikası anının esas alındığından, zarar gören kimsenin açtığı davanın yıllarca sürebilmesi nedeniyle, talep edilen miktarın zamanla değer kaybedebileceği; bu bağlamda, zarar görenin, olay anından itibaren gecikme faizi işletilmesini talep edebileceğini; bu gecikme faizine rağmen, yargılamanın uzaması nedeniyle tahsil ettiği tazminatın, gerçek zararı karşılamadığını iddia ederse, Borçlar Kanununun 105. maddesi uyarınca, gecikme faiziyle karşılanamayan zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. (KILIÇOĞLU, 276'dan naklen.)

2.2.1.3. Manevî Zarar

Manevî zarar, bir kimsenin kişilik değerlerinde, şahıs varlığında, iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder.⁴²³ Başka bir anlatımla, manevî zarar, hukuka aykırı bir fiil sonucu, duyulan fiziksel ve moral bir acı , acı ve ızdırap, dolayısıyla yaşama zevkinde bir eksilmedir.⁴²⁴ Manevî zararın ortaya çıkmasına neden olan saldırı, kişinin, şeref, haysiyet, namus, şöhret, sır, özel hayat gibi maddî olmayan varlıklarına yönelik olabileceği gibi, bunları temsil eden maddî varlıklarına veya vücut bütünlüğü, sağlık gibi cismanî varlıklarına yönelmiş olabilir.⁴²⁵ Fakat, manevî zararda daima kişiliğin bir saldırıya karşı korunması sözkonusudur.⁴²⁶

Yukarıda da değinildiği üzere,⁴²⁷ öğretide bazı yazarlar, malvarlığında bir eksilme söz konusu olmadığından, manevî zararın gerçek anlamda bir zarar olmadığını belirtmektedirler.⁴²⁸ Bu görüş genel anlamda, İsviçre Hukuk öğretisi tarafından savunulmaktadır.⁴²⁹

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, hukuka aykırı bir fiille, üçüncü bir kimsenin manevî zarara uğramasına sebebiyet verebilecektir.⁴³⁰ Bu kimsenin, ayırt etme gücünden yoksun bir kimse olup olamayacağı, başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, ayırt etme gücünden yoksun bir kimse bakımından, manevî zararın söz konusu olup olamayacağı tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre⁴³¹, ayırt etme gücünden yoksun kimse, manevî zarara uğrayamaz. Manevî tazminatın bir

⁴²³ EREN, 483; HATEMİ, Sorumluluk, 102.

⁴²⁴ GÜRSOY, Manevî Tazminat, 7-8; ÜNAL, Manevî Tazminat, 399.

⁴²⁵ ÜNAL, Manevî Tazminat, 399; GÜRSOY, Manevî Tazminat, 9.

⁴²⁶ GÜRSOY, Manevî Tazminat , 9.

⁴²⁷ Bkz. 2.2.1.1., d. 3.

⁴²⁸ Bkz. 2.2.1.1. d. 3'te adı geçen yazarlar.

⁴²⁹ Bu anlamda İsviçre Hukukunda, '*immaterielle Unbill*' (bkz. 2.2.1.1. , d. 3) terimi yanında, manevî zarar için, manevî haksızlık, manevî üzüntü anlamlarına gelen '*ideelle Unbill*' terimi kullanılmaktadır. Buna karşılık, Özellikle Fransa, Avusturya ve Almanya'daki hukuk çevreleri, zararı, geniş anlamda anlamakta; zararı, maddî ve manevî zarar olarak iki gruba ayırmaktadırlar (EREN, 482'den naklen.)

⁴³⁰ Manevî zararın tazmininde kusurun rolü, tazminata ilişkin açıklamalarda ele alınmıştır. Bkz. (bölüm no)

⁴³¹ FRANKO, Makale, 190; OĞUZMAN, Şahsiyetin Korunması, 40.

fonksiyonunun da, haksız fiil failini cezalandırma olduğunu savunan bazı yazarlara göre ise⁴³², ayırt etme gücünden yoksun kimse manevî zarara uğrayabilir. Baskın görüşe katılarak, somut olayda, tecavüzün doğuracağı üzüntü ve acıyı hissedemeyen⁴³³ ayırt etme gücünden yoksun adına, manevî tazminat davası açılmayacağı kanaatindeyiz. Fakat, ayırt etme gücünün, hukuka aykırı fiil nedeniyle kaybedilmiş olması durumunda, manevî zarar doğduktan sonra, kişi ayırt etme gücünü kaybetmiştir. Söz konusu halde, ayırt etme gücünden yoksun adına, yasal temsilcisinin dava açabileceği savunulabilir.⁴³⁴ Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, belirtilen son durumda, fiil nedeniyle ayırt etme gücünü yitiren kimseye karşı, manevî zarar ika etmiş olduğu kabul edilebilir.



⁴³² SEROZAN, manevî tazminatın, sadece üzüntüyü gidermeye yönelik bir acı parası değil, aynı zamanda, maddî tazminatın bir sosyal tamamlayıcısı ve düzelticisi olduğunu; ayrıca, ayırt etme gücünden yoksunun manevî zarara uğrayamayacağına ilişkin görüşün kabul edilmesi durumunda, bireyin kişiliğinin ve onurunun, maddî ve manevî bütünlüğünün, her zaman korunması gerektiği yolundaki ilkeye ağır bir darbe indirmek anlamına geleceğini, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, maddî ve manevî bütünlüğünün, en az ayırt etme gücüne sahip bir kimseninki kadar korunmaya değer olduğunu; hiç kimseye, ayırt etme gücünden yoksun kimseye, manevî zarar ika etmiş olduğu kabul edilmeksizin saldırma olanağı verilemeyeceğini; sonuç olarak, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, manevî zarara uğrayabileceğinin ve buna bağlı olarak da, manevî tazminat isteyebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. SEROZAN, Manevî Tazminat, 95. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 330, d. 5'te adı geçen yazarlar.

⁴³³ Kişi, ayırt etme gücünün yokluğu sonucunu doğuran durumlardan biri içinde olup (TMK m. 13), maruz kaldığı haksız fiile ilişkin olarak, ayırt etme gücüne sahip olabilir. Söz konusu halde de, ayırt etme gücünün varlığı, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirileceğinden, somut olay bakımından kişi, ayırt etme gücüne sahip sayılacaktır.

⁴³⁴ OĞUZMAN, Şahsiyetin Korunması, 40. (TERCIER, Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N. 1999'a atfen.)

2.2.2. Uygun İlliyet Bağı

2.2.2.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukuka aykırı fiili ile başkasına ika ettiği zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Hukukî olarak, gerçekleşen zararlar, zarar sonucunu doğuran olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisi, illiyet bağını oluşturur.⁴³⁵ Bu bağlamda, illiyet bağının bulunup bulunmadığının tespitinde, bu bağı ne zaman var sayılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.⁴³⁶ Fiil ile zarar arasında illiyet bağının olup olmadığını saptamak, öğretide de belirtildiği üzere⁴³⁷ her şeyden önce bir mantık işlemini gerektirir. Mantıkî bakımdan, illiyet bağı, sınırsız olarak devam eder.⁴³⁸ Fakat hukukî bakımdan, mantık yoluyla ulaşılan neden-sonuç ilişkileri ile bir kimseyi, zararın doğumuna bir şekilde neden teşkil eden bir fiil dolayısıyla sorumlu tutmak her zaman mümkün değildir.⁴³⁹ Bu bağlamda, bir kimsenin, sorumlu tutulabilmesi için, hukuka aykırı fiili ile doğan zarar arasında aranacak olan illiyet bağının tespiti, hukukî bir sorundur.⁴⁴⁰ Bu bağlamda, neden sonuç bağının ne zaman

⁴³⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet 71; EREN, 487; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 567.

⁴³⁶ KARAHASAN, Sorumluluk, 179;

⁴³⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, 72; KARAHASAN, Sorumluluk, 180; KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk, 316.

⁴³⁸ EREN, 489; SAYMEN/ELBİR, 482; TUNÇOMAĞ, 270; KARAHASAN, Sorumluluk, 180; TANDOĞAN, Mesuliyet, 72. Yazar, mantıkî bakımdan, her olayın ve bu arada zarar sonucunu doğuran fiilin neticelerinin, sonsuz olarak birbirini takip edeceğini, bu anlamda bir olayın, diğer olayların gerçekleşmesinde etkili olacağını belirtmektedir.

⁴³⁹ Mantıkî illiyet yanında, EREN, felsefî illiyet kavramından bahsetmektedir. Felsefî illiyet, bir sonucu meydana getiren birden çok sebep olduğunun ve bu sebeplerden hiçbirinin zararı tek başına gerçekleştiremeyeceğinin kabulüyle, zararın sebebinin, zararın meydana gelmesine etken olan bir çok sebepten oluştuğu düşüncesine dayanır. Bu bağlamda, felsefede sebep, sonucu meydana getirebilecek zorunlu şartların tamamıdır. Bkz. EREN, İlliyet, 12.

⁴⁴⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, 72. Yazar, birbirini etkileyen olaylar arasındaki bağı, bir süre sonra tespit edilemez olacağını belirtmekte; bu bağlamda, bir kimsenin, fiili ile zarar arasındaki mantıkî illiyetin sonuçlarından sorumlu tutulamayacağı hususunda, bir iş gezisi dolayısıyla tren yolculuğu yapacak bir şahsın, trene binmeden önce, otelde yediği yemek sırasında, garsonlardan birinin bu kimsenin üzerine çorba dökmesi ve bu olay neticesinde bineceği trenden bir sonraki trene binerek, bu trenin kaza yapması sonucu ölen kimsenin ölümünden, onun ilk trene geçikmesinden neden olarak kaza yapacak trene binmesine neden olan garsonun, ki burada garsonun fiili ile kişinin ölümü arasında mantıkî illiyet bağı söz konusudur, kişinin ölümünden sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir.

var sayılacağı hususunda çeşitli kuramlar ortaya atılmıştır. Bu kuramlar, koşul kuramı ve uygun illiyet kuramıdır.⁴⁴¹

Şart kuramı,⁴⁴² ilke olarak, mantikî illiyet kavramından hareket eder.⁴⁴³ Burada şartlardan her biri, birer illiyet teşkil eder.⁴⁴⁴ Başka bir deyişle, şart kuramına göre, bir olayın varlığı, zorunlu bir biçimde, bu olayın nedeni olan şartın varlığına bağlıdır. Dolayısıyla, zarar olarak ortaya çıkan sonucu meydana getiren şartlardan birini, bir fiil ile gerçekleştirmiş olan kimse, yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması sebebiyle, sözkonusu zarardan, diğer şartları gerçekleştirmemiş olmasına rağmen, sorumlu tutulacaktır.⁴⁴⁵ Öğretide bu görüş, fiili, zarar teşkil eden sonucun şartlarından birini oluşturan kimse bakımından, çok uzak sebeplerden biri dolayısıyla, doğan zarardan sorumlu tutulma tehlikesi sözkonusu olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir.⁴⁴⁶ Bu kuramın, sorumluluğun alanını çok genişletmesi, görüşü savunan bazı yazarlarca⁴⁴⁷ illiyet bağı aracılığıyla değil, kusur kavramı ile daraltılmış⁴⁴⁸ olduğundan, eğer bir kimsenin kusuru sözkonusu değilse, onun fiili, şart kuramı çerçevesinde, zarar

⁴⁴¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 74; SAYMEN/ELBİR, 482; TUNÇOMAĞ, 272; EREN, İlliyet, 17.

⁴⁴² Öğretide, şart kuramı, 'şartların eşitliği teorisi' veya 'zorunlu şart teorisi' olarak da adlandırılmaktadır. (EREN, İlliyet, 21'den naklen.)

⁴⁴³ Şart kuramına ilişkin olarak EREN, bu kuramın, hukukî anlamda sebep ve illiyet sorununun anlaşılması bakımından büyük önem taşıdığını, hangi illiyet kuramı kabul edilirse edilsin, kabul edilen bu illiyet kuramının hareket noktasının, zorunlu şart (*conditio sine qua non*) kavramı olduğunu belirtmektedir. Bkz. EREN, İlliyet, 21.

⁴⁴⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, 75; EREN, 490; KILIÇOĞLU, 194; KARAHASAN, Sorumluluk, 180; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 573.

⁴⁴⁵ EREN, 490. Yazar, zararlı sonucun gerçekleşmesinde, sonucun şartlarından birini gerçekleştiren kişinin fiiline, onun davranışından önce sözkonusu olan veya onun davranışıyla birlikte veya davranışından sonra gerçekleşen başka davranış ve şartlar eklense dahi, ilk davranış ile zarar arasındaki illiyet bağının geçerliliğini koruyacağını, bunun tek istisnasının ise bağımsız illi bir serinin ortaya çıkarak, ilk illi seriyi etkisiz kılıp, illiyet bağını kesmesinin oluşturacağını belirtmektedir. Bkz. 490, d. 83. (GIOVANNONİ, Pierre, La causalité dans la responsabilité civile extracontractuelle, ZbJV, 1962, 253'e atfen.) Şart kuramını savunan yazarlar için, bkz. EREN, İlliyet, 23, d. 8 ve 27, d. 22'de adı geçen yazarlar. Özellikle belirtilmelidir ki şart teorisi, Türk Hukukunda KUNTER tarafından savunulmaktadır. Bkz. KUNTER, Nurullah, Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1954, 179 vd. (EREN, İlliyet, 27, d. 23'den naklen.)

⁴⁴⁶ KILIÇOĞLU, 194; EREN, 491; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 573;

⁴⁴⁷ Sözkonusu yazarlar için, bkz. EREN, İlliyet, 29, d. 31'de adı geçen yazarlar.

⁴⁴⁸ Bu hususta bkz. EREN, İlliyet, 23 vd. ve 29.

sonucunu doğuran sebeplerden (şartlardan) biri olarak dikkate alınmayacaktır.⁴⁴⁹

Dolayısıyla, sadece ayırt etme gücünden yoksun kimsenin değil, kusura dayanmayan diğer sorumluluk hallerinde de, sorumlu kişinin sorumluluğunun, şart kuramı bağlamında nasıl belirleneceği muğlaktır.⁴⁵⁰

İlliyet bağına ilişkin ikinci ve Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında, Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında kabul edilen kuram, uygun illiyet bağı kuramıdır.⁴⁵¹

2.2.2.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimsenin Fiili ile

Doğan Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

2.2.2.2.1. Uygun İlliyet Bağının Bulunması

Uygun illiyet bağı kuramı, somut olayda gerçekleşen sonucu, olayların akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği itibarıyla meydana getirmeye elverişli veya bu türden bir sonucun gerçekleşmesi olasılığının objektif olarak arttırmış olan zorunlu şartla, sözkonusu sonuç arasındaki bağı, illiyet bağı olarak kabulünü öngörür.⁴⁵²

⁴⁴⁹ EREN, İlliyet, 29; TANDOĞAN, Mesuliyet, 75; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 573. Konumuzla doğrudan ilişkisi olmadığından, şart kuramına yöneltilen diğer eleştirilere, çalışmamızda yer vermemiş bulunmaktayız. Bu kurama yöneltilen eleştiriler için bkz. EREN, İlliyet, 27 vd.

⁴⁵⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, 75. Bu konuda ayrıca bkz. EREN, İlliyet, 30. Yazar, şart kuramını savunan yazarların, kusur ilkesine başvurarak, sınırsız sorumluluğu bir dereceye kadar yumuşattıklarının düşünülebileceğini; bu hususun özellikle ceza hukuku yönünden sorunu büyük ölçüde çözümleyeceğini; çünkü ceza hukukunda, kusurun (kast ve taksirin), suçun manevî unsurlarından birini teşkil ettiğini, dolayısıyla ceza hukukunda kusuru olmayan bir kimsenin cezalandırılmasının düşünülemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. 30. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hukuka aykırı fiilinin, aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda dahi, bu kimse, kusuru bulunmadığından, hangi illiyet teorisi kabul edilirse edilsin, cezaî sorumluluğa sahip değildir. Şart kuramının, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukukî sorumluluğuna etkisi, bu nedenle önem taşımaktadır.

⁴⁵¹ EREN, 492; SAYMEN/ELBİR, 483; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 573; EREN, İlliyet, 51; OĞUZMAN/ÖZ, 497; TUNÇOMAĞ, 450; KARAHASAN, Sorumluluk, 181; TANDOĞAN, Mesuliyet, 76. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin, sorumluluk bakımından, uygun illiyet bağı kuramını kabul etmiş olduğuna ilişkin olarak Mahkemenin, BGE 41 II 94; 57 II 39; 60 II 419; 63 II 114; 80 II 344 ve 81 II 445 numaralı kararlarına yer vermiştir.

⁴⁵² EREN, 492. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda (BGE 89 II 232), "...Bir olayla sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması, olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre, olayın o tür bir sonuç yaratmaya elverişli bulunmasına, bu yüzden de bu olaydan o sonucun doğmasına genel olarak uygun görülmesine bağlıdır." ifadesine yer verdiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. BGE 95 II 107; 93 II 337; 91 II 210;

Başka bir ifadeyle, uygun illiyet bağı, olayların normal akışına ve genel tecrübelere göre, gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli olan sebeptir.⁴⁵³ Zarar anlamına gelen sonucun gerçekleşmesinde, birden fazla sebebin etkili olması durumunda, uygun illiyet bağı kuramı uyarınca, bu sebepler arasında sonucu gerçekleştirmeye en elverişli olan ile zarar arasında illiyet bağı söz konusu olacaktır.⁴⁵⁴ Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, gerçekleştirdiği olay da, meydana çıkan zararın, hayatın normal akışına ve genel tecrübelere göre, uygun sebebi olması durumunda ancak, ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkün olabilecektir.

Olayın, söz konusu sonucu gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığının tespitinde, hangi kriterlerden yararlanılacağı hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buradaki temel soruyu, fiilin, söz konusu sonucu gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığının, fiil ve sonucun gerçekleşmesinden sonra, objektif olarak mı (*ex post* objektif yorum); yoksa fiili gerçekleştiren kimsenin, fiili sonucunda, söz konusu sonucun meydana gelebileceğini öngörebilmesine göre mi (*ex ante* sübjektif yorum) belirleneceği teşkil eder.⁴⁵⁵ Bugün somut olayda zarar sonucunu doğuran fiilin söz konusu zararı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı hususundaki

87 II 127; 83 II 411; 81 II 445; 80 II 342; 96 II 397; 98 II 291; 101 II 69; 102 II 237; 107 II 267 vd. (EREN, 492, d. 93'den naklen.)

⁴⁵³ OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I; 5.A, Zürich, 1995, 110-111. Yazar, sorumluluğu doğuran bu sebebin, uygun sebep; sonuca uygun sonuç; bu mahiyetteki illiyet bağına da, uygun illiyet bağı adı verileceğini belirtmektedir. (EREN, 492'den naklen.)

⁴⁵⁴ KILIÇOĞLU, 194. Dolayısıyla, sonucun uygun sebebi olmayan olaylardan biri, sonucun mantıkî sebebi olabilir. Fakat, uygun illiyet kuramı uyarınca, sonuca mantıkî olarak bağlı olan, ama onun uygun sebebi olmayan olayı gerçekleştirmiş olan kimse, hayatın olağan akışına uymayan ve beklenmeyen, dolayısıyla 'atipik', 'anormal' sonuçtan, ki bu sonuç sorumluluk hukuku bakımından zarardır, sorumlu tutulamayacaktır. (TANDOĞAN, Mesuliyet, 77'den naklen.)

⁴⁵⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, 77. Yazar, hemofili hastası olması sebebiyle, aldığı bir yara dolayısıyla, kanı pıhtılaşmayan kimsenin ölmesinde, bu kimseyi basit bir şekilde yaralayan ve söz konusu hastalıktan haberdar olmayan failin, sorumluluğuna hükmedilirken, failin söz konusu hastalığı bilmemekte olmasının göz önüne alınıp alınmayacağı sorunu, bu tartışmaya ilişkin olarak örnek göstermiştir. Yazar, bu hususta, bazı yazarların, failin fiilini ika ederken bilebileceği şartların (*ex ante* sübjektif yorum); diğer bazı yazarların, ortalama, normal bir kimsenin, söz konusu fiili ika ederken bilebileceği şartların (*ex ante* objektif yorum); yine bazı yazarların, son derece dikkatli ve özen sahibi bir kimsenin, söz konusu fiili ika ederken, gözönüne alacağı şartların (*ex ante*, ideal insan temelli yorum) ve nihayet bazı yazarların da, sonucun gerçekleşmesinden sonra bilinebilecek şartların gözönüne alınacağını ileri sürmüş olduklarını belirtmiştir.

egemen görüş, failin, normal veya ideal bir insanın, sözkonusu fiil sonucunda, sözkonusu zararın meydana gelebileceğini öngörebilmesi, illiyet bağı ile değil, kusur kavramı ile ilgili olduğundan, *ex post* objektif yorum tarzının benimsenmesi yönündedir.⁴⁵⁶ Dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun kimsenin de, zarar sonucunu doğuran fiilin sonuçlarını, önceden bilebilmesi, sonucu öngörebilmesi sözkonusu olmadığından, illiyet bağının tespitinde, *ex post* objektif yorum tarzının benimsenmesi, sorumluluk hukukunun, kusur sorumluluğu yanında kusursuz sorumluluğu da içermesi nedeniyle yerinde olmuştur.⁴⁵⁷

2.2.2.2.2. İlliyet Bağının Kesilmemiş Olması

2.2.2.2.2.1. Genel Olarak

İlliyet bağının kesilmesinde, failin fiili, başka bir deyimle ilk sebep, zararı teşkil eden sonucu gerçekleştirmeye, niteliği itibarıyla elverişli olmakla birlikte, ortaya çıkan yeni bir sebep, ilk sebebi somut olayda elverişsiz hale getirmiştir.⁴⁵⁸ Başka bir ifade ile, illiyet bağının kesilmesi, zararı gerçekleştirebilecek bir sebebin gerçekleşmesinden sonra, ilk sebep etkinlik kazanmadan, başka bir sebebin gerçekleşerek, sonucu meydana getirmesidir.⁴⁵⁹ Dolayısıyla, sözkonusu halde, ilk sebep ile sonuç arasında illiyet bağı kurulamamış olmaktadır.⁴⁶⁰ Dolayısıyla,

⁴⁵⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, 77-78. Yazar, illiyet bağının varlığında esas alınacak, fiilin sonucu gerçekleştirmeye elverişli olup olmaması hususunda, *ex post* objektif yorum tarzının belirlenmesinin, failin öngöremeyeceği bir takım sonuçlardan da sorumlu tutulması sonucunu doğurabileceğini, fakat bu sakıncanın da, beklenmedik hallerin tazminatın tenkisini gerektireceğinden, failin durumunun bu şekilde hafifletilebileceğini belirtmektedir. Bkz. 78.

⁴⁵⁷ İlliyet bağı kuramına yönelik eleştiri ve bu eleştirilere verilen cevaplara ve ayrıca sebeplerin çokluğu konusuna, bu hususlarda ayırt etme gücünden yoksun olmanın bir önem arzetmemesi dolayısıyla çalışmamızda yer vermemiş bulunmaktayız. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, İlliyet, 27-122 ve 147-160.

⁴⁵⁸ EREN, İlliyet, 173; TANDOĞAN, Mesuliyet, 79; HATEMİ, Sorumluluk, 53; SAYMEN/ELBİR, 485; KILIÇOĞLU, 198; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 568; TUNÇOMAĞ, 273.

⁴⁵⁹ SCHWARZ, 129; KARAHASAN, Sorumluluk, 183.

⁴⁶⁰ EREN, illiyet bağının kesilmesi teriminin aslında doğru olmayan bir terim olduğunu, sebeple sonuç arasında illiyet bağının, ya sözkonusu olacağını ya da olmayacağını; eğer bir illiyet bağı sözkonusu ise bunun kesilmesinin de sözkonusu olmayacağını belirtmektedir. Yazar, bu hususta, bir yazarın, eğer bir olay bir sonuçla

sözkonusu halde, illiyet bağıni kesen bir sebep değil, sebebin sonuca uygunluğunu ortadan kaldıran bir hal mevcuttur.⁴⁶¹ Fakat, sözkonusu terim, yaygın olarak kullanıldığından, çalışmamızda, sebebin sonuca uygunluğunu ortadan kaldıran haller için, 'illiyet bağıni kesen sebepler' başlığını kullanmış bulunmaktayız.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, zarar sonucunu meydana getirmeye elverişli fiili, dolayısıyla sebep ile zarar arasındaki uygunluk, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiili ikasından sonra ortaya çıkan başka bir sebep dolayısıyla ortadan kalkarsa, ayırt etme gücünden yoksun kimse, doğan zarardan sorumlu tutulamayacaktır.⁴⁶²

2.2.2.2.2.2. İlliyet Bağıni Kesen Sebepler

2.2.2.2.2.2.1. Genel Olarak

İlliyet bağıni kesen sebepleri, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü şahsın kusuru halleri oluşturur.

2.2.2.2.2.2.2. Mücbir Sebep

2.2.2.2.2.2.2.1. Genel Olarak

Mücbir sebep, sorumlu kimsenin, faaliyeti dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ihlâlini, kaçınılmaz kılan, öngörülmesi ve karşı konulması

illiyet bağı içinde bulunuyorsa, mevcut olan böyle bir bağın ortadan kaldırılmasının veya kesilmesinin sözkonusu olmayacağını; olmuş bir şeyi olmamış yapmanın da kimsenin elinde olmadığını, belirtmiş olduğunu (sözkonusu yazar için bkz. EREN, İlliyet, 174, d.101.), başka bir yazarın ise, illiyet bağının kesilmesinden söz edilen hallerde, ya kesilmiş olanın illiyet bağı olmadığını, ya da illiyet bağının kesilmemiş olduğunu (sözkonusu yazar için bkz. EREN, İlliyet, 174, d. 101) ifade ettiğini, belirtmektedir.

⁴⁶¹ Yukarıdaki dipnotta açıklanan ve bizim de katıldığımız görüşler doğrultusunda, illiyet bağının kesilmesinin sözkonusu olamayacağı cihetle, illiyet bağıni kestiği kabul edilen hallerin, aslında, fiilin sonuca uygunluğunu ortadan kaldırmış olduğunun kabulü gerekir. Öğretide, illiyet bağı üzerinde çalışan yazarlar, terimi, aslında doğru olmamasına rağmen, mecazî anlamda kullanmakta olduklarını belirtmişlerdir. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 80; EREN, İlliyet, 174. (EREN, İlliyet, 174'ten naklen.)

⁴⁶² ARAL, Makale, 738; İMRE, Mesuliyet, 193; OĞUZMAN/ÖZ, 600.

mümkün olmayan, olağanüstü bir olaydır.⁴⁶³ Söz konusu olağanüstü olay, sorumluluk hukukunda, genellikle doğa olayları şeklinde ortaya çıkar.⁴⁶⁴

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiili, mücbir sebep dolayısıyla, bir başkasının zarar görmesi sonucunu doğurmuşsa, mücbir sebep illiyet bağıni keseceğinden, ayırt etme gücünden yoksun kimse zarardan sorumlu olmayacaktır.⁴⁶⁵

Olağanüstü bir halin mücbir sebep sayılabilmesi için, söz konusu halin, mücbür sebebin unsurlarını taşıması gerekir.

2.2.2.2.2.2.2. Unsurları

Mücbir sebebi teşkil eden olayın, sorumluluk hukukundaki yeni eğilimler uyarınca, tabiat olayları yanında sosyal veya hukukî bir olay olabileceği gibi, insana bağlı bir olay olabileceği de kabul edilmektedir.⁴⁶⁶ Dolayısıyla, deprem, sel, yıldırım düşmesi gibi olaylar yanında, isyan, savaş, terör olayı gibi olaylar da, sorumluluğun söz konusu olmasına engel olan birer, mücbir sebep teşkil edebileceklerdir. İster doğa olayı olsun, ister olmasın, bir sebebin mücbir sebep teşkil edip etmediği, her durum için ayrı ayrı değerlendirilecektir.⁴⁶⁷

Mücbir sebep teşkil eden olay, zarar verenin faaliyet alanı dışında kalan bir olaydır.⁴⁶⁸ Ayırt etme gücünden yoksun zarar veren, söz konusu mücbir sebep nedeniyle, bir davranış normunu ihlâl etmiş olmalı ve mücbir sebep teşkil eden olay,

⁴⁶³ ERZURUMLUOĞLU, 18 vd.; GÖKTÜRK, Mücbir Sebep, 1165; TANDOĞAN, Mesuliyet, 464; İMRE, Mesuliyet, 201; KILIÇOĞLU, 198; OĞUZMAN/ÖZ, 557; EREN, İlliyet, 176. Yazar, mücbir sebebin, yine tesadüfî bir hal olan umulmayan halden farklı olduğunu, mücbir sebebin, umulmayan hale nazaran daha yoğun ve şiddetli olduğunu; dolayısıyla mücbir sebep mutlak bir kaçınılmazlık arzederken, aynı hususun umulmayan hal bakımından söz konusu olmadığını; umulmayan halin, daha çok failin faaliyet alanına dahil olarak ortaya çıkmasına karşın, mücbir sebebin, haricî olduğunu ve son olarak da, mücbir sebebin daima illiyet bağının kesilmesi sonucunu doğururken, umulmayan hal bakımından aynı durumun geçerli olmadığını belirtmektedir.

⁴⁶⁴ İMRE, Mesuliyet, 201; KILIÇOĞLU, 198.

⁴⁶⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, 59; İMRE, Mesuliyet, 193; OĞUZMAN/ÖZ, 600.

⁴⁶⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, 464; EREN, İlliyet, 177; TUNÇOMAÇ, 477. Aksi görüşte, KILIÇOĞLU, 198.

⁴⁶⁷ EREN, İlliyet, 178. Yazar, mücbir sebebin, illiyet bağıni kesmesine ilişkin olarak, öğretide bazı yazarların, belli doğa olaylarının, örneğin yıldırım düşmesi, her zaman mücbir sebep teşkil edeceğini belirttiklerine yer vererek, bu hususta kendisinin, mücbir sebebin nisbîliği görüşüne katılmakta olduğunu ifade etmiştir.

⁴⁶⁸ İMRE, Mesuliyet, 201; EREN, İlliyet, 179; TANDOĞAN, Mesuliyet, 465; ERZURUMLUOĞLU, 36.

zarar vermeyi yasaklayan veya zararı önleme amacı güden normun ihlâlinin, uygun sebebi olmalıdır.⁴⁶⁹

Mücbir sebebin, en önemli unsurunu, mücbir sebebin kaçınılmazlığı oluşturur. Kaçınılmazlık kavramı, bu bağlamda, mücbir sebebin kaçınılmazlığı yanında, önlenemezliğini de ifade eder.⁴⁷⁰ Mücbir sebebin kaçınılmazlığı, objektif ve mutlaktır. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yerinde kim olursa olsun, mücbir sebep, herkes bakımından kaçınılmaz ve önlemez olmalıdır.⁴⁷¹

2.2.2.2.2.3. Zarar Görenin Kusuru

Zarar sonucu, zarar görenin kusuru sonucu meydana gelmişse, ayırt etme gücünden yoksun kimse, zarar görenin kusuru nedeniyle, sonucu gerçekleştirmeye elverişsiz hale gelen fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacaktır.⁴⁷²

Zarar görenin kusuru teriminde, 'kusur' teknik anlamıyla kullanılmamaktadır. Teknik anlamda kusur, bir kimsenin, bir başka kimsenin zarar görmesine yol açan fiiline ilişkin, hukukî bir değer yargısıdır. Oysa, illiyet bağının kesilmesi sonucunu ortaya çıkaran sebeplerden biri olan zarar görenin kusurunda, zarar başka bir kimsenin şahıs veya malvarlığında değil, zarar görenin kendisinin şahıs veya malvarlığında ortaya çıkmaktadır.⁴⁷³

⁴⁶⁹ EREN, İlliyet, 180 vd; ERZURUMLUOĞLU, 29; TANDOĞAN, Mesuliyet, 465;

⁴⁷⁰ EREN, İlliyet, 181.

⁴⁷¹ EREN, İlliyet, 182; TANDOĞAN, Mesuliyet, 465. Yazar, mücbir sebebin kaçınılmazlığına ilişkin olarak, bir olayda mücbir sebep bulunup bulunmadığına karar verilmesinden önce, yargıcın, zararı önleyecek herhangi bir tedbirin alınmasının mümkün bulunup bulunmadığını, bilirkişi raporu ile araştırılması gerektiği yönünde Yargıtay, TD'nin, 25.8.1956 tarih, E. 956-5481, K. 4591 sayılı kararına yer vermiştir Bkz. 465, d. 54. EREN, mücbir sebebin bir diğer unsurun da, öngöremezlik olduğunu, öngöremezlik ile kastedilenin, mücbir sebebin öngörülemezliği değil, zarar sonucunun öngörülemezliği olduğunu belirtilmiş, fakat bu unsurun, kusura dayanan sorumluluk halleri bakımından tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Bkz. İlliyet, 184. Kanaatimizce, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunda illiyet bağının kesilmesi bakımından, sözkonusu unsur, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, iradesi mevcut olmadığından, mücbir sebebin bir unsuru sayılamayacaktır.

⁴⁷² EREN, İlliyet, 199.

⁴⁷³ TANDOĞAN, Mesuliyet, 318-319; TUNÇOMAÇ, 312; EREN, İlliyet, 189. Yazar, zarar görenin kusuru olarak adlandırılan mevhumun, kusur sorumluluğunda, ortak kusur olarak nitelendirilirken, kusursuz sorumluluk

Zarar görenin kusurunun, illiyet bağıını kesip, sorumluluktan kurtulma sebebi, ahlâki bir değer hükmüne dayanır. Buna göre, kimse kendi kusurundan kaynaklanan bir zararı, başkasına yükleyemez.⁴⁷⁴

Zarar görenin kusurunun sözkonusu olabilmesi için, zarar görenin, zarara uğramamak için kaçınılacak bir davranıştan kaçınmamış olması gerekir.⁴⁷⁵ Zarar görenin kusuru da, kast veya ihmâl derecesinde olabilecektir.⁴⁷⁶ Öte yandan, zarar görenin ihmâli ağır ihmâl olabileceği gibi, hafif ihmâl de olabilir. Kast ve ağır ihmâlin illiyet bağıını kesme ihtimalinin, hafif ihmâle nazaran daha yoğun olduğu belirtilmiştir.⁴⁷⁷ Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bir başka ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zarar görmesine neden olabilecek fiili, zarar gören ayırt etme gücünden yoksunun, eğer zarar gören kimsenin yerinde ayırt etme gücüne sahip bir kimse bulunsaydı, kusurlu sayılacak bir fiili ile, zarar sonucunun uygun sebebi olmaktan çıkarsa bile, ilk sebebi gerçekleştiren ayırt etme gücünden yoksun, zarardan sorumlu tutulabilecektir.⁴⁷⁸ Öte yandan, ayırt etme gücünden yoksun zarar

hallerinde, sorumluluğun doğumu için, bizzat failin dahi kusurlu olması aranmamakta olduğundan, ortak kusur kavramı yerine, zarar görenin kusuru teriminin daha yerinde olduğunu belirtmektedir. Öte yandan TANDOĞAN, kusura dayanan sorumluluk bakımından da, zarar görenin kusurunun, illiyet bağıını kestiği hallerde, zarar görenin kusuru, zararın sebebi olduğundan, ortak kusurdan bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Her iki yazar da OFTINGER, age, 138 vd.'na atıfta bulunmuşlardır.

⁴⁷⁴ EREN, İlliyet, 190; TANDOĞAN, Mesuliyet, 319. Bu hususta, Yargıtay, 9. HD, verdiği bir kararda (22.2.1973 t., E. 28082, K.2825 s. K.), "...Bir genel hukuk kuralı olarak kimse kendi kusurundan yararlanamaz." ifadesine yer vermiştir.

⁴⁷⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, 319; EREN, İlliyet, 190; TUNÇOMAĞ, 312.

⁴⁷⁶ EREN, İlliyet, 190. Yazar, zarar görenin kusuru bakımından da, objektifleştirilmiş kusur kavramının geçerli olduğunu belirtmekte, buna göre, zarar görenin kusuru belirlenirken objektif bir ölçüye başvurulacağını; bu ölçünün de benzer durum ve şartlar altında, zarar görenin dahil olduğu çevredeki normal bir insanın, zarar sonucunu önlemek için göstereceği çaba ve dikkat olduğunu belirtmektedir. Bu hususta TANDOĞAN, kusurun derecesinin, dikkatli ve normal, soyut bir şahsın hareket tarzı (*bonus pater familias*) esas alınarak tespit edileceğini belirtmektedir. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 51.

⁴⁷⁷ STARK, Emil Wilhelm, Beitrag zur Theorie der Entlastungsründe im Haftpflichtrecht, Zürich, 1946, 182 (EREN, İlliyet, 192'den naklen) Belirtilmelidir ki, zarar görenin kusuru, illiyet bağıının kesilmesi sonucunu doğuracak kadar yoğun değilse, zarar görenin kusuru, tazminatın indirim sebebi olur. Bu husus aşağıda, sorumluluğun hükümleri bölümünde, tazminat bahsinde ele alınacaktır. Bkz. 3.1.1.2.3.

⁴⁷⁸ Kanaatimizce, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, kendi aleyhine yarattığı zararlar bakımından uygulama alanı bulamayacağından, ikinci sebebi gerçekleştiren ayırt etme gücünden yoksunun fiili bakımından, onun aleyhine bir sorumluluk yaratılamayacaktır. EREN, zarar veren kimse bakımından, bir kusura dayanmayan sorumluluk halinin sözkonusu olabileceğini, bu durumda, zarar veren kimsenin kusurunun aranmayacağını; fakat, zarar gören bakımından, bir kusursuz sorumluluk sözkonusu olmadığından, ayırt etme gücünden yoksun zarar görenin, eğer o davranış ayırt etme gücüne sahip bir kimse tarafından ika edilseydi, sözkonusu kimsenin, kusurlu sayılacağı bir davranışta bulunması durumunda dahi,

görenin fiillerinden sorumlu olan, ev başkanı veya adam çalıştıranın, özen yükümünü ihlâl etmiş olmaları da, zarar görenin kusur olarak değil, eğer şartları oluşmuşsa ancak üçüncü kişinin kusuru olarak illiyet bağının kesilmesi sonucu doğurabilecektir.⁴⁷⁹

Dolayısıyla, zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesebilmesi için, zarar görenin, ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.⁴⁸⁰

2.2.2.2.2.4. Üçüncü Kişinin Kusuru

Üçüncü kişinin davranışı, illiyet bağını kesecek yoğunluktuysa, ayırt etme gücünden yoksun kimse sorumluluktan kurtulur.⁴⁸¹ Burada, üçüncü kimsenin kusurunun illiyet bağını kesebilmesi için, öğretide, zarar görenin kusuruna nazaran daha yoğun olması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁸²

Üçüncü kişinin kusurunda aranan yoğunluk gerçekleştiği takdirde, ayırt etme gücünden yoksunun, zarar sonucunu gerçekleştirmeye elverişli sebep teşkil eden fiili,

illiyet bağının kesilmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **EREN**, İlliyet, 197; **İMRE**, Mesuliyet, 203. Yazar bu halde, zarar gören ayırt etme gücünden yoksunun davranışının, illiyet bağını kesmeyeceğini ancak, tazminatın indirimi sebebi teşkil edebileceğini belirtmektedir. Aksi görüşte bkz. **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 325. Yazar, zarar gören ayırt etme gücünden yoksunun, kendisinin yerinde ayırt etme gücüne sahip bir kimse olsaydı, bu kimsenin kusurlu sayılacağı bir biçimde, davranmış olması durumunda, Borçlar Kanununun 54. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, eğer hakkaniyet gerektiriyorsa, tazminatın indirilebileceğini belirtmektedir.

⁴⁷⁹ **EREN**, İlliyet, 199. (OFTINGER, age, 145'e atfen.) Yazar, bu hususa ilişkin, BGE 71 II 55-56; 81 II 165; 60 II 224; 63 II 62; 58 II 35; 53 II 43; 31 II 500; 81 II 162 sayılı kararlarına yer vermiştir. (EREN, İlliyet, 199, d. 205'den naklen.)

⁴⁸⁰ Zarar görenin kusurunun varlığında, öğretide, kast veya ihmâlin, dolayısıyla, illiyet bağının kesilmesi zarar görenin kusuru nedeniyle kesilmesinde, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olmasının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar, zarar görenin kusuru bakımından da, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiğini belirtirken, diğer bazı yazarlar ise, önemli olanın, zarar görenin kusuru değil de, davranışın illiyet bağını kesecek yoğunlukta olması olduğunu, dolayısıyla, zarar gören ayırt etme gücünden yoksunun davranışı, illiyet bağını kesecek yoğunluktuysa, illiyet bağının kesileceğini belirtmektedirler. (EREN, İlliyet, 194'den naklen.) Söz konusu yazarlar için bkz. **EREN**, İlliyet, 194, d. 186 vd.

⁴⁸¹ **EREN**, İlliyet, 202; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 329. Yazar, üçüncü kimsenin kusurunun, illiyet bağını kesecek yoğunlukta olmaması durumunda, üçüncü kimsenin kusurunun, tazminatın belirlenmesinde, tazminattan indirim sebebi olarak gözönüne alınacağını belirtmektedir. Yazar buna ilişkin olarak, Karayolları Trafik Kanununda, üçüncü kimsenin ağır kusurunun (kast ve ağır ihmâl), illiyet bağının kesilmesi sebebi, üçüncü kimsenin hafif kusurunun (hafif ihmâl), tazminatı indirimi sebebi olduğunun düzenlenmiş olduğunu belirtmektedir. Bkz, d. 58. Yazar, bazı durumlarda da, üçüncü kişinin kusurunun, tazminattan indirim sebebi sayılmayıp, zararın tamamını ödemeye mahkum edilen zarar veren kimseye, üçüncü kişiye, kusuru oranında rücu imkânı tanıdığını belirterek, bu hususta, Hukuku Genel Kurulunun, 9.1.1952 tarih ve E. 4-11, K. 5 sayılı kararına yer vermiştir. Bkz. d. 60.

⁴⁸² **EREN**, İlliyet, 202'den naklen. (Söz konusu yazarlar için bkz. **EREN**, İlliyet, 202, d. 214.)

zararı gerçekleştirmeye elverişli olmaktan çıkar; başka bir deyişle, üçüncü kişinin kusuru, ikinci sebep olarak, ayırt etme gücünden yoksunun meydana getirdiği sebebi, ki bu ilk sebeptir, arka plana atar.⁴⁸³ İlliyet bağının kesilebilmesi için, üçüncü kişinin kusurunun, zararın tek uygun sebebi olması gerekir.⁴⁸⁴

Üçüncü kişinin kusur, kast veya ihmal biçiminde ortaya çıkabilir. Yine, üçüncü kişinin kusurunun, ihmal biçiminde ortaya çıkmasında, bu ihmal ağır ihmal olabileceği gibi, hafif ihmal de olabilecektir.⁴⁸⁵

Öğretide, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir üçüncü kimsenin, bu kimsenin yerinde ayırt etme gücüne sahip bir kimse bulunması durumunda, bu kimsenin kusurlu sayılacağı bir biçimde, zarar sonucunun uygun sebebinin gerçekleştirilmesi durumunda, illiyet bağının kesilmeyeceğini belirtmişlerdir.⁴⁸⁶ Söz konusu halde, ayırt etme gücünden yoksun üçüncü kimsenin fiilinin, mücbir sebep sayılabileceği de ileri sürülmüştür.⁴⁸⁷ Bu görüşler ek olarak, ayırt etme gücünden yoksun üçüncü kimsenin fiili ile zarar sonucu arasında uygun illiyet bağı oluşmuşsa, eğer diğer şartlar da oluşmuşsa, üçüncü kişinin zarardan Borçlar Kanununun 54. maddesi uyarınca, sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir.⁴⁸⁸ Gerçekten de, ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğunda, ayırt etme gücünden yoksun bir üçüncü kimsenin fiili nedeniyle illiyet bağının kesilmesinde, bu üçüncü kimse, zararın faili olmaktadır. Dolayısıyla, ilk ayırt etme

⁴⁸³ EREN, İlliyet, 202.

⁴⁸⁴ EREN, İlliyet, 202. Yazar, bir kimsenin, otomobili ile, bir yayaya, ölüme sebebiyet vermeyecek biçimde çarptığı bir durumda, kanaması olan yayanın, kaldırıldığı hastanede, tedavi yanlılığı sonucu ölmesi halinde, hastane personelinin ağır ihmalinin, yayaya çarparak, yararlanmasına neden olan kimsenin fiili ile, zarar, yani ölüm olayı arasındaki illiyet bağına keseceğini belirterek, otomobil sahibinin, yaralamadan, hastane personelinin, ölüm olayından sorumlu olacağını ifade etmiştir. Bkz. 203. (OFTINGER, age, 105'e atfen.)

⁴⁸⁵ EREN, İlliyet, 204. Bu hususta ayrıca bkz. d.476.

⁴⁸⁶ Bkz. EREN, İlliyet, 205.

⁴⁸⁷ STARK, Emil Wilhelm, age, 209. (EREN, İlliyet, 206'dan naklen) Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. EREN, İlliyet, 206, d. 226.

⁴⁸⁸ EREN, İlliyet, 206. Ayrıca bu görüşte bkz. EREN, İlliyet, 206, d. 227'de adı geçen yazar. Öğretide İMRE, ayırt etme gücünden yoksun üçüncü kimsenin, illiyet bağına kesecek mahiyetteki fiilinin, ayırt etme gücünden yoksun zarar veren kimse bakımından, ödediği tazminatın bir kısmını, söz konusu ayırt etme gücünden yoksun üçüncü kişiye rücu imkânı oluşturacağını, belirtmektedir. Bkz. İMRE, Mesuliyet, 204. Bu hususta ayrıca bkz. d. 481.

gücünden yoksunun zarardan sorumlu tutulması, hakkaniyete aykırı olacaktır. Öğretide de belirtildiği üzere, sorumlulukta illiyet bağı, üçüncü kimsenin bizzat kendisinin değil, davranışlarından sorumlu olduğu bir kimsenin kusuru nedeniyle de, kesilmiş olabilir. Söz konusu durumda, üçüncü kimsenin davranışlarından sorumlu olduğu kişinin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda da, eğer bu kimsenin yerinde ayırt etme gücüne sahip bir kimse bulunsaydı, o kimse kusurlu sayılacak idiyse, illiyet bağının kesilmiş olduğunun kabul edilmesi gerekir.⁴⁸⁹



⁴⁸⁹ EREN, İlliyet, 207.

2.2.3. Hukuka Aykırılık

2.2.3.1. Genel Olarak

Hukuku aykırılık, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarındandır.⁴⁹⁰ Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, başkasına verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiilinin hukuka aykırı olması gerekir.⁴⁹¹

Hukuka aykırılık, kusurla karıştırılmaya müsait bir kavramdır.⁴⁹² Genel anlamda hukuka aykırılık, fiilin bir hukuk kuralına aykırı olmasını, kusur ise failin hukuka aykırı fiile ilişkin iradesi nedeniyle, bu davranışının kınanan bir davranış olmasını ifade eder. Hukuka aykırılık, fiil açısından objektif; kusur, fail açısından subjektif bir değerlendirmedir.⁴⁹³ Dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun bir şahsın, bir başka kimseyi yaralaması, öldürmesi durumunda dahi, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, kusuru sözkonusu olmadığı halde, ika ettiği fiil hukuka aykırıdır.⁴⁹⁴

Hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği, başka bir deyişle, fiilin ne zaman hukuka aykırı sayılacağı kanunda belirtilmemiştir. Bu hususta, öğretide başlıca iki görüş sözkonusudur. Bunlardan ilki subjektif kuram, diğeri ise objektif kuramdır.

⁴⁹⁰ TANDOĞAN, 17; EREN, 544; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 476; KILIÇOĞLU, 176.

⁴⁹¹ Öğretide, hukuka aykırılığın, kusur sorumluluğu ile hakkaniyet sorumluluğu bakımından sözkonusu olduğu, hakkaniyet sorumluluğu dışında, diğer kusursuz sorumluluk hallerinde, hukuka aykırılığın sorumluluğun kurucu ögesi olmadığı belirtilmektedir. Bkz. KANETİ, Hukuka Aykırılık, 14; KARAHASAN, Sorumluluk, 103.

⁴⁹² Fransız Hukukunda, kusur kavramı hukuka aykırılıkla karıştırılmaktadır. Fransız Hukukuna göre, başkasının zarar görmesi sonucunu doğuran davranış, failin kusurundan kaynaklanıyorsa, hukuka aykırı sayılacaktır. Bu Fransız kanunkoyucusunun, hukuka aykırılığa ilişkin olarak, sonraki paragrafta açıklanacak olan subjektif görüşü kabul ettiğini göstermektedir. Bu konuda bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 476; OĞUZMAN/ÖZ, 471.

⁴⁹³ OĞUZMAN/ÖZ, 471; DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 40. Fransız Hukukunda, hukuka aykırılığın, kusurun objektif ögesi olarak kabul edilmekte olduğunu; İsviçre Hukukunda, Fransız Hukukundaki bu görüşün kabul edilmemiş olduğunu, fakat, İsviçre Hukuku bakımından da, kusur unsuru ile hukuka aykırılık unsuru arasındaki ayrımın, her zaman her olay bakımından, çok da açık bulunmadığını belirtmektedir. Yazara göre, hukuka aykırılık ve kusur unsurları arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Bu ilişki uyarınca, yazar, failin subjektif davranışının değerlendirilmesi için, failin bu davranışının, objektif bir model ile mukayesesinin zorunlu olduğunu; bu bağlamda dahaksız fiil sorumluluğunun koşulu olarak kusurun, her zaman hukuka aykırılığı içereceğini; oysa hukuka aykırılığın, failin kusuruna bağlı olmadığını belirtmektedir. Bkz. 40-41.

⁴⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, 471.

‘Olumsuz hukuka aykırılık kuramı’⁴⁹⁵ olarak da adlandırılan sübjektif kuram⁴⁹⁶, fiilin hukuka aykırılığının, failin, bu fiili işlemeye hakkı bulunmaması durumunda gündeme geleceği görüşüne dayanır. Fail, hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış bir hak olmaksızın fiili işlediği zaman, hukuka aykırılık; başka bir deyişle, haksızlık ortaya çıkar.⁴⁹⁷ Bu görüş taraftarlarına göre, fail, bir zarar ıka ederek, hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış yetki alanını aştığından, başkasına bir zarar ıka etmesi ile, karine olarak, hukuka aykırılık koşulunu gerçekleştirmiş olur.⁴⁹⁸

Objektif kuram uyarınca, başkasına zarar vermesi, tek başına, fiilin hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaz. Bu kurama göre, toplumsal yaşamın devamlılığı içinde, bazı kimseler, başka bazı kimselerin fiilleri sonucunda zarar görebileceklerinden, hukuka aykırılığın belirlenmesinde, zarar verme olgusu değil, failin davranışı esas alınmalıdır.⁴⁹⁹ Objektif kuram uyarınca, bir davranış, ancak bu davranışla, hukuk düzeni tarafından, hak ve menfaatleri korumaya yönelik objektif bir hukuk normunu, başka bir deyişle, bir genel davranış kuralını ihlâl ediyorsa, hukuka aykırı olacaktır.⁵⁰⁰ İsviçre-Türk Hukuk sistemleri ile, Alman Hukukunda, objektif kuram kabul edilmiştir.⁵⁰¹

⁴⁹⁵ EREN, 545’den naklen.

⁴⁹⁶ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. EREN, 545, d. 322 ve 323’te adı geçen yazarlar.

⁴⁹⁷ KANETİ, Kusur, 38; DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 41; EREN, 545.

⁴⁹⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, 17-18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 476; OĞUZMAN/ÖZ, 471; EREN, 575; DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 41. Yazar, bu kuram uyarınca, başkasının zarar görmesi sonucunu doğuran davranışın, haksız olduğunun kabulünün, ‘*alternum non leader*’ ilkesine dayandığını belirtmektedir. Bu ilke uyarınca, bir zarara neden olan kimse, ancak, sübjektif olarak, o davranışı yapmaya hakkı olduğunu ispat ederek, işlediği fiilin hukuka uygun olduğunu ispatlayabilir. Bkz. DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 41.

⁴⁹⁹ KANETİ, Kusur, 39; EREN, 546. Yazar, hukuk düzeninin, herkese belli bir biçimde davranma ödevi yüklemiş olduğunu, bu ödevin de başkalarına zarar vermeme ödevi (neminem leadere) olduğunu belirtmektedir. Bkz. 546.

⁵⁰⁰ DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 41; KANETİ, Kusur, 39; EREN, 546.

⁵⁰¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 476; OĞUZMAN/ÖZ, 472; EREN, 547; KANETİ, Kusur, 38; KANETİ, Hukuka Aykırılık, 88; KARAHASAN, Sorumluluk, 103 EREN, 547. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin, hukuka aykırılık bakımından , objektif kuramın kabul edilmiş olduğunu belirterek, Mahkemenin şu kararlarına yer vermiştir: BGE 33 II 568; 82 II 28; 88 II 280; 9 II 405; 94 II 642-643; 102 II 85, 88; 104 II 95; 108 II 311; 109 II 124; 115 II 18; 119 II 128. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda (BGE 82 II 25), bir kanton mahkemesinin, sırf cismanî zarar verdiği gerekçesiyle, zarar vereni tazminata mahkum etmesi üzerine; bu kararı, Federal Mahkemenin, hukuka aykırılığa ilişkin olarak, objektif kuramı kabul etmiş olduğu gerekçesiyle, bozduğunu belirtmiştir. Fakat, öğretide EREN,

2.2.3.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimsenin Fiilinin

Hukuka Aykırı Olması

2.2.3.2.1. Genel Olarak

Öğretide bir kısım yazarlar⁵⁰², ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, Borçlar Kanunun 54. maddesi uyarınca sorumluluğunun sözkonusu olabilmesi için, hukuka aykırılık unsurunun şart olmadığını ileri sürmektedirler. Öte yandan *Oğuzman/Öz*, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğu bakımından, bu kimsenin fiilinin hukuka aykırı olmasının aranmaması durumunda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, aynı hukuka uygun fiili gerçekleştiren ayırt etme gücüne sahip kimsenin aksine zarardan sorumlu olacağını, bunun da ayırt etme gücünden yoksun kimse aleyhine bir haksızlık teşkil edeceğini belirtmektedir.⁵⁰³ Kanaatimizce de, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğu bakımından, ika ettiği fiilin hukuka aykırı olmasının aranmaması, hakkaniyet duygusunu inciteceği için kabul edilemez.

Hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin bulunmaması halinde, zarar verme eylemini yasaklayan veya zarar doğmasını önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı bir davranış, hukuka aykırı olacaktır.⁵⁰⁴

bu ayrımın daha çok teorik bir ayrım olduğunu belirtmektedir. Yazar, mutlak haklar yönünden, zarar verenin, zarar görenin bir mutlak hakkını ihlâl etmesi durumunda; zarar veren, ihlâlin bir hakka dayandığını ispat edemezse, fiilin hukuka aykırı olacağını; sorunun, diğer hak ve menfaatler karşı bir saldırı olması durumunda önem kazanacağını belirtmektedir. Bkz. EREN, 547.

⁵⁰² TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, 15, d. 28; PİOTET, P., La responsabilité précontractuelle des en capables, JdT, 1977, s. 200 vd. (OĞUZMAN/ÖZ, 601, d. 183'ten naklen.) TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku isimli eserinde ise, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiilin hukuka aykırılığının da aranacağını, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin Borçlar Kanununun 54. maddesi uyarınca sorumluluğu bakımından, Borçlar Kanununun 41. maddesi ile düzenlenmiş bulunan haksız fiil sorumluluğunun, kusur dışındaki bütün unsurlarının mevcut olması gerektiğini belirterek, ifade etmiştir. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 58.

⁵⁰³ OĞUZMAN/ÖZ, 601.

⁵⁰⁴ EREN, 548.

2.2.3.2.2. Unsurları

2.2.3.2.2.1. Genel Olarak

Hukuka aykırılık, objektif kuram uyarınca, olumlu unsur ve olumsuz unsur olmak üzere, iki unsurdan oluşur.

2.2.3.2.2.2. Olumlu Unsur

Hukuka aykırılığın olumlu unsurunu, başkasına zarar vermeyi yasaklayan veya zararı önleme amacı güden bir davranış normunun ihlâli oluşturur.⁵⁰⁵ Söz konusu davranış normu, kamu hukuku⁵⁰⁶ veya özel hukuk kaynaklı bir davranış normu olabileceği gibi, yazılı olan veya yazılı olmayan⁵⁰⁷ bir davranış normu olabilir. Fakat, bu davranış normu mutlaka emredici bir hukuk normu olmalıdır.⁵⁰⁸ Tamamlayıcı ve yorumlayıcı kurallara aykırılık, haksız fiil anlamında hukuka aykırılık teşkil etmez. İhlâli durumunda hukuka aykırılığın söz konusu olacağı davranış normu, bir mutlak hakkı koruyan, temel koruma normu olabileceği gibi; mutlak hak dışında bir menfaati koruyan bir özel koruma normu olabilir.⁵⁰⁹ Yine, davranış normunun ihlâli, yapma biçiminde bir fiil ile gerçekleştirilebileceği gibi; eğer belli bir biçimde davranmaya ilişkin, başka bir deyimle 'yapma' ödevi yükleyen bir kural söz konusu ise, 'yapmama'

⁵⁰⁵ EREN, 549.

⁵⁰⁶ Teşkilât kurallarının ihlâli, haksız fiiller bakımından hukuka aykırılık teşkil etmez. (EREN, 550'den naklen.)

⁵⁰⁷ KANETİ, Kusur, 40. Yazar, yazılı olmayan davranış kurallarının başlıcalarının, hukukun genel ilkeleri ile örf ve adet hukuku kuralları olduğunu belirtmektedir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 548. Yazar, bu hususta İsviçre Federal Mahkemesinin, verdiği bir kararda (BGE 96 II 108) başkası için zarar tehlikesi yaratan durumlara meydan vermeme görevinin, yazılı olmayan bir davranış normu olduğunu kabul ettiğini belirtmektedir. Bkz. 480, d. 3f.

⁵⁰⁸ EREN, 553; KARAHASAN, Sorumluluk, 104; KILIÇOĞLU, 177. Yazar, failin söz konusu emredici normu bilmemesinin, 'kanunu bilmemek mazeret sayılmaz' ilkesi gereği, sorumluluğu doğumuna engel olmayacağını belirtmektedir.

⁵⁰⁹ EREN, 553. Yazar, koruma normlarının, mutlak haklara ilişkin olanlarının, temel koruma normları; mutlak hak dışında kalan menfaatlere ilişkin olanlarının ise, ferdi veya özel koruma normları olarak adlandırıldıklarını belirtmektedir. Yazar, özel koruma normlarının, özellikle kişinin malvarlığına ilişkin olduğunu; özel koruma normunun ihlâlinin de, ancak, özel koruma normunun, kişinin bir hukukî varlığını, özellikle de maddî bir menfaatinin koruma amacı gütmesi durumunda, hukuka aykırılık oluşturacağını belirtmektedir. Bkz. 533. Normun koruma amacı kuramı ve hukuka aykırılık bağı kuramı için bkz. EREN, 557-560. Bu konuda ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 473 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 477 vd.

biçiminde bir fiil ile gerçekleştirilebilir.⁵¹⁰ Fakat, ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından, kendisine ‘yapma’ biçiminde bir ödev yükleyen bir kural sözkonusu olamayacağı cihetle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukuka aykırı fiili, ‘yapmama’ biçiminde değil, ‘yapma’ biçiminde olabilir.

Burada, ahlâka aykırı bir fiile başkasına zarar verilmesi meselesi üzerinde durmakta yarar vardır. Hukuka aykırılık geniş anlamda ahlâka aykırılık hallerini de kapsar.⁵¹¹ Fakat, bir fiilin ahlâka aykırılık nedeniyle, haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için, sözkonusu fiilin ahlâka aykırı olması yanında, failin bu fiili, kasten ika etmesi gerekir.⁵¹² Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun kimse, ahlâka aykırı bir fiil ika etse bile; ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, fiilin ikasına ilişkin kastının sözkonusu olamayacağı cihetle; ayırt etme gücünden yoksun kimse, ahlâka aykırı fiilden sorumlu değildir.

2.2.3.2.2.3. Olumsuz Unsur:

Bir Hukuka Uygunluk Sebebinin Bulunmaması

2.2.3.2.2.3.1. Genel Olarak

Hukuka aykırılığın olumsuz unsurunu ise, hukuka uygunluk sebeplerinin, somut olay bakımından gerçekleşmemiş olması oluşturur.⁵¹³ Dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bir başkasının zarar görmesi sonucunu doğuran fiili bakımından, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamalıdır. Hukuka uygunluk

⁵¹⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 484; OĞUZMAN/ÖZ, 477. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHASAN, Sorumluluk, 107 vd.

⁵¹¹ EREN, 560; KILIÇOĞLU, 178.

⁵¹² KILIÇOĞLU, 178; EREN, 560. Yazar, son eğilimler doğrultusunda, hukuka aykırılığın, yazılı kurallar yanında, ahlâk kuralları gibi yazılı olmayan kuralları kapsadığının kabulü ile, ahlâka aykırılığın kapsamının daraldığını belirtmektedir. Öte yandan yazar, hukuka aykırılığın, yazılı olmayan kuralları da kapsadığının kabulü ile, hukuka aykırı bir fiil ile zarar verilmesinde, tazminat yükümünün doğabilmesi için ‘kasıt’ şartı aranmazken, bu şartın ahlâka aykırılık bakımından aranması dolayısıyla, bir çelişkinin yaratılmış olduğunu belirtmektedir.

⁵¹³ EREN, 549. Hukuka uygunluk sebepleri, önemlerine binaen, 2.2.3.3. numaralı başlık altında incelenmiştir.

nedenlerinden birinin varlığı halinde, ayırt etme gücünden yoksun kimse, fiil sonucunda ortaya çıkan zarardan, fiilin hukuka uygun olması nedeniyle, sorumlu tutulamayacaktır.⁵¹⁴

2.2.3.2.2.3.2. Hukuka Uygunluk Sebepleri

2.2.3.2.2.3.2.1. Genel Olarak

Öğretide hukuka uygunluk sebepleri bakımından çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Öğretide, *Tandoğan ve Eren*, hukuka uygunluk sebepleri bakımından üçlü bir ayırım yapmakta, birinci grup hukuka uygunluk sebeplerini, kamu menfaatinin üstünlüğünün; ikinci grup hukuka uygunluk sebeplerini, özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılmasının; üçüncü grubu ise, zarar görenin zarara rıza göstermesinin teşkil edeceğini belirtmektedirler.⁵¹⁵ Öte yandan, genel olarak öğretide, çeşitli ayrımlar benimsenmekle birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin tek tek belirtilmesi yoluna gidilmektedir.⁵¹⁶

⁵¹⁴ **ARAL**, Makale, 738; **İMRE**, Mesuliyet, 193; **OĞUZMAN/ÖZ**, 600; **KARAHASAN**, Sorumluluk, 483. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, Borçlar Kanununun 54. maddesi uyarınca, başkasına vermiş olduğu zarardan sorumluluğunda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yerinde, ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin bulunması durumunda, şayet sözkonusu ayırt etme gücüne sahip kimse, haksız fiilden sorumlu olacak idiyse, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, başkasına ika etmiş olduğu fiilin sonucu olan zarardan sorumlu olacağını belirtmektedir. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin yerinde, ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin bulunduğu varsayılarak, eğer aynı durumdaki ayırt etme gücüne sahip kimsenin fiili hukuka aykırı olacaksa, sorumlu olacağını ifade ederek, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiili bakımından hukuka aykırılığın sözkonusu olup olmadığı hususuna değinmemiştir. Aynı yönde bkz. **KANETİ**, Hukuka Aykırılık, 141.

⁵¹⁵ Bkz. **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 30 vd.; **EREN**, 562 vd.

⁵¹⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, 480 vd. Yazar, hukuka uygunluk sebeplerinin, mağdurun rızası, kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması, özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması, Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenen üç durum, ki bunları, meşru müdafaa, zaruret hali, hakkını korumak için kuvvet kullanma halleri oluşturur, üstün kamu yararı ve üstün özel yarar bulunması hallerinin oluşturduğunu belirtmektedir. **KILIÇOĞLU**, 179 vd. Yazar, hukuka uygunluk sebeplerini, genel hukuka uygunluk sebepleri ve özel hukuka uygunluk sebepleri olarak iki grupta toplandığını belirterek; genel hukuka uygunluk sebeplerini, meşru müdafaa, zaruret hali, hakkını korumak için kuvvet kullanma hallerinin; özel hukuka uygunluk sebeplerini ise, mağdurun rızası, üstün nitelikte özel yarar bulunması, kamu yararı bulunması ve 5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Kanununun 58. maddesi ile 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 103 maddesinde belirtilen hallerin oluşturduğunu belirtmektedir. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 485 vd. Yazar, Kanunda sayılan hallerin, meşru savunma, zaruret hali, hakkını korumak için kuvvet kullanma halleri olduğunu belirterek, bu hallerin yanında, mağdurun rızasının, devlet kuvvetlerinin zor kullanma yetkilerinin ve milletvekillerinin yasama dokunulmazlığının, diğer hukuka uygunluk sebepleri olarak belirtilebileceğini ifade etmektedir.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukuka aykırı fiili bakımından hukuka uygunluk sebeplerini, kanunda belirtilmiş olan, meşru müdafaa hali, zaruret hali ve hakkını korumak için kuvvet kullanma hali yanında, mağdurun hukuka aykırı fiile rıza göstermesi halleri oluşturur.⁵¹⁷

2.2.3.2.2.3.2.2. Meşru Müdafaa

2.2.3.2.2.3.2.2.1. Genel Olarak

Borçlar Kanunun 52. maddesi, “Meşru müdafaa halinde mütecavizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez.” ifadesini içerir. Meşru müdafaa, bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının hukukî varlığını, halihazırda sözkonusu olan veya çok yakında gerçekleşecek bir saldırıdan kurtarmak için, saldırıda bulunanın hukukî varlığına yönelik zorunlu bir saldırıdır.⁵¹⁸ Bu şekilde gerçekleştirilen bir saldırının, meşru müdafaa teşkil edebilmesi için, saldırının, bazı koşulları taşıması gerekir.

2.2.3.2.2.3.2.2.2. Şartları

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiilinin, meşru müdafaa dolayısıyla, hukuka uygun sayılabilmesinin ilk koşulunu, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kendisinin veya üçüncü bir kimsenin şahıs veya malvarlığına yönelmiş bir saldırının varlığı oluşturur.⁵¹⁹ İkinci şartı, saldırının devam etmesi koşulu oluşturur. Saldırı, ya

⁵¹⁷ Biz burada, KILIÇOĞLU’nun yapmış olduğu ayrımı esas almış bulunmaktayız. Bkz. KILIÇOĞLU, 179. Diğer hukuka uygunluk sebeplerine, bu sebepler, ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından sözkonusu olamayacağı cihetle, yer vermemiş bulunmaktayız.

⁵¹⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, 33; EREN, 567; DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 45; OĞUZMAN/ÖZ, 483; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 486.

⁵¹⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 33; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 486; OĞUZMAN/ÖZ, 484; EREN, 567; KILIÇOĞLU, 180.

başlamış olmalıdır, ya da başlaması çok yakın olmalıdır.⁵²⁰ Öte yandan, saldırı fiili hukuka aykırı bir insan davranışı olmalıdır. Bir insan tarafından yönetilmekteyse, bir hayvanın fiiline karşı da meşru müdafaa olabilir.⁵²¹ Hukuka uygun bir fiile karşı, meşru müdafaa söz konusu olmaz.⁵²² Fiilin kusurlu olması da aranmayacağından, ayırt etme gücünden yoksun kimse, bir başka ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukuka aykırı fiiline karşı meşru müdafaada bulunabilir.⁵²³ Yine, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiilinin, meşru müdafaa dolayısıyla, hukuka uygun sayılabilmesi için, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin savunmaya ilişkin fiili ile saldırı arasında bir orantı bulunmalıdır.⁵²⁴ Söz konusu orantının bulunmadığı hallerde, 'meşru müdafaada sınırın aşılması' gündeme gelecektir. Sınırın aşıldığı hallerde, ayırt etme gücünden yoksunun, kendisine karşı meşru müdafaada bulunduğu kimse, sınırın aşılması sebebiyle hukuka aykırı hale gelen savunma fiiline karşı meşru müdafaadan yararlanabilir.⁵²⁵ Son olarak da, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, kendisini savunmaya yönelik fiili, saldırgana yönelmiş olmalıdır.⁵²⁶

2.2.3.2.2.3.2.3. Hükümleri

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, fiili, eğer meşru müdafaanın şartları söz konusu ise, hukuka uygundur. Meşru müdafaaya karşı meşru müdafaa olmaz.

⁵²⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, 34; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 486; OĞUZMAN/ÖZ, 484; EREN, 568; KILIÇOĞLU, 180.

⁵²¹ SAYMEN/ELBİR, 450; EREN, 568.

⁵²² TANDOĞAN, Mesuliyet, 34; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 486; EREN, 568; KILIÇOĞLU, 180; OĞUZMAN/ÖZ, 484; KILIÇOĞLU, 180.

⁵²³ EREN, 568.

⁵²⁴ TANDOĞAN, 35-36; EREN, 568.

⁵²⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, 36; EREN, 569.

⁵²⁶ EREN, 569; OĞUZMAN/ÖZ, 484. Yazar, bir şahsın hukuka aykırı fiilinden kurtulmak için, bir üçüncü kimsenin malvarlığına zarar verilmesi durumunda, savunma fiilini gerçekleştiren kimsenin meşru müdafaadan yararlanamayacağını, ancak söz konusu halde, bu kimsenin, zaruret halinden faydalanabileceğini belirtmektedir.

Yine, meşru müdafaayı bertaraf etmek üzere gerçekleştirilen fiil, haksız fiil teşkil eder.⁵²⁷

2.2.3.2.2.3.2.3. Zaruret Hali

2.2.3.2.2.3.2.3.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, kendisinin veya üçüncü bir kimsenin, şahıs veya malvarlığını, mevcut veya derhal gerçekleşecek bir tehlikeden korumak için, başka bir kimsenin malına zarar vermesi durumunda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, zarar sonucunu doğuran fiili, zaruret hali nedeniyle hukuka uygun hale gelecektir.⁵²⁸

2.2.3.2.2.3.2.3.2. Şartları

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, başkasının malının zarar görmesi sonucunu doğuran fiilinin, zaruret hali nedeniyle hukuka uygun hale gelebilmesi için, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bizzat kendisinin veya üçüncü kimsenin şahıs veya malvarlığını, bir tehlikeden korumak üzere hareket etmiş olması gerekir.⁵²⁹ Tehlikeden korunmak üzere gerçekleştirilen zarar, tehlike yaratan kimsenin malvarlığına verilmemiş olmalıdır. Söz konusu halde, zaruret hali değil meşru müdafa söz konusu olur.⁵³⁰ Zarar mutlaka, bir taşınır mala verilmiş olmalıdır.⁵³¹ Yine, meşru müdafaada olduğu gibi, gerçekleştirilen zarar ile tehlike arasında bir uygunluk

⁵²⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, 37.

⁵²⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, 37; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 487; EREN, 569; OĞUZMAN/ÖZ, 484; İNAN, 261.

⁵²⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 38; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 487; OĞUZMAN/ÖZ, 486; EREN, 570; KILIÇOĞLU, 182.

⁵³⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, 38-39; KILIÇOĞLU, 183; OĞUZMAN/ÖZ, 486; EREN, 570;

⁵³¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 37; KILIÇOĞLU, 182; DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 46; OĞUZMAN/ÖZ, 486; EREN, 570. Yazar, taşınmaz mallara verilen zararlar, Türk Medenî Kanunu'nun 753. maddesinde özel olarak düzenlenmiş bulunduğundan, zaruret halinin yalnız taşınır mallara verilen zararlara ilişkin olduğunu belirtmektedir.

bulunmalıdır.⁵³² Öğretide, sözkonusu uygunluğun bulunmadığı hallerde, zarar veren kimsenin, verdiği zararı, Borçlar Kanununun 41. maddesi uyarınca tam olarak tazmin etmesi gerekeceği belirtilmektedir.⁵³³ Bu durumda, sözkonusu uygunluğun bulunmadığı hallerde, hukuka uygunluk sebebinin ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, tehlikeyi bertaraf etmek üzere verdiği zarar ile tehlike arasında uygunsuzluk olması halinde de, ayırt etme gücünden yoksun bakımından, hukuka uygunluk sebebi ortadan kalkmış olacaktır ve sözkonusu halde Borçlar Kanununun 54. maddesinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Zaruret halinin varlığına ilişkin son şartı, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, tehlikeyi, bir başka kimsenin malına zarar vermeksizin bertaraf edemeyecek olması oluşturur.⁵³⁴ Öğretide⁵³⁵, zaruret halinin varlığı için, ayrıca, tehlikeyi bertaraf etmek üzere gerçekleştirilen zararın, bilerek, kasten verilmiş olmasının aranacağı belirtilmişse de, biz bu görüşe, hem tehlikeden kaçınma ve bu sırada bir zarar vermenin, çoğu kez içgüdüsel olması; hem de bilerek zarar verme koşulunun aranması durumunda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin durumunun, ayırt etme gücüne sahip bir kimseye nazaran ağırlaşacağı cihetle, katılmıyoruz.

2.2.3.2.2.3.2.3.3. Hükümleri

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, zarar sonucunu doğuran fiili, zaruret hali için aranan şartları taşımaktaysa, hukuka uygun hale gelecektir. Fakat, zaruret halinde, meşru müdafaadan farklı olarak, fail için tam bir sorumsuzluk kabul

⁵³² TANDOĞAN, Mesuliyet, 38; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 488; OĞUZMAN/ÖZ, 486; EREN, 570;

⁵³³ EREN, 570. (Von TUHR/PETER, 423'e atfen.)

⁵³⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, 38; DESCHENAUX/TERCIER, 46; KILIÇOĞLU, 183; OĞUZMAN/ÖZ, 486; EREN, 570. Yazar, tehlikenin, bir başkasının malına zarar vermeksizin bertaraf edilemeyecek olmasının, zaruret halinde 'tâlililik ilkesi' olarak adlandırıldığını belirtmektedir.

⁵³⁵ Von TUHR, § 46, IV, 7; EREN, 570.

edilmediğinden,⁵³⁶ ayırt etme gücünden yoksun kimse, zararın bir kısmını veya tamamını ödemeye mahkum edilebilecektir.⁵³⁷ Söz konusu halde, 'hukuka uygun fiilden sorumluluk' halinin mevcut olduğu belirtilmiştir.⁵³⁸ Sorumluluk, fedakârlığın denkleştirilmesine dayanmaktadır.⁵³⁹

2.2.3.2.2.3.2.4. Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma

2.2.3.2.2.3.2.4.1. Genel Olarak

Hakkın korunmasına ilişkin kural, hakkın devlet eliyle korunmasıdır. Ancak, istisnaen, bir hakkın devlet eliyle korunamadığı hallerde, bu hakkın kişi tarafından bizzat korunmasına olanak tanınmıştır.⁵⁴⁰

2.2.3.2.2.3.2.4.2. Şartları

Kuvvete başvuran ayırt etme gücünden yoksun kimse, yetkili organların zamanında müdahale edemeyecekleri bir yerde veya zamanda, bir hakkını korumak için kuvvete başvurmuş olmalı ve kuvvete başvurmaması durumunda hakkını kaybedecek olmalıdır. Kuvvet kullanma uygun ve dengeli olmalıdır.⁵⁴¹

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin, hakkını korumaya yönelik bir iradesinin her zaman söz konusu olamayacağı açıktır. Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından, somut olayda, kendi hakkını korumak üzere

⁵³⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, 40; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 488; EREN, 570; DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 46; KILIÇOĞLU, 182.

⁵³⁷ DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 46; TANDOĞAN, Mesuliyet, 40.

⁵³⁸ DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 46; EREN, 571.

⁵³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, 486; KILIÇOĞLU, 182. Öğretide bazı yazarlar ise, fedakârlığın denkleştirilmesinden bahsetmeyerek, yalnız, söz konusu tazminata hükmedilmesinin, hakkaniyet gereği olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 40; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 488. EREN ise, söz konusu halde fedakârlığın denkleştirilmesi veya bir nevi hakkaniyet sorumluluğunun mevcut olduğunu belirtmiştir. Bkz. EREN, 571.

⁵⁴⁰ EREN, 571; TANDOĞAN, Mesuliyet, 41; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 488 KILIÇOĞLU, 183; OĞUZMAN/ÖZ, 486.

⁵⁴¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 41 vd.; EREN, 571-571; OĞUZMAN/ÖZ, 486; KILIÇOĞLU, 183 vd.

kuvvet kullanıp kullanmadığının, yargıç tarafından, titizlikle incelenmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

2.2.3.2.2.3.2.4.3. Hükümleri

Eğer, kuvvet kullanma fiili, belirtilen şartları taşıması dolayısıyla hukuka uygunsa, kuvvet kullanan ayırt etme gücünden yoksun aleyhine tazminat yükümü doğmayacaktır.⁵⁴²

2.2.3.2.2.3.2.5. Mağdurun Rızası

Hukuk düzeni, kişilerin özel hukukî değerlerini, iradelerine aykırı olarak korumaz.⁵⁴³ Öte yandan zarar verilmesine ilişkin rıza, bir irade açıklaması olduğundan, Borçlar Kanunun 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki sınırlamalara aykırı olduğu takdirde, sözkonusu rıza, hukuka aykırı hale gelecek (BK m. 20) ve dolayısıyla zarar veren kimsenin fiili bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olmaktan çıkacaktır.⁵⁴⁴ Öte yandan, Medeni Kanununun 23. maddesi gereği, kimse kişilik haklarından vazgeçemeyeceğinden, kişilik hakkına yönelik bir saldırı bakımından, saldırıya ilişkin rıza geçersiz olacağından, sözkonusu fiil hukuka aykırı olacaktır.⁵⁴⁵ Rıza, mutlaka, fiilin ika edilmesinden önce verilmiş olmalıdır. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zarar sonucunu doğuran fiili ika edilmesinden sonra, zarar gören tarafından fiile onay verilmesi, sözkonusu fiilin hukuka aykırılığını ortadan

⁵⁴² TANDOĞAN, Mesuliyet, 41 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 489; EREN, 571-571; OĞUZMAN/ÖZ, 486; KILÇOĞLU, 183 vd.

⁵⁴³ KANETİ, Hukuka Aykırılık, 227; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 489; EREN, 564.

⁵⁴⁴ KILIÇOĞLU, 185; OĞUZMAN/ÖZ, 479; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 490.

⁵⁴⁵ EREN, 564; KILIÇOĞLU, 186. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. KANETİ, Hukuka Aykırılık, 227 vd. OĞUZMAN/ÖZ, 481. Yazar, rızanın, kişilik hakkına aykırı olması dolayısıyla geçersiz olduğu hallerde, bu rızanın tazminatın tayininde, ortak kusur olarak gözönüne alınabileceğini belirtmektedir. (ÇİLİNGİROĞLU, C., Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993, 17-18, 77'ye atfen.) Aynı yönde bkz. EREN, 565.

kaldırmaz, fakat, zarar görenin, ayırt etme gücünden yoksun zarar verene karşı tazminat talebinden vazgeçtiği anlamına gelir.⁵⁴⁶

Rızanın geçerli olması için varlığı zorunlu bir başka husus, zarara rıza gösteren kimsenin, tam ehliyetli, dolayısıyla da ayırt etme gücüne sahip olmasıdır.⁵⁴⁷ Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin, zarar sonucunu doğuracak fiiline rıza gösterecek kimsenin, ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda, sözkonusu zarar sonucunu doğuran fiil, hukuka aykırı olacaktır.



⁵⁴⁶ **KANETİ**, Hukuka Aykırılık, 228; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 32; **OĞUZMAN/ÖZ**, 482; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 490. Yazar, rızanın, zarar verilinceye kadar, her zaman geri alınabileceğini belirterek, bu bağlamda, rızanın tek taraflı bir hukukî işlem mi, yoksa hukukî işlem benzer bir irade açıklaması mı olduğunun öğretide tartışmalı olduğunu ifade etmiş, bu tartışmalara ilişkin olarak, **KANETİ**, Hukuka Aykırılık, 228 vd.'na atıfta bulunmuştur.

⁵⁴⁷ **EREN**, 566; **KILIÇOĞLU**, 188. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimse adına, onun yasal temsilcisinin, ayırt etme gücünden yoksun kimse aleyhine, zarar sonucunu meydana getirecek bir fiile rıza göstermesinin mümkün olmadığını; yasal temsilcisinin rızasının, ancak, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, tıbbî müdahaleler gibi, yararına olan fiillere ilişkin olarak verildiğinde, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracağını belirtmektedir.

2.3. Sorumluluğun Özel Koşulları

2.3.1. Ayırt Etme Gücünden Yoksunun Farazî Kusuru

Borçlar Kanunu'nun, 54. maddesinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hukuka aykırı fiili ile verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesinin bir koşulu olarak belirtilmemiş olmasına rağmen, öğretide, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun bir şartını da, eğer ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yerinde, ayırt etme gücüne sahip bir kimse bulunsaydı, bu kimsenin fiilinin kusurlu addedilecek olmasının teşkil ettiği belirtilmektedir.⁵⁴⁸ Bu görüş taraftarları, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin sorumluluğunun, davranışlarının sonuçlarını idrak edebilen, ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin sorumluluğundan daha ağır olamayacağını ifade etmektedirler.⁵⁴⁹ Öğretide, ayrıca, yargıcın, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, farazî kusur ilkesini, gözönüne alıp almamaya, takdir yetkisini kullanarak, karar vereceği; bu bağlamda, bu koşulun, sorumluluğun varlığı için zorunlu olmadığı belirtilmiştir.⁵⁵⁰

İsviçre Federal Mahkemesi, eski kararlarında, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca, hakkaniyet gereği verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, onun yerinde, ayırt etme gücüne sahip bir kimse bulunsaydı, bu kimsenin kusurlu

⁵⁴⁸ İMRE, Mesuliyet, 190; TANDOĞAN, Mesuliyet, 59; ARAL, Makale, 738; OĞUZMAN/ÖZ, 600; TUHR, 408; BECKER, Art. 54, N. 2, 5. OFTINGER, age, 155 (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 501, d. 2b'den naklen.) Aksi görüşte EGGER, Art. 18, N. 15. Yazar, ayırt etme gücünden yoksunun, fiili nedeniyle doğan zararı, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca, tazmin borcunun doğması için, farazî kusurun bir önemi haiz olmadığını; fiilin hukuka aykırılığının yeterli olduğunu belirtmektedir.

⁵⁴⁹ BECKER, Art. 54, N.2; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Das Obligationenrecht, 1. Teil, 2. Auflage, Zürich, 1929; 2. Teil, 2. Auflage, Zürich, 1936, Art. 54, N. 4. (TANDOĞAN, Mesuliyet, 59, d. 30'dan naklen.); BURCKHARDT, C. Ch., Die Revision der Schweiz. OR im Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, Zeitschrift f. Schweiz. Recht, N.F. 22(1903), 527. (İMRE, Mesuliyet, 190, d. 5'den naklen.)

⁵⁵⁰ İMRE, Mesuliyet, 190; HOMBERGER, A., Haftpflicht ohne Verschulden, ZSR, N.F. 49 (1930), 3a-6a. (TANDOĞAN, Mesuliyet, 59, d.31'den naklen.)

davranmış sayılacağı bir şekilde davranmış olması gerektiğine karar vermekteydi.⁵⁵¹

Federal Mahkeme, daha sonra bu görüşten vazgeçerek, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiilinin, bu fiil ayırt etme gücüne sahip bir kimse tarafından ika edilseydi, kusurlu veya hukuka aykırı sayılmayacak olsa dahi, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, fiili ile verdiği zarardan, hakkaniyet gerektiriyorsa, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir.⁵⁵²

Yargıtay ise, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, ayırt etme gücünün bulunmamasına rağmen belli bir kusurunun varlığı⁵⁵³, zarar uğrayanın, zarar sonucunu doğuran fiilin ika edilmesi sırasında, ayırt etme gücünden yoksun faili tahrik edip etmediğinin, gözönüne alınacağını belirtmektedir.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ Bkz. BGE 47 II 97. (KARAHASAN, Sorumluluk, 483, d. 6'dan naklen.)

⁵⁵² Bkz. BGE 102 II 226. (KARAHASAN, Sorumluluk, 483, d. 6'dan naklen.)

⁵⁵³ Farazî kusur ilkesinin, ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğunun kabulü, aynı zamanda, '*ayırt etme gücünün varlığı fiksiyonu*' nun kabulü anlamına gelmektedir. Yargıtay'ın da sözkonusu kararında, bu fiksiyonu esas almış olduğu söylenebilir. Sözkonusu fiksiyon ve eleştirisi için bkz. İMRE, Mesuliyet, 190 vd.

⁵⁵⁴ Yargıtay 4. HD, 16.5.1978 t., E. 8555, K. 6617. (ABD, 1979, 82-83'den naklen.)

2.3.2. Hakkaniyetin Sorumluluğa Hükmedilmesini Gerektirmesi

2.3.2.1. Genel Olarak

Bir kimseye, hukuka aykırı bir fiile, fiilin uygun sonucu olan zararı ika eden ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sözkonusu zarardan sorumlu tutulmaması hakkaniyete aykırı düşmelidir.⁵⁵⁵ Bu hususta karar verilirken gözönünde tutulacak en önemli hususu, tarafların malî durumları oluşturur.⁵⁵⁶ Hakkaniyetin, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulmasını gerektirip gerektirmediği hususunda yargıç, takdir yetkisini kullanacaktır.⁵⁵⁷ Bu hususta yargıç, geniş bir takdir yetkisini haizdir.⁵⁵⁸ Fakat yargıç, takdir yetkisini kullanırken, tarafların malî durumları yanında, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiilinin çok kötü bir nitelik taşıması veya ayırt etme gücünden yoksun kimsenin çevresi için büyük bir tehlike teşkil etmesi hususlarını da gözönünde bulunduracaktır.

2.3.2.2. Tarafların Malî Durumları

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hukuka aykırı bir fiil ile verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin malî durumu ile zarar gören kimsenin malî durumu arasında açık bir nispetsizlik bulunmalıdır. Başak bir deyimle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin ekonomik durumu, zarar gören

⁵⁵⁵ TANDOĞAN, Mesuliyet, 59 ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 500; OĞUZMAN/ÖZ, 600; HATEMİ, Sorumluluk, § 7, N. 6, 7.

⁵⁵⁶ ARAL, Makale, 739; TANDOĞAN, Mesuliyet, 59; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 500.

⁵⁵⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, 59; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 500; ARAL, Makale, 739. Bu hususta Yargıtay 4. HD, verdiği bir kararda (18.10.1977 t., E. 7406, K. 9689 s. K.): "...Burada hâkime bir takdir yetkisi verilmiştir. Her olayda zarara uğrayan kimsenin, haksız eylemi işleyen gayrimümeyyizden tazminat isteyip isteyemeyeceği, olayı saran hal ve şartlara bakılarak tayin edilecektir." denilmektedir. Aynı yönde bkz. 4. HD, 1.12.1978t., E. 1943, K. 13526 s. K. KARAHASAN, Sorumluluk, 485'den naklen.

⁵⁵⁸ KARAHASAN, Sorumluluk, 486.

kimseye nazaran çok daha iyi olmalıdır.⁵⁵⁹ Bu konuda, ayırt etme gücünden yoksun ve zengin olan bir akıl hastasının, hastanede tedavi gördüğü sırada, bu hastanede çalışmakta ve bu şekilde kalabalık bir aileyi geçindirmekte olan bir hastabakıcıyı öldürmesini, sık başvurulmuş bir örnek olduğu belirtilerek, örnek gösterilmiştir.⁵⁶⁰

Bu bağlamda, eğer, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin malî durumu, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukuka aykırı fiili sonucu zarar gören kimsenin malî durumuna nazaran, çok iyi ise; hakkaniyetin, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunu gerektirmesine ilişkin sebep gerçekleşmiş olur.⁵⁶¹ Burada, ayırt etme gücünden yoksun olanın, ekonomik olarak, zarar verdiği kimseden çok daha iyi durumda olmasının, Borçlar Kanununun 54. maddesi bakımından önemli olmasının, sosyal adalet düşüncesinden kaynaklandığı belirtilmiştir.⁵⁶² Fakat, ne kanunda, ne öğretide, ne de mahkeme kararlarında, zarar veren ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukuka aykırı fiili sonucu zarar gören kimseye nazaran, ekonomik durumunun, ne kadar iyi olması gerektiğine ilişkin bir ölçüt getirilmiştir. Bu hususa ilişkin olarak bir ölçüt getirilmemiş olması, bir belirsizliğe yol açılmış olduğu yönünde bir düşünce uyandırır da⁵⁶³; kanaatimizce, somut kriterlerin tespit edilmemiş olması, yargıca takdir yetkisini kullanarak, somut olay adaletini gerçekleştirme olanağı vermektedir.

⁵⁵⁹ ARAL, Makale, 739; İMRE, Mesuliyet, 194; TANDOĞAN, Mesuliyet, 59; DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 109; OĞUZMAN/ÖZ, 602; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 500; KARAHASAN, Sorumluluk, 486.

⁵⁶⁰ Bkz. ARAL, Makale, 740. OĞUZMAN/ÖZ, sözkonusu örnekteki durumu içeren iki İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarına yer vermiştir: JdT 1949 I 516; JdT 1946 I 53. Bkz. 603.

⁵⁶¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 59-60; İMRE, Mesuliyet, 85. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, zarar görenden çok daha zengin olması gereğine ilişkin olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 26 II 327; 43 II 209 numaralı kararlarına yer vermiştir. Bkz. 85, d. 20. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 500. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, ekonomik durumunu itibarıyla, servet sahibi sayılacak kadar iyi durumda olması halinde, zararı tamamen karşılamaya mahkum edilebileceğini belirterek, İsviçre Federal Mahkemesinin, bu yönde vermiş olduğu, BGE 74 II 202 numaralı kararına yer vermiştir. Bkz. 500, d. 2.

⁵⁶² Bkz. İMRE, Mesuliyet, 85.

⁵⁶³ Öğretide hakkaniyet sorumluluğunu, bu sorumluluğun, sözkonusu esnek kriterleri nedeniyle, belirsiz olduğunu belirterek eleştiren bazı yazarlar, yargıç bakımından, tarafların, malî durumları arasında, büyük bir oransızlık bulunup bulunmadığının tespitinin son derece güç olduğunu belirtmektedirler. İMRE, Mesuliyet, 89'dan naklen. Sözkonusu yazarlar için bkz. İMRE, Mesuliyet, 88, d.30 ve 89, d. 35'te belirtilen yazarlar.

Belirtilmelidir ki yargıç, zarar veren ayırt etme gücünden yoksun kimse ile zarar görenin, malî durumları arasında bir oransızlık bulunup bulunmadığını, ayırt etme gücünden yoksun kimse lehine bir sorumluluk sigortası mevcut olup olmadığını, zarar gören kimsenin, sözkonusu fiile ilişkin olarak sigortalanmış olup olmadığını, gözönüne alarak, takdir yetkisini kullanacaktır.⁵⁶⁴

Yargıç, tarafların malî durumlarını değerlendirirken, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, zarar görene zarar verdiği zamanı değil, hükmün verildiği anı esas alacaktır.⁵⁶⁵ Öğretide, bu şekilde, yargıca, hakkaniyeti daha çok gözönünde tutma imkânı verilmesi yanında, daha fazla takdir yetkisinin tanınmış olacağı ifade edilmiştir.⁵⁶⁶

2.3.2.3. Diğer Hususlar

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, başkasına vermiş olduğu zarar ilişkin olarak; hakkaniyetin, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zarardan sorumlu tutulmasını gerektirip gerektirmediği hususunda karar verilirken, ki bu kararı yargıç verecektir; ayırt etme gücünden yoksun kimsenin malî durumunun, zarar verdiği kimsenin durumundan çok daha iyi olması yanında, bir takım başka hususlar da gözönüne alınacaktır.⁵⁶⁷ Gözönüne alınacak hususların başında, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin çevresi için yarattığı tehlikenin derecesi⁵⁶⁸ ve ayırt etme

⁵⁶⁴ EREN, 608; ARAL, Makale, 739. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimse lehine, sorumluluk sigortası bulunup bulunmadığının gözönünde tutulacağına ilişkin olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin, BGE 71 II 231-232 numaralı kararlarına yer vermiştir.

⁵⁶⁵ ARAL, Makale, 740; TANDOĞAN, Mesuliyet, 59; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 500, d.2 ; EREN, 608.

⁵⁶⁶ ARAL, Makale, 740. Yazar, bu hususa ilişkin olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin, BGE 71 II 225; 102 II 231 numaralı kararlarına yer vermiştir. EREN, 608.

⁵⁶⁷ ARAL, Makale, 739; TANDOĞAN, Mesuliyet, 59; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 500; OĞUZMAN/ÖZ, 602;

⁵⁶⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, 60; ARAL, Makale, 740.

gücünden yoksun kimsenin hukuka aykırı fiilinin işleniş biçimi⁵⁶⁹ gelir. Öte yandan yargıç, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, zarar sonucunu doğuran hukuka aykırı fiili ika ederken içinde bulunduğu hal ve şartları; bu bağlamda özellikle, sözkonusu hukuka aykırı fiil ile zarar gören kimsenin, fiilin ikaı anında, ayırt etme gücünden yoksun kimseyi tahrik edip etmediğini, etmişse ne derece tahrik ettiğini inceleyerek, buna göre takdir yetkisini kullanmalıdır.⁵⁷⁰



⁵⁶⁹ **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 60; **KARAHASAN**, Sorumluluk, 486; **ARAL**, Makale, 740. Yazar, ayırt etme gücünden yoksun, küçük yaşta bir çocuğun, sırf kötülük olsun diye, arkadaşlarından birini ağır biçimde yaralamasını, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiilinin ‘fenalığı’na, kötü bir biçimde işlenmiş olmasına örnek olarak göstermiştir. Bkz. 740.

⁵⁷⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 500. Yargıtay 4. HD’nin verdiği bir kararda (15.2.1990 t., E. 6593, K. 1343 s. K.), “...Her olayda zarara uğrayan kimsenin, haksız eylemi işleyen gayrimümeyyizden tazminat isteyip isteyemeyeceği, olayı saran hal ve şartlara bakılarak tayin edilecektir. Bu hal ve şartlar arasında, mümeyyiz olmayanın, hürriyetinin doğurduğu özel tehlike, temyiz kudreti olmamasına rağmen belli bir kusurun varlığı, zarar görenin olay sırasında zarar failine karşı davranışı ve en öncelikle, mümeyyiz olmayanın iktisadî gücünün büyüklüğü ile, zarar uğrayanınki ile karşılaştırılması gösterilebilir.” denilmektedir. **KARAHASAN**, Sorumluluk, 486’dan naklen.)

3. Sorumluluğun Hükümleri

3.1. Tazminat

3.1.1. Tam Tazminat

3.1.1.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin, bir başka kimseye, hukuka aykırı bir fiile zarar vermesi durumunda, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin koşulları gerçekleşmişse, yargıç, ayırt etme gücünden yoksun kimseyi, verdiği zararı tamamen ödemeye mahkum edebilir. Yargıç, ayırt etme gücünden yoksun kimseyi, zararı tamamen ödemeye mahkum ederken, somut olayın şartlarını gözönüne alarak, hakkaniyete göre karar verecektir.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin verdiği maddî zararlar bakımından, maddî tazminat; manevî zararlar bakımından, manevî tazminat gündeme gelecektir.

3.1.1.2. Tazminatın Hesaplanması

3.1.1.2.1. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, başkasına verdiği zararı tazmin etmesi hususunda, zarar miktarı belirlendikten sonra, tazminatın indirimi sebeplerinden birinin bulunup bulunmadığı araştırılır. Bu durumda, zararın hesaplanması değil, tazminatın hesaplanması sözkonusudur.¹

¹ Yargıtay 4. HD, verdiği bir kararda (30.3.2000 t., E. 782, K. 2792), "...Kural olarak, önce, gerçek zararı bulmak gerekli olduğu için, zararlar ilgili indirim sebepleri, daha sonra tazminatla ilgili indirim sebepleri uygulanmalıdır. Buna göre hesaplanan zarardan, önce sigorta ödemesi düşülüp, daha sonra BK m. 44 hükmü gereği, kusur indirimi yapılarak tazminat miktarı belirlenmelidir. Yerel mahkemece anılan sıra gözetilmeksizin, önce kusur indirimi, daha sonra sigorta ödemesi nedeni ile indirim yapılarak belirlenmiş olan tazminat miktarına hükmedilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir. **KILIÇOĞLU, M.**, Sorumluluk, 122'den naklen.)

3.1.1.2.2. Genel Olarak Maddî ve Manevî Tazminat

3.1.1.2.2.1. Maddî Tazminat

Maddî tazminat, kişinin malvarlığında, isteği dışında meydana gelen eksilmenin karşılanması için, zarardan sorumlu olan kimsenin, yerine getirmekle yükümlü olduğu bir edimdir.² Dolayısıyla, kural olarak, tazminat miktarı zararı aşamaz.³ Ayırt etme gücünden yoksun kimse, koşulları gerçekleşmişse, hukuka aykırı fiili ile zarar verdiği kimsenin, maddî zararını tazmine mahkum edilebilecektir.

3.1.1.2.2.2. Manevî Tazminat

Manevî tazminata ilişkin, Borçlar Kanunu'nda, 'cismanî zarar' (BK m. 47) halinde ve 'şahsî menfaatlerin haleldar' (BK m. 49) olması halinde, manevî tazminat istemlerini düzenleyen iki temel madde sözkonusudur. Bu maddeler arasındaki ilişkinin, özel hüküm-genel hüküm ilişkisi olduğu; bu bağlamda, şartları oluşmuşsa, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinin, 49. maddeye nazaran öncelikle uygulanacağı belirtilmiştir.⁴

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinin, kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıydı.⁵ Bu konu İsviçre-Türk öğretisinde tartışılmış ve uzun süre, Borçlar Kanunu'nun 47 . maddesinin kusura

² VELİDEDEOĞLU, Tazminat, 747.

³ DESCHENAUX/TECİER, Sorumluluk, 203.

⁴ GÜRİSOY, Manevî Tazminat, 22.

⁵ İMRE, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinin değişiklikten önce dahi, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluklarının, kusur esasına değil, hakkaniyet esasına dayandığı için, eğer hakkaniyet gerektiriyorsa, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin manevî tazminat ödemeye mahkum edilebileceğini belirtmektedir. Fakat, yazar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin manevî tazminata mahkum edilebilmesi için, ayrıca zararın ağırlığı şartının aranacağını, sözkonusu çözüm tarzının, 'kanunun amacına, adalet ve hakkaniyet esaslarına' uygun olacağını ifade etmiştir. Bkz. İMRE, Mesuliyet, 207. Bu hususta SAYMEN, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi uyarınca, manevî tazminata mahkum edilebilmesi için, eğer ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yerinde, ayırt etme gücüne sahip bir kimse bulunsaydı, bu kimse kusurlu sayılacak idiyse, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, manevî tazminat ödemeye mahkum edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. SAYMEN, Ferit Hakkı, Manevî Tazminat ve Tazmini Sureti, Doktora Tezi, İstanbul, 1940. (TANDOĞAN, Mesuliyet, 337, d. 36'dan naklen.)

dayanmayan sorumluluk hallerinde de uygulanması kabul edildi. İsviçre Federal Mahkemesi, ilk kez 1948 tarihinde verdiği bir kararda, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin, bir başka kimsenin ölümüne sebep olması haline ilişkin olarak, manevî tazminat talebi için, kusurun şart olmadığına karar vermiştir.⁶ Dolayısıyla Federal Mahkeme, bu kararıyla, kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde de, sorumlunun manevî tazminata mahkum edilebileceğini kabul etmiştir.⁷ Yargıtay da, bu hususta, 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı⁸ ile sorunu çözünceye dek, çelişkili kararlar vermiştir.⁹ Söz konusu karardan önce Yargıtay, Borçlar Kanunu'nun uygulanması bakımından, hafif kusurun varlığını aramaktaydı.¹⁰ Yargıtay söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı ile, kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinin uygulanabileceğine karar vermiştir. Öğretide de¹¹, aynı esas, kabul edilmiş bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin, birinci fıkrası, "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevî zarara karşılık, manevî tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir." hükmünü içermektedir. Söz konusu hüküm, 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, 'zarar ve ziyan ve hatanın hususî ağırlığı icap ettiği surette' ifadesini içermekteydi. Dolayısıyla, değişiklikten önce, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca, zarar gören kimsenin manevî tazminat talep edebilmesi için, kusurun ve saldırının özel ağırlığı koşulları

⁶ BGE 74 II 202. Aynı yönde, BGE 88 II 528. Mahkeme bu kararında, manevî tazminatın, kusurdan ötürü değil, zarar görenin çekmiş olduğu ızdırabın karşılığı olduğunu belirtmiştir. (GÜRSOY, Manevî Zarar, 14'ten naklen.)

⁷ Elbette, kusur varsa derecesi, sorumlunun mahkum edileceği tazminatın tayini bakımından esaslı rol oynar ve bu bakımdan kusur, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde, tazminatın tayininde yargıç tarafından gözönüne alınacak, 'hususî haller' den birisini teşkil eder. Federal Mahkeme daha sonra, 1956 tarihinde verdiği bir kararda da (BGE 81 II 512), bir kız çocuğunun yüzünü kötü bir şekilde yaralayan bir köpeğin tutucusunu manevî tazminata mahkum etmiştir. (GÜRSOY, Manevî Tazminat, 15'den naklen.)

⁸ 22.6.1966 tarih ve 7/7 sayılı İBK. (GÜRSOY, Manevî Tazminat, 16'dan naklen.)

⁹ Söz konusu kararlar, daha çok adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkindir. Bu kararlara, yukarıda 2.1.2.2.2.1.2.2.1. numaralı kısımda yer vermiş olduğumuzdan, tekrar burada ele almayacağız.

¹⁰ 4. HD, 29.11.1937 t., E. 357, K. 148; 4. HD, 3.4.1958 t., K. 2218; 4. HD, 12.4.1960 t., K. 3148; 3. HD, 14.2.1961 t., K. 1146.

¹¹ TANDOĞAN, Mesuliyet, 339; İMRE, Mesuliyet, 207; TUNÇOMAĞ, 333.

aranmaktaydı.¹² Değişiklikle, kusurun ağırlığı koşulu kaldırılmış olduğundan, kusura dayanmayan sorumluluk halleri bakımından, kişilik haklarına yönelik saldırılarda manevî tazminata hükmedilebilir. Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun kimse, hukuka aykırı fiille, bir başka kimsenin kişilik haklarına verdiği zarar nedeniyle, eğer şartları oluşmuşsa, manevî tazminat ödemeye mahkum edilebilecektir.¹³

Manevî tazminat istemine ilişkin olarak, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında, yargıcın, manevî tazminata hükmederken, tarafların ekonomik durumunu gözönüne alacağı belirtilmiştir. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, ika ettiği haksız fiil dolayısıyla, doğan zararlar ve elbette bu bağlamda manevî zararlar nedeniyle tazmin borcu ile yükümlü tutulabilmesi için, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin ekonomik durumu, ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğu bakımından özel koşul teşkil ettiğinden, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrası, bir önemi haiz değildir.¹⁴

¹² KILIÇOĞLU, İsviçre'de, bu maddenin eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda karşılığı olan 55. maddesinin kabulü sırasında, manevî tazminat davasının, ağır kusur koşuluna bağlanmaması halinde, basın özgürlüğünün bundan çok büyük zarar göreceği ve açılan tazminat davaları dolayısıyla basının çalışamaz duruma geleceği görüşünün savunulmuş olduğunu, bu sebeple de kanun metnine, kusurun ve saldırının özel ağırlığı şartının konulmuş olduğunu belirtmektedir. Yazar, daha sonra, 1984 yılında, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 49. maddesindeki, kusurun özel ağırlığı koşulundan vazgeçildiğini, fakat 'saldırının ağırlığı' koşulunun muhafaza edildiğini; oysa, Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde, bu koşula yer verilmemiş olduğunu ifade ederek; kanun metninde yer almamasına rağmen, öğretide ve mahkeme kararlarında, maddenin İsviçre aslına uygun olarak, manevî tazminat talebi için bu koşulun aranması gerektiğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. Manevî Tazminatta Ağır Kusur, 106. Bu hususta ayrıca bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet, 340; FRANKO, Makale, 194 vd. Ayıca bkz. KOCAYUSUFPASAOĞLU, N., Kişilik Haklarını Koruyan Manevî Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 1977; İstanbul, 1980, 141-180 (KILIÇOĞLU, Manevî Tazminatta Ağır Kusur, 106, d. 7'den naklen.)

¹³ KILIÇOĞLU, Manevî Tazminatta Ağır Kusur, 107.

¹⁴ Bkz. 2.3.2.

3.1.1.2.3. Tazminatın İndirimi

3.1.1.2.3.1. Genel Olarak

Sorumluluk Hukukunda, tazminat miktarı belirlenirken, yargıca, kanunda belirtilen bazı hallerde, tazminattan indirim yapma yetkisi verilmiştir.¹⁵ Bu yetkinin verilmesindeki sebebi, zararın tamamından mutlaka zarar veren kimsenin sorumlu olmayabileceği, zararın oluşumuna zarar görenin veya üçüncü bir kimsenin etkili olmuş olabileceği gibi hususların oluşturduğu belirtilmektedir.¹⁶ Bu bağlamda, genel olarak tazminatın indirim sebepleri, sorumlu kişinin kusurunun ağırlığı, zarar görenin kusuru, zarar görenin zarara razı olması, sorumlu kişinin müzayaka halinde olması ve diğer sebepler olmak üzere beş gruba ayrılır. Bu sebeplerden, sorumlunun kusurunun ağırlığı, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusuru sözkonusu olamayacağından; zarara rıza gösterilmiş olması, rızanın, tek taraflı bir irade beyanı olması sebebiyle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin geçerli bir iradesinin varlığı, sözkonusu olmayacağından; sorumlu kişinin tazminatı ödemesi durumunda, zor duruma düşecek olması, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun özel şartını teşkil eden, hakkaniyetin gerektirmesi koşulu, ayırt etme gücünden yoksunun, zarar görene nazaran ekonomik durumunun çok daha iyi olması hususunu da içerdiğinden, ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğu bakımından sözkonusu olmayacaktır.

¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 590.

¹⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, 315. (OFTINGER, age, 232-233'e atfen.)

3.1.1.2.3.2. İndirim Sebepleri

3.1.1.2.3.2.1. Zarar Görenin Kusuru

Borçlar Kanunu'nun 44. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, zarar gören kimsenin, zararın doğmasına veya doğan zararın artmasına neden olması, ki sözkonusu halde zarar görenin kusuru¹⁷ olarak adlandırılmaktadır, tazminatın indirimi sebebidir.¹⁸ Öğretide, burada kusur ile kastedilenin, başkasının zarara uğramasına sebebiyet veren iradî veya ahlâkî bir kötülüğü değil, zarar görenin kendi menfaatini korumak için gerekli özeni göstermemesi olduğu belirtilmiştir.¹⁹ Zarar görenin, zararın doğumuna veya doğan zararın artmasına ilişkin davranışı, illiyet bağıını kesecek düzeyde ise, failin sorumluluğu sözkonusu olmaz.²⁰ Dolayısıyla, zarar gören kimsenin, zararın doğumuna veya doğan zararın artmasına, illiyet bağıının kesilmesi sonucunu doğurmayacak biçimde sebep olması, zararın indirilmesi sebebi olacaktır. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunun, kusur esasına dayanmaması, sözkonusu indirim sebebi bakımından, farklı bir sonuca ulaşılması sonucunu doğurmayacaktır.²¹

Zarar gören, yardımcısının, zararın doğumuna veya doğan zararın artmasına ilişkin kusurundan, kendi kusuruymuş gibi sorumludur.²² Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, zarar verdiği kimsenin yardımcısının, zararın doğumuna

¹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, failin işlediği kusura, 'zarar vermede kusur' denilirse, zarar görenin, zararın doğumuna veya doğan zararın artmasına ilişkin kusurunun 'zarar görmede kusur' olarak adlandırılabilirliğini belirtmektedir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 594. Öte yandan, öğretide, kusur, sorumluluk hukukuna ilişkin bir terim olduğu ve ancak, bir kimsenin bir başkasına zarar vermesi durumunda kusurdan bahsedilebileceği, kişinin kendisine verdiği zarardan ötürü sorumluluğunun ise düşünülemeyeceği, zarar görenin zararın doğumuna veya doğan zararın artmasına neden olan davranışlarının 'kusurlu' değil, ahlâka aykırı sayılabileceği belirtilmektedir. Bkz. DESCHENAUX/TERCIER, Sorumluluk, 57.

¹⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, 321; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 594.

¹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 594

²⁰ İlliyet bağıının, zarar görenin kusur nedeniyle kesilmesine ilişkin olarak bkz. 2.2.2.2.2.2.3.

²¹ OĞUZMAN/ÖZ, 554; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 596. İsviçre Federal Mahkemesi de, kusura dayanmayan sorumluluk halleri bakımından, zarar görenin kusurunun, tazminatın indirim sebebi teşkil edeceğini kabul etmiştir. Bkz. BGE 106 II 208. (OĞUZMAN/ÖZ, 555, d. 372'den naklen.) Aynı yönde Yargıtay kararı için, bkz. 4. HD, 26.2.1979 t., E. 5666, K. 2516. (YKD, 1980, S. 1, 35'ten naklen.)

²² TANDOĞAN, Mesuliyet, 324. (OFTINGER, age, 142'ye atfen.)

veya doğan zararın artmasına neden olması durumunda, sözkonusu hal, tazminatın indirimi sebebi olarak gözönüne alınabilecektir.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bir başka ayırt etme gücünden yoksun kimseye, bir zarar vermesi durumunda, zarar gören ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yerinde ayırt etme gücünden yoksun bir kimse bulunsaydı, somut olay bakımından, ayırt etme gücüne sahip bu kimse, kusurlu sayılacak idiyse, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, yargıç, tazminatta bir indirimin sözkonusu olup olmayacağını, hakkaniyet uyarınca takdir edecektir.²³

3.1.1.2.3.2.2. Diğer Sebepler

Yargıç, tazminatın indiriminde, yalnız Borçlar Kanunu'nun 44. maddesinde belirtilen halleri değil, ayrıca 43. maddede belirtilen halleri gözönünde tutacaktır.²⁴ Bu bağlamda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu olduğu tazminat miktarı belirlenirken, fevkalade bir durumun zararın artmasına sebep olmuş olması²⁵; zarar

²³ TANDOĞAN, Mesuliyet, 325; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 598. Yazar, Yargıtay 4. HD'nin, 13.4.1976 tarih ve E. 2237, K. 3896 sayılı kararına yer vermiştir. Sözkonusu kararda, "...Olay bir trafik kazası sonucu öldürdüğü küçüğün, bu ölümü nedeniyle arabada meydana gelen zararın, ölen küçüğün babasından istenmesinden doğmuştur. Ölüm olayında, arabayı kullanan sürücünün kusuruyla, küçüğün kusuru yarı yarıya gösterilmiştir....Şayet çocuk sağ olsaydı mahkeme hakkaniyet gerektiriyorsa ona hükmedebileceği miktarla sorumlu tutulabilecek durumda olduğundan, onun babası da, ancak bu koşullar altında çocuğun mirasçısı ve halefi olduğu için sorumlu tutulabilir....Kural olarak temyiz kabiliyeti, müterafik kusurun bir şartıdır. Fakat, 54. maddeye kıyasen, tazmin borcunu hakkaniyet sebebi ile haffletmek için temyize muktedir olmayan mutazarrarın müterafik vaziyet ve hareket tarzını nazara almak mümkündür ve zarara uğrayan küçük çocuğun bu davranışı objektif açıdan tenkit edilebilir." denilmektedir. Bkz. 598, d. 12. OĞUZMAN/ÖZ, 556. Yazar, Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 51 II 525 ve 60 II 38 numaralı kararlarına yer vermiştir. Hernekadar, yukarıda belirttiğimiz üzere (bkz. 2.2.2.2.2.2.3.), Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, kendi aleyhine yarattığı zararlar bakımından uygulama alanı bulamayacaksa da, zararın doğumuna veya artmasına neden olan ayırt etme gücünden yoksunun fiili bakımından, illiyet bağının kesilmesi hususunda kabul edilen çözüm tarzının benimsenmesi, ayırt etme gücünden yoksun zarar görenin, zararın doğumuna veya artmasına neden olan davranışının gözönünde tutulmayarak, bu davranışın sonuçlarına, zarar veren kimsenin katlanması, dolayısıyla, zararın doğumuna veya artmasına neden olan davranıştan sorumlu olmayan bir kimsenin, sorumlu olması gibi adil olmayan bir sonuç doğuracaktır. İMRE, Mesuliyet, 203. Yazar bu halde, zarar gören ayırt etme gücünden yoksunun davranışının, tazminatın indirimi sebebi teşkil edebileceğini belirtmektedir.

²⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, 326; OĞUZMAN/ÖZ, 557; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 600.

²⁵ İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda (BGE 57 II 110-111), kömür sobasından zehirlenen bir kadının ölümüne ilişkin olarak, bina sahibinin ödeyeceği tazminatta, lodos nedeniyle, dumanın bacadan çıkamıyor olması halini, fevkalade hal olarak değerlendirerek, indirimde gitmiştir. (TANDOĞAN, Mesuliyet, 328, d. 53'den naklen.)

görenin kişisel özelliklerinin, zararın artmasına neden olması²⁶; zarar veren ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, zarar görene hatır için yardım ettiği bir durumda zararın verilmiş olması, tazmin edilecek miktarın indirilmesinde yargıç tarafından gözönüne alınacaktır.²⁷

3.1.2. Kısmî Tazminat

Yargıç, ayırt etme gücünden yoksun kimseyi, yukarıda açıklanan surette tespit edilen tazminatı, kısmen veya tamamen tazmin etmeye mahkum edebilir.²⁸ Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde bu husus, "Hakkaniyet iktiza ediyorsa hakim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkum eder." ifadesiyle düzenlenmiştir. Yargıç, tazminatın, tamamen veya kısmen olması hususunu, hakkaniyete göre takdir edecektir.²⁹

²⁶ TANDOĞAN, zarar gören kimsenin kişisel özelliklerinin zararın artmasına neden olması durumuna örnek olarak, sağlıklı bir kimsenin ölümü sonucunu doğuramayacak bir yaralamanın, *hemofili* (kanın pıhtılaşmaması) hastalığı ile muzdarip bir kimsenin ölümüne sebebiyet vermesini göstermektedir. Yazar, sözkonusu hale ilişkin olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin, BGE 80 II 353-354; 66 II 174; 57 II 52; 51 II 80-81 numaralı kararlarına ve aksi görüş ihtiva eden Yargıtay 4. HD'nin 4.11.1944 tarih ve E. 1353, K. 3467 sayılı kararına yer vermiştir. Sözkonusu kararda, hastalıklı olan ve bir tren kazasında ölen kimsenin, sözkonusu hastalığının, kaza olayına eklenerek ölüm sonucunu gerçekleştirmiş olduğu ve bu sebeple de tazminatın indirilmesi gerektiğine ilişkin görüşün, kaza olayına, kişinin özel durumunun da eklenmesinin hayatın olağan akışına uygun olduğu cihetle, kabul edilemeyeceği ve tazminattan sözkonusu sebebe istinaden indirim yapılamayacağı belirtilmiştir. (TANDOĞAN, Mesuliyet, 328, d. 52'den naklen.)

²⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, 326; OĞUZMAN/ÖZ, 557; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 600.

²⁸ TANDOĞAN, Mesuliyet, 60; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 500; OĞUZMAN/ÖZ, 602.

²⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 500.

3.2. Zamanaşımı

3.2.1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi, maddî ve manevî tazminat taleplerine ilişkin olarak, kısa, bir yıllık ve uzun, on yıllık zamanaşımını düzenlemektedir.

3.2.2. Kısa Zamanaşımı

Söz konusu madde uyarınca, kısa zamanaşımı, bir yıllık zamanaşımıdır ki bu süre, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, zarar gören kimsenin, zararı ve zarardan sorumlu olan kimseyi öğrenmesinden itibaren bir yıldır.

Zarar gören kimsenin zararı öğrenmesi, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında, bir dava açmaya ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve şartları öğrenmiş olması demektir.³⁰

Sorumlu kimselerin öğrenilmesinde zamanaşımı, zarar görenin, zararı veren ayırt etme gücünden yoksun kimseyi öğrenmesinden ve ayırt etme gücünden yoksun kimsenin başkasına verdiği zarardan sorumlu bir kimse mevcutsa, ki bu kimse ayırt etme gücünden yoksun kimsenin tabî olduğu ev başkanı ve/veya ayırt etme gücünden yoksun kimseyi çalıştıran kimsedir, bu kimseyi öğrenmesinden itibaren bir yıldır. Burada, sorumlu kimseler bakımından, zamanaşımı, ayrı ayrı işler.³¹

Eğer, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin verdiği zarar, zaman yayılmış bir şekilde genişlemekte, artmakta ise, zamanaşımı, bu artış sona ermedikçe

³⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 718. Yazar, bu hususa ilişkin, İsviçre Federal Mahkemesinin, BGE 96 II 39 ve 92 II 4 numaralı kararlarına yer vermiştir. Aynı yönde Yargıtay 4. HD'nin bir kararında (4.12.1986 t., E. 6073, K. 8188 s. K.), "...Zamanaşımı başlangıcına esas olacak unsurlardan zarar görenin zararı öğrenmesi demek, kural olarak zararın kapsamını değil, varlığına taallük eder. Yoksa tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntıların bilinmesi aranmaz. Zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, davayı ciddi ve objektif olarak desteklemeye ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli, yeterli hal ve şartların öğrenilmesi, zararın öğrenilmiş sayılması için yeterlidir." ifadesine yer vermiştir.

³¹ GÜRKANLAR, 117.

başlamayacaktır.³² Eğer, ayırt etme gücünden yoksun kimse, hukuka aykırı fiili, tekrar etmekte ise, her yeni fiilden sonra zamanaşımı, yeniden işlemeye başlar.³³

3.2.3. Uzun Zamanaşımı

Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca, hukuka aykırı fiil nedeniyle zarar görmüş olan kimse, hukuka aykırı fiilin ika edilmesinden itibaren on yıl geçince, tazminat davası açma hakkı zamanaşımına uğrar.

Sözkonusu on yıllık sürenin işleyişini, bir yıllık süre etkilemez. Başka bir deyişle, zararın ve failin öğrenilmemiş olması, on yıllık sürenin işlemesi bakımından önemli değildir.³⁴ Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hukuka aykırı fiili sonucu zarar gören kimse, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukuka aykırı fiili ika etmesinden itibaren, en geç on yıl içinde, tazminat davasını açmalıdır.

Fakat eğer, ayırt etme gücünden yoksun kimse, hukuka aykırı fiili tekrar etmekte ise, on yıllık uzun zamanaşımı süresi, her fiilin ikasından itibaren tekrar işlemeye başlayacaktır.³⁵

³² GÜRKANLAR, 119; SUGURBEY, Sorunlar, IV, 418.

³³ İsviçre Federal Mahkemesi, 1955 tarihinde verdiği bir kararda (BGE 81 II 439), "...Sürekli bir davranıştan tek tek özel zararlar doğmuş ve tamamlanmışsa, her bir zarar için tamamlanma tarihinden itibaren zamanaşımı işlemeye başlar." (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 719, D. 2b'den naklen.)

³⁴ Yargıtay 4. HD, verdiği bir kararda (21.2.1990 t., E. 12205, K. 1565 s. K.), "...Haksız eylemin işlendiği gün ile davanın açıldığı gün arasında on yıldan fazla bir zaman geçmiş ise, henüz zararın varlığı ve sorumlu olanın kimliği öğrenilmemiş olsa bile, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar vermek gerekir." ifadesine yer vermektedir. (UYGUR, 974'den naklen.)

³⁵ GÜRKANLAR, 120. Ayrıca bkz. d. 33.

SONUÇ

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunu ele aldığımız bu çalışmada, sorumluluğun taşıdığı özellikleri ve sorumluluk hukuku içindeki yerini incelemeye çalıştık.

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, kural olarak, kendi fiilleri ile kendisini borç altına sokamaz ve kendi lehine hak yaratamaz. Bu husus, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukukî işlem ehliyetinin bulunmamasının sonucudur. Bu bağlamda ayırt etme gücünden yoksun kimse, haksız fiil ehliyetinden, başka bir deyimle, kusuru sözkonusu olamayacağından kusur ehliyetinden de yoksun olduğundan, kural olarak, hukuka aykırı bir fiil ile, başkasına verdiği zarardan da sorumlu tutulamayacaktır.

Hukuk düzeni tarafından, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hukuka aykırı fiili ile başkasına vermiş olduğu zararlardan, kusura dayanmayan sorumluluk türlerinden, olağan sebep sorumluluğu ile, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, otoritesine tabi olduğu ev başkanı veya emri altında çalışmakta olduğu adam çalıştıran sorumludur. Bu kimselerin, kurtuluş kanıtı getirdikleri veya ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, otoritesine tabi olduğu bir ev başkanı veya emri altında çalışmakta olduğu bir adam çalıştıran olmadığı durumlarda, ayırt etme gücünden yoksunun, çalışmamızın konusunu teşkil eden, kusura dayanmayan sorumluluğu gündeme gelecektir.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğu, kusura dayanmayan bir sorumluluk olup, çalışmamızda belirttiğimiz üzere, kusura dayanmayan sorumluluk hallerinden, hakkaniyet sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir. Hakkaniyet sorumluluğu, Türk Hukuku bakımından, yalnız, ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından sözkonusudur.

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, eğer, hukuka aykırı bir fiille, bir başka kimsenin zarara uğramasına neden olursa ve zarar veren ayırt etme gücünden yoksun kimsenin malî durumu, zarar verdiği kimseden, çok daha iyi ise, açılan davada yargıç, ayırt etme gücünden yoksun kimseyi, verdiği zararı kısmen veya tamamen ödemeye mahkum edebilecektir. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sözkonusu sorumluluğunda, sorumluluğun, hakkaniyet sorumluluğu olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuran hususu, bir başkasına zarar veren ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören kimseden, malî olarak çok daha iyi durumda olması gereği teşkil eder. Dolayısıyla, ayırt etme gücünden

yoksun kimse, ancak, zarar verdiği kimseden çok daha 'zengin' se, verdiği zarardan sorumlu tutulabilecektir.

Sorumluluğa ilişkin ilk sorunu, bu bağlamda, hukuka aykırı bir fiille bir başkasına zarar veren ayırt etme gücünden yoksunun, zarar verdiği kimseden, malî olarak, ne kadar daha iyi durumda olması gerektiği oluşturur. Bu hususa ilişkin olarak, sorumluluğu düzenleyen maddede, net bir kıstas getirilmiş değildir. Sonuç olarak, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, verdiği zarardan sorumlu tutulması sonucunu doğuran, malî olarak, çok daha iyi durumda olma koşulu, muğlak kalmaktadır. Öte yandan, bu hususa ilişkin, kanunda, net bir ölçüt konulmamış olmasının, somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet edeceği de ileri sürülebilir.

Öte yandan, ayırt etme gücünden yoksun kimse, davranışın, ayırt etme gücünden yoksun kimseden soyut olarak kınanabilir olmasına bakılmaksızın gündeme gelmektedir. Bu sorunun çözümüne yönelik olarak öğretide, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi metninde belirtilmemiş olmasına rağmen, eğer ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yerinde ayırt etme gücüne sahip bir kimse olsaydı, bu kimsenin, sözkonusu fiil dolayısıyla ortaya çıkan zarardan, kusurunun bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulamayacağı hallerde, doğan zarardan sorumlu olmayacağının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Fakat bu durumda da sorumluluk, diğer kusura dayanmayan sorumluluk hallerinin aksine kusur sorumluluğuna yaklaştırılmakta, hiçbir davranışı kusurlu sayılamayacak ayırt etme gücünden yoksuna, farazî bir kusur isnat edilmektedir.

Yine, kusura dayanmayan sorumluluğun, olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu ile birlikte, bir üçüncü türünü oluşturan hakkaniyet sorumluluğu, sadece, ayırt etme gücünden yoksun fail bakımından sözkonusu olmakta ve ayırt etme gücünden yoksun failin, zarar görenden, malî olarak çok daha iyi durumda olması koşuluna dayanmaktadır. Hukuk düzeni tarafından, kural olarak, ika ettiği haksız fiillerden sorumlu olmayacağı düzenlenmiş olan ve en alt düzeyde dahi, işlediği fiilin fenalığına ilişkin bir bilince ve genel olarak herhangi bir iradeye sahip olmayan ayırt etme gücünden yoksun, kendisinin yerinde eğer, ayırt etme gücüne sahip bir kimse olsaydı, ayırt etme gücüne sahip bu kimse, zarar görenden çok daha zengin olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmayacakken, verdiği zarardan sorumlu tutulmaktadır. Öte yandan, kusura dayanmayan diğer sorumluluk türlerinde, failin sorumluluğuna ilişkin, dikkat ve özen ilkesi veya diğer kimseler aleyhine tehlike yaratma gibi bir esas mevcutken; hakkaniyet sorumluluğunda, ayırt etme gücünden yoksun,

kınanabilir bir davranışı olmamasına rağmen, zarar verdiği kimseden, malî olarak daha iyi durumda olması nedeniyle, sorumlu tutulmaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yalnız, ayırt etme gücünden yoksun bakımından sözkonusu olan hakkaniyet sorumluluğu, adeta, ayırt etme gücünden yoksunu, cezalandırmakta; onun yerinde 'zengin' bir ayırt etme gücüne sahip olsaydı, bu kimse, kendisinden malî olarak, çok daha kötü bir durumda olan zarar görenin, uğramış olduğu zararı, kusur sorumluluğunun kurulamamış olması nedeniyle, tazmin etmeye mahkum edilemeyecekken, ayırt etme gücünden yoksun, kınanabilir bir davranışı olmamasına rağmen, malî olarak daha iyi durumda olması nedeniyle, zararı kısmen veya tamamen ödemeye mahkum edilebilecektir. Sorumluluğa ilişkin sözkonusu hükmün, çalışmamızda belirttiğimiz üzere, sosyal adaleti gerçekleştirmeye hizmet ettiği belirtilmiştir. Bu görüş, ancak, hakkaniyet sorumluluğu, sorumluluğun kurulamadığı bütün hallere teşmil edilirse, kabul edilebilir. Aksi takdirde, yalnız ayırt etme gücünden yoksun kimse, kendisinden malî olarak çok daha kötü durumda olan, zarar görenin zararını gidermekte; sosyal adaletin bu şekilde gerçekleştirilmesi, sorumluluk hukukunda, yalnız, ayırt etme gücünden yoksun bakımından sözkonusu olmaktadır.

Sonuç olarak, adalet duygusunun incinmesine neden olabilecek ve hukuk düzeni içinde, temel hukuk kurallarının, nedeni anlaşılamayan bir istisnasını oluşturan bu sorumluluk, kanunkoyucunun, konuya ilişkin bir tasarrufundan ibarettir.

ÖZET

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin 'haksız fiil' sorumluluğu, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca ayırt etme gücünden yoksun kimse, bir başka kimseye hukuka aykırı bir fiille verdiği zararı, eğer hakkaniyet gerektiriyorsa, tazmin etmeye mahkum edilebilecektir.

Söz konusu sorumluluk halinde, sorumlu kişi, ayırt etme gücünden yoksun kimsedir. Ayırt etme gücü, Türk Medenî Kanunu'nun 13. maddesinde, olumsuz bir şekilde tanımlanmıştır. Bu madde uyarınca, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve buna benzer haller dolayısıyla, makul surette hareket etme iktidarından mahrum olan kimse, ayırt etme gücünden yoksun sayılacaktır. Ayırt etme gücünden yoksunluk, kural olarak, kişiye ilişkin sürekli bir durum olmayıp; bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, her somut olay bakımından ayrı ayrı tespit edilecektir.

Kural olarak ayırt etme gücünden yoksun kimse, hukukî işlem ehliyetinden yoksun olduğu gibi, haksız fiil ehliyetinden de yoksundur. Ayırt etme gücünden yoksun kimse, hukuka aykırı bir fiille, bir başkasının zarar görmesine neden olursa, Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesi gereği, otoritesine tabi olduğu, ev başkanı veya Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca, emri altında çalışmakta olduğu adam çalıştıran, onun fiillerinden sorumlu kimseler olarak, zararı tazmin etmeye mahkum edilebileceklerdir. Bu kimselerin, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bir başka kimseye verdiği zararın tazmini için, zarar gören tarafından açılan davada, kurtuluş kanıtı getirmeleri veya, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bir ev başkanının otoritesine tabi olmadığı ve bir adam çalıştıranın emri altında çalışmadığı hallerde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca sorumluluğu gündeme gelecektir.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiş sorumluluğunun, kusura dayanmayan sorumluluk türlerinden, hakkaniyet sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun kimse, eğer hakkaniyet gerektiriyorsa, verdiği zararı, kısmen veya tamamen tazmin etmeye mahkum edilecektir. Hakkaniyetin, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin verdiği zararı tazmin etmesini gerektirip gerektirmediği tespit edilirken, özellikle, ayırt etme gücünden yoksunun, malî olarak, zarara uğrattığı kimseden çok daha iyi durumda olması ve ika edilen fiilin ağırlığı

ve içinde bulunulan durum gibi hususlar gözönünde tutulacaktır. Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğunda, haksız fiil sorumluluğunun, kusur koşulu hariç olmak üzere tüm koşulları ayırt etme gücünden yoksun kimse bakımından da aranacaktır.



SUMMARY

The responsibility of the person, that has not got the power of discernement, occupy a place at Turkish Obligations Code in 54. article. Up to this article, if the person, who has not got the power of discernement, cause a damage with an illegal act for someone else and if the justice is materialized in this way; he or she (the person, that has not got the power of discernement) can be sentenced to compens the damage.

At that kind of responsibility, the person, who has not got the power of discernement, is responsible. The power of discernement is defined at Turkish Civile Code in 13. article, in a negativ way. According to this article, if a person can not act reasonable and rational because of youngness, mental disease, mind weakness, drunkenness or the situations like these; this person will be named as a person that has not got the power of discernement. The magistrate has to find out if the person has got or has got not the power of discernement, at the time he or she gives a damage to another person.

In principle, the person who has not got the power of discernement, has not got the capacity of tort. If the person who has not got the power of discernement, gives a damage to someone else, his or her family's chief or employer would be responsible of his or her act. But, if the chief of family or the employer demonstrates that he or she behaved painstaking and careful to prevent a damage or the person who has not got the power of discernement was not under the authority of a family chief or was not working by an employer, the person that has not got the power of discernement is responsible according the Turkish Obligations Code's 54. article, for his or her acts.

The responsibility of the person that has not got the power of discernement is not based fault principle and it is named as the justice responsibility. According to this, if the person that has not got the power of discernement, gives a damage to another person with an illegal act and if the justice forces to that; the judge can sentence the person that has not got the power of discernement, to compens the damage partially or completely.