

DOKTRİNDE VE TÜRK HUKUKUNDA KUSURSUZ MESULİYET HALLERİ

(İngiliz, Sovyet Rusya, Alman, Fransız ve İsviçre
hukuklarının mukayesesile).

Dr. Zahit İMRE

G İ R İ Ő

Ő 1. Mevzu ve gaye.

Etüdümüzün mevzuu kusursuz hukukî mesuliyetin veya diğer bir terimle sebep mesuliyetinin umumî olarak ve Türk hukukunda tetkikidir.

Mesuliyet ve tazminat hukuku, gerek nazari bakımdan, gerek hukuk tatbikatında en ziyade ehemmiyeti haiz ve münakaşayı mucip olan mevzulardan biridir. Bu hususta yaşanan devrin, ahlâkî, sosyal ve iktisadî kültür münasebetlerinin büyük tesirleri görölmektedir. Bu tesirler altında tazminat hukukunun inkişaf ve tekâmülü hukuk tarihinin en dikkate şayan ve tetkike değer kısımlarından birini teşkil eder.

İlk devirlerin hukukunda, hukuka aykırılık tek bir şekilde, ceza ile tazminat birlikte tezahür ediyordu. Bugün ise, bu ikisi tefrik edilmektedir. Âmme hukukundan gelen cezanın fonksiyonları arasında, cemiyetin müdafaası, kefaret, ibret gibi düşünceler bulunduğu halde, tazminat bir kimsenin diğerine iras ettiği zararları telâfi etmesi gayesini takip etmektedir.

Beşeriyetin ilk devirlerinde ceza ile tazminat yekdiğerine karıştırıldığı gibi, kusurlu ve kusursuz fiiller arasında da bir mukayese ve tefrik yapıldığına tesadüf olunmamakta, kusur mefhumunun teşekkül ve inkişaf etmemiş olması dolayısıyla bir kusursuz mesuliyet hali müşahede edilmektedir. Bu çağlarda sadece zarar ve bunun telâfisi düşünülüyordu. Bu suretle hukukî mesuliyet ve tazminat hukukunun insanlığın hukukî hayatının en tabii meselelerinden olduğu, ve bunun ilk hukukî mefhumların teşekküle başlamasından itibaren daima mevcut olduğu görölmektedir. Bu kusursuz bir mesuliyettir, zira ancak, Roma hukukunda haksız fiil mesuliyeti kusur esasına istinat ettirilmeğe başlanmıştır. Böylece Roma hukukunun son devirlerinden 19 uncu asrın ikinci yarısına kadar kusur umumî bir mesuliyet prensibi olarak kabul edilmiş, ve gerek doktrinde ve gerek mevzuatta rakipsiz bir şekilde hâkim olmuştur.

19 uncu asırda yeni keşifler ve bunların tatbikile büyük sanayiın teşekkülü içtimai hayatta büyük değişiklikleri mucip oldu. Makine sanayii, büyük işletmelerin inkişafı, demiryolları, otomobiller ve daha sonraları uçakların keşfi ve süratle insanların hayatına karışması ile bunların karşısında tamamiyle âciz kalan fertler için mevcudiyetlerini tehdit eden büyük bir tehlike meydana gelmiş oluyordu. Bu teknik ilerleme durmuş olmaktan uzaktır. İkinci Dünya Harbi esnasında yapılan şayanı hayret keşifler, atomun parçalanabilmesi, füzeler, radar ve saire, ve bunların istihsal ve nakliyat işlerinde tatbikine çalışılması bu sahalarda büyük kolaylıklar ve sürat temin edeceği gibi, aynı zamanda insanlar için mevcut tehlike de büyük mikyasta yeniden artacaktır, ve artmaktadır. Bütün bu fennî terakkilerin insanların saadetini temin edip etmediği meselesi üzerinde 18 inci asırda yapılan münakaşa ve bu mevzuda bir müsabakaya iştirak eden J. Jacques Rousseau'nun bu terakkiyatı şüphe ve endişe ile karşılayan yazısı ve bedbin fikirleri bugün dahi ehemmiyet ve kıymetini muhafaza etmektedir.

Gecen asırda vukubulan bu teknik değişiklikler içtimai hayatta bazı meselelerin yeniden ortaya çıkmasına sebep oldu. Bunlardan birisi de bizim mevzuumuzu teşkil eden kusursuz mesuliyettir. 19 uncu asra gelinceye kadar hukuk nizamlarında kusur umumî bir mesuliyet prensibi olarak kabul edilmekte ve başkasının haksız fiili ile zarar gören kimsenin tazminat elde edebilmesi için failin kusurunu ispat etmesi lâzım gelmekte idi. Halbuki son zamanlarda teessüs eden büyük sanayi miktarları milyonları bulan bir işçi kütlesi meydana getirdiği gibi, modern nakil vasıtaları da gerek bunlarla seyahat edenler ve gerek yaya yürüyenlerden müteşekkil büyük bir kütle ile temas halindedir. Bu kütlelerin gerek iş kazaları, gerek nakil vasıtası kazaları dolayısıyla duçar oldukları zararların tazmininde kusur şartının aranmaması istendi. Bu bakımdan tazminat hukukunun esasen mevcut olan insanî gayesinin yanında sosyal bir gayesi de bulunduğu ileri sürülmüştür. Mesuliyet hukukunun insanî gayesi, insan fiil, ve teşebbüslerinin ihdas ettiği maddî ve mânevî zararların mümkün olduğu kadar tazmin edilmesinde tecelli eder. «Maddî ve mânevî zarar ve ıstırap duyanların tatmin edilmelerinin kökleri insanîyet düşüncesindedir» [1]. Tazminat hukukunun eskidenberi mevcut olan bu insanî gayesinin yanında, son zamanlarda sosyal düşünce ve sosyal bir cereyan yer almış bulunmaktadır.

İçtimai hayatın hemen her sahasında beliren sosyal cereyan hukukî mesuliyet mevzuunda, zayıf vaziyette bulunan kaza ve zarar kurbanları-

[1] K. Otfinger, Schweiz, Haftpflichtrecht, I. Band Vorwort, s. XXIII, Zürich 1940.

nın tazminat elde etmelerini temin ederek himaye edilmeleri şeklinde tezahür etmektedir. Bu himayenin tahakkuku için, en büyük güçlüğü doğuran kusur şartının bertaraf edilmesi talep edilmiştir. Bunun yanında hakkaniyet mülâhazası ile mecburî mesuliyet sigortası tazminat hukukundaki sosyal temayülün en son safhalarını teşkil etmektedir.

Bu suretle kusursuz bir mesuliyet sisteminin müdafaası zımında muhtelif şiddette fikirler ileri sürüldü, ve münakaşaya hemen bütün hukukçular iştirak ettiler. Bu müfrit ve mütedil değişiklik taraftarlarının karşısında ferdiyeci ve liberal zihniyete sadık hukukçular an'anevî prensip ismi verilen kusur prensibini ısrarla müdafaa etmekte devam etmişlerdir. Hukuk, içtimai hayatın tanzimi olduğundan ve bunun tesbiti içtimai münasebetlerden ayrılamıyacağından tazminat hukukunda sosyal düşünceye bütün ileri hukuk nizamlarında az veya çok yer vermek ihtiyaç ve mecburiyeti hasıl olmuştur. Böylece tazminat hukukunun geniş bir şekilde istinat ettiği kusur prensibinin yanında, kusursuz mesuliyet halleri, tehlike prensibi, hakkaniyet prensibi ehemmiyet kazanmışlardır.

Eugen Huber de buna İsviçre Medenî ve Borçlar Kanununda kısmen yer vermiştir. Kısmen diyoruz, çünkü bir kısım mesuliyet halleri İsviçre medenî hukukunun meriyete girmesinden evvel hususî kanunlarla tanzim edilmiş bulunuyordu. Bunlar İsviçre Borçlar Kanununun dışında bırakıldığı gibi, sonradan da hususî bazı esaslar ve kanunlar kabul edilmiştir.

İsviçre ve Almanyada, kusursuz mesuliyete müteallik hususları kanun koyucu hususî kanunlarla tespit ve tanzim ettiği halde, Fransada bu işi mahkeme içtihatları geniş bir şekilde başarmışlardır.

Türk hukukunda ise, Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda mevcut birkaç sebep mesuliyeti hali müstesna, bu hususta hemen hemen hiç bir hüküm mevcut değildir. İsviçredeki hukukî mesuliyete dair hususî mevzuat maalesef tarafımızdan iktibas edilmemiştir. Halbuki bunlar iktibas edilmiş olan Borçlar Kanununun zarurî birer mütemmimi mahiyetindedirler. Diğer taraftan kanunlar bir devrin inikâsı iseler büyük içtimai değişiklik devirlerine daha teksifi bir teşriî faaliyet uygun düşer. Cumhuriyet devrinde miktarı beş bini geçen kanunlar arasında mevzuumuza ait olanları nadirdir. İşçilerin mecburî sigortasına dair 4772 sayılı kanun da mühim bazı eksiklikleri ihtiva etmektedir. Bunun yanında motörlü nakil vasıtalarının ve tehlikeli işletmelerin mesuliyetine dair hususî kanun mevcut olmadığı gibi, mahkeme içtihatları da bugüne kadar böyle bir mesuliyeti ihdas edememiştir.

Hukukumuzda mevcut bu boşluklar yanında Borçlar Kanunumuzda mevcut bazı sebep mesuliyeti hâllerinin hiç tatbik edilemedikleri, diğerlerinin tatbikinde de esaslı noktalarda bazı tereddütlerin husule geldiği

görülmektedir. Modern bir kanunu veya müterakki bir hükmü kabul etmek kâfi değildir, aynı zamanda onun tatbik kabiliyetini haiz olması ve fiilen tatbik edilmesi lâzımdır. Voltaire'in dediği gibi: «kanunun fena kullanılmasını bizzat kanun olarak almamak lâzımdır» [2].

Şu hâlde memleketimiz için zarurî olan sadece modern mesuliyet hükümlerinin kabulü değildir, aynı zamanda bunların tatbik edilebilmeleri çarelerini bulmak lâzımdır. Bu ise geniş ölçüde milleti teşkil eden fertlerin fikrî seviyesine ve içtimâî terbiyesine bağlıdır. Prof. Oftinger'in dediği gibi [3]: «bu yalnız kanun koyma ve idarî tekniğe ait bir vazife veya hâkimin bir mükellefiyeti değildir, bilâkis umumî pedagojik bir meseledir: insana ahlâkın esas kaidesini, hemcinsleri önünde dikkat etmeyi derin bir şekilde öğretmek». Bunun yanında vazedilecek yeni mesuliyet esaslarına zarar görenlerin vâkıf olmaları icap eder. Bilhassa Anadoludaki köylünün fikrî seviyesi nazarı itibara alınır, kaza vukuunda idarî bir makamın zarar kurbanlarını tenvir ile vazifelendirilmeleri düşünülebilir.

Bu gibi mülâhazalar, tezimiz için, bizi umumî bir mevzu seçmeğe sevketti. Biz bu çalışmamız için Borçlar Kanununda veya Medenî Kanunda mevcut münferit mesuliyet hâllerinden birini alabilir, ve bunu en ince teferruatına kadar tetkik edebiliriz ve bu belki daha da kolay olurdu. Fakat gerek Türk hukukunda, ve gerek yabancı hukuklarda hukukî mesuliyet ve kusursuz mesuliyet meselesini tetkik ettikten sonra bu mevzuda umumî bir inceleme yapmayı daha muvafık bulduk. Çünkü bir defa Medenî ve Borçlar Kanunumuzda esasen sayısı mahdut olan sebep mesuliyeti hâllerini kusur ve kusurun aranmaması bakımından sistematize ederek bir kıymet hükmü vermek lâzımdır. Zira bu hükümlerin tatbikinde bazı esaslı noktalarda tereddütler müşahede edilmektedir.

Diğer taraftan Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu dışında İsviçre hukukunda (ve keza Alman hukukunda), sosyal ve iktisadî zaruretlerin icabı olarak, zayıfların korunması düşüncesile vazedilmiş olan, hususî mesuliyet kanunlarından ve esaslarından, hukuk hayatımızda mevcudiyetlerine ihtiyaç hissedilenleri tespit etmek lâzımdır. Bu hususta bizim için iki yol mevcuttur: Ya İsviçre, Almanya ve diğer bazı yerlerde olduğu gibi hususî kanunlarla vaziyeti sarîh ve vâzıh bir şekilde tanzim etmek veya Fransız hukukunda olduğu gibi meselenin hallini mahkeme içtihatlarına bırakmak. Biz birincisini tercihe şayan bulmaktayız. Bunların dışında bir üçüncü ihtimal daha vardır ki, o da mevcut vaziyeti devam ettirmektir. Kanaatımızca en kötüsü de budur. Zira tekâmül ve ilerleme ha-

[2] «Il ne faut pas prendre l'abus d'une loi pour la loi elle-même».

[3] A.g.e., Vorwort, s. XXIII.

linde olan içtimai hayatın yarattığı zaruret ve ihtiyaçlar kanunların dar ve sabit çevresini daima aşacağından bunu ya yeni kanunlar yolu ile ve yahut da içtihatlar vasıtasile zamanın icaplarına uydurmak lâzımdır. Bir Fransız darbimeselinin dediği gibi: «hatalı, yanlış bir neticeye vasıl olmak için sayısız yollar vardır, fakat hakikate varmak için ancak bir tek yol vardır».

Bu sebeplerle kusursuz mesuliyet meselesini, bunu meydana getiren sebepleri, ileri sürülen muhtelif fikirleri, modern hukuk ilminde ve mevzuatında elde ettiği mevki belirterek, Türk hukukundaki kusursuz mesuliyet hallerine bir nazar atfetmek, mevcut olmıyanları tespit ederek kabul ve tanzim edilmesi icap edenleri tebarüz ettirmek, ve bunların tatbik kabiliyetlerini temin edecek tedbirleri aramayı, Türk hukuku için münferit bir kusursuz mesuliyet halini tetkik etmekten daha lüzumlu addettik. Fikrimizce ancak böyle umumî bir «exposé» yapıldıktan sonradır ki münferit meselelerin tetkiki daha muvafık olur.

BİRİNCİ KISIM: HUKUKİ MESULİYET SİSTEMİ VE KUSURSUZ MESULİYETİN DOKTRİN BAKIMINDAN TETKİKİ

§ 2. Hukukî mesuliyet ve kusur prensibi:

I. Hukukî mesuliyet mefhumu:

1 — Hukukî mesuliyet (responsabilité civile) ile bir kimsenin diğer bir şahsın zararını tazmin mecburiyetinde olması anlaşılır [1]. Tazminat vecibesi hukukî mesuliyetin müeyyide ve neticesidir.

Cemiyet içinde insan serbesttir. Onun muayyen hakları, hududu diğer fertlerin serbestisile mukayyet bir hürriyeti, bir şahsiyeti vardır. Müteaddit fertlerin hürriyetlerini, haklarını telif etmek hususundaki menfaatler ihtilâfından mesuliyet meselesi ortaya çıkar. Hukukî mesuliyet beşerî hürriyetin hem genişlemesi, hem de müeyyidesidir. Ferdî hürriyet karşısında beşerî menfaatların sentezi ne şekilde alınmalı, ve mesuliyet hangi hallerde teessüs etmelidir? Zararın tevzii düşüncesinin kıymetlendirilmesi sebebiyet verilen zararların telâfisinde tecelli eder. Burada içtimai hayat ihtiyaçlarına uygun olarak mesuliyet için bazan failin muahazeyi mucip bir fiili aranır (kusur mesuliyeti), bazan bu hafif olarak alınır, ve karine olarak kabul edilir (kusur karinesi), bazan da hiç nazarı itibara alınmaz (kusursuz mesuliyet).

[1] Bk. Collin-Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, Nr. 175. H. et L. Mazeaud, traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. I, Nr. 4. (Paris 1934).

Bu suretle bugünkü mânasında hukukî mesuliyeti hem kusur prensibini, hem de kusursuz tazmin borcunu içine alacak bir şekilde tarif etmek lâzımdır. Bunun neticesi olarak da hukukî mesuliyet ve tazminat hukuku objektif olarak mütalâa edilmekte ve kayıpların tevzii meselesi addedilmektedir. Bu neviden bir düşünceye daha 1868 de Alman müellifi Binding'in «Normen» isimli eserinde tesadüf edilmektedir [2]; «hukukî mesuliyet yabancı bir mamelek zararını kimin tazminle mükellef olduğunun tayininde değil, bilâkis daha ziyade husule gelen mamelek zararlarını kimin kat'î olarak tahammül etmekle mükellef olduğunu tespit etmekte tecelli eder. Böylece tazmin vecibesi, ve bir kimsenin maruz kaldığı zararı bizzat yüklenmesi muhteva bakımından aynıdır». Fransız hukukçularından François Gény ve René Savatier de hukukî mesuliyeti aynı şekilde mütalâa etmektedirler. F. Gény hukukî mesuliyetle «esas itibarile bir şahsın hangi hallerde ve hangi şartlar altında bir diğerinin gerek şahsında, gerek mamelekini teşkil eden mallar üzerinde uğradığı zararının, aynen veya nakden, tamamen veya kısmen tazminle mükellef olması lâzım geldiği anlaşılır» demektedir [3], ve «hukukî mesuliyet bizce zımnen anlaşılabilir ve hakikat halde kendiliğinden çıkan aslî bir prensip üzerinde bir denemeden başka bir şey değildir. Ben bunu «hasarların tevfi» (l'attribution des risques) prensibi olarak isimlendireceğim. Hasar ve mesuliyet hayatın zarurî ve umumî bir fikrinin, hususî menfaatleri ihlâl eden zararların tevzii fikrinin karşılıklı tamamlayıcı iki cephesini arzederler» diyerek [4] mesuliyeti hasar ve zararların taksim ve tevzii mahiyetinde addetmektedir. Keza Savatier'ye göre de hukukî mesuliyet «riyaset edilen faaliyetin neticelerini üzerine almak mecburiyetinde tecelli eder» [5]. Bütün bu tariflerde mesuliyet unsuru olarak yalnız zarar ve illiyet rabitası zikredilmektedir. Bu neviden bir düşünceyi Fouillée daha kısa olarak şöyle ifade etmişti: «mesuliyet fiillerin şahsa izafesidir» (l'attribution des actes au Moi) [6].

Bunun karşısında hukukî mesuliyete daha dar bir mâna veren ve onu

[2] Cilt: I, s. M. Graf'ın «das zivilrechtliche Verschulden der Automobilisten-Zürich - 1945» adlı eserinden naklen, s. 18 - Not: 7.

[3] Fr. Gény, risques et responsabilité, revue trimestrielle de droit civil, t. I, (1902), p. 816.

[4] Fr. Gény, a.g.e., p. 817.

[5] R. Savatier, règles générales de la resp. civile, rev. critique de légis. et de juris., t. 54 (1934), s. 445 ve Du droit civil au droit public (Paris 1945), p. 82.

[6] J. Rutsaert, Le fondement de la resp. extra-contractuelle, Thèse, Paris - Bruxelles, 1930, p. 7.

yalnız kusur mesuliyeti hallerine hasreden müellifler de eksik değildir [7]. Kanaatımca bu hususta gerek kusur gerek kusursuz mesuliyet hallerini içine alan geniş bir tarifi tercih etmek lâzımdır. Zira bugün umumî bir kaide olarak mevcut olan kusur esasının yanında, her hukuk nizamında az veya çok kusursuz mesuliyet vakıaları vardır, bunlar istisnaî mahiyeti haiz olmakla beraber bugün birer gerçektirler, ve müstakbel hukukta da daha geniş bir mevki elde etmeğe namzet bulunmaktadırlar. Bu hususta dar bir tarif vazetmekle, müspet hukukun bazı hükümleri, meselâ tatbikat bakımından büyük bir ehemmiyeti haiz olan B.K. 58, hükmü hukukî mesuliyet mefhumunun dışında bırakılmış olur. Bu gerek müspet hukuk bakımından, ve gerek doktrin bakımından tasvip edilemez.

Mesuliyet teriminin tazminatla mükellef olma mânasını haiz olduğu neticesine varmış bulunuyoruz. Bu bakımdan da mesuliyet farklı mefhumları ihtiva ve ifade etmektedir.

İlk olarak mesuliyetle isnat mefhumu yani herhangi bir hususun bir şahsa isnat edilip edilemeyeceği anlaşılır [8]. Umumiyetle herkes haksız fiilinden, borcun ifa edilmemesinden, veya geç veya fena ifa edilmesinden «dolayı» mesuldür. Buna Alman doktrininde «için mesuliyet veya dolayı mesuliyet» (Haftung für) denmektedir.

İkinci olarak mesuliyetle bir kimsenin borcu mamelekile karşılaşması tekeffül etmesi anlaşılır. Burada borçlu alacaklıya karşı mamelekile mesuldür, ve eğer borcunu ifa etmezse alacaklı alacağını borçlunun mamelekinden istifa eder. Buna da «ile mesuliyet» (Haftung mit) denmektedir [9].

Her iki mânada mesuliyetin birleştikleri nokta, bunların «mevcut bir mükellefiyetin ifa edilmemesinden doğan muahhar ve tâli bir netice teşkil etmeleridir» [10].

2 — Tazminat mükellefiyetinin husule gelmesi hallerini üç grup halinde mütalâa edebiliriz: [11].

a) Bir kimsenin zararını tazmin etmeği önceden vadeden kimseyi hukuk nizamı bununla mükellef kılar. Burada zararın vukubulmıyacağına

[7] Bk: K. Birsen, Borçlar Hukuku Dersleri, cilt I, bası II, 1944, s. 181.

[8] E. Hirs, Ticaret Hukuku Dersleri, 2 nci bası, İst. 1946, s. 190.

[9] A. B. Schwarz, Borçlar hukukunun umumi nazariyeleri (terc. H. Veldet), İst. 1935, s. 46-47.

[10] A. B. Schwarz, a.g.e., s. 47.

[11] H. Titze, Unerlaubte Handlungen, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, VI. Band, Berlin 1938, s. 677.

dair bir borç mukavelesi vardır. Herhangi bir şekilde zarar tahakkuk edecek olursa borçlu bunu tazmin etmeği taahhüt etmektedir. Zarar sigortası ve garanti mukavelesi buraya girer.

b) Borç münasebetinin mevzuu bir tazminat borcu husule getirebilir. Burada borçlu borcunu hiç yerine getirmemek veya noksan yerine getirmek dolayısıyla tazminatla mükellef olur. Burada bahis mevzuu olan borç münasebetinin ihlâlidir. Bunun içine ifa etmeme (ademi ifa), geç ifa (temerrüt), ve fena ifa (kanunun terimile akdin lâıyıkı veçhile ifa edilmemesi - BK. 96) girer. Alman doktrininde bu son hale «akdin müspet ihlâli» (positive Vertragsverletzung) denmektedir.

c) Tazminat borcu doğuran üçüncü kategori, önceden mevcut bir borç münasebetine istinat etmeyip, doğrudan doğruya kanunî bir tanzime dayanır. Bu haksız fiiller hukukudur. Buna hukuk literatüründe «akit dışı mesuliyet» (resp. extra-contractuelle, ausser-kontraktliche Haftung), veya Roma hukukundaki Aquilia kanununa izafeten «resp. aquilienne» dahi denmektedir [12].

Akit dışı tazminat vecibesinin hangi halde tayin edileceği meselesi üzerinde hukuk ilminin en güç ve en münakaşalı meselelerinden biri or-

[12] Türkçe terminoloji bakımından vaziyet karışıktır. Prof. E. Arsebük, Borçlar Hukuku kitabında (2 nci bası - İst. 1943 - cilt I, s. 566) haksız fiil yerine «haksız muamele» terimini kullanmaktadır. Sayın Profesöre göre «fiil» (action) karşılığıdır, ve «acte illicite» mukabilli olarak «haksız muamele» demek icap eder. Biz bu kanaata ve değişikliğe iştirak etmiyoruz. Çünkü: 1 - Fransızca terimler alınarak yapılmak istenen bu tahavvül almanca tâbirler alındığı takdirde suya düşmektedir. Zira almanca terminolojide «hukukî muamele - Rechtsgeschäft» ve «haksız fiiller - unerlaubte Handlungen» kelimeleri türkçe karşılıklarına uygundur. Her ne kadar Borçlar Kanunumuzun I inci babının 2 nci faslının (madde 41-60) başlığı «haksız muamelelerden doğan borçlar» şeklinde ise de, biz hukuk dilimizde yerleşmiş bulunan ve mefhumu da en iyi ifade eden «haksız fiil» teriminin muhafaza edilmesine taraftarız. 2 - Diğer taraftan gerek ilimde, gerek tatbıkatta senelerdenberi yerleşmiş tâbirleri büyük bir zaruret olmadıkça değiştirmemek lâzımdır. Aksi takdirde hukuk lisanında hakikî bir anarşiye sebebiyet verilmiş olur. Herkes aklına geleni, ve kendisine en munis olan kelimeleri kullanacak olursa, her mefhumun ifadesi için müteaddit terimler ortaya çıkacaktır ki, bunun neticeleri gayet vahimdir. Nitekim bazı muharrirler de aynı haksız fiiller mefhumu için «haksız eylem» demektedirler (bk. meselâ, Zahir Çandarlı, haksız eylem ve bundan ötürü tazminatın azaltılması, Adalet Derg. 1946, s. 209 ve müt.; Prof. H. A. Göktürk ise «yasak fiil» tâbirinin tercihe şayan olduğunu söylemektedir (Borçlar Hukuku - Umumi Hükümler, Ankara 1947, s. 192, not: 1).

taya çıkmaktadır. Kusur prensibi ile sebebiyet prensibi arasındaki ihtilâf mevzuata da tesir etmekten hâli kalmamıştır.

Kusur prensibi tazminat borçlusunun kusurlu bir durumunu mesuliyet sebep ve şartı olarak aldığı halde, sebep prensibi sadece zarar verici fiili ve illiyet rabitasını almakta ve bunların mevcudiyetini tazminat mükellefiyetinin teessüsü için kâfi görmektedir. Bu son halde mesuliyetin vücuda gelmesi için kusurun varlığı zarurî değildir. Şu halde kusur ve sebep mesuliyetleri arasındaki esaslı fark, mesuliyetin unsurları bakımından birincisinde kusurun bulunması şart olduğu halde, ikincisinde böyle bir unsurun varlığının zarurî bulunmamasında tecelli etmektedir.

II. Hukukî mesuliyetin unsurları:

Borçlar Kanunumuzun 41 inci maddesi tazminat hukukuna dair umumî bir kaideyi ihtiva etmektedir. Kusur prensibinin bir ifadesi olan bu maddenin birinci fıkrasına göre, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiilile başkasına zarar iras eden herkes bu zararı tazminle mükellef kılınır.

Bu hükümü tahlil edersek, bir kimsenin buna müsteniden tazminat talep edebilmesi için aşağıdaki 4 şartın mevcudiyetini ispat etmesi icap eder. Bunlar zarar, fiil ile zarar arasında illiyet rabitasının mevcudiyeti, fiilin hukuka aykırılığı, ve kusurdur. İlk üç unsurun mevcudiyeti kusursuz mesuliyet hallerinde de arandığı halde, sonuncusu yani kusur, sadece kusur mesuliyetine has bir mesuliyet unsurudur.

1. Zarar:

Bir kimsenin tazminatla mükellef kılınabilmesi için ilk olarak başkasına zarar veren bir fiilin mevcudiyeti lâzımdır. Zarar umumiyetle bir fiilin yapılmasından husule gelebileceği gibi, ihmali bir fiilden, bir yapmamadan da (Unterlassung) meydana gelebilir.

Zarar mamelekte bir azalmadır, bu şahsa veya eşyaya müteallik olabilir, maddî veya mânevî olabilir. Burada mamelekle «bir şahsın üzerinde hak sahibi olabileceği varlıkları» kastediyoruz [13]. Buna eşya üzerindeki aynı haklar ve alacak hakları dahil olduğu gibi, insanın vücudu, hayatı, şahsiyeti üzerindeki hakları da girer. Bu hususta muhterem hocamız Prof. H. Veldet'in vermiş oldukları tarif daha ihatalı bir mahiyet arz etmektedir. Sayın profesöre göre «zarar maddî ve mânevî varlığımızın bugünkü hali ile zarar verici fiilin vukuundan önceki hal arasındaki farktır» [14].

[13] K. Otfinger, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. I, s. 27.

[14] H. Veldet, Umumi bakımdan zarar ve tazminat, Prof. Ebül'ülâ Mardin'e Armağan, İst. 1943, s. 743.

Tazminat ise mutazarrırdan başka bir şahıs tarafından zarar verici hâdiseden önceki iktisadî vaziyetin kıymet bakımından tamamen veya kısmen iadesidir. Bu suretle tazminat zarardan önceki halin iadesine matuf bulunmaktadır. Mesuliyet ve tazminat hukukunun gayesi bakımından zararların telâfisi kadar bunların önlenmesi de ehemmiyeti haizdir. Cezaî mevzuatta olduğu gibi medenî hukuk mevzuatında da önleyici gaye, içtimai servetlerin kaybını tevhit eden zararlı fiillere, ve bunların çoğalmasına mâni olmaktadır. Her kaza ve zarar cemiyet bakımından, servet ve kuvvetlerin, yerine bir şey konmaksızın, kaybını intaç eder. Tazminat hukukunun gayesi bunların meydana gelmesini mümkün olduğu kadar önlemek, bir kere de meydana gelince bunu en müsait vaziyette olana en az külfetli bir şekilde yüklemek ve tazmin ettirmektir [15]

Şu halde tazminat talebinin kabulü için ilk şart zararlı bir neticenin meydana gelmiş olmasıdır. Bu, Yargıtay kararları tarafından da teyit edilmiştir (4 üncü Hukuk Dairesinin 25.I.38 tarih ve 32-182 sayılı kararı, Adliye Ceridesi 1939, s. 297, Sungur - Borçlar Kanunu ve tatbikatı. I, s. III, Nr. 63, M. R. Belgesay, Borçlar Kanunu Şerhi, s. 63-64; Gene 4 üncü Hukuk D. 27.3.937 tarih ve 518-724 sayılı kararı, Sungur, s. 107, Nr. 54).

Borçlar Kanunumuza göre zararın ispatı davacıya aittir (mad. 42). Türk Yargıtayının içtihatlarına göre fazla olarak, zararın kanunî delillerle ispatı (Temyiz Ticaret D. 24.2.936 tarih, ve 3322-473 sayılı kararı, Sungur, s. 107, Nr. 5) istenmektedir. Son bir Yargıtay kararında ise maddî zararın bilirkşi (ehlivukuf) tarafından takdir edilmesi lâzım geldiği sebebiyle asliye mahkemesinin kararı bozulmuştur [16]. Davaya esas teşkil eden hâdise, bir anonim şirkete ait bir kamyon şoförünün birini çiğneyerek ölümüne sebebiyet vermesidir. Kararda mucip sebep zikredilmiş olduğundan bu hususta fazla bir şey söyleyemeyeceğiz. Ancak şu noktaya işaret etmek isteriz: Borçlar Kanunumuza göre zarar ve tazminatın tayini hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim lüzum görürse, zararın takdiri için ehlivukufun mütalâasını alabilir. Fakat bununla mükellef değildir. Yargıtay içtihatları ise buna muhalif bir kanaata meyletmektedirler, ve bu hususta müteaddit kararları mevcuttur [17].

[15] Muhsin Rahnama, la resp. civile pour les dommages causés par les animaux en droit français et en droit anglais, Thèse, Genève 1940, p. 37.

[16] Yargıtay 3 üncü Hukuk D. 7-5-946 tarihli ve Es. 1399 - Ka. 2024 sayılı kararı, Ist. Baro Derg. 1946, s. 316.

[17] Meselâ, 4 üncü Hukuk Dairesinin 8-2-944 tarihli ve Es. 638 sayılı kararı, son içtihatlar, 1944 - fasıkül 3, s. 98.

2. Uygun illiyet rabitası:

Tazminat talebinin ikinci unsuru fiil ile zarar arasında uygun illiyet rabitasıdır. Fail zarar verici vakiya sebebiyet vermiş olmak itibarile tazminatla mükellef kılınır. Bu suretle illiyet rabitası objektif isnat kabiliyetini teşkil eder [18]. Illiyet fiille neticeyi yekdiğerine bağlayan bir sebep, bir rabitadır. Ve fail ancak haksız fiilinin neticesi olarak meydana gelen zararlardan mesul tutulur. Hukukî bakımdan ehemmiyeti haiz olan illiyet tabiat kanunlarındaki veya mantıktaki illiyetten farklıdır. Bu sonucusu gayet geniş ve huğutsuz bir mahiyet taşımaktadır, ve bu bir federal mahkeme kararında tebarüz ettirildiği gibi, daha ziyade fiili bir vakia (question de fait) dir. Halbuki hukukî bakımdan ehemmiyeti haiz olan illiyet uygun illiyettir, diğer bir ifade ile illiyet rabitasının uygun (adéquate) olması hukukî bir meseledir [19].

Frayburglu physiologist Von Kries tarafından, «über den Begriff der objektiven Möglichkeit» isimli yazısında tesis edilen (Vierteljahresschrift für wissenschaftlicher Philosophie, B. 12 s. 179 ff.) uygun illiyet esasını şu şekilde izah edebiliriz: zararı meydana getiren vakia, sebep, umumî tecrübeye göre bizatihi böyle bir netice doğurmağa müstait görünüyorsa, mesuliyet tesis edici mahiyeti haizdir. Böyle bir sebebin bulunması halinde, illiyet rabitası uygun olarak tavsif olunur [20]. Bunun aksine olarak zarar istisnai mahiyette ve hayat tecrübesinin dışında âmillerin içtimai neticesinde husule gelirse, uygun illiyet ve bunu takiben mesuliyet meydana gelmez [21].

[18] Bk. R. Honig, Illiyet nazariyesine dair (terc. Y. Abadan), İst. Hukuk Fak. Mec. 1936, s. 181.

[19] Journal de tribunaux 1941 p. 143 (türkçesi: Adliye dergisi 1944, s. 714).

[20] Türk hukuku için yeni olan ve İsviçre medenî kanununun ıktibasile tezhür eden bu mefhum hakkında, dilimizde yerleşmiş bir terim mevcut değildir. Ekersi müellif ve hukukçular bu hususta «tam illiyet» tabirini benimsemiş görünmektedirler. Bu, «causalité adéquate veya adäquate Verursachung» un tercümesi mahiyetindedir. Bunun yanında Prof. Y. Abadan ve Prof. H. Veldet «uygun illiyet» terimini kullanmışlardır (R. Honig'in mezkûr yazısı, ve H. Veldet'in Funk'un borclar kanunu şerhi tercümesi s. 71). Kanaatımızca, uygun illiyet terimi, mefhumu daha iyi ifade etmesi bakımından tercihe şayandır.

[21] Bk. K. Otfinger, a. g. e., I. s. 44; von Tuhr, partie générale du C. O., p. 82; Becker, Kommentar zum Obligationenrecht, I, 2. Auflage, s. 208; S. Gönensay, Borclar hukuku, İst. 1943, s. 178; Arsebük, Borclar hukuku, 1, s. 175; Tahir Çağa, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ansprüchen nach deutschen und schweiz. Recht unter Berücksichtigung des gemelnen Rechts, Dissertation, Zürich 1939, s. 116.

Uygun illiyet nazariyesi mesuliyetin makul ve hakkaniyete uygun bir tahdidi gayesi takip eder. Filhakika buna muhalif telâkkilerden birini teşkil eden şart (Bedingung-oder Aquivalenztheorie) nazariyesine göre, neticeye tesir eden bütün şartlar aynı ve müsavi kıymette addedilmektedir. Bu, mantıki bakımdan doğrudur. Eğer o zarar verici vakıa olmasaydı diğer neticeler de husule gelmiyecekti. Bu teori kabul edildiği takdirde, basit bir sebepten birbirini takip eden birçok neticeler çıkarmak kabildir. Faili bütün bu neticelerden mesul etmekle hakkaniyete aykırı, ve aynı zamanda tatbiki müşkül bir durum meydana gelecektir. Von Kries'in ileri sürmüş olduğu uygun illiyet nazariyesi, bu mahzurları bertaraf ederek mesuliyeti tahdit etmektedir. Alman hukuk doktrini tarafından tamamen kabul edilmiş olan [22] uygun illiyet BGB. nin metnine aykırı olmakla beraber, Alman temyiz mahkemesi içtihatları tarafından da kabul edilmiştir. Bu esas diğer bir çok Avrupa hukukları, ezcümle Avusturya, Macaristan, İskandinav devletleri, Polonya borçlar kanunu, ve bilhassa İsviçre Federal Mahkeme içtihatları tarafından alınmıştır [23]. Türk Yargıtay içtihatları bu hususta pek sarîh değildir, fakat aynı esasın kabul edilmesi için hiç bir mâni yoktur, bilâkis bu hususta bazı faydalar melhuzdur. Uygun illiyet muayyen bir fiilin zararın sebebi olarak isnat edilip edilmemesine, ve edildiği takdirde zararın isnadı kabil ölçüsünün, büyük bir zahmet yapılmaksızın, umumî tecrübeye göre tespitini temin eder. Şüpheli hâllerde, bir Federal Mahkeme kararında söylendiği gibi [24] hâkim zararı meydana getiren âmillerin heyeti mecmuasını nazarı itibara alarak, serbest olarak illiyet rabıtasının uygunluğunu takdir eder. Esasen, İsviçre - Türk tazminat hukuku sistemlerinde, hâkime geniş bir takdir salâhiyeti verilmiştir. İlliyet rabıtasının tayininde dahi tezahür edebilen bu serbesti mahzurlu olmaktan ziyade faydalıdır, zira münferit hallerde daha âdil bir kararın alınmasını temin eder. Gene aynı Federal mahkeme kararında, hâkimin illiyet rabıtasının uygun olduğuna karar vermiş olmasına rağmen, eğer zararı tevlit eden sebepler arasında tesadüfi bir

[22] Bastâ Rümelin (die Verwertung der Kausalbegriffe im Straf-und Zivilrecht, Arch. ziv. Praxis, B. 90-1900 - s. 171), ve Thon (der Begriff der Verursachung, Jena 1894) olmak üzere Alman müellifleri bu kanaattadır.

[23] Mukayeseli hukuka ait mufassal malûmat, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch cilt: 6, Schadenersatz kelimesinin izahında mevcuttur. İngiliz ve Fransız hukukları uygun illiyet esasını benimsememişlerdir (bk. F. Honig, die Rechtsprechung der englischen Obergerichte während des krieges, Schweiz. Juristen Zeitung 1946, s. 229).

[24] Journal des tribunaux 1941 p. 143, türkçesi: Adliye dergisi 1944, s. 714.

unsur varsa, ve bundan dolayı faili zararın tam bir tazminine mahkûm etmek hakkaniyete aykırı düşecekse, hâkimin tazminatı tenkis edebileceği söylenmektedir. İsviçre hukukunun en ileri ve müterakki hususiyetlerinden birini teşkil eden hakkaniyet, ve hâkimin takdir serbestisi esasları, uygun illiyetle de ahenktar bulunmaktadır. Netekim esas itibarile mesuliyetin tahdidi gayesi güden uygun illiyet nazariyesi, işçilerin maruz kaldıkları iş kazaları dolayısıyla, gayet geniş olarak alınmakta ve şart nazariyesine yaklaşılmaktadır [25].

Türk içtihatlarında, vaziyetin sarîh olmamakla beraber, uygun illiyete mütamayıl bir cereyan sezmenin kabil olduğuna işaret etmiştik. Filhakkâ Yargıtay 4 üncü hukuk dairesinin 17/7/1942 tarihli ve Es. 1890 - Ka. 2049 sayılı kararda, tramvay kazasında malûliyete düşer olmayan, fakat ağır surette yaralanan annesini bu halde görmekten müteessir olarak asabî ve ruhî buhran ve hastalığa müptelâ olan davacının tazminat talebi, tramvay kazasile zarar yani ruhî buhran arasında «doğrudan doğruya illiyet rabitasının» bulunmaması sebebiyle kabule şayan görülmemiştir. Bu kararda ifade edilen «doğrudan doğruya illiyet rabitası» terimile, uygun illiyet rabitasının mevcudiyetini istihraç edebiliriz. Yargıtay bunu sarîh olarak ifade etseydi çok iyi olurdu. Bu mevzuda diğeri bir yargıtay kararı da, 4 üncü hukuk dairesinin 9/1/1943 tarihli, ve Es. 696 - Ka. 55 sayılı kararıdır [26].

3. Hukuka aykırılık:

Diğeri bir unsur, zarar iras eden fiilin hukuka aykırı olmasıdır. B. K. madde 41 in «haksız bir surette» şeklinde ifade ettiği hukuka aykırılık (Widerrechtlichkeit oder Rechtswidrigkeit oder Unrecht, l'illécité), hukuk nizamının bir hükmünün ihlâli olarak tarif edilebilir [27]. Her kim

[25] Bu husustaki Federal Mahkeme içtihatları hakkında bk., R. Guex, la relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles, thèse 1904, Lausanne, p. 78; Becker, Kommentar zum O. R., s. 210. Son Alman hukuk reformunda uygun illiyet rabitasının bulunmaması, fakat tabii illiyetin mevcudiyeti halinde, hakkaniyet iktiza ederse, failin tazminle mükellef kılınması istenmiştir (bk. R. Reinhardt, die Billigkeitshaftung im künftigen Schadenersatzrecht, Nipperdey'in «Grundfragen über Reform des Schadenersatzrechtes» isimli kitabındaki etüdü, Berlin und München 1940, s. 83-84; ve bu eserimizin hakkaniyet mesuliyetine ait paragrafı).

[26] Her iki karar için bk., C. A. Gücün, Nazari ve ameli hukuk davaları - Menkul mallar ve borçlar, İst. 1944, s. 266.

[27] Von Tuhr, a.g.e., p. 326; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band, allgemeiner Teil, § 195, I.

hukuk nizamı tarafından tesis edilen bir vecibe durumuna aykırı hareket ederse, hukuka aykırı bir fiil işlemiş olur. Bununla mutazarrırların himayesi gayesi güdülür. Bu himaye bilhassa medenî hukukun, iktisat ve ticaret hukukunun, ceza hukukunun, idarî nizamların menettiği vakıalara taallük eder.

Hukuka aykırılığı kusurdan tefrik etmek lâzımdır. Kusur sübjektif bir unsurdur. Hukuka aykırı hareket eden failde sübjektif bakımdan muahzezeyi mucip bir cihet bulunabilir. Bu takdirde hukuk aykırılık ve kusur birlikte mevcuttur. Fakat bunun yanında, kusursuz hukuka aykırılık da olabilir. Fransız müellifleri, hukuka aykırılığı kusur mefhumunun içinde, bunun bir unsuru olarak mütalâa etmektedirler. Meselâ Planiol ve Savatier kusur mefhumunu iki unsurdan mürekkep addetmektedirler [28]:

- a) objektif unsur: önceden mevcut bir vecibenin ihlâli,
- b) sübjektif unsur: başkasına zarar verdiğini bilmek veya bunu bilecek vaziyette olmak.

Böylece, Fransız hukukunda, hukuka aykırılık ve kusur birlikte, tek bir unsur olarak alınmakta, daha doğrusu, hukuka aykırılık kusurun mevcudiyeti için zarurî olan objektif bir unsur telâkki olunmaktadır. Bu tarz bir düşüncenin sebebi, kanaatimizce, Fransız medenî kanununun akit dışı hukukî mesuliyete dair umumî kaidesinde (art. 1382), kusurdan bahsölunduğu halde hukuka aykırılıktan bahsedilmemesidir. Haksız fiillerin unsuru olarak, hukuka aykırılık oldukça yeni bir mefhum olup daha ziyade Alman hukukunun bir eseridir. Oradan İsviçre - Türk borçlar hukukuna geçmiştir. 1804 tarihli olan Fransız medenî kanunu ise bundan uzak kalmıştır. Bunun bazı İsviçreli müellifler üzerinde tesir ettiği görölmektedir. Meselâ Oser, hukuka aykırılığı kusurun objektif cephesi, ve kusuru da hukuka aykırılığın sübjektif cephesi olarak tavsif etmektedir [29]. Keza A. Richard hukuka aykırılığın kusurdan ayrı bir unsur olarak alınmasının aleyhinde bulunmaktadır [30].

[28] M. Planiol, *traité élémentaire de droit civil*, t. II, Nr. 863; Planiol-Ripert-Esmelin, *traité pratique de droit civil*, T. VI, No. 424; Savatier, *regles générales sur la resp. civile*, *revue critique*, t. 54 (1934), p. 409 et sv.; id., *traité de resp. civile*, Paris 1939, t. I, Nr. 5; id., *du droit civil au droit public*, Paris 1945, p. 92. Keza, Eugene Gaudemet, *théorie générale des obligations*, Paris 1937, p. 309.

[29] Oser-Schönenberger, *Kommentar zum O. R.*, 2. Auflage, Art. 41 Nr. 54. Prof. K. Oettinger, Oser'in bu ifadesinin vâzih olmadığına işaret etmektedir (a.g.e., I, s. 99).

[30] A. Richard, *Remarques sur les mots d'une manière illicite de l'art. 41 du*

Biz bu kanaata iştirak etmiyoruz. Esasen B. K. madde 41 bu hususta sarihtir. Buradaki «haksız bir surette» şeklindeki ifade hukuka aykırılık unsurunun kusurdan müstakil olduğunu göstermektedir. Gerçekten hukuka aykırılık ve kusur mefhumları yekdiğerinden tefrik edilmelidir. Bunların arasındaki fark pratik bakımdan temyiz kudretini haiz olmayan şahısların fiillerinde tebarüz eder. Bunlar için kusur bahis mevzuu değildir, fakat gayri mümeyyizler hukuka aykırı hareket edebilirler, haksız fiil işleyebilirler, ve kusurları bulunmamasına rağmen hakkaniyet iktiza ederse, B. K. 54 mucibince tazminatla mükellef kılınabilirler.

Borçlar kanunumuzun 41 inci maddesinin «haksız bir surette» şeklindeki ifadesinden diğeri bir netice daha çıkarabiliriz. Bu da tazminat hukuku sistemimizde objektif hukuka aykırılık esasının cari olmak lâzım geldiğidir. Umumiyetle doktrinde hâkim olan bu objektif telâkkiye göre, hukuka aykırılık muayyen bir hareket tarzını tanzim eden bir hukuk kaidesinin ihlâline (acte contraire au droit) istinat eder [31]. Bunun karşısında sübjektif nazariye vardır ki buna göre, zarar verici fiil eğer bunu meşru kılan bir sebep mevcut değilse, veya diğeri bir ifade ile failin hususî bir hakkına müstenit değilse, yani «sans droit» ise, hukuka aykırı telâkki edilir. Bu fikir bugün umumiyetle kabul edilmemektedir. Ve gerek İsviçrede, gerek Türk hukukunda, B. K. 41 in sarih metnine binaen, objektif noktai nazarın kabul edilmesi icap etmektedir. Prof. M. R. Belgesay «hukukî mesuliyet için failin fiilinin haksız olması, yani zararı ikaa hakkı olmaması lâzımdır» demektedir [32]. Kanaatımızca burada şart olan failin «zarar ikaina hakkı olmaması» değil, fiilin «hukuka aykırı olması»dır. Bunların ikisi arasındaki fark açıktır, ve «illicite - hukuka aykırı» terimi «sans droit - hakkı olmaksızın» dan kuvvetlidir. Burada «hakkı olmadan» ika edilen bir fiil kâfi olmayıp, bunun hukuka aykırı olması lâzımdır. Doktrinde hâkim olan telâkki budur. Esasen İsviçrenin

C. C., Recueil des travaux de l'Université de Genève 1938, p. 329 (türkçe terc.: F. H. Saymen, İst. Hukuk Fak. mec. 1940, s. 571-572).

[31] Bk. Von Tuhr, a.g.e., p. 326 note 17; Theo Guhl, das schweizerische O. R., 3. Auflage, Zürich 1944, s. 91; Oser-Schönenberger, a.g.e., art. 41 Nr. 89; Becker, a.g.e., art. 41 No. 38 Fick, commentaire du C. O., Neuchâtel 1915, art. 41; Nr. 3-4; Homberger, Haftpflicht ohne verschulden, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1930, Heft: I, s. 23 a; Oftinger, a.g.e., I, s. 94, Not: 2.

[32] M. R. Belgesay, Borçlar kanunu şerhi, cilt I, İst. 1942, s. 55 Nr. 3. Prof. Belgesay haksız fiil hakkında da şu tarifi vermektedir: «haksız fiil hâkimin hayat tecrübeleri ve telâkkileriyle tayin ettiği hak ve adalet kaidelerine aykırı olarak bir kimsenin bir şey yapması veya yapmamasıdır» s. 55.

eski Borçlar Kanununda (1881 tarihli), 50 nci maddenin mevzuumuza dair olan hükmünde «sans droit» terimi kullanılmakta idi. Bugünkü kanunda ise bu, «d'une manière illicite, widerrechtlich» şeklinde değiştirilmiştir. Esasen Federal Mahkeme içtihatları da daha önce objektif noktai nazarı benimsemiş bulunuyorlardı [33]. Keza son Alman medenî hukuk reformunda, Alman Hukuk Akademisinin tazminat hukukunun tanzimile meşgul komisyonunda, hukuka aykırılık müstakil ve objektif bir unsur olarak alınmış ve tarif edilmiştir [34].

Hukuka aykırılık gerek kusur, gerek sebep mesuliyetinde mevcudiyeti şart olan bir unsurdur, ve bunun bulunmaması halinde haksız fiil ve dolayısıyla tazminat mükellefiyeti vücut bulmaz. Bununla beraber, hukuka aykırılığın bulunmadığı bazı hallerde, buna rağmen bir tazmin borcu doğabilir. Bu hususta en mühim hal ıztırar vaziyetinde bulunan bir kimsenin başkasına iras ettiği zarardır. Tehlikeli ve zor bir durumda kalan ve ancak başkasının haklarını ihlâl ederek kendisini zarardan koruyabilen kimsenin, ika ettiği zararı tazmin etmesi lâzımdır, ve B. K. 52 fık. II ile M. K. 677 bu tazmin vecibesini tanzim etmiştir. Fakat bu tazminat haksız fiile müstenit bir tazminat değildir. ıztırar vaziyetinde bulunan kimseye bu şekilde hareket ederek başkasını zarara sokmak salâhiyeti bizzat kanun tarafından verilmiştir. Böyle bir fiil hukuka aykırı değildir, buna rağmen mutazarrıra verilen tazminat talebi hakkı kanunun hususî bir hükmüne müstenittir. Bu bakımdan ıztırar ve buna benzer diğer haller (B. K. 52 I ve III), sebep mesuliyeti kategorisine ithal olunamazlar. Çünkü burada, kusur bulunmadığı gibi hukuka aykırılık da mevcut değildir.

4. Kusur:

Hukukî mesuliyetin şimdiye kadar zikretmiş olduğumuz üç unsuru, gerek kusur mesuliyetinde, gerek sebep mesuliyetinde bulunması ve davacı tarafından ispat edilmesi lâzım gelen birer şarttır. Tazminat hukukunda dördüncü bir unsur olarak zuhur eden kusur, ancak kusur mesuliyetinde ve Bk. 41 deki umumî kaidede mevcudiyeti zarurî olan bir un-

[33] Becker, Kommentar zum O. R., 2. Auflage, art. 41 Nr. 38.

[34] BGB. ve İsviçre - Türk borçlar kanununda bulunmayan bu tarif şu şekildedir: «bir fiil veya yapmama (Unterlassung), mutazarrırın şahsiyet veya mâmelenini koruma gayesi güden hukuk nizamı tarafından tesis edilen bir mükellefiyete aykırı ise hukuka aykırıdır. Halkın topluluk hayatına ait tanınmış temel esaslara karşı ağır ve kaba hareket daima hukuka aykırıdır (Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechtes, s. 46).

surdur. Sebep mesuliyetinde, tazminat talebinin kabulü için bunun mevcudiyeti aranmaz. Bunun yerine bu mesuliyetin istinat ettiği hukukî vaziyet veya fiiliyat kaim olur, işletme tehlikesi, hakkaniyet gibi.

Kusursuz mesuliyetin doğum şartlarından olmamakla beraber, kusurun burada da büyük önemi vardır. Bu şu hallerde tezahür eder:

a) Sebep mesuliyetle mükellef tutulan kimsenin mütemmim bir kusuru varsa, mesuliyeti ağırlaştırılır. Böylece mücbir sebep, mutazarrır veya üçüncü şahsın kusuru dolayısıyla mesuliyetten kurtulma imkânsızlaşır. Çünkü illiyet rabitasının yukarıdaki sebeplerle kesilmesi, mütemmim kusurun bulunmasıyla ortadan kalkar, ve uygun illiyet rabitası yeniden teessüs eder [35].

b) Buna mukabil mutazarrırın kusuru tazminat miktarının tayininde tenkis sebebidir. Failin zaruret içinde olması veya mutazarrırın iradının mutadın dışında artması halinde, tazminatın tenkisi ancak fail veya mesul şahsın ağır kusuru bulunmaması halinde kabule şayandır (B. K. 44 I ve II).

c) Tazmin borçlularının taaddüdü halinde, gerek kusur gerek sebep mesuliyetinde, kusur ilk plânda mesul şahısların tayinine yarar (B. K. 51 TT). Bundan maada mesul şahısların iç münasebetlerinin tanzimi bakımından da kusurun büyük bir ehemmiyeti vardır.

d) Manevi tazminat verilmesi ancak failin kusurlu olması halinde mümkündür.

III. Kusur prensibi:

1. Tazminat hukukunda kusurun yekdiğerini tamamlayan başlıca iki fonksiyonu vardır. Bunlar hukukî mesuliyetin teessüsüne müteallik olup, mevzuumuzun en ehemmiyetli kısmını teşkil eder.

İlk olarak, kusur tazminat borcunun sebebidir. Alman müsterek hukukunda veya Pandekt hukukunda: «kusursuz tazminat olmaz» (nulla indemnitas sine culpa) vecizesi bir esas olarak kabul ediliyordu. Bunun gibi Pantekt hukuku müntesiplerinden Brinz: «kusursuz medeni hukuka aykırılık yoktur» (ein nichtschuldbares Zivilunrecht gibt es nicht) demektedir [36]. Roma ve Pandekt hukuklarından gelen bu esas, Alman ve

[35] K. Otfinger, a.g.e., I, s. 103; R. Desgouttes, C. Gautier, du rôle de la faute dans la responsabilité causale, Journal des tribunaux, 1940, p. 170; M. Graf, das zivilrechtliche Verschulden der Automobilisten, Dissertation Zürich 1945, s. 27.

[36] K. Otfinger, der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht und in der Haftpflichtversicherung, schweiz. Juristen Zeitung 39. Jahrgang (1943), s. 547 Not: 10.

İsviçre hukuklarına olan tesiri dolayısıyla, hukukumuza da nüfuz etmiş sayılabilir.

İkinci olarak, Roma hukukunda birincisile yakın alâkası ve bağılığı olan umumî şümüllü diğer bir esas vazolunuyordu. Bu lâtince: «casum sentit dominus» formülü ile ifade olunuyordu. Bunun mânası, kusur ilâve edilmeyen zarar tesadüfi addolunur, tesadüf buna düçar olan taraftan yüklenilir, demektir. Zarar failinin tazmin borcu için yegâne şayanı kabul sebep olan kusur burada bulunmadığından tazminat borcu fail tarafından yüklenilmez. Kusurun refakat etmediği fiiller kimsenin mesuliyetini mucip olmaz, bu gibi fiiller gayri şahsî addedilirler, ve tesadüf, tâlih, mukadderat gibi metafizik mefhumlara atfedilirler. Bu düşünceyi İngiliz hukukçusu Salmond şu şekilde ifade etmiştir: «kusuru olmadan bir fiil işleyen kimse hakkında nasıl cezaî bir tedbir alınmazsa, kusursuz bir kimseyi tazminata mahkûm etmek de aynı şekilde mânasızdır. Zira bir masumu tazminata mahkûm etmekle fenalığa yer değiştirtilmektedir. Fenalık hiç bir zaman ortadan kalkmamaktadır. Binaenaleyh fenalığı düştüğü yerde bırakmak daha muvafıktır» [37].

Keza Avusturya Medeni Kanununun 1311 inci maddesi: «mücerret tesadüf vukua geldiği mamelek veya şahsa taallük eder, ona aittir» demektedir [38], ve bu prensibin kanunî bir ifadesini teşkil etmektedir.

Bunun gibi Türk Yargıtayının şu kararında da bu düşünce tebarüz etmektedir: «memur maaşlarını alan mutemet, aldığı paranın muhafazası için icap eden tedbirleri almakta kusur ettiği sabit olmadıkça kazaen zayi olan maaşı tazminle mükellef tutulamaz» (Yargıtay, Hukuk Umumi Heyeti, 20/10/1934, Es. 3-169, Ka. 164).

Görülüyor ki kusur bulunmadığı yerde, kusur prensibine göre, tesadüfi hal bulunmakta, ve bu halde de vuku bulan zararlar, buna maruz kalana ait bulunmaktadır. Kusur prensibinin ikinci safhasını teşkil eden, ve yabancı literatürde «casum sentit dominus» tâbirile isimlendirilen bu esasta mantıkî ve hukukî bir katiyet yoktur, ve bu bakımdan bu, en şiddetli tenkitlerin yapıldığı, kusur prensibinin en zayıf tarafını teşkil et-

ve, W. Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glaubens» und «billigkeits» im schweiz. Zivilrecht (Habilitationsschrift), Bern 1939, s. 180, den naklen, Brinz, Lehrbuch der Pandekten II - 1879 - s. 157 Nr. 135.

[37] Muhsin Rahnama, la responsabilité civile pour les dommages causés par les animaux en droit français et en droit anglais, avec une introduction sur la théorie de la responsabilité objective, Thèse jur., Genève 1940, p. 18 den naklen.

[38] Bu maddenin almanca metni aynen şöyledir: «der blosser Zufall trifft demjenigen, indessen Vermögen oder Person er sich ereignet».

mektedir. Kusur prensibine taraftar olan Alman hukukçusu Rümelin dahi, kusurda aranacak pedagojik gayeye, ekseri hallerde, casum sentit dominus esasile erişilmeyeceğine işaret etmekte, ve bunun «Roma hukuku için olduğu gibi, bizim için de en son melce olduğunu, hayat mallarının âdil bir taksiminden zarurî bir vazgeçme teşkil ettiğini, ve tesadüfî zararların hepsinde bir çare bulmak imkânsızlığı ile teselli olunduğunu» yazmaktadır [39].

Şu halde söylediklerimizi hulâsa etmek istersek, kusur prensibinin birinci fonksiyonunun mesuliyet ve tazminat borcunu meydana getirmekte; ikinci fonksiyonunun ise kusur bulunmadan tazminat vecibesinin meydana gelmemesinde tecelli ettiğini söylemek icap eder [40].

Kusur prensibile esas itibarile, bu iki fonksiyon anlaşılır. Biz buna bir üçüncü fonksiyon daha ilâve edebiliriz. İsviçre, Türk borçlar hukukuna göre, tazminatın tayin ve şümulünde kusurun derecesi nazarı itibara alınır, ve kusurla tazminat arasında bir nevi muvazene tesis edilir (B. K. M. 43).

Bazı hukuk sistemlerinde, meselâ Roma hukukunda, bunun aksi caridir, ve en hafif kusur dahi bütün zararın tazmini borcunu husule getirir. Alman doktrininde buna, «herşey veya hiç bir şey prensibi, Alles-oder Nichtsprinzip» denmektedir. Zira bu esasa göre, kusur bulunmadığı takdirde hiç bir tazmin borcu yoktur; kusur bulunduğu takdirde, ise, bu en hafif derecesinde olsa dahi, tam bir tazminatı mucip olur. Kusurun genişliğiyle tazminatın şümulü arasında bir muvazene kabul etmeyen bu Roma hukuku prensibi, BGB. ve Fransız medenî hukuku tarafından kabul edilmiştir.

Fakat bu, bilhassa Almanyada şiddetli tenkitleri mucip olmaktadır. Meselâ Alman hukukçusu Dernburg, BGB.nin 287 nci maddesinde hâkime tanınan geniş takdir salâhiyetini tasrih etmekte, ve hâkimin bu kadar âmiller içinde neden kusur derecesini takdir edemeyeceğini sormaktadır [41]. Alman doktrininde yapılan bu tenkitler, Nasyonal-Sosyalist rejim esnasında girilen medenî hukuk reformunda, tesir yapmaktan hâli kalmamış, ve tazminat hukuku üzerinde çalışan komisyonda, eski prensibin

[39] M. Rümelin, die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zum objektiven Schadenersatzpflicht, Leipzig und Freiburg 1896, s. 13.

[40] Bk. K. Oftinger, schweiz. Haftpflichtrecht, I, s. 103.

[41] H. Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, II. Band, I. Abteilung, s. 74.

terkedilmesi hususunda ittifak hasıl olmuştur [42]. Bununla, failin hususî vaziyetinin kâfi derecede mülâhaza edilmesine yer verilmiş olacaktır.

Tazminatın şümülünde kusurun derecesini nazarı itibara alan ilk kanun Prusya umumî kanunudur. Bu kanunda failin sübjektif durumu bakımından dört derece tefrik edilmektedir: kast, ağır kusur, orta kusur ve hafif kusur. Ancak kast halinde tam bir tazminat derpiş olunmuştur, diğer hallerin her birinde dereceli bir tahfif vardır (§ 10-12). Bunu takiben 1811 tarihli Avusturya medenî kanunu, aynı sistemi biraz sadeleştirerek, ve kusuru üç dereceye ayırarak (kast, ağır kusur, hafif kusur) almıştır (43). Prusya ve Avusturya kanunlarında kabul edilen bu sistemin mahzurlu olan noktası, az veya çok kazüist olmasıdır. Böyle bir derecelenmeyi kabul eden hukuk, hâkime itimat ederek takdir hakkı vermedir. Netekim bu sistemi benimsemiş olan İsviçre - Türk hukuklarında hâkim geniş bir takdir serbestisini haizdir. O, tazminatın takdirinde failin kusurunu nazarı itibara alabileceği gibi, diğer hususları, failin malî vaziyetini, mutazarrırın veya üçüncü şahsın kusurunu da göz önünde tutacaktır B. K. madde 43-44 [44].

[42] E. Wahl, das Verschuldensprinzip im künftigen Schadenersatzrecht, Nipperdey'in mezkûr kitabındaki etüdü, s. 29.

[43] Tafsîlât için bk., A. Cérésolle, le dommage et sa réparation, Thèse jur. Lausanne 1909, p. 163; H. Titzel, unerlaubte Handlungen, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, VI. Bd. s. 693.

[44] Prof. M. R. Belgesay bu hususta aksi kanaatta bulunmakta ve aynen şöyle yazmaktadır: «kaldeten fail hafif kusurlarından da mesul olur. Hukukî mesuliyetin derecesi cezai mesuliyetten farklı olarak, kusurun ağırlığına tâbi değildir» (borçlar kanunu serhi, s. 60). Bu düşünüş tarzı kanunun sarahatına aykırıdır, ve esasen Prof. Belgesay da, B. K. madde 43 ün serhinde aksi mütalâada bulunmuştur (No. 6 ve 10, s. 92-93). Bunun gibi, Yargıtayın şu kararına da istirak edemeyeceğiz. Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin 10/4/1944 tarihli, ve 1146-1141 sayılı kararında, garaz ve husumet sebebiyle askerlik şubesine sevkettiği kimseye karşı ancak bu sebepten mesul olan muhtarın, askere giden kimsenin üç ay iş ve gücünden mahrum kalmasından mütevellit zararlardan mesul tutulamıyacağına hükmolunmuştur. Bu karar B. K. 43 deki esasa aykırıdır. Tazminat hukuku üzerinde yazdığı iki ciltlik eserle medenî hukuk sahasında birinci plânda bir ehemmiyet ve itibar kazanan, ve oldukça genç yaşta Zürih Hukuk Fakültesine profesör olan Karl Oftinger «kusur ve tazminat arasında bir muvazene postulat'ı cârî olduğunu» söylemektedir (cilt I, s. 206 ve 212). Keza yukarıdaki temyiz kararına bir içtihat notu yazmış olan Prof. S. S. Onar «hâdisede muhtarın kastı bulunduğu göre zararın kendisine geniş bir surette tazmin ettirilmesi icap ettiğini» yazmaktadır (İst. Hukuk Fak. Mec., cilt: X, sayı

Bu suretle, muasır hukukun bir cereyanı, ve İsviçre - Türk hukuk sistemlerinin bir neticesi olarak, tazminatın yüksekliğini tayinde haiz olduğu ehemmiyeti, kusurun diğer bir fonksiyonu olarak ileri sürebiliriz.

Kusur yalnız mesuliyet tesis etmez, mutazarrır da bulunduğu takdirde, mesuliyeti tenkis ve bazan da ortadan kaldırır. Buna göre, şu tefriki yapabiliriz:

a) Mutazarrırın kusuru, zararın başlıca ve müstakil sebebini teşkil ediyorsa (Selbstverschulden), zararlı neticeden yalnız kendisi muhatap tutulur. Burada, failin kusuru ile mutazarrırın fiil ve kusuru arasında bir takastan bahsedilir [45].

b) Mutazarrırın kusuru failin kusuru ile aynı zamanda zararın meydana gelmesine tesir ettiği takdirde, müşterek kusur (Mitverschulden) bahis mevzuudur, ve gerek fail, gerek mutazarrır neticeden muhatap tutulurlar yani bu bir tenkis sebebi olarak tezahür eder.

Mutazarrırın bu iki nevi kusuru sebep mesuliyetinde de bahis mevzuu olabilir. İşletme tehlikesile zarar arasındaki illiyet rabitasını kırarak mahiyette olan mutazarrırın kusuru, mesul şahsın tazminat mükellefiyetinden kurtulmasına sebep olur. Bunun dışında, bu bir tenkis sebebidir (B. K.M. 44, I).

2. Kusur prensibinin vasıfları:

a) Kusur prensibi mesuliyet borçlusunun ahlâki bakımdan muahazeyi mucip (etisch tadelnswert) bir hareketini farzeder, ve bunun neticesinde husule gelen zararı tazmin etmesini ister. Kast ve şuurlu ihmal hâllerinde, fail fiilin hukuka aykırılığını önceden bilmekte ve sezmekte olduğundan, burada ahlâki ân açık olarak görülür. Gayri şuurî ihmal hâlinde ise, fail zararlı neticenin vukuunu hiç tahmin edememiştir, fakat bu neticenin husule gelmesine mâni olacak dikkat ve ihtimamı göstermemiş veya göstermemiştir. Burada, failde ahlâki bakımdan takbihe şayan bir irade mevcut değildir, fakat bununla beraber herkesi mevcut malların muhafazası için bütün kuvvetile dikkat ve basirete sevk etmek gibi pedagojik bir gaye aranmak istenebilir.

1-2, 1944, s. 431). Bu mevzuda diğer bir temyiz kararı, H. U. H. 18/5/1942 tarihli, ve 4-30/29 sayılı karardır (bk. H. Sungur, Borçlar Kanunu ve tatbikatı, cilt: I, İst. 1943, s. 112, Nr. 70).

[45] Theo Gubl, das schweizerische Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 1944, s. 68.

Böylece, kusurun her derecesinde ahlâkî kategorik bir kıymet hükmü tesis edilebilir [46]. Yalnız, kusur bulunmaması hâlinde, kusur kaidesinin ikinci safhasını teşkil eden «casum sentit dominus» esasile buna erişilebileceği şüphelidir. Zira, burada ahlâkî an eksiktir.

b) Kusur prensibinin diğer bir vasfı cezai mahiyeti haiz olmasıdır. Zira, mesuliyetin tesis edilebilmesi için failde mücrim bir iradenin, veya daha umumî bir ifade ile, muahazeyi mucip bir halin bulunması lâzımdır. Ancak bu takdirdedir ki, kanun failden fiillerinin hesabını sorar. Bu, meselenin cezai bakımdan mütalâsıdır. Kusur kaidesinin muarızlarından olan Saleilles'e göre: «kusur fikri hukukî mesuliyette eski hususî cezalar sisteminin canlanmasıdır. Tarihi bakımdan ve Roma hukuku noktai nazarından suç nazariyesinin ilk menşei budur, ve bundan asla kurtulmamıştır» [47]. Kusur prensibine aleyhtar olanların istinat ettikleri delillerden birisi, bunun cezai vasfı haiz olmasıdır. Bu suretle kusur mesuliyetinin cezai bir nazariye olduğunu ve modern hukuk tarafından reddedildiğini söylemektedirler. Bu müelliflere göre, mesele ceza vermekte değildir, başkasının mâmelekine dokunan kimşe, ister haklı bir gaye takip etsin, ister haksız bir gaye takip etsin, bu mâmelekin zararını tazmin etmekle mükelleftir, bu bir kusur meselesi değil, hasar (risque) meselesidir, tehlikeli faaliyetin bedel ve zekâtıdır [48].

Kusur prensibi taraftarları da, kusurda cezai bir mahiyet bulunduğunu kabul etmektedirler. Fakat bunlara göre, bu bir fenalık olmayıp, bir zarurettir. Bu, mesuliyetin ahlâkiyatla münasebetini muhafaza etmek gibi bir fayda ve menfaati haizdir.

Bugün hâkim olan telâkki ise, ceza hukuku mefhumlarından uzaklaşmış olan modern medenî hukukun, objektif kusur telâkkisile ceza hukuku kusur telâkkisinden de ayrılmış olduğu merkezindedir. Hakikaten tenkide şayan olan «casum sentit dominus» esasından ve cezai telâkkiden kurtulmak için objektif kusur mefhumuna yerleşmek icap ediyor. Ceza hukuku kusuru tamamiyle sübjektiftir, ve borçlar hukukunun objektif kusur mefhumundan farklıdır.

Ancak mânevî tazminat talebinde, bu cezai an kuvvetli bir şekilde

[46] K. Oftinger, der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, schweiz, Juristen Zeitung, 39. Jahrgang, 1943, s. 547 ff.

[47] R. Saleilles, Note au Dalloz 1897, I, 439.

[48] R. Saleilles, a.g.e., p. 439; Binding, Normen, I, s. 431; De Félice, du principe de la responsabilité causale en matière d'actes illicites, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1903, Heft: 4, p. 221.

mevcuttur [49]. Bunun tamamile aksine olarak, sebep mesuliyetinde, kusur ve cezaî andan eser yoktur.

c) Hukuk politikası bakımından kusur kaidesinin vasfı, ferdiyetçi ve liberal bir zihniyetin ifadesi olmasıdır. Kusur esasına göre, tazminat için zarar kâfi olmayıp, failin ayrıca zararı önceden görmek ve önlemek ihtiyarını haiz olması yani kusuru bulunması lâzım gelmektedir ve bunun ispatı da mutazarrıra düşer. Ancak borç münasebetinin ihlâlinden (B. K. 96) mütevellit tazminat talebinde, kusurun mevcudiyeti karine olarak kabul edilmekte, ve alacaklı kusursuzluğunu ispat ederek mesuliyetten kurtulmak imkânını haiz olmaktadır.

Kusur mesuliyetinde kusurun ehemmiyetini tebarüz ettirmek için kast ve ihmal bulunmayan fiillerin, hiçbir mesuliyet doğurmayan bir vakıa teşkil ettiğini, ve bilâkis bir kimsenin mesuliyetini intaç eden her fiilin bir kusuru tazammun ettiğini söyleyebiliriz.

Mesuliyet şartı olarak failin kusurunu, sübjektif durumunun tespiti aradığından dolayısıdır ki buna sübjektif nazariye dahi denmektedir. Hukuk nazariyatında klâsik olan, ve bazan klâsik nazariye terimile ifade olunan bu sübjektif prensip, irade muhtariyetine ve tam bir ferdiyetçiliğe istinat etmektedir. Buna göre, herkes başına gelen kazaya boyun eğecektir, bu mukadderatın neticesidir, o mağduru seçmiştir. Başkasının mesuliyeti ancak kusurlu olması hâlinde mevcuttur. Fransız hukukçularından René Demogue'un dediği gibi «mesuliyet hukukunda klâsik nazariye, akitlerdeki irade muhtariyeti nazariyesinin bir karşılığını teşkil eder. Her ferdin serbestisi esas, ve akit istisna olduğu gibi, herkes fiillerinin ve tesadüfün getirdiği menfaatları muhafaza eder, ve bunun aksine olarak hâdiselerden veya başkalarının fiillerinden husule gelen zararları tek başına tahammül eder. Burada mesuliyetsizlik kaide, mesuliyet istisnadır» [50].

Keza, kusur prensibini tenkit etmeden önce tahlil eden Duguit, «les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon» isimli kitabında (Paris 1912 ilk tabı): «fail fiile uygun olarak istiyor, alacaklı veya borçlu oluyor, hukuka aykırı olarak istiyor, mesul oluyor, sebebiyet verilen zarada muadil olarak borçlanıyor: nihai olarak hukuk alâkasını doğuran sebep hak sahibinin iradesidir ve bu sistemde kat'î olarak mesuliyetin yeğâne esası mânevî isnat kabiliyeti prensibidir» demektedir [51].

[49] A. Homberger, *Haftpflicht ohne Verschulden. Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins*, 1930, Heft: I, s. 38 a.

[50] R. Demogue, *traité des obligations en général*, t. III, Nr. 377, p. 360.

[51] Pierre de Harven, *mouvements généraux du droit civil belge contemporain, individualisme et socialisme*, Bruxelles 1928, p. 267.

Bu bakımdan, hukuk kaidesinin menşei tabii hukuk ve daha ziyade mutlak ve objektif adalet kaidesine çıkar. Mutlak adalet telâkkisine göre, bazı hareketler mahiyetleri itibarile takbihe şayandırlar, bir kimse gerek kasten, gerek ihmalle zararlı bir fiil ika ederse, yalnız diğer şahıslar tarafından değil, bizzat kendi vicdanı bakımından da takbihe şayan harekette bulunmuş olur. Mesuliyet bu mânevî histe mevcuttur. Failin kendisini mânevî bakımdan mesul addetmediği hâllerde, her ne kadar onun fiili zarara sebebiyet vermişse de, ona hiçbir mesuliyet izafe edilemez. Esas itibarile fert mânevî hürriyetini yaşar, ve fail kendi kusurunun şuurunu haiz olur. Başka türlü hareket edebileceği ve etmek mecburiyetinde olduğu fertlere kuvvetle tesir eder [52].

Bu suretle, sübjektif mesuliyetin esası şahsî vicdana, ahlâkî prensiplere ve her ferdin mutlak adalet icapları karşısındaki hissiyatına dayanmaktadır. Halbuki ferdin vicdan ve hissiyatına dayanan bir hukuk prensibinin ilmî ve umumî bir mahiyeti haiz olamayacağı muhakkaktır. Mutlak adalet ilmin değil, fakat yalnız inanışın mevzuu olabilir, bu şekilde herkesin ferdi imanına terkedilmelidir [53].

§ 3. Kusur mefhumu ve objektif kusur telâkkisi.

1. *Tarif.* — Kusur, hukuk ilminin üzerinde birleşmiş ve vâzih bir tarif verilemiyen en muğlâk mefhumlarından biridir [1]. Bu sebepten kusur mefhumu kanun tarafından tarif edilmemiş, bunun tayini hukuk ilmine ve içtihatlara bırakılmıştır.

Kusur [2], hukuk nizamının muahezeye lâayık addettiği, zararın sebebi

[52] E. Wahl, das Verschuldensprinzip im künftigen Schadenersatzrecht, Nipperdey'in kitabındaki etüdü, s. 27.

[53] François Génay, méthode d'interprétation, t. II, p. 97.

[1] Nitekim H. Capitant, «kusurun bir formüle sığmayan seyyal bir mefhum olduğunu, bunu herkesin tanıyıp anladığını», «bir kimse kusur irtikâp etti dendiği zaman, herkesin onun ifade ettiği mânayı bildiğini» yazmakta, ve böylece ampirik mefhumlar kabul etmektedir. (Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 4 ème éd., Nr. 190, ve H. et L. Mazeaud'un traité de la responsabilité civile kitabına yazdığı önsöz (préface), p. XVIII).

[2] Gerek Borçlar Kanunumuzda, gerek mahkeme kararlarımızda, ve gerek ilmi yazılarda, bu mevzuda terminoloji bakımından teessüfe şayan bir ikilik vardır. Haksız fiiller mevzuunda B. K. nun 43 üncü ve 49 uncu maddelerinde, ve kanunun diğer bazı yerlerinde, fransızca «faute», almanca «Verschulden» kelimeleri yanlış olarak «hata» şeklinde tercüme edilmiştir. Birbirinden tamamiyle farklı iki hukuki mefhumu ifade

olan hareket tarzı olarak tarif edilebilir [3]. Kusur mefhumunun tayininde biri sübjektif diğeri objektif iki düşünce vardır.

Sübjektif kusur telâkkisi mânevî isnat kabiliyetine istinat eder. Mânevî isnat kabiliyeti (l'imputabilité) failin fiilindeki hukuka aykırılığı tanınması, veya tanyabilecek vaziyette olması, dikkat ve ihtimam vecibesine riayet edebilecek durumda bulunması, bunun şuurunu haiz olması hâlinde vardır. Kusura sübjektif mahiyetini veren mânevî isnat kabiliyetidir. Bunun için temyiz kudretinin bulunması lâzım geldiği gibi, ayrıca failin zararlı neticeyi önceden görebilmesi (Voraussehbarkeit) lâzımdır. Bunu tayin için failin sübjektif durumunu, ruh hâletini inceliyerek muahezeyi mucip noktayı bulmak icap eder.

Objektif kusur mefhumu ise, mânevî isnat kabiliyetini inkâr eder. Bugün hâkim olan telâkki budur. Burada şüphesiz, mesul edilen kimsenin kanunî bir vecibeyi ihlâl etmiş olması aranmaktadır. Fakat bu ihlâlin zarurî olarak bu vecibenin şuurlu bir idrâkini veya diğerk bir tâbirle mânevî isnat kabiliyetini tazammun etmesi şart değildir [4]. Bu suretle kusurun, ve bilhassa ihmalin tayininde objektif bir kriter tatbik edilmektedir.

Kusurun sübjektif ve objektif telâkkileri arasındaki ayrılık, doktrininde bilhassa 19 uncu asrın ikinci yarısında tezahür etmeğe başlamıştır. Geçen asrın sonunda Almanyada hâkim olan fikir, irade teorisi (Willenstheorie)dir. Buna göre, kusur her şeyden önce mânevî ve psikolojik bir vakiyadır, bu bir irade zaafı veya irade noksanıdır (alle Schuld ist Willensschuld oder Willensfehler). Büyük Alman hukukçuları, Windscheid, Unger, Dernburg, Regelsberger, Enneccerus kusur mefhumunu bu şekilde mülâhaza etmişlerdir. Bunlardan Windscheid şu tarifi vermektedir: «kusur ile bazan muayyen bir neticenin hukuka aykırı olduğuna kani olarak bu neticeyi elde etmek için müspet bir irade, bazan da bu iradeyi bertaraf etmek için

eden kusur ve hatanın karıştırılması, ilmi bakımdan endişe edilmesi icap eden bir meseledir. Maalesef, bu yanlış, Ankarada, İzmirde ve hattâ İstanbulda intisar eden son yazılarda tesadüf edildiği gibi, buna Yargıtay ve Danıştay kararlarında da rastlanmaktadır (meselâ, 4 üncü Hukuk D. 29/1/1937 kararı, gene aynı Dairenin 25/3/1943 tarihli, ve 4-31/15 sayılı kararı; H. Sungur, Borçlar Kanunu ve tatbikatı, I. s. 107, Nr. 53, ve s. 153, Nr. 15), (Danıştay Kararları için bk., R. Sarıca, Şahsî kusur ve kıstasları, İst. Baro Dergisi, 1946, s. 90, not 6).

[3] K. Otfinger, a.g.e., I. s. 104; von Tuhr, a.g.e., p. 339; M. Graf, das zivilrechtliche Verschulden der Automobilisten, Dissertation, s. 28.

[4] H. de Page, traité élémentaire de droit civil Belge, 2ème éd. Bruxelles 1940, t. II, p. 749.

lâzım gelen dikkat ve ihtimam eksikliği anlaşılır» [5]. Kusuru bir irade zaafı olarak tarif eden hukukçulara bugün de rastlanmaktadır, ancak bu müellifler dahi bunu tayin için kullanılacak kriterin objektif olmasını kabul etmektedirler [6]. Kusur tamamen sübjektif bir mefhumdur, spiri-tüalist ve mânevî bir unsurdur, bu failin zarar verici vakıa ile olan dahili münasebetidir. Fakat failin bu sübjektif durumunu ve maksadını tespit etmek için, objektif bir kriterin tatbik edilmesi zarurî addediliyor. Şu halde kusurun sübjektif mahiyetile, bunun tespiti için objektif bir kriter kullanılmasını yekdiğerine karıştırmamak lâzımdır. Kusurun sübjektifliğıle, daha ziyade failin şahsî hâllerinin nazarı itibara alınmadan kusurun takdir edilemeyeceğı anlaşılır. Bu kusurun şumulünde ve faile isnat edilebilmesinde, yani dikkat ve ihtimam vecibesini bilecek ve ona riayet edebilecek durumda olduğunun tayininde ehemmiyeti haizdir. Objektif kusur telâkkisi ise, daha ileriye gitmekte, ve her ferdi noksanın neticelerinin, bizzat o fert tarafından yüklenilmesi icap ettiği ileri sürülmektedir. Bununla, gayri mümeyyizler dahi mutlak olarak kusur ve binnetice mesuliyet ehliyetini haiz olmaktadırlar. Böyle bir fikri kitabında olduğu gibi, münakaşalı bir konferansta da müdafaa eden H. Mazeaud'nun objektif kusur telâkkisi, maruf hukukçu Niboyet tarafından «hasar nazariyesi - théorie du risque» olarak vasıflandırılmıştır [7].

2. Kusurun neveleri:

Windscheid'in yukarıda zikrettiğimiz tarifinden de anlaşılacağı üzere, kusur umumiyetle kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılarak mütalâa olunur. Kast (Absicht, Vorsatz) failin hukuka aykırı neticeyi bilerek ve isteyerek hareket etmesidir [8]. İhmal ise, failin hukuka aykırı neticeyi istememesine rağmen, hâl ve vaziyetin icap ettirdiğı dikkat ve itinayı göstermemesidir [9].

[5] A. Martin, l'abus du droit et l'acte illicite, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. 25, p. 43.

[6] von Tuhr, a.g.e., p. 342; A. Egger, Kommentar zum Personenrecht, 2. Auflage, Art. 18, Nr. 5; A. Homberger, a.g.e., s. 21 a.

[7] H. Mazeaud, les dispositions du code polonais des obligations relative à la responsabilité délictuelle, Bulletin de la société de législation comparée, 1933-1934, p. 200. Ayrıca bk., H. et L. Mazeaud, traité théorique et pratique de la resp. civile, 2ème éd., t. I, p. 452; M. Rümelin, die Gründe der Schadenszurechnung, s. 67; ve yukarıda § 6, Nr. 3.

[8] Kastın taksimi hakkında bk., Oser-Schönenberger serhi, madde 41 Nr. 62.

[9] Von Tuhr, a.g.e., p. 341.

Kast ve ihmâl arasında bilme anının ehemmiyeti vardır. Kast vakia-
nın bilinmesi (das Kennen), ihmâl ise bilinmesi mecburiyeti (das Kennen-
müssen) dir. Buradaki bilme mecburiyetine rağmen, bu bilinmeyebilir,
(Nichtkennen) bulunabilir Bu takdirde ihmâl evvelden görme vecibesin-
de tecelli eder [10].

Zararın önceden görülebilmesi ve önlenbilmesine ait dikkat ve ihti-
mam noksanı olarak tavsif olunan ihmâl, muayyen bir fiilin yapılmasında
veya yapılmamasında tecelli eder. Tazminat hukukunda ihmâl büyük bir
ehemmiyeti haizdir, ve kusur dendiği zaman ekseriya ihmâl hatıra gel-
mektedir.

İhmâl mefhumu muhtelif bakımlardan taksim edilebilir. Bu hususta
ilk hatıra gelen, ağır ihmâl - hafif ihmâl ayırmasıdır. Federal mahkeme
kararlarında tasrih edildiğine göre, ihmâl (grobe Fahrlässigkeit), her
anlayışlı insanın aynı vaziyet ve aynı şartlar altında anlaması icap eden
en iptidai dikkat ve ihtimamın gösterilmemiş olmasıdır [11]. Bu bakı-
dan, ağır ihmâl mazur görülemeyecek bir ihmâl halidir [12]. Hafif ih-
mâl ise ancak dikkatli insanların görüp riayet edebileceği dikkat ve itina
tedbirlerinin alınmamış olmasıdır. Bu, bazı hallerde mazur görülebilir.
Meselâ zaruret ve sıkıntı içinde bulunan failin hafif kusuru (hafif ihmâl-
li) olması, tazminatın bu sebepten dolayı tenkisine bir mâni teşkil etmez
(B. K. M. 44 II). Keza, mutazarrırın hafif kusurunun bulunması, manevî
tazminat talebinin kabulüne de mâni değildir.

İhmâl hakkında yapılan diğer mühim bir ayırma da şuurlu ve şuur-
suz ihmâl ayırmasıdır. Şuurlu ihmâlde (bewusste Fahrlässigkeit), bir
durumun hukuka aykırı netice doğurması ihtimali evvelden tahmin edi-
lir, fakat neticenin husule gelmesi arzu ve temenni edilmez, fakat hâl ve
vaziyetin icap ettirdiği dikkat ve itina gösterilmez. Halbuki gayri şuuri
ihmalde (unbewusste Fahrlässigkeit) halinde, hukuka aykırı netice önce-
den bilinmez ve tahmin edilmez, fakat hal ve vaziyetin icap ettirdiği za-
ruri ihtimama riayetle bu bilinebilir ve önlenbilirdi [13].

[10] M. Graf, a.g.e., s. 32.

[11] Federal Mahkeme kararları (BGE.), 54 II 403. Ayrıca bk., BGE., 57 II 480,
64 II 341.

[12] İş kazaları ve meslek hastalıkları dolayısıyla işçilerin mecburi sigortasına
dair 27/6/1945 tarihli ve 4772 sayılı kanununun 35 inci maddesinde, sigortalının (işçi-
nin) bağışlanmaz kusuru yüzünden vuku bulan kazalarda, kazaya uğrayan ve/a
allesine yapılacak para yardımının bu kusurun derecesine göre tenkis edileceği tas-
rih edilmiş, ve gene aynı maddede bağışlanmaz kusur tarif edilmiştir.

[13] Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band, allg. Teil, 13.

3. İhmalin objektif kriteri:

İhmaldeki dikkat ve ihtimama riayet edilip edilmediğinin tayininde objektif bir ölçü mü, yoksa sübjektif bir ölçü mü kullanılmalıdır? Ceza hukukunda, malûm olduğu üzere, sübjektif kriter carîdir. Tazminat hukukunda hâkim olan temayül ise ihmal kriterinin objektifleştirilmesidir.

Bunun için, dikkatli bir adam tipi olan Roma hukukundaki «iyi bir aile babası» (bonus paterfamilias) mücerret mefhumu alınır. Bu mücerret ölçü, dikkat ve ihtimam vecibesi bakımından umumî olarak derpiş edilmiştir. «Failin fiili bu normal vasat insanın aynı vaziyette yapacağı hareketle mukayese edilerek varılan neticelere göre takdir olunur. Eğer bu iki hareket uygunsu kusur yoktur, farklı ise vardır» [14].

Böylece, dikkatli ve makul adam tipi standard olarak alınarak mesuliyet mücerret ve umumî bir vasıta ile ölçülüyor, ve failin sübjektif maksadını bulmak için objektif bir kriter tatbik ediliyor. Bu zarurîdir, çünkü bir İngiliz hâkiminin dediği gibi «şeytan bile insanın maksadını bilemez» [15]. Fakat yukarıda, kusurun tarifini tesis etmeğe çalışırken, söylediğimiz gibi, ihmalin sübjektif mahiyetile bunun tespiti için objektif kriter kullanılması vakıasını yekdiğerine karıştırmamak lâzımdır. Kusur sebebiyet bakımından dahili bir rabıtaadır, ve sübjektif bir unsurdur. Kusurun sübjektif mahiyeti haiz olmasile, failin şahsî hallerinin nazarı itibara alınması anlaşılır. Bu hususta, yani kusurun faile isnat edilebilmesi için, ilk olarak, failde temyiz kudretinin bulunması şarttır. Mümeyiz olmayan şahısların kusurlu olduklarından bahsedilemez. İsviçreli hukukçu C. Ch. Burckhardt, İsviçre tazminat hukukunun yeniden tanzimi dolayısıyla İsviçre hukukçular cemiyetinde 1903 de yapılan toplantıda vermiş olduğu ilmi rapor ve etütte, meseleyi şu sözlerle canlı bir şekilde tasvir etmiştir: «Hayatın, fiillerin ve insanların sonsuz çeşitliliği hesaba katılamaz, ve ölçülemez. Fakat vasati bir ölçü vardır ve carîdir. Dikkatli aile babası tipinde, kafası ve kalbi iyi olan, ve güç vaziyetlerde gözleri

Bearbeitung, Marburg 1931, s. 658. Şuurlu ihmal, muhtemel kast (dolus eventualis) ile yakınlık arzeder. Bu hususta bk., Oser-Schönenberger, art. 41 Nr. 60; Homberger, a.g.e., s. 19 a; M. Petitpierre, la responsabilité causale, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1930 Heft: 1, p. 66 a; C. Ch. Burckhardt, die Revision des schweiz. O. R. im Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. 28 (1903), s. 520-521.

[14] M. Petitpierre, a.g.e., p. 66a.

[15] Muhsin Rahnemanın mezkûr tezi, p. 7.

açık, ve eli sakın ve emin kalan mahir insanın mücerret tipi alınacaktır. Zekâ, bilgi veya irade kabiliyeti inkişaf etmeyen kimse hâdisata tâbi olur, iradenin zarurî temerküzünde geçici veya daimî rahatsızlık, lüzumlu olan teknik veya nazarî bilgide eksiklik, ârızî veya daimî fikri maduniyet, temyiz kudreti hudutlarından aşağı düşmedikçe, mesuliyetsizlik sebebi teşkil etmezler, buna mukabil faaliyette bulunanlardan ne fevkalâde bir dikkat ve ne de faaliyete girişmek isteyenleri hariç bırakacak olan bir düşünce teksifi ve teemmül istenir» [16]. Bu sözlerden de anlaşıldığı üzere, kusur için ilk şart temyiz kudretinin mevcudiyetidir. Filhakkâ, bu esasında insanın irade serbestisine taallük eder, eğer kendisine kusur izafe edilen kimse, kendiliğinden hukuka uygun hareket hudutları dahilinde kalmakta serbest değil idise kusuru yoktur. Ancak onun temyiz kudreti, ihtiyar serbestisidir ki kusuru meydana getirir.

Fakat bunun için, yalnız temyiz kudretinin bulunması kâfi değildir. İhmali vücuda getiren dikkat ve ihtimam tedbirlerinin ittihaz edilmesi şahıslara ve fiillere göre değişir. Herkesin iradesine tâbi olmayan, fikri veya cismanî vasıfları vardır, ancak failin şahsiyeti, ferdiyeti nazarı itibara alınarak bir karar verilebilir. Aşağı durumda olan mümeyyiz, fakat tahsilsiz veya fizik kuvvet bakımından zayıf olan bir kimse, hiç bir kabahati olmadan bu vaziyete düşerse, onun muayyen bir tarzı harekette bulunması icap ettiği ileri sürülerek, kendisine bir kusur izafe edilebilir mi? Burada, her ne kadar failde temyiz kudreti varsa da, manevî istinat kabiliyeti yoktur. Bir müellifin dediği gibi, kusurun sübjektifliği nisbîdir [17]. Yukarıda da söylediğimiz gibi, bir kimsenin sübjektif halini, hakikî niyetini anlamak ve bulmak ve bu hususta araştırmalar yapmak fevalâde güç olduğundan, hâkimin işini kolaylaştırmak maksadile, ihmalin tespit ve tayini hakkında objektif bir kriter kabul edilmektedir. Burada, muayyen bir fiil işleyenin, o andaki vaziyetini bilmekteki imkânsızlık, ve aynı hallerde alınan bir kaidenin aynı olmayan bütün fertler için tatbikindeki müşkülât tezahür etmektedir. Böyle bir halde, ilk olarak failin temyiz kudretinin inkişaf etmiş olduğu tespit edildikten sonra, failin vasfına, failin yaşına, şahsî bilgisine, içtimâî hayat seviyesine bakılmak icap eder. İş adamı, tüccar, ziraatçı, hekim, işçi, şoför, genç, ihtiyar, kadın, erkek, ihmal hükmü daima değişik olarak verilir. Alman temyiz mahkemesi içtihatları böyle bir ihtimam vecibesinin hayat çevresinde

[16] C. Ch. Burckhardt, not 13 de zikredilen etüdü, s. 520-521.

[17] A. Egger, Kommentar zum Personenrecht, Art. 18 Nr. 5-6.

mütalâa edilmesi lâzım geldiğini tasrih etmiştir [18].

Böylece vasatî bir ihtimam derecesi objektif ölçülerle tayin edilmektedir. Malûmat veya kabiliyeti eksik olanlar, bütün kuvvetlerini sarfetmeler dahi, bu vasatî ihtimam derecesini gösterememiş olabilirler. Burada, manevî isnat kabiliyeti bulunmamakla beraber, bu gibi şahıslar objektif bakımdan ihmali, kusurlu addolunurlar. Âlim hukukçu Prof. Oftinger'in dediği gibi «insan ahlâkî, fikrî, fizik vasıfların, cismanî meharret ve meslekî ve teknik ehliyetlerin vasatî bir yekûnunu garanti etmek mecburiyetindedir... Hâl ve vaziyetin icaplarına ve objektif bir ölçüye göre zarurî olan dikkat ve itina, tedbirli hareket, mesuliyet şuuru olan insanda tayin edilir. Bu suretle bu, normal bir ehliyet için, failin garanti vecibesine müncer olur. Ve hakikî manevî kusur mülâhazasile yapılacak bir şey yoktur» [19]. Görülüyor ki, mücerret bu dikkat ve itinanın gösterilmemesi bir kusur teşkil etmektedir. Hattâ bu vasat kabiliyeti eksik olan kimse elinden geleni, kendisi için mümkün olan herşeyi yapsa dahi gene kusurlu addedilir [20]. Objektif ihmal, ceza hukuku kusurunun aksine olarak, «başka türlü hareket edebilmek (Anders-Handeln-Können) faraziyesine istinat etmez» [21], bilâkis bu, failin neticeyi görebilmesine ve görmek mecburiyetine istinat eder.

Bu bakımdan, yukarıda zikrettiğim Alman ve İsviçreli hukukçuların, kusuru bir irade noksanı addetmelerine itiraz edilebilir. Zira, objektif ihmal mefhumu, bir irade noksanına taallûk edebileceği gibi, taallûk etmemesi de mümkündür. Zarar verici fiilin kanun veya nizamnameler tarafından sarîh olarak menedilen bir hususa ait olması hâlinde, meselâ bir nakil vasıtasını kullanan kimsenin yolun sağ tarafından gitmesi icap ederken, soldan gitmesi halinde kusurun tespiti basittir [22]. Fail, kanun

[18] Enneccerus, a.g.e., allge. Teil, § 196 Anmerk. 6; E. Wahl, a.g.e., s. 27. Bu mevzuda diğer bir Alman hukukçusu, Brodmann, ihmal hakkında şöyle bir tahlil yapmakta ve bunun iki unsuru ihtiva ettiğini söylemektedir: «birincisi, dikkat yokluğu ki bir irade noksanıdır, her insanın aynı irade kudretini haiz olduğu kabul edilecek olursa, netice olarak kusur objektif olarak takdir edilebilir. İkincisi, önceden görebilme noksanıdır ki, bu tamamille fikri bir eksiklik olup herkesin fikri inkişafına göre tayin olunabilir» (J. Rustsaert, le fondement de la responsabilité extra-contratuelle, thèse jur., Paris-Bruxelles 1930, p. 18).

[19] K. Oftinger, schweiz. Haftpflichtrecht, I. Bd., s. 106.

[20] K. Oftinger, a.g.e., I. s. 106.

[21] E. Wahl, a.g.e., s. 27.

[22] Bu misal bir Federal mahkeme kararına müstenittir: BGE. 58 II 130 (Jdt. 1933 p. 436. Keza, Yargıtayın şu kararlarında da kanuna aykırı hareket kusur adde-

veya nizamnamedeki hükme riayetsizlik ettiği anda kusur halindedir, ve sebebiyet verdiği zarardan, önceden görebilmek veya önleyebilmek iktidarını haiz olduğuna bakılmaksızın mesuldür. Çünkü, bir nakil vasıtasını, bir otomobili idare eden şahıstan, normal olarak, seyrüsefer kaidelerine riayet etmesi beklenir. «Herkes cemiyet içindeki münasebetlerinde bilgi ve tecrübe ölçülerine riayetle mükelleftir. Herkes hemcinsinin muayyen normal bir harekette bulunacağını hesaba katmaktadır, ve hesaba katabilmelidir. Bu olmazsa, fertler arasındaki münasebetlerde teşevvüş ve istikrarsızlık meydana gelir. Diğer taraftan, kusurlu addedilen bir fiilin iradî bir zaaftan mı, yoksa bundan müstakil olarak zekâ ve anlayış noksanından mı ileri geldiğini tespit güçlük arzeder. Otomobil idare ederken hiç bir irade zaafı olmadan makine üzerinde hâkimiyetini kaybederek bir dükkâna giren kimse, husule gelen zararın tazmini yükünü üzerine alır» [23]. İrade zaafı teorisini kabul edenler, mesuliyet borçlusunun bahis mevzuu vakıya ait lüzumlu vasıf ve bilginin kendisinde eksik olduğunu bilmesi veya bilecek vaziyette olmasile kusurun tahdidini kabul ediyorlar. Fakat, Prof. Oftinger'in dediği gibi, bu meseleyi halletmez, çünkü niçin bilmesi icap ettiği, ve nereye kadar bilmesi lâzım geldiği sorulur[24]. Kusur ile yalnız irade zaafı değil, zekâ zaafı da anlaşılır. İnsanların topluluk hayatı asgarî vasıf ve ehliyetlerin kusur mefhumuna sokulması lüzum ve zaruretini istilzam etmektedir. Bu telâkkiye uygun olarak Alman profesörlerinden E. Wahl ile beraber ihmal mefhumunu şöyle tarif edebiliriz: «ihmal şahsî münasebetlerine göre ehil olan bir kimsenin, hâl ve vaziyete göre mükellef olduğu ihtimamda bulunmamış olması vakıasıdır» [25].

Verdiğimiz şu izahata uygun olarak objektif ihmal mefhumunun ana hatlarını şu şekilde sistematize edebiliriz:

—
 dilerek, bulunduğu şahsın tazminata mahkûm edilmesini mucip olmuştur: istimlak mumelesini kanun dairesinde ikmal etmeksizin başkasının bahçesini yola kalbeden Belediyenin filli (4 üncü Hukuk D. 7/9/1939 tarihli ve 2000/1647 sayılı karar H. Sungur, a.e.g., s. 108 Nr. 57), ve birbirini mütenakız üç emrin yekdiğerini takiben verilererek, bunun neticesinde henüz kanunî müddetini bitirmemiş olan davacının sebepsiz emekliye ayrılması kanunsuz bir hareket addedilmiş, ve bunu yapan Tekel Bakanı kusurlu görülmüştür. (4. Hukuk D. 6/4/1946 tarihli ve 2275/1487 sayılı karar, İleri Hukuk Dergisi sayı 14, 1946, s. 161.

[23] Homberger, a.g.e., s. 21 a.

[24] K. Oftinger, a.g.e., I, s. 106, Not 19; H. et L. Mazeaud, traité de la responsabilité civile, t. I, Nr. 423 et sv.

[25] E. Wahl, a.g.e., s. 23. Not I.

a) Objektif ihmal mefhumunda vasatî bir ölçü caridir. Herkes mesleğine ve hayat seviyesine göre, normal ve vasatî bilgi ve ehliyeti haiz olmak mecburiyetindedir. Bu suretle, bir köylüyü normal orta seviyede bir köylüden daha az ehliyetli, bir şoförü seyrüsefer kaidelerinden bihaber, bir hekimi mutad bilgi ve maharet seviyesinden daha aşağı gösteren hal-ler haksızdır ve ihmallidir. Bu bakımdan, zarar verici fiil failinde sübjektif bakımdan mazur görülebilecek bir sebep (temyiz kudretinden mahrumiyet hariç) ehemmiyeti haiz olmaz. Meselâ, bir şoförün hastanede bulunan karısının ölüm hâlinde olmasından acı duyarak fevkalâde yorgunluğu sebebiyle otomobilile giderken bütün dikkatini toplayacak durumda olmaması ve bu yüzden bir kazaya sebebiyet vermesi halinde ihmal mevcuttur [26].

Bu suretle, vasatî ve normal tipten her inhiraf bir noksan ve ihmal telâkki olunmakta ve bunun bulunduğu şahsın buna tahammül etmesi mecburiyeti husule gelmektedir. Zarar iras eden durum münhasıran zekâ veya kabiliyet eksikliğinden geliyorsa, bu fail için bir talihsizlik olmakla beraber, kendisi bunun neticelerinden muhatap tutulur.

b) Objektif ihmal mefhumu, mânevî isnat kabiliyetini temyiz kudretile eşit bir mânada almaktadır. Burada esas itibarile, mânevî isnat kabiliyeti red ve inkâr edilmektedir. Mücerret ve vasatî bir tipte mukayese edilerek ihmalin mevcudiyeti tayin edildiğine göre, failde böyle bir vecibeye riayet hususunda anlayış ve şuur bulunmayabilir. Bu takdirde mânevî isnat kabiliyeti yoktur, fakat fail objektif bakımdan kusurludur. Yalnız bunun için failin temyiz kudretini haiz olması aranmaktadır ve isnat kabiliyetinin inkârı temyiz kudreti hudutlarında durmaktadır. Gayri mümeyyizler medenî hukuk bakımından kusur ehliyetini haiz değildirler. Kusur mesuliyeti için aranan yegâne şart temyiz kudretidir (M. K. 16, fık. III). Şu hâlde isnat kabiliyeti veya ehliyeti (Zurechnungsfähigkeit veya Verantwortlichkeit) temyiz kudretine muadil olarak objektif kusur mefhumunun sübjektif cephesi olarak tavsif edilir.

İsviçre - Türk hukuklarında, temyiz kudreti için bir yaş haddi konmamıştır, ve temyiz kudretinin bulunup bulunmadığı failin olgunluk derecesi ve fiilin mahiyeti nazarı itibara alınarak müşahhas olarak takdir olunur [27]. Bu suretle objektif ihmal mefhumunun sübjektif unsuru olan

[26] K. Otfinger, a.g.e., I, s. 108.

[27] Bir Federal Mahkeme kararında, bisiklete binen 13 yaşında bir çocuk bir tren kazasında mümeyyiz ve kusurlu (müterafık kusurlu) addedildiği halde (BGE. 71, II, 117-Jdt. 1946, p. 21), yine 13 yaşında bir çocuk diğer bir kazada, elektrikli

temyiz kudretinin tayini fertten ferde değişmektedir. Federal Mahkemenin son içtihatlarına göre, iptidai kaideleri ihlâl eden genç şahısların kusurlarının takdirinde, eğer bu husus kendilerine mektepte hususî bir şekilde öğretilmiş ise, veya hergün geçtikleri mahallin tehlikelerine vâkıf bulunuyorlarsa, burada vukubulan kazada (meyilli bir caddede kayma neticesinde uğranılan kazada), çocuğun temyiz kudretinin ve ihmalinin bulunduğu hükmedilmiştir [28].

c) Kusurun objektifleştirilmesile, kusur olarak alınan zararlı neticenin önceden görülebilmesi vakiasının, mutazarrır tarafından müşahhas olarak mülâhaza edilmiş olması zarurî değildir. Temyiz kudretini haiz olmakla, tam bir dikkat ve maharet durumu arasında sayısız mutavassıt haller vardır, ve ihmalî teşkil eden bu dikkat ve ihtimam tedbirlerinin alınması şahıslara ve fiillere göre değişir. Burada bir zararın vukua gelmesi, biza-tihi önceden görülebilir, hesaba katılabilir ise bu kâfidir. Prof. Oftinger'in büyük bir vukufu işaret ettikleri gibi, «kat'i bir kabul üzerine müesses önceden görebilme (Voraussehbarkeit) yerine, önleyebilme (Vermeidbarkeit) terimi kullanılır» [29]. Diğer taraftan zararlı neticenin önceden görülmesi mümkün olsa dahi, eğer bunun önlenmesi fail için kabil değilse, ve bu kendisinden istenemezse, kusur bulunmayabilir. Bu da gösteriyor ki ihmal veya kusur, failin ruhi münasebetile olan alâkasile vasıflandırılan bir önceden görme değildir. Objektif ihmalde, sadece normal ve dikkatli bir adam tipine göre taayyün eden bir dikkat ve itina istenmektedir. Bu hususta, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, insanlar yaş, cins, meslek, içtimai hayat seviyesi, fikri ve fizik kabiliyet ve kuvvetlerine göre tefrik edilirler. Muayyen bir vaziyet karşısında her fertten beklenen hareket ve ihtimam derecesi farklıdır. Yaralanan bir kimseye karşı bir hekimden alelâde bir şahsa nazaran daha fazla ihtisas beklenir, ve bir hekim kendisinde bulunması icap eden bilginin, mücerret mevcut olmaması dolayısıyla mesuldür. Kaza bir şeyin kaybolması karşısında, onun bulunduğu yerin bekçisinin diğer kimselerden daha fazla dikkat etmesi lâzımdır. Bunun gibi, çocuklara ve kadınlara nazaran erkeklerin fizik kuvvet ve kabiliyetleri daha fazladır.

Bu suretle, kusur mefhumunun objektifleştirilmesile, kullanılan ölçünün mutlak, sabit ve bütün insanlar için aynı olacağı mânasını ifade et-

rayla temastan husule gelen zarar vakiasında tamamille mümeyyiz addolunmamıştır (BGE. 66, II, 201-Jdt. 1941, p. 104).

[28] Jdt. (Journal de tribunaux), 1946, p. 515.

[29] K. Oftinger, a.g.e., I, s. 110.

mez. BGB, § 276 da «hâl ve vaziyetin icap ettirdiği ihtimamı göstermeyen kimse ihmali hareket etmiştir» denmektedir. Bu tariftten, bizim için kıymet ve ehemmiyeti haiz olan, muayyen münasebetlerde şahsî haller dolayısıyla beklenen ihtimamın gösterilmesi icap ettiği esasını çıkarabiliriz.

d) Bu şekilde yapılan tefrik ve tasnife rağmen, bu mücerret tip fazaidir. Hakikati halde böyle bir şey yoktur. Bu, zamana, mekâna, hâkime göre değişir. Hâkim failin ferdi vasıf ve noksanlarına göre, kusurun bulunup bulunmadığını takdir edecek, bunu hayat tecrübelerine, şahsî bilgisine ve insanî tabiatına göre yaratacaktır. Böylece, «kusurun objektifleşmesinden husule gelen temenniye şayan olmıyan neticelerin muayyen bir tashihi düşüncesi şahsî münasebetlerin mülâhaza edilmesinde tecelli eder» [30]. Bu, tazminat hukukunda bir mahzur olmaktan ziyade fayda arzeder. Muhterem hocamız Prof. Ali Fuat Başgil'in dedikleri gibi «kanun hükümleri ölü birer kalıp değildirler, bunlar tatbik edilecekleri işteki niyete ve bu niyetin ahlâkîlik ve insaniliğine göre mâna ve kıymet alırlar» [31].

e) Mesuliyet hukukunda kusurun tayini bakımından, hususî kanunlar ve nizamnameler de büyük bir ehemmiyeti haizdirler. Bunlar, hâkimin takdirine bırakılmaksızın, tazminat hukukunu mutazarrırın lehine halletmek gayesini güderler. Ekseri memleketlerde, bilhassa Almanya ve İsviçrede, demiryolu işletmelerinin, otomobil idare edenlerin, hava seferleri tesis eden müteşebbislerin mesuliyetine dair hususî kanunlar vardır. Bunlar bizde maalesef mevcut değildir. Bunların yanında umumî seyrüsefere ait belediye nizamları, iş kazalarına karşı işçinin ve üçüncü şahısların korunmasına dair esaslar ve kanunlar bizde de mevcut olduğundan, burada tanzim edilen tedbirlere riayetsizlik, medenî hukuk bakımından doğrudan doğruya bir ihmâl teşkil eder. Prof. Oftinger'in «ihtimam vecibesinin kodifikasyonu» ismile vasıflandırdığı [32] bu teknik tanzimlere riayetsizlik ayrıca cezaî hükümlerle de müeyyidelenmiş olabilir.

f) Bunun gibi, başkası için tehlike arzeden faaliyette bulunan kimseler, bu hususta gereken tedbirleri almakla mükelleftirler. Bu himaye

[30] K. Oftinger, a.g.e., I, s. 110.

[31] Ali Fuat Başgil, Kanun hâkimiyeti karşısında kanunu tatbikle mükellef Devlet memurlarının, hususile hâkimlerin vaziyeti, ve salâhiyeti meselesi, İzmir Baro Dergisi, sene: 2, sayı: 6, s. 195 ve m.

[32] K. Oftinger, a.g.e., I, s. 110. Ayrıca bk., E. Arsebük, Borçlar Hukuku, 2 nci bası, c. I, s. 123.

tedbirlerinin iktisadî bakımdan, faaliyet sahibi için kabili tahammül olması lâzımdır, kendisinden nispetli masraflar yapması istenemez, ve beklenemez. Federal Mahkemenin 1935 tarihli bir kararına göre [33], hiç bir ihtiyat tedbiri almaksızın, tehlikeli bir âleti herkesin geçeceği bir yolun kenarına bırakan kimse ihtiyatsız ve kusurlu bir hareket yapmış olur, ve bununla oynarken yaralanan 6 yaşındaki bir çocuğun uğradığı zararı tazminle mükellef olur. Bu mevzuda Ankara Asliye 3 üncü Hukuk Mahkemesinin mükemmel ve ileri düşünceli bir kararı vardır. Belediye kendisine ait bir kamyonun yaptığı bir kaza dolayısıyla, arabanın çabuk durmasını temin eden idrolik frenlerin kamyonda bulunmaması sebebiyle mesul edilmiştir. Bu kararın mucip sebeplerinde şöyle söylenmektedir: «hukuk nizamı tehlikeli vasıtalar kullananlara, ve bu vasıtalarla menfaat temin edenlere, bu vasıtayı en az tehlike arzedecek durumda bulundurmalarını emreder, müddeialehy idare ticaret sahasında idrolik frenli kamyonlar bulunduğu halde, daha büyük tehlike arzeden, çabuk frenli kamyon kullanmış olmakla kusurlu hareket etmiştir, bu kusurun neticesine katlanmak mecburiyetindedir» [34]. Bu mevzuda diğer bir temyiz kararında, Demiryolları İdaresine ait manevra sahasına kimsenin girmemesini temin için adam ikame edilmesi, ve bu adam tarafından bu sahaya girmek isteyen şoföre işaret verilerek geçmemesi lâzım geldiği hakkında malûmat verilmiş olmasına rağmen buraya girerek, bir lokomotifle çarpması ve hasara uğramasından dolayı, Demiryolları İdaresine kusur isnat edilmesinin doğru olmayacağı neticesine varılmıştır [35]. Buna benzer bir Federal Mahkeme kararında da, umumun girmesinin menedildiği, meşru girişin olmayacağı yerde, umumun korunmasına dair hususî tedbir alınması zarurî görülmemiştir [36].

3. Objektif ihmal mefhumunun kıymet ve ehemmiyeti:

Kusurun objektif kriterine rağmen, insanlar arasında müsavat yoktur. Aynı hâdise, bir şahıs için sübjektif bakımdan muahezeyi mucip ol-

[33] Bu kararın türkçe tercümesi Adalet Dergisi 1946, s. 414 de nesredilmiştir.

[34] Bu karar, İzmi. Baro Dergisi, sayı 41 (1946), s. 56 da intisar etmiştir (Ankara Asliye 3 üncü Hukuk Mahkemesinin 25/3/1943 tarihli ve 44/95 sayılı kararı). Dr. H. Belbez, «bu kıymetli kararı alkışlanmağa değer» bulmaktadır (Hava hukukunda sorum, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, c. 2, sayı: 1-2, 1947, s. 27).

[35] Yargıtay H.U.H., 28/2/1934 tarihli, ve 11/4-11 sayılı kararı (C. A. Gücün, a.g.e., s. 267).

[36] BGE., 63, II, 207.

duğu halde, diğeri için böyle olmayabilir. Böylece, kusurun sübjektif tarafı objektif esaslarla sarsılmış bulunmaktadır.

Objektif kusurun, veya mücerret ve dikkatli adam tipine göre tayin edilen kusurun tehlikeli olduğu, çünkü kusurdan çok uzaklaşarak, hâdiselerin maddiyetine dayandığı, bunun ise hasar nazariyesinden (sebebe mesuliyetinden) başka bir şey olmadığı söylenmiştir. Bu bakımdan, objektif kusurla objektif mesuliyeti yekdiğerine karıştırmamak lâzımdır. Objektif mesuliyet veya sebebe mesuliyeti tazminat talebine esas olmak üzere kusurun mevcudiyetini nazarı itibara almaz, bunu inkâr eder, ve sadece zarar verici fiille illiyet rabıtasının bulunmasını kâfi görür. Objektif kusurda ise, mesuliyet için kusurun bulunması şarttır. Ancak burada, failin ruhi hâli müşahhas olarak nazarı itibara alınmayıp, bu mücerret bir insanın hareket tarzile mukayese edilerek tayin edilir. «Objektif kusur objektif mesuliyetle karşılaştırılacak olursa, geniş ölçüde sübjektif kahr, zira burada mesuliyet ancak müddeialehyhin hareket etmesi icap ettiğinden başka türlü hareket etmesi halinde husule gelir» [37]. Bu cihet pek muhterem B. Ragıp Sarıca tarafından da vâkıfane bir şekilde izah edilmiştir [38]: «objektif ve mücerret mahiyet arzeden ihmâl kıstası failin daha doğrusu fail yerine zihnen ikame olunan makul ve mazbut bir insanı nazarı itibara aldığı, ve bu kimsenin telâkkisine, düşüncelerine, kısaca hareket tarzına yer verdiği, ve hattâ bu hayalî ve ideal insanın psikolojisini bir ölçü olarak ittihaz ve kabul ettiği için, yine son bir tahlilde ve neticeten psikolojik, şahsî ve sübjektif bir mahiyeti haiz bulunmaktadır... Kaldı ki von Tuhr ihmâl kıstasında failin içtimaî mevkiinin nazara alındığını, hattâ ihmâlin teşhis ve tespitinde mühim rol oynadığını söylüyor. Demek ki bu kıstasta failin kendisi, şahsî tamamile hesaba katılıyor. İşte kıstasın bu bakımdan sübjektif mahiyet arzettiği söylenebilir».

Objektif ihmâl mefhumuna yapılan diğere bir itiraz, buradaki objektivizmin temyiz kudreti hudutlarında durdurulamıyacağı, ve gayri mümeyyizlerin dahi mesuliyetlerini tesis etmeğe kadar gideceğidir. Borçlar Kanunumuzun 54 üncü maddesinde, esasen gayri mümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyetleri tanzim edilmiş, ve bunun tatbiki gayri mümeyyizlerin farazi bir kusuruna istinat ettirilmiştir. Yani gayri mümeyyizlerin fiilli, mümeyyiz bir şahısta bulunsa idi bir kusur olarak tavsif edilebilecek bir mahiyeti haiz ise, hakkaniyet icaplarına göre mesuliyeti mucip olabilir (bu meseleye ileride bütün tafsilâtile temas edeceğiz). Fransız Medeni Kanununda gayri mümeyyizlerin mesuliyetini tanzim eden hiç bir hüküm bu-

[37] H. et L. Mazeaud, a.g.e., t. I, p. 424, Nr. 424.

[38] R. Sarıca, Şahsî kusur ve kıstasları, İst. Baro Dergisi, 1946, s. 99, not 17.

lanmadığından, bunların objektif kusur telâkkisine binaen kusurlu adde-dilmeleri, ve netice olarak mesul edilmeleri istenmektedir [39].

Zikrettiğimiz her iki itiraz da, büyük bir kısmı itibarile, haklıdır. Fakat buna rağmen objektif ihmal ve kusur mefhumu, bugünkü tazminat hukuku için zarurîdir, ve esaslı mefhumlardan birisidir.

Yapılan ilk itiraz, yani tazminat mükellefiyetinin objektif olarak tavsif edilen bir vakiya bağlanmasının sebep mesuliyetinde yapılandan başka bir şey olmadığı fikri, objektif mesuliyet ve objektif kusur arasındaki fark müstesna, hakikate yakındır. Nitekim Alman Medenî hukuk reformunun tazminat hukuku ile meşgul olan komisyonunda ihmal mefhumunun objektif olarak takdir edilmesi icap ettiği kararlaştırılmış, ve kusur mefhumu ne kadar objektif olarak takdir edilirse, o kadar da hasar (sebebiyet) prensibine yaklaşacağı tasrih edilmiştir [40].

İkinci itiraz, objektif kusurun temyiz kudreti hudutlarında durdurulamıyacağı da bir hakikattir. Nitekim Borçlar Kanunumuzun 54 üncü maddesinin İsviçrede tatbiki, ve Fransız hukukunda gayri mümeyyizlerin mesuliyetine dair son temayül, kusurun gayri mümeyyizlere teşmil edilebileceğine dair bir delil olarak kabul olunabilir. Ancak Fransız hukuku için tehlikeli bulduğumuz nokta, gayri mümeyyizlerin mutlak olarak kusur ehliyetlerinin kabulüne dair olan düşüncedir. Halbuki bu hususta hakkaniyet mülâhazası hâkim olmalı, ve böyle bir mesuliyet gayri mümeyyizi maddî bakımdan müşkül bir duruma sokmamalıdır.

Borçlar Kanunumuzun 54 üncü maddesinden maada, birer dikkat ve ihtimam vecibesinden başka bir şey olmıyan, iş gördürenlerin, hayvan idare edenlerin, bina ve inşa eseri mâliklerinin, ev reislerinin mesuliyetleri, kanunen tayin edilen bir vecibe durumunun ihlâlîne istinat etmektedir. Prof. Homberger'e göre, bu hususî mesuliyetler umumî kusur mesuliyetinin (B. K. 41) hiç bir zaman yapamayacağı terakkiyi yapmıştır [41]. Zira, irade noksanı olarak, temyiz kudretinde durmak mecburiyetinde olan kusur hakkında, hukukî inkişaf bir adım daha atmış ve gayri mümeyyiz iş gördüreni, gayri mümeyyiz hayvan idare edeni, ve gayri mümeyyiz inşa eseri mâlikini, onların yerinde bir mümeyyiz bulunsaydı ondan istenecek olan ihtimam vecibesini kâfi derecede yapmadıkları sebeble mesul etmiştir.

Bu suretle, objektif ihmal ve kusur mefhumu, tazminat hukukunda

[39] H. et L. Mazeaud, a.g.e., t. I, p. 452 et 462; ve Tribunal d'Yvetot 25 juillet 1946, sem. jur. 1946, II, 3299, ve revue trimestrielle de droit civil, 1947, p. 32.

[40] H. Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, Leitsätze Nr. 5, s. 13.

[41] Homberger, a.g.e., s. 28-29 a.

büyük bir ehemmiyet kazanmıştır. Bu bir prensip değildir, bizatihi mesuliyet tesis edebilir, fakat bunun müstakil olarak mesuliyetin meşruiyetini izah mânası yoktur. Burada kusurlu hareket, hukuk kaidesine aykırı hareket mânasındadır, ve objektif kusur hukuka aykırılığa yaklaşmakta ve meşruiyetini onda bulmaktadır [42].

Objektif kusur mefhumu ile, sebep mesuliyeti karşısında, kusur mesuliyeti sertliğinden kaybetmekte ve aradaki fark fiiliyatta azalmaktadır. İsviçrenin yeni ve büyük hukuk âlimi Prof. Oftinger'in dediği gibi: «sübjektivizm ve objektivizm arasındaki daimî zıddiyet ve mücadelede zafer muntazaman sonuncusunda kalmaktadır. Bununla tazminat hukukunda mânevî an arka plâna düşmektedir. Bunun sebebi, bir taraftan müspet hukukun tatbik kabiliyeti icaplarının kifayetsizliğinde, diğer taraftan da birleşmiş bir hukuk nizamı olarak hukukun fonksiyonundadır» [43].

§ 4. Kusur prensibine karşı yapılan tenkitler ve sebep mesuliyetinin meydana gelmesine âmil olan sebepler.

Kusursuz mesuliyet vakıa ve cereyanını ve bu mevzuda ileri sürülen müspet fikirleri tatbik etmeden önce, bu yeni temayülün hemen bütün taraftarlarının birleştiği, kusur prensibinin tenkit ve inkârına dair dermeyan edilen mülâhazaları, ve sebep mesuliyetinin ortaya çıkmasına âmil olan zaruretleri mütalâa etmek lâzımdır.

I. Kusur prensibine karşı yapılan tenkitler:

1) Kusur prensibine karşı yapılan ilk itiraz, mesuliyet tesis edici bir unsur olarak, kusur gibi farazî ve hayalî bir mefhumdan hareket edilmesine taallük etmektedir. Fransız hukukçusu Jossierand «kusur haksız fiil mesuliyetini sun'î olarak izah eden bir göz boyama (stratagème), teknik bir usul olmaktan başka bir kıymeti haiz değildir» demektedir [1]. Keza G. Ripert, kusur mefhumunun, diğer hukukî mefhumlardaki teknik sarahati haiz olmadığına işaret etmektedir [2].

Yapılan bu tenkit kusur prensibinin birinci fonksiyonuna (bk. § 2,

[42] Homberger, a.g.e., s. 22 a,

[43] K. Oftinger, a.g.e., I, s. 108.

[1] L. Jossierand, cours de droit civil positif français, t. II, Nr. 513. Ayrıca bk.: geçen paragrafta not 1 de yazılı olan, H. Capitant'ın fikirleri.

[2] G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 3ème éd., Paris 1935, p. 232.

III, 1) ve mesuliyet tesis edici bir mahiyeti haiz olmasına karşı yapılmakta, ve kusur tazminat talebinin şartı olarak reddolunmaktadır. Bunu ilk reddedenlerden birisi Alman hukukçusu Binding'dir. Binding'e göre, tazminat hukukunun kaynağını kusur anında gören telâkki, tazminat ve cezanın aynı olduğu düşüncesine müncer olmak zaruretindedir. Halbuki Binding'e göre, ceza hukuku ile medenî hukuku açık bir şekilde ayıran, modern hukuk bunu reddetmektedir, «tazmin mahiyetinde olan vakıalar yalnız suç mahiyetinde olmazlar, başkasının mâmelekine dokunan kimse, fiili gerek haklı bir gaye takip etsin (vekâletsiz iş görme), gerek haksız bir gaye takip etsin (haksız fiil), bu mâmelekin karşısında bir şibih mukavele ile borç altına girer» [3].

Bunun gibi, maruf Fransız hukukçusu R. Saleilles aynen şöyle söylemektedir: «faaliyetimizin ve hürriyetimizin en küçük tezahüründe bile bu kusur fikrinin öne sürülmesi kadar yanlış, ve bazan utandırıcı bir şey yoktur. Muayyen bir fiil işleyene ait alelâde bir vakıa ihtiyatsızlık olarak tavsif ediliyor, bir kazanın vukubulması talihsizliği bir kusur veya suç oluyor. Hakikati halde kusurdan bahsedenlerin onda dokuzu, ve ilk olarak hâkimler herkesin böyle bir halde bu kadar yapacağını bilmektedirler, yalnız diğerleri kimseye bir fenalık yapmamak şansını haiz olmuşlardır. Bu bir kusur meselesi değil, tesadüf meselesidir. Böyle olduğuna göre vakıaları isimleriyle gösterelim. Kusur meselesini bir tarafa bırakıp, sosyal bakımdan daha hakkaniyetli, ve ferdi vakara daha uygun olan, hareket eden herkesin iradî ve serbest bir fiili neticesinde bir felâket meydana geldiği takdirde, failin tehlikeyi serbestisinin bedeli olarak ödemesi fikrini kabul edelim» [4].

2) Kusur prensibinin ikinci fonksiyonuna karşı yapılan tenkitler daha şiddetlidir. Kimsenin kusuru olmadan bir zarar vukubulduğu takdirde, bunu kim yüklenecektir? Fail mi, yoksa mağdur mu? Kusurlu olması halinde, failin mesul olacağı şüphesizdir. Fakat hiç bir kusur ika edilmiş değilse, niçin zarar mağdurun omuzlarına yüklensin de, faile yüklenmesin?

Burada kusur nazariyesinin, hakikaten en zayıf noktası ortaya çıkmaktadır. Zira klâsik olan bu telâkki tarzına göre, bir kusur olmadan vukubulan zararlar mağdura aittir, «mukadderatın karanlık kuvvetile

[3] De Félice, du principe de la responsabilité causale en matière d'actes illicites, Verhandlungen des schweiz, Juristenvereins, 1903, Heft: 4, p. 225, aussi dans, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. 22, p. 625.

[4] Ch. Massigli, les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle, (l'oeuvre juridique de R. Saleilles, p. 140).

mağdur seçilmiştir ve insanlar mukadderat önünde eğilmeğe alışmışlardır, fail ve mağdur sıfatları mukadderat tarafından verilmiş bulunmaktadır» [5].

Bu düşünce şiddetli itirazlara uğramaktadır. Ezcümle Binding şunları söylemektedir: «seçilecek iki şahıs zararı tahammül etmek üzere oradadır. Bu zararı sebebiyet verene mi, yoksa maruz kalana mı tahmil edelim, hangisi daha doğrudur? Mesele bir an bile şüpheli olamaz. İnsan kusurlu olarak, veya olmıyarak yaptığı fenalığı tamir etmelidir. Bir kimse fikir teşevvüşü içinde kendisine ait olmıyan eşyayı tahrip etmişse, o zararın failidir. O, başkasının haklarını zarara sokmuştur, ve mağdur ondan daha masumdur. Aktif olan hareketlerinin neticelerini çekmelidir, mağdur değil. Mağduru kat'î olarak bu vaziyette bırakmak için hukukta bir prensip bulunamaz, hattâ maruz kaldığı zararın bir kısmı dahi onun uhdesine bırakılamaz... Ancak mutazarrır zararın husule gelmesine birlikte sebebiyet vermişse, zarar hakkaniyet dahilinde taksim edilebilir» [6]. Saleilles de meseleyi aynı şekilde mütalâa etmektedir: «mesuliyeti ferdi kusurla tahdit etmek pasif bir durumda kalan kimseye bir kayıp hükmetmektedir, halbuki adalet herkesin fiillerinin neticesini taşımasını istemektedir» [7], «medeni suç (haksız fiil) taşan faaliyetile, ve ekseriya mace-rah, tehlikeli teşebbüslerle modern hayatın tehlikesidir. Yalnız büyük sanayi tehlikeleri olduğu zannedilmemelidir. Her mevcudiyetin kendi tehlikeleri vardır. Burada gayri ahlâkî olan, hattâ kusur olmasa dahi tehlikenin faaliyetin aksülâmeline maruz kalan diğer şahıslar tarafından yüklenilmesi, ve bir faaliyet icra ederek menfaat elde eden kimse tarafından yüklenilmemesidir. Herhangi birisi faaliyette bulunuyor, farzedelim ki kusuru yoktur, birisini zarara sokuyor, bunu kim tazmin edecektir? Eğer hukuki telâkkilerimiz üzerine çöken Roma hukukunun uzun an'ane asırları olmasaydı, aklüselim ve bilhassa ahlâkî hissimiz buna şu cevabı vermekten geri kalmıyacaktı: bunu teşebbüs sahibi ve fail olan kimse ödeyecektir, diğerine gelince, o pasif olarak buna maruz kaldığından ve kendisi tarafından hiç bir teşebbüste bulunulmadığından, zararı tazmin edilecektir. Teşebbüsleri cesaretsizliğe sevkeden hasarları ödemek değildir, fakat tediye miktarı hakkındaki gayri muayyenliktir» [8].

Gerçekten, hiç bir kusur ika edilmeden, bir kimsenin fiilile diğerinin

[5] G. Ripert, a.g.e., p. 223.

[6] Binding, Normen, 2 nci tabı, I, s. 427, De Felice, a.g.e., p. 225-226 dan naklen.

[7] R. Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation, 3ème éd., Paris 1925, p. 376, note: I.

[8] Ch. Massigli, a.g.e., p. 441.

zarar görmesi hâlinde, bunu mukadderat, talih gibi metafizik mefhumlara atfederek mağdura tahmil etmekte ne mantıkî ve ne de hukukî bir katiyet vardır. İlmî ve medeniyetin bugünkü ilerlemesi karşısında, zararların talih, tesadüf gibi meçhul âmillere atfedilmesi bir gerilik ifade eder. Hukuk ve adalet, bir kimsenin giriştiği faaliyetten husule gelen zararların, evvelden tahmin edilememiş olsalar bile, fail tarafından yüklenilmesini icap ettirir, çünkü bütün hâllerde fiil mağdurdan ziyade faile aittir. Mesuliyet hukukunun son tekâmülünde, zararları mağdur değil, daima bir diğeri, fail veya bir üçüncü şahıs üzerine alır (iş sahibi, sigortacı gibi). Hukukî mesuliyetin mihveri değişmiştir, bunu tevlit eden de bilhassa mesuliyet sigortasıdır.

3) Kusur prensibine yapılan tenkitlerden mühim bir kısmı, bunun istinat ettiği ferdiyetçi sisteme taallük etmektedir.

Sübjektif mesuliyet nazariyesinin, fert fikrinden hareket eden, dünyada yalnız onu mevcut addeden, onunla meşgul olan ferdiyetçi bir nazariye olduğu, ve bunu hukukî mesuliyete esas olarak almanın de yanlış olduğu söylenmektedir. Bu şekilde, ferdiyetçi düşüncenin karşısına, materialist ve sosyalist doktrinler çıkmaktadır. Bu hususta, en mühim rol oynayan ve büyük bir tesiri haiz olan fikir sosyal düşüncedir. Sosyal düşünce karşısında ferdiyetçi sistem büyük mîkyasta geri çekilmek mecburiyetinde kalmaktadır. Ferdiyetçiliğin karşısında yer alan bu sistemleri, sebep mesuliyetinin inkişafına âmil olan sebepler meyanında tetkik edeceğiz.

II. Kusursuz mesuliyet fikrinin inkişafına sebep olan âmiller:

Tazminat hukukunun kusursuz mesuliyet veya sebep mesuliyetine doğru tekâmül etmesine başlıca şu âmiller sebep olmuştur:

1) Sınai ve teknik terakkiler.

18 inci ve 19 uncu asırlarda kuvvetli bir sanayileşme hareketi, büyük fabrikaların kurulması, makineye dayanan seyrüsefer, yeni keşifler, ve bunların tatbiki, medeniyetin süratle inkişaf etmesi ve içtimaî münasebetlerin gittikçe müdil bir şekil alması neticesini meydana getirmiştir. Bunun tesirile büyük ticaret ve sanayi merkezleri kurulmuş, insanlar ve iktisadî faaliyet büyük mîkyasta şehirlerde toplanarak, fazla nüfuslu iş ve hareket merkezleri meydana gelmiştir. Bir taraftan, muayyen mıntakalarda insanların çoğalması ve diğer taraftan makine ile yapılan istihsal ve nakliyat kazalarının çok geniş ölçüde artmasını mucip olmuştur.

Bu suretle, modern hayat tehlikeler yaratan bir mahiyet almıştır.

Teşkilâtlanmış her cemiyet, bu zararlara karşı korunma tedbirleri almak mecburiyetindedir. Aksi takdirde, her hukuk rejiminin esaslı prensibi olan, herkesin haklarının mevcudiyeti esası sarsılmış olur. 19 uncu asra kadar bu zararlar nadir olduğundan ve bunlara sebep olanlar cemiyet içinde mevki ve nüfuzu kuvvetli kimseler olduğundan, bu zamanlar, bir müellifin dediği gibi [9], «hukuki mesuliyet mevzuunda bir sulh devresi» olmuştur. Geçen asırdan itibaren, ilmin ve tekniğin ilerlemesi ve makine sanayiinin görülmemiş bir şekilde inkişafı, bütün içtimâî kaideler altüst olmuş, ve bu arada hukukî mesuliyet için kusur aranmasına imkân kalmamıştır. Bugün bu büyük tehlikeler karşısında fertleri himayesiz bırakmak, kaza ve zararları bunlara maruz kalanlara yüklemek, bunların ezilmesini kabul etmekle müsavidir. Prof. Savatier bu değişikliği şu şekilde izah ediyor: «kusur mesuliyeti insanın madde üzerinde fikrî bakımdan hâkim olma şuurunu haiz olması düşüncesine istinat ettiği halde, yeni mesuliyet telâkkisi insanın maddeye eskisi gibi, bilhassa fikrî bakımdan hâkim olamaması, fakat onu kullanmaya, ondan istifade etmeğe daha ziyade bağlanmış bulunmasından neşet etmektedir» [10].

2) Kusuru ispat güçlüğü.

İnsan ne kadar çok tehlikede olursa, o kadar da bir mesule karşı kanun veya hâkim tarafından korunmak ihtiyacını hisseder. Kütlenin maruz kaldığı bu daimî zarara uğramak tehlikesi karşısında, bunların tazmin edilmeleri hususunda isteklerin çoğalması tabiidir. O zamana kadar cari olan kusur mesuliyeti esası bu zavallıların yardımına koşacak vaziyette değildir... Çünkü tazminat talebinin kabulü için failin kusurunun ispatı lâzımdır. Halbuki bu kazaların ekserisinde, böyle bir delil getirmek, failin kusurunu ispat etmek imkânsızdır. Alman hukukunda söylendiği gibi, burada bir «Beweisnotstand - ispat bakımından ıztırar vaziyeti» vardır [11]. Fabrikalarda, iş kazalarında hakiki ve tek bir sebep mevcut değildir. Bunun sebebi, umumiyetle teknik ve müdil bir mahiyeti haizdir, ve ferdin mevkii «mukadder sebep zinciri içinde mevzii olarak kalmaktadır» [12]. Keza seyrüsefer kazalarında, tazminatın verilmesini failin kusuruna bağlamak, birçok hallerde bunun verilmemesini tanzim etmek demektir.

[9] H. de Page, traité élémentaire de droit civil belge, 2ème éd., t. II, p. 859.

[10] R. Savatier, du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens, la responsabilité civile, Paris 1945, p. 87.

[11] von Tuhr, a.g.e., p. 353.

[12] K. Otfinger, der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht und in der Haftpflichtversicherung, schweiz. Juristen Zeitung, 39. Jahrg. (1943), s. 548.

Josserand'ın dediği gibi, «tahakkuku, tatbik kabiliyeti temin edildiği takdirde ki hakikî bir hak mevcut olur. Hiç bir hakkı olmamak, veya kazanabilmek imkânsızlığı içinde bir hakka sahip olmak aynı şeydir» [13]. Kazalar تنها bir yerde vukubulabilir veya kazaya şahit olanların gördükleri ve söyledikleri birbirine uymayabilir. Netice itibarile, zarara uğrayanlar bu ispat külfeti dolayısıyla gayet zor bir duruma düşmektedirler.

3) Kusur esasının kifayetsizliği.

Makine ile yapılan istihsal, inşaat ve nakliyatta vukubulan kaza ve zararlar da, kusurun mevcudiyeti ispat edilse dahi, ekseri hallerde zararın büyüklüğü karşısında failin veya müstahdemin kusuru ehemmiyetsiz kalır. Bu nispetlilik işletmenin mesuliyetini ilk safaya geçirmektedir. Bilhassa büyük işletmelerde vukubulan kazalarda, tren, tramvay, tünel, otobüs ve uçaklarla yapılan gayet seri, fakat o derece tehlikeli seferlerde, bunların arzettikleri tehlike ihtimali, kemmiyet ve keyfiyet bakımından artmıştır. Eskiden el tezgâhında çalışan işçi yerine bugün müterakki ve müdil makine işçisi kaim olmuştur. Bu yeni sanayi usulünde, eskisinden daha çok, daha kolay ve daha çabuk netice elde edilmesine ve işletme sahiplerinin daha çok kazanmalarına karşılık, bunların tevlit ettiği kazalar miktar bakımından fazlalaştığı gibi, aynı zamanda keyfiyet bakımından da daha vahimleşmiştir. Keza, seyrüsefer kazalarında da aynı vaziyet meydana gelmiştir. Eski atlı araba seyahatlerine nazaran, bugünkü tren, otobüs ve uçakla yapılan seyahatlerin arzettiği tehlike fevkalâde büyüktür. Eskiden bir iş kazasında veya bir arabanın devrilmesinde, bir veya birkaç kişi yaralandığı veya öldüğü halde, bugün bir fabrika kazanının infilâkında, veya bir tren veya bir otobüs kazasında, kolayca yüzlerce insan zarara uğrayabilmektedir. Bütün bu teknik terakkiyattan istifade ederek servet sahibi olan kimselerin, üçüncü şahısların uğradıkları zararları tazmin etmeleri istenmekte, ve böylece işletmenin mesuliyeti ön plâna geçirilmektedir.

Teknik karakteri haiz asrımızın ve hayatımızın çok cepheli tehlikelelerine karşı kusur esasını kâfi gelmemektedir. Bütün tedbirler alınarak tehlikeli bir iş yapılmasında bir kusur bulunmadığı muhakkaktır. Fakat bunlardan sık sık kazalar vukua geldiği de bir hakikattir. Burada kusur prensibi en geniş mânâsında alınsa dahi, yine tatmin edici bir netice husule getirmez. Nitekim demiryollarının tesis edildiği ilk senelerde Münih Yüksek Mahkemesinin (Oberlandesgericht) 16 Nisan 1861 de vermiş olduğu meşhur bir kararda, demiryolları işletmesinin bizatihi ihmali bir fiil ar-

[13] L. Josserand, *Évolution et actualité*, Paris 1936, p. 32.

zettiği sebebi kabul edilerek, bunun mesuliyetine hükmedilmiştir [14]. Bu karar, daima ilerleme ve tekâmül halinde olan hayat icaplarının, kanunun sabit çerçevesini aşmasının, ve tehlike mesuliyetinin kusur mesuliyeti vasıtasile tesis edilmek istenmesinin dikkate şayan bir misalidir. Bu nevi bir muhakeme tarzının sakatlığı görüldüğünden, demiryolları işletmesinin ve diğer bazı tehlikeli işletmelerin kusursuz mesuliyetleri hususî kanunlarla tanzim edilmiştir.

4) Tazminat hukukunda sosyal düşünce.

Evvelce de söylemiş olduğumuz üzere, klâsik nazariyenin hâkim olduğu düşünce, kuvvetlinin haklarının tercih edildiği ferdiyetçi bir düşüncedir. Buna göre, kaza ve zararlar tevekkülle karşılanmakta ve meselâ Montaigne «birinin zararı diğerinin menfaatıdır» diyerek, bunu feylezoflukla kabul etmektedir [15]. Keza şu Fransız darbimeseli de «kuvvetlinin hakkı daima tercihe şayandır», bu egoist fikri ifade etmektedir.

19 uncu asırda kazaların ve bunlardan mağdur olanların miktarı arttıkça, umumî hassasiyet de artmış, ve insanların bunları telâkki ediş şekli değişmiştir. Eskiden failin kusuruna, ve bu bulunmadığı takdirde mukadderata atfedilen kazalarda, bugün muhakkak bir mesul aranmakta, ve zararların tazmini istenmektedir. Böylece, mesuliyet hukukunun insanî esasının yanında, aynı zamanda sosyal düşünce de yer almaktadır. Muazzam sermayeler, ve makine karşısında her bakımdan zayıf kalan, ve emeğiyle geçinmek mecburiyetinde olan büyük bir kütlenin himayesi, kuvvetlinin karşısında zayıfın korunması gayesini takip eden sosyal düşünce, tazminat hukukunda mukadderata bırakılan esaslarla şiddetle mücadele etmektedir. Kusur prensibinin taraftarlarından olan Ripert dahi, «demokrasinin zararların tazminine bigâne kalamıyacağını, onun ictimai tesanüdü kabul ederek, malları olduğu gibi tehlikeleri de taksim edeceğini, söylemektedir [16]. Görülüyor ki sosyal düşünce, cemiyet içinde zayıf ve mustarip insanların himayesine taallük etmekte, ve hodbin ferdiyetçilikle mücadele etmektedir. 1789 Fransız İhtilâlile tahakkuk eden siyasi ve hukuki müsa-

[14] Theo Guhl, *das schweiz. Obligationenrecht*, 3. Auflage, s. 128. Yargıtay Umumi Heyetinin vermiş olduğu 23/5/1945 tarihli ve 4-36/53 sayılı kararı (Adalet Dergisi 1945, Yargıtay kararları hukuk kısmı, s. 147) kusur esasının bir tatbiki mahiyetinde olup, hic de tatmin etmeyen bir neticeye varmaktadır. Buna mukabil Yargıtay 4 üncü Hukuk D.sininin 25/6/1940 tarihli, 1002/1540 sayılı kararı (İzmir Baro Dergisi, sayı: 14 (1941), s. 129) bugünkü hukuk temayülâtına daha uygundur.

[15] L. Jossierand, *évolution et actualité*, p. 33.

[16] G. Ripert, *le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1936, p.384.

vat iktisadî müsavatsızlıkları içine almıyordu, ve iktisadî sahada Devletin nâzım bir rol oynaması dolayısıyla, kuvvetlilerin iktisadî bakımdan zayıfları ezmesine müsamaha ediliyordu. Bu suretle «hukukî müsavat rejimi, kuvvetliler için bir imtiyaz rejimi oluyordu» [17]. Bugün hukuk nizamı iktisaden zayıf durumda olanların vaziyetlerini düzeltmek için müdahale etmekte, ve patron karşısında işçiyi, ve büyük işletmeler karşısında halkı, motörlü nakil vasıtaları karşısında bunlara binenleri ve yaya yürüyenleri korumak mecburiyetini hissetmektedir.

Ferdiyetçi Roma hukukunda ve Alman şairi Heine'nin «hodbinler incili» adını verdiği [18] Pandekt hukukunda sosyal düşünce nazarı itibara alınmamıştır, ve esasen o zamanki cemiyetin teşkilât ve bünyesi de böyle bir cereyana müsait değildi. Tazminat hukukunun bu temayülü, teknik terakkilerin elde edildiği yeni zamanlara ait kuvvetli bir fikirdir. İsviçrede fabrika sahiplerinin mesuliyetine dair kanunun genişletilmesine dair yapılan müzakerelerde, tanınmış politikacı ve âlim H. Decurtius, İsviçre Millî Meclisinde 1885 de: «her devrin, halkın yaşama kuvveti ve mevcudiyet sebebinde hal tarzını bulan kendisine has büyük meseleleri vardır; 16 nci ve 17 nci asırlarda bu dîni idi, 18 inci asırda diplomatik idi, bugün ise sosyaldır» [19], diyerek zamanımızda fikirlere kuvvetle hâkim olan sosyal düşünceyi tebarüz ettirmiştir. Keza 20 nci asır hukukunun sosyal temayüllü olduğuna işaret eden büyük âlim Prof. Egger, İsviçre Medenî Kanununun aynı zamanda sosyal ruhlu olduğunu ilâve etmektedir [20]. Bu mevzuda Fransız hukukçusu Jossierand çok daha ileriye gitmektedir: «değişmiş olan cemiyet için gençleşmiş sosyal bir kaide lâzımdır, ve kıymetini kaybetmiş olan kusur telâkkisi yerini tamamile, daha geniş bir mefhum olan hasar (risque) telâkkisine bırakmalıdır... Tanınmış müelliflerin zamanın geçmesini, ve hâdiselerin cereyanını durdurmak isteyen muhafazakâr fikir mukavemetlerine rağmen, günün hakikatleri tarihi hurafelerden daha kuvvetli olacak, ve gayri kabili içtinap olan şey bir gün tahakkuk edecek, sosyal zaruretle neticesinde, 20 nci asır cemiyeti kendi tasavvur ölçüsüne göre bir mesuliyet doktrini tesis edecektir» [21].

[17] G. Morin, La révolte du droit contre le code, Paris 1945, p. 111.

[18] Ch. di Saladits, Borçlar hukukunda yeni temayüller (terc. N. Poroy), Adliye Dergisi 1943, s. 77.

[19] K. Oftinger, der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, schweiz, Juristen Zeitung 1943, s. 548, No. 15.

[20] A. Egger, Modern medenî hukuktaki istihaleler (terc. H. Veldet), İst. Hukuk Fak. Mec., cilt: 4 (1938), s. 57.

[21] L. Jossierand, évolution et actualité, p. 68.

Keza bu mevzuda büyük hukukçu Duguit'nin fikirlerini de, bilhassa zikretmek lâzımdır. Bu müellife göre, ferdiyetçi hukuk sistemi, gerek tarihi, gerek hukukî bakımdan rasyonel bir imtihana dayanamaz zayıf noktaları haizdir. Duguit sosyal varlıkların mevcudiyetini en yüksek bir kıymet olarak almaktadır. Ona göre, hukukta bir fonksiyon, fertte bir vasıta mahiyeti vardır. İnsan sosyal makinenin bir çarkını teşkil eder, ve mevcudiyet sebebi, sadece içtimai eserde gördüğü iştir. Şu halde, ferdi hukuk yerini sosyal hukuka vermelidir [22], hukuk cemiyetin ondan istifade ettiği ölçüde mevcuttur, o insana tanınmış olan bir hak değil, bir fonksiyon veya bir vazifedir [23]. Hukukî mesuliyet mevzuunda kusur prensibi, Duguit'ye göre, kifayetsizdir. Fertle bir grup arasındaki münasebette bu grup âzası bir faaliyetten istifade ettiklerinden, bunun ferdi maruz bıraktığı tehlikeyi tahammül etmeleri doğru olur. Bu, içtimai tesanüt dolayısıyla, herkese terettüp eden bir mesuliyet hissesidir. Görülüyor ki, Duguit hukuk kaidesinin muayyen bir içtimai tesanüdü emrettiğini, ve başkasına zararlı bir fiil ikamın tesanüt fikrine aykırı bir fiil, bir haksız fiil olduğunu söylemektedir. Hukukî mesuliyet mevzuunda tesanüt, zararların en iyi tahammül edebileceklere yükletilmesinde tecelli eder.

Duguit'nin içtimai tesanüt ve kollektif mesuliyet hissesi hakkındaki fikirlerinin bizi daha mühim neticelere götürebileceğine işaret olunmaktadır [24]. Nitekim Baron Boris Nolde'un söylediğine göre, Sovyet Rusya Medenî Kanununu yazarlar üzerinde Duguit'nin fikirlerinin büyük tesirleri olmuştur [25].

[22] Muhterem hocamız Prof. A. F. Başgil, sosyal hukuku şu şekilde izah etmektedir: «sosyal hukuk sistemi, ferdi, ferdiyetçi hukuk sisteminde olduğu gibi cemiyet dışında, veya sosyalist hukuk gibi bir sınıf içinde değil, örfü, dili, ve tarihi duygusu, siyasi ve ekonomik menfaatları ile ayrı bir realite ve bir varlık olarak yaşayan millet cemiyeti içinde, ve bu cemiyetin bir uzvu olarak almaktadır. Devleti de sosyal tesanüdün mihreri ve suurlu merkezi olarak almakta, ve onu hayat mücadelesinde seyirci değil, faal ve nâzım yapmaktadır» (Türk işçi hukukuna giriş, Adliye Ceridesi, 1936, s. 1295). Ayrıca bk.: F. Arık, İçtimai hukuk, Adliye Ceridesi, 1942, s. 579.

[23] L. Duguit, les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris 1912, p. 154 (2 nci tabı: 1920); R. Demogue, traité des obligations en général, t. III Paris 1923, p. 450.

[24] R. Demogue, a.g.e., III, p. 450.

[25] B. Nolde, le code civil de la république des soviets, bulletin de la société de législation comparée, 1921, p. 239.

5) *Ferdiyetçi düşünce karşısındaki diğer temayüllerin tesiri.*

Kusursuz mesuliyet fikrinin inkişafında diğer anti-endividüalist fikirlerin de tesiri olmuştur, diğer bir ifade ile, ferdiyetçi zihniyetin karşısında yer alan diğer doktrinler de sebep mesuliyetine taraftar olmuşlardır. Burada bilhassa materyalist telâkki ehemmiyeti haizdir. Buna ceza hukukundaki pozitivist nazariyeyi de ilâve edebiliriz.

Materyalist doktrin insan ruhunu inkâr eder, ve bu bakımdan spiri-tüalist doktrin zıddıdır. Materyalist telâkkiyi medenî hukuka sokmak isteyenler, hakların karşılaşmasında sadece mâmelekleri, maddî malları görmekte, ve bunun neticesi olarak borçlu olan kimsenin şahsını ve dola-yısıyla kusurunu nazarı itibara almağa lüzum ve ehemmiyet vermemekte-dirler. H. ve L. Mazeaud'nun dedikleri gibi, «bir mâmelek maddî şeylerin heyeti mecmuasıdır, ve bir kusur irtikâp edemez, şahsı bertaraf etmek, kusuru da bertaraf etmektir» [26]. Bazı müellifler de, bunun aksi bir muhakeme tarzı yürüterek aynı neticeye vasil olmaktadırlar. Meselâ, Sava-tier'ye göre, hukukî mesuliyette kusura aslî vasıf ve ehemmiyeti tanıma-mak, ve onun yerine hasarı (risque) ikame etmek, maddenin ruh üzerin-deki zaferini temin edecektir» [27]. Keza Ripert'e göre, «hasar nazariyesi hakikati halde hukukî mesuliyete materyalist bir fikir getirmiştir, bu na-zariye taraftarları buna yüksek içtimâî bir kıymet vererek, bunun mad-deciliğini gizlemişlerdir» [28], «hukukî mesuliyetin bu esaslara dayan-ması üzerinde zayıfların himayesi, ve zenginlerin iz'acı hususunda siyasi bir hareket vardır» [29].

Tazminat hukuku üzerinde pozitivistin tesiri, cezaî mesuliyeti ku-surdan müstakil olarak telâkki eden pozitivist İtalyan mektebinin, hukukî mesuliyet sahasındaki akisleridir. Bu mektebin müessislerinden olan Ferri, cezaî mesuliyette irade serbestisini, ve kusuru inkâr eden determi-nist ve pozitivist İtalyan mektebinin, hukukî mesuliyetteki objektif naza-riye ile alâkası bulunduğunu, ve sonuncusunun birincisinin tesiri altında inkişaf ettiğini yazmaktadır [30]. Cezaî mesuliyetle hukukî mesuliyeti birlikte mütalâa eden bu fikir pek tasvip edilemez. Ceza hukukunda pozi-tivist cereyan, cemiyetin müdafaası fikrinde meşruiyetini bulur. Bir fer-

[26] L. Mazeaud, Henri Capitant et l'élaboration de la théorie française de la responsabilité civile, Livre publié à la mémoire du Prof. Capitant, Paris 1937, p. 40.

[27] R. Savatier, traité de la responsabilité civile, t. I, p. 361.

[28] G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, p. 226.

[29] G. Ripert, le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 370.

[30] Ferri, sociologie, p. 399; H. et L. Mazeaud, a.g.e., t. I, p. 76 (bunun len-kidi: aynı kitap, p. 370).

din uğradığı zarar, her ne kadar cemiyet için bir tehlike arz etmezse de, ferdin zararının tazmini içtimaî menfaat iktizasındandır. Fakat bu cezai mesuliyetle hukukî mesuliyeti birleştirmek için bir sebep teşkil etmez. Hukukî mesuliyetin gayesi farklıdır, ve zararların telâfisini istihdaf eder.

Materyalist telâkkiler kusursuz mesuliyete taraftar olabilirler. Bunu sırf bu sebepten reddetmek, onun vasıflarından birini fena tanımaktır. Sebep mesuliyetinin inkişaf ve terakkisine sebep olan başlıca âmîl, zayıf ve güç durumda kalan zarar kurbanlarına yardım etmek arzusudur, yani kısaca sosyal düşüncedir. Materyalist cereyanın yanında asıl büyük bir kıymet ve ehemmiyeti haiz olan budur. Bu sosyal noktai nazarı benimsemek için, determinist felsefe görüşünün kabul edilmesi zarurî değildir [31]. Mesuliyet hukukunun sebep mesuliyetine doğru takip ettiği temayülün esas sebebi, teknik ve makinenin terakkisi dolayısıyla, üstün kuvvetler karşısında çaresiz olarak passif kalmak mecburiyetinde olan insanlara, kazazedelere yardım etmek ve onların tazminat almalarını temin etmek düşüncesidir. Ripert'in dediği gibi, «demokrasi daima mümkün gördüğü bir saadet fikrine inanarak, zarar vermeğe müstait olan kimseleri, kusurlu olmasalar bile bunu tazmine zorlamaktadır» [32]. Çünkü bu tehlikelerle daimî olarak temas halinde olan halkın en fakir kısmıdır, sanayi işçileri, her gün sokaklardan yaya olarak gidip gelenler gibi. Bunların maruz buldukları «tehlikeler her ne kadar nisbî, ve herkesin kazaya uğrayabilmesi mümkün ise de, asıl ehemmiyeti haiz olan nokta, bu kazaların tesirlerinin işi ile yaşayabilen kimseler için, şahsî serveti olanlara nazaran, çok vahim olmasıdır» [33]. Bu sebeple tarafların servet vaziyetlerinin mülâhaza edilmesi, ve tazminatın tayin ve tespîtinde nazarı itibara alınması hakkaniyet ve sosyal adalet icaplarından bulunmaktadır.

Diğer taraftan, casum sentit dominus esası, yani failin kusuru bulunmaması halinde, zararın tesadüfe izafe edilerek mağdurlara yükletilmesi esasının, hukukî mantığa ve hakkaniyete aykırı bulunduğu muhakkaktır. Eğer fail pasif kalmış olsaydı, mağdur hiç bir zarara uğramıyacaktı. Bir kimse faaliyete geçerse bundan neden başkası mutazarrır olsun. Bunun içindir ki, «pasif hâlinde mülâhaza bulunduğu takdirde, insanın mevcudiyeti darbelere maruz kalmaktadır, aktif hale geçince darbeler vurmaktadır, bunları yaratanlarla maruz kalanlar arasında mesuliyetin tevzii meselesinde, zararın birincisi tarafından değil, fakat ikincisi tarafından yük-

[31] R. Demogue, a.g.e., t. III, p. 463, note: 1.

[32] G. Ripert, le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 370.

[33] G. Ripert, a.g.e., p. 370.

nilmesi fikrini kim müdafaa edebilir» diyen Saleilles'in [34] sözlerine hak vermemek kabil değildir. Adaletin değişmez surette tatbiki kabul edilecek olursa, bu takdirde mantıkan, kusursuz zarar ikai halinde, bunun mağdura olduğu kadar faile de tatbik edilmesi icap eder, diğer bir hal tarzı zarar görenler için zalim bir adaletsizlik olur. Şu halde, ne failin, ne mağdurun muahezeyi mucip bir hareketleri yoksa, bunlardan hangisi mesul edilebilir, ve hangisi mesul edilmelidir? Bunu sebep mesuliyetine dair ileri sürülen muhtelif fikirleri tetkik ederken bulmağa gayret edeceğiz.

§ 5. Sebep mesuliyeti (terminoloji - tarihçe- muhtelif fikirler):

I. Terminoloji:

Yeni nazariyelere göre, bir kimsenin diğerinin fiili neticesinde maruz kaldığı zarardan bu sonuncusu mesul olur. Çünkü başkasına zarar vermiştir. Tazminat talebi için fazla bir şeye de ihtiyaç yoktur. Böylece, mesuliyet, failin mânevî durumunu, iyi veya fena hareket ettiğini, yani kusuru olup olmadığını nazarı itibara almaksızın tezahür etmektedir. Bu kusursuz bir mesuliyettir... Bu hususta muhtelif terimler kullanılmaktadır. En çok ismi geçen «sebep mesuliyeti» (responsabilité causale - Kausalhaftung veya Causalitätshaftung) dir. Keza, bu mevzuda sebebiyet prensibi veya kısaca sebep prensibi (le principe de la causalité - Veranlassungsprinzip veya Verursachungsprinzip) kusursuz mesuliyeti prensip olarak ifade etmektedir. Bu terimlerin pek isabetli olmadığı, ve illiyet veya sebebiyet rabitasının kusur mesuliyetinde dahi aranan bir şart olduğu söylenmektedir [1].

Bu mevzuda, aynı prensip ve mesuliyeti ifade eden diğer terimler de vardır. Bunlardan birisi, objektif mesuliyettir. Burada, sübjektif mahiyeti haiz olan kusur unsurunun aranmaması sebebiyle, mesuliyet objektif olarak tavsif ve tesmiye olunmaktadır. Bunun gibi, kullanılan diğer bir terim de, netice mesuliyeti (Erfolgshaftung) dir. Burada, sadece neticenin, yani zararın mevcudiyetinin ve bunun tazmin edilmesinin ehemmiyeti haiz olduğu ifade edilmek istenmektedir. Fakat sebep mesuliyetini netice mesuliyeti olarak tavsif etmenin yanlış olduğuna işaret olunmaktadır [2], zira zararın vukuuna iştirak eden fail, ancak ona sebebiyet verdiği ölçüde bu-

[34] Bk. Muhsin Rahnama'nın mezkûr tezi, p. 19.

[1] M. Graf, a.g.e., s. 24, Not: 21.

[2] H. von Waldkirch, Kausalhaftung und Kausalität im Verkehr, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. 62. Bd. (1943), s. 32, Not: 1 a.

nu tazminle mükellef olur, burada uygun illiyet esası carî olup, mesul şahıs bütün neticeden mesul tutulmayabilir,

Buna mukabil, tehlike mesuliyeti (Gefährdungshaftung), ve hakkaniyet mesuliyeti (Billigkeitshaftung) terimleri sebep mesuliyetinin iki nev'ini, ve hususî şeklini ifade etmektedir.

II. Tarihçe:

İlk çağlar hukukunda, hattâ Roma hukukunun ilk zamanlarında mesuliyet ve tazminat mükellefiyetinin sadece zarar verici vakıanın mevcudiyetine istinat ettiği umumiyetle kabul edilmektedir. Failin kusuru olsun, olmasın iradî bir şekilde hareket ettiği farzolunuyordu. Burada aranan yegâne şey duçar kalınan bir fenalığın mahsubu idi. Şahsî öç, kısas ve sonraları uzlaşma usulünün carî olduğu bu devirlerde, ceza ve tazminat hukukları yekdiğerine karışmış bulunuyor, ve zarar failinin kusuru ile meşgul olunmuyordu. Bu devirlerde, bahis mevzuu olan zararın tazmini idi [3]. Beşeriyetin bu ilk kültür durumunda, fena bir harekette bulunan kimse bunun neticelerini çekmekte, ve böylece herkes yaptığı zararlı fiillerden mesul olmaktadır. Fakat diğer taraftan Prof. Savatier'nin pek haklı olarak işaret ettikleri gibi, klâsik Roma hukukundan önce, kelimenin hakiki mânasında bir hukukî mesuliyet yoktur, şüphesiz başkasına iras edilen zararın tazmini isteniyordu, fakat bu daha ziyade, kısas usulünün, hususî intikam sisteminin bir neticesidir» [4].

Roma hukukunda dahi, hukukî mesuliyete dair umumî bir kaideye rastlanmamaktadır. Maruf lex Aquilia'nın ilk iki faslı hususî, ve üçüncü faslı biraz umumî mahiyettedir. Fakat bu kanunda dahi kusurdan bahsedilmemiştir. Medeniyetin ilerlemesile, zarar verici fiilin ne kadar vahim olursa olsun, yalnız başına nazarı itibara alınamıyacağı, ve bunun yanında failin az veya çok irade serbestisile hareket ettiğine, kusurlarına bakmak icap ettiği düşünülmeğe başlandı. Bu suretle Roma hukukunun klâsik hukuk devrinde, mesuliyet kusur istikametinde tekâmüle başladı. Böylece, kusur mefhumunun Roma hukukunda inkişafına şahit oluyoruz. Fakat burada, kusurun umumî bir mesuliyet prensibi olarak ifadesine erişilememiştir [5]. Bunun neticesi olarak, istisnai mahiyeti haiz olmak üzere, ku-

[3] A. B. Schwarz, Türkiye - İsviçre medeni hukuku ve Roma hukuku, Prof. C. Bilsel'e Armağan, İst. 1939, s. 411; Pacaud, la pesponsabilité des aliénés, revue critique de légis. et de jurisprudence, t. 34 (1905), p. 221.

[4] R. Savatier, du droit civil au droit public, p. 84.

[5] Bk. M. Rümelin, a.g.e., s. 4; M. Graf, a.g.e., s. 23; H. et L. Mazeaud, a.g.e., t. I, p. 23 et sv.

sursuz mesuliyet halleri daima mevcut olmuştur (meselâ, *actio de effusis et ejectis*). Fakat bu münferit mesuliyetler hakkında bir izah tarzı izhar edilememiştir. Ekseriya, bu bir kusur faraziyesile (*Culpafiktion*) izah edilmiş, bazan da hakkaniyet (*Aequitas*) a atıf yapılmıştır [6].

Roma hukukunun aksine olarak, eski Cermen hukukunda sebep mesuliyeti fikri hâkimdir. Eski Alman hukukunda fail mutazarrıra «*Wehrgeld*» ve bunun dışında Devlete de «*Friedensgeld*» vermek mecburiyetinde idi. Muahhar inkişafında, umumî cezalar sistemi hususî cezalar yerine geçiyor, fakat tazminat hukukunda kusursuz mesuliyet esasî bakî kalıyor (*keine Strafe ohne Verschulden, aber Schadenersatz ohne Verschulden* - kusursuz ceza olmaz, fakat kusursuz tazminat olur) [7].

Bu suretle Roma hukukunun iktibasından önce, Alman Devletlerinde netice mesuliyeti vardı. Resepsiyonla kusur esasî tazminat hukukuna, ve müşterek hukuka giriyor. Prof. Homberger'e göre, eski Cermen hukukundaki kusursuz mesuliyet esasının mevcudiyet sebebi, bu hukukun Roma hukukunun eriştiği inkişafa mazhar olamaması, ve geri bir merhalede kalmış olmasıdır [8]. Buna mukabil, cermanist Alman hukukçuları ve kusursuz mesuliyet taraftarları Cermen hukukunun bu vasfını, onun lehinde mütalâa etmektedirler. Kanaatımızca, tarihî hâdiseleri lehte olsun, aleyhte olsun bir delil olarak ileri sürmemek, ve bunları sadece bir vakıa olarak mütalâa etmek daha muvafık olur. Sebebiyet prensibinin müdafaa veya reddini, bugünkü ilim ve tatbikatın müspet şart ve icaplarına istinat ettirmek daha doğru olur.

Kusursuz mesuliyete dair gerek Roma hukukundaki münferit hükümler, gerek Cermen hukukundaki daha esaslı kaideler üzerinde fazla durmayacağız. Çünkü, bu hukuklardaki sebep mesuliyeti halleri vazedilmiş bir prensibin neticesi olmayıp, daha ziyade tesadüfî zararların âkıbeti hakkında bir neticeye vasıl olunamamasından, ve kusur mefhumunun lâıyık veçhile inkişaf etmemiş olmasından neşet etmektedir. Ortaçağlarda Avrupa hukuklarında, bilhassa Alman Pandekt hukukunda, kusur prensibi umumî ve şümüllü bir mesuliyet prensibi mahiyetini almış, ve bu hâkimiyeti 19 uncu asrın ikinci yarısına kadar, hemen bütün hukuk nizamlarında devam etmiştir. Bunun mühim bir istisnasını ancak İslâm hukukunda ve Mecellede görmekteyiz.

[6] M. Graf, a.g.e., s. 25.

[7] M. Graf, a.g.e., s. 23. Kusursuz mesuliyetin Cermen hukukunda tespit edildiği haller: *Sachsenspiegel Buch II A. 14-Schwabenspiegel A. 37.* (Bk. M. Rümelin, a.g.e., s. 27).

[8] A. Homberger, a.g.e., s. 34 a, Not 61.

Malûm olduğu üzere, Roma hukukunun en küçük bir tesirine dahi maruz kalmadan, sırf kendi hayatıyetile inkişaf eden iki büyük hukuk sistemi vardır. Bunlardan birisi İngiliz hukukudur, ve tazminat hukuku mevzuunda kusur esasını benimsemiştir. Diğeri, İslâm ve eski Türk hukukudur ki bu mevzuda sebebiyet prensibini kabul etmiştir. Memleketimizde, Mecellenin kabulünden evvelki devrede İslâm hukuku esasları carî olup, cezaî ve hukukî mesuliyet yekdiğerine karışmış vaziyette bulunuyordu. Adam öldürme ve yaralama hallerinde kısas usulü tatbik edilmekle beraber, uzlaşmak da mümkün idi, bu takdirde fail diyet namı altında bir meblâğ ödemekle mükellef tutulurdu. 1869-1878 senelerinde Mecellenin tedvinile bugünkü Medenî Kanunun kabulüne kadar mer'î olacak kaideler vazedilmiştir. Kazüist metodun carî olduğu Mecellede dahi, kusur mefhumu teknik bir sarahatı ve umumî mefhum ve mesuliyet prensibi mahiyetini haiz olmak üzere tanzim edilememiştir. Bu sebepten dolayı, Cermen hukukuna müşabih bir durum eski Türk hukukunda da husule gelmiştir.

Sebeup mesuliyetinin bütün ehemmiyet ve şumulü ile sosyal bir düşünceye müstenit olarak zuhuru, ancak geçen asrın sonunda Avusturya ve Alman hukuk nazariyatında ve onu takiben diğerk hukuklarda meydana gelmiştir [9].

Tazminat hukukunda sosyal düşünce Viyana Üniversitesi privatdoçentlerinden Viktor Mataja tarafından «das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie» (Leipzig 1888) isimli kitabında vazedilmiş, ve Roma hukukunun zararın tevziine ait telâkkisine karşı bazı itirazlar dermeyan edilmiştir. Esasen, kusursuz mesuliyet Binding tarafından «Normen» isimli kitabında (1872) tesis edilmiş bulunuyordu (2 nci tabı 1890). Bunları takiben diğerk müellifler de meseleye temas etmişlerdir. Ezcümle, Avusturyalı Steinbach (die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschaden - Wien 1888) kusurlu zarar irasında kat'î anın, fiiliyatta kusur olmayıp, illiyet rabıtası olduğunu belirtmiştir. Bu müellife göre, zarar irası, kusurdan müstakil olarak tazminat

[9] B. Osman Nuri Uman «Hukukî mesuliyet» isimli yazısında «tehlîke mesuliyetini bulmak şerefînin Salelles'e ait bulunduğunu» yazmaktadır (Adliye Ceridesi, 1939, s. 1376). Bu yanlıştır. Zira müellifin bizzat zikrettiği Salelles'in iş kazaları hakkındaki kitabı 1897 tarihlidir. Alman doktrininde Binding, Mataja, Unger, ve sair hukukçuların yazılarının tarihi Salelles'in nesriyatından evvel olduğu gibi, demiryolları işletmelerinin mesuliyetine dair 1838 tarihli Prusya Kanunu, 1871 Alman Kanunu ve 1875 İsviçre Kanunları da mezkûr yazıdan evvel mevcuttur. Esasen Salelles'in etüdlerinde görülen mühim vasıf, Alman hukuk ilmine karşı duyduğu hayranlık, ve bunu Fransaya ve Fransızlara tanıtmak arzusudur.

borcunu husule getirir, ve kusur mesuliyet tesis edici an olarak tazminat borcunu meydana getirecek kâfi bir sebep olarak tanzim edilemez. Bu mülâhazalar Alman Medenî Kanun projesinin müzakerelerine de sirayet etmiştir. Bu hususta Anton Menger sosyal politik bakımdan tenkitlerde bulunmuş, ve tanzim edilmekte olan Medenî Kanunda sosyal esasların yokluğunu şiddetle tenkit etmiştir (das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen ve Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft isimli kitapları). Keza cermanist Otto Gierke, Cermen hukuku esaslarının ihmal edilmiş olduğunu, halbuki Alman Medenî Kanununun buna istinat etmesi lâzım geldiğini ileri sürmüştür (sozialen Aufgaben des Privatrechts ve Kritik des Entwurfs in Schmollers Jahrbüchers).

Bunların yanında Unger (Handeln auf eigene Gefahr und Handeln auf fremde Gefahr, Jena 1893-1894), ve R. Merkel (Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strasburg 1895), illi mesuliyet hallerini sistematize etmeğe gayret etmişlerdir. Yine Alman hukukçularından M. Rümelin sebep mesuliyetinin umumileştirilmesini tenkit etmekle beraber, mevcut sebep mesuliyeti hükümlerinin zaruriliğini kabul ederek bunları tâdat etmeğe teşebbüs etmiştir (Culpahaftung und Kausalhaftung, Archiv zivilis. Praxis 1888, s. 285, ve die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zum objektiven Schadenersatzpflicht, Leipzig 1896).

Bu mevzuda gayet zengin eserler ihtiva eden Alman nazariyatını takiben İskandinav memleketlerinde, Fransada ve İtalyada buna dair sayısız yazılar yazılmış ve bu suretle objektif mesuliyet hususî bir sahaya intikal etmiştir.

Alman müelliflerinin kusursuz mesuliyete ve sosyal düşünceye dair fikirlerinden mülhem olan Saleilles, Fransada kusursuz mesuliyet cereyanının ilk ve en hararetili müdafilerindendir. Bir fabrikada bir kazanın infilâkile vukubulan kazada patronun kusursuz mesuliyetini kabul eden Fransız Temyiz Mahkemesinin bir kararı hakkında yazdığı uzun bir içtihat notunda, Saleilles bu kararı alkışlamaktadır (D. 1897, I, 439). Aynı zamanda yazmış olduğu «les accidents du travail et la responsabilité civile» isimli broşüründe sebep mesuliyetini müdafaa etmektedir.

Fransada Saleilles ile beraber sebep mesuliyetinin diğer bir taraftarı Jossierand'dır (la responsabilité du fait des choses inanimées - 1897). Bunları takiben bir çok doktora tezleri ve monografiler yeni mesuliyet nazariyesini iltizam etmişlerdir. Bunlardan Teisseire'in tezi Fransız hukukunda âdeta klâsik olmuştur (essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, Aix 1901). Aynı Üniversitede, aynı sene verilen diğer bir doktora tezi, sonradan meşhur bir hukukçu olan G. Ripert'in tezidir.

Komşuluk münasebetleri bakımından başkasının hakkını izrar keyfiyetini, fiilin zaman ve muhite göre takdir olunan normal veya anormal vasfına göre tazminle mükellef kılıyor veya kılmıyordu (G. Ripert, de l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse, Aix). Bu iki tezi tahlil eden uzun bir yazısında François Gény, burada dermeyan edilen fikirleri müsait karşılamaktadır (risques et responsabilité, revue trim. de dr. civ. t. I (1902), p. 812 et sv.). Fakat bu tezlerden ikincisinin muharriri olan G. Ripert, sonradan ilk fikrinden rücu ederek, an'anevî prensip ismi verilen kusur kaidesine dönmüştür [10].

Fransada objektif mesuliyet fikri, bilhassa genç hukukçular üzerinde büyük tesiri haiz olmuş ve büyük bir rağbet görmüştür. Bunların dışında tanınmış imzalar, Saleilles ve Josserand gibi müfrit şeklinde olmamak üzere, mahdut bir ölçüde bu fikre taraftar olmuşlardır. Demogue, Gaudemet, Savatier'yi bu hususta zikredebiliriz. Bunlara, eserleri âmme hukukuna taallük etmekle beraber, Duguit ve Duez'i de ilâve edebiliriz.

Sebeup mesuliyetine taraftar olanların karşısında, üç büyük hukukçu, Planiol, Capitant ve Hauriou, ferdiyetçi telâkkiyi ve dolayısıyla kusur prensibini şiddetle müdafaa etmişlerdir.

Doktrinde ileri sürülen bu fikirler, ve yapılan bu münakaşalar, ve diğer taraftan 20 nci asırda insanların hayatında vukua gelen büyük değişiklikler, az veya çok her memleketin hukuk nizamlarında tesiri haiz olmuş ve bu mevzuda gerek kanun vazı ve gerek mahkeme içtihatları, lüzum görülen yerlerde sebep mesuliyetini tesis etmiştir.

Türkiyede Medenî Kanunun meriyete girmesinden önce, bu hususta hemen hemen hiç bir hareket görülmemektedir. Bu mevzuda B. Bedii Nuri bir yazısında böyle bir ihtiyacın mevcudiyetine işaret etmekle beraber, teklif ettiği hal tarzı, hukuk tekniği bakımından pek iptidaîdir [11]. Bununla, yeni hukukumuzda tazminat hukukuna dair vazedilmiş esasların, birer inkılâp hükmü olduklarını müşahede ediyoruz. Medenî Kanunumuzun kabulüne tekaddüm eden devrede, gerek doktrinde, gerek içtimai hayatta, ve gerek mevzuatta tazminat hukukunun sosyal bir mahiyet alması lâzım geldiğine mütedair bir cereyana tesadüf edilmemektedir. Müterakki ve bazı sosyal esasları ihtiva eden Medenî Kanun ve Borçlar Kanununun kabulü ile içtimai hayat ve ihtiyaçlar yükseltilmek ve bu kanunların se-

[10] Ripert gibi diğer meşhur bir hukukçu olan Hauriou da, ilk zamanlar sebep mesuliyetini iltizam ettiği halde, sonradan bunu en fazla şiddetle tenkit edenlerden birisi olmuştur (bk. H. et L. Mazeaud, a.g.e., I, p. 80, note 8).

[11] Bedii Nuri, Mesuliyetli maliye, İlmî Hukuk ve Mukayesei Kavanin Mec., cüz: 4, s. 251 ve m. Bu mecmua ve yazıyı B. Dr. F. H. Saymen'in lütufkâr delâletile elde ettik, kendilerine teşekkürü borç biliriz.

viyesine çıkarılmak gayesi takip edilmiştir. Ancak daimî bir ilerleme halinde olan beşerî hayat karşısında, bazı sahalarda, Borçlar Kanunumuzun hükümleri dahi kifayetsiz kalmakta, ve bu mevzuda yeni bazı sebep mesuliyeti hâllerinin tanzimi icap etmektedir. Bunları tespit etmek, bu etütte takip edilen gayeyi teşkil etmektedir.

III. Sebep mesuliyetinin tesisi bakımından ileri sürülen fikirlere umumî bir bakış:

Sebep mesuliyeti ilk safhasında, sadece kusurun alınmamasında, bunun red ve inkâr edilmesinde tecelli etmektedir. Bunun neticesinde illiyet rabıtası birinci plânda bir ehemmiyeti haiz oluyor, ve zarara sebebiyet vermiş olmak tazmin borcunu yüklenmek için kifayet edecek bir mahiyet iktisap ediyor. Şüphesiz, uygun illiyet esasile, neticenin genişliğini tahdit etmek imkânı vardır. Bu bakımdan, yeni nazariyenin ve sebebiyet prensibinin «ilmî tefekkürü tatmin ve hissiyata uymak gibi çift meziyeti haiz olduğu», «bunun modern tefekkürün bir zaferi olarak, kusur prensibinin yerine geçirileceği, ve böylece teolojik tefekkürün yerine, hâdiselerin illiyetini mütalâa eden ilmî tefekkürün kaim olacağı» söylenmiştir [12]. Böylece, sebebiyet prensibi, mutlak olarak alındığı takdirde, hukuk kaidesine bir fizik kaidesinin ilmî katiyetini verecektir. Bununla, bu prensibin lâahlâkî olduğu söylenemez. Bilâkis, merhamet, âlicenaplık, tesanüt gibi yüksek hislerden ilham almaktadır.

Umumî şeklinde sebebiyet prensibi, herkesin fiillerinden ilzam olunacağı esasına dayanır. Saleilles bunu izah için «bardağı kıran bedelini öder» (qui casse les verres les paye) darbimeselini zikretmektedir. Hakikaten, fail dururken, tehlikeyi mağdura yüklemek için bir sebep yoktur. Diğer taraftan, kusurun bulunmadığı yerde, sebebiyet prensibi meseleyi fikrî bakımdan tatmin edici bir şekilde halletmektedir. Fakat bir müellifin dediği gibi, «bunun aynı zamanda ve her şeyden önce hayatın icaplarına uyması lâzımdır, eğer buna uymazsa, veya bazı kısımlarında uyarsa, bunun üzerine bina edildiği faraziyenin kifayetsiz olduğu anlaşılır» [13]. Sebebiyet prensibinde mesuliyet basit casalara istinat eder, mesuliyet kusura değil, fiil faili olmağa bağlıdır [14]. Fakat herkesin fiilinden mesul olması, meseleyi halle kâfi değildir. Bunun tatbikindeki teknik müşküllere işaret

[12] G. Ripert, *la règle morale dans les obligations civiles*, p. 221, ve *le régime démocratique et le droit civil moderne*, p. 363.

[13] De Féllice, *a.g.e.*, p. 228.

[14] Jossierand, *cours de droit civil positif français*, t. II, p. 308.

olunmaktadır. Meselâ, bir fabrikada vukubulan kazada fiili bir işçi yapmıştır, mesul olan patrondur, veya bir çocuğun havuza düşmesinde çocuk ancak kendi fiilinden şikâyet edebilir [15].

Görülüyor ki sebep mesuliyeti hallerinde, sadece kusurdan vazgeçmeğe dair olan müşterek vasıf, bütün bu hâllerin müspet olarak tesisi için kâfi değildir. Onun için, bu basit ve mutlak formülü tâdil etmek, ona bazı unsurlar ilâve etmek lâzımdır. Bu hususta ileri sürülen muhtelif fikirleri müteakip paragraflarda tetkik edeceğiz. Şimdilik şunu söyleyebiliriz ki gerek doktrinde, ve gerek kanunlarda kabul edilen sebep mesuliyeti hâllerinin, hepsini tek bir esasa irca ederek sistematize etmek bugüne kadar kabil olamamıştır, ve esasen bu imkânsızdır. Ancak olsa olsa kusursuz mesuliyet vakıalarını birkaç kategori hâlinde toplamak mümkün olabilir. Bu sebepten dolayı, 6 ncı paragrafta müellifler tarafından ileri sürülen ve nazari bakımdan kıymeti haiz olan fikirleri inceledikten sonra, müteakip paragraflarda aynı zamanda mevzuatta ve içtihatlarda da tutunmuş olan ve fakat ancak bir kısım sebep mesuliyeti hâllerini derpiş eden müesseseleri (tehlike mesuliyeti, hakkaniyet mesuliyeti, mesuliyet sigortasını) gözden geçireceğiz.

§ 6. Sebep mesuliyeti hakkında doktrinde ileri sürülen fikirler.

1) Viktor Mataja'nın noktai nazarı:

Mevzuumuza dair ilk, fakat çok mühim bir fikir Viyana Üniversitesi privatdoçentlerinden Viktor Mataja tarafından dermeyan edilmiştir.

Mataja, zararın kusurdan veya tesadüften meydana gelmesi arasında bir tefrik yapmaktadır. Kusurun pedagojik tesiri haiz olduğunu, bununla bir zararı önleyecek vaziyette olan herkesin, bütün kuvvetile buna çalışacağını kabul etmekte, ve kusurun bulunması halinde, bunun mesuliyete esas olmasını tavsiyeye şayan görmektedir. Fakat buna mukabil, haksız fiillerde tesadüfün rolünü kaldırmak istemektedir. Kusur prensibinin ikinci fonksiyonu olarak izah ettiğimiz, kusur bulunmayan hallerde tesadüfün, mukadderatın hâkim olduğu esasının hakkaniyet ve adalete uygunluğundan şüphe etmektedir, zira tesadüfi olarak başkasına zarar iras eden herkes mesuliyetten kurtulmuş olacaktır. Bu şekilde bir zararın vukubulup bulmayacağı hakkındaki kararı mukadderat vermiş olacak, adalet ise bu kararlarla imtizaç etmiyecektir.

Halbuki haksız fiillerden doğan zararlar, bir kimseye tahmil edile-

[15] Muhsin Rahnama, a.g.e., p. 27,

«cek yerde, bir çok kimselere yükletilecek olursa, zararın daha kolay taşınabileceğini nazarı itibara almak lâzımdır. Böylece, Mataja zararın taksimi fikrinden hareket etmektedir. Bu, esas itibarile Aristo'nun «tevziî adalet» (justice distributive - austeilende Gerechtigkeit) fikrine istinat etmektedir.

Aristo'ya göre, adaletin iki tezahür şekli vardır: Birincisi olan tevziî adalet, toplulukla fertler arasındaki münasebete taallûk eder, ve tenasüp fikrine dayanır. Her ferdin alacağı ücret, içtimaî gurup içinde göreceği hizmetle mütenasip olacaktır. Herkesin mevki ve kıymeti, topluluk içinde göreceği hizmetlere göre tayin edilir, ve menfaatların tevziî de yine buna göre yapılır [1]. Böylece, tevziî adalet fikri mucibince, «herkesin hakkı meziyetlerle veya başarısile, ve vazifesi de iktidarile mütenasip olacaktır [2]. Bunun yanında Aristo tavizî adalet (justice commutative - ausgleichende Gerechtigkeit) ı tefrik etmektedir. Bu adalet fertler arasındaki münasebetlere taallûk eder, ve müsavat esasına, içtimaî bağı tesis eden kıymet ve hizmetlerin cemiyet içinde müsavi olarak taksimi esasına dayanır.

Arsito tarafından vazedilerek zamanımıza kadar gelen tevziî adalet (justitia distributiva) tazminat hukukuna tatbik edilmekte, ve zararların da tevziî istenmektedir. Bu suretle, hayat mallarının şahsî meziyetlere göre taksimi mânasında ileri sürülen tevziî adalet fikrine dayanan Mataja, haksız fiillerden doğan zararların bir kaç kişi arasında taksim edilmesini, ve bunun böylece daha kolay taşınabilir hale geleceğini söylemektedir. Zararı bir tarafa, faile veya mağdura yüklemektense, her ikisine aynı zamanda tahmil etmek daha muvafıktır, tesiri daha az hissedilir [3].

Beşerî münasebetlerde bu tarzda bir düşüncenin ütöpik, hayalî olduğu tenkidi yapılmıştır. Bu neviden tenkidi bir mülâhazada bulunan Rümelin şöyle demektedir: «elbette hukuk nizamında meziyetlere göre iratların taksimi kabildir, yani cemiyetlerin münferit sınıflarının edimlerine göre topluluk içinde gayret etmek kabildir. Bununla beraber, bu tevziî adaletin fertlere icrası, ancak beşerî bir nizamdan uzaklaşmayı göze almakla olabilir. İhtiyatsız hareket ederek yangın çıkaran bir kimsenin yangın tehlikesile husule gelen zararının, kusurunun ölçüsüne göre olsa bile, tazminini istemesi mânasızdır, tıpkı bir trampa münasebetinde müktesibin me-

[1] Duguit, traité de droit constitutionnel, t. I, 3ème éd., p. 121.

[2] C. du Pasquier, introduction à la théorie générale et à la philosophie du «droit, 2ème éd., p. 240, Nr. 219.

[3] Mataja, das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, s. 27, R. Demogue, t. III, p. 360 dan naklen.

ziyetine göre bedelin ölçülmesi gibi. Bununla, milyonların edimlerini derpiş, mukayese, tahmin ve takdir ve mevcut malları taksim eden Devletin dünyevi ve mutlak bir kudret sahibi olması hayaline gelinir. Bu sebepten dolayı, Mataja tarafından vazedilen müsavatsızlık hiç bir zaman bir adaletsizlik olarak hissedilmeyecektir» [4]. Böyle bir sistemin, hemen hemen başa çıkılamaz güçlüklerinin doğuracağı ütopi tehlikesine François Géný de işaret etmiştir [5].

Mataja'nın bu düşüncesi, bazı müellifler tarafından tenkit olunmakla beraber, büyük bir tesiri haiz olmuştur. Fransız hukukçusu R. Demogue «bu basit fikrin en şaşırtıcı hallerde, hiç bir tarafa bir kusurun izafe edilemediği hallerde tatbik edilebileceğini» söylemekte, ve «eğer bu fikir her iki tarafın kusuru bulunduğu hususunda bir karineye istinat ederse, ve her zaman bazı delillerle düşecek olursa, bunun failin hiç bir kusuru olmadığı noktasından hareket eden an'anevî kusur prensibinden daha faydalı olduğunun muhakkak bulunduğunu» ilâve etmektedir [6].

2. René Demogue'un kanaatı:

Mataja'dan mülhem, ve buna yakın bir fikir de Demogue tarafından müdafaa edilmiştir. Fail tehlikeli bir faaliyette bulunursa, elektrikliçilik, otomobil kullanma ve saire gibi, bunu yapan kimse Demogue'a göre, hiç kusuru olmasa veya pek hafif kusuru olsa dahi mesuldür. Bununla beraber, mağdurun hissesine de küçük bir miktar, meselâ dörtte bir terettüp ettirmek lâzımdır ki, kazayı önlemek için dikkatli bulunsun [7].

Tehlikeli olmayan bir faaliyet icrasında, Demogue'a göre, fail ya kusurludur, ya kusursuzdur. Kusurlu ise, zararın tamamını tazminle mükelleftir. Kusursuz ise zararın yarısını tazmin etmesi muvafık olur. Klasik nazariyenin bu son halde, tesadüfi hal görerek, herkesin maruz kaldığı zararları tahammül edeceğini beyan etmesi doğru değildir. Burada, zararın taksim daha doğrudur. Zararın bu suretle tevzii ile, tarafların dikkat ve ihtimamı artacaktır. Müellif bunu sert bir mantık sistemine tercih etmekte, ve bunun yeni temayüllerle ahenktar bulunduğuna işaret etmektedir [8]. Fail küçük ve akıl hastası olsa da bu prensip tatbik edilebilir. Mesuliyetsizliğin bulunduğu yegâne hal mücbir sebeptir [9].

[4] M. Rümelln, a.g.e., s. 7.

[5] F. Géný, risques et responsabilité, revue trim. de dr. civ. t. I (1902), p. 817.

[6] R. Demogue, traité des obligations en général, t. III, p. 456 et 460.

[7] R. Demogue, a.g.e., t. III, p. 275, t. IV Nr. 1001.

[8] R. Demogue, a.g.e., t. III, p. 477 Nr. 268.

[9] R. Demogue, a.g.e., t. III, p. 479.

Demogue'un yaptığı taksimin, ve verdiği hal tarzının biraz indî olmak gibi bir mahzuru varsa da, bunun tesadüfün tesirile olan kayıpları tashih ve telâfi etmek gibi bir de faydası vardır.

3. Strohal ve Rümelin'in fikirleri:

Strohal'in ileri sürdüğü fikir, insan varlığının esaslı kanununa dayanır. Buna göre, beşerî mevcudiyetin temel şartı herkesin bir ferdiyet, bir şahsiyet (eigene İndividüalitäť) sahibi olması, ve bunun neticesinde bu ferdiyetin akışından mütevellit fayda ve ıztırapları (zararları) tahammül etmesidir. Bu sebeple, herkes yaptığı fenalık, karakter ve fikir zayıflığı, tecrübesizlik, evvelden görme noksanı için mesul olduğu gibi, herkes ferdiyeti dolayısıyla başkasının mamelekine iras ettiği zararlardan mesuldür [10].

Strohal'in herkesin kendi ferdiyet noksanlarının yükünü üzerine almak mecburiyetinde olduğu hakkındaki telâkkisi fatalist olarak tavsif edilmiştir. Zira, yaradılış itibarile ferdiyet veya şahsiyeti noksanlarla malûl olan kimselerin mesul olmaları gayri kabili içtinaptır. Bunlar ellerinden gelen hare şeyi yapsalar dahî, doğuştan eksik olan ferdi kabiliyetleri dolayısıyla bir zarara sebebiyet verecekler ve bu sebeple de mesul edileceklerdir. Görülüyor ki, bu telâkki kusura müstenit değildir. Buna rağmen, Alman hukukçusu M. Rümelin, Strohal'in bu düşüncesini kusur fikrile telif ederek ortaya atmıştır.

Rümelin'e göre, kaide (Norm) olarak tanınandan her inhiraf bir kusura dur, ve bu inhirafın sebebini teşkil eden her ferdi noksan mesuliyet tesis eden bir vakiadır. Böylece bu telâkkinin medenî hukuk kusur prensibi içinde, objektif kusur veya objektif ihmâl mefhumu içinde, ehemmiyeti haiz olduğuna istinat edilmektedir [11].

Bu düşünce tenkidi mucip olmuştur. Bilhassa muayyen bir fiil işleyen kimsenin iktisap etmiş olduğu bilgilerin nazarı itibara alınması icap ettiği burada unutulmuştur. Yaralanan bir kimse karşısında alelâde bir şahsa nazaran, bir hekimden daha fazla şey beklenir, bir kasaba hekimine nazaran bir tıp profesöründen daha fazla şey isteneceği gibi [12]. Bu

[10] Strohal, 3 Gutachten zum österreichischen Advokatentag (1880), s. 149; Rümelin, a.g.e., s. 67; C. Ch. Burckhardt, a.g.e., s. 530; Homberger, a.g.e., s. 22a; Reinhardt, die Billigkeitshaftung im künftigen Schadenersatzrecht (Nipperdey'in kitabındaki etüdü) s. 72

[11] M. Rümelin, a.g.e., s. 67.

[12] F. Schreier, faute et tort, revue trim. de dr. civ. 1936 p. 63 (bu etüt İzmir

itibarla, kusur objektif olarak alınsa dahi, muayyen bir ölçüde zarara mâni olabilmek ehliyetini istilzam eder. Rümelin'in kanaatı benimsenecek olursa, hukukî mesuliyet bu kabiliyet sınırlarını aşacağı gibi, temyiz kudreti hudutlarını da tecavüz edecektir. Çünkü temyiz kudretinden mahrum olmak da nihayet ferdiyete ait bir noksandır.

Rümelin'in müdafaa ettiği bu fikirde büyük bir hakikat gizlidir. Filhakika, kusur mefhumunu tetkik ederken tebarüz ettirmiş olduğumuz gibi, bu mefhum ne kadar objektif olarak tayin edilirse, o kadar da sübjektiflikten uzaklaşmakta ve sebep mesuliyetine yaklaşmaktadır. Bunun Alman medenî hukuk reformu ile meşgul komisyon tarafından tespit edilmiş olduğuna işaret etmiştik [13].

Diğer taraftan, objektif kusur mefhumu bugün başlıca müellifler tarafından kabul ve müdafaa edilmektedir. Büyük bir kısmı itibarile doğru olan Rümelin'in telâkkisi, muasır hukukî mesuliyetin tek bir esasa irca edilmemesi bakımından cerhedilebilir. Esasen bunu Rümelin dahi kabul etmekte, ve bazı mahdut hallerde, dar bir şekilde, tehlike mesuliyetinin mevcudiyetinin zaruriliğini belirtmektedir.

4. Normal ve anormal fiil tefriki:

Bazı müellifler, fiilin kusurlu ve kusursuz olduğu tefriki yerine, normal ve anormal fiil ayırmasını yapmaktadırlar. Bu fikir komşular arasındaki mesuliyet münasebetini tetkik eden doktora tezinde Rippert tarafından ileri sürülmüştür (de l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse Aix 1902). Komşular arasındaki münasebette bir zarar ika edilirse, failin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, fiil anormal mahiyette olunca mesul olunacağı kabul edilmiştir. Ripert, bunu 1906 tarihinde «revue critique» de yazdığı bir etütte bütün mesuliyet hallerine teşmil etmek istemiştir [14].

Ripert'in müdafaa ettiği fikir şudur: herkes kanunun hudutları dahilinde, ika etmiş olduğu fiillerinin tehlikelerini, eğer bu tehlikeler o devrin, ve o muhitin normal şartlarını aşıyorsa yüklenmelidir. Hak sahibi zamanının ve muhitin normal şartlarına göre hareket etmemişse ancak o zaman mesul edilebilir.

François Géný ve Eugène Gaudemet tarafından müsait karşılanan bu

Baro dergisinde T. Ş. Çullu tarafından türkçeye tercüme edilmiştir: sene 2, sayı 3, s. 43 ve m.).

[13] Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechtes, s. 13, Nr. 5.

[14] G. Ripert, de l'exercice des droit et la responsabilité civile, revue critique de légis. et de jurisprudence, 1906, p. 366.

telâkki [15], tasvip edilmemiştir. Zira, failin normal veya anormal vasfını araştırmak bizi kusur fikrine götürecektir. Netekim bunu alâka ile karşılayan Gaudemet «anormal fiilin zarurî olarak kusurlu bir fiilde tecessül edeceğini» yazmaktadır [16]. Keza Gény «mesuliyet kriterinin, hakkın icrasında veya hürriyetin kullanılmasında bir gayrı tabiiyet (anomalie) olduğunu, ve bu anomalie'yi muhitin zaruretleriyle alâkalı olarak hâkimin kararına esas teşkil edecek olan takdir hakkına ithal etmek lâzım geldiğini» söylemekte [17], yalnız bunu kusur fikrine tâbi kılmaktadır. Gény'ye göre, kusur «dürüst ve normal olarak hareketlerinden emin olan mücerret bir insan tipine göre taayyün eden bir durum zafı, bir hareket yanılmasından başka bir şey değildir... Fakat belki bunu manevî bakımdan namuslu bir adam tipine göre takdir etmek ekseri hallerde hatâlı olur. Hakikat halde, kusuru tavsife hizmet eden bu mücerret tipin takdirinde yalnız sosyal noktâi nazar ehemmiyeti haiz olmalıdır» [18].

Bu telâkki tarzının kusurun dışında vâzih bir mânası yoktur. Filhâkika, bir fiilin anormal vasfı nasıl tayin olunacaktır? Bunun zamana ve içtimaî muhite göre takdir edileceği, bu husustaki müphemiyeti izale edecek mahiyette değildir. Meselâ, Mazeaud'nun dediği gibi, otomobille gezmek anormal bir hâdise midir? [19]. Nazariye taraftarları bunu anormal olarak tavsif edeceklerdir, fakat bu takdirde, «anormal kelimesi ona verilmek istenen mânaya uygun düşmeyecektir, zira bugün otomobil kullanmaktan daha normal bir şey yoktur. Keza bizzat Ripert'in dahi, sonradan bunu terkederek, kusur telâkkisine dönmesi, bu nazariyenin zayıflığının en büyük delili addedilmiştir» [20].

5. Akdi garanti teorisi:

Umumiyetle kabul edilmeyen, fakat hukukî mesuliyetin tarihi tekâmül bakımından ehemmiyeti haiz olması dolayısıyla, kısaca temas edeceğimiz diğer bir nazariye de, akdi garanti telâkkisidir.

Geçen asrın sonunda, sanayiî ve teknik vasıtaların süratli bir şekilde inkişafı karşısında, işçilerin zararlarının tazmini hakkında hususî ka-

[15] F. Gény, *risques et responsabilité*, rev. trim. de dr. civ., t. I (1902), p. 857; E. Gaudemet, *théorie générale des obligations*, p. 315 et sv.

[16] E. Gaudemet, *une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile*, rev. trim. de dr. civ., 1927, p. 894.

[17] F. Gény, a.g.e., p. 837.

[18] F. Gény, a.g.e., p. 839-840.

[19, 20] H. et L. Mazeaud, a.g.e., t. I, p. 367.

nunların henüz isdar edilmemiş olduğu devrede, işçinin emniyetini temin zımında iş akdinde zımnî bir garanti vecibesi (garantie de sécurité) bulunduğu ileri sürüldü. Bu ilk olarak iş kazalarında, sonra da nakliyat mukaveleleri hakkında dermeyer edildi.

İlk olarak, Belçikada Sainctelette tarafından müdafaa edilen, iş akdinde mündemiç garanti fikri, Belçika içtihatları tarafından benimsenmiş olmakla beraber, çabuk terkolunmuştur. Keza, Fransada da başta bu akdi garanti düşüncesinin yardımı ile iş kazaları dolayısıyla patronlar mesul edilmişse de, 1898 tarihli iş kazalarına dair kanunun neşriyle, bu bütün ehemmiyetini kaybetmiştir. Bu telâkki, doktrinde bizatihi bir kıymet kazanamamıştır; çünkü, ilk olarak, zımnî garanti şartının mevcudiyetinin patronun iradesine cevap vermediği; ikinci olarak bahis mevzuu garanti keyfiyetinin gayri muayyen olduğu, üçüncü olarak, patronun mesuliyeti zımnî bir anlaşmaya müstenit ise, aksine bir anlaşma ile bunu bertaraf edebileceği, ve böylece nazariye ile temin edilen menfaatin ve sosyal gayenin ortadan kalkacağı söylenmiştir [21]. Bu mevzuda en ziyade tavsiyeye şayan olan hususî hüküm ve kanunların isdarıdır, ve ekseri hukuk nizamlarında da yapılan budur.

Bu nazariyenin kıymet ve ehemmiyeti, mesuliyetin genişletilmesi, ve zarara uğrayanların himayesi hususundaki cereyanın ilk safhalarından birini teşkil etmesidir.

Zahit İmre

[21] Bk. E. Gaudemet, théorie générale des obligations, p. 338. Fransız Temyiz mahkemesinin 1911 tarihli bir kararına göre, demiryolları idaresi, taşıdıkları yolcuların gidecekleri yere salimen varmasını zımnen taahhüt etmiş addolunmaktadır. Böylece, akdi bir vecibenin ihlâline müsteniden mutazarrır yolcu, şirketin kusurunu ispattan kurtulmuştur (G. Morin, la révolte du droit contre le code, p. 62).