

MESULİYETTEN KURTULMA KAYITLARI

(Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)

Asis. M. İlhan ALNIAK

İÇİNDEKİLER

Giriş

I. — UMUMİ OLARAK.

1. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının benzer müesseselerden tefriki
 - a. — Mesuliyetten kurtulma kayıtları ve mesuliyeti tahdit kayıtları
 - b. — Mesuliyetten kurtulma kayıtları ve mesuliyetin sigorta ettirilmesi
2. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hukuka ve ahlâka uygun olup olmadığı üzerinde münakaşalar
 - a. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hukuk ve ahlâk esasları ile mutezat olduğu yolundaki görüşler
 - b. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hukuk ve ahlâk esasları ile mutezat olmadığı yolundaki görüşler
 - c. — Kanunumuzun vaziyeti ve kanaatimiz

II. — BORÇLAR KANUNUMUZA GÖRE UMUMİ OLARAK MESULİYETTEN KURTULMA KAYITLARI

1. — Mesuliyetten kurtulma anlaşmasının şekli

2. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının batıl olduğu hal-
ler: kast ve ağır ihmalden tevellüt edecek mesuliyet-
ten beraatin şart edilmiş olması
3. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının muteber olduğu
hal: hafif ihmalden tevellüt edecek mesuliyetten be-
raatin şart edilmiş olması
4. — Muteber olan mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hâ-
kim tarafından batıl addedilebileceği haller
 - a. — Alacaklının, borçlunun hizmetinde olması.
 - b. — Mesuliyetin hükümetten imtiyaz alınmak sure-
tiyle ifa edilen bir sanatın icrasından tevellüt et-
mesi.
5. — Mesuliyetten kurtulma kaydının batıl addedilmesi ha-
linde esas akdin akibeti

N e t i c e

G İ R İ Ő

Tetkik mevzuumuz olan mesuliyetten kurtulma kayıtlarını iki bölümde inceledik. Mesuliyetten kurtulma kayıtlarını umumi surette tanzim eden Borçlar Kanunumuzun hükümlerini tetkike gi- rişmeden evvel müessesenin benzeri olan diğer müesseselerden tef- riki için kısa bir izahat ile mesuliyetten kurtulma kayıtlarının davet ettiği münakaşaların bir hülâsası verilmiştir. İkinci bölümde, mev- zuyu tahdit edilmek gayesiyle mesuliyetten kurtulma kayıtları hak- kındaki hususi hükümlerin izahına geçilmemiş, Borçlar Kanununun mesuliyetten kurtulma kayıtları hakkındaki umumî hükümlerinin çerçevesi içinde kalınmıştır.

Tetkik mevzuumuz olan müessese üzerinde bir terim birliği yok- tur. Mukavelelerin sadece bir maddesini teşkil ettiğinden: «mesuli- yetten kurtulma kayıtları» dendiği gibi, tek taraflı konulan bir ka- yıt, şart olmayıp âkitler arasında bu hususda mutabakat hasıl olma- sı arandığından «mesuliyeti bertaraf eden anlaşmalar» da denilebilir. Kanun: «mesuliyetten beraat şartı» demiştir. Tatbikat: «ademi me- suliyet şartı» veya «ademi mesuliyet mukaveleleri» demektedir. Bu

itibarla biz bu tabirlerin hepsini yer yer kullandık. Tabirlerin hepsi kastedtiğimiz müessesenin ne olduğunu iltibasa mahal vermeyecek surette ifade ettiğinden bunda bir mahzur da görmedik.

I. — UMUMİ OLARAK :

Taraflar borçlunun mesuliyetinin hududunu kanunî olandan daha geniş olarak tesbit edebilir, meselâ borçlunun kazadan da mesul olacağını kararlaştırabilirler. Rızayı ifsad eden bir sebep olmadıkça bu yoldaki anlaşmalar muteberdir ve müellifler bu hususta mütefiktirler (1). Bizim tetkik etmek istediğimiz mevzu ise bunun aksi hal, yani borçlunun mesuliyetinin kanunî olandan daha dar olarak tesbit edilmesidir.

BK'nun 98. maddesi borçluyu umumiyet itibariyle her türlü kusurundan mesul tutmaktadır. Yani borçlu kastından da, ağır ihmalden de, hafif ihmalden de mesuldür. İşte mesuliyetten kurtulma kayıtları deyince anlaşılması gereken, borçlunun bu kusur nevilerinden bir veya bir kaçının tevhit edeceği mesuliyetlerden muaf tutulmasını temin eden anlaşmalardır.

1. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının benzer müesseselerden tefriki :

Borçlunun borcunu yerine getirip getirmemekte tamamen serbest bırakılması halinde mesuliyetten kurtulma anlaşması mevzu bahis olmaz. Gerçekten bu durumda bağlayıcı mahiyette olmayan basit bir vaad mevcut olup, tam bir borç bahis mevzuu değildir (2).

Muayyen haller gerçekleştiği takdirde borçlunun ifa mecburiyetinin kalmayacağını kararlaştıran anlaşmalar da mesuliyetten kurtulma şartı olarak mütalâa edilemez (3). Kanaatimizce bu hallerde şarta bağlı bir borç karşısında bulunulur.

(1) Saymen - Elbir, II, 726; Arsebük, 137; Tunçomağ, 487; Feyzioğlu, 177; Funk, m. 100; Von Tuhr, II, 628; Gaudemet, 383; ihtirazi kayıtlar: Tekinay, 117.

(2) Arsebük, 137; Tandoğan, 454.

(3) Tandoğan, 454, ve naklettiği, Barth, Hans Rudolf: *Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung*. Diss. Zürich, 1958, 140 - 141; Ackerman, Josef: *Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweiz. Recht*, Diss, Zürich, 1931, 21.

Mesuliyetten kurtulma anlaşmaları bilhassa mesuliyeti tahdit anlaşmaları ve mesuliyetin sigorta ettirilmesi ile yakınlık arzettek- te ve bu iki müesseseden ayrılması icap etmektedir.

a. — Mesuliyetten kurtulma kayıtları ve mesuliyeti tahdit kayıtları :

Mesuliyeti tahdit kayıtları, mesuliyet doğduğu zaman borçlunun vereceği tazminatın azamî haddini peşinen tayin ve tahdit eden anlaşmalardır. Mesuliyetten kurtulma kayıtları ise mesuliyeti tamamen kaldırmayı istihdaf ettikleri cihetle bu iki müessesenin birbirlerinden tefriki icap eder. Mesuliyeti tahdit kayıtlarını muteber addetmemek için bir sebep mevcut değildir (4). Gerçekten bu anlaşmalar zararın miktarını isbat külfet ve müşkilâtından da tarafları kurtarmakta ve akit serbestisi sahası içinde kalmaktadır.

Bazı müellifler mesuliyeti tahdit anlaşmalarını bir nevi mesuliyetten kurtulma anlaşması saymaktadırlar (5). Bu noktai nazar kabul edilince mesuliyeti tahdit kayıtları da mesuliyetten kurtulma kayıtlarının tabi olduğu hükümlere tabi tutulmaktadır. Binnetice mesuliyeti tahdit kayıtları mesuliyetten kurtulma kayıtlarının muteber olduğu derecede muteber olmakta, mesuliyetten kurtulma kayıtlarının batıl olduğu hallerde mesuliyeti tahdit kayıtları da batıl olmaktadır (6). Biz bu görüşe iştirak etmiyoruz. Mesuliyetten kur-

(4) Von Tuhr, II, 628, Saymen - Elbir, II, 726.

(5) Ezcümle Tandoğan, 453 ve naklettiği Becker, H.: **Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht**, II, Abt, Bern, 1934, Art. 100, Nr. 4.

(6) Arsebük 138; Tandoğan, 456; Von Tuhr, II, 629; Becker, Art. 100. Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesinin 14.7.1956 tarih ve E: 4530 K: 3925 sayılı kararında da (Olgaç, m. 99) aynı görüşü müşahede ediyoruz. Karara mevzu hadisede, konişmentoda: müstahdemlerle kaptan ve gemi adamlarının ağır kusur teşkil etmeyen ihmalleri neticesi yüke verilen zararlardan Denizcilik Bankasının mesul olmayacağı kaydedilmiş, ayrı bir kayıtlada mesuliyetin azamî miktarı tayin edilmiştir. Bidayet mahkemesi ağır kusur görerek Denizcilik Bankasını tazminata mahkûm etmiş fakat konişmentoda tayin edilen sınırı aşmamıştır. Temyiz Mahkemesi mesuliyeti tahdit kaydının ağır kusur halinde BK. 99. maddeye ve konişmentodaki mesuliyetten beraat şartına aykırı olduğu gerekçesi ile kararı bozmuş ve tazminatın tamamına hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Biz BK. 99. maddeye dayanarak bidayet mahkemesinin kararını bozan Temyiz Mahkemesinin görüşüne katılmıyoruz. Çünkü BK. 99. madde ağır kusur halinde sadece mesuliyetten beraat şartını yasaklamıştır, yoksa mesuliyetin

tulma kayıtları ile mesuliyeti tahdit kayıtları ayrı müesseselerdir ve bu sonuncular her zaman mesuliyetten kurtulmayı tanzim eden BK. 99. maddeye tabi tutulmamalıdır. Ancak hemen kaydedelimki eğer tayin ve tahdit edilen miktar zarara nazaran pek cüzi ise o zaman mesuliyetten kurtulma kayıtlarını takyid etmeye kanun vazını sevkedenden ve aşağıda kısaca temas edilecek olan mülâhazalar bu hallerde de varid olur, binaenaleyh bu hallerde mesuliyeti tahdit kayıtları mesuliyetten kurtulma kaydı hükmünde olmalı ve bu sonuncuları tanzim eden kanunî hükümlere tabi kılınarak batıl addedilmeli veya hakim tarafından batıl addedilebilmelidir (7).

b. — Mesuliyetten kurtulma kayıtları ve mesuliyetin sigorta ettirilmesi :

Mesuliyetten kurtulma kayıtlarıyla bilhassa karıştırılmaması gereken bir müessesede mesuliyetin sigorta ettirilmesidir. Mesuliyetin sigorta ettirilmesinde bir kimse zarar verdiği kimse ile değil bir üçüncü şahısla -sigortacı ile-, ilerde bir kimseye zarar verdiği takdirde tazminatın sigorta eden tarafından ödenmesi hususunda anlaşmakta ve buna mukabil sigorta edene muayyen bir prim ödemektedir. Bu halde bir kimse kusurundan mesul olmamayı değil, sadece tazminatın kendisi değil, bir üçüncü şahıs tarafından ödenmesini temin etmiş bulunmaktadır. Mesuliyetten kurtulma kayıtlarından farklı olarak, bir kimsenin ağır ihmalden tevellüt edecek mesuliyetini sigorta ettirmesi dahi kabul olunmakta (8) ancak kasden iras edeceği zarara karşı mesuliyetini sigorta ettirmesi kabul olunmamaktadır. Mesuliyetin sigorta ettirilmesinin intizamı âmmeye muhalif bir tarafı da

azamî bir miktarla tahdidini değil. Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyetinin 22.5.1957 tarih ve E: 67 K: 57 sayılı kararı da (Tepeci, m. 99) yukardaki kararlarla aynı istikamettedir.

(7) Aynı istikamette: Funk, m. 100, Nr. 1; Lalou, 377, 392; Lyon, 30.11.1928, Gaz. Trib. 16.4.1929; Civ. 23.2.1948, Sem. jur. 1948. 2. 4426; Civ. 7.6.1952, Gaz. Pal. 19.8.1952 (Nakleden: Lalou, 377, 392) Civ. 3.1.1950 D. 1950. 225. Fransa'da mesuliyeti bir müddetle tahdit eden kayıtlar da, müddet, zararın fark edilmesine imkân vermiyecek kadar kısa ise muteber addedilmemektedir. Trib. civ. Seine (7e ch), 26.2.1929; Gaz. Pal. 1929.1.783, Gaz. Trib. 20.6.1929 (Nakleden: Lalou, 392); Civ. 28.6.1909, S. 1915. 1. 13.

(8) Meselâ Fransa'da 13.7.1930 tarihli Sigorta Mukavelesi Kanununda ağır ihmalden mütevellit mesuliyete karşı sigorta kabul edilmektedir (Lalou, 360).

yoktur. Hatta zarar görenlerin tazminat alacaklarını temin ettiklerinden bu anlaşmalar bu kimseler için faydalıdır (9).

Burada şöyle hususi bir duruma da temas etmek isteriz. İki âkit yaptıkları iş dolayısıyla üçüncü şahıslara iras edebilecekleri zararı tazmin mükellefiyetinin aralarından hangisine ait olacağını evvelden tayin edebilirler. Meselâ bir müteahhit, demiryolu şirketi ile yaptığı anlaşmasında işçilerinin yol üzerinde uğrayacağı zararı tazmin mükellefiyetini (10), bir binanın yıkımı işini üzerine alan müteahhit bina sahibi ile anlaşmasında işçilerinin uğrayabileceği zararı tazmin mükellefiyetini (11), yahut patlamamış mermilerin toplanması işi hükümetçe kendisine ihale edilen kimse, üçüncü şahıslara iras edilebilecek zararı tazmin mükellefiyetini üzerine alabilir (12). Bu akitler de muteberdir ve yine bu nevi anlaşmalar da bir mesuliyetten kurtulma anlaşması değildir. Çünkü bu anlaşmada, mesuliyetten kurtulma anlaşmasında olduğu gibi, borçlu alacaklısı ile anlaşarak mesuliyetini bertaraf etmemekte, iki şahıs aralarında anlaşmak suretiyle üçüncü şahsa verecekleri zararı tazmin mükellefiyetini birisi üzerine almaktadır (13).

2. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hukuka ve ahlâka uygun olup olmadığı üzerinde münakaşalar :

Mesuliyetten kurtulma kayıtları mevzuat ve içtihatlarla girmeden önce hukuk ve ahlâk esaslarına uygun olup olmadıkları hususunda bir çok münakaşalara sebebiyet vermişlerdir. Bu münakaşalara kısaca göz atmakta müessesenin esasını kavramak bakımından fayda vardır. Evvelâ mesuliyetten kurtulma kayıtlarının muteberiyeti aleyhine, bilâhare muteberiyeti lehine söylenenleri hülâsa edeceğiz.

(9) Colin-Capitant, 101.

(10) Crim. 9.6.1934, Gaz. Trib. 1935.1.2; Civ. 15.10.1940, Gaz. Trib. 8.2.1941; Trib. Corr. Seine, 21.5.1943, Gaz. Trib. 19.6.1943 (Zikreden: Lalou, 360).

(11) Req. 27.12.1921, Gaz. Trib. 1922.1.70 (Zikreden, Lalou. 361).

(12) Civ. 10.6.1941, D.C. 1942, J. 114.

(13) Mazeaud, III, 710 ve müt. Bu nevi anlaşmalar mesuliyeti sigorta ettirme anlaşmalarına benzemekte ise de burada, görüldüğü gibi, tazminat mükellefiyetini deruhte eden meslekten sigortacı değildir (Mazeaud, III, 711; Lalou, 360).

a. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hukuk ve ahlâk esasları ile mutezat olduğu yolundaki görüşler :

Mesuliyetten kurtulma anlaşmalarını muteber addetmeyenler, «kimsenin kendi fiilinden mesul olmayacağını şart edemeyeceği» prensibine istinat etmekte (14) ve bu mukavelelerin borçluyu borcunu ifade ihmal ve dikkatsizliğe sevkedeceğini, borçlu, kiracı olsun, vedia alan olsun, intifa hakkı sahibi olsun, eşyanın muhafazasına dikkat etmeyeceğini, nakliyecinin personelini azaltacağını, masraflarını kısacağını, kötü nakil vasıtaları kullanacağını, kaptanın büyük barataryalar irtikâp edeceğini, böyle harekete teşvik eden mesuliyetten kurtulma kayıtlarının ahlâka aykırı olduğunu, bu kayıtların konmasının yalnız alâkadarları değil cemiyeti de izrar edeceğini (15) böyle kayıtlar ileri sürülmesi yüzünden kimsenin alacaklı mevkiine geçmek istemeyeceğini, ticarî muamelelerin zorlaşacağını ileri sürmüşlerdir (16).

Bu görüş taraftarlarına göre, mesuliyetten kurtulma mukavelelerinin akit serbestisinin bir neticesi olduğu da söylenemez; çünkü ekseri halde bu şartı kabul edenin iradesinin serbest olmadığı, iktisaden gayri müsait durumda olduğundan yahut şartı kabul ettiren arzettiği hizmeti inhisarî olarak ifa ettiğinden ileri sürülen şartı kabul mecburiyetinde kaldığı melhuzdur (17).

Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının âmme intizamına aykırı olduğu da ileri sürülmüştür. Zira mesuliyet kanunla tanzim edilmiştir ve kanuna aykırı olan bu nevi mukaveleler âmme intizamının karşılıklı olarak ihlâli demektir (18).

Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hukuk ve ahlâka aykırı olduğu ve cemiyet ve ticaret hayatında menfî tesirleri olacağı fikri bilhassa Medenî Kanununda bu kayıtlar için bir hüküm mevcut olmayan Fransada müdafaa edilmiştir (19).

(14) Durusoy, 5092.

(15) Mayatürk, 2570.

(16) Sâymen - Elbir, II, 726; Thaller E. *Bibliographie*, *Annales de Droit Commercial*, 1886 - 1887, 126.

(17) Hugueney Louis, S. 1921. 2. 1.; Thaller, 125.

(18) Sainctelette, 17.

(19) Bu fikrin müdafileri için bkz.: Durusoy, 5092 ve müt. Ademi mesuliyet mukavelelerinin Fransa'da doğurduğu içtihat ayrılıkları hakkında geniş tafsilât için bkz: Esmein Paul, *Les Clauses de Non Responsabilité*, *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1926, 313 ve müt.; *Les Conventions*

Mesuliyetten kurtulma kayıtlarına hiç bir tesir tanımayan ve tamamen batıl addeden bu görüş terkedilmiş ve bir çok tahdit ve kayıtlarla bu anlaşmalara bazı tesirler tanınmaya başlanmıştır. Fikirlerin geçirdiği bu istihaleleri de mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hukuk ve ahlâka uygun olduğunu kabul eden görüşleri mütalâa edeceğimiz aşağıdaki bölümde hülâsa edeceğiz.

b. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hukuk ve ahlâk esasları ile mutezat olmadığı yolundaki görüşler :

Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının muteberiyeti taraftarı olanların en esaslı istinat noktalarını akit serbestisi prensibi teşkil etmektedir. Gerçekten bir akitle borç altına giren kimse kendi arzusuyla aslında mecbur olmadığı bir mükellefiyeti üzerine almış, serbestlik sahasını kendisi daraltmıştır; bu daraltmayı kendisi yaptığına göre mesuliyetinin vüsatını de kendisi tayin etmekte serbesttir, karşı tarafça da kabul edilince bu anlaşmanın muteber addedilmesi için bir sebep mevcut değildir. Ademi ifa halinde mesuliyetin doğmasına tarafların iradeleri tefsir edilerek varılmaktadır. Taraflar açıkça aksini kararlaştırmışlarsa artık akdi tefsire mahal yoktur, mesuliyet doğmamalıdır (20). Mesuliyetin kanunla tanzim edilmiş olması aksine mukavele yapmanın âmme intizamına aykırı olmasını gerektirmez. Çünkü her kanunî hüküm âmme intizamına taallük etmez. Âmme intizamı, ancak âmme intizamının bozulmasını önlemeye matuf hükümlere aykırı hareket edildiği hallerde ihlâl edilmiş olur, halbuki hususî menfaatleri tanzim eden mesuliyete müteallik hükümlerin aksine mukavele yapılmasında böyle bir durum yoktur. Bazı hallerde kanunun açıkça ademi mesuliyet mukavelesini batıl addetmesi bu mukavelelerin icrasının âmme intizamını ilgilendirdiğini göstermektedir. O halde yasak edilmeyen hallerde âmme intizamı mevzubahis değildir. Hatta kanunun bazı hallerde ademi mesuliyet mukavelelerini açıkça tanzim etmiş olması da bunları umu-

d'Irrésponsabilité, Revue Trimestrielle de Droit Civile, 1934, 351 ve müt. (Tercümesi: Selek Hulusî, Ademi Mesuliyet Mukaveleleri, İzBD, 1936, 35 ve müt.); Robino Pierre, Les Conventions d'Irrésponsabilité dans la Jurisprudence Contemporaine, Revue Trimestrielle de Droit Civile, 1951, 1 ve müt.

(20) Brun, 91. Saymen - Elbir'de borçlunun mesuliyetini tanzim eden BK. 96. maddenin tamamlayıcı hukuk kaidesi olduğunu söylemektedir (Saymen - Elbir, II, 726).

mî olarak nehyetmediğini göstermektedir (21). Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının ahlâka aykırı olduğu söylenmiştir; halbuki ahlâk esasen kasdî olmayan fiilleri mayup görmez (22). Mesuliyetten kurtulma kayıtları iktisadî menfaatlerle alâkalıdır, ahlâkla bir alâkası yoktur (23). İktisadî hayat zaviyesinden mütalâa edildikte de mesuliyetten kurtulma mukavelelerinin zamanımızın teknik ve ticarî hayatının zarurî bir neticesi haline geldiği görülmektedir. Zamanımız işletmeleri, teşebbüsleri o derece geniştir ve büyük personel kadroları gerektirmektedirki borçlu bütün borçlarının ifasında bizzat hazır bulunamamakta ve yardımcılara nezaret edememekte, mesuliyet bir çok kimseler arasında dağılmaktadır. Mesuliyetten kurtulma kayıtları günümüzde kabul edilen bir çok mesuliyet tehlikelerine karşıda üzerine borç alanlara emniyet ve cesaret vermekte, teşebbüsü teşvik etmekte, iktisadî hayatın gelişmesine yardım etmektedir. Ayrıca alacaklılar istifade edecekleri hizmetlerin ucuz arzedilebilmesi için bizzat kendileri bu kayıtların konulmasını tahrik etmekte (24), mesuliyetten kurtulma kaydı koyan kimse daha düşük bir fiyat teklif edebilmekte (25), böylece de borçlu bulmak kolaylaşmakta, kredi ile mesuliyet sigortaları da bunu teyit etmektedir (26).

Mesuliyetten kurtulma kayıtları bugün umumi bir kabule mazhar olmuşlardır (27). Ancak mesuliyetten kurtulma anlaşmalarının hangi nevi mesuliyetlerde, hangi hallerde, ne tesiri olacağı hakkında tam bir fikir birliği mevcut değildir.

(21) Brun, 91.

(22) Durand, 426.

(23) Ripert, II, 612.

(24) Beaudonnat, 25 ve müt.

(25) Colin - Capitant, 101.

(26) Bkz.: Atabek Reşat, **Kredi Sigortası**, Ankara 1956.

(27) Beaudonnat, mesuliyetten kurtulma kayıtlarının batıl olduğunu söyleyen, hiç bir tesir tanımayan müellif olarak sadece Pardessus, Desjardins ve Aubry ve Rau'yu zikretmektedir (Beaudonnat, 30). Deniz Ticareti Hukukunda da uzun müddet ademi mesuliyet şartlarının hukukun umumî prensiplerine ve ahlâka aykırı olduğu yolunda pek katı ve telif kabul etmez bir görüş hâkim bulunmuş iken gerek doktrin gerek kazaf içtihatlar zamanla, yavaş yavaş bu görüşü terk etmişler ve ademi mesuliyet şartları — bittabi bazı kayıtlarla — doktrin ve mahkeme içtihatlarında kabule mazhar olmuş ve kanunlara da yerleşmiştir. Bu hususta tafsilât için bkz: Durusoy, 5091 ve müt.

Ezcümle bazı müellifler ve Fransız mahkeme içtihatları ilk zamanlarda mesuliyetten kurtulma kayıtlarına sadece isbat külfetine yer değiştirme tesirini tanımışlardır. Bu içtihada göre mesuliyetten kurtulma kaydının bulunduğu hallerde artık borçlu kusursuz olduğunu isbat mecburiyetinde olmayacak, borçlunun kusurunu isbat külfeti alacaklıya terettüp edecektir (28) ve alacaklı borçlunun kusurunu isbat ettiği takdirde borçlu mesuliyetten kurtulma şartına rağmen tazminatla mükellef olacaktır.

Mesuliyetten kurtulma kayıtlarına borçluyu mesuliyetten kurtarma tesirini tanıyan müellifler (29) ve mahkeme içtihatları ise kast ve ağır ihmal halini istisna etmişlerdir. Fransada ağır ihmal kasta teşbih edilmekte ve kast ve ağır ihmalden mütevellit mesuliyetten kurtulma şartlarını red için şu deliller ileri sürülmektedir: Fransız MK. 6. maddesine göre ahlâk ve âmme intizamını ilgilendiren kanunlara aykırı anlaşmalar yapılamaz; keza Fransız MK. 1174. maddesine göre borçlunun ihtiyarî bir şartına istinat eden anlaşmalar batıldır, böyle anlaşmalara muteberiyet tanımak alacaklıyı borçlunun keyfine terk etmek demektir; keza Fransız MK. 1134. maddesine göre akitler hüsnüniyetle ifa edilmelidir (30).

Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının muteberiyetini tanıyan müelliflerden bir kısmı bu muteberiyeti sadece akdî mesuliyete hasretmekte bir kısmı haksız fiil mesuliyetinde de bu anlaşmaları muteber addeylemektedirler.

Haksız fiil mesuliyetinde mesuliyetten kurtulma anlaşmasını kabul etmeyenler âmme intizamı fikrine istinat etmektedirler.

Çünkü diyorlar, haksız fiil mesuliyeti tarafların iradesinden değil kanundan doğmaktadır ve hususi anlaşmaların üstünde olan ka-

(28) Beaudonnat, bu görüş taraftarı olarak: Bédarride, Boistel, Troplong, Guillaouard, Laurent ve Thaller'i zikretmektedir (Beaudonnat, 31). Bu görüşü aksettiren bir Fransız mahkeme içtihadı: Civ. 9.11.1915, D.P. 1921.1.23.

(29) Beaudonnat, bu görüşte olan müelliflerden MM. de Courcy, Labbé, Fromageot, Boutaud, Lyon-Caen, Baudry ve Barde, Baudry ve Wahl ve Planiol'u zikretmektedir.

(30) Beaudonnat, 111, Durand, 428, Gaudemet, 383, Josserand, II, 395, Ripert, *La règle*, 58, Lalou, 366, 392. Kast ve ağır ihmal hali hariç mesuliyetten kurtulma kayıtlarını muteber addeyleyen çeşitli Fransız mahkeme içtihatları için bkz: Lalou, 366, 392, Brun, kast ve ağır ihmal halinde dahi mesuliyetten kurtulma kayıtlarına muteberiyet tanıyan tek müellifin Grandmoulin olduğunu yazmaktadır (Brun, 97).

nunun ihlâlinin neticelerinden, doğrudan doğruya veya dolayısıyla kurtulmaya müsaade edilemez (31). Meselâ bir kimse diğer bir kimse ile anlaşarak hiç bir talebe maruz kalmaksızın onun meselâ evini yakabileceğini kararlaştıramaz (32). Böyle bir anlaşma âmme intizamına aykırıdır.

Haksız fiil sahasında da mesuliyetten kurtulma anlaşmalarının muteber olduğunu müdafaa edenler ise muarızlarının âmme intizamı mefhumunu haddinden fazla genişlettiklerini ileri sürmüş, bu görüşün pek ehemmiyetsiz, zararsız ademi mesuliyet anlaşmalarının dahi butlanını icap ettirdiğini söylemişlerdir (33). Eğer haksız fiil mutazarrırı kendisi için hususi bir fayda görüyorsa haksız fiile pekâlâ müsamaha edebilir (34).

Sureti umumiyede haksız fiillerde mesuliyetten kurtulma anlaşmalarına muteberiyet tanımak fikri müfrit görülünce ise bir tefrik yapılmaya başlandı. Bu tefriğe göre, haksız fiilden veya akde muhalefetten tevellüt etsin eğer ika edilen zarar malvarlığına taallûk ediyorsa ademi mesuliyet anlaşmaları muteber addedilecek, vücut tamamıyetine ve şeref ve haysiyete taallûk ediyorsa ademi mesuliyet anlaşmaları hüküm ifade etmiyecektir (35).

c. — Kanunumuzun vaziyeti ve kanaatimiz :

Fransız Medenî Kanununda bu hususta umumî bir hüküm mevcut olmamasına mukabil İsviçre Borçlar Kanunu 100. maddesi ile Borçlar Kanunumuzun 99. maddesi mesuliyetten beraat şartlarını tanzim etmiş ve bir çok kayıt ve istisnalarla bu anlaşmaları muteber addelemiştir (36). Ancak kanunumuz mesuliyetten beraat şartları-

(31) Brun, 92.

(32) Sainctelette, 17.

(33) Brun, 94.

(34) Ripert, *La règle*, 247; Durand'da mesuliyetten kurtulma kayıtlarının haksız fiil sahasında da muteber olmasını temenni etmekte, Alman mahkeme içtihatlarını misal göstermektedir (Durand, 405).

(35) Jossierand, II, 285; Mazeaud, III, 719 ve müt.; Mimin, Pierre, D. H. 1951, 581.

(36) Kanunumuzun mehazı İsviçre Borçlar Kanunu 100. maddesinin Fransızca metninden tam tercümesi şöyledir:

«Hile ve ağır kusur halinde düşer olacağı mesuliyetten borçluyu kurtarmayı tazammun eden her şart batıldır.

nı o derece takyidat altına almıştır ki kanunun bazı istisnalarla mesuliyetten kurtulma kayıtlarını muteber addettiği yerine, bazı istisnalarla mesuliyetten kurtulma kayıtlarını muteber addetmediğini söylemek belki daha doğru olacaktır. Fransız mahkeme içtihatlarında ve doktrininde kast ve ağır ihmal halinde mesuliyetten kurtulma anlaşmalarının muteber addedilmeyeceği takarrür etmiştir. Bizde ise bu kanunî bir hükme bağlanmıştır (BK. 99/1). Hafif ihmal halinde kaide olarak mesuliyetten kurtulma anlaşmaları muteberdir. Ancak bu halde dahi eğer bu anlaşma yapıldığı sırada borçlu alacaklının hizmetinde bulunuyor idiyse veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz verilmek suretiyle ifa edilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa hakim takdir selâhiyetine dayanarak mezkûr şartı batıl addedebilir.

Bizce mesuliyetten kurtulma anlaşmalarının umumi olarak kanunda tanzim edilmiş olması yerinde olmuştur. Böylece Fransadaki gibi fuzulî münakaşalara mahal kalmamış olmaktadır. Biz mesuliyetten kurtulma anlaşmalarına istisnalar haricinde cevaz verilmesini de yerinde bulmaktayız. Bu doktrin lehinde olanların söylediklerini uzun boylu tekrar etmiyeceğiz. Ancak şunu tekrar edelim ki akdî mesuliyette eğer taraflar iradeleri tamamen serbest olarak borçlunun mesuliyetini bertaraf eden bir anlaşma yapmışlarsa bu anlaşma akit serbestisi içinde mütalâa edilmelidir ve bu anlaşmanın muteber addedilmemesi için bir sebep mevcut değildir. Akdî mesuliyette borçlunun durumu ağırdır. BK. 98. madde mucibince borçlu kast olsun, ağır ihmal olsun veya hafif ihmal olsun her türlü kusurundan mesuldür; BK. 96. madde mucibince borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilemiyeceğini isbat etmedikçe mesuliyetten

Hâkim, takdir selâhiyetine binaen, hafif kusur halinde borçluyu bütün mesuliyetlerden peşinen kurtaran bir şartı, eğer alacaklı borçluyu takipten feragat ettiği sırada onun hizmetinde bulunuyor idiyse veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz verilmek suretiyle ifa edilen bir mesleğin icrasından tevellüt ediyorsa batıl addedilebilir.

Sigorta mukavelesine dair hususi hükümler mahfuzdur. »

İsviçre Borçlar Kanunu 100. maddesinin sigorta mukavelelerine müteallik son fıkrası kanunumuza alınmamıştır. Kanunumuzun 99. maddesinin 2. fıkrasında da aşağıda temas edeceğimiz bir ifade zâfı vardır (Bkz: II.4-a).

kurtulamamaktadır, yani isbat külfeti de kendisine terettüp etmektedir. Borçlunun bu ağır durumunu tahfif bakımından da mesuliyetten kurtulma anlaşmalarına cevaz vermek doğru olmaktadır (37).

Ancak akit serbestisi esası mutlak değildir; âmme intizamını alâkadar eden hallerde bu kaideye istisnalar tanımak gerekmektedir. İşte bu mülâhaza iledir ki kanunumuz kast ve ağır ihmal halinde mesuliyetten kurtulma kayıtlarının batıl olduğu kaidesini koymuştur. Gerçekten borçlunun kast ve ağır ihmalinden mesul olmayacağını şart edebilmesi, herkese borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayet mükellefiyetini yükleyen MK. nun 2. maddesine de aykırı olacaktır.

Alacaklıyı hafif ihmalinden tevellüt edecek mesuliyetten kurtarma şartını kabul eden borçlunun bu kabulünü tam bir irade serbestisi içinde dermeyeran edememiş olacağı haller olabilir. Borçlunun alacaklının hizmetinde olması veya borçlunun arzettiği hizmeti inhisarî olarak ifa edip alacaklının bu hizmet için başkasına müracaat imkânının olmaması hallerinde böyle bir durumun olması melhuzdur. İşte kanunumuz bu hali dahi derpiş eylemiş ve bu halde de hakime takdir selâhiyetine binaen mezkûr şartı batıl addeylemek imkânını vermiştir (BK. 99/2). Kanunumuzun bu hükmünü de yukarıda arzolunan sebebler dolayısıyla gayet yerinde bulmaktayız.

Haksız fiiller sahasında mesuliyetten kurtulma anlaşmalarının muteber olup olmadığı meselesine gelince biz, bu sahada ademi mesuliyet anlaşmalarını hiç bir zaman muteber addetmeyen noktai nazara iltihak ediyoruz (38). Bir kere mesuliyetten beraat şartını tan-

(37) Kanunumuz mesuliyetten kurtulma kayıtlarına borçluyu mesuliyetten muaf tutma tesirini tanımış olduğundan, Fransa'daki gibi bu kayıtlara sadece isbat külfetine yer değiştirtme tesirini tanımak bizde mevzubahis olmaz. Mesuliyetten kurtulma kaydının isbat külfeti bakımından hiç bir tesiri yoktur. Borçlu hafif ihmalinden mesul olmayacağını şart etmişse, mesuliyetten kurtulmak için ihmalinin ağır değil hafif olduğunu isbat etmelidir; bunu isbat külfeti kendisine teveccüh eder. TM. TD. 13.9.1956, E: 5946 K: 4682 (İBD, 1956, Sy. 10, s. 303).

(38) Hemen kaydedelim ki alacaklı ile borçlunun, tazmin talebini doğuran hadiseden evvel münasebete girişmiş yani bir akit yapmış oldukları hallerde, akdî mesuliyetle haksız fiil mesuliyetinin hiç bir zaman birlikte olamayacağı, borçlunun akdi icra ettikçe akdî münasebet içinde kaldığı, bir haksız fiil işlediği takdirde ise akdin dışına çıktığı, artık bir akde muhalefetten değil, belki akit vesilesiyle fakat akitle ilgili olmayan bir haksız fiili sebebiyle tazminat talebiyle karşılaşabileceği fikri (Beaudonnat,

zim eden hüküm akdî mesuliyeti tanzim eden hükümler içinde olduğu gibi, BK. 98/2. madde de, haksız fiil mesuliyetine dair hükümlerin akdî mesuliyette kıyasen tatbikini derpiş etmekte, akdî mesuliyete müteallik hükümlerin haksız fiil mesuliyetinde tatbikinden bahis etmemektedir. Diğer taraftan haksız fiil ile başkasına zarar vermemek hususu kanunun emredici hükümlerindedir (39). Haksız fiil mesuliyeti âmme intizamını alâkadar etmektedir. Taraflar akit serbestisi ile bir mukavele yapıp, serbestî sahalarını kendi iradeleri ile tahdit ederlerken, mukaveleye muhalefet halinde doğacak mesuliyetin vüsatını de kendileri tayin edebilirler. Halbuki haksız fiil halinde mesuliyeti, tarafların iradesini nazara almaksızın kanun emredici surette tanzim etmiştir, fertler bu emredici hükümlerin aksini kararlaştıramazlar.

Kanaatimizce haksız fiilin malvarlığına veya şahısvarlığına zarar iras etmiş olmasına göre tefrik yapan, birinci halde ademi mesuliyet anlaşmalarını muteber, ikinci halde gayri muteber addeden görüşü (40) de kabule imkân yoktur. Bir kimse diğer bir şahsın şahısvarlığına karşı ika edebileceği pek basit bir haksız fiilden dolayı ademi mesuliyetini şart edemezken, o şahsın malvarlığını tamamen yok edecek, o şahıs için yıkım teşkil edecek bir haksız fiilden dolayı ademi mesuliyetini şart edebilmesi mütenakızdır.

Netice olarak kanaatimizce haksız fiilden mesul olunmıyacağına dair her hangi bir anlaşma batıl olduğu gibi, akde muhalefet aynı

16. 77 ve müt. ve naklettiği Saleilles, *Théorie Générale de l'Obligation*, Nr. 332) kabul edilemez. Bir kere borçlunun akdî mesuliyetinin doğması için de akit dışına çıkması yani akde muhalefet etmesi gerekir. Saniyen akde muhalif hareket pekalâ aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edebilir. Bir kimsenin gitmek istediği yere, trafik kaidelerine uyararak normal süratle seyretmek suretiyle kendisini götürmesi için anlaştığı şoför, mutaddan fazla süratle seyredip, trafik kaidelerine aykırı hareket ederek bir kaza yapar ve o kimsenin yaralanmasına sebep olursa hem aralarındaki akde muhalif hareket etmiş hem de o şahsa haksız fiil ika etmiş olur. Yahut bir akitte aynı zamanda haksız fiil ika edilmemesi açıkça kararlaştırılmış olabilir. Meselâ bir kimse diğerinin hizmetine girerken kendisine suimua-melede bulunulmamasını şart etmiş olduğu halde, hizmetine alan kimse hizmetine girene müessir fiil ika etse akde muhalefet etmiş olduğu gibi haksız fiil de ika etmiş olur.

(39) Birsen, 476.

(40) Bkz: I-2-b.

zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa, alacaklı isterse akit, isterse haksız fiil hukukî sebebine dayanarak borçluyu takip edebilir.

II. — BORÇLAR KANUNUMUZA GÖRE UMUMİ OLARAK MESULİYETTEN KURTULMA KAYITLARI (41) :

1. — Mesuliyetten kurtulma anlaşmasının şekli :

Borçlar Kanunumuzun 99. maddesi umumî olarak kast ve ağır ihmalden doğacak mesuliyetten iptidaen beraat şartını batıl addettiği gibi, hafif ihmalden doğacak mesuliyetten iptidaen beraat şartını dahi batıl addetmek imkânını hakime tanımıştır. Dikkat edilmelidirki kanun bu maddede zararın yani tazminat talep hakkının doğmasından önceki anlaşmaları tanzim etmiştir. Binaenaleyh zarar ve mütalebe hakkı doğduktan sonra, mesuliyetten beraat şartının batıl olduğu veya hâkim tarafından batıl addedilebileceği bütün hallerde dahi alacaklı borçlusunu ibra edebilir. Kast veya ağır ihmal halinde dahi zarar doğduktan sonra ibra caizdir. Ancak bu ibra rızayı ifsad eden bir sebeble malûl ise o zaman BK. nun rızayı ifsad eden sebeblere müteallik hükümleri tatbik sahası bulabilir.

Alacak hakkı doğmadan önce yapılması gereken mesuliyetten kurtulma anlaşması hakkında alacaklı ile borçlu arasında mutabakat olup olmadığı bazan tereddütü mucip olabilir. Kanaatimizce birçok hallerde mesuliyetten kurtulma anlaşması müessesesine müracaat etmeden meseleyi halletmek mümkün olur. Meselâ, kendisine tevdi olunan hayvanı kaybetmesi halinde, çobanın vazifesinin, muhafazasına tevdi olunan hayvanların köy ekinlerine girmemesini temin olup, hayvanların ziyayı halinde tazminat istenmeyeceği hususunda örf ve adetin bir mesuliyetten kurtulma şartı ihdas ettiğini (42) söylemeye lüzum yoktur. Çünkü böyle bir örf ve adet varsa o

(41) Taşıma işlerinde mesuliyetten kurtulma kayıtları hakkında TTK. nda hususî hükümler vardır. Bkz: TTK. 766, 1116. maddelere; bu hususlarda tafsilât için: Atabek Reşat, **Eşya Taşıma Hukuku**, İstanbul, 1960; Akıncı Sami, **Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri**, İstanbul, 1968.

(42) TM. 4. HD. 23.9.1944 E: 2388 K: 2634 (Olgaç, m. 99) Temyiz Mahkemesi müşabih bir davaya taallûk eden 3. HD. 20.12.1951 E: 16755 K: 12575 (Saymen - Erman - Elbir, VI, Nr. 1633) no. lu kararında ise tam ak.

zaman çoban ile hayvan sahibi arasında hayvanın kaybolması halinde mesuliyetten kurtulma anlaşması yapılmamış, taraflar hayvanların sadece köy ekinlerine girmeden güdülmesi hakkında bir akit yapmışlar, hayvanların kaybolmaktan korunması akdin esasen mevzuunu teşkil eylememiştir (43).

Borçlu tarafından dermeyeran olunan mesuliyetten beraat şartını karşı tarafın kabul ettiğine dair sarih bir beyanı tesbit edilemeyince bu şartın muteber olup olmayacağı tereddütü mucip olmaktadır. Mesele o derece değişik akitlerde ve münasebetlerde, çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır ki kati bir hal tarzı vermek çok müşküldür. Müelliflerin vardıkları umumî netice şöyle görünmektedir: borçlunun ademi mesuliyet şartına karşılık alacaklı itiraz etmek imkânına sahip bulunmuş iken ses çıkarmamışsa bu şartı kabul etmiş sayılır (44). Kanaatimizce de, alacaklı bu kayıtları tetkik imkânını buluyorsa bu hal tarzı kabule şayan sayılmalıdır. Meselâ binlerce yolcu taşıyan bir işletmenin her yolcusuna teker teker ademi mesuliyet kayıtlarını dermeyeran ve izah edip, bunların kabul edildiğine dair sarih beyanını imzasını almak suretiyle tesbit etmesine imkân yoktur. Ancak arzulunduğu gibi alacaklının bu kayıtları

sini içtihat ile örf ve adetin mesuliyeti bertaraf ettiğinin iddia olunamayacağına, çobanın mesuliyeti kanun icabı olduğundan tazminatla mükellef tutulmasına karar vermiştir. Kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Zira yukarda arzulunduğu gibi çobanla hayvan sahibi arasındaki akdin mevzuunun sadece hayvanların köy ekinlerine zarar vermelerini önleyerek gütmek olduğu anlaşıldığına göre akdin mevzuu dışında kalan bir hususla bir kimseyi ilzam edip tazminatla mükellef tutmak doğru değildir.

Fransada da müşabih durum için mesuliyetten kurtulma anlaşmasına müracaat edilerek, örf ve adetin mesuliyetten kurtulma şartı ihdas ettiği söylenmektedir (Lalou, 387, Nr. 556).

(43) Saymen, 890 ve müt.

(44) Tandoğan, 454 ve naklettiği Becker, Art. 100, Nr. 2; Ackermann, 31. Bir Fransız mahkeme içtihadı seyahat biletindeki ademi mesuliyet şartlarını, altında yolcunun imzası olmadıkça muteber addetmemişse de (Paris, 23.7.1937, Gaz. Pal. 13.11.1937), mahkeme ve temyiz içtihatları aksi istikamette inkişaf etmiştir: Civ. 11.2.1908, Gaz. Trib. 1908, 2e sem., 1. 89; Civ. 21.7.1930, Gaz. Trib. 13.11.1930; Trib. com. Seine, 18.12.1933, Gaz. Trib. 14.6.1934 (Nakleden: Lalou, 385); Caen, 5.6.1907,, Toulouse, 8.4.1908, D.P. 1909. 2. 124; 9.3.1942, D. C. 1942, J. 61. Buna mukabil temizleyicinin, müşteriye verdiği pusulanın arkasına ademi mesuliyet şartları kaydetmiş olması halinde bunların müşteri tarafından kabul edilmiş sayılmayacağı içtihat edilmiştir (Req. 7.12.1936, D. H. 1937, 17).

tetkik imkânı mevcut bulunmalıdır. Meselâ ademi mesuliyet şartlarının biletin veya alacaklıya verilen başka bir belgenin kolay farkedilemeyecek bir yerine konulmuş olması veya bunların akdin icrasına başlandıktan sonra meselâ biletin yolculuk başladıktan sonra veya başlamadan çok az evvel alacaklıya verilmesi veya bu ademi mesuliyet şartlarının borçlunun kendi kayıtlarında mevcut olup alacaklının meçhulü kalması halinde bunlar alacaklı tarafından kabul edilmiş sayılmamalıdır.

Ademi mesuliyet şartlarının muayyen yerlere asılarak ilân edilmesi halinde ise bunlara alacaklı tarafından rıza gösterilmiş sayılması her zaman kabul edilmemektedir (45). Kanaatimizce bu hallerde de eğer alacaklının bu ilânları görmek, mahiyetini anlamak imkânı mevcut bulunmuş ise bu şartları kabul etmiş olduğu farz edilmelidir. Gerçekten mahkeme içtihatlarını tetkik ettiğimizde de alacaklının bu ilânları görmemesinin veya farketmemesinin veya anlayamamasının muhtemel olduğu hallerde bu ilânlara tesir tanınmadığını, buna mukabil alacaklının bunları gördüğü ve mahiyetini bildiği, veya bu imkânlara sahip olduğu isbat edilince onun bu şartları kabul ettiğinin farzedildiğini görüyoruz (46). Otelcilerin astıkları ademi mesuliyet ilânları bizde hüküm ifade etmiyorsa bu, bu hususta kanunda açık hüküm bulunmasından ileri gelmektedir (BK. 480). Hatta otelcilerin astığı ilânların hüküm ifade etmeyeceğinin kanunda açıkça gösterilmiş olması, diğer durumlarda icabı halde bu ilânların hüküm ifade edeceğine delil olarak gösterilebilir.

(45) Tandoğan, 455. Bu ilânlardaki şartların akit yapılmadan evvel alacaklı tarafından görülmüş olması aranmaktadır. (Perreau, E. H. *Clauses manuscrites et clauses imprimés*, Rev. Trim. 1927, p. 310 ve müt; Georgiades, *De la preuve de l'acceptation par l'expéditeur des clauses de non-responsabilité du commissionnaire de transport*, Rev. de droit français commercial, maritime et fiscal, 1929, p. 1'den nakleden: Lalou, 385).

(46) Fransız mahkeme içtihatları: garajlarda, kuaförlerde, otellerde asılan ve ademi mesuliyet şartlarını ihtiva eden ilânların alacaklı tarafından görülmüş ve kabul edilmiş olduğu isbat edilmedikçe hüküm ifade etmeyeceğini (Colmar, 25.3.1953, D. 1953, 375; Lyon, 12.6.1950, D. 1951, som. 2; Trib. civ. Seine, 30.3.1950, Gaz. Pal. 12.5.1950 — zikreden: Lalou, 386 —; Trib. civ. Toulon, 4.6.1952, D. 1952, 769), buna mukabil, bir çamaşırhaneye, hırsızlıktan mesul olmayacağına dair müessese sahibinin astığı ilânın, sportif bir müessesenin ancak bu iş için ayrılan hususi bir memura tevdi edilen eşyadan mesul olduğuna dair bütün sporcuların göreceği bir yere astığı ilânın (Trib. civ. Seine, 16.5.1927, D.H. 1927, 504; Rev. crit. 1928, p. 564) kendilerini mesuliyetten kurtaracağına karar vermişlerdir.

Mukavelede bir ademi mesuliyet kaydı mevcut bulunup mahiyeti vazih değilse, hâkim tarafların hakiki iradesini tesbit etmeye çalışmalıdır (47). Diğer taraftan her türlü mesuliyetten beraat kararlaştırılmışsa veya umumi bir mesuliyetten kurtulma kaydı konmuşsa, eğer akdin tamamen batıl sayılmasına gidilmiyecekse (48) sadece hafif ihmalden tevellüt edecek mesuliyetin bertaraf edilmiş olduğu farzolunmalıdır (49).

2. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının batıl olduğu haller: kast ve ağır ihmalden tevellüt edecek mesuliyetten beraatin şart edilmiş olması :

BK. 99/1. madde hükmüne göre hile (kast) (50) ve ağır kusur halinde düçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraatini tazammun eden her şart batıldır.

Kast ve ağır ihmal halinde mesuliyetten kurtulma kayıtlarının muteber addedilmemesi gerektiği yolunda hülâsa ettiğimiz fikirleri tekrar etmiyeceğiz (51). Borçlunun kast ve ağır ihmalden mesul olmayacağını şart edebilmesi âmme intizamına ve Medenî Hukukun herkeze borçların ifasında hüsnüniyet kaidelerine riayet mükellefiyeti yükleyen umumi prensiplerine aykırı düşeceği gibi, böyle bir şartı kabul eden alacaklının ekseriya hakiki iradesi hilâfına bu şartı kabul etmek iztirarında kalmış olduğu melhuz bulunduğundan kanun burada akit serbestisi kaidesine bir istisna vaz eylemek lüzumunu hissetmiştir.

(47) Civ. 1 re s., 14.5.1958, D. 1958, J. 484; Poitiers, 30.11.1955, D. 1956: J. 634; Civ. 1 re s. 1.6.1954, D. 1954, J. 611. İsviçre Federal Mahkemesi de mukaveledeki, teslimde gecikme halinde alıcının akdi feshedebileceği ve bu halde sadece peşin ödenen parayı geri isteyebileceği yolundaki kaydı, cibrî icra veya zarar - ziyan isteme hakkı mevcut olduğuna göre, alıcı ifadan vazgeçmedikçe satıcının teslim mecbur kalmakta devam edeceği manâsında tefsir etmiştir. 48 II 245 (XI Nr. 133).

(48) Bkz: II-5.

(49) Funk, m. 100 Nr. 1; Tunçomağ, 487; TM. 4. HD. 18.7.1957 E: 3869 K: 4606 (Olgaç m. 99). Fransada da aynı görüşün benimsendiğini görüyoruz; Bkz: Lalou, 384, Nr. 548 ve Civ. 18.1.1937, D.H. 1937, 113.

(50) Mezkûr maddedeki «hile» tabirini kast olarak anlamak gerekir. Mehazın Fransızca metninde de «dol» tabiri kullanılmıştır ve bu kelime de hile manâsına gelmektedir. Ancak Almanca metinde «rechtswidrige Absicht» tabiri vardır ve «hukuka aykırı kast» manâsına gelmektedir.

(51) Bkz: I-2-b; c.

Kast, failin hukuka aykırı neticeyi bilerek istemesi şeklinde tarif olunabilir.

BK. 98. maddede hafif ihmal, ağır ihmal farkı gözetilmediği halde, BK. 99. maddede bu fark gözetilmiş ve bu maddede iki hal ayrı hükümlere tabi kılınmıştır. Ağır ihmalde hukuka aykırı netice bilinmemek ve istenmemekle beraber, bu neticenin husulünü önlemek için her makul insanın aynı vaziyet ve şartlar altında itihazını lüzumlu sayacağı en iptidaî ihtimam ve dikkatin gösterilmemiş olması vaziyeti vardır (52).

İşte bu kast ve ağır ihmalinin tevlit edeceği mesuliyetlerden borçlu mesuliyetten kurtulma anlaşması yapmak suretiyle kurtulamaz. Böyle bir anlaşma, mukavelenin bu yoldaki bir kaydı, şartı, mutlak butlan ile malûdür (53). Alacaklı bunu ileri sürmemiş olsa dahi hâkim resen nazarı itibara alarak bu şartı hükümsüz addeder (54). Zira BK. 99/1. madde emredici hüküm mahiyetini haizdir, âmme intizamını alâkadar etmektedir.

Kast ve ağır ihmalden mütevellit mesuliyetin peşinen bertaraf edilememesi kaidesinin istisnasını muavin şahıs kullananın muavin şahısların fiilinden mesuliyetini tanzim eden BK. 100. maddede müşahede ediyoruz.

BK. 100. maddeye göre, bir borcun ifasını veya bir borçtan mü-

(52) BGE, 54, II, 403; 57, II, 480; 64, II, 241 (Nakleden: Tandoğan, 54).

(53) Saymen - Elbir, II, 727; Feyzioğlu, 178.

(54) Alger, 23.6.1926, D.H. 1926. 457. Bu içtihadta mesuliyetten beraat anlaşmaları borçluyu ağır ihmalden tevellüt edecek mesuliyetten kurtarmıyacağı için, yolcuların kendilerini ücretsiz olarak taşıyan otomobilciye kendisini bütün kusurlarından muaf tuttıkları yolundaki beyanlarının, otomobilcinin ehliyetsiz olarak vasıta kullanarak ağır bir ihmal irtikâp etmiş olması halinde hükümsüz olduğuna karar verilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (38, II, 600) istihbarat bürosunu, ağır ihmalden de mesul olmayacağına dair anlaşmaya rağmen, ağır ihmal halinde bu anlaşmayı batıl addederek müşteriye tazminat itasına mahkûm etmiştir. Keza Federal Mahkeme, çek hesabı sahibinin, çek karnesinin suistimalinden doğabilecek zararların mesuliyetini deruhte etmesi yolundaki anlaşmanın muteber olduğuna, bu halde müşterinin tahrif edilmiş çeklerin görülmesi üzerine yapılan ödemelerden hasıl olacak zararlardan bankaya karşı mesul olacağına, ancak ödeme yapılırken kast veya ağır ihmalle hareket edilmiş olması halinde bankanın mesul olacağına, yani yapılan anlaşmanın bu halde hüküm ifade etmeyeceğine karar vermiştir. 48, II, 490 (IV. Nr. 165) (1915 I 693).

tevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara kanuna uygun surette dahi olsa tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zardan mesuldür.

Kanunun muavin şahıs dediği bu kimselerin fiilinden mesul olması, muavin şahıs kullanan kimselerin durumunu çok ağırlaştırmaktadır. Hele doktrinde hâkim olan noktai nazara göre bu mesuliyetin doğması için, değil muavin şahıs kullananın, muavin şahsın dahi kusurunun aranmadığı (55), BK. 55. m. de olduğu gibi bir kurtuluş beyyinesi ikame imkânının da bulunmadığı düşünülecek olursa bu mesuliyetin ne derece ağır olduğu daha açık bir şekilde anlaşılır. İşte bu ağır mesuliyetin, mesuliyetten kurtulma anlaşması ile tahfifi imkânını kanun borçluya vermiştir. Kanunumuza göre borçlu, muavinin kast ve ağır ihmalden doğabilecek mesuliyeti dahi mesuliyetten kurtulma anlaşması ile bertaraf edebilir.

Borçlunun, muavinin kast ve ağır ihmalden kendisi için doğacak mesuliyeti anlaşma ile bertaraf etmesinin ahlâka ve âmme intizamına aykırı bir ciheti yoktur. Ahlâka ve âmme intizamına aykırı olan, bir kimsenin kendi kast ve ağır ihmalinin neticelerini bertaraf etmesidir. Bir kimsenin, başkasının kast ve ağır ihmalinin kendisi için mesuliyet doğurmasını önilyebilmesini tecviz etmek gerekir. Esasen borçlu kendi mesuliyetini bertaraf etmiş de olsa muavin şahsın alacaklıya karşı mesuliyeti devam etmektedir. Bizzat borçlunun kendi mesuliyetini bertaraf etmiş olması muavin şahsın da mesuliyetten kurtulmasını intaç etmez.

Borçlunun, muavin şahsının fiilinin kendisi için doğuracağı mesuliyeti bertaraf edebilmesi için diğer mesuliyetten kurtulma kayıtlarında olduğu gibi alacaklı ile arasında bir anlaşma olmalıdır; borçlunun tek taraflı tasarrufu kendisini mesuliyetten kurtarmaz. Bazan hal ve vaziyetin icabından bu yolda bir anlaşmanın mevcut olduğu istihraç olunabilir. Meselâ borçlunun, borcun ifası zımınında, muavinlerini alacaklının emrine vermesi, onların nezaretini alacaklıya bırakması, bilhassa muavin şahısları işten çıkarma selâ-

(55) Bu noktai nazarda: Saymen-Elbir, II, 722; Tekinay, 123; Tandoğan'ın naklettiği (444) Auer, Hans: *Die Haftung für Hilfspersonen, unter besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes*, Diss. Bern, 1933, 18; ve Tschudi, Werner Jakob: *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen*, Art. 101 OR, Diss. Bern, 1949, 38-45.

hiyetini alacaklıya terk etmesi halinde borçlunun, muavinlerin fiilinden mesuliyetinin bertaraf edildiği yolunda bir anlaşmanın mevcut olduğu istihraç olunabilir (56).

Borçlunun, muavinlerinin fiilinden mesuliyeti anlaşma ile tamamen bertaraf edebilmesi imkânının pek mühim bir istisnası vardır. BK. 100/3. maddeye göre alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa borçlu mukavele ile, muavinin ancak hafif kusurundan dolayı kendisi için doğacak mesuliyeti bertaraf edebilir, muavinin kast ve ağır ihmalden kendisi için doğacak mesuliyeti bertaraf edemez.

Burada yine kanunun iktisadî bakımından zayıf olan ve iradesini serbest olarak beyan edemeyeceğini tahmin ettiği alacaklıyı vikâye etmek gayesi ve âmme intizamı endişesi ile akit serbestisine müdahale ettiğini görmekteyiz.

Alacaklının borçlunun hizmetinde olması ve mesuliyetin hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğması kaziyelerini aşağıda izah edeceğimizden oraya atıf yaparız (57).

Ancak kaydedelimki borçlunun muavinin fiilinden kendisi için doğacak mesuliyeti bertaraf etmesi ile kendi fiilinden doğacak mesuliyeti bertaraf etmesinde âmme intizamı endişesi aynı derecede olmadığından kanun, borçlunun kendi kast ve ağır ihmalden doğacak mesuliyeti hiç bir zaman bertaraf edemeyeceğini, muavininin kast ve ağır ihmalden kendisi için doğacak mesuliyeti ise kaide olarak bertaraf edebileceğini kabul etmiş ve borçlunun kendi hafif ihmalden doğacak mesuliyeti bertaraf etmesinin dahi batıl addedilebileceğini kabul ederken muavininin kast ve ağır ihmalden kendisi için doğacak mesuliyetin bertarafını istisnaen nehyetmiş, hafif kusurundan kendisi için doğacak mesuliyeti bertaraf etmesini her halde muteber addeylemiştir.

(56) Von Tuhr, II, 643, dn. 52; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, c. I, 3. Tabı, İstanbul, 1968, s. 477 ve naklettiği: Becker, m. 101, Nr. 25; Tschudi, 52.

(57) Bkz: II-4.

3. — Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının muteber olduğu hal: hafif ihmalden tevellüt edecek mesuliyetten beraatin şart edilmiş olması :

BK. muzun 99. maddesine göre borçlu hafif ihmalden tevellüt edecek mesuliyetten iptidaen beraatini şart edebilir, alacaklısı ile bu yolda yaptığı mukavele muteberdir.

Umumiyetle hafif ihmal, müdebbir ve dikkatli kimselerin gösterdiği dikkat ve ihtimamın gösterilmemiş olması hali olarak tarif edilmektedir. İşte bu çeşit bir ihmalinin tevliit edeceği mesuliyetten borçlu, alacaklısı ile önceden anlaşmak suretiyle kaideten kendini kurtarabilir.

Hafif ihmal hakkında yukardaki gibi umumî bir tarif verilebilirdesede ihmal çok çeşitli hadiselerde çok çeşitli suretlerde ortaya çıkabilir. Binaenaleyh borçlunun hafif ihmalden beraatini mutazammın kaydı mukavelelere derc ettirmiş olduğu hallerde, hâkim önüne getirilen her hadisede ihmalin ağır veya hafif olduğunu takdir etmek mevkiindedir. Hâkim ihmalin ağır olduğunu tesbit ettiği takdirde, borçlunun mevzubahis ademi mesuliyet şartını kendine siper ittihaz eylemesi imkânı kalmıyacak ve mesul olacaktır (58).

(58) Bkz: TM. 4, HD. 18.7.1957, E: 3869 K: 4606 (Olgaç, m. 99). Fransız mahkeme içtihatlarına göre: nakliye mukavelesinin icrasında, nakliyecinin kendisine tevdi edilen eşyayı, bunları kabul için gerekli vasfı haiz olmıyan bir üçüncü şahsa tevdi etmesinde (Civ. 12.6.1950, Gaz. Pal. 22.9.1950, Nakleden: Lalou: 568); emsallerine nazaran yüksek fiyatına mukabil, imalatçının satarken fevkalâde sağlamlığını kati surette temin ettiği bir gemi enversör redüktörünün, kullanılmaya başlar başlamaz pek tehlikeli arızalar geçirmesi ve ehlivukufa göre kanunî ve ticarî evsafa olmasında (Civ. 7.6.1952, D. 1952. 651); bir ticaret odasının, hangarlarına teslim edilen eşyanın muhafazası için kâfi tedbirleri almadığı gibi talimatnamede böyle bir yasak olmadığı halde eşya sahiplerinin eşyalarına nezaret etmesine de müsaade etmemesinde (Req. 24.6.1929, Gaz. Pal. 5.11.1929, Nakleden: Lalou: 369); bir mobilya mahzeni sahibinin bir kaç sene kıymetli mobilyaların bulunduğu mahallî açıp kontrol etmemesi ve mobilyaların bir su kaçağından mütevellit tereşşüh yüzünden bozulmasında (Req. 24.10.1932, D.P. 1932. 1. 176) veya dikkatli bir nezareti ihmal etmesi ve vaki bir hırsızlıktan sonra polise hırsızlığın vüsati hakkında dahi tam malûmat vermemesi ve mal sahibinden eşyalarının kaybolduğunu gizlemesinde (Paris, 28.11.1951, D. 1952. 23) ağır ihmal vardır ve borçlu mesul olmıyacağına dair mukaveleye koydurduğu kayda iltica edemez.

4. — Muteber olan mesuliyetten kurtulma kayıtlarının hâkim tarafından batıl addedilebileceği haller :

Yukarda da belirttiğimiz gibi borçluyu hafif ihmalinin doğuracağı mesuliyetten kurtaran anlaşma kaide olarak muteberdir. Ancak BK. 99/2. m. ye göre borçlu bu anlaşmayı alacaklısına kabul ettirdiği sırada alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz verilmek suretiyle icra edilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa hâkim takdir selâhiyetine binaen bu kaydı dahi batıl addedebilir (59).

Kanun bu hükmüyle bu hallerde böyle bir ademi mesuliyet şartını ileri süren borçluya karşı, iktisaden zayıf durumda olan hizmetli ile, icra edilen sanatın imtiyaz alınmak suretiyle icra edilmesi yüzünden başka bir kimseye müracaat imkânına sahip olmıyan, bu sebeble de borçlunun şartlarını kabul etmek mecburiyetinde kalan alacaklıları himaye etmek istemiştir (60).

BK. 99/2. m. deki halde hâkim mesuliyetten beraat şartını muhakkak batıl addetmeyecek, bu hususta MK. 4. m. deki takdir selâhiyetini kullanacaktır. Şu halde hâkim hak ve nısfet esaslarını göz önünde bulunduracak, borçlunun hangi şartlar altında ademi mesuliyet kaydını alacaklıya kabul ettirdiğini, alacaklının kabul beyanının hakikî iradesine mutabık bulunup bulunmadığını tetkik edip adalet duygularına en uygun surette kararını vererek hafif ihmalden beraati mutazammın kaydı muteber veya batıl addedecektir. Mesuliyetten kurtulma kaydının, alacaklının zararın üzerinde kalmasına mütehammil olduğu nisbette muteber addedilmesi temenni edilir (61). Borçlar Kanunumuzun bu şekilde hareket etmeyi temin edebilecek hükmü 99/2. m. sinde bulunmaktadır.

(59) Borçlunun muavin şahsın fiilinden mesuliyetinde ise alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz verilmek suretiyle icra edilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa borçlu muavininin kast ve ağır ihmalden doğacak mesuliyetini bertaraf eden bir anlaşma yapamaz ancak hafif ihmalden tevellüt edecek mesuliyetini bertaraf edebilir, bu son hal için yapılan anlaşma her zaman muteberdir, hâkim batıl addedemez.

(60) Birsen, bu son halde, kanunda işletmenin daha ihtimam ve dikkatle yapılmasının, sanatın daha titiz bir surette ifa edilmesinin temini gayesinin takip edildiği kanaatindedir (Birsen, 503).

(61) Beaudonnat, 170.

a. — Alacaklının, borçlunun hizmetinde olması :

BK. 99/2. maddenin tatbik edilebileceği birinci hal alacaklının mesuliyetten kurtulma kaydı hakkındaki iradesini beyan ettiği sırada borçlunun hizmetinde olması halidir.

Kanunumuzun bu hususu tanzim eden 99/2. maddesinin ilk cümlesinin ifadesi kötü olduğu gibi iltibasa da mahal verecek mahiyettedir ve mehzadan farklıdır. Kanunun yanlış olan ifade tarzı; borçlu tarafından şartın dermeyeran edildiği zamana itibar etmek, bu anda alacaklının borçlunun hizmetinde olup olmadığına bakmak gerektiği zehabını verecek mahiyettedir. Halbuki asıl mühim olan alacaklının mesuliyetten kurtulma kaydı hakkında icap veya kabulde bulunduğu anda borçlunun hizmetinde olup olmamasıdır ve bu an beraat şartının borçlu tarafından dermeyeranından önce veya sonra ve mesuliyetten kurtulma mukavelesinin inikadından önce olabilir (62).

Haddizatında kanaatimizce BK. 99/2. maddedeki «hizmetinde ise» tabiri de geniş bir tefsire muhtaçtır. Kanun, lâfzına göre tefsir edildiği takdirde alacaklı borçlunun hizmetine girmek için mukavele yaparken bu şartı kabul etmişse henüz borçlunun hizmetinde olmadığından bu fıkranın tatbik kabiliyeti kalmıyacaktır (63). Kanunu geniş tefsir edersek, bu şartın kabul ettirilmesi sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde olmayıp, yapılan bu mukavele ile borçlunun hizmetine girmekte olduğu halde de bu maddenin tatbik kabiliyetini temin etmiş oluruz (64).

Bu tefsir tarzının kanunumuzun sosyal bünyesine daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira kanunun hizmete girmiş, binaenaleyh borçlunun nüfusuna tabi ve iktisadî bakımdan ona bağlı olan ve işinden çıkartılmak endişesi ile bu şartı kabul etmek mecburiyetinde kalan alacaklıyı olduğu kadar, müzayakada bulunup işe kabul edilebilmek için borçlunun şartlarını kabul etmek mecburiyetinde kalan alacaklıyı da himaye etmek isteyeceği melhuzdur. Hizmette

(62) Tekinay, 114.

(63) Borçlar Kanunumuzun Fransızca ve Almanca metinlerinde de «... şartın dermeyeranı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise...» denmektedir.

(64) Hafif ihmalden ademi mesuliyet şartının hizmete girerken kabul ettirilmesi ile hizmete girdikten sonra kabul ettirilmesi karıştırılmıştır. Bkz: Binatlı Yusuf Z., **Türk Borçlar Hukuku**, Ankara, 1966, s. 246.

henüz giren kimsenin bu şartı kabul etmeyip işe girmeyebileceği söylenememelidir; zira hizmete evvelce girmiş bulunan kimse de bu şartı kabul etmeyip işten ayrılabilirdi. Üstelik BK. 99/2. maddeye göre hâkim hafif ihmalden ademi mesuliyet şartını muhakkak batıl addetmek mecburiyetinde olmayıp, halin icaplarına, hak ve nisfet esaslarına ve adalet duygusuna göre şartı batıl addetmek selâhiyetini haiz olduğuna göre bu halde de hâkime bu esaslara göre ademi mesuliyet şartını batıl addetmek selâhiyetinin bırakılmasında mahzur değil fayda vardır.

Mezkûr fıkra alacaklı ile borçlu arasında yalnız bir hizmet veya bir iş akdi yahut çiraklık mukavelesi olduğu zaman değil, alacaklının borçluya tabi olarak çalıştığı bütün hallerde tatbik edilmelidir (65). Kanaatimizce bu hizmet münasebetinin devamlı olmasına da lüzum yoktur (66).

Alacaklı zarar doğduktan sonra bittabi borçlusunu ibra edebilir (67). İbranın muteber olabilmesi için alacaklı ile borçlu arasındaki hizmet münasebetinin bitmesini beklemeye mahal yoktur (68). Muteber bir ibra için hizmet münasebetinin nihayete ermesini beklemek, borçlunun ibra edilip edilmeyeceğini öğrenmesini meçhul bir tarihe talik ile devamlı şüphe içinde bırakılmasına sebep olur ki tecviz edilemez. Ancak daha evvelce de belirttiğimiz gibi bilâhare rızayı ifsad eden bir sebebe dayanarak ibranın muteber olmadığını dermeyan etmek mümkündür (69).

(65) Saymen - Elbir, II, 727; Tandoğan, 457.

(66) Aynı kanaatte: Becker, Art. 100, Nr. 7 (Nakleden: Tandoğan, 457); Feyzioğlu, 179; aksi kanaatte: Oser-Schönenberger, m. 100, Nr. 4. Oser-Schönenberger'in fikirlerine mesnet olarak aldıkları gerekçe kabule şayan görünmemektedir. Müelliflere göre burada taraflardan birinin daha yüksek bir sosyal ve iktisadî durumda bulunduğu ve böylece kolaylıkla bir suistimalin mümkün olduğu sürekli bir münasebet aranmaktadır; binaenaleyh işçiye ücret hesabına esas olan zamandan daha uzun zaman iş sağlayan münasebetler kastedilmiştir. Halbuki işverenin gayri adil bir anlaşmayı kabul ettirmesi ihtimalinin bulunması için muhakkak sürekli bir münasebete girişilmesi gerekmediği gibi, işçi meselâ yevmiye alıyorsa, bir günlük hizmet münasebetinde değilse, ücret hesabına esas olan zamandan daha uzun bir zaman iş sağlayan meselâ iki günlük bir hizmet münasebetinde bir suistimal imkânının mevcut olduğu yolundaki kanaat de anlaşılır şey değildir.

(67) Bkz: II-1.

(68) Krşz: Arsebük, 138 ve dip not: 47.

(69) Bkz: II.1.

b. — Mesuliyetin hükümetten imtiyaz alınmak suretiyle ifa edilen bir sanatın icrasından tevellüt etmesi :

BK. 99/2. maddesinin tatbik edilebileceği ikinci hal borçlunun mesuliyetinin hükümetten imtiyaz alınmak suretiyle ifa edilen bir sanatın icrasından tevellüt etmesi halidir.

Mezkûr fıkra ancak imtiyaz alınmak suretiyle ifa edilen işletmeler hakkında tatbik edilebilir. Âmme hükmî şahsı hizmeti bizzat ifa etmekte ise veya hizmet, iltizam, pazarlık veya taahhüt suretiyle gördürülmekte ise bu madde tatbik edilemez. Bu hizmetlerden istifade edenlerin himayeye muhtaç oldukları hal, işletmecinin hizmetten istifade edenlerden bir ücret aldığı ve bunlarla yaptığı mukavelelerde çok kuvvetli durumda olduğu imtiyaz halidir (70). Kanunun bu maddede istihdaf ettiği bilhassa hükümet veya diğer âmme hükmî şahıslarından aldıkları imtiyazla çalışan elektrik, su, gaz, otobüs işletmeleri gibi müesseselerdir.

Diğer bir bakımından ise kanunun bu maddesini geniş bir şekilde tefsir etmek gerekmektedir. Şöyle ki bu madde, yalnız bir imtiyaza dayanarak bir hizmeti inhisarî olarak gören işletmelere değil, avukatlık, hekimlik, eczacılık gibi icrası hükümet veya diğer bir âmme hükmî şahsından resmî izin veya ruhsatname istihsaline mütevakıf meslek müntesiplerine de meslek borçlarında tatbik olunmalıdır (71). Çünkü bu mesleklerin icrasına müsaade için, icra edecek olanda bazı vasıflar aranmakta, yalnız bu vasıfları haiz olanlara müsaade verilmek suretiyle, bu meslek müntesipleri için fiilî bir inhisar doğmaktadır. Üstelik mesleğin erbabı olan bir kimsenin meselâ bir avukatın meslekî borcunun ifasında, meslekten olmayana karşı ademi mesuliyetini şart etmesi çok defa hakkaniyete de muvafık düşmemektedir (72).

(70) Saymen - Elbir, II, 728; ayrıca bkz: Feyzioğlu, 180; Krşz: Tekinay, 114.

(71) Aynı kanaatte: Oser-Schönenberger, m. 150, Nr. 5; Ackermann, 69; keza bu gibi hallerde bir itimat münasebeti bulunduğu mülâhazasıyla: Becker, Art. 100, Nr. 8 (Nakleden: Tandoğan, 457); aksi kanaat: Feyzioğlu, 180.

(72) Fransa'da umumi bir kanunî hüküm mevcut olmamakla beraber gerek doktrinde gerek mahkeme içtihatlarında profesyonellerin (meslekten kimselerin) ademi mesuliyet şartları umumiyetle kabul edilmemektedir. Bunun için eksəriya profesyonelin profesyonel olmayana karşı daima mesul olması, veya profesyonellerin ihmallerinin ağır ihmale teşbihî prensibinden hareket edilmektedir (Lalou, 371 ve müt.).

İmtiyazlı veya ruhsatlı bir sanatı icra eden iki şahıs, meselâ mesleği avukatlık olan bir kimse bir işini takip ettirmek için diğer bir avukatla mukavele yapsa, BK. 99/2. madde tatbik edilebilir mi? Kanaatimizce işini takip ettirmek için bir avukatla mukavele yapan diğer bir avukat bu bakımdan diğer her hangi bir şahıstan farklı durumda değildir, binaenaleyh mezkûr madde her halde tatbik kabiliyetini haiz olmalıdır.

5. — Mesuliyetten kurtulma kaydının batıl addedilmesi halinde esas akdin akibeti :

Mesuliyetten beraat şartının batıl olması halinde esas akdin akibeti ne olacaktır? Bu meselede BK. 20. madde hükümleri tatbik sahası bulur. BK. 20/2. maddenin 1. cümlesine göre akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolunur. Şu halde mesuliyetten beraat şartlarının BK. 99. maddenin 1. veya 2. fıkrası mucibince batıl olması veya batıl addedilmesi halinde bu şartlar lağvolunacak, ancak esas akit muteber olmakta devam edecektir.

BK. 20/2. maddesinin 2. cümlesindeki umumi kaideye göre, batıl addedilen şartlar olmasaydı akdin bidayette inikad etmiyeceği anlaşılıyorsa akit de batıl addedilecektir. Batıl olan veya batıl addedilen mesuliyetten beraat şartları olmasaydı bu akdin inikad edemeyeceği, borçlunun rızasının lâhik olmayacağı anlaşılmakta olduğu halde, esas akdin de butlanına mı gidileceği yoksa esas akdin icrasına devam mı olunacağı, yani BK. 20/2. madde ikinci cümlenin mesuliyetten beraat şartlarında tatbik kabiliyetini haiz olup olmadığı münakaşalıdır.

Bazı müellifler mesuliyetten beraat şartı konmasaydı akdin yapılamıyacağı anlaşılrsa bile akdin batıl olmayacağı fikrindedirler. Bu müelliflere göre borçlunun kasdından ve ağır ihmalden mesul tutulacak olsaydı, akdi hiç yapmayacağını iddia etmesi, hüsnüniyet kaidelerine aykırıdır ve bu iddia nazarı itibara alınmamalıdır (73).

Biz bu noktai nazara taraftar değiliz (74) ve BK. 20/2. maddedeki umumi kaideden mesuliyetten beraat şartlarında ayrılmayı haklı

(73) Funk, m. 100, Nr. 1; Tunçomağ, 487; Arsebük, 137; Feyzioğlu, 178; Von Tuhr, II, 628; I, 236; Oser-Schönenberger, m. 100, Nr. 3, Tandoğan, 456 ve naklettiği: Ackermann, 90; Becker, Art. 100, Nr. 3.

(74) Aynı noktai nazarda: Saymen - Elbir, II, 727.

gösterecek bir sebep görmemekteyiz. Burda BK. 189/3, 196, 349 ve MK. 688/2. maddelere müşabih bir durum görmek (75) de kanaatimizce doğru değildir, çünkü bu maddelerdeki durumlarda olduğu gibi borçlu rızası hilâfına yapmak mecburiyetinde kalacağı bir tek fedakârlıkla işten sıyrılamıyacak, bu hal tarzına göre borçlu belki de ifası fevkalâde müşkil ve mesuliyetten beraat şartları olmasaydı kabul etmiyeceği bir mukavele ile, bu şartların lâğvından sonra iradesi hilâfına devamlı olarak ilzam olunacaktır ki tecviz edilemez. Binaenaleyh lâğvolunan mesuliyetten beraat şartları olmasaydı akdin inikad edemiyeceği anlaşıldığı takdirde umumi kaideye göre akit de batıl addedilmelidir (76).

Daha evvel de temas etmiş bulunduğumuz gibi umumi olarak konan veya her türlü kusuru ihata eden bir ademi mesuliyet kaydı, eğer esas mukavele BK. 20/2. madde gereğince batıl addedilmeyecekse sadece kanunun koyduğu sınırlar içinde muteber addedilmeli, yani sadece hafif ihmalden doğacak mesuliyetin bertaraf edildiği farzolunmalıdır (77).

N E T İ C E

Mesuliyetten kurtulma kayıtları hakkındaki tetkikimiz boyunca müessesenin mahiyeti, kanunî hükümler ve ortaya çıkardığı meseleler üzerinde doktrin ve mahkeme içtihatları ile bu meseleler hakkındaki görüşlerimizi açıkladık. Bu itibarla netice olarak söyleyeceğimiz umumî mahiyette olacaktır.

Ademi mesuliyet mukaveleleri, bilhassa, meselâ Fransa gibi, bu mukaveleler hakkında kanunlarında umumî bir hüküm mevcut olmayan, müesseseyi esasından tanzim eden mevzuata sahip olmayan memleketlerde büyük münakaşalar davet etmiştir. Bu mukaveleler bir kere prensip olarak kabul edilince, bu defa bunların hangi münasebetlerde, hangi hallerde, hangi tesirleri haiz olacağı münakaşa edilmeye başlanmıştır.

(75) Von Tuhr, II, 628; I, 236.

(76) Mesuliyetten kurtulma kayıtlarının butlanı halinde esas akdin akibeti hakkında taraftar olduğumuz noktai nazar, Fransız doktrin ve mahkeme içtihatlarında da hâkimdir. Bkz: Lalou, 384, Nr. 548.

(77) Bkz: II.1.

Bu münakaşalara esas itibariyle mahal bırakılmıyarak müesseseyi umumî surette tanzim etmiş olan kanunumuzun vaziyetini yerinde bulmaktayız. Diğer taraftan kanunumuz, âmme intizamı ve adalet mülâhazalarının icap ettirdiği her halde yaptığı gibi bu mevzuda da mukavele serbestisine müdahale etmiş, akit serbestisini tahdit etmiştir. Yukarda tafsilâtını vermiş bulunduğumuz bu müdahaleyi de kanunumuzun sosyal bünyesine ve icaplara uygun buluruz. Kanunda mevcut olan boşlukları doldurmak ve tatbikatta ortaya çıkabilecek yeni meselelere cevap vermek ise inkişaf edecek içtihatlarla düşmektedir.

Asis. M. İlhan ALNIAK

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- ARSEBÜK, Esat : Borçlar Hukuku, c. I, II, 3. Tabı, Ankara, 1950.
- BEAUDONNAT, Emile : Des Clauses de Non-Résponsabilité et de l'Assurance des Fautes, Paris, 1927.
- BİRSEN, Kemalettin : Borçlar Hukuku Dersleri, 4. Tabı, İstanbul, 1967.
- BRUN, André : Rapports et Domaines des Responsabilités Contractuelle et Délictuelle, Paris, 1931.
- COLIN, Ambroise - : Cours Elementaire de Droit Civile Français, 10. Tabı, Paris, 1953.
- CAPITANT, Henri
- FUNK, Fritz, Jun. : Borçlar Kanunu Şerhi, Umumî Hükümler, İstanbul.
- Ter: Velidedeoğlu,
H. V. - Selek, C. M.
- GAUDEMET, Eugène : Théorie Générale des Obligations, Paris, 1937.
- DURAND, Paul : Des Conventions d'Irresponsabilité, Paris, 1932.

- DURUSOY, Emin Ali : Deniz Nakliyatında Mesuliyeti Ref veya Tahdit Şartları, İBD, 1936, Sy. 8-9, 10-12, s. 5087, 5167.
- FEYZİOĞLU, Feyzi : Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, c. II, Necmeddin İstanbul, 1969.
- JOSSERAND, Louis : Cours de Droit Civil Positif Français, t. II, 2. Tabı, Paris, 1933.
- LALOU, Henri : Traité Pratique de la Responsabilité Civile, 6. Tabı, Paris, 1962.
- MAYATÜRK, Hamdi : Mukavelelerde Ademi Mesuliyet Şartları, Halim İBD, 1930, Sy. 48-12, s. 2569.
- MAZEAUD, Henri - : Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle, t. III, 4. Tabı, Paris, 1950.
- MAZEAUD, Léon
- MİMİN, Pierre : Note, D.H. 1951, s. 581.
- CLGAÇ, Senai : Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususî Kanunlar, c. I İstanbul, 1959.
- OSER, H - SCHÖNEN- : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Şerhi BERGER, W. Ter: Seç- İkinci Basılışının Tercemesi, Ankara, kin, R. 1950.
- RİPERT, Georges : La règle Morale dans les Obligations Civiles, Paris, 1927.
- RİPERT, Georges : Droit Maritime, t. II, 4. Tabı, Paris, 1952.
- SAINCTELETTE, Ch. : De la Responsabilité et de la Garantie, Bruxelles, Paris, 1884.
- SAYMEN, Ferit H. - : Türk İçtihatlar Külliyyatı, c. II, İstanbul, ERMAN, Sahir - 1952.
- ELBİR, Halit K.
- SAYMEN, Ferit H. - : Türk Borçlar Hukuku I Umumî Hükümler, c. I, II, 2. Tabı, İstanbul, 1966.
- ELBİR, Halit K.
- SAYMEN, Ferit H. : Kronik, İHFM, 1944, Sy. 3-4, s. 890.
- TANDOĞAN, Halûk : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961.
- TEKİNAY, Selâhattin : Borçların İtası, İhlâli, Sona Ermesi ve Sulhi Özel Nevileri, İstanbul, 1967.
- TEPECİ, Kâmil : Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, 3. Tabı, Ankara, 1959.

- TUNÇOMAĞ, Kenan : Borçlar Hukuku, c. I, 4. Tabı, İstanbul, 1969.
- VON TUHR, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, c. I, Ter: Edege, C. II, İstanbul, 1952 - 53.

KISALTMALAR

- Aufl. : Auflage.
- Art. : Artikel.
- Bd. : Band.
- BGE. : Enstscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung.
- BK. : Borçlar Kanunu.
- Bkz. : Bakınız.
- c. : Cilt.
- ch. : Chambre (Daire).
- Civ. : Chambre Civile de la Cour de Cassation (Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesi).
- Crim. : Chambre Criminelle de la Cour de Cassation (Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi).
- D. : Recueil Dalloz.
- D.C. : Dalloz Critique.
- Diss. : Dissertation.
- D. H. : Dalloz Hebdomadaire.
- dn. : Dip Notu.
- E. : Esas.
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais.
- Gaz. Trib. : Gazette des Tribunaux.
- HD. : Hukuk Dairesi.
- İBD. : İstanbul Barosu Dergisi.
- İHFM. : İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası.
- İzBD : İzmir Barosu Dergisi.
- J. : Journal.
- K. : Karar.
- Krşz : Karşılaştırınız.

m.	:	Madde.
müt.	:	Müteakip sayfalar.
Nr.	:	Numara (Nummer).
OR.	:	Obligationenrecht.
p.	:	Page.
Req.	:	Chambre des Requetes (Temyiz Mahkemesi Istida Dairesi).
Rev.	:	Revue.
Rev. crit.	:	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.
Rev. trim.	:	Revue Trimestrielle de Droit Civile.
s.	:	Sayfa.
Sy.	:	Sayı.
S.	:	Recueil de Jurisprudence Sirey.
Sem. Jur.	:	Semaine Juridique.
t.	:	Tome.
ter.	:	Tercüme eden.
TD.	:	Ticaret Dairesi.
TM.	:	Temyiz Mahkemesi.
Trib. civ.	:	Tribunal Civile (Hukuk Mahkemesi).
Trib. com.	:	Tribunal Commerciale (Ticaret Mahkemesi).
Trib. corr.	:	Tribunal Correctionnelle (Asliye Ceza Mahkemesi).
TTK.	:	Türk Ticaret Kanunu.