

HAKSIZ FİLDEN DOĞAN BORÇLARIN TÂBİ OLDUĞU KANUN

Doç. Dr. Erdoğan GÖĞER
A. Ü. Hukuk Fakültesi
Devletler Hususî Hukuku
Doçenti

GENEL BİLGİLER VE MEVZUUN VAZİ.

Hukuka aykırı muamelelerde bulunan kimse bir başkasına verdiği zarardan sorumludur. Hukuka aykırı muamelelerde bulunan bu kimsenin sorumluluğu, biri akdî sorumluluk diğeri haksız fiilden doğan sorumluluk olmak üzere iki kısma ayrılabilir.

Mukavele hükümlerini ihlâl neticesinde meydana gelen akdî sorumluluğun tâbi olduğu kanunu araştırmak konumuz haricindedir. Ancak, akdî borçlardan doğan teşriî salâhiyet ihtilâfları sahasında iradenin muhtariyeti diye isimlendirilen bağlama kaidesinin cihansümul olduğu hususu unutulmamalıdır. Akdî borçlar sahasında cihansümul değerinde bir bağlama kaidesi olan iradenin muhtariyeti esaslı haksız fiilden doğan borçlar sahasında özel bir önemi haiz değildir.

BK. 41 inci maddesine göre, haksız fiilden doğan borçtan bahsedilebilmesi için, bir zararın bulunması, bu zararın bir diğerine karşı haksız olarak yapılması ve zararın kasit veya kusurdan ileri gelmiş olması lâzımdır. Mezkûr maddenin 2 inci fıkrasına göre, ahlâka mugayir fiiller de haksız fiil sayılmakta ve bunlardan doğan zararlar da tazminat vecibesi yüklemektedir.

Haksız muamele başlığı altında toplanan hukuka aykırı fiiller, bazı hukuk sistemleri tarafından, cürüm ve şibih cürüm olmak üzere ikili bir tefrike tâbi tutulmaktadır. Zararın tazmini vecibesini tahmil eden cürüm ve şibih cürüm arasındaki fark, birincisinde ızzar kastının bulunması, ötekinde bu kastın ademi mevcudiyeti-

dir (1). Konumuz bakımından önem taşımayan bu tefriğe, Borçlar Kanunumuz, Alman Madenî Kanunu ve Japon Kanunlarına uygun olarak itibar edilmeyecektir (2).

Bu itibarla, haksız fiilden doğan borçların tâbi olduğu kanun konusu cürüm ve şibih cürüm ayırımı yapılmadan tetkik edilecektir. Ancak, bu tetkik, başka bir ayırma gidilerek geliştirilecektir. Bu ayırım, haksız fiile mütaallik dâvanın fiilin işlendiği mahal mahkemesinde açılmış olup olmaması hallerine göre yapılacaktır. Haksız fiiller sahasındaki bağlama kaidesi ile ilgili olan ve mütaakip paragraflarda izah edilecek bulunan değişiklikler, bu ayırımı gerekli kılmıştır. Bu itibarla, konu üç paragrafta tefrik edilerek tetkik edilecektir.

Bu paragraflardan birincisinde, haksız fiillerden doğan borca mütaallik dâvanın fiilin işlendiği mahal mahkemesinde açılmış olması hali ele alınacaktır. Bu paragrafta evvelâ, dâvanın fiilin işlendiği mahal mahkemesinde açılması halinde hangi kanunun yetkili olduğu tesbit edilecektir. Bilâhara, karayolları seyrüseferinde meydana gelen yabancı unsuru muhtevi haksız fiiller bakımından önem taşıyan ve dâvanın ika mahalli mahkemesinde açılmış olması halinde dahi bu önemini kaybetmeyen milletlerarası mahiyetteki, sigorta sistemine temas edilecektir. Bu sistem sayesinde fertler, buldukları yabancı ülkenin karayolları seyrüseferinde ika ettikleri haksız fiiller bakımından kayda değer kolaylığa sahip olmuşlardır.

İkinci paragrafta, dâvanın ika mahallinden farklı bir devlet mahkemesinde ikame edilmiş olması hali ele alınacaktır. Bu halde, yetkili kanunu tesbit etmek için ileri sürülen muhtelif nazariyeler tetkik edildikten sonra bunların bir değerlendirilmesi yapıp,

-
- (1) Karş. Planiol, **Traité Élémentaire de droit civil**, Paris 1949. T. II. No. 948 - 949
- (2) Müellif Raape, **Internationales Privatrecht**, Berlin und Frankfurt a. M., 1961 eserinin konu ile ilgili faslında (s. 571 - 586) Delikte, Quasidelikte tefrikini yapmıştır. Ancak, bu tefrik yukarıda belirtilenden başka mahiyettedir. Bu tefrik, bu sahadaki bağlama kaidesine mesnet teşkil eden ictimâî nizamın himayesi fikrinden mülhemdir. Toplumun himayesine yarayan bazı hükümlerin de haksız fiil gibi sayılması fikri bu tefrikte hâkimdir. Netekim, Raape, age, s. 584'de «..... aber sie sind doch gleich diesen Schutzvorschriften, sie schützen die Allgemeinheit gegen Schaden,» demek suretiyle, bu tefrikten kastettiği mânâyı göstermektedir.

Türk hukukundaki durum tesbit edilecektir. Bu paragrafta ayrıca, son yıllarda gerek doktrin, gerek içtihatlarda ileri sürülen ve fakat henüz olgunlaşmamış bulunan yeni görüşler de ele alınacaktır. Bunlardan özellikle, Amerika Birleşik Devletleri kazai içtihatlarının son beş yıl içinde geliştirmeye çalıştıkları yeni bağlama kaidesi özel bir önemi haizdir. İkinci paragrafta tetkik edilecek son husus, haksız fiiller sahasında vasıf ihtilâfları olacaktır.

Üçüncü paragrafta, haksız fiiller sahasında önemli yer işgal eden ika mahalli mefhumu ele alınacaktır. Bu mefhum hakkında ileri sürülen muhtelif fikirler tetkik edilecektir. Bunlardan sonra, konunun tamamı hakkında verilen izahatın ışığı altında neticeye varılacaktır.

Ancak, haksız fiiller sahasına dahil olan denizde çatmadan doğan tazminat vecibesinin tâbi olduğu kanun konusuna burada temas edilmeyecektir. Zira, denizde çatmadan doğan kanunlar ihtilâfı, denizde çatmanın gösterdiği özellikler itibariyle ayrı bir tetkiki gerektirmektedir. Denizde çatmadan doğan tazminat vecibesinin tâbi olacağı kanun konusu, denizciliğin de ihtiyaçlarını nazara alan müstakil bir etüd konusu olarak kabul edilmiştir (2a).

§ 1 — Dâvanın, ika mahallinin mensup olduğu memleket mahkemesinde açılmış olması halindeki bağlama kaidesi

I. İKA MAHALLİ MAHKEMESİNE İKAME EDİLEN DÂVALARDA BAĞLAMA KAİDESİ OLAN LEX LOCI DELICTI COMMISSİ'NİN HÂKİMİYETİ

Haksız fiilin vuku bulduğu mahal üzerinde hâkimiyet sahibi Devlet ile bu fiilin sebebiyet verdiği zararın tazmini için ikame edilen dâvaya bakan mahkemenin mensup olduğu Devletin aynı olması halinde meselenin halli konusunda, hemen hemen ittifak vardır denilebilir. Üzerinde ittifak edilen prensip «Lex loci delicti commissi» dir.

Haksız fiilin vuku bulduğu mahal kanununa tâbi olması, cemiyetlerin insanların meşru haklarını suiniyet ve cebre karşı himaye etmek gayretlerinin bir neticesidir. Şiddet, suiniyet, beceriksizlik ve ihmalkârlığa karşı cemiyet üyelerinin haklarının himaye edilmemesi

(2a) Bu konuda Göger Denizde çatmadan Doğan Kanun ihtilâfları, yıl 57 (s. 8 - 9) A. D. 628 - 668

halinde toplum düzenini sağlamak imkânsızdır (3). Bu itibarla, ika mahallindeki haksız fiillere mütaallik hükümler, fiilin faili ile mağduru arasında ki, tâbiyet ilişkileri nazarı itibare alınmadan uygulanmalıdır. Fail ile mutazarrırın tâbiyetlerinin önemi yoktur. Failin mesuliyeti ve mutazarrırın tazminat hakkı kendi millî kanunlarından değil mahalli kanundan doğmaktadır.

«Memaliki Osmaniyede bulunan ecebilerin hukuk ve vezai fi» hakkındaki 23 Şubat 1330 tarihli kanunu muvakkatın, Fransız medeni kanununun 3 üncü maddesinden alınmış olan, ikinci maddesi de aynı prensibi benimsemiştir (4). Bu hükme göre, «emniyet ve asayiş memlekete taallük eden kâffe kavanin ve nizamat: Devleti Aliye, Memaliki Osmaniyede bulunan bilcümle ecanip hakkında dahi mer'idir.» Bu madde hükmünün sadece ceza ve zabıta kanunları ve nizamlarını kapsadığı düşünülmemelidir. Bu maddenin, amme hukukuna giren hükümleri ve bu hükümlerle s.kı sıkıya irtibatlı olan hususi hukuk hükümlerini de kapsadığı kabul edilmelidir (5). Haksız fiillere mütaallik hükümler, Muvakkat Kanununun 2 inci maddesinin kapsamına giren hususi hukuk hükümlerinin tipik misâlini teşkil etmektedir (6).

Muvakkat Kanununun bu hükmünden çıkan netice, haksız fiillere mütaallik kanunlarımızın, Türklerin olduğu kadar yabancıların ika edecekleri fiiller hakkında da uygulanmasıdır. Binaenaleyh, hangi fiillerin mesuliyeti mucip olduklarına, tazminat miktarının tâyinine, tenkise, müteselsil mesuliyete ve manevi tazminata karar verilmesini gerektiren hallerin tâyini gibi bütün konular ika mahalli kanunu olan Türk kanunlarına tâbidir. Haksız fiillere

(3) Weiss, *Manuel de droit international privé*, 9. éd., Paris 1925, s. 582; Berki, I. (*Devletler Hususi Hukuku*, Ankara 1966), C. II, s. 312; Seviğ (M. R. - V. R.), *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 1962, s. 593

(4) Kanunu Muvakkatın metni için bak. VII D. (II inci tertip) 458

(5) Seviğ (M.R.), *Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelenin Sentezi*, İstanbul 1941, s. 30, 31; Berki, I, C. II., s. 43; Okay *Çatmalarda Kanunlar İhtilâfı*, A.E. Arsebük'e Armağan, Ankara 1958, s. 484; Batifol, Fransız medeni kanununu hazırlayanların CC'in 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına haksız fiilleri de dahil etmek istediklerini kabul etmenin hatalı olmadığını ifade etmiştir. Müellif, *Traité Élémentaire de Droit International privé*, Paris 1959'un No. 557 sinde aynen «Il est donc permis de penser que les rédacteurs du code civile ont aussi entendu traiter de la responsabilité civile dans cette disposition» demiştir.

(6) Berki, I, C. II, s. 313

mütaallik kanunlar, sadece yerlilere hasredilebilen ve yabancılar istisna kılınabilen nev'iden kaideler değildir.

Tazminat dâvasının haksız fiilin işlendiği mahal mahkemesinde açılması halinde Lex loci delicti commissi'nin tatbik edilmesi gerektiği, genel olarak hukuk nizamları tarafından kabul edilen bir esastır. Nitekim, İngiliz hukukuna göre de, tamamen İngiltere'de işlenen bir haksız fiille ilgili olarak İngiliz mahkemelerinde açılan dâva yabancı kanunlara tâbi olmayıp İngiliz kanunlarına tâbidir (7). Amerika Birleşik Devletlerinde de durumun 1961 yılına kadar aynı olduğu, yani Amerika Birleşik Devletleri ülkesinde işlenen bir haksız fiilden doğan dâvanın Amerikan mahkemelerinde açılması halinde Amerikan kanunlarının yetkili bulunduğu Restatement'in 384 üncü paragrafındaki hükümden anlaşılmaktadır (8).

Avusturya Yüksek Mahkemesinin 1.4.1960 tarihli kararından aynı esasın Avusturya hukuku sahasında da cari olduğu anlaşılmaktadır (9). Arkadaşı ile birlikte sahip olduğu motosiklete binerek seyahata çıkan bir Avusturyalı'nın, İtalya'da meydana gelen kaza sonunda yaralanan arkadaşının açtığı tazminat dâvasında, dâvanın ika mahalli mahkemesinde açılmamış olmasına rağmen, Avusturya Yüksek Mahkemesi ika mahalli kanunu olan İtalyan kanununu uygulamıştır.

İtalyan medenî kanunu hükümlerine göre de haksız fiillerden doğan borçlar, kendilerini meydana getiren hadisenin vuku bul-

(7) İngiltere'de bulunan sürgündeki Çekoslovakya hükümetine mensup bir resmî Çek memurunun aynı hükümete mensup bir diğer memuru tahkir edici rapor tanzim etmesi üzerine İngiliz mahkemelerinde açılan dâvada fail ve mağdurun İngiliz olmamasına, tarafların aynı tâbiyette bulunmasına ve her ikisinin de ikametgâhının İngiltere'de bulunmamasına rağmen, haksız fiilin ika mahalli olan İngiltere'nin bu konuyu tanzim eden mevzuatının uygulanması gerektiği Szalatnay - Stacho v. Fink (1947) 1 K.B. 1'deki dâvasında kararlaştırılmıştır. Karş. Schmitthoff, **The English Conflict of Laws**, London 1954, Third Edition, s. 150 dipnoto 1 ile.

(8) Lex loci delicti commissi lehinde olan Amerikan içtihatları için Lorenzen, **Selected Articles on the Conflict of Laws**, New Haven 1947. s. 373'e bak. Amerikan hukukunda görülen yeni gelişmeler hakkında aşağıda ikinci paragrafın bu sahadaki yeni görüşleri belirten kısmına bak.

(9) 1960 Jur. Bl. 553 (Juristische Blaetter)

duğu yer kanununa tâbidir (10). Bu hüküm, haksız fiilden doğan borca mütaallik dâvanın fiilin işlendiği yer mahkemesinde açıldığı takdirde de Lex loci delicti commissi'nin cari olacağında hiçbir şüpheli bırakmamaktadır.

Wolff, Alman medenî kanununa methal kanununun 12 inci maddesini zikrettikten sonra, burada tesbit edilen esasın, yani haksız fiiller sahasında ika mahalli kanununun yetkili olduğu kaidesinin, Alman hukuku bakımından da cari olduğunu belirtmektedir (11). Filhakika, **Wolff**'un bu görüşünü destekleyen İmparatorluk Yargıtayı kararları da vardır (12). Bu kararlara ve **Wolff**'un bu beyanlarına rağmen Alman hukuku sahasında ika mahalli esasın, yani Lex loci delicti commissi'nin mutlak hâkimiyete sahip olduğu iddia edilemez. Zira, geçici olarak yabancı memlekette bulunan aynı tâbiyetteki kimseler hakkında Lex loci delicti commissi'nin cari olamayacağı görüşü, **Frankenstein**'danberi Alman hukukunda git-tikce yer kazanmıştır (13). 7 Aralık 1942 tarihli İmparatorluk hükümeti kararnamesinde ifadesini bulan **Frankenstein**'in bu düşüncesi, bugün Alman hukukunda önemli bir yer işgal etmektedir. (14) Nitekim, Alman müellifleri, bu sahadaki Lex loci delicti commissi prensibinin kesinliğini kaybetmeğe başladığından açıkca bahsetmektedirler (15).

Haksız fiiller sahasında cari mülkilik prensibinde şahsiliik prensibi lehine gedikler açılmasının, dâvanın fiilin işlendiği yer mahkemesinde ikame edilmesi halinde dahi mümkün olduğu Alman müel-

(10) Regio Decreto 16 Marzo 1942 n. 262; Approvazione del teste del codice civile; Disposizioni Sul'la legge in Generale Mad. 25'in ikinci fıkrasındaki hüküm aynen «Le obbligazioni non contractuali sono regolate dalla legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano». Karş. Raape, age s. 573 ile.

(11) **Wolff**, **Das internationale Privatrecht Deutschlands**, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954, s. 164.

(12) 96 R.G. 96; Karş. Palandt, **Kommentar (Beck'sche Kurz-kommentare, Band 7, Bürgerliches Gezezbuch**, München - Berlin 1954) s. 1951.

(13) **Frankenstein**, **Internationales Privatrecht (Grenzrecht)**, Berlin 1929, Bd. II s. 375 vd. ile 382; Ayrıca Binder, agm, 20 (1955) RabelsZ. 410 ve oradakiler

(14) Kararnamenin metni için Palandt, **Kommentar**, s. 1952

(15) Binder, **Zur Auflockerung des Deliktsstatus**, 20 (1955) RabelsZ. 401-499; Kegel, **Internationales Privatrecht**, München - Berlin 1960, s. 221 vd.

liflerinin izahlarından anlaşılmaktadır (16). Lex loci delicti commissi kaidesi, bu suretle aynı tâbiyette olan ve geçici olarak fiilin işlendiği yabancı memlekette bulunan fail ve mutazarrırın müşterek millî kanunları lehine tatbikten alıkonmaktadır. Aynı tâbiyette olan fail ve mutazarrırdan birinin ikametgâhının yabancı memlekette olması halinde Lex loci delicti commissi derhal işlemeğe başlamaktadır. Binaenaleyh, haksız fiiller sahasındaki, mülkîlik prensibinden şahsîlik prensibine olan bu kayış, ika mahallinde mukim olmamak şartıyla mümkündür.

Haksız fiiller sahasında cari ika mahalli esasının, hiç değilse Almanya'da zayıflamasına yol açan ve **Franckenstein**'in görüşünü aksettiren 7.12.1942 tarihli Kararname sadece Almanlardan bahsetmektedir. Ancak, doktrinde müellifler Kararnamenin sadece Almanlar değil aynı tâbiyetteki bütün şahıslara uygulanması gerektiğini derpiş etmektedirler (17). Bu izahattan, Türkiye'de mukim ve Almanya'da geçici olarak bulunan Türk tâbiyetindeki iki Türkün, Alman mahkemelerinde görülen ve Almanya'da işlenen bir haksız fiilden doğan tazminat dâvaları hakkındaki Alman kanunlarının değil Türk kanunlarının yetkili olması gerektiği neticesi çıkarılabilmelidir (18). Alman hukukundaki bu anlayışın yani

- (16) Kegel, age, s. 222'ye göre, toplum düzenini himayedeki menfaat, geçici olarak yabancı memlekette bulunan ve birbirlerine karşı haksız fiil ika eden aynı tâbiyetteki şahısların bahis konusu olması halinde arka planda kalmaktadır. Bu fikir, «Das Interesse am Verkehrsschutz tritt zürück, wenn sich Personen mit gleichen Personalstatut vorübergehend im Auslande aufhalten und dort einer gegen den anderen unerlaubt handelt» cümlesinde sarîh ifadesini bulmuştur. Belirtilen görüşün haksız fiillerin bütün halleri için cari olduğu, Kegel, age, s. 222 - 223'deki izahattan çıkmaktadır.
- (17) Kegel, age, s. 223'de «Der Inhalt der VO gilt ohnehin und nicht nur für Deutsche, sondern für alle Personen mit gemeinsamen Personalstatut» denilmektedir. Kararnamenin yürürlükte olduğu Federal Yargıtayın 2/2/1961 tarihli kararından anlaşılmaktadır. Bak. 34 BGHZ 222 vd.
- (18) Geçici olarak bulunmadan kasıt turistik gezi, tatil gezisi veya ticarî seyyahatlar veya vazife seyyahatlarıdır. Kegel, age, s. 223'e bak.; Batiffol'ise birkaç saat için Fransa'da bulunan ve Belçika'da mukim bir Belçikalı'nın Fransa'da ika edeceği zararın, Fransa'da ikamet edilmediğinden bahisle Fransız kanununun yetkisine tâbi olmamasını kabul etmeğe imkân yoktur demektedir. Batiffol, age, No 557, s. 665 «Or personne n'admettrait qu'un Belge domicilié et habitant en Belgique ne soit pas jugé en France d'après la loi française, sous prétexte qu'il n'habite pas en France»

müşterek millî kanunun bulunması halinde, Lex loci delicti commissi prensibinin terki görüşünün diğer bazı Avrupa memleketlerinde de mevcut olduğu müellifler tarafından ifade edilmektedir (19).

Haksız fiilden doğan borçlara mütaallik dâvanın fiilin işlendiği yer mahkemesinde açılması halinde, ika mahalli kanununun uygulanması gerektiğinden hiç şüphe edilmemesi gerektiği hakkındaki temel görüş, hayatın fiili ihtiyaçları karşısında tereddütleri üzerine çekmektedir. Bu tereddüt, bilhassa turist olarak kara nakil vasıtaları ile seyyahat etmekte olan aynı tâbiyetteki kimseler arasında meydana gelen trafik kazaları ve bunun neticesinde ortaya çıkan zararlarla ilgili dâva halinde kendini açıkça gösterir. Böyle bir dâvaya bakan haksız fiilin işlendiği mahal mahkemesinin ika mahalli esasında ısrar etmesini anlamak güçtür. Otomobil ile seyyahat eden iki Türkten birinin, otomobil sahibi diğerinin kusuru yüzünden meydana gelen bir kazada yaralanması sonunda haiz olduğu tazminat isteme hakkını, dâva ika mahalli mahkemesinde açılmış olsa dahi, Lex loci Delicti commissi esasına tâbi tutmanın izahını yapmak zordur. Bu nev'i bir haksız fiilde, tarafların menfaati, ika mahalli hâkiminin mensup olduğu devletin ülkesindeki emniyet ve asayişin korunması fikrinden daha ağır basmalıdır. Bu halde, ika mahalli esasının mesnedi olan, memleketin emniyet ve asayişini himaye fikri, nazari bir mahiyet arz etmekten ileri gidememektedir (19a).

Tereddütün, sadece trafik kazaları sahasında mevcut olduğu düşünülmemelidir. Trafik kazaları haricindeki haksız fiillerde de ika mahalli prensibi üzerinde tereddütler hasıl olmuştur. Meselâ, aynı tâbiyette olan ve aynı memlekette mukim bulunan şahıslardan meydana gelen bir turist kafilesine mensup olanlardan birinin, yabancı memlekette geçici olarak buldukları sırada, diğerini yaralaması veya bu kafile mensupları arasında daha başka haksız fiillerin vukua gelmesi de mümkündür. Aynı turist kafilesindeki yolculardan birinin, aynı tâbiyette olan ve aynı memlekette mukim

(19) Raape, age. s. 573 ve orada adı geçenlere bak.; Frankenstein, age, Bd. II. s. 359

(19a) Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 tarihli İsviçre kanunu da 85/III üncü paragrafında Trafik kazaları bakımından Lex loci delicti commissi'ye sarf bir istisna getirmiştir.

bulunan bir diğerine, yolculuk esnasında buldukları yabancı bir memlekette, hakaret etmesi neticesinde meydana gelen tazminat mesuliyetinin de ika mahalli kanununa tâbi kılınp kılınmayacağı hakkında da evvelkilere benzer tereddütler ileri sürülebilir.

Tereddütlerin dermeyan edilmişinin ana sebebi, müşterek tâbiyet ve ikametgâha sahip kimseler arasında meydana gelen haksız fiillerin işlendikleri mahalde kökleşmiş olmaktan ziyade ilgililerin mensup oldukları memlekette kökleşmiş olmasıdır. Haksız fiil, kendisinin kökleştiği ve yuvalandığı içtimai muhitin telâkkilerine aykırı harekettir. Haksız fiilin kökleştiği ve yuvalandığı muhitten başka bir muhitte tezahür etmesi halinde ika mahalli kanununu mutlaka tatbikte ısrar etmemek gerekir. Bu yoidaki bir ısrar, başka muhitte kökleşmiş olan ve o muhitin bir parçası bulunan bir haksız fiil telâkkisinin farklı kanaattaki cemiyetlere yayılmasını önler. Hukuk mantığı ve modern hayatın fiili zaruretleri, haksız fiillerin kökleştikleri muhitlerden gayrı cemiyetlere de yayılabilecekleri vakiasının kabulünü haklı göstermesi sebebiyle ika mahalli esasına istisnalar derpiş edilmeğe başlanmıştır. Nitekim, bu konuyu özellikle ele alan müellif **Binder**, ika mahalli esasına istisnalar getirilebileceğini belirtmiştir. Adı geçen müellif, ika mahalline istisna teşkil eden haksız fiil gruplarını bir makalesinde tespit etmiştir (20).

Tarafların aynı tâbiyette olmaları ve geçici olarak yabancı memlekette bulunmaları halinde müşterek millî kanunlarının tatbik edilmesi gerektiği prensibini, tarafların menfaatları karşısında içtimai emniyet mülâhazasının gerilediği noktasına dayandıran müellifler de vardır (21). Eğer bu iddialar kabul edilirse, haksız fiiller sahasında da mülkîlik prensibinden şahsîlik prensibine geçmek temayülünün mevcudiyetine yer verilmiş olunur.

Şahsen, haksız fiilin vukua geldiği mahal mahkemesinde tazminat dâvasının ikame edilmesi halinde ika mahalli prensibinin, bu yeni fikirlere rağmen genel olarak cari olduğunu kabul etmek lâzımdır, kanaatındayız. Ancak, yeni fikirlerin de tamamen yersiz

(20) Binder, agm, s. 401 - 499; Bu konuda ayrıca bak. Frankenstein, age, Bd. II, s. 358 vd.; Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 2 cilt, Basel 1957/58, Bd. II, s. 674; Raape, age, s. 574 ve dipnotu 162 a.

(21) Kegel, age, s. 222

bulduklarını iddia etmeğe imkân yoktur. Hayatın değişen icaplarının hukuku zorlamakta olduğu fiili bir vakıdır. Bu zorlamanın müspet neticelerinin elde edilmesini beklemeğe tahammülü olmayan bazı ilgililer, kendilerini ika mahalli prensibine karşı koruyacak başka çarelere başvurmaktadır. Bu halin misâli, mütaakiben tetkik edilecek olan ve haksız fiillere dahil bulunan trafik kazalarında mevcuttur.

Lex loci delicti commissi esasının, haksız fiiller sahasındaki hâkimiyetine karşı, müşterek tâbiyetten istifade edilerek ileri sürülen bu yeni itirazların yanında eskidenberi mevcut Lex fori itirazını da unutmamak lâzımdır. Lex fori'nin yabancı unsuru muhtevi haksız fiillerden doğan borçları tamamen kontrol etmesi gerektiğini ileri süren ve Lex loci'ye imkân tanımayan eski fikir, tetkik ettiğimiz meselede doğrudan doğruya tesiri haiz değildir (22). Zira, dâvanın ika mahalli mahkemesinde ikame edilmesi halinde, Lex fori ile Lex loci delicti commissi birleşmektedir. Bu itibarla, ika mahalli ile dâva mahallinin birleşmesi halinde Lex loci delicti commissi'nin hâkimiyetine karşı Lex fori taraftarlarının yapabilecekleri itirazlar pratik bir değeri haiz değildir.

İka mahalli ile dâva mahallinin birleşmesi halinde Lex loci delicti commissi esasının, bugün için, yapılan itirazlara rağmen genel bir tatbik alanına sahip olduğuna inanılmalıdır. Ancak, bu esasın gelişen hayatın bütün ihtiyaçlarını da, tam mânasile karşılayacak durumda olmadığını da kabul etmek lâzımdır. Bu itibarla, ika mahalli ile dâva mahallinin birleşmesi halinde bu esasın, genel olarak, diğer bütün bağlama kaidelerine üstünlüğünü ileri sürmek yanlış sayılmamalıdır.

II. LEX LOCI DELICTI'NİN HÂKİMİYETİ KARŞISINDA, KARAYOLLARI SEYRÜSEFERİ SAHASINDAKİ HAKSIZ FİLLERE GETİRİLEN ÖZELLİK

Bugün Avrupa Devletlerinde, otomobil kazalarının haksız fiil hukuku bakımından tasfiyesi kazaya taraf teşkil eden yabancı veya yabancıların iştirâki olmadan yapılmaktadır. Kazaya taraf teşkil eden yabancı veya yabancıların yerine sigorta şirketleri tam salâhiyetle tazminat dâvasına katılmaktadırlar. Bu suretle, otomobil ile, bir defada bir kaç yabancı memleketi ziyaret edecek olan bir turist her gittiği memlekette büyük bir rahat-

(22) Lex fori görüşü hk. bak. Lorenzen, age, s. 365

lık hissetmektedir. Bir kazanın vukuu halinde şahıs hiç bilmediği ika mahalli kanunundan kurtulmakta ve kendi yerine, ika mahallinde temsilcisi bulunan ve ilgili şahıstan çok daha iyi kendini müdafaa edebilecek olan sigorta şirketini ikame etmektedir.

Trafik kazası taraflarının ikisinin de fiilin işlendiği memlekete yabancı olması halinde, ika mahallinde verilecek ilamın tenfizi güçlüğünden de kurtulunmuş olunmaktadır. Alınacak tazminatın transferi sahasında karşılaşılabilecek güçlükler de bu suretle tamamen bertaraf edilmiş bulunmaktadır. Bunlara benzer daha burada münferiden sayılmasına ihtiyaç olmayan bazı zorluklar giderilmiş olunmakla kalınmamakta turizmin de geliştirilmesine yardım olunmaktadır.

Trafik kazaları sahasında önemli bir yeri olan yeşil kart sistemi (23) Devletler Hususî Hukukunu ve bu arada ika mahalli prensibini, dolaylı da olsa işlemez hale getirmektedir. Zira, kazaya taraf olan yabancı unsurun yerini mahallî sigorta şirketi almaktadır. Yabancı unsuru muhtevi bir hukukî muamele bu sistem sayesinde, dahili hukuka mütaallik bir mahiyet kazanır duruma getirilmeğe çalışılmaktadır. Bu suretle, bir yandan ika mahallinde geçici olarak bulunan turistlerin, trafik kazası halinde karşılaşılabilecekleri hukukî ve malî güçlükler bertaraf edilmekte, diğer yandan da dâva konusu ihtilâf mahallî Devlet tâbiiyetindeki şahıslara mal edilmektedir.

Yeşil kart, muhtelif memleketlere mensup millî sigorta birlikleri arasında varılmış olan bir anlaşmaya dayanarak tanzim edilmektedir (24). İlgili vasıta sahibinin talebi üzerine, mezkûr anlaşmaya esasen dahil bulunan, ve vasıta sahibinin sigortalı olduğu sigortacı tarafından yeşil kart tanzim edilir. Yeşil kartın doğumu

(23) Ecnebi kara nakil vasıtaları ve römorkları'nın mecburi mesuliyet sigortaları hakkındaki, 24 Temmuz 1956 tarihli Alman kanununun «Versicherungsbesecheinigung» olarak isimlendirdiği ve hakikatte «grüne internationale Versicherungskarte (Zertifikat)» denilen yeşil kart sistemi (system der grünen Karte) Birleşmiş Milletlerin Avrupa İktisadi Komisyonunun Karayolları alt komitesince 1949 yılında derpiş edilmiştir. Bak. Fromm, **Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter und Kraftversicherungsbedingungen (Kommentar)**, Berlin 1961. s. 240; Ayrıca, Oftinger, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 2 Aufl. Bd. II, Zweitehaelfte, Zürich 1962, s. 800 vd. bak.

(24) Bu konuda daha fazla bilgi için bak. Fromm, *age*, s. 240

sebepleri arasında, fertlerin ika mahalli prensibine dayanarak uygulanacak kanunlardan kaçmak istemeleri ile birlikte Devletlerin de ülkelerinde yapılmasını mecburi kıldıkları bazı sigorta muamelelerine memleketleri sınırlarını aşar mahiyet atfetmek istemelerini de saymak lâzımdır (25). Milletlerarası muteberlik tanınan böyle bir sigorta himayesinin yabancı memleketlerde işlemlerini ve yabancı memleketteki, anlaşmaya dahil millî sigorta birliğine üye sigortacının sigortalının mesuliyetini derhal yüklenmesini sağlayacak olan belge yeşil kart olmaktadır.

Yeşil kartın bahsedilen şekilde bir netice tevhit edebilmesi için bahis konusu yabancı memleketlerde ecnebi motorlu vasıtalar için de mecburi mesuliyet sigortasının, kanunî mükellefiyet olarak vazedilmiş olması lâzımdır (26). Bu takdirde, yeşil kart sahibinden ziyaret ettiği memleketin mecburi mesuliyet sigortası için öngördüğü şartların ayrıca aranmasına ihtiyaç yoktur. Binaenaleyh, İsviçre'yi ziyaret etmekte olan bir Alman, yeşil kart sayesinde İsviçre'deki bir İsviçreli sigortacıya sigorta edilmiş duruma getirilmektedir (27). Görüldüğü üzere, sigortacı ile sigortalı arasında yapılan ana mukavele yolculuk sırasında gidilen yeni memleketin şartlarına uygun bir muhtevaya sahip olmaktadır.

Bu suretle yaratılmış olan imkân karşısında, ika mahalli esasının trafik kazaları sahasında halen bir değer taşıyıp taşımadığı cayı sualdir. Bütün Devletlerin mezkûr yeşil kart sistemine dahil olmadığı

-
- (25) Almanların «Allgemeine Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung'un § 2'sinde Trafik sigortalarının» Avrupa'da me'î olduğuna dair hüküm sarıhtir.
- (26) Milletlerarası çok taraflı veya karşılıklı anlaşmalar kapsamına girmeyen yabancı plâkalı araçların mesuliyet sigortalarının Türk hudutlarından girişleri sırasında yapılacağı hk. bak. Bozer, **Sigorta Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayımlarından No. 50, Ankara 1965, s. 281; Mesuliyet sigortasının, Federal Almanya'da 24 Temmuz 1965 tarihli kanunla, yabancı plâkalı vasıtalar için dahi bir kanuni mecburiyet olduğu hk. bak. Gesetz über die Haftpflichtversicherung für auslaendische Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhaenger'in paragraf 1 vd. için BGBl. I, s. 667 ve ayrıca Fromm, age, s. 25 ve deva. ile 29 ve deva. bak. aynı kanunun metni için.
- (27) Prölss, **International - Rechtliche Aspekte der Kraft - Haftpflichtversicherung** Karlsruhe 1957, s. 9 vd.; Aynı zamanda, Raape, age, s. 573 dipnotu 161.

düşünülürse, bu suale müspet cevap verilemez. Ancak, yeşil kart sisteminin özellikle Avrupa Devletleri arasında taşıdığı değer nazara alındığı takdirde, yeşil kart sisteminin cari olduğu memleketlerde ve bunun ilişkin bulunduğu meselelerde Devletler Hususi Hukukundan ve binnetice bir bağlama kaidesi olarak Lex loci delicti commissi'den bahsetmeğe imkân yoktur. Yeşil kart sistemine rağmen Lex loci delicti hakkında nazari beyanlarda bulunulması mümkündür. Bu nazari beyanların, Avrupalılar arası trafik kazaları sahasında önemli bir netice tevhit edeceğine inanmak güçtür.

§ 2. İka mahallinden farklı bir Devlet mahkemesinde dâvanın ikame edilmesi halindeki bağlama kaidesi.

I. GENEL OLARAK

1926 tarihli Polonya Kanunu (11 inci maddə) ve İtalyan mendenî kanunu (25 nci madde) gibi bazı kanunlar, haksız fiilden doğan borçlar sahasında Lex loci delicti commissi prensibinin, daimi hâkimiyetini sağlayıcı sarîh hükümler sevkâtmişlerdir (28). Bu sarîh hükümlere ve birçok memleketlerin içtihatlarındaki Lex loci delicti commissi lehine mevcut istikrara rağmen, dâvanın ika mahallinden farklı bir yerde açılması halinde ika mahalli esas üzerinde bir ittifak yoktur. Dâvanın ika mahallinden farklı bir yerde açılması halinde mevcut fikir ayrılıkları sadece doktrinde ifade edilmekte kalmayıp içtihatlarda ve hatta mevzuatta ifadesini bulmuştur. Mevcut görüşleri ele alan Schmitthoff, bu sahada dört bağlama kaidesinin ileri sürüldüğünü tesbit etmiştir (29).

Lex loci delicti commissi nazariyesi, Lex fori nazariyesi, «Borç Kanunu» nazariyesi, Lex loci delicti ve Lex fori esasının birlikte tatbikini derpiş eden nazariyeden meydana gelen (30) bu dört bağlama kaidesine bir beşincisinin eklenmesi zarureti vardır. Alman hukukunda ileri sürülen bu beşinci bağlama kaidesi, müsterek millî kanun kaydile Lex loci delicti commissi'nin tatbiki olarak isimlendirilebilir. (31).

(28) Lex loci delicti prensibi lehinde bulunan kanunlar hk. bak. daha fazla bilgi için, Schnitzer, age. Bd. II. s. 675 ve dipnotu 132'ye.

(29) Schmitthoff, age, s. 150 - 153

(30) Bak. Chesire, **Private International Law**, Oxford 1957, 5 th. Ed., s. 267 vd.

(31) Bu esasın tatbiki hk. Raape, age, s. 572 vd.; Kegel, age, s. 221 - 223

Haksız fiiller sahasında ileri sürülmüş olan bu beş nazariyeden Lex fori ve «Obligatio Theory» nin (yani borç kanunu nazariyesinin) önemi bugün için azdır. Buna rağmen, bu beş esası da kısaca tetkik etmek lâzımdır. Zira, bu esaslar teker teker tetkik edilmeden hem neticeye varmak zor olacak, hem de konu gerektiği gibi incelenmemiş olacaktır.

Bu itibarla, Lex fori ve Obligatio Theory'lerine çok kısa ve fakat diğer üç nazariyeye, makalenin çerçevesini aşmamak kaydıyla, biraz daha etraflıca temas edilecektir. Bu tetkikatta Lex fori ve «Obligatio Theory» lerine temas edilmekle başlanacaktır. Bu nazariyelerden sonra bugün için değeri büyük olan diğer üç nazariye ele alınacaktır.

Bu nazariyelerden hemen hemen her birine dayanarak verilmiş mahkeme kararları mevcuttur. Bu içtihatları, nazariyelerden ayrı olarak ele alıp mahiyet ve değerleri üzerinde durmak makalenin hudutlarını aşan bir husustur. Bu itibarla, herbir nazariyeye mütaallik bir kaç içtihat, daha teferruath bir tetkike yardımcı olmak üzere, nazariyelerin izahı sırasında zikredilecektir. Ancak önemli görülen bazı içtihatlar bu prensibin istisnasını teşkil edebilirler.

II. İKA MAHALLİNDEN FARKLI BİR DEVLET MAHKEMESİNDE DÂVANIN İKAME EDİLMESİ HALİNDE YETKİLİ KANUNU TESBİT İÇİN İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Verilen izahatın ışığı altında haksız fiilden doğan borca mütaallik, dâvanın, ika mahallinin ülkesinde bulunduğu Devlet mahkemesinden farklı bir Devlet mahkemesinde açılmış olması halinde ileri sürülen beş esası aşağıda sıra ile tetkik edelim.

A. LEX FORİ ESASI

Savigny tarafından ileri sürülmüş olan bu nazariye tarihi bir değer taşımaktadır (32). Buna göre, haksız fiil neticesinde doğan tazminat isteme hakkı bir hukukî durumu ihlâl sonucunda doğmaktadır. Bir hukukî durumun kanuna aykırı olarak ihlâli müsta-

(32) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. VIII, Berlin 1849, s. 278; Arminjon, *Précis de droit international privé*, T. II. Paris 1952, No. 120.

kil bir borcun doğması için yeterlidir (33). Bu suretle, meşru menfaatlerin ihlâlinden doğan bu borç hakkındaki mevzuat, daima mutlak amir hükümlerden kabul edilmiş ve amme intizamına dahil sayılmıştır (34). Kaldı ki, istisnai bazı hallerde hukuk dâvasını ceza davası gibi Lex Fori'ye tâbi kılmanın işin mahiyetine de uygun düşeceği fikri ileri sürülerek bu esasın kabulü desteklenmek istenmiştir (35).

Waechter tarafından da desteklenen (36). Savigny'nin haksız fiiller sahasında Lex fori esasının uygulanması fikri önemli tenkitlere maruzdur. Evvellâ, bu usul Lex loci delicti commissi'ye göre mesul olmayan faili Lex fori'ye dayanarak mesul etme neticesini tevhit edecektir. Bu netice ise, hakkaniyet esasları ile bağdaşmamaktadır. Saniyen, Lex fori'nin haksız fiiller sahasında mutlak hâkimiyetini kabul etmek suiistimallere yol açacaktır. Zira, mağdur en lehine hükümleri muhtevi kanunlara sahip Devletin hâkimini aramaya çalışacaktır (37). Salisen, nazariye teşriî salâhiyet ve kazaî salâhiyet ihtilâfları ayırımını da gözden kaçırmaktadır (38). Nihayet, Lex fori'nin kabulü halinde haksız fiilin işlendiği mahaldeki Devlet için, meşru menfaatleri himaye etmek imkânsızlaşmaktadır.

Bu tenkitlere rağmen, Alman medenî kanununa methal kanununun 12 nci maddesinin Lex fori'ye muayyen bir nispette yer verdiği müellif Raape tarafından belirtilmiştir (39). Mezkûr maddede (40), «yabancı memlekette işlenmiş bir haksız fiilden dolayı, bir Alman aleyhine, Alman kanunları tarafından tanınmış olanlar-

- (33) Savigny, *Das Obligationenrecht*, Bd. II, Berlin 1853, § 82, s. 293 vd.
- (34) Raape, age, s. 571; Karş, Savigny, *System*, Bd. VIII, s. 278'deki «die auf Deliktebezüglichen Gesetze stets unter die zwingenden, streng positiven zu rechnen sind» ifadesi ile.
- (35) Bu istisnai hal için bak. Okay, agm, s. 487 ve orada adı geçenler
- (36) Lorenzen, age, s. 365; Arminjon, age, T. II, No. 120
- (37) Chesire, age, s. 267
- (38) Arminjon, age, T. II, No. 120'deki «c'est confondre les règles de compétence judiciaire et les règles de rattachement, les délits et les quasi-délits» ifadesi ile karşı.
- (39) Raape, age, s. 571; Ayrıca, Kegel, age, s. 224 ile karşı.
- (40) Maddenin Almanca metni «Aus einer im Auslande begangenen Unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründeten».

dan daha fazla mertebede bir mutalebe hakkı ileri sürülemez» denilmektedir. Bu hükümle, haksız fiiller sahasında ilk sıradaki yabancı kanunun yanında Alman kanununa da ikinci sıranın verildiği ifade edilmiştir (41). Farklı bir noktadan olmakla beraber, İngiliz hukukunda da *Lex fori*'ye yer verilmektedir. Sırası geldiği zaman izah edileceği üzere bu hukuka göre tazminat hakkı, ancak hem İngiliz hukuku, hem de ika mahalli kanununa nazaran haksız fiil vasfını haiz muameleler bakımından bahşedilmektedir (42). Alman medenî kanununa methal kanununun 12 inci maddesi hükmüne benzer mahiyette olan ve *Lex fori*'ye tâli mahiyette yer veren bir başka hüküm de Japon kanununda vardır. Mezkûr hükümde «haksız fiilden mutazarrır olan kimse bu fiil yabancı memlekette vuku bulmuş ise, Japon kanununun bahşedeceği tazminattan fazlasını talep edemez: Japon kanunu mucibince haksız telâkki edilmeyen bir fiil için hiç bir tazminat talep edilemez» denilmektedir (43). Bu hüküm, *Lex fori*'ye Alman kanununun tanıdığı tâli mahiyeti tanımakla iktifa etmemekte, son cümlesiyle Anglo - sakson anlayışına da kaymaktadır.

Bu izahat, haksız fiiller sahasında müstakilen tatbiki halinde doğru neticeler veremeyeceği muhakkak olan *Lex fori*'nin tamamen ihmal edilmemesi gerektiğini göstermektedir. *Lex fori*'nin Alman, Japon ve İngiliz hukukları sahasında isgai ettiği bu sınırlı yer dahi, bu sistemin haksız fiiller bakımından tâli derecede de olsa bir önemi haiz olduğunu göstermektedir. Ancak, **Savigny**'nin ortaya attığı, haksız fiiller sahasında *Lex fori*'nin mutlak bir şekilde tatbiki imkânı reddedilmelidir.

B. «BORÇ KANUNU» NAZARİYESİ (OBLİGATİO THEORY)

Bu nazariye Anglo - Amerikan hukukçuları tarafından ileri sürülmüştür. Bazı kazai içtihatlarda da rastlanan bu nazariyenin taraftarlarının başında Amerikalı müellif **Beale** gelmektedir (44).

(41) Raape, age, s. 571

(42) Chesire, age, s. 268 - 269; Schmitthoff, age, s. 152 - 153'e bak.

(43) Seviğ (M.R. - V.R.), age, s. 596'ya atfen; Lorenzen, age, s. 376'da Japon mevzuatının İngiliz sistemine benzediğini belirtmektedir.

(44) Schmitthoff, age, s. 151; Hancock, Torts in the conflict of law, (1949) Michigan Legal Studies 62 vd.; Bu konudaki Amerikan içtihatları için Lorenzen, age, s. 362 vd. bak.

Ancak, adı geçen müellifin büyük ölçüde tesiri altında kalmış olan, yarı resmî Amerikan kodu Restatement bu nazariyeyi benimsemiştir.

Amerikan kazai içtihatlarında ilk defa ortaya atılan bu nazariyeye göre, haksız fiilden doğan tazminat dâvasının ika mahallinden başka bir yer mahkemesinde açılmış olması hiçbir zaman bu haksız fiilin Lex fori'ye tâbi olduğu manasını taşımaz. Ancak, herhangi bir mesnede dayanmadan haksız fiillerden doğan borçların ika mahalli kanununa tâbi olacaklarını iddia etmek de büyük bir mâna ifade etmez. Bu itibarla, dâvanın açıldığı mahkeme mahallinden başka bir mahalde işlenen haksız fiillerden doğan borçların, bu borca vücut veren kanuna tâbi olması düşünülebilecek en uygun yoldur. Bu kanun ise, haksız fiilin ika edildiği mahal kanunudur. Haksız fiilden doğan borçlar da diğer borçlar gibi şahıs nereye giderse gitsin onu takip ederler. Şahıs nerede bulunursa bu borcu ifaya zorlanabilir. Borç kanunu, sadece borca varlık vermekle kalmayıp borcun şumulünü de tâyinde yetkilidir (45).

Bu nazariye, hukukcuların büyük bir kısmı tarafından kabul edilmemiştir (46). Bu teoriyle, haksız fiillerden doğan borçlar akdi borçlar gibi mütalâa edilmekte ve bu suretle içtimai düzenin bu konuda haiz olduğu değer ihmal edilmektedir. Birçok defalar ifade edildiği gibi, haksız fiillerden doğan borçları ika mahalli kanununu tâbi kılmak, devletin meşru hakların hukuka aykırı fiillerle ihlâline müsamaha etmemesinin zaruri bir neticesidir. Bu nazariye ika mahalli esasını zor ve münakaşalı yollardan temine çalışmaktadır. İka mahalli kanunu gibi Lex fori, müşterek millî kanun, ve ikametgâh kanununun da borca varlık verdiğini, bu nazariyeye dayanarak iddia etmek mümkündür.

(45) Slater v. Mexican National Railway Co. (1904) U.S. 120'de «The theory of foreign suit is, that although the act complained of was subject to no law having force in the forum, it gave rise to an obligation, an *obligatio* which, like other obligations, follows the person and may be enforced wherever the person may be found. But as the only source of this obligation is the law of the place of the act. but equally determines its extent.» cümlesinde ifadesini bulmaktadır. Ayrıca, Lorenzen, age, s. 362-363'e bak.

(46) Schmitthoff, age, s. 152 ve orada adı geçenler; Ayrıca Chesire, age, s. 268

C. İKA MAHALLİ KANUNU NAZARİYESİ

İka mahalli esası statücüler tarafından ileri sürülmüş ve haksız fiil ile, hâkimin mensup olduğu cemiyetten ziyade fiilin işlendiği cemiyetin daha çok alâkalı olduğu kaidesine dayandırılmıştır (47). Haksız fiillerde mağdurun haklarının ve failin mesuliyetinin fiilin işlendiği mahal kanunlarına tâbi olması hukuk anlayışımız ve hakkaniyet duygularımıza da uygun gelmektedir. Fail ve mutazarrırın durumlarını tanzim eden kanunî hükümler o toplumun içtimai şartları gözönünde tutularak konulmuştur. Fail ve mutazarrırın hareketlerinin, buldukları toplumun bu konudaki anlayışına aykırı olması mahallî içtimai nizamın bozulmasına sebep olur. İçtimai nizamın bozulmasının meydana getirdiği neticeler ise, en isabetli şekilde, fiilin nizamını bozduğu sosyal muhitin yani ika mahallinin kanunlarına dayanarak bertaraf edilebilir.

Kanuna aykırı fiillerle meşru hakların ihlâl edilmesi halinde mahalli toplum düzeni ve asayişini emniyet altına almak imkânsızdır. Binaenaleyh diğerlerine zarar veren bir fiilden doğmuş olan borçlar, kanunların mülkiliği prensibi ile yakından alâkalıdır. Şu halde, haksız fiillerden doğan borçlar sahasında, fail ile mağdurun millî kanunları veya fiilin ika mahallinden başka bir memleket mahkemesinde dâvanın açılmış olması hususları nazarı itibare alınmaksızın, *Lex loci delicti commissi* yani ika mahalli kanunu yetkili olmalıdır (48). Tabiatıyla amme intizamı tahdidi bu sahada da ca-ridir.

İka mahalli kanunu esası istinat ettiği bu makûl sebeplere dayanarak geniş ölçüde tatbik alanı bulmuştur. *Lex loci delicti commissi* esasını mutlak olarak kabul eden devletler arasında Fransa, İtalya, Türkiye ve Yunanistan zikredilebilir (49). Buna mukabil, Almanya, İngiltere ve Japonya'nın *Lex loci delicti commissi* esasını mutlak olarak kabul etmedikleri muhakkaktır. Bu sonuncu memleketler ika mahalli kanunu esasına önemli tahditler getirmekte ve bu itibarla öncekilerden ayrılmaktadır. Bu sebeple burada, sadece mutlak olarak, yani herhangi bir istisna vazetmeden ika mahalli

(47) Hancock, agm, s. 62; Chesire, age, s. 268

(48) Berki, I, C. II, s. 312; Seviğ (M.R.). Sentez, s. 30; Okay, agm, s. 483 - 484

(49) Raape, age, s. 572 - 573'deki devletlerle karşı.

kanunu esasını kabul etmiş ve bu hususta mevzuatlarında sarih hükümler derpiş etmiş olan Devletlerden önemli görülen bazılarının ilgili hükümlerine temas edilecektir (50).

Genel olarak İngiliz hukukunu takip eden Amerikan hukuku haksız fiiller sahasında anglo-sakson düşünce tarzından ayrılmış ve **Restatement**'de Lex loci delicti commissi'ye mutlak bir hâkimiyet tanımıştır. Amerikan hukuku bakımından **Restatement**'in 384 üncü paragrafını tetkikte fayda vardır (51). Mezkûr paragrafa nazaran, «İka mahallinde tazminat dâvasına hak veren hukuka aykırı fiil diğer Devletler tarafından da dâva sebebi olarak kabul edilir. İka mahallinde tazminat dâvasına hak vermeyen bir fiil diğer hiçbir Devlet nezdinde tazminata talep hakkı vermez» (52). **Restatement**'in haksız fiiller sahasında Lex loci delicti commissi'ye tanıdığı bu mutlak hâkimiyetin, Anglosakson hukukunun yabancı memleketlerde iktisap edilen hakların himayeye mazhar olacağı hakkındaki prensibine, tamamen uyduğu müellifler tarafından ifade edilmektedir (53).

İtalya'da 16 Mart 1942 tarihli ve 262 sayılı kanunun 25 inci maddesiyle getirilen hüküm de haksız fiiller sahasında Lex loci delicti commissi'nin hâkimiyetini istisnasız kabul etmektedir. Bu hükme göre, akitten doğmayan borçlar kendilerine vücut veren hadisenin vuku bulduğu yerin kanununa tâbidir (54).

23 Şubat 1330 tarihli, Memaliki Osmaniyede bulunan ecebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki muvakkat kanunun 2 inci maddesi

(50) Lex loci delicti commissi'yi kabul eden Polonya Kanunu, Brezilya Kanunu ve diğer kanunlar hk. bak. Schnitzer, age, Bd. II, s. 674 dipnotu 132'ye.

(51) Restatement (Restatement of the law of conflict of laws by the American Law Institute at Washington, St. Paul 1934 s. 470'e bak. Birinci Restatement'deki bu esasın hazırlanmakta olan Restatement Second'da muhafaza edilip edilmeyeceği belli değildir. Yeni gelişmeler karşısında bundan şüphe etmek gerekir.

(52) American Restatement, § 384'ün İngilizcesi «If a cause of action in tort is created at the place of wrong, a cause of action will be recognised in other states.

If no cause of action is created at the place of wrong, no recovery in tort can be had in any other state.»

«Cause of action» terimi hk. bak. Chesire, age, s. 281'deki izahata

(53) Schmitthoff, age, s. 150

(54) Kanunun metni için yukarıdaki (10) No. lu nota bak.

sine mehzaz teşkil eden 1804 tarihli Fransız medenî kanununun 3 üncü maddesi de mülkîlik prensibini açıkca kabul etmiştir. Emniyet ve asayişe müteallik kanunlar ülkede bulunan herkes hakkında mer'idir (54 a), hükmünü havi Fransız medenî kanununun mezkûr maddesinin haksız fiilleri kapsadığında müellifler ittifak halindedir (55).

Lex loci delicti commissi esasının haksız filler sahasında mutlak hâkimiyeti İsviçre (56) ve Avusturya (57) kazai içtihatları tarafından da kabul edilmiştir.

Lex loci delicti commissi esasî belirtilenler haricinde milletlerarası andlaşmalarda *da* ifadesini bulmuştur. 25 Ekim 1952 tarihli Demiryolları ile yolcu ve baĝaj nakliyatı hakkındaki milletlerarası andlaşmanın 28 inci maddesinde bu mülkîlik prensibi, yani yolcu ve baĝaj nakliyatında ika mahalli esasî, mutlak olarak kabul edilmiştir (58). Konvansiyonun mezkûr maddesine nazaran bir yolcunun ölümü veya yaralanması halinde, demiryolunun mesuliyeti zararına sebebiyet veren hadisenin vukua geldiği Devletin kanunlarına tâbidir (59).

Muhtelif memleketler tarafından benimsenmiş olan, amme intizamı kâydıyla Lex loci delicti commissi'nin mutlak olarak kabulüne karşı yapılan tenkitlerden biri, mahkeme kanununa göre haksız fiil sayılmayan ve fakat ika mahalli kanununa göre tazminat borcuna sebebiyet veren bir hadisenin mevcudiyeti halinde ileri sürülmektedir. Bu halde, mahkeme kendi kanununa göre tazminat borcuna yol açmayan ve fakat ika mahalli kanununa göre tazminat borcuna sebebiyet veren bir hadiseye dayanarak tazminata hükmetmek durumundadır (60). Bu hal arzulanan neticenin istihsaline ve hakaniyet üzere tazminat elde edilmesine mani teşkil eder. Di-

(54a) 1804 tarihli CC.'in 3 üncü Mad. 1 inci fıkrasının metni «Les lois de police et de sûreté obligent tous ce qui habitent le territoire» dir.

(55) Bu konuda bak. Batiffol, age, No. 557 ve orada adı geçenler.

(56) Oftinger, age, Bd. I, s. 452; Schnitzer, age, Bd. II, s. 674 vd.

(57) Avusturya Federal Mahkemesinin 1.4.1960 kararı, 1960 Jur. Bl. 553'e bak.

(58) Karş. Oftinger, age, Bd. I, (Zürich 1958), s. 453

(59) «Die Haftung der Eisenbahn für die Tötung oder Verletzung eines Reisenden richtet sich nach dem Gesetzen und Vorschriften des Staates, in dem das schaedigende Ereignis eingetreten ist» (zikreden Oftinger, age, Bd. I, s. 453)

(60) Schmitthoff, age, s. 151

ğer taraftan, aynı düşünce tarzından hareketle bir başka tenkit daha ileri sürülmektedir. Buna göre, Lex loci delicti commissi'nin uygulanması yabancı mahallî kanuna dayanan kimseleri mahkemenin mensup olduğu Devletin ülkesinde işlenen haksız fiiller tazminat alacaklısından daha müsait bir duruma getirebilmektedir. (61). Bu ise, mahkemenin mensup olduğu devlet bakımından arzulanabilecek bir husus değildir.

Nazari olarak pek önem arzetmeyen ve hatta kabulünde tereddüt dahi edilecek olan bu tenkitlerin amelî bakımdan çok önemli oldukları ve bu sebeple, haksız fiiller sahasında amme intizamı ile tahdit edilmiş Lex loci delicti commissi'nin mutlak olarak tatbik edilmesinin kabulüne imkân bulunmadığı müellifler tarafından ifade edilmiştir (62). Lex loci delicti commissi nazariyesine karşı ileri sürülen bu tenkitlere özellikle, bu esasın nakil vasıtaları ile muhtelif memleketleri ziyaret eden kimselere uygulanmasını istemenin, zamanımız şartlarına göre hakkaniyete uygun düşmeyeceği hakkındaki tenkidini de ilâve etmek lâzımdır. Alman hukukunda (63) taraftar bulan bu tenkide, **Restatement**'in Lex loci delicti commissi'yi kabul eden 384 üncü paragrafına rağmen Amerikan içtihatlarının da iştirâk ettiği anlaşılmaktadır (64). Lex loci delicti commissi esasının Amerikan hukukunda önemini kaybetmesi son yıllara rastlamaktadır.

Akdî borçlar sahasında, nazari tenkitlere rağmen iradenin muhtariyeti esasının tatbikini zaruri kılan amelî ihtiyaçlar, haksız fiiller sahasında da Lex loci delicti commissi esasını sarsmaktadır. Seyrüsefer, haberleşme, basın ve turizm imkânlarında görülen gelişmelerin yarattığı yeni şartların tesiri altında değişen ihtiyaçlar sonucunda Lex loci delicti commissi **tamamen tesadüfi** bir mahiyet arz etmeğe başlamıştır (65). Bu itibarla, cemiyetin korumak-

(61) Schmitthoff. age, s. 151

(62) Schmitthoff, age, s. 151'deki, «It is evident that, from the practical point of view, these are grave objections against the unqualified application of the theory of lex loci delicti» cümlesi ile karşı.

(63) Raape. age, s. 574; Binder, agm, s. 401 vd. daki izahata bak.

(64) «Modern conditions make it unjust to subject the travelling citizen of the state to the varying laws of the states» kelimeleri ile ifadesini bulan ve Lex loci delicti commissi'ye karşı ileri sürülen bu tenkitler için Kilberg, v. Northeast Airlines Inc. dâvasına bak. 65 Colum. L. R. 1448

(65) Entirely fortuitous. bak. bu konu hk. 65 Colum. L.R. 1448'e

la mükellef bulunduğu meşru hakların, *Lex loci delicti*'den farklı bir esasa dayanarak himaye edilmesi gerektiği fikrinin gittikçe kuvvet kazanmakta olduğu görülmektedir.

D. LEX LOCI DELİCTİ VE LEX FORİ'NİN BİRLİKTE TATBİKİ NAZARİYESİ

Lex loci delicti ve *Lex fori*'nin birlikte tatbikini derpiş eden esası, İngiliz nazariyesi olarak isimlendirmek daha yerinde olacaktır. Zira, İngiliz kazaî ve ilmî içtihatları eski tarihlerden beri, haksız fiiller sahasında ika mahalli esası ile hâkimin kanunu esasını birlikte uygulamışlardır (66).

İçtihatlardan çıkan neticeye göre, İngiliz hukuku bu nazariye ile *Lex loci delicti* ve *Lex fori* esaslarını uzlaştırmak istemiştir. İngiliz mahkemelerinin ika mahalli esasına, haksız fiiller sahasında yer vermeleri kendi hukuklarındaki «*vested rights*» (müktesep haklar) nazariyesiyle hemahenkştir. Hâkimin kanununa taınan imkân ise, *Lex loci delicti commissi* nazariyesi sahasında esasen mevcut olan amme intizamı istisnasının genişletilmesi mânasına gelmektedir (67).

Anglo-sakson içtihatlarının benimsedikleri *Lex loci delicti* ve *Lex fori*'nin birlikte tatbiki nazariyesi 19 uncu yüzyıl kararlarında dahi ifadesini bulmaktadır (68). Bu kararlara göre, yabancı memlekette ika edilen bir haksız fiil sebebiyle İngiliz mahkemelerinde tazminat dâvası açılabilmesi için iki şartın mevcudiyeti lâzımdır. Bu şartlardan biri, İngiltere'de işlenmesi halinde de tazminat dâvasına hak verecek mahiyetteki bir kusurlu fiilin mevcut olması, diğeri ise, haksız fiilin ika mahalli kanununa göre de hukuka aykırı bulunmasıdır (69). *Lex loci delicti commissi* ile *Lex fori*'nin birlikte tatbikine müncer olan sistemde bu iki kanundan herbirine göre, tazminat mükellefiyeti tahmil edilmesi, tazminata hükmedilmesini imkânsız kılacak bir definin tanınmaması ve sonradan ısdar edilen bir kanunla evvelce işlenmiş olan fiilin hukuka aykırılık vasfını kaybetmemiş olması lâzımdır (70). Bu unsurların mevcut olması halinde dahi tazminat miktarı usul hukukuna dahil bir mesele olarak ka-

(66) Schmitthoff, age, s. 152; Chesire, age, s. 268; Arminjon, age, T. II, s. 324

(67) Karş. Schmitthoff, age, s. 152

(68) Phillips v. Eyre (1870) O.B. 1 vd.; 28; daha başka içtihatlar için bak. Chesire, age, s. 269; Schmitthoff, age, s. 153 vd.

bul edildiğinden İngiliz hukukunda Lex fori'ye tâbidir (71). Tazminat miktarını tâyin usul meselesi olup olmadığı hususundan doğan ihtilâf, ilerde vasıf ihtilâfları bahsinde inceleneneğinden burada ayrıca üzerinde durulmayacaktır.

Alman medenî kanununun 12 inci maddesindeki, Almanya hariçinde işlenmiş bir haksız fiilden dolayı Alman kanunlarınca tanınmış olan haklardan fazlasının, bir Alman aleyhine ileri sürülemediği hükmü de Anglo-sakson anlayışına yaklaşmaktadır (72). Alman kanunu bu hükmü ile hem hangi fiillerin haksız fiil sayıldığı, hem de tazminat mükellefiyetinin miktarı hakkında Lex fori'ye geniş yetki tanımıştır. Binaenaleyh, Alman kanunu bu hükmü ile, İngiliz hukukundaki gibi hareket etmiş ve Lex loci delicti yanında Lex fori'ye Alman vatandaşları bakımından büyük bir salâhiyet vermiştir. İlan, basın, radyo, nakil vasıtaları ve haksız rekabet hallerinde işlenen haksız fiillerden doğan tazminatı elde edebilmek için ekseriya failin mensup olduğu Devlet mahkemesine müracaat bahis konusu olduğuna göre, Alman kanununun bu hükmünün Lex fori'ye tanıdığı imkân küçümsenmemelidir. İngiliz hukukunun Lex fori ile Lex loci delicti'nin birlikte uygulanması anlayışının, dolaylı yoldan da olsa, Alman hukuku tarafından kısmen benimsendiği kabul edilmelidir.

Japon hukuku, prensip itibariyle Anglo-sakson görüşünü benimsemiştir (73). Ancak Japon mevzuatı, tazminat miktarının Japon kanununun bahşettiğinden fazla olamayacağı hükmü ile (74). Alman hukukuna da meyletmiştir. Japon kanununun Alman kanununa olan bu kayışı tâli derecededir.

Bu sistem «de lege feranda» bakımından kabule şayan olamamak lâzımdır. Zira, bu sistem aynı hadiseye iki ayrı kanunu ve

(69) Bu izahatı, Phillips v. Eyre dâvasındaki. «As a general rule, in order to found a suit in England, for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England Secondly, the act must have been justifiable by the Law of the place where it has done,» ifadesiyle karşı. Metin Chesire, age, s. 269; Schmitthoff, age, s. 153 - 154'e atfen.

(70) Schmitthoff, age, s. 154 - 161; Karşı. Chesire, age, s. 276

(71) Schmitthoff, age, s. 157

(72) Karşı. Arminjon, age, T. II. No. 120, s. 324'deki izahatla.

(73) Lorenzen, age, s. 367

(74) Bu hüküm için Seviğ (M.R. — V.R.), age, s. 596'ya bak.

hatta bazı hadiselerde tamamen farklı hükümleri muhtevi olabilecek kanunları aynı zamanda uygulamaktadır. Bu uygulama neticesinde Lex loci delicti'ye göre tazminata hak kazanmış olan mutazarrır, bu nev'i bir haksız fiilin tazminat mükellefiyeti doğurmadığını kabul eden Lex fori'nin müdahalesiyle bu hakından mahrum kalmaktadır.

Bu teoriyle tesis edilen sistem, Lex loci delicti'ye göre ihlâl edilen meşru hakların Lex fori'ye dayanarak himaye edilememesi hali, mutazarrırın aleyhine olması sebebiyle tecviz edilir mahiyette değildir. Tatbikatta, mutazarrır Lex loci delicti'ye göre doğan hakkını elde etmek için ika mahalli haricindeki bir yer mahkeme sine müracaat durumunda kalabilir. İka mahalli dışında ki, bu mahkemenin mensup olduğu Devlet kanunlarının böyle bir fiil den dolayı tazminat hakkı tanımaması halinde mutazarrır kötü durumda kalacaktır (75).

İngiliz hukukunun bu anlayışı, Lex loci delicti commissi prensibinin dayandığı meşru hakların himayesi fikri ile de bağdaşmamaktadır. Zira Lex fori'ye tanınan kontrol yetkisi ile ika mahallindeki içtimaî emniyet ve asayiş koruma gayretleri ikinci plânda kalmaktadır.

E. MÜŞTEREK MİLLÎ KANUN KAYDIYLA LEX LOCI DELİCTİ COMMISSİ'NİN UYGULANMASI NAZARİYESİ.

Failin ve mutazarrırın aynı tâbiyette olmaları halinde, bunların millî kanunlarının Lex loci delicti'ye tercih edilmesi gerektiği fikri, ilk evvelâ doktrinde ileri sürülmüştür (76). Bu nazariye, Lex loci delicti ve Lex fori'nin birlikte tatbikini isteyen esastan farklı olarak, Lex loci delicti commissi'nin haksız fiiller sahasında uygulanmasını kaideten kabul etmektedir. Ancak, bu esasa göre, tarafların aynı tâbiyette olmaları halinde Lex loci delicti'nin uygulanmasından sarfınazar edilerek müşterek millî kanunun tatbiki gerekmektedir.

(75) Aksî istikametteki bir misâl, yani ika mahalli kanununun tazminata hak tanımadığı ve fakat Lex fori'nin tazminat hakkı bahsettiği hal için bak. Lorenzen, age, s. 366.

(76) Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris 1901, T. IV, s. 375; Wolff, age, s. 167; Kegel, age, s. 222 — 223; Ayrica, bu konuda bak. Okay, agm. s. 484 - 485; Arminjon, age, T. II, s. 324; No. 120; Frankenstein, age, Bd. II, s. 375.

Aynı tâbiyette olan ve geçici olarak yabancı memlekette bulunanlar arasında meydana gelen haksız fiillerde, mahallî içtimâî düzenin korunması fikri tarafların menfaatlerinin gerisinde kalmaktadır. Bu esastan hareket eden ve iki Alman arasında İtalya'da işlenen haksız fiile, ika mahalli İtalya olmasına rağmen Alman kanununu uygulayan içtihatların mevcudiyetine işaret edilmektedir (77).

Müşterek millî kanun kaydı ile Lex loci delicti commissi'nin uygulanması esasî doktrin ve kazai içtihatlardan başka mevzuatta da ifadesini bulmuştur. 7.12.1942 tarihli ve İmparatorluk hudutları dışındaki Alman vatandaşlarının zarara uğramaları halinde uygulanacak kanunu tâyin eden kararnamenin 1 inci maddesinde bu esas ifadesini bulmaktadır (78). Bu hükme göre, «İmparatorluk ülkesi dışında bir Alman vatandaşının bir fiili veya iradi imtinası neticesinde meydana gelen gayrı akdi borçlar hakkında, zarara uğrayanın Alman vatandaşı olması kaydıyla, Alman hukuku uygulanır» (79). Bu hükmün tarafların müşterek tâbiyette olmaları şartına, yabancı ülkede mukim bulunmamaları tahdidi de doktrin tarafından ilâve edilmektedir (80). Ancak, hükmün geniş tefsir edilerek, hükmi şahıslara da uygulanacağı derpiş edilmektedir. Bu suretle, Alman şirketleri arasında ki, haksız rekabete de Alman kanunu uygulanmak istenmiştir.

Bir Almanın malik olduğu ve ika mahalli üzerinde hâkimiyet hakkına sahip Devlet tâbiyetindeki bir şoförün kullandığı arabanın bir Alman vatandaşına trafik kazası neticesinde verdiği zarar

-
- (77) Kegel, age, s. 222'deki OLG München'in kararına bak.; Ayrıca, Raape, age, s. 574'deki izahatla karşı; Trafik kazaları sahasında Lex loci delicti commissi'ye müşterek millî kanun yerine müşterek ikametgâh kanunu istisnasını getiren İsviçre Federal Trafik Kanununun 85/III üncü Mad. hk. bak. Oftinger, age, Bd. II/2. s. 697 — 698.
- (78) Verordnung über die Rechtsanwendung bei Schädigungen deutscher Staatsangehöriger ausserhalb des Reichsgebiets, vom 7.12.1942, R.G. Bl. 706; Palandt, Kommentar, s. 1952; Raape, age, s. 574; Kegel, age, s. 222
- (79) «Für ausservertragliche Schadenersatzansprüche wegen einer Handlung oder Unterlassung, die ein deutscher Staatsangehöriger ausserhalb des Reichsgebiets begangen hat, gilt soweit ein deutscher Staatsangehöriger geschädigt worden ist, deutsches Recht.»
- (80) Raape, age, s. 574 ve orada adı geçenler; Ayrıca bu konuda Kegel, age, s. 223 ve orada adı geçenler.

halinde dahi Alman kanununun yetkili olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bu uygulamaya sebep olarak istihdam eden vasıta sahibinin mesuliyeti gösterilmektedir. Neticede mesul olacak olan vasıta sahibi ile mutazarrır aynı tâbiyette olduklarına göre ika mahalli kanunu yerine müşterek millî kanununun uygulanması kabul edilmiştir (81).

Haksız fiillerden doğacak tazminat mükellefiyetini ika mahalli kanunundan ayırıp fail ve mutazarrırın millî kanunlarına tâbi kılmak, kanunlar ihtilâfı sahasında arzulanan istikrarı bozmaktadır. Muayyen bir fiilin ika mahallinde tazminat borcuna sebebiyet vermesi ve fakat fail ile mutazarrırın müşterek millî kanunlarına göre mesuliyeti mucip olmaması hali mutazarrırın aleyhine olduğu gibi ika mahalli toplum düzenini de rencide edicidir. Aynı fiilin neticeleri, dâvanın ika mahalli mahkemesinde veya fail ile mutazarrırın millî mahkemelerinde açılmış bulunmasına göre, uygulanacak kanunların farklı oluşu sebebiyle, değişecektir. Bu halin kabulü ise, kanunlar ihtilâfı sahasında arzulanan istikrarı teminden uzaktır (82).

Dâva sırasında taraflardan birinin tâbiyetinin değişmesi halinde müşterek millî kanun esasının mesnedi ortadan kalkmaktadır (83). Bu takdirde, mesnedini kaybeden müşterek millî kanun yerine ika mahalli kanununun tatbiki mi ileri sürülecektir. İka mahalli kanununa göre dâva konusu fiil tazminat borcu doğurmuyorsa dâva kendiliğinden düşecek midir. Yoksa mesnedi kalmamış olan müşterek millî kanun esasını uygulanarak, hâkimin mensup olduğu tarafın menfaati ika mahalli toplumunun menfaatına tercih edilerek tâbiyeti değişen fail tazminata mahkûm mu edilecektir. Bu suallere mukni bir cevap vermek tabiatıyla zordur.

Bu izahattan anlaşıldığı üzere müşterek millî kanun kaydı ile mahalli kanunun uygulanması esasını da diğer prensipler gibi tenkitlere dayanaklı değildir. Bu itibarla, müşterek millî kanun kaydı ile ika mahalli kanununun uygulanması esasının, haksız fiil-

(81) Palandt, Kommentar, s. 1953

(82) Karş. Okay, agm, s. 485'deki izahatla.

(83) Arminjon, age, T. II, No. 120

ler sahasında uygulanacak ve diğerlerine tercih edilecek bir esas olarak ileri sürülmesine imkân görülememiştir (83 a).

V. HAKSIZ FİLLER SAHASINDA İLERİ SÜRÜLEN MUHTELİF GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Haksız fiillerden doğan borçların tâbi olduğu kanunları tetkik ederken hakiki şahıslar arasındaki haksız fiiller olduğu kadar hükmi şahıslar arasındaki haksız fiillerin de önem taşıdığını unutmamak lâzımdır. Bilhassa, milletlerarası ticaretin gelişmesi neticesinde ortaya çıkan hükmi şahıslar arasındaki gayrı kanuni rekabetin hangi kanuna tâbi olacağı meselesi önem kazanmıştır. Ayrıca, radyo, televizyon, telefon, mektup, gazete ve benzeri vasıtalarla işlenen haksız fiillerin de artık zamanımızın meselelerinden olduğu unutulmamak lâzımdır. Hergün gelişen imkânlar karşısında haksız fiillerden doğan borçların tâbi olduğu kanunu tesbit için ileri sürülmüş olan sistemler de ihtiyacı karşılayamamak tehlikesine düşmektedir.

Gelişen bu ihtiyaçlar nazara alındığı takdirde dahi haksız fiillerden doğan borçların tâbi olacağı kanunu dâvanın ika mahalli mahkemesinde açılmış olup olmamasına bağlayan tefriki hakii görmek güçtür. Bu güçlük evvelâ, «de lege feranda» bakımından kendini gösterir. Zira, bu tefrike dayanan bir prensipten hareket edildiği takdirde, dâvanın fiilin ika mahalli mahkemesinde veya ika mahalli mahkemesinden gayrı bir mahkemede açılmış olmasına göre, aynı ihtilâfa farklı kanunların uygulanması neticesi kendisini gösterecektir. Bu hal ise, aynı ihtilâfa uygulanacak yetkili kanunun dünyanın her yerinde aynı olması hakkındaki temel prensibe uygun düşmeyecektir.

Dâvanın ikame edildiği mahkeme esas alınarak yapılan bu tefrikin mutazarrırın aleyhine olması çok mümkün olduğundan taraflar arasındaki muvazeneyi de bozabilecektir. Mutazarrır uğradığı zararın telâfisi için alacağı tazminatı, ilâmların tenfizinin arz ettiği güçlükler ve döviz mevzuatlarındaki tahditler gibi amelî sebep-

(83a) Mutazarrır ve failin müştereken tâbiyetinde buldukları Devlete mensup bir mahkemede dâvanın görülmesi halinde Lex loci delicti commissi yerine müşterek millî kanunun uygulanması yolundaki daha makkûl görülen bir fikri bu esasın kapsadığı aşıkârdır. Kaldı ki, 7.12.1942 tarihli kararnameyi bu yolda tefsir etmek daha kolay ve mantıkidir.

İle genel olarak failin mallarının bulunduğu memleket mankemesinden istemek zaruretinde kalmaktadır. Bu memleket ise, ekseriyetle failin tâbiyetinde bulunduğu Devlettir. Meselâ, bir İngiliz turistinin bir İtalyan turiste karşı Türkiye'de ika ettiği zararın telâfisinin, İngilizin Türkiye'de kâfi ödeme imkânına sahip olmaması sebebiyle, İngiliz mahkemelerinden istenmesi çok mümkündür. Bu takdirde, Türk kanunlarının yanında İngiliz kanunları da yetkilidir. Türk kanunlarına göre haksız fiil olarak kabul edilen fiilin İngiliz kanunlarına göre hukuka aykırı fiil olarak kabul edilmemesi sebebiyle mutazarrır İtalyan'ın hiçbir tazminat alamaması da mümkündür. Türk mahkemelerine müracaat neticesinde alınacak ilâmin İngiltere'de tenfizinin arzettiği güçlükler ve hatta hiç tenfiz edilememesi imkânı da nazara alınırsa, mutazarrır İtalyan bakımından, Türk mahkemelerine müracaat halinde de alınacak pratik neticenin aynı olacağını kestirmek zor değildir.

Dâvanın ikame edildiği mahkemeye göre yetkili kanunun değişmesi, bu fiilin işlenmesi sebebiyle ihlâl edilen içtimai düzenin aleyhine olmaktadır. Bu farklılık fiilin işlendiği mahaldeki, toplulu düzenini korumakla mükellef olan Devletin otoritesine tesir etmektedir. Türkiye'de hiçbir ödeme imkânına sahip bulunmayan bir İngiliz turistinin bir Türk vatandaşına karşı haksız fiil ika etmesi halinde de durum, yukarıda mutazarrır İtalyan için izah edilenden pek farklı olmayacaktır. Zira, mutazarrır Türk, İngilizin kendi mahkemelerine, İngiliz hukukuna göre doğmuş bir borç olmadığından müracaat edemeyecek, ayrıca Türk mahkemelerinden aldığı ilâmı da tenfiz ettiremeyecektir. Binaenaleyh, meşru hakları himaye ile mükellef Devlet, kendi ülkesinde meşru hakları ihlâl edilen vatandaşının zararını gerektiği gibi telâfi ettirememek durumunda kalacaktır. Bu hal ise, dâvanın ikame edildiği mahkemeye bakılmadan haksız fiiller sahasında ika mahalli kanunu esasının (Lex loci delicti commissi'nin) uygulanmasını zaruri kılmaktadır.

Haksız fiiller sahasında ika mahalli kanunu esasının hiçbir tefrik yapılmadan mutlak olarak uygulanması hakkında ileri sürülebilecek bu delillere rağmen ika mahalli esasının zayıf tarafları olduğunu da belirtmek lâzımdır. Mutlak olarak ika mahalli esasının uygulanmasını istemenin zayıf taraflarından ilki bu bağlama kaidesinin gelişen hayat şartlarına yer vermemesidir. Özellikle hava seyrişerinde, uçakların tarifeleri icabı uğraması gereken ve fakat

Yolculardan bir kısmının hiç alâkası olmayan bir memlekette bu yolcuların maruz kalacakları haksız fiillerin hepsini ika mahalli esasına tâbi kılmak ameli ihtiyaçlara uygun düşmemektedir. Yabancı bir memlekette İstanbul'a gelmekte olan Türk Hava Yolları uçağının hava muhalefeti sebebiyle inmek zorunda kaldığı Atina'ya inişi sırasında meydana gelen herhangi bir kaza neticesinde yaralanan Türk yolcusunun tazminat hakkına ika mahalli kanunu olan Yunan kanununun uygulanmasında ısrar etmenin ameli neticelerinden ve hakkaniyete uygunluğundan şüphe etmek lâzımdır. Bu ve seyrüsefer hukukuna giren benzeri misâllerden, bugün mevcut şartlar altında ika mahalli esasının ihtiyaçları karşılamaktan mahrum olduğu anlaşılmaktadır. Uçağın, yolcunun hiç alâkası ve arzusu olmadan tamamen tesadüfi şartlarla Atina yerine Sofya'ya da inmesi mümkündür. Bu takdirde, ika mahalli kanunu olan Bulgar kanunu uygulanacaktır. Uçak Sofya'da iken iki Türk yolcunun birbirlerine hakaret etmesi halinin Bulgar kanunlarına tâbi olmasına kabul etmenin isabetli olmayacağı aşikârdır. Bu misâller, ika mahalli esasının gelişen hayat şartlarına cevap vermediği düşüncesine hak vermektedir.

Haksız fiillerin memleketin emniyet ve asayişini ihlâl ettiğini ve bu sebeple daima ika mahalli kanununun mutlak olarak uygulanması gerektiğini iddia etmeğe imkân olmadığı düşünülmektedir. Bazı haksız fiiller mutazarrırın ihlâl edilen meşru hakkının, ika mahallinden başka bir kanuna tâbi kılınmasının kabulünü gerektirmektedir. Turist olarak bir memlekette diğerine seyyahat etmek üzere otomobili ile yola çıkan bir Alman'a refakat eden bir Alman arkadaşının, uğradıkları memleketlerden birinde geçirdikleri kaza sonunda otomobil sahibi Alman'a karşı doğan tazminat talebinin kazanın uğranıldığı memleket kanunlarına tâbi kılınmasını istemek yerinde değildir. Zira, bahis konusu hadisenin işlendiği mahaldeki toplum düzeni ve asayışı ile alâkası yok gibidir. Bahis konusu hadisede, haleldar olan meşru hakların telâfisinin, ika mahalli kanunundan ziyade müşterek millî kanuna göre yapılmasının daha yerinde olacağı düşünülebilir.

Diğer taraftan, haksız fiilin birden ziyade Devlet ülkesi ile ilgili bulunması halinde ika mahallini tesbit zorluğu meydana çıkmaktadır. Tazminat borcunun doğumuna sebep sayılan ilk hareketin yapıldığı mahal ile sonucun meydana geldiği mahallin farkı

Devletler ülkesinde bulunması halinde, ika mahallinin bu iki mahalden hangisi olduğu hakkındaki düşünceler birbirinden farklıdır (84). Bu hususta muhtelif memleketlerin içtihatlarına konu teşkil etmiş müşahhas hadiseler vardır (85). Kaldı ki, bazı hadiselerde ika mahallini tesbit dahi mümkün olamamaktadır. Genel temayüle uyularak, ilk hareketin yapıldığı mahal değil de sonucun alındığı mahal ika mahalli olarak kabul edildiğini farz ettiğimiz takdirde, içtihatlarla konu teşkil etmiş mütaakip misâlde ika mahallini tesbitin imkânsızlığı görülecektir. Almanya'nın Bad eyâletinin Ren nehri yakın bir yerinde hakiki mermi ile atış yapan bir taburun attığı mermilerden biri o sırada Ren nehri üzerinde seyretmekte olan bir mavnada bulunan bir şahsın sırtına isabet etmiştir. İsabeti alan ve nehrin derinliklerinde kaybolan şahsın, Bad eyâleti kıyılarında mı yoksa Alsas — loren kıyılarında mı boğulduğu bilinmemektedir (86). Aynı şekilde, Güney veya Kuzey kutuplarından birinde bulunanlar arasında meydana gelen haksız fiillerden doğan borçların tâbi olacağı kanunun ika mahalli kanunu olduğunu iddiaya imkân yoktur. Zira, fiilin işlendiği mahalde bir hukuki rejim bulunmamaktadır (87).

(84) Bu farklılık hk. bak. Raape, age, s. 575, 579 ve orada adı geçenler; Ayrıca Kegel, age, s. 216 - 218; Chesire, age, s. 279 - 283; Batiffol, age, No. 560 :

(85) Kegel, age, s. 216 - 217'de bu içtihatlardan bir kısmı zikredilmiştir.

(86) 54 R.G. 198; Ayrıca, bak. Kegel, age, s. 216

(87) Wolff, age, s. 166; Ayrıca, Kegel, age, s. 223; İka mahallinin tesbit edilememesi halinde failin ikametgâhının bulunduğu memleket kanununun yetkili olması Arminjon tarafından ileri sürülmüştür. «Que faut-il décider si ce lieu ne pouvait être déterminé? On serait tenté de déclarer compétente la loi du pays où se trouve la résidence habituelle ou le principal établissement de l'auteur de l'acte, parceque ce lieu peut être considéré comme le centre normal de son activité» denilmektedir. Arminjon, age, T. II, No. 122 ter. s. 339'a bak. Bu teklifin doğru olduğunun kabul edilmesi halinde Lex loci Delicti commissi'ye hayatın icaplarını karşılayacak istisnalar kendiliğinden konulmuş olmaktadır. Wolff, age, s. 166'da bu konuda bir teklifte bulunmamakla beraber akdi borçlar sahasında getirilmiş olan elastiki bağlama kaidesine benzer bir bağlama kaidesinin bu sahada da Lex loci delicti commissi yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir. so solite auch die Anknüpfung an die Lex loci delicti commissi durch eine elastischere Wendung ersetzt werden».

Ayrıca, iradi imtina sonunda doğan zararın tazmini halinde de ika mahallinin tesbiti hususu zorluk göstermektedir. Zarara engel olma borcu ile mükellef olan kimsenin hareketsiz kalmasının ika mahallini tesbit mümkün değildir. Hareketsiz kalan kimse bir fiil işlemediğine göre, ika mahallini bilmek imkânsızdır. Burada da, bir faraziye ortaya atılarak mesele halledilmek istenmiştir. Buna göre, ika mahalli zarara engel olma borcu ile mükellef olan kimsenin bu mükellefiyetini yerine getirmek için harekete geçmesi gereken yer olarak ifade edilmektedir (88). Ancak, bu faraziyenin doğru ve mutlak olduğu şüphelidir. Zira, bu nazariye ameli ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır.

Verilen izahattan görüldüğü üzere, haksız fiiller sahasında Lex loci delicti commissi'nin günümüzün bütün ihtiyaçlarını karşılamasına maddeten imkân yoktur. Lex loci delicti commissi'nin taraf-tarı olan müellif **Wolff** dahi, bazı hallerde ika mahalli esasını uygulamanın imkânsız olacağı veya işin mahiyetine uygun düşmeyeceğini belirtmiştir (89). Aynı yazar, bazı istisnai haller haricinde Lex loci delicti commissi esasının prensip olarak haksız fiiller sahasındaki yetkili bağlama kaidesi olduğunu derpiş etmiştir (90).

İşte Anglo - sakson ve Alman hukuklarının bu fikirden hareket ederek, ihtiyaçları karşılamak gayesiyle haksız fiiller sahasında Lex loci delicti esasının mutlak olarak uygulanması kaidesine istisnalar getirmiş oldukları düşünülebilir. Ancak, İngiliz hukukunun Lex loci delicti commissi esasının yanında Lex fori'ye tanıdığı geniş imkân, ameli ihtiyaçları karşılamaktan ileri giden bir harekettir. Zira, İngiliz hukukunun Lex fori'ye tanıdığı imkân taraflarını ve fiilin işlendiği Devlet aleyhine ve fakat kendi toplum düzeni le-

(88) Wolff, age, s. 165'deki «Im Falle einer Schaedigung durch Unterlassen ist, «Handlungsort, der Ort, an dem zu handeln der Unterlassende verpflichtet war» ifadesi ve orada zikri geçen içtihatlarla karşı; Ayrıca, Arminjon, age, T, II, No. 122 ter s. 359'daki «..... l'acte prétendu illicite devra donc être cosidere comme ayant eu lieu là où il a été exécuté et dans le cas d'une abstention fautive, là où le défendeur a négligé de faire ce à quoi la loi local l'obligent» ifadesi ile karşı.

(89) Wolff, age, s. 166'daki «Allein, es gibt Situationen, in denen die Anknüpfung der unerlaubten Handlung an den Ort der Handlung unmöglich oder unangemessen waere». ifadesini bu konu ile karşı.

(90) «Massgebend ist grundsatzlich nur das Recht des Begehungsorts» demektir; Wolff, age, s. 166'da.

hine bir durum yaratmaktadır. Kaldı ki, Lex fori ve Lex loci delicti commissi esasları aleyhinde ileri sürülen tenkitler İngiliz sistemi hakkında da aynen caridir.

Alman hukukunun, Lex loci delicti commissi esasını tarafların aynı tâbiyette bulunması halinde terk etmesi, ameli ihtiyaçları karşılama gayreti olarak görülebilir. Ancak, müsterek millî kanuna tanınan bu imkânın, ameli ihtiyaçları muayyen bir ölçüde olsun karşılayabileceğine inanmak hatalı değildir. Fakat Lex loci delicti commissi esasının bütün ameli ihtiyaçları karşılamak için daha başka istisnalara da ihtiyacı olduğu bir vakiydir. Birçok istisnaları havi bir bağlama kaidesinin ise, «de lege feranda» bakımından ne derece kabule şayan olduğu hususu da cayi sualdir.

VI. TÜRK HUKUKUNA GÖRE HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN BORÇLARIN TÂBİ OLDUKLARI KANUN.

Bir kimsenin bir diğerrinin haklarına tecavüz ederek bir zarar vermesi haksız fiil olarak kabul edilmektedir. Ferdin himayesine matuf kanun hükümlerine aykırı hareket dahi haksız fiillere dahildir. Bu itibarla, bir haksız fiil, ekseri ahvalde, sadece bir hukuk kaidesine aykırı olmakla kalmamakta, aynı zamanda bir şahsın bir hakkına da tecavüz etmektedir. Bu suretle tecavüze maruz kalan haklar içerisinde, mutlak haklar ilk sırada yer almaktadır. Mutlak haklar özellikle borç münasebetlerinden doğan ve belli kimselere karşı mevcut olan nisbî haklardan farklı olarak herkese karşı dermeyan edilebilirler. Ve mutlak haklara herkesin riayet etmesi zaruridir. İçtimai düzenin koruyucusu Devlete de bu riayeti temin etmek vazifesi düşmektedir. Bu itibarla, haksız fiillerin, fail ve mutazarrır menfaatleri ile olduğu kadar, toplumun menfaatleri ve düzeni ile de çok yakından ilgili olduğunu kabul etmek gerekir.

Suiniyet, beceriksizlik, şiddet ve ihmalkârlığa karşı herkesin haklarını korumak topluma düşen bir vazifedir. Cemiyet, her şahsın meşru haklarının hukuka aykırı fiillere karşı himayesi ile ilgili ve mükelleftir. Bu himayenin sağlanması, bir memleket kanunlarına göre işlenmiş olan haksız fiil halinde fail ile mutazarrır arasındaki tâbiyet ilişkileri ve millî kanun hükümleri düşünülmeden mahalli kanun hükümleri uygulanması ile mümkündür (91). Meşru hakların himayesi, Devletin toplum düzenini ve asayişini emniyet altı-

(91) Berki, I, C. II, s. 312

na alması ile mümkündür. Devletin, toplum düzenini ve asayiş emniyet altına alabilmesi, ülkesinde meşru hakları ihlâl edenlerin maruz kalacakları sonuçların aynı Devletin kanunları ile tâyin edilmesi halinde mümkündür. Binaenaleyh, haksız fiilden doğan borçların kanunların mülkiliği ile çok sıkı ilgisi vardır (92).

1330 tarihli ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki muvakkat kanunumuzun 2 inci maddesi de emniyet ve asayiş memlekete taallük eden kanunların mülkiliği prensibini benimsemiştir. Haksız fiillerin de bu hükmün şümulu içine girdiğini kabul etmek lâzımdır. Zira, hususi hukuk sahasına giren ve memleketin emniyet ve asayişine taallük etmelerinden dolayı amme hukuku ile sıkı sıkıya irtibatı olan haksız fiillerin de bu hüküm tarafından istihdaf edildiği kabul edilmektedir (93).

Haksız fiillerden doğan borçlar sahasında Lex loci delicti commissi prensibi, Fransa ve İtalya'da olduğu gibi, Türkiye'de de mutlak olarak caridir. Fail ve mutazarrırın aynı tâbiyette olmaları, haksız fiillerden doğan borçlar sahasında, Türk hukuku bakımından bir önem taşımamaktadır. Amme intizamı haricinde Lex fori nin de ika mahalli kanununa bir müdahalesi bahis konusu değildir.

Haksız fiillerden doğan borçlar sahasında cari ika mahalli esası, fiilin işlendiği memlekette başka bir Devlet mahkemesine müracaat edilmiş bulunup bulunmadığına bakılmaksızın uygulanmaktadır. Türk hukukunda, yabancı memlekette ika edilmiş haksız fiiller de, Türk amme intizamına riayet kaydıyla, ika mahalli kanununa tâbi oldukları kabul edilmiştir (94). Yabancı bir memlekette işlenen haksız fiilden dolayı Türk mahkemelerinde dâva ikamesi halinde de, ika mahalli esası uygulanmaktadır. Zira, yabancı memlekette işlenen haksız fiille, o memleketin umumi intizam ve asayiş emniyeti ihlâl edilmiştir. Fiilin işlendiği memleketteki meşru hakları himaye bahis konusu olduğuna göre, failin mesuliyetinin neticeleri ile birlikte tâyini ika mahalli kanununa tâbi olmalıdır (95).

(92) Berki, I, C. II, s. 312 - 313; Seviğ, Sentez, s. 30 - 31

(93) Seviğ, (M.R. — V.R.), age, s. 591; Seviğ, (M.R.), Sentez, s. 30; Berki, I, C. II, s. 43, 313 — 314; Okay, agm, s. 484

(94) Seviğ (V.R.), Yabancı mahkemelerin yetkisi, Ord. Prof. S.Ş. Ansay'a Armağan, Ankara 1964, s. 213.

(95) Seviğ (M.R. — V.R.), age, s. 595

Nazari olarak haksız fiiller sahasındaki kazai salâhiyetin de haksız fiilin işlendiği memleket mahkemesine ait olması gerektiği, haklı olarak düşünülebilir (96). Ancak, bu düşünceyi ameli ihtiyaçlarla bağdaştırmak zordur. Bu sahada bahis konusu olan önemli husus, haksız fiilin meydana getirdiği zararın tazminidir. Zararın tazmininin mahkeme ilâmında yazılı kalmayıp fiilen gerçekleşebilmesi ise failin hükmedilen tazminatı ödemesi ile mümkündür. Yarı genel bir ifade ile, failin servetinin bulunduğu yerin aynı Devlet ülkesinde bulunması halinde pratik olarak bir problem yoktur. Ancak, seyrüsefer vasıtaları, telefon, telgraf, mektup, gazete ve televizyon ile işlenen haksız fiillerde fiilin işlendiği mahalde mağdurun tazminat hakkını elde edebileceğine inanmak güçtür. Motosikleti ile memleketimize gelmiş olan bir Hollandalı turistin bir Türk vatandaşına karşı Türkiye'de haksız fiil ika etmiş olması hali bu meselenin tipik bir misâlidir. Mutazarrır Türk'ün, Türk mahkemeletine müracaatı halinde hükmedilecek tazminat miktarı ne olursa olsun, Türkiye'de fiilen elde edeceği tazminat Hollandalı turistin mamelekinin buradaki gayet cüzi olan bir kısmından ibarettir. Türk'ün hakkı olan ve Türk mahkemelerince hükmedilen tazminatı alabilmesi için, verilen ilâmın Hollanda da tenfizini sağlaması lâzımdır. Türkiye ile Hollanda arasında mütekabiliyet bulunmadığına göre böyle bir tenfiz imkânsızdır. Hollanda'da ilâmın tenfizinin mümkün olduğunu farz ederek misâle devamda fayda vardır. Türk lirası üzerinden hükmedilmiş olan tazminatın Florin'e tahvil kuru önemli bir meseledir. Zira, Türk parası bakımından Türk Devletinin resmî kuru ile serbest borsa kuru arasında önemli fark vardır (97). Bu mesele halledilse dahi mutazarrır Türk'ün alacağı tazminatı, transfer tahditleri karşısında nasıl Türkiye'ye getireceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Mutazarrır Türk'ün bu zorlukların hiç değilse en önemlilerini yenmiş olması için ika mahalli mahkemesi olmayan Hollanda mahkemesine müracaatı gerekecektir. Binaenaleyh, ameli zaruretler karşısında, haksız fiiller sahasında hem ika Devleti

(96) Seviğ (M.R. — V.R.), age, s. 595; «Asıl olan kazai selâhiyetin de aynı haksız fiilin vuku bulduğu memleket mahkemelerine ait olmasıdır».

(97) Kur farklarının halli meselesi için bak. Evan, Rational Valuation of foreign Money obligation, 54 (1956) Mich, L.R. 307 vd.

mahkemesine hem de failin servetinin bulunduğu Devlet mahkemesine yetki tanımak lâzımdır (97a).

Failin, mutazarrırın uğradığı zararı karşılayabilecek miktarda servete birden ziyade memlekette sahip olması mümkündür. Bu takdirde, mutazarrırın ika mahalli mahkemesi veya failin servetinin bulunduğu Devletlerden birinin mahkemesine müracaata hakkı olması gerektiği kabul edilmelidir. Bu netice ise, mutazarrıra, bazı hallerde suiistimal edilebilecek geniş bir seçme imkânı verebilmektedir. Hükmi şahıslar istisna kılınırsa, birden ziyade memlekette servete sahip hakiki şahısların azlığı bu mahzurun nazara alınması gerektiği neticesini verebilir.

VII. HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN BORÇLARIN TÂBİ OLDUKLARI KANUN SAHASINDA YENİ GÖRÜŞLER

Haksız fiillerden doğan borçların ika mahalli kanununa tâbi olması hakkındaki klasik nazariyenin zamanımız ihtiyaçlarını karşılamakta maruz bulunduğu güçlükler, bu konuda yeni görüşlerin aranmasına yol açmıştır. Bu yeni görüşlerin başında Raape'nin haksız fiiller sahasında irade muhtariyeti esasının cari olup olmayacağı hakkındaki suali vardır (98). Raape'nin denizde çatma halinde iradenin muhtariyeti esasının mevcut olduğunu bildirmesine rağmen, sorulan bu suale müspet cevap vermek çok zordur. Zira haksız fiiller sahasında mutazarrır ile failin önceden bir araya gelerek bir mukavele akdetmeleri bahis konusu değildir. Hatta çok kere, mutazarrır ile failin birbirlerini tanımaları dahi mevzu bahis olamamaktadır. Ancak, akdi borçlar sahasında taraflara tanınan yetkili kanunu bilâhara seçmek imkânının, fail ile mutazarrırın fiilin işlenmesinden sonra yetkili kanunu seçmeleri suretiyle tecelli etmesi düşünülebilir. Nazari olan böyle bir düşüncenin, ameli neticeleri bakımından kabulüne imkân yoktur. Evvelâ, yetkili kanunun esas borç münasebetinin vücut bulmasından sonra kararlaştırılması hususu, henüz akdi borçlar sahasında bile tam mânası ile kabul edil-

(97a) Türk Yargıtayı dahili hukuk sahasındaki yetki bakımından «haksız fiilin vuku mahalli ile dâvalının ikametgâhı mahallerinden birisinde dâvayı ikamede, dâvacı muhtardır». demektedir. (Öztek — Kazancı, Nazari ve tatbiki içtihatlı hukuk usulü muhakemeleri kanunu, Ankara 1957, s. 52'ye atfen).

(98) Raape, age, s. 579 — 580 ve orada zikredilenler; Ayrıca, Raape, *Nachtraegliche Vereinbarung als Schuldstatuts*, Festschrift für Boehmer, 1954, s. 121 vd.

memiştir (99). Diğer taraftan, haksız fiiller sahasında tarafların iradelerine yetki tanımak, içtimai nizamı emniyet altına almak husundaki gayretlerin inkârı olacaktır. Kaldı ki fiilin vukuundan sonra yetkili kanunu seçmek hususunda tarafların uyuşacaklarını kabul etmek de biraz saflık olur.

Raape'nin kabulüne imkân göremediğimiz bu fikrinden başka Amerika Birleşik Devletlerinde de haksız fiillerle ilgili yeni fikirlerin ortaya atıldığı görülmektedir (100). Mahkeme içtihatları, parlamentonun tasdikinden geçmiş kanunların uygulanması ve doktrinin görüşlerini nazara alarak hazırlanmış olan (100a) 11 Mayıs 1934 tarihli «**American Law Institute**» ün **Restatement**'inin 384 üncü paragrafına göre, Amerika'da da ika mahalli esası cari idi. İka mahalli esasına karşı zamanımızda görülen tepkinin 1961 yılında karara bağlanmış olan Kilberg v. Northeast Airlines Inc. dâvası ile Amerika Birleşik Devletlerine de sirayet ettiği görülmektedir (101).

Amerika Birleşik Devletlerinde meydana gelen bu değişikliğin, kanunlar ihtilâfına müteallik «**Restatement Second**» a tesir etmesi

(99) Bu konudaki münakaşa hk. bak. Raape, age, s. 469 — 470 ve orada adı geçenler.

(100) Rabel, The conflict of laws, A Comparative Study, 4 cilt. Vol. II, Chicago 1947, s. 34 vd. da ifade edilen teoriyi de yeni görüşler arasında zikretmek gerekir. Ancak, doktrinde ifadesini bulan bu teorinin kazai içtihatlar veya mevzuat tarafından kabul edildiğini gösterir bir işarete rastlanmamıştır. Rabel ve onunla birlikte Ehrenzweig tarafından benimsenen bu yeni teori bir tefrike imkân vermektedir. (Kegel, age s. 218'e atfen). Bu tefrike göre, kusura dayanan sorumluluk (Verschuldenshaftung) halinde zarara sebep olan fiilin işlendiği mahal kanun, tehlike sorumluluğu (Gefährdungshaftung) halinde zararın meydana geldiği mahal kanunu yetkilidir. Rabel, bu suretle, trafik kazaları ve sair seyrüsefer hukuku sahasında ika mahalli esasının karşılaştığı zorlukları bertaraf etmek gayesini gütmüştür. Bu nazariye, aynı zamanda ika mahalinin hangi mahal olduğu hakkında mevcut görüş ayrılıklarını da gidermek istemiştir. Bu prensip, esas itibariyle ika mahalli kaidesinden ayrılmadığı için fazla önem arz etmemektedir. İka mahalli hakkında belirtilen tenkitler bu esas hakkında da caridir.

(100a) Restatement'in gaye ve mahiyeti hk. bak. Restatement, St. Paul 1934, s. VIII, in X(Object and Character of the Restatement)

(101) Conflict of laws - Two case Studies in governmental - interest analysis, adli makaleye bu dâva için bak. 65 Colum. L.R. 1448

halini normal karşılamak lâzımdır (102). Kanunlar ihtilâfı sahasında çalışan Amerikan müelliflerinin en önemlileri, haksız fiilden doğan borçların tâbi olacağı kanun meselesi üzerine eğilmişlerdir (103). Meselenin üzerine eğilmiş olan müellifler haksız fiiller sahası için mantıki bir bağlama kaidesi arandığını belirttikten sonra, *Lex loci delicti* esasının daima artan bir tempoda hareketi cemiyetin ihtiyaçlarını karşılayamadığını ifade etmişlerdir. Ananevi *Lex loci delicti* kaidesinden doğan memnuniyetsizliği ifade eden doktrin ve mahkemeler haksız fiiller sahasında yeni bir bağlama kaidesi aramaya koyulmuşlardır (104).

Bu gayretler ilk meyvasını Kilberg ile Northeast Airlines Inc. arasındaki dâvada vermiştir (105). Bu dâva, New York'da mukim bir şahsın New York'da aldığı biletle yaptığı uçak yolculuğu sırasında uçağın başka bir mahalde düşmesi neticesinde meydana gelen kazadan doğmuştur. Bu dâvada mahkeme ika mahalli esasını uygulamamıştır. Bir Devletin seyyahat eden vatandaşlarının yolculuk devamınca değişen yabancı kanunlara tâbi tutulması, modern şartlar karşısında hakkaniyete uygun değildir. Uçakla yapılan bir yolculukta, ika mahalli tamamen tesadüflere bağlıdır. Mahkeme, bu fikirleri ve ika mahallinin ölümle neticelenen haksız fiillerdeki tazminat miktarını tahdit eden hükümlerinin kendi amme intizamına

-
- (102) Reese, *Conflict of laws and Restatement Second*, adlı makale için bak. 28 (1963) *Law and Contemporary Problems* 679. Bu makale ile konuyu karşı.
- (103) Currie, *The Disinterested third state*, 28 (1963) *Law and Cotemp. Prob.* 754, 779 vd; Reese, *Comments on Babcock v. Jackson*, 63 *Colum. L.R.* 1233; 1234; Collister, *Wrongful Death Actions and the choice-L.R.* 1233; 1234; Collister, *Wrongful Death Actions and the choice-of-law problem*, 13 (1965) *Kansas Law Review* 529.
- (104) Belirtilen bu genel kanaat 65 *Colum. L.R.* 1448 inci sayfadaki kelimelerde ifadesini bulmuştur. «The search for intelligent choice-of-law principles continues. Current reexamination of these legal concepts in the field of tort law reflects the constant striving of legal theory to remain abreast of an increasingly mobile society. Having expressed dissatisfaction with the traditionnal axiom of *lex loci delictus* - that the law of the place of wrong creates tort rights and liabilities - courts and commentators have begun to explore new criteria for choosing the appropriate Law in multi-state problems.»
- (105) 211 (1961) *N.Y. 2d.* (New York Reports) 133 - 135 vd. da dâva için fazla bilgi

aykırı olduğunu belirttikten sonra ika mahalli esasını kabul etmemiştir (106).

Amerika Birleşik Devletlerinde, ika mahalli esasının aleyhinde ileri sürülen modern ihtiyaçları karşılamama tenkidi, bu karardan iki yıl sonra Babcock v. Jackson dâvasında da mahkeme tarafından benimsenmiştir (106a). Bu yeni dâvada haksız fiiller sahasında ika mahalli esasını yerine «Governmental Interest Analysis» (Devlet menfaatının tahlili esası) (107) denilen yeni bir görüş ortaya çıkmıştır (108). Babcock v. Jackson dâvası ile ortaya atılmış olan yeni görüş Long v. Pan American World Airways Inc. (109) ve Dym v. Gordon (110) arasındaki 1965 tarihli dâvalarda da taraftar bulmuştur.

Babcock v. Jackson dâvasında bahis konusu olan hadise, iki New York'ludan birinin, diğerinin New York'da sigortalı otomobili ile hafta sonu tatilini geçirmek üzere gittikleri Kanada'da meydana gelen bir kazada yaralanmasıdır. New York'da mukim taraflardan otomobil sürücüsünün, araba üzerindeki hâkimiyetini kaybederek

(106) Bak. 65 Colum. L.R. 1448

(106a) Babcock v. Jackson dâvası ile ilgili olarak XXXIX (1965 İBD (İstanbul Baro Dergisi) 50 - 60, «Babcock - Jackson olayı üzerinde yorumlar Amerikan kanunlar ihtilâfı sisteminde yeni bir cereyan» (çeviren, A.E. Adal) adlı yazıya bak. Aşl 63 Colum. L. 1212'de yer alan yorumda, Auten v. Auten (308 N.Y. 155, 124) dâvasında akdi borçlar sahasındaki yetkili kanunu tâyin için «mahkemelerin, tarafların niyetini veya akdin in'ikat veya ifa mahalli yerini nihai reddetmeyip ihtilâf konusu olaya en müessir münasebetleri bulunan yer kanununun bulunması gerektiği görüşünün akdi olmayan borçlar sahasında sirayet ettiği ifade edilmiştir (XXXIX 1965 İBD 53). Sıklet merkezi nazariyesi olarak isimlendirilen bu nazariyenin haksız fiiller sahasında önem taşıdığı ve Devletin menfaatının tahlili görüşüne tesir ettiği muhakkaktır. Bu esas akdi borçlar sahasındaki mefruz irade kavramı ile karşı. Bu kavram hk. bak. Göger, **Deniz hukukundaki Eşya taşıma (Navlun) mukavelelerinden doğan Kanunlar ihtilâfı**, Ankara 1965, s. 69 - 72; 78 - 82 ile ve orada zikredilenlere.

(107) Kelime kelime tercüme edildiği takdirde «hükümet menfaatının tahlili esası» ifadesi ortaya çıkar. Ancak, hükümet yerine Devlet kelimesinin kullanılması maksada daha uygundur. Bu itibarla, tarafımızdan hükümet menfaatının tahlili yerine Devlet menfaatının tahlili ibaresi konulmuştur.

(108) 65 Colum. L.R. 1448 vd.; Karş. XXXIX İBD 50 - 60'daki izahatla.

(109) 65 Colum. L.R. 1450 - 1451

(110) 65 Colum. L.R. 1455 - 1458

karayoluna bitişik taş duvara bindirmesi sonunda diğeri zarara uğramıştır. Kanada'dan Amerika Birleşik Devletlerine döndükten sonra zarara uğrayan taraf müşterek ikametgâhları mahkemesine tazminat için müracaat etmiştir. Taraflar New York'da mukim olduğuna ve sigorta mukavelesi de New York'da yapıldığına göre, Ontario'nun sigortacıları hileye karşı himaye etmek üzere vazettiği hatır yolcularına (110a) uygulanacak özel mevzuatı ile hadisenin hiçbir ilgisi yoktur. Hadisede Kanada'nın «makul görülecek bir menfaati» olmadığına göre, ika mahalli kanunu olan Ontario kanunları uygulanmamalıdır. İka mahalli esasının kabulü coğrafi sebeplere dayanmayıp ika mahalli devletin kendi hudutları içerisindeki davranışları tanzimde haiz olduğu menfaata dayanmaktadır (111). Binaenaleyh ika mahalli prensibi fiziki münasebet esasını değil, mahalli Devletin ülkesinde vuku bulan haksız fiilleri tanzimdeki menfaatını nazara alınarak kabul edilmiştir. İka mahalli Devletin ülkesinde cereyan eden bütün hadiselerdeki menfaatinin, hadiseye alâka duyabilecek diğer Devletlerin menfaatlerinden daha üstün olduğunu iddia etmek çok zordur. Babcock ile Jackson arasındaki dâvada olduğu gibi, ika mahalli Devleti Kanada'nın Ontario şehrinin hadise ile fiziki alâkası haricinde hiçbir menfaati olmayabilir.

Bu görüşler, Long v. Pan American World Airways Inc. ve Dym v. Gordon dâvalarında da benimsenmiştir (112). Bu dâvalardan sonuncusunda ileri sürülen fikre göre, evvelâ, hadiseyi tecrit etmek lâzımdır. Bundan sonra ilgili muhtelif Devletler kanunlarının konuyu tanzim usulü tâyin edilmelidir. Nihayet, ilgili Devletlerden «hadise ile daha üstün münasebeti» (113) bulunan ve hadiseye uygulamakta «üstün menfaati» (114) olan Devletin kanunları tatbik edilmelidir.

(110a) Hatır yolcusu (guest - passenger) vea hatır yolculuğu İsviçre'nin «Bundesgesetz über Strassenverkehr vom 19 Dezember 1958 tarafından ele alınmıştır. Bak. bu konuda. Oftinger, age. Bd. II/2, Zürich 1962, s. 638 - 639 vd.

(111) «....., would be governed almost invariably by the law of the place of tort - not because of indiscriminate application of geographical considerations, but because that jurisdiction would have an» interest in regulating conduct within its borders.» 65 Colum. L.R. 1449

(112) Bu dâvalarla ilgili olarak 65 Colum. L.R. 1450 - 1457

(113) «Superior connection within the occurrence» 65 Colum. L.R. 1455

(114) «Superior interest» 65 Colum. L.R. 1445

1961 yılında ileri sürüldüğündenberi üzerinden beş yıl geçmiş olan Devletin menfaatinin tahlili esasının, haksız fiilier sahasında mutlak bir tatbik alanı bulacağına inanmak zor gibi görünmektedir. Bu yeni esasın daha ileri derecede olgunlaşmasını beklemeden bir hükme varılmaması daha yerinde olacaktır. Bununla beraber, Devletin menfaatinin tahlili esasının haksız fiillere mütaallik mevzuatın mülkiliği prensibini sarsmakta olduğunu kabul etmek lâzımdır.

Haksız fiillerden doğacak borçlara uygulanacak kanun, ilgili Devletlerden hadisede «üstün menfaatı» (**superior interest'i**) bulunan Devletin kanunudur. Üstün menfaat teriminden kastedilen mananın ne olduğunu anlamak zordur. Hele hâkimiere, kıstasları belli olmayan üstün menfaatı tâyin vazifesini vermenin ne derece doğru olacağı cayi sualdir (115).

Devlet menfaatinin tahlili esası, Lex loci delicti commissi kaidelerini tamamen bertaraf etmemektedir. Bu esas, amelî ihtiyaçları karşılamak gayesi ile Lex loci delicti commissi'nin yanında, hadiseyle ilgili başka kanunlara, meselâ hâkimin kanunu, müşterek millî kanun, müşterek ikametgâh kanunu gibi kanunlara da eşit hak tanımaktadır. Hadise ile ilgili kanunlar arasında seçim, hadisede üstün menfaatı bulunan Devlet kanunu lehine olacaktır. Bu hal ise, ekseri ahvalde, hâkimin kanununun tatbikine müncer olabilecektir. Zira, birçok hallerde hâkim kendi mensup olduğu Devletin menfaatını üstün görmek için vesileler bulmak zaafını gösterecektir. Esasen, dâvacı da hâkimin mensup olduğu Devlet kanunlarını uygulamasını temin için gerekli imkânları sağlayacaktır. Bu suretle, ekseri ahvalde, dâvacıya hadise ile ilgili Devletler mevzuatından en lehine hüküm sevketmiş olanları seçmek imkânı verilmiş olacaktır (116).

(115) Karş. 65 Colum. L.R. 1445'de mevcut bu konu ile ilgili tenkitlerle; Ayrıca XXXIX (1965) İBD 58'de sıklet merkezi ve müessir münasebetler terimleri hak, tenkitlere de bak.

(116) «Therefore, the practical result when a court is faced with a true conflict in governmental interests is likely to be application of forum law - a result favoring plaintiffs, whose prerogative it is to select the forum for the litigation. «65 Colum. L.R. 1461 ve oradaki izahatla karşı.

VIII. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇLAR SAHASINDA VASIF İHTİLÂFLARI.

Tesbitine çalışılan haksız fiillerdeki yetkili kanun, haksız fiil mefhumuna dahil olan hukuki müesseselere uygulanır. Bir hukukî müessesenin belli bir hukuk mefhumuna dahil olup olmadığını bilmek ancak, bahis konusu hukukî mefhumunun tarifini yapmakla mümkündür. Hukukî mefhumlara her hukuk nizamı tarafından aynı mahiyet ve şümül tanınmamaktadır. Bu hal ise, vasıf ihtilâflarına sebep teşkil etmektedir (117).

Haksız fiil mefhumunun mahiyet ve şümülü hakkında da ihtilâflar vardır. Evlilik dışında doğan çocuğun dâva hakkının haksız fiil mefhumuna dahil olup olmadığı, nişanın bozulmasından mütevellit tazminat dâvasının haksız fiillere istinat ettirilip ettirilemediği hususları, konumuzla ilgili vasıf ihtilâflarına misaller teşkil ederler.

İlk defa Alman hukukcularından **Franz Kahn** tarafından tetkik edilmiş (118) olan vasıf ihtilâflarının halli için farklı fikirler ortaya atılmıştır (119). Vasıf ihtilâflarının hallindeki bu farklı fikirler Lex fori ve Lex causae prensipleri etrafında toplanmaktadır. Vasıf ihtilâfları sahasında Lex fori önemli bir yer işgal eder. Ancak, vasıf ihtilâflarının hallinde hâkimin kanununun salâhiyetine, malların mahiyetinin tâyini ve iradenin muhtariyeti esası is-

(117) Berki, I, C. II, s. 72; Seviğ (V.R.), **Ticari sahadaki kanunlar ihtilâfı**, İstanbul 1957, s. 96 - 97.

(118) 1897 yılında Fransız müelliflerinden **Bartin**, vasıf ihtilâfları ile ilk meşgul olanın kendisi olduğunu zannetmiştir. Bu inanışın zamanımıza kadar geldiği anlaşılmaktadır. Seviğ (M.R. - V.R.), age, s. 410. No. 422; Halbuki, **Bartin**'den önce 1891 yılında mesele, **Franz Kahn** tarafından «Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts (1891), 30 Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen Privatrechts 1 vd. da tetkik edilmiştir. Amerikan müelliflerinden **Lorenzen** de, **Bartin**'den önce **Kahn**'ın vasıf ihtilâflarını tetkik ettiğini belirtmiştir. Bu konuda, Lorenzen, age, s. 115'deki «The qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of laws, adlı makaleye bak. Vasıf ihtilâflarını ilk tetkik eden hukukcunun **Kahn** olduğu vakıası Türk hukukunda da ifade edilmiştir. Bak. Fişek, **Gayrisahih nesepten doğan kanunlar ihtilâfı**, İstanbul 1954, s. 34; Berki, I, C. II, s. 74

(119) Lorenzen, age, s. 115 - 116 vd.

(120) Berki, I, C. II, s. 76

tisnaları vazedilmiştir (120). Vasıf ihtilâfları sahasında Lex causae'ye de salâhiyet tanındığı haller vardır (121). Bununla beraber, haksız fiillerden doğan vasıf ihtilâfları sahasında Lex fori'ye uygulama alanı tanımak daha yerindedir. Bu suretle, vasıf ihtilâflarının hallinde haklı sebeplere dayanan Lex fori'nin yetkili olması hakkındaki genel kaideye de uyulmuş olunmaktadır.

Bu izahatın tabii neticesi, haksız fiiller sahasında tazminat miktarının tâyini konusunda çıkacak vasıf ihtilâflarının da Lex fori'ye tâbi olmasıdır. Tazminat miktarının tâyini sahasında çıkan vasıf ihtilâfları, bu mefhumun anlaşılmasındaki bir zorluğun neticesi değildir (122). Bu sahada meydana gelen vasıf ihtilâfları, tazminat miktarını tâyinin bazan bir esas meselesi, bazan da bir usul meselesi olarak kabul edilmiş bir neticesidir (123).

Tazminat miktarı tâyininin bir usul meselesi olduğu ve bu itibarla, hâkimin kanununa tâbi bulunduğu Anglo-sakson hukuku ile bazı Amerikan içtihatlarının görüşüdür (124). Yetkili kanuna göre failin mesuliyetinin mahiyet ve şumulü tesbit edilmiş ve buna göre mutazarrırın lehine belli bir hak doğmuştur. Miktar tâyininde, doğmuş olan bu hakkın belli bir meblağa tahvil edilerek ifadesi bahis konusudur (125). Bu tahvilin, yani tazminat miktarını tâyinin bir esas meselesi mi yoksa usul meselesi mi olduğu hususu ihtilâflıdır. İngiliz hukukuna göre tazminat miktarının tâyini usulî bir mesele olduğundan Lex fori'ye tâbidir (126).

(121) Lorenzen. age, s. 115 - 135; Berki, I, C. II, s. 78 - 79'daki içtihat

(122) Chesire, age, 668 ile karşı.

(123) Schmitthoff, age, s. 405'de sarahaten «The question whether the assessment of damages is a matter of procedure or substance has given rise to some controversy» diyerek belirtilen ihtilâfı ortaya koymaktadır.

(124) «..... in view of the well known rule of the English conflict of laws that the measure of damages is an incident pertaining to procedural law and is, therefore, governed by the Lex fori.» Schmitthoff, age, s. 157. Schmitthoff, age, s. 405 - 406 ve orada belirtilen içtihatlar. Tazminat miktarını tâyinin bir usul meselesi olduğu hak. Amerikan içtihatları için 65 Colum. L.R. 1448'deki içtihat ve aynı yerdeki dipnotu 5'e bak.

(125) Chesire. age, s. 674

(126) Schmitthoff, age, s. 157 ve 405 vd.

İngiliz müellifleri burada mesuliyet dereçesi ile tazminat miktarının tâyini arasındaki farka dikkati çekmektedirler (127). Mesuliyet dereçesine, tazmin borcunun doğrudan doğruya zararların yanında bilvasıta zararları da kapsayıp kapsamadığı, haksız fiilin mutazarrır olana temin ettiği menfaatlerin tenzil edilip edilmeyeceği, mahrum kalınan kârın nazara alınıp alınmayacağı gibi hususları girmektedir (128). Mesuliyet dereçesini tâyin, esasa taallük ettiğinden yetkili kanuna göre yapılacaktır. Yetkili kanuna göre, şumulü tesbit edilen failin mesuliyetinin paraya tahvili meselesi, tazminat miktarının tâyinine dahil olduğundan ve usuli bir mesele sayıldığından Lex fori'ye tâbi kılınacaktır (129).

Prof. Beale ile (130) onun tesiri altında kalan **Restatement**'in 412 inci paragrafı ve Amerikan içtihatlarının bir kısmı tarafından, tazminat miktarının tâyini esasa mütaallik bir mesele olarak kabul edilmiştir (131). **Restatement**'in 412 inci paragrafında, «bir haksız fiildeki zararın miktarı fiilin ika edildiği memleket kanunlarına göre tâyin edilir» denilmektedir (132). Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, esasa taallük eden tazminat miktarının tâyini Lex fori'ye değil yetkili kanuna tâbidir. Kıt'a avrupası hukuklarında da durum bu hükümdekinden farklı değildir. Binaenaleyh, tazminat miktarının tâyini, haksız fiiller sahasında mevcut bağlama kaidelerine göre tesbit edilecek kanuna tâbidir.

§ 3. İka mahalli mefhumu ve bununla ilgili bazı özel haller

I. İKA MAHALLİ MEFHUMU

Haksız fiilden doğan borçların tâbi olacağı kanunu tâyin sahasında ileri sürülen yeni fikirlere rağmen, ika mahalli esasının önemli bir yer işgal ettiği muhakkaktır. Bu hakikatten hareket edildiği takdirde, ika mahalli mefhumunun taşıdığı önem kendili-

(127) Chesire, age, s. 670; Schmitthoff, age, s. 405

(128) Schmitthoff, age, s. 405 - 406.

(129) Schmitthoff, age, s. 157, 405 vd.; Chesire, age, s. 673 - 675

(130) Schmitthoff, age, s. 405'e atfen

(131) 65 Colum. L.R. 1448 dipnotu 5'de belirtilen içtihatlara bak.; Ayrıca Lorenzen, age, s. 372 ile aynı sh. daki not 43'de belirtilen içtihatlar.

(132) Restatement, St. Paul 1934. s. 493, § 412 «Measure of damages for tort; The measure of the damages for a tort is determined by the law of the place of wrong» ve orada verilen bu paragrafta ilgili izahata bak. Ayrıca, Restatement, 1934, s. 449'daki «Right to damages and Measure of Damages» başlığını taşıyan 372 inci paragrafta karşı.

ğinden ortaya çıkar. İka mahalli olarak, neticenin meydana geldiği mahallin mi yoksa ilk harekete girişilen mahallin mi kabul edilmesi gerektiği hususunu tâyin, özellikle bir memlekette başlayıp diğer bir memlekette sonuçlanan haksız fiiller bakımından çok önemlidir. Bir memlekette başlayıp diğer memlekette biten haksız fiillerde, zararın meydana geldiği mahallin mi, yoksa zarara sebebiyet veren harekete girişilen memleketin mi ika mahalli sayılacağı hususu tesbit edilmeden yetkili kanunu tâyin etmek imkânsızdır. Zarar ve zarara sebebiyet veren fiilin aynı memlekette cereyan etmesi takdirinde bahsedilen zorluk mevcut değildir. Evvelâ, meseleyi hakkı ile aydınlatılabilmek için, kazaî içtihatlarla konuyu teşkil etmiş pek çok hadiseden sadece bir iki tanesini zikrederim :

Amerika Birleşik Devletlerinin West Virginia eyâletinde, yol yapımı sebebiyle dinamit patlatılmıştır. Bu patlamanın tesiri ile Ohio'da bulunan bir dükkânın camları kırılmıştır. West Virginia kanunları mı yoksa Ohio kanunları mı tazminat dâvasında yetkilidir (133).

Bir New York'lu firma, Arjantin'den ithal ettiği «Corned Beef»i Ohio'da satmıştır. Ohio'da mezkûr Arjantin menşeli et konservelerinden bir kutu alıp yiyen bir müşteri zehirlenerek ölmüştür. Yetkili kanunu bulabilmek için ika mahallinin Arjantin mi, New York mu, yoksa Ohio mu olduğunu tesbit etmek lâzımdır (134).

Bu misallerden (135) anlaşıldığı üzere, bir memlekette girişilmesine rağmen diğer memlekette neticeye ulaşmış olan haksız fiiller halinde ika mahalli esasından ne anlaşılacak gerektiğini tesbit etmek lâzımdır.

Birden ziyade memleketle ilgili haksız fiillerde ika mahallinin tâyini için ileri sürülen üç sistem vardır. Bu sistemler, zarara sebebiyet veren harekete girişilen memleket, zararın meydana gel-

(133) Dallas v. Whitney, 188 (1936) S.E. 766 (Southeastern Reporter) Amerika'da neticenin meydana geldiği mahal ika mahalli olarak kabul edildiğinden Ohio kanunları uygulanmıştır.

(134) Hunter v. Derby Foods, 110 (1910) F. 2d. 970 (Federal Reporter, Second)

(135) Başka misaller için bak, Chesire, age, s. 279 - 283; Kegel, age, s. 216 v.d.

diği memleket ve bu memleketlerden mutazarrır lehine kanunları olan memleket olarak sıralanabilir (136).

a) Zararla arasında uygun illiyet rabitası bulunan fiilin işlendiği mahallin ika mahalli olarak kabulü.

Bir kimsenin fiillerinin, o kimseyi tazminat mükellefiyeti altına sokup sokmayacağı, fiilin işlendiği yer kanunlarına göre mütalâa edilmelidir. Neticenin meydana geldiği mahal kanunlarına dayanarak bir kimsenin fiili hakkında hüküm vermek yersizdir. Zira, herkes içinde bulunduğu muhitin ölçülerine göre, hareket eder ve fiillerini tartar. Failin, muhitinin anlayışlarına göre, içtimai düzeni ve meşru menfaatleri haleldar etmeyen bir fiilin aksine düşünceye sahip bir memlekette meydana getirdiği neticelerden dolayı mesul olması onun aleyhine bir davranış olacaktır. Fail kendi muhitinin koyduğu hudutlar içerisinde kaldığı müddetce mesul olmamalıdır (137).

Bu düşünceden hareket edilmesi mutazarrırın aleyhinedir. Mutazarrırın aleyhine hareket edilmesini gerekli kılacak haklı sebepler yoktur. Bu sistem, zararın meydana geldiği memleketteki içtimai düzeni hiç nazara almaması sebebi ile de hatalıdır. Kaldı ki, zararlar arasında uygun illiyet rabitası bulunan fiilin işlendiği mahal birden ziyade olabilir (138).

b) Zararın husule geldiği memleketin ika mahalli olarak kabulü.

Mutazarrırın kendisinin bulunduğu muhitin şartlarına ve anlayışına uygun olarak tazminat istemek hakkıdır. Zira, mutazarrır içinde bulunduğu muhitin tanıdığı hudutlar içerisinde meşru haklarını korumak imkânına sahiptir. Haksız fiilleri tanzim eden mevzuat hükümleri zararın meydana geldiği mahalde bulunan herkesin meşru haklarını himayeyi gaye edinmiştir. Bu itibarla, tarafların menfaatleri, içtimai düzeni himayenin gerisinde kalmak-

(136) Chesire, age, s. 280'e bak.

(137) Kegel, age. s. 217

(138) Wolff, age, s. 165; Ayrıca Schimithoff, age. s. 163'deki «Concurrent tortfeasors» ile ilgili izahatı karşı.

tadır. Korunacak içtimaî düzen ise, zararın meydana geldiği memleket toplum nizamıdır (139).

Neticenin husule geldiği memleketlerin birden ziyade olması mümkündür (140). Bu hallerde sistemi işletmek çok zordur. Haksız fiilden bahsedilebilmesi için uygun illiyet rabitası ile bağlı fiilin mevcudiyeti şarttır. Bu itibarla, hakikatte zarara sebebiyet veren fiilin işlendiği mahalle öncelik tanınmalıdır. Fiilin işlendiği mahal kanununa göre tazminata hak vermesi ve fakat neticenin husule geldiği mahal bakımından böyle bir tazminatın bahis konusu olmaması halinde, bu sistem failin lehine olacaktır (140a). Ayrıca, zarara sebep olan fiilin işlendiği mahallin toplum düzeni de, bu sistemin kabulü ile ihmal edilmiş olmaktadır (141).

c) Alternatif sistem.

Bu sistem Alman Yargıtayı tarafından benimsenmiştir (142). Bu sistemin dayandığı mesnet, sebep ve zararın haksız fiillerin birbirinden ayrılmayan cüzleri olduğu esasına dayanmaktadır. Bu itibarla, sonucun meydana geldiği veya zarara mesnet teşkil eden fiilin işlendiği mahaller arasında tercih yapmamak lâzımdır. Zarara sebep teşkil eden fiilin işlendiği mahal ile sonucun (zararın) hasıl olduğu mahal kanunları birlikte uygulanmalıdır. Bu uygulama sırasında mutazarrırın lehine olan kanununa itibar etmek ye-

(139) Batiffol, age, No 569, «Determination de la loi locale», s. 608 - 609; Zararın husule geldiği memleketin ika mahalli olarak kabulünde tereddüt bulunmadığı hk. Arminjon, age, T. II, No. 122 ter. s. 337 - 339

(140) Wolff, age, s. 165'de (Es kann auch mehrere Erfolgsorte geben) demek suretiyle bu noktaya işaret etmiştir.

(140a) Müterafik kusur bulunması halinde tazminat hakkı tanımayan Common Law'un cari olduğu bir memlekette zararın meydana gelmesi, bu tenkidin haklı olduğunu gösteren önemli bir misâldir. Müterafik kusur ve «Last clear chance» hk. bak. Schnitzer, **Vergleichende Rechtslehre**, 2 cilt, Basel, 1961, Bd. II, s. 633.

(141) Haksız fiillerin işlendikleri memleketin emniyet ve asayiş ile yakın alâkaları olduğu temel prensibine karşı da bazı tereddütlerin izhar edildiği hk. bak. Kegel, age, s. 218 ve orada adı geçenlere.

(142) Raape, age, s. 576; Kegel, age, s. 217, «..... neuere Lehre das Recht des Handlungs- oder Erfolgsort entscheiden je nachdem, welches von beiden Verletzten besser stellt.»; Chesire, age, s. 280.

rinde olacaktır. Zira genel acıma hislerimiz mutazarrırın himayesini emretmektedir (143).

Bu sistem, haksız fiile taraf teşkil edenlerden mutazarrır lehine hareket etmektedir. Ancak, bu hareketi haklı gösterecek hukuki sebepleri bulmak güçtür. Muhtelif hukuk nizamlarından mutazarrırın en lehine olanı tayinin her zaman kolay olacağına inanmağa imkân yoktur. Mutazarrırın en lehine olan kanundan kastın ne olduğunu anlamak zordur (144).

Bu üç sistem de halen uygulama alanı bulmaktadır. Zarara meydan veren fiilin işlendiği mahal kanununun ika mahalli olarak kabulü sisteminin, latin hukukuna bağlı Devletler tarafından halen kullanıldığı müellifler tarafından belirtilmektedir (145). Zarara sebep olan fiilin işlendiği mahal kanununu ika mahalli kanunu olarak kabul eden sistem gibi alternatif sistemi kabul eden Devletler de çok seyrekler. Alternatif sistemi, Almanya haricinde kabul eden Devlet yoktur denilebilir.

Sonucun (zararın) meydana geldiği mahal kanununun ika mahalli kanunu olarak kabulü en fazla taraftar bulmuş olan esastır.

(143) Kegel, age, s. 219; Ayrıca, bu konuda birden ziyade Devletin kanunlarının çatışması halinin de bulunmasının mümkün olacağından hareketle benzer bir neticeye Neuner, Der Sinn der international privatrechtlichen Norm, Berlin 1932, s. 116 vd. ile Die Anknüpfung im IPR., 3 (1934) Zausl R. 81 vd. da varmaktadır. Bu konuda Wolff da bir fikir ileri sürmektedir. Buna göre zarara sebep olan hareketin işlendiği mahal kanununa göre haksız bir muamelenin mevcut olması ve aynı mahal kanununa göre sebep ile zarar arasında uygun illiyet rabitasının bulunması halinde mutazarrır netice mahalli kanunundan istifade etmelidir. Ancak, bu halde mutazarrır zarara sebep teşkil eden mahal kanununa göre haiz olmadığı ve fakat sonuç mahalli kanununa göre haiz olduğu hakları dermeyan edebilir. Wolff, age, s. 165'de aynen «..... wenn, nach dem Recht der Handlungsorts eine unerlaubte Handlung vorliegt, und nach eben diesem Recht der Erfolg als durch die Handlung verursacht anzusehen ist. so kann der geschädigte sich auf das Recht des Erfolgsort berufen.....» denilmektedir. Sebep mahalline meyleden bu görüşü hatalı olması sebebiyle eski taraftarı Kegel, age, s. 219 da bırakmıştır.

(144) Lorenzen, age, s. 370'deki «the actual decisions do not make clear what is meant by the law that is most favorable to the party injured» ifadesi ve orada bu konuda verilen izahatla karşı.

(145) Raape, age, s. 576; Seviğ (M.R. - V.R.), age, s. 592; Okay, agm. s. 488

Anglo - Amerikan hukukunun «last event rule» dedikleri bu esas (146), Fransız hukuku tarafından da benimsenmiştir (147).

Türk hukukunda da bu konuya temas edilmiştir (148). Sonuç mahalli kanununun ika mahalli kanunu olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü doktrinde taraftar bulmuştur (149). Türk Yargıtayının, fiilin işlendiği mahallin mi yoksa sonuç mahallinin mi ika mahalli olarak kabul edileceği hakkındaki kararları, meseleyi dahili hukuk yönünden ele almışlardır. Dahili hukuk yönünden meseleyi ele alan ve fakat kanunlar ihtilâfı sahasındaki ika mahallinin tesbitinde de kıyasen istifade edilebilecek olan Yargıtayın bu kararları, HMUK 21 inci maddesinin «haksız fiilden mütevellit dâva o fiilin vuku bulduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir» hükmüne dayanmakta ve haksız fiilden doğan dâvalarda yetkili olan Türk mahkemesinin hangi mahal mahkemesi olduğunu tesbit etmektedir. Dahili hukuka mütaallik bu kararlarda, zararın meydana geldiği ve bu suretle haksız fiilin tamam olduğu mahal ika mahalli olarak kabul edilmiş, ve bu mahal mahkemesinin haksız fiilden doğan dâvaya bakmaya yetkili bulunduğu esası vazedilmiştir (149a). Bu suretle sonuç mahalli, doktrinde Devletler Hususi Hukuku yönünden, Yargıtay kararlarında dahili hukuk bakımından ika mahalli olarak kabul edilmektedir.

(146) Schmitthoff, age, s. 162; Chesire, age, s. 282; Kegel, age, s. 217. Bu kaide Restatement'in 337 inci paragrafında benimsenmiştir. «The place of wrong is in the state where **the last event** takes place».

(147) Batiffol, age, No. 560

(148) Seviğ, (M.R. - V.R.). age, s. 592; Okay, agm, s. 488

(149) Okay, agm, s. 488. «..... diğer bir kısım müellifler zararın husus geldiği yer kanununu nazarı itibare almaktadırlar. Bizce de bu sonuca fikir kabul edilmelidir.» denilmek suretiyle sonuç mahalli kanunu benimsenmiştir.

(149a) Bu kararlar için Öztekin - Kazancı, **Nazari ve tatbiki içtihat Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara 1957, s. 51. 52; de belirtilen içtihatlar. Bu içtihatlardan zarar mahalli mahkemesini fiilin işlendiği mahal mahkemesine sarahaten tercih eden 24/12/1956 tarihli Yüksek mahkeme kararında aynen «Suyun geldiği sarı deresi mevkiinin ve dâvalara ait tarlanın Ödemiş kazası hudutları içinde olduğu anlaşılmiş ise de zararın vukua geldiği yer dâvacılara ait olan ve Salihli kazası hudutları içinde bulunan tarla olmasına göre zararın tecelli ettiği ve bu suretle haksız fiilin tamam olup ika edildiği mahallin mahkemenin kaza çevresi içinde olduğunun kabulü ile dâvanın usulen tetkik ve rü-

Devletler hususi hukuku sahasında ika mahalli kanunu olarak sonuç mahalli kanununa itibar edilmesi, zararın haksız fiilin en önemli unsuru sayılması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Tazminat hakkının tanınması için zararın doğmuş olması lâzımdır. Mücerret kusur tazminat hakkı bahsetmemektedir. Haksız muameleyi tekevvün ettiren zarardır. Kaldı ki, haksız fiilin faili, hareketini yalnız kendi memleketi şartlarına göre değil, meydana getirdiği zararlarla ihlâl ettiği başka ülkelerin hukuk nizamlarına da uydurmakla mükelleftir (150). Binaenaleyh, fiilin bir memlekette işlendiği ve zararın başka bir ülkede meydana geldiği haksız fiillerde ika mahalli olarak sonuç mahalli kabul edilmelidir.

Zarara sebep teşkil eden fiilin işlendiği mahallin tamamen inmal edilerek sonuç mahalline bütün önemin verilmesi tezinin mutlak olarak doğruluğuna inanmak, yukarıda belirtilen mahzurlar da nazara alındığı takdirde, Türk hukuku bakımından da güçtür. Sadece, ameli ihtiyaçları nazara almak da bu güçlüğü göstermek için yeterlidir. Basın yolu ile işlenen bir haksız fiilde, gazetenin basıldığı mahal kanunu yerine, zararın husule geldiği yerin kabulünün ne derece mümkün olacağı cayi sualdır. Aynı şekilde, radyo, televizyon gibi vasıtalarla ika edilen zararlarda da sonuç mahallinde ısrar etmek zordur. Bu ve benzeri zorluklar, Lex loci delicti commissi esasını temelinden sarsmaktadır. Bu sarsıntı ya Lex loci delicti commissi esasının tamamen terkini mucip olacak veya bazı istisnaları muhtevi bir Lex loci delicti commissi esasını muhafaza edilecektir. Bu sonuncu hal tahakkuk ettiği takdirde, ika mahallinden de, ihti-

yeti iktiza ederken bu cihetten zühul olunarak yazılı şekilde suyun geldiği mevkiin ve dâvaların tarlasının Ödemiş hudutları içinden olduğundan bahsile dâva arzuhalinin salâhiyetsizlik noktasından reddine karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği bu bakımdan yerinde görüldüğünden hükmün bu sebepten bozulmasına ittifakla karar verildi» denilmektedir. Öztekin - Kazancı, age, s. 51'e atfen. Bu kararı Bilge, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1965, s. 162'deki «O halde, maddi fiilin işlendiği veya neticenin doğduğu yerde dâva açılabilir» ifadesi ile karşı. Aynı şekilde, Arminjon, age, T. II, No. 122 ter. s. 338 not 1 ile karşı.

- (150) Bu konuda daha fazla bilgi için Okay, a.g.m. s. 488 ve orada adı geçenler. Ayrıca, Batiffol, age, s. 609'daki «..... Il aura su ou dı savoir dans quel pays son acte produirait ses effets» ifadesi ve orada verilen izahatla karşı.

yağların getireceği bazı istisnaları muhtevi olmak kaydıyla, sonuç mahalli yani zararın meydana geldiği mahal anlaşılabilir.

II. İKA MAHALLİ İLE İLGİLİ BAZI ÖZEL HALLER

Haksız fiillerden doğan borçlar alanında halen önemli bir yer işgal eden ika mahalli kavramından, ekseriyet tarafından kabul edilen fikre göre, sonuç mahalli yani zararın meydana geldiği mahal kastedilmektedir. Ancak, muhabere, basın ve yayın konularında sonuç mahallinin doğruluğunu kabul etmeyen fikirler mevcuttur. Aynı şekilde, milletlerarası sahada ticarî faaliyette bulunan firmalar arasındaki haksız rekabet sebebiyle çıkacak ihtilâflar hakkında da fikir birliği yoktur (151). Bu konulara ve istihdam edenin müstahde min haksız fiilinden dolayı olan mesuliyetini tanzim eden yetkili kanununun tesbit hususuna da kısaca ve sadece elde edilen genel neticeler bakımından temas edilecektir.

1) Basın, yayın ve muhabere vasıtaları ile işlenen haksız fiiller halinde ika mahallinden ne anlaşılacağı konusunda bir sarahate varmak lâzımdır. Bu sahadaki ika mahallini tesbit ederken konuyu tefrik etmek zaruridir. Bu tefrik, tetkikatın evvelâ muhabere vasıtaları yönünden yapılması neticesini vermektedir.

a) Mektup, telgraf, telefon gibi vasıtalarla işlenen haksız fiillerde, ilk fikir olarak haksız fiile sebep teşkil eden mektubu yazma, postaya verme, telgrafı çekme gibi hareketlerin yapıldığı yani failin fiziki varlığının bulunduğu mahal kanununun yetkili olduğu ileri sürülmüştür (152). Buna mukabil, failin bir nev'i vekili olan postacı veya posta idaresinin mektup, telgraf veya telefonu ulaştırdığı mahallin ika mahalli olarak kabulü de derpiş edilmiştir (153). Nihayet, belirtilen her iki mahalden, mutazzarının en lehine kanunları bulunanın tercih edilmesi de ileri sürülen üçüncü sistemdir (154). Bu sistemlerden mektup, telgraf, telefon gibi muhabere vasıtalarının muhataba eriştiği mahalli ika mahalli olarak kabul eden esasa riayet etmek yerinde olacaktır. Zira bu konuda ika mahalli mefhu-

(151) Ticari işlere ait haksız rekabet Ticaret Kanunumuzun 56 - 65 inci maddelerinde düzenlenmiştir. Ticarî işlere ait olmayan haksız rekabet, Borçlar Kanunumuzun 48 inci maddesinde tanzim edilmiştir.

(152) Kegel, age, s. 220.

(153) Lorenzen, age, s. 371; Ayrıca, Raape, age, s. 571 ile karşı.

(154) Raape, age, s. 577; Lorenzen, age, s. 369 - 370.

mu hakkında mevcut genel prensipten inhirafı haklı gösterecek mâkul sebepleri bulmak güçtür.

b) Basın ve yayın vasıtaları ile işlenen haksız fiiller sahasında da, ika mahallinin tesbiti önem arz eden bir konudur. Basın ve yayın vasıtaları ile işlenen haksız fiillerde ika mahallinin tesbiti için ileri sürülen sistemler, muhabere vasıtaları sahasında ileri sürülenlerin benzerleridir (155). Bu fikirlerden muhabere sahasında benimsenenden farklı olarak, basın ve yayın vasıtalarının bulunduğu yeri ika mahalli olarak kabul eden benimsenecektir. Yani plâğın doldurulduğu yer, gazetenin basıldığı mahal, radyo ve televizyon yayınının yapıldığı memleket kanunları ika mahalli kanunu olarak kabul edilecektir. Diğer esasların kabulünde, basın ve yayın teşekküllerinin hiç hatırlarına getiremeyecekleri Devletlerin kanunları ile karşılaşmaları mümkündür. Böyle bir hal, basın ve yayın teşekküllerini dayanamayacakları bir tehlikenin altına sokmaktadır (156).

2) Haksız rekabet sahasında ika mahalli olarak sonuç mahalli yani zararın meydana geldiği mahallin benimsenmesi gerektiği ileri sürülmektedir (157). Ancak, haksız rekabet sahasında sonuç mahalline itibar etmenin mümkün olmadığı Raape tarafından ifade edilmektedir (158). Bir mahalli firmanın o mahalde faaliyette bulunan yabancı bir firmaya karşı haksız rekabete girişmesi halinde haksız rekabetin meydana getirdiği zararın yabancı firmanın merkezinde yani yabancı memlekette vukua geldiğini iddia ederek yabancı memleket kanununun uygulanmasını istemesine imkân olamamak gerekir. Bu itibarla, haksız rekabet sahasında sonuç mahalli yani zararın meydana geldiği mahalli ika mahalli olarak kabul etmeğe imkân görülememektedir (159).

(155) Raape, age, s. 577 ve dipnotu 166; Kegel, age, s. 220 ile karşı.

(156) Kegel, age, s. 221'deki izahatla karşı. Bilge, age, s. 161'de HUMK'nun 21 inci maddesi ile ilgili olarak verilen izahatta, «Meselâ gazetenin basıldığı veya dağıtıldığı yer yayın yoluyla işlenen haksız fiillerde, fiilin işlendiği yer olarak tavsif olunabilir» denilmektedir. Gazetenin basıldığı ve dağıtıldığı mahallerin birbirlerinden farklı memleketlerde olması halinde karşılaşılacak mesele bu izahatla bertaraf edilmemektedir.

(157) Schmidt (Rudolf), Der Ort der unerlaubten Handlung im IPR, Festschrift für H. Lehmann, 1937 s. 175 vd.

(158) Raape, age, s. 576

(159) Raape, age, s. 576 ve oradaki misaller.

Ayrı memlekete mensup olan ve milletlerarası sahada ticarî faaliyette bulunan iki firmanın yabancı memlekette birbirlerine karşı haksız rekabette bulunmaları halinde, o yabancı memleket kanunları uygulanmalıdır (160). Aynı memlekete mensup tüccar arasında yabancı memlekette vuku bulacak haksız rekabet, tacirlerin mensup oldukları memleket kanunlarına tâbidir (161). Bu suretle, yabancı ülkelerde işgören aynı memlekete mensup firmalar birbirlerine karşı, mensup oldukları Devlet kanunları ile korunmuş olmaktadır. Bu, Devletin dış ticarete duyduğu yakın ilginin bir neticesi olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki, bu netice ika mahalliîni sonuç mahalli olarak kabul eden görüşe de uygundur. Zira, zarar ner iki firmanın merkezlerinde meydana gelmektedir.

Haksız rekabete giriştikleri mahal üzerinde hâkimiyete sahip Devlete mensup olmayan ve aynı tâbiyette de bulunmayan tacirler arasındaki haksız rekabete de, bu rekabete giriştikleri mahal kanunu uygulanmalıdır (162). Neticenin meydana geldiği memleket yani haksız rekabet sonunda zararın meydana geldiği firmalar merkezlerinin bulunduğu memleketler kanunlarına itibara imkân yoktur. Zira, ortaya çıkan muhtelif Devletler kanunlarından herhangi birine itibarı haklı gösterecek bir sebep bulmak mümkün değildir. Bu takdirde de, ika mahalli olarak sonuç mahalline değil sebep mahalline itibar edilmelidir.

Nihayet, bir ticari firmanın bulunduğu memlekette icapta bulunmak suretiyle haksız rekabete girişmesi de mümkündür. İcapta bulunmada, muhabere vasıtalarından istifade suretiyle anlaşma ve firmanın mensup olduğu memlekette imâl edilen malın gönderilmesi gibi hazırlık faaliyetlerinden ileri giden sebeplerin mevcut olabileceği nazara alınırsa uygulanacak kanunun sonuç mahalli kanunundan farklı bir kanun olması gerektiği düşünülebilir. Bu takdirde de, ticari firmanın merkezinin bulunduğu yer kanunu yet-

(160) Binder, agm, s. 494; Raape, age, s. 579 ve orada adı geçenler.

(161) Milletlerarası ticarete hükmi şahısların önemli rolü olduğu malumdur. Hükmi şahıslar arasındaki haksız rekabet halinde, bu şahısların aynı Devlete mensup olup olmadıklarına, mahalli devlete mensup bulunup bulunmadıklarına karar verebilmek için şirketlerin tâbiyeti konusunda bir sarahata varmakta zaruret vardır.

(162) Raape, ge, s. 576 ile karşı aynı netice elde edilebilir.

(163) Bu konu ile ilgili olarak, Raape, age, s. 577 - 578'e bak ve dipnotlar. 166a ve 167 ile karşı.

kili olarak kabul edilmelidir. Mutazarrır olan firmanın mensup olduğu Devlet Kanunlarına yetki tanımak nazarı bir hal çaresi olacaktır (163).

3) İstihdam edenin mesuliyeti halinde de, ika mahallinin yetkili sayılması hususunda tereddütler vardır. Müstahdemin hizmet ifa ettikleri sırada işleyecekleri haksız fiillerden mesuliyetin, istihdam edenin muamele merkezinin bulunduğu Devlet kanunlarına mı yoksa ika mahalli kanununa mı tâbi olduğu hususu da ihtilâfıdır. Bu tereddüte rağmen, bu konuda da ika mahalli kanununun yetkili olması hem toplum düzeni, hem de hakkaniyet icabıdır (164). Bu neticenin istihdam edenin ticari işletmesi için dayanılmaz bir vaziyet ihdas ettiğini iddia etmeğe imkân yoktur.

S O N U Ç.

Haksız fiillerden doğan borçların ika mahalli kanununa tâbi olması gerektiği hakkındaki tarihi görüşün gelişmekte olan hayati şartları karşısında zayıflamakta olduğu bir vakıdır. Bu vakıya rağmen, Fransa, İtalya ve Türkiye gibi memleketlerde ika mahalli esası halen uygulanmaktadır. Bu uygulama, tazminat dâvasının fiilin işlendiği memleket mahkemesinde açılmış olup oımadığına bakılmaksızın, mutlak bir mahiyet arz etmektedir.

Fransa, İtalya ve Türkiye gibi Lex loci delicti commissi kaidesini mutlak olarak uygulayan İsviçre hukuku, trafik kazaları sahasında, amelî ihtiyaçları karşılamak gayesiyle ika mahalli bağlama kaidesine bir istisna getirmiştir (165). Bu yeni gelişme İsviçreyi, mutlak olarak Lex loci delicti commissi esasını uygulayan memleketlerden, muayyen bir ölçüde de olsa ayırmış bulunmaktadır.

(164) Amerikan hukuku bakımından Lorenzen, age, s. 373'e bak.; Amerika Birleşik Devletleri bakımından da belirtilenlere benzer neticeyi Lorenzen'in «The liability of a master for injury to a servant arising out his employment is determined with reference to the Lex loci delicti, no account being taken of the place of employment or the place where the negligent act occurred» ifadesinden elde etmek mümkündür (s. 373).

(165) 19 Aralık 1958 tarihli Federal trafik kanununun 58/III'üncü paragrafında Lex loci delicti commissi prensibine trafik kazaları bakımından istisna getirmiştir. Buna göre tarafların İsviçre'de mukim bulunmaları ve kazaya uğrayan vasıtanın İsviçre trafiğinde kayıtlı olması, zarar görenlerin yolculuğa İsviçre'de başlamış veya bitirmek istemiş olmaları gereklidir. Bu konuda oftinger, age, Bd, II/2. s. 697 - 698'e bak.

Almanya ve İngiltere'de ise haksız fiillerden doğan borçlar sahasında, *Lex loci delicti commissi* esasına mutlak bir mahiyet tanındığına inanmağa imkân yoktur. Bilhassa tazminat dâvasının fiilin işlendiği Devlet mahkemesinde açılmaması halinde Alman hukuku, müşterek tâbiyete ve bir Alman aleyhine Alman mahkemelerinde açılacak dâvalarda *Lex fori'*ye *Lex loci delicti commissi* yanında geniş imkânlar tanımaktadır. İngiliz hukuku da Haksız fiiller sahasında *Lex loci delicti commissi* ile birlikte *Lex fori'*nin tatbikini derpiş etmektedir. Aynı tâbiyette olan veya aynı memlekette mukim bulunan ve geçici olarak yabancı memlekette bulunan şahıslar arasındaki haksız fiillerde toplum düzeni bu şahısların menfaatlerinden daha az önemli sayılmaktadır. Bu görüşü destekleyen en son misâllerden birini, *Lex loci delicti commissi* ye istisna getiren İsviçre Federal Trafik kanununun 85 inci maddesinin III üncü fıkrası teşkil etmektedir. Mezkûr kanun, *Lex loci delicti commissi'*ye istisna getirirken, Alman kanununundaki müşterek millî kanun esasını yerine müşterek ikametgâh esasına değer vermektedir. Bunun, ihtiyaçları karşılayamadığı muhakkak olan ika mahalli esasını —ona bir takım istisnalar getirerek— yaşatmağa matuf olduğunu kabul etmek lâzımdır.

Amerika Birleşik Devletlerinde de 1961 yılına kadar **Restatement**'in 384 üncü paragrafında yer alan ika mahalli kanunu esasının cari olduğu kabul edilmelidir. Ancak, 1961 yılındanberi Amerika Birleşik Devletlerinde, modern ihtiyaçları karşılayamadığına inanılan ika mahalli esasını terk edilmeğe başlanmıştır. Birleşik Devletler hukukcuları, Alman hukukcuları gibi ika mahalli esasına istisnalar getirerek bu esasın ıslâhı yoluna gitmemişlerdir. Amerika Birleşik Devletlerinde terk edilmekte olan ika mahalli esasının yerini «Devlet menfaatinin tahlili nazariyesi» almak gayretindedir. Henüz, bu yeni nazariye üzerinde ittifak edildiğine inanmağa imkân yoktur. Ancak, Amerikan kazaî içtihatlarında bu nazariyeden hareket edildiği bir vakiadır. Bu nazariyenin, akdî borçlar sahasında cari mefruz iradenin objektif esaslara dayanarak tesbiti sistemindeki prensipleri, Devletin menfaatleri açısından kullanıp haksız fiillerden doğan borçlar sahasında bir hal çaresine varmak istediği söylenebilir.

Bu yeni gayretlere rağmen, haksız fiillerden doğan borçlar sahasında halen umumiyetle *Lex loci delicti commissi'*nin cari oldu-

ğunu kabul etmek lâzımdır. Ancak ika mahalli mefhumu üzerinde mevcut ihtilâf bizzat Lex loci delicti commissi esası hakkındaki ihtilâftan daha derindir. Bu ihtilâflar bilhassa birden ziyade memleketi kapsayan haksız fiilier sahasında görülmektedir. Aynı Devlet ülkesinde başlayıp sonuçlanan haksız fiiller bakımından ika mahalli esası üzerinde ihtilâf mevcut değildir.

İka mahalli kanunu, zarara illiyet rabitası ile bağlı ilk harekete girişilen mahal kanunu, zararın husule geldiği mahal kanununun ve nihayet bu iki kanundan mutazarrırın en lehine olan Devlet kanunu olmak üzere üç ayrı mânaya gelmektedir. Bu hal, hem Lex loci delicti commissi esasını istikrarsızlığa ve emniyetsizliğe götürmekte, hem de bu kaidenin hareket noktası olan toplum düzenini himaye fikrini zayıflatmaktadır. Seçilen esasa göre himaye edilecek toplum düzeni değişmektedir. Böyle bir neticenin kanunların mülkiliği ve memleketin emniyet ve asayışı kavramları ile ne derece bağdaştığı cayi sualdır. Bizzat Lex loci delicti commissi esasına karşı yapılan itirazlara, ika mahalli kavramının memleketten memlekete değişen mahiyetinin de eklenmesi bu esas hakkındaki tereddütleri bir kat daha artırmaktadır. Bu tereddütlerin, ika mahalli esasının hakikaten muhafaza edilip edilmemesi gerektiği münakaşasına yol açmış olması tabii karşılanmalıdır. İşte bu makalenin gayelerinden biri de diğer memleketler hukuklarında mevcut bu önemli münakaşayı Türk hukukuna da aktarmaktır.

Türk hukukunda, haksız fiillerden doğan borçlar sahasında Lex loci delicti commissi ittifakla kabul edilmiştir. Ancak, Lex loci delicti commissi esasının ana unsuru olan ika mahalli mefhumundan, birden ziyade memlekete yayılmış haksız muamelelerde ne anlaşılacak gerektiği münakaşasına rastlanmamıştır. Sadece, doktrinde ayrıntılara inmeden verilen bir izahat, Türk hukukunda da ika mahallinden sonuç mahalli yani zararın meydana geldiği mahal anlaşılacak gerektiği fikrine temayül edildiğini göstermektedir (166).

Bu netice, bizi Lex loci delicti commissi esası bakımından yeni bir ayırma götürmektedir. Bu ayırım, Türkiye'de başlayıp sonuçlanan yabancı unsuru muhtevi haksız fiiller; Türkiye'de başla-

(166) Bu konuda bak. yukarıdaki dipnotu 149'a ve orada zikredilen esere.

makla beraber yabancı memlekette sonuçlanan haksız fiiller; Yabancı memlekette başlayıp Türkiye'de sonuçlanan haksız fiiller olarak sıralanabilir. Bunlardan birincisi, cari olan Lex loci delicti commissi prensibinin ışığı altında Türk kanunlarına tâbidir. İkinci hal, zararın meydana geldiği yabancı memleket kanununa tâbi olmalıdır. Yani iki Türk arasında sebepleri Türkiye'de olan ve fakat zararını Suriye'de meydana getiren bir haksız fiilden doğan tazminat dâvası Suriye kanunlarına tâbi olacaktır. Aksi haldeki misâlde, yani üçüncü halde ise, zararın vukua geldiği memleket olan Türkiye'nin kanunları yetkilidir. Bu neticeler, Lex loci delicti commissi esasının ne derece tereddütleri mucip olduğunu bize göstermektedir. Ayrıca, ika mahalli esası tarihi ismini de değiştirerek, zararın meydana geldiği yer esası veya sonuç mahalli esası ismini alabilmektedir. Bu ismin, ika mahalli mefhumu hakkında benimsenen sisteme göre değişebileceği aşikârdır.

Haksız fiillerden doğan borçların tâbi olacağı kanun sahasında, diğer küçümsenemeyecek bir husus da vasıf ihtilâflarıdır. Bütün yukarıda bahsedilen ihtilâflardan kurtulan ve uğradığı zararın şumul ve mahiyetini tesbit ettiren mutazarrırın tatmini ekseriya, zararın para ile ödenmesini gerektirir. Bu halde ise, ika mahalli kanununu yetkili kılarak sağlamak istediğimiz toplum düzeninin himayesi gerçekleşmemektedir. Zira, tazminat miktarının tâyini bazı hukuklara göre esas ve diğer bazılarına göre de usul meselesidir. Bu vasıf ihtilâflarının, Lex fori'ye göre halledileceği üzerinde tereddüt olmamak lâzımdır.

Bu sayılan problemlerin halledilmesi ile, toplum düzeninin arkasına sığınan ve meşru hakları ihlâl edilen mutazarrırın hakkını hemen alacağı zannedilmemelidir. Zira, bu ihtilâfların arkasından, mutazarrırın karşısına, aldığı tazminatı transfer ettirmesi ve kur rayiçleri gibi çetrefil problemler çıkmaktadır.