

HAKSIZ FİİL VE AHLAK KURALLARI *

Çeviren :

André TUNC

Öğ. Gr. Dr. Erhan TÜRKER

Arthur Goodhart Hukuk Bilimi kürsüsünü ele almak üzere davet edilmek talihine mazhar olan bir kişinin ilk düşüncesi, tabiidir ki, patronajı altında çalışacağı kişinin çağdaş hukuka katkılarını anlatarak kendisine verilmiş olan bu şeref karşısında duyduğu şükran hislerini ifadeye çalışmak olacaktır.

Maamafih, bu görev ezici bir nitelik taşımaktadır. Zira Sir Arthur L. Goodhart kitap, makale, deneme ve not olarak üstüste konulduğunda kendi boyunu aşacak sayıdan daha fazla eser yayınlamıştır. Onun **Law Quarterly Review** daki içtihat notlarıyla İngiliz doktrinine yaptığı katkı kendi başına her türlü tahmin ve takdirin üzerindedir. Diğer taraftan ahlâk konusuyla ilgili bir şahıs olarak akla hemen Sir Arthur'un 1953 Hamlyn Lectures'larındaki **İngiliz Hukuku ve Ahlâk Kuralları**'nda açtığı yollardan birisini takibetmek gelebilecektir.

(*) Yazarın 27 Ekim 1972 günü Law Schools'da vermiş olduğu açılış dersidir; The Cambridge Law Journal Cilt 30, 2. Bölüm, Kasım 1972, s. 247-259.

Onun bir hukukçu olarak ilgilendiği konulardan birisi de haksız fiil ve ahlâk kuralları, veya daha kesin söylemek gerekirse, ahlâk kurallarının hukuk tarafından müeyyidelendirilmesi konusundaki Hart-Devlin münakaşasına girmeksizin, haksız fiil konusunda ahlâk kurallarına ilişkin ihtiyaçların tespitine çalışmak olmuştur.

Şüphesiz bu konudaki asli güçlük, sübjektiflikten kaçınmak ve evrensel olarak olmasa dahi ekseriyetle kabul edilebilecek bir ahlâk kavramından hareket edebilmektir. Bu, bilhassa geniş bir anlayış değişikliğinin mevcut bulunduğu bir sırada, ciddi bir problem yaratabilir. Sir Arthur bu güçlükle derslerinin başında karşılaştı ve Kneale'in ahlâk yargıları «sadece bir şahsın kendisinin veya grubunun tercihlerinin ifadesi değil makul olmak iddiasındaki herkezin uygulamak durumunda bulunduğu kurallardır» (1) şeklindeki varsayımını, kabul etti. Bu başlangıçtan-ki biz de buna daha sonra münakaşa edeceğimiz olayların esasları içinde sık sık değineceğimiz-hareket eden Sir Arthur ahlâk kuralları konusundaki değişik fikirler üzerinde düşüncelerini geliştirdi. Bir mümin için, ahlâk kurallarının tanrının iradesi olduğu fikri muhtemelen en güvenilir düşünüş tarzıdır; ancak bu mümin dahi görülebilir gelecekte bu düşünüş tarzının evrensel bir kabule mazhar olacağını bekleyemez. Keza, Ulpian veya Jean-Jacques Rousseau'nun meşhur görüşlerinin aksine, tecrübe göstermiştir ki sezgi ve sevki tabii de evrensel olarak kabul edilmiş ahlâk kurallarının kaynağı olarak kabul edilemez. Sir Arthur, geniş olarak iktibas etmemizi gerektirecek şekilde, ahlâk kurallarını akla dayandırır:

... eğer biz başlangıç hükmü olarak insanın sosyal bin hayvan olduğunu kabul edersek onun, hemcinsinin yararını isteyeceğini düşünmek te tabii ve haklı bir sonuç olur, ve bu durumda da bir insanın komşusundan nefret etmek yerine onu sevmesi ahlâk kurallarının en esaslı başlangıç noktasını teşkil eder. Bu başlangıç noktasının sadece bir değer hükmü olduğu ve akıl yoluyla aksi sonucun da aynı derecede doğru olmadığını ispatının imkânsız bulunduğu doğrudur. Ancak şurası da muhakkaktır ki bu değer

(1) Kneale, «Objectivity in Morals», «Philosophy» (1950), pp. 149, 163; A.L. Goodhart, «English Law and the Moral Law» (1953), pp. 29-30. Karşılaştırmız A. Ross, «On Law and Justice» (1958), pp. 268-288.

hükmü kabul edildiği takdirde akıl yoluyla belirli ahlâk kurallarının geliştirilmesi kabil olacaktır. Makul bir kimse, hem fertlere ve hem de topluma iyi bir hayat sağlamak için belirli davranış kuralları bulunması zarureti anlamak zorundadır (2).

Sir Arthur Cicero ve Hugo Grotius'dan bazı iktibaslar yaptıktan sonra şu sonuca varır: «Ahlâk kurallarının akla dayananları, diğer düzenleyici kurallardan ayrı olarak, İngiliz Hukukunda en ziyade etkili olan kurallar manzumesini teşkil ediyorsa benzetilebilir.» (3)

Belki, haddini bilmezlik ediyor görüntüsüne girmeksizin de, bir parça daha sarıh olmaya çalışılabilir. Her ne kadar Cicero «tabii eğilimimizin hemcinsimizi sevmek» olduğunu kabul etmiş ve bunda «adaletin tesisini» görmüş ise de, bu düşünüş tarzı karşılıklı sevginin icabı olarak en üst sıraya yerleştirilmiş bir İbrani - Hristiyan ananesidir. Bu ananeye göre «Komşunu kendin kadar seveceksin» (4) emri «Tanrını bütün kalbin, bütün ruhun ve bütün aklınla seveceksin» (5) emri ile eşit tutulmakta ve aslî bir emir olarak düşünülmektedir. Bu kuralın fevkalade önemi, hatta Tanrıya inanmayanlar veya İbrani - Hristiyan ananesinin dışında kalanlarca da, evrensel olarak kabul edilmiş gözükmektedir.

İğrenç ferdi veya toplu suçların karşılıklı sevgi emrine tam bir aldırmaçlıkla işlediği doğrudur. Bu suçları, bazen bunları işleyenlerce bile dehşetle anılan sapmalar olarak kabul etmek fazla iyimserlik sayılmayabilir. Dünyanın her tarafında insanlar birbirini öldürürken, dünya nüfusunun üçte ikisi açlıkla karşı karşıyayken ve az gelişmiş ülkelere yılda sekiz milyar dolar yardım yapıldığı halde (ki bunun da büyük bir kısmı faizlerin ödenmesine gitmektedir) silahlanmaya 200 milyar dolardan fazla para harcanırken aldırmaçlık veya kendini beğenmişliğe yer yoktur. Ancak böyle olmasına rağmen, aklımızı rehber aldığımızda insanlığın sadece şimdiki durum için değil geleceği için de karşılıklı sevgi ve kamu yararı fikri, ahlâk kurallarının temeli kabul edilebilir, ve İbrani - Hristiyan ananesi onun insani ifadesinin en az kusurlu şekli sayılabilir.

(2) Op. cit. p. 35.

(3) Op. cit. p. 37.

(4) Lev. 19, 17.

(5) Deut. 6.5; Matt. 22. 34-40; Mark 12. 28-31; Luke 10. 25-28; John 13. 34-35.

Bu sonuç İbrani - Hristiyan ananesinin, hatta ideal şekliyle bile, tatmin edici olduğu anlamına gelmemektedir: İnsanı bir fenomen olarak onun da eksik olduğu ve devamlı bir araştırma ve geliştirme ihtiyacında bulunduğu aşikârdır (ve, şüphesiz, onun verdiği dersleri devam ettirmek iddiasındaki herkez onlara daha bağlı olmak için devamlı bir gayret göstermek zorundadır). Haksız fiiller konusundaki ahlâk kurallarının da açık seçik olduğu söylenemez. Ancak, yine de karşılıklı sevgi ve kamu yararı fikri haksız fiiller konusundaki ahlâkî ihtiyaçların araştırılmasında başlangıç teşkil edebilecek en iyi esaslar sayılabilecektir. Bu araştırma bizi haksız fiil alanının bazı bölümlerinde kusur prensibinin takdirine, ancak bazı diğer bölümlerde de bu prensibin kifayetsizliğinin tespitine götürecektir.

(I) KUSUR PRENSİBİNİN AHLÂKİ DEĞERİ

Akdeniz toplumlarından (İsrail, Yunan, Roma) başlayarak haksız fiiller konusunda tarihi araştırma yapan bir kimsenin, kendi kusuruyla zarara yol açan bir kimsenin bundan mesul olduğu şeklindeki prensibin yavaş, belirsiz fakat aynı zamanda ihtisamlı doğuşundan etkilenmemesi düşünülemez.

Bu prensip insan aklında başlangıçtan beri mevcut olan bir prensip değildir. Bu prensip, asırlar boyu, sihre ilişkin veya dini faktörler, kolektif ve irsi suçluluk fikirleri, davranışlardan ziyade sonuçlar dolayısıyla suçluluk gibi görüşlerle karanlıkta bırakılmıştır. Kasdın hukuktaki rolünün gelişmesine en büyük katkıda bulunan, muhtemelen kilise hukukudur. Haksız fiiller sahasında, bu konudaki gelişmeler diğer iki gelişmeye de yol açtı. Evvelâ; zarara kasdi olmaksızın sebep olduğunda, fail, iradesiyle hareket etmişcesine cezalandırılmamalıdır, ama zararı tazmin etmemesi için de bir sebep yoktur. Böylece kasdın nazarı itibara alınması, bizi daha önce olduğuna nazaran çok daha vazih olarak ceza hukukuyla medenî hukukun alanlarını tefrike sevketti. Bunun ötesinde, ceza hukuku, suçların bir listesinin tespitine ihtiyaç gösterirken (**nulla poena sine lege**) medeni hukuk tazminat konusunda çok daha genel bir prensibi kabul etmiştir: Bir haksız fiil faili, hatta sadece ihmal söz konusu olsa bile, kusuruyla verdiği bütün zararları tazmin zorundadır.

Kusur, muhtemelen XVII. asır Fransasında ilk defa medeni hukuktan doğan mesuliyetin kriteri olarak kabul edildi. Meşhur Domat, **Lois civiles dans leur ordre naturel**: adlı eserinde şöyle yazmaktadır.

«Bir şahsın fiili sonucu doğabilecek bütün kayıp ve zararlar bunlar ister dikkatsizlik, tedbirsizlik, bilinmesi gereken bir husustaki cehalet veya bunlara benzer nedenlerden ve isterse fevkalâde ehemmiyetsiz kusurlar dolayısıyla meydana gelmiş olsun, kendi tedbirsizlik veya diğer bir kusuruyla zarara sebebiyet veren şahıs tarafından tazmin edilmek zorundadır. Çünkü bu şahıs herhangi bir şahsa zarar vermek kasdı olmasa dahi bir haksızlık işlemiştir. Bundan dolayı da, gelip geçenlerin zarar görmesi ihtimalinin bulunduğu yerde dikkatsizce top oynarken bir şahsa zarar veren bir kimse, sebep olduğu zarardan ötürü mesul olacaktır».

Buna mukabil, «Eğer zarar, sonuçları önceden görülmeyecek bir fiil sonucu ortaya çıkarsa, bu fiili işleyen şahsa bir husus isnat edilmedikçe bu kimse o sonuçtan mesul olamayacaktır.» Bunlar 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun meşhur 1382. maddesinde ifadesini bulan fikirlerdir: «Bir şahsın herhangi bir fiili başkasına zarar verdiği taktirde fiiliyle zarara sebep olan kimse bu zararı tazmin mecburiyetindedir.» Bu prensip, şüphesiz ki, kusurlarımızın sonuçlarına katlanmamız gerektiği şeklindeki ahlâk kuralının icaplarıyla uygunluk arz etmektedir (6). Bir Fransız, bu şekilde genel bir prensibe sahip olmayan ve böylece de asli mesuliyetin sadece kusura değil fakat kusurla birlikte hukuka aykırılığa bağlandığı Almanyayı ve Almanya'nın hukuki tesiri altında bulunan diğer memleketleri semere vermekten uzak bir ananenin esirleri sayan hissiyatını itiraf ettiğinde mazur görülebilir.

Aynı hissiyat İngiliz Hukuku konusunda da haklı görülebilir. Sir Arthur Goodhart, hukukun «bütün kasdı zararları dahi haksız fiil mesuliyeti içinde mütalaa etmekte isteksiz olduğunu» (7) ifade etmektedir. Ahlâki zeminle sıkı bir bağlılık içinde bulunan ihmale ilişkin haksız fiiller karşısında ananevi haksız fiillerin pek

(6) Kusur prensibinin ahlâki veçesi konusunda, karşılaştırmamız Glanville Williams, «The Aims of the Law of Tort» (1951) 4 C. L. P. 137-176, at pp. 144-151; L. L. Fuller, The Morality of Law (1964), p. 167.

(7) Op cit., (supra, n. 1) 99.

çoğunun eski ehemmiyetlerini kaybetme yolunda oldukları doğrudur. Lord Atkin'in **Donoghue v. Stevenson** davasındaki meşhur konuşmasında söylediği gibi «ihmalden doğan mesuliyet, ki bunu ister böyle, ister diğer sistemlerin yaptığı gibi culpa'nın bir nevi olarak isimlendiriniz, muhakkak ki ahlâka aykırı davrananın bunu ödemesi yolundaki genel hukuk anlayışına istinat etmektedir» (8). Maamafih Fransız hukukundaki prensibin aksine Lord Atkin'in kendisinin de kabul ettiği gibi, dikkat ve ihtimam gösterme görevinin ihlâli halinde ihmaliyle herhangi bir zarara sebebiyet verenin bunu tazmin borcu altında bulunduğu şeklindeki prensibin kabul edilmemiş olduğunu söylemek yine de doğrudur (9).

Aslı prensipleri itibariyle Fransız haksız fiil kuralları ve daha dar bir ölçüde İngiliz Hukuku ahlâk kurallarına ehemmiyet vermeyi kabul etmiş görüneler bile meselenin daha geniş ölçüde tetkiki icap etmektedir.

Ahlâki açıdan verilmiş bir karar, bir şahsın veya bir hareketin övülmesini ifade edecektir. Psikoloji ve ahlâk sahasındaki inkişaf- lar, kişinin böyle bir kararı verebilmek bakımından iktidarsız olduğu şeklindeki görüşü teyid etmektedir (10). Böyle bir hüküm bir şahsın «şahsi değişimlerini meydana getiren bütün faktörlerin incelenmesini icap ettirecektir. Aşıkârdır ki, bir kimse, bir karakterin teşekkülünde ve hatta bir fiilin işleminde irsiyetin, eğitimin, çevrenin ve içinde bulunulan durumun oynadığı rolü tespit etmek iktidarında değildir. Beşeri bir mahkemenin görevi bir şahsiyet hakkında hüküm vermek olamaz. Onun görevi, yalnızca, ahlâk ve adaletin istekleriyle mümkün olduğunca uyumlu olarak, belli bir cemiyet düzenini idame ettirmektir. Yargıç tarafından ifa edilen görev esasında sosyal bir görevdir (11).

Bu, bir yargıcın kararının son derece sathi oluşunun sebebinin teşkil eder. Yargıç normal davranış biçiminden (ki bu common

(8) (1932) A. C. 562, 580.

(9) Mesela bakınız **Winfield and Jolowics**, *The Law of Tort* (9th ed., 1971), 48-60; **Salmond**, *The Law of Torts* (15th ed. 1969) by D.F. Heuston, pp. 254-281; **H. Street**, *The Law of Torts* (5th ed. 1972), pp. 103-115; **J. Flening**, *The Law of Torts* (4 th ed. 1971), pp. 133-168.

(10) Karşılaştırınız **Glanville Williams**, op. cit (supra, n. 6) at pp. 141-142. İbrani-Hristiyan ananesi bakımından, bkz. *Matt.* 7.1-5; *Luke* 6.17,42; *Rom* 2.1-2; *1 Cor.* 4,5.

(11) Ahlâki ve hukuki mesuliyetler arasındaki tenakuzlar için bkz. **Feinberg**, *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility* (1970), pp.30-33 (karşılaştırınız pp. 187-195). Keza karşılaştırınız **R. Pound**, *Law and Morals* (2 nd ed., 1926).

law'da makul bir adamın hareket tarzı, Fransız hukukunda **bonus pater - familias** tır) ayrılan bir şahsı, onun akıl durumunu veya şahsi kaabiliyetlerini, dertlerini yahut «back ground»unu araştır-maksızın mesul tutar. Filhakika bir dava sonsuz münakaşalara sebep olabilir, ama, prensipte, bir şahsın her bakımından kuvvetli ve yetişkin bir kimse veya bir çocuk, bir kudretsiz ihtiyar yahut aklen hasta veya psikolojik olarak dengesiz olduğuna bakılmaksızın aynı standartlar tatbik olunur. Müptedi bir sürücünün tecrübeli birisi kadar ustalıklı şoförlük yapması beklenir (12). «Dilsiz veya aceleci, beceriksiz bir kimse kendi kaabileyetleri bakımından uyması mümkün olmayan bir davranış standartına uymadığı için ihmalkâr sayılabilir.» (13) Burada hukukî kusur açıkça ahlâki suçluluktan ayrılmıştır. Restatement of the Law, Second, Torts'un 282. bölümü ihmali «başkalarını makul olmayan bir zarar tehlikesinden korumak için (14) hukuk tarafından belirlenmiş olan standartların altında kalan davranışlar» şeklinde târif ederek olguyu izah etmiştir. İhmale ilişkin kuralların kendi gelişimi içerisinde, çoğu zaman bizatihi kararın kendisinde de ifade edilmiş olan, saygıya dayanan hareket tarzına ilişkin mülâhazalara cevap teşkil etmesi şaşırtıcı değildir (15). Şurası hakikattir ki kusur prensibi en azından pek çok sahalarda cemiyete sadece haksız fiil kurallarıyla öngörüldüğü derecede ahlâkîlik sağlar. Yine kusur prensibi sadece antisosyal davranışın muhataplarına tazminat verilmesini sağlamaz, fakat bunların bir kısmında caydırıcılık etkisi de gösterir. Maamafih burada da kendimizi aldatmamalıyız. Adalet açısından, pek çok yönüyle kusur prensibi teorik olarak noksandır: Tazminat ne kusur derecesine ne davalının maddi imkânlarına ve ne de davacının yeterli bir alâkaya olan ihtiyacı gibi şeylere dayanmaktadır (16). Eğer kusur prensibi günlük uygulamasıyla göz önüne alınırsa durum hatta daha da kötüdür. Zararın tazmininin mümkün olduğunu farzetsek bile fevkalade teknik oluşu ve sebep olduğu masraf ve gecikmeler sebebiyle haksız fiil kuralları bu konu-

(12) Lord Denning M.R. *Nettlehip v. Weston* davasında (1971) 3 W.L.R. 370, 376. Karşılaştırınız A.L.G., note (1971) 87 L.Q.R. 444.

(13) F. James, «An Evaluation of the Fault Concept» 33 Tenn. L. Rev. 394-405, 395 (1965). Keza bkz. O.W. Holmes, *The Common Law* (1881), p. 108.

(14) Siyah bölüm ilâve edilmiştir.

(15) Karşılaştırınız C.R. Symmons, «The Duty of Care in Negligence: Recently Expressed Policy Elements» (1971) 34 M.L.R. 394-409, 528-541.

(16) Karşılaştırınız P.S. Atiyah, *Accidents, Compensation and the Law* (1970) pp. 449-477.

da çok elverişsiz bir alettir (17). Kaldı ki bir çocuğun kaybından doğan zarar nasıl tazmin edilebilecektir (18)? Bunun ötesinde insan ihtirasları, ister açgözlülük ister aşk ve isterse yükselme arzusu olsun, her gün binlerce hatalı hareketin sebebini teşkil etmektedir ve bunlardan pek büyük bir ekseriyeti asla bir hukuki müeyyide ile karşılaşmayacaktır. Hakikati halde, yalnız önemli suçların pek çoğu değil, bunun yanında hava su yönünden çevre kirletilmesi sigara, alkol ve porografi yoluyla insanların istismarı, mesken konusundaki istismar, pazarlıklardaki aldatmalar gibi sosyal günahkâr da genellikle cezaî sorumluluktan olduğu kadar hukukî sorumluluktan da kaçınılabilmektedirler. İdari düzenlemeler, muhakkaktır ki, vatandaşları anti - sosyal davranışlara karşı korumak bakımından haksız fiil kurallarına göre çok daha etkili olmaktadır (trafik ve emniyet kurallarıyla haksız fiil kurallarının değerlerini mukayese ediniz). Bütün bunlara rağmen cemiyetin insan davranışlarını düzenlemedeki başarısızlıkları az çok kaçınılmaz bir kusurluluk telakki edilebilir. Ferdi hürriyetle kamu yararı arasında bir muvazene tesis edilmelidir ve bu muvazene, nasıl tesis edilirse edilsin, her iki tarafın istekleri bakımından yine de bir boşluk bırakacaktır. Kusur prensibi, kesinlikle şekli çizilmiş olmak zorunluluğu içinde, sosyal düzenlemenin belirli bir sahasında gerekli bir unsur olma vasfını devam ettirmektedir.

(II) KUSUR PRENSİBİ CRİCKET'İ DE DÜZENLEMELİ MİDİR?

Kusur prensibine bağlılığına rağmen, Fransız Medeni Kanununun hazırlayıcıları, ananelere bağlı kalarak, 1384-1386. maddelerde bazı kusursuz mesuliyet hallerini kabul etmişlerdir: Babanın çocukların küçüklük devresinde yapmış oldukları ve istihdam edinin müstamdemin işini ifa ederken ika etmiş olduğu haksız fiillerden dolayı başkasının fiiline ilişkin mesuliyeti ve hayvanların ve çöken binaların doğurduğu zararlardan doğan kusursuz mesuliyet halleri gibi (19). Araştırma boyunca mesuliyetlerin kusur prensibi-

(17) Karşılaştırınız P.S. Atiyah, (supra, n. 16) pp. 490-502.

(18) Karşılaştırınız A.I. Ogus, «Damages for Lost Amenities: For a Foot, a Feeling or a Function» (1972) 35 M.L.R. 1-17.

(19) Bakınız F.H. Lawson, Negligence in the Civil Law (1950); A. Von Mehren, The Civil Law System (1957), pp. 339-414; Amos and Walton, Introduction to French Law (3 rd ed., 1967), by F.H. Lawson, A.E. Anton and L. Neville Brown, pp. 200-238; A. Tunc. «The Twentieth Century Development and Function of the Law of Torts in France» (1961) I.C.L.Q. 1089-1103.

nin ötesinde bir genişleme gösterdiği tespit edilmiştir. Ancak bunlar yine de bu prensibe istinat olmakta ve genellikle kusurun mevcudiyetini tahminini ifade etmektedirler.

Bu yaklaşımın değeri az sonra münakaşa edilecektir. Diğer taraftan kusur prensibinin bazı durumlardaki ciddi kifayetsizliği başlangıçta belirtilmelidir. İngiltere ve Fransada ki iki paralel dava bunu gösterecektir (20).

İngiltere'deki Bolton V. Stone (21) davası, Sir Arthur Goodhart'ın **Law Quarterly Review**'deki sayısız üstadane incelemelerinden bir tanesine konu teşkil etmektedir (22). Maalesef uzun olan hikayeyi kısa keserek durumu şöyle özetleyebiliriz: Miss Stone bir cricket sahası yanındaki genel bir yolda durduğu sırada başına bir cricket topu isabet etmiş ve yaralanmıştı. Bidayet yargıcı sahanın bütün güvenlik gereklerine cevap verecek genişlikte olduğu gerekçesiyle, ki geçen otuzsekiz senelik tecrübe kimsenin yararlanmadığını gösteriyordu, davalıların, yani cricket kulübü üyelerinin lehine karar verdi. İstinaf mahkemesi bilhassa sahada 1910 yılında yapılan değişiklikten sonra tehlikeyi azaltmak üzere ilâve tedbirlerin alınabileceği gerekçesiyle itirazı ekseriyetle kabul etti. Lordlar Kamarası ise hukuki yönü biraz da esrarengiz çeşitli sebeplerle davalının itirazını ittifakla kabul etti ve böylece davacının 3000 in üzerinde bir zarara uğramasına yol açtı.

Fransadaki davada ise davacının lehine karar verildi, ancak bu karar da daha tatminkâr gözükmemektedir. (23) Biri dokuz diğeri onbir yaşında iki çocuk birlikte futbol oynamaktaydılar. Bunlardan birisi topa vurmak isterken isabet ettiremedi ve ayağından sıçrayan bir parça çamur diğेरinin gözüne isabet etti. Bidayet mahkemesinin kararı kayıtlarda gözükmemektedir. İstinaf

(20) Mukayeseli bir tespit yapılabilir, meselâ; Boynton V. Ryan (3rd Cir. 1958) 257 Fed. 70, yahut Dunne V.N.W. Gas Board (1964) 2 Q.B. 806, ve bu konudaki inceleme J.A. Jolowicz «Liability for Accidents» (1968) C.L.J. 50-63 at p. 59 veya Cass 2 e civ, 10 April 1964. Dalloz, 1965 p. 169 ve bu konudaki inceleme A. Tunc, op. cit (supra, n. 19) at p. 1099-1101.

(21) (1951) A.C. 850.

(22) «Is it Cricket?» (1951) 67 L.Q.R. 460.

(23) Cass, 2e civ., 1 Dec. 1965; Juris Classeur Périodique (1966) II.14567, keza bakınız Rodière, Rev, trim, dr. civ. 1966, pp. 297-298; Tunc, «L'enfant et la balle, Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance» Juris-Classeur Périodique (1966) I.1893.

mahkemesi ise davacının lehine karar verdi. Temyiz mahkemesi de kararı tasdik etti. Topa isabet kaydedememe kusur olarak nitelenmişti.

Kusur «iyi bir aile babasının» yapmayacağı davranışlar olarak tarif edildiğine göre karar tartışmaya fevkalâde açık bir nitelik taşımaktadır. Temyiz mahkemesinin kararı bizi «iyi aile babası» futbol, tenis ve bunlara benzer bütün oyunları oynarken asla ıska geçmez, ski yaparken asla düşmez ve oynadığı her oyunu kazanır demeğe getirecektir. O mutlaka şanslı bir adamdır ama bu standartlar kabul edilirse kim iyi bir aile babası olduğu iddiasında bulunabilir?

Fransız Medenî Kanununun hazırlayıcılarının kusur prensibine olan güvenleri bir tuhaf sonucu daha ortaya çıkarmaktadır. 1384. madde, bir çocuk bir haksız fiil işlediği takdirde, babasının, sorumluluk doğuran hareketi önleyemeyeceğini ispat etmedikçe bu hareketten dolayı sorumlu olduğu kuralını koymaktadır. Bu bakımdan da babanın sorumluluğu mutlak bir sorumluluk değildir. Bu sadece bir faraziyeye istinat etmektedir ve Fransız Temyiz Mahkemesi uzun zaman önce bu kuralın iki yönünün bulunduğunu ifade etmiştir: Baba, sadece haksız fiilin işlenişi sırasında çocuk üzerindeki gözetleme görevini yerine getirmede yetersiz sayılmamakta, bunun yanında çocuğu yetiştirmede de ihmalkâr davrandığı farzedilmektedir. Böylece de, bu faraziyeyi cerhetmek için baba,

hem çocuğu iyi bir şekilde yetiştirdiğini ve hem de onu uygun bir dikkatle gözetiminde bulundurduğunu ispat etmek zorundadır. Böylece de, topa vururken ıska geçen bir çocuk, hukukçuya göre sadece kusurlu bir harekette bulunmuş olmaz, ayı zamanda babasının onu kötü yetiştirdiğini de ortaya koymuş olur. Bahis konusu davada, hattâ babanın oğlunu kusurlu yetiştirdiği şeklindeki kâri-nenin çürütülmesincede müside edilmemiştir: Kararı Temyiz Mahkemesince de onaylanan İstinaf Mahkemesi, çocukların boş bir sahada (common) futbol oynamasına onlara gözetimi altında tutmaksızın müside etmeyi ihmâl olarak nitelemiştir. Tabiidir ki, çocukların başka nerede bir arada oyun oynayabilecekleri ve bir baba oğlunu gözetimi altında tutsa bile onun bir topa vuruken ıska geçmesini nasıl önleyebileceği sorulmak gerekir.

Sonuçlarının değişik olmasına rağmen, Lordlar Kamarası ile Fransız Temyiz Mahkemesi kararlı, hem ahlâki ve hem de pratik

açılardan tatminkâr olmaktan uzaktır. Sokaktaki adamın, her ikisini de onaylamıyacağını muhakkak sayabiliriz. Ancak hukukunun da, İngiltere'deki davaya davacı lehine verilecek bir kararın önceden tahmini mümkün her hadiseyi tahmine çalışarak günlük hayatımızı son derecede endişeler içinde yaşamamızı gerektireceği Fransa'daki davada ise davalı lehine verilecek kararın davacıyı tazminattan mahrum edeceği ve bununda tatminkâr olmaktan uzak bulunacağı göz önüne alındığında, daha iyi bir hal tarzı tek-lif etmek bakımından fevkalade müşkilât içinde bulunduğunu söyleyebiliriz.

Esasında her iki davada da yargıçların görevlerinin tatminkâr şekilde ifası mümkün değildi. Çünkü tatbik zorunda oldukları kurallar kaza olayları düşünülerek meydana getirilmiş değillerdi. Yapılması gereken, bir süre önce Mr. Jolowicz'in de gösterdiği gibi (24), ya kazalardan doğan zararları tazmin için bir kural koymak veya hiç değilse kazalara ilişkin tazminat konusunda özel kurallara konulmasını teşvik edecek bir felsefe kabul etmektir.

Teknik bakış açısından ise, kusuru iyi bir vatandaşın yapmıyacağı hareketler olarak tanımlamak veya ihmalin makul bir kimsenin davranış ölçüleriyle belirleneceğini iddia etmek ve ondan sonra da, hattâ en dürüst ve başkasına saygılı vatandaşlarca bile kaçınılmasına imkân olmayan hatalı davranışlar sebebiyle bir şahsı sorumlu tutmak bir çelişkidir. Nitekim, araştırmaların gösterdiğine göre, iyi bir sürücünün ortalama iki milde bir hatalı davranışta bulunmasına (25) yahut şehir içi trafiğinde her beş dakikada dokuzdan fazla hatalı davranışın yapılmasına (26) rağmen hali hazırda trafik kazalarındaki hükümler hatalı davranışlara dayandırılmaktadır.

Ahlâki kurallar konusunda ise, tekidine çalıştığımız ölçüler içerisinde, kararlarımızdan doğan sorumluluğa katlanmak durumundayız. Ancak şurası da muhakkaktır ki, az çok hepimizin sürekli olarak yaptığı hatalı davranışlardan biri sebebiyle şansız

(24) Op cit. (supra, n. 20). Karşılaştırınız T.G. Ison, *The Forensic Lottery* (1967); R. E. Keeton, *Venturing to do Justice* (1969); P. S. Atiyah, op cit. (Supra, n. 16).

(25) L.G. Norman, *Road Traffic Accidents. Epidemiology, Control and Prevention* (W.H.O. Public Health Papers 12, 1962) p. 51.

(26) U.S.A. Department of Transportation, *Driver Behavior and Accident Involvement: Implications for Tort Liability* (1970), pp. 176-180.

bir kazaya sürüklenen bir şahsı sorumlu tutmak ahlâk kurallarının gereği değildir. Böyle bir kaza bir kusur değil, şartların uygunsuzluğundan doğan bir talihsizliğin sonucudur.

Diğer taraftan ahlâk kuralları, bir kaza kurbanının talihsizliğine boyun eğmesine de müsaade etmez (27). İnsanlar arasındaki kardeşlik duygusu buna engel olacaktır. Kaza kurbanlarının kadere şahısların iyilik hislerine tevdi edilemeyeceğine göre şefkât gösterme görevini toplum yüklenmeli, kazaya uğrayan kimse ile meşgul olmalıdır: Bu ise kamu sağlığı ve sosyal güvenlik makamlarının görevidir (28). Mamafih, sosyal güvenlik kuruluşları hiç değilse şimdilik ve muhtemelen gelecek bir kaç on yıl tam bir tazminat (veya böyle bir konuda tam bir tazminat ne olabilirse onu) kazaya uğrayan kişilere sağlamak imkanına sahip değildir (29). Sadece sigorta müessesesi, sorumluluğu herhangi bir şahsa yüklemeksizin, ya mesuliyet sigortası veya şahsi sigorta şekilleriyle tam bir tazminat sağlayabilir ve böylece zararın yumuşatılıp yayılmasına imkân verebilir. Bunlar göz önüne alındığında ahlâk kurallarının icaplarını şöyle belirleyebiliriz: ödeyebileceği tazminat miktarını arttırmak üzere devamlı gayretler göstermek şartıyla kaza ve hastalıklar konusunda genel bir fon kurulmalı (30) veya hiç değilse, sürücülük gibi tehlikesi aşikâr faaliyetler için bir kusura dayanmayan sorumluluk sigortası mecburiyeti ihdas edilmeli ve, buna ilaveten, şahsi sigortalar teşvik edilmeli ve sosyal güvenlik genişletilmelidir.

Böylece görülmektedir ki, ahlâk kuralları, kazaların söz konusu olduğu durumlarda kusura dayanan sorumluluğun yerine kolektif kaynaklardan temin edilecek bir tazminatı öngörmektedir. Sir Arthur Goodhart «Our Horse and Buggy Law»a şiddetle karşı çıkmakta ve trafik kazaları kurbanlarına verilecek tazminat konu-

(27) Karşılaştırınız **Glanville Williams**, op. et loc. cit. (supra, n. 6); **J.A. Jolowicz**, op. cit. (supra, n. 20) at pp. 56-57; **Fingarette**. «Some Moral Aspects of Good Samaritanism», ve **A.M. Honore**, «Law Morals and Rescue» içinde **Good Samaritan and the Law** (J.M. Ratcliffe, ed., 1966), pp. 213-233, ve pp. 225-242.

(28) **Good Samaritan** konusundaki hukuki bir çalışma olarak bakınız **J.D.M. Derrett**, **Law in the New Testament** (1970), pp. 208-227.

(29) Karşılaştırınız **J.A. Jolowicz**, op. cit. (supra, n. 20). at p. 60.

(30) Karşılaştırınız **T.G. Ison**, op. cit. (supra, n. 24); **Glanville Williams**, op. cit. (supra, n. 6) at pp. 172-175; **J.A. Jolowicz**, op. cit. (supra, n. 20) at pp. 62-63; **P.D. McKenzie** «Report of the Select Committee on Compensation for Personal Injury in New Zealand» (1971), 34 M.L.R. 542-549.

sunda modern bir sistemi savunmaktadır (31). Kusur prensibi bütün kusurlu davranışlara uygulanması yönüyle, bilhassa kurbanın zarar ziyanına karşı işletildiğinde şaşırtıcı ve sarsıcıdır. Hepimizin yaptığı bir hatalı davranış sebebiyle kurbanın tazminat almasını reddetmek veya tazminatın miktarını düşürmek fevkalade mürai-ce bir davranıştır. Trafik kazalarındaki yaya kurbanların yaş gruplarına göre bölümlendirilmesi böyle kusurlu davranışlarda şahsi veya ahlâki bir sorumluluğun bulunmadığının delilini teşkil etmetedir: 30-39 yaş gruplarına göre 10 yaşından küçük veya 60 yaşından büyükler arasında kazaya uğrayanların oranı altı defadan daha fazla olarak tesbit edilmiştir (32).

Klasik haksız fiiller hukuku hukukçuyu katı ve biraz da mekanik bir hukukî görüş tarzına alıştırmıştır. Fransız medenî kanunu çerçevesi içerisinde yapmaması gereken bir şeyi yapan bir şahıs hareketinin sonucu olan zarardan genel olarak sorumludur, yapmasına müsaade edilen bir şeyi yapan kimsenin ise korkacak bir şeyi yoktur. Fakat iş kazalara geldi mi hukukçu normal olarak müracaat edeceği esasları kaybetmektedir. Bir sürücüye hiç bir kusurlu davranışta bulunmamasını söylemek manâsızdır. Ahlâk bizden, kaçınılmaz kusurlarınızın sonuçlarına katlanmanızı istemez: Ahlâkın gerektirdiği, prensip olarak herkesin, hatta kendi kusurlu davranışı sonucu zarar gören kimselerin dahi yararlanacağı bir tazminat sistemi organize ederek bütün zarar görenlerin zararlarını gidermemizdir.

Bununla, kusur prensibinin kazalar sahasından tamamen atılması gerektiği söylenmemektedir. Maalesef hukukçu için mesele çok daha karmaşıktır. Örnek olarak trafik kazaları ele alınırsa, araştırmalar göstermiştir ki tek arabayla meydana gelen kazaların % 10 undan, birden fazla arabayla meydana gelen kazaların % 5 inden azındaki yaralanmalarda ciddi trafik suçları işlenmiştir (33). Her ne kadar bu ciddi trafik suçlarından bir kısmı gayri kasdî olarak işlenmişse de bir kısmı da bilerek yapılmıştır. Böylece adalet, teknik olarak mümkünse kusurdan doğan mesuliyete ilişkin

(31) «Our Horse and Buggy Law» 49 J. Am. Soc. 26-30 (June 1965).

(32) P.S. Atiyah, op. cit (supra, n. 16) p. 151.

(33) American Insurance Association, Report of Special Committee to Study and Evaluate the Keeton-O'Connell Basic Protection Plan and Automobile Accident Reparations (1968), p. 16.

yeni bir tatbikat veya hiç değilse, prensip olarak bütün kurbanları himaye edecek bir sistem içinde kusurdan dolayı mesuliyetin belli derecelerinin ortaya konması ihtiyacında gözükmektedir. Bundan başka, bir sürücünün sicili normalin çok üzerinde kazaya karıştığını gösterebilir. Bu durum ister onun araba kullanmadaki uyumsuzluğundan ister arabasını çok sık ve muhtemelen tehlikenin yüksek olduğu mahallerde kullanmış olmasından doğsun, sosyal olarak hakkaniyetli bir adalet ve önleme sistemi bu sürücünün normalin üzerinde bir sigorta primi ödemesini gerektirecektir.

Diğer taraftan, olaylara daha kolaylıkla uyması istendiğine göre yeni kurallarca eskilerine nisbetle çok daha basit olması gerekecektir. Fransa'da yeni cereyan eden bir davada bir çocuk bir çim biçme makinasınca yaralanmıştı. Temyiz Mahkemesi şu şahısların mesuliyeti konusundaki İstinaf Mahkemesinin kararını temyiz tetkikatı sırasında tasvip etti: (a) çim biçme makinasının sahibi; (b) çim biçme makinasını kullanan kimse; (c) çocuğun şikayet etmekte olduğu amca ve halası; ve (d) öğleden sonrasını kendi bahçesinde geçirmek üzere çocuğu davet etmiş olan komşu. Maamafih, istinaf mahkemesinin kararı tasdik edilmeyerek çimen üzerinde ayağı kayan çocuğun muhtemel dikkatsizliğinin tetkiki için dava başka bir istinaf mahkemesine gönderildi (34). Böyle bir davanın bir birini takiben dört mahkemeye, yani yirmiden fazla yargıca ve hemen bir o kadar da avukata tetkik ettirilmesi suretiyle adaletin yerine getirildiğine, ahlâki gereklerin tatmin edildiğine ve çim biçme makinalarının doğurduğu kazaların azaldığına inanmak tarajik bir yanlış anlayıştır. Ahlâkın ihtiyacı, riskleri kimin yükleneceği konusunda, kusur prensibine gözü kapalı ve düşünmeksizin itaatın modern sonuçları olan faydasızlıkların, gecikmelerin, lüzumsuz masrafların ve belirsizliklerin kurbanlarına kurtuluş getirecek vâzih bir hukuki kaidedir. Yine onun ihtiyacı, sosyal güvenlik sisteminin verebileceği tazminat miktarını arttırmaya yönelik devamlı bir gayretin gösterilmesi ve sorumluluk sigortasının söz konusu olabileceği durumlarda kusursuz sorumluluk prensibinin daha geniş olarak işletilmesidir.

Şimdiye kadar ortaya koyduğum fikirler kazalardaki tazminata ilişkin kuralların en genel ve belirsiz çerçevesini teşkil etmekte

(34) Cass. 2e civ., 3Nov. 1971; Dalloz, 1972 Som. 31.

dir. Hatta fevkalade önemli bir problem olan genel bir tazminat fonunun kurulması dahi incelenmeden bırakılmıştır. Benim tek gayem kusur prensibine istinat edemeyeceğimiz bir sahanın da bulunduğunu ortaya koymaktı, Bu saha bilhassa endüstri toplamları için fevkalade önemlidir: Amerika Birleşik Devletlerinde kazalar, her yıl, 115.000 ölüme, uzun süreli sakatlıklara da yol açan 10 milyonun üzerinde yaralanmaya ve 25 milyon dolardan fazla kayba sebep olmaktadır. Kazalara ilişkin kuralları haksız fiil kurallarından ayırmak ihtiyacı, endüstri devrimi sebebiyle kazalardaki birden artışın tesiri altında XIX. yüzyılın ikinci yarısında anlaşılmaya başlanmıştır. Bu ihtiyaç endüstri kazaları konusunda kısmen tatmin edilmiştir, ancak 30-40 sene sonra trafik kazalarındaki artış sebebiyle yine bir problem olarak önümüze gelmiştir. Sir Arthur Goodhart bu konuda şunu söylemektedir: «Haksız fiil kurallarının ihmal ve dikkatsizlikten ziyade sorumluluğa dayanması konusunda Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya'da kuvvetle destek gören son görüşler konusunda söylenecek çok şey vardır. Endüstri ile ilgili pek çok kural da bu görüşe istinat ettiğine göre bu, Büyük Britanya için yeni bir prensip değildir. Bu prensip ilk ortaya konduğunda bunun fabrika sahibi için hakkaniyetli olmadığı görüşüyle pek çok itirazda bulunulmuştu. Ancak şimdi bu prensip, sosyal açıdan, bütün dünyada hakkaniyet ve adalete uygun bulunmaktadır. Şimdi bu prensip fabrika sahibi için doğru ise, taşıt araçlarının doğurduğu kazalar fabrikalarda olanlara nazaran çok daha fazla olduğuna göre, aynı derecede, bir motorlu araç sahibi için de niçin doğru olmasın?» (35)

Kendi kendine yeterli bir kazalar hukuku veya kazalar hukukuna ilişkin bir felsefe ihtiyacı, her türlü münakaşanın ötesinde, aşikar gibi görülüyorsa da kusur prensibinin ve kazalara ilişkin kuralların uygulama alanlarını tespit büyük güçlükler arzemektedir. Bütün bunların ötesinde, ihmale dayanan haksız fiillerin ortaya çıkışı ve gelişmesi kaza olaylarından doğan ihtiyaca cevap vermek içindir. Esasında bir talihsizliktir ki, sokaktaki adam bir trafik kazasından bahsederken, kendi kendine bu kazanın doğumunda kimin kusurunun olduğunu soran hukukçudan daha isabetli bir yaklaşımla olaylara bakabilmektedir. Bununla beraber, şimdiye kadar da belirtildiği gibi, hatta trafik kazaları konusunda

(35) A.L.G., (1971) 87 L.Q.R. 451.

bile tesadüfi elemanların yanında sadece kusurlu davranışlar değil, az veya çok dikkatli araba kullanma ve hatta bazen arabanın pervasızca sürülmesi ve suç alanına girebilecek bir tehlike yaratma durumları da söz konusu olabilmektedir. Bunun ötesinde, eğer biz insanların kusurlu davranışlarını, ikisinden de istatistik olarak kaçınılmayacak şansa bir tutarsak veya günümüz şartlarında beşeri hataları zarara yol açmasını şartların tesadüfi ve talihsiz bir birleşimi olarak düşünürsek kaza kavramı, trafikten ve çim biçme makinalarından doğan kazaların çok ötesine gider. Mesela doktorların ve cerrahların faaliyetlerine kusur prensibi mi uygulanmalıdır yoksa bunlar kazalara ilişkin kurallar içerisinde mi mütalâa edilmelidir? (36) Amerika Birleşik Devletlerinde yapılan bir araştırmaya göre, insanlar kusurlu davranışları başka sahalarda olduğu gibi tıp sahasında da insanî faaliyetlerin kaçınılmaz bir yan ürünü görünümündedir. Eğer bu böyle ise tıbbi veya cerrahi kazalardan doğan tazminatlar kaza hukukunun felsefesine istinat ettirilebilir. Meselâ tıbbi veya cerrahi müdahalelerin bütün aşikar anormal sonuçlarına karşı hastaların lehine bir mecburi sigorta sistemi kurulabilir. Bu sigorta müessesesine müracaat lüzumu doğduğunda da doktor veya cerrahın hem sigorta şirketine ve hem de meslektaşlarından kurulu bir kurula bir rapor göndermesi mecburiyeti konulabilir. Mesleki kurul yalnız konu hakkındaki raporu değil, onunla birlikte hekimin sicilini de göz önüne alarak, gerekiyorsa idarî müeyyideler tatbik edebilir veya sigorta şirketinin hekime rücuuna mücadele edebilir veya hattâ, bir ceza davasının tahriki bile düşünülebilir. Eğer hekimin sigorta şirketinden aşırı talepleri varsa sigorta primlerinde otomatik bir artış dahi söz konusu olabilecektir.

Her ne kadar kazaya ilişkin kurallarla, esas itibariyle kusura dayanan haksız fiil kuralları arasında kat'î bir sınırın çizilmesi güçse de hiç değilse şimdiye kadarki münakaşalardan, iki prensibin yeterli açıklıkla ortaya çıktığı görülmektedir. Bir taraftan, bir kimse kendi iradesiyle bir karar almışsa ahlâk kurallarının icabı o şahsın yapmış olduklarından sorumlu olmasıdır: Bir iş adamının seçtiği rekabet usullerinden mesul olması gerektiği gibi ben de yazdıklarımın mesul olmalıyım. Diğer taraftan, bir kaza meydana

(36) Karşılaştırınız C.A. Wright, «The Adequacy of the Law of Torts» (1961) C.L.J. 44-61, bilhassa 44-47.

na geldiği takdirde ahlâk kurallarının gereği, öncelikle kaza kurbanının zararının giderilmesidir. Kazaların çok nadiren beşeri faktörlerin tesirinden âzade olduğu doğrudur ve eğer **errare humanum est** ise bizim başkalarını tanımak ve sevmek «konusundaki davranış ve gayretlerimiz günlük hayatımızda yaptığımız kusurlu hareketlerin sayısına kaçınılmaz olarak tesir edecektir. Davranışlarımız bir insan topluluğunda mümkün olduğu derecede - ki bu defa önce de üzerinde şüphe ile durulan bir noktadır - bize mükâfat veya mücazat getirmelidir. Ahlâk kurallarının bu icaplarının herbirini uygun yerlerde telif etmek, en uygun terkinin ne olacağını görebilmek güçtür. Ve belki de bunun yerine getirmesi, çağdaş dünyaca haksız fiillerle uğraşan hukukçuya karşı yapılmış en önemli mücadele çağrısıdır.