

MİLLETLERARASI HAVA NAKLİYATINDA KASTA MUADİL KUSUR

Michel de Juglart

Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü

Maksadımız son seneler zarfında bu sahada meydana gelen jüri-prüdens'in umumî bir tablosunu takdim etmek ve imkân dairesinde Fransız ve yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların bir tasnifini yapmaktır¹.

Evveleminde Varşova Konvansiyonunun 25 inci maddesinin metnini hatırlatmak isteriz:

«1) Nakliyecinin zarara kastı veya müracaat olunan mahkemenin kanunlarına göre kasta muadil telâkki edilen bir kusuru ile sebebiyet vermişse, işbu Konvansiyonun, mes'uliyetini bertaraf veya tahdid eden hükümlerinden istifade hakkını haiz değildir.

2) Müstahdemlerinden birinin aynı şartlar dairesinde zarara sebebiyet vermesi halinde de nakliyecinin bu haktan mahrum olur».

Binaenaleyh müşkülât 1 numaralı bendin son kısmının tefsiri^{1a} hususundadır. Daha doğru bir ifade ile metindeki «müracaat olunan mahkemenin kanunlarına göre *kasta muadil telâkki edilen bir kusuru*» ibaresinin tefsirindedir. Şu halde GARNAULT'nun kullandığı ifadeye göre «Konvansiyonun 22 inci maddesinde tayin edilmiş olan azamî mes'uliyet haddinin bertaraf edilmesini icap ettiren² bu kasta muadil kusur» nedir?. Bu hususta mukayeseli hukukun tahlilinde muhtelif temayüller belirlemektedir³.

1) Bu hususta bakınız: AMBROSINI, *Dol et faute lourde dans l'élaboration des conventions internationales aériennes*, Mélanges MEYER, 1954, 14 ve dv., Paul de la PRADELLE, *La faute lourde de navigation en droit aérien*, Mélanges MEYER, sah. 102 ve dv., de JUGLART, *Dol et faute lourde dans le transport aérien international*, J.C.P., 1952-I-1010 ve *Traité élémentaire de droit aérien*, 1952, No. 283.

1a) Mütercimnin notu: Türkçe metinde başkısının.

2) «Société Française de Droit Aérien» e *Hava nakliyecisinin mes'uliyeti hakkında verilen raporun hülâsası*, *Revue générale de l'Air*, 1955, 74.

3) Türk hukuku hakkında müracaat edilecek eserler: BELBEZ, *Hava Hukukunda sorum*, Ankara Siyasal Bilgiler Mecmuası, cilt 2 No. 1-2, 1947 ve aynı mec-

Malûmatımıza nazaran, bu hususta kabul edilmiş olan en geniş tefsir tarzı nakliyecinin zayi olan kolilerin kayboldukları ahval, tarih ve mahal hakkında herhangi bir bilgi vermek imkânsızlığında bulunması vakiasını ağır kusur olarak telâkki eden Seine Ticaret Mahkemesinin tefsiridir⁴. Filvaki bu karar İstinaf Mahkemesinde tashih edilmiştir⁵; fakat İstinaf Mahkemesi Bidayet Mahkemesi hâkimlerinin kanaatini takip etmemişse bunun sebebi ancak «NORDISK TRANSPORT et SPÉDITI-ON» şirketi tarafından gönderilen koli'nin ne gibi ahvalde ziyaa uğradığının hiçbir zaman kat'iyetle tayin edilmemiş olması» ve bu itibarla «Air France Şirketinin bu ziya hakkında sarih malûmat vermek iktidarını gösterememesi vakiasından ağır bir kusur teşkil edecek olan *bir nezaret noksanı, organizasyonun tamamen fıkdanı, veyahut ta nezaret servislerinin fena işleyişinin istihraç edilememesidir*. Binnetice, burada dahi «kast'a muadil ağır kusura» mağdurun son derece lehinde bir mâna verilmiştir. Bu kusur zararın vukua geleceğini tahmin etmek iktidarını haiz veya bu iktidarı haiz olması icap eden meslek adamının kusurudur; esas itibariyle bu kusur işletmenin fena bir tanzim ve tertibinden ibaretir ve izrar «kastının» hattâ bir başkasının zararına sebebiyet vermek hususunda herhangi bir «iradenin» aranmasına lüzum yoktur. Paris Mahkemesi 25 Şubat 1954 tarihinde ittihaz ettiği mühim kararda bu tefsir tarzını kuvvetli bir şekilde muhafaza etmiştir⁶. Unutmıyalım ki, istinaf hâkimleri 22 nci maddede derpiş oulnan mes'uliyet tahdidini bertaraf etmek için «zarar failinin bilerek, kasten ve fiilinin muhtemel neticelerine ehemmiyet vermeden hareket etmesinin zarurî olmadığını» sarahaten beyan etmişlerdir; kararda beyan edildiği veçhile ağır kusur «*hassaten vahim bir ihmâl, bir kaygusuzluk, bir cür'etkânane hareketten*» neş'et edebilir. Halbuki bu hâdise münasebetiyle serdettiği mütalâalarda Müddeiumumî DUPİN «Temyiz Mahkemesinin müteaddit defalar ilân eylediği veçhile failin, fiilinin veya ihmâlinin neticeleri ve ondan

muada *Hava hukuku, konusu ve mahiyeti* No. 4, 1946; GÖKNİL, *Hava Hukuku*, İst. 1951; AYTAÇ, *La responsabilité pour dommages causés à la surface en droit turc*, Bordeaux Üniversitesinde doktora tezi, 1952.

4) 22 Aralık 1949, *Revue générale de l'Air*, 1950, 952, note LACOMBE; karşılaştırmamız dahili nakliyat mevzuunda, aynı mahkemenin 30 Temmuz 1948 tarihli karar. *Rev. Gén. de l'Air*, 1950, 1123, note LACOMBE.

5) Paris, 28 Şubat 1953, J.C.P. 1953-II-7513, note de JUGLART, bu karar hakkında bakınız Müddeiumumî ALBUCHER'nin mütalâaları, *Revue Française de Droit Aérien*, 1953 (sah. 106 ve dv.).

6) J.C.P. 1954,II,8041 note de JUGLART; de JUGLART, *Rev. trim. de dr. commercial* 1954, 420 ve dv.

tevellüt edecek tehlike hakkında haiz olması icap eden şuura nazaran ağır kusurun takdiri lâzım geldiğine» işaret etmiştir⁷.

28 Nisan 1954 tarihinde Seine Hukuk Mahkemesi 5 inci Dairesinin⁸ hükme bağladığı GALLAIS dâvasında verilen karara da aynı fikir hâkim bulunmaktadır. Hâdise 11 Kasım 1952 günü sabahı Beyrut'a müteveccihen FORT-LAMY'den on saat sürecek bir seyahat için kalkmış olan ve hareketten on dakika sonra düşen ve ateş alan bir uçağa dairdir. 7 Mart 1953 tarihli Resmî Gazetede neşrolunan bir tahkikat raporunun mevzuunu teşkil etmiş olan bu kaza, kâfi derecede tespit edilmiş ahval ve şerait içinde vuku bulmuştu. Filhakika hava gemisi takriben 6 metre yükseklikte bitişik iki ağacın yüksek dallarına cepheden çarptığı zaman çok alçak irtifada, gündüz, güzel bir havada ve normal seyir sür'atiyle uçmaktaydı; müteakıben iskeletin arka ucu ile toprağa sürülerek dört pervanesini, redüktörünü ve arka kısımlarını kaybetmiştir; kazadan yegâne kurtulan telsizciden öğrenilebildiğine göre pilot, hareketten az sonra makinisti, uçağın arka tarafında cereyan edenleri görmeye göndermiş ve geri gelen makinist de her şeyin normal olmadığını beyan etmiştir. Fakat mahkeme «tayini kabil olmıyan ahval olarak tavsif eylediği ve uçuş esnasında meydana gelen bu karışık meseleler üzerinde durmak istememiştir. Bu itibarla bu gibi ahvalın, uçağın anormal şekilde alçakta bulunması durumunun sebebi olup olmadığı hususunu araştırmakla vakit kaybetmemiştir. Mahkeme, kazanın hakikî sebeplerini pilotun «kalkıştan bilitibar serbestçe» muhafaza ettiği tarzı harekette görmek icap ettiğini takdir etmiştir. Mahkeme burada «umumî nakliye uçağının normal uçuşu mevzuubahis olduğu halde failin, hayatları cür'etkârane şekilde tehlikeye maruz bırakılan» yolcuların «kurtulmalarının temini için yapılması zarurî manevraların icrasını» imkânsız hale sokan «en ağır» bir kusurunun «iptidaî uçuş disiplininin bir ihlâlinin» mevcut bulunduğunu ilâve etmiştir. Bu hâdisede hâkimlerin geniş telâkkiyi reddetmek istemediklerini beyan etmemizin sebebi de «cür'etkârane şekilde kabul edilen bu soğukkanlı tehlike şuuru» ve hattâ «şuurun mevcudiyetini farzetmek imkânını veren veya mazur görülmeyen delicesine bir kayıtsızlık» dolayısıyla pilotun hareket tarzının Anglo-Sakson hukukundaki «*wilful misconduct*» e tekabül ettiğine işaret ettikten sonra, meseleye Fransız hukukundaki hileye muadil kusur zaviyesinden bakıldığı takdirde *balığan mabelâğ* nakliyecinin mahkûmiyetinin zarurî olduğunu tasrih etmek ihtiyacını hissetmiş olmalarıdır.

7) Bu mütalâaların metni için bakınız *Rev. Fr. de dr. aér.* 1954, 46 ve dv.

8) *Rev. Fr. de Droit Aérien*, 1954, 184; *Rev. Gén. de l'Air*, 1954, 415.

AİR FRANCE ve AİR LİBAN Şirketleri ile «Caisse Parisienne de Réescompte» arasında cereyan eden bir ihtilâfta Seine Hukuk Mahkemesinin Birinci Dairesi (2 nci kısım) 14 Ocak 1955 tarihinde bu son tefsiri teyit etmiştir⁹. Mezkûr hâdisede 8 tahta kasa içinde 16 külçe altın AİR FRANCE şirketine teslim edilmiş ve bu şirketin merkez acentasında her kasanın hakikî ağırlığı ve ambalâjların durumu kontrol edildikten sonra kasalar tesellüm edilmiştir. Müteakıben AİR FRANCE şirketi bunları kendi mes'uliyeti altında Orly hava meydanına naklettirmiş ve orada kasaların durumu, nakillerini Kahire transit hava meydanına kadar deruhte etmiş olan hava hostesi tarafından yeniden tetkik edilmiştir. Kahire hava meydanında yeni kontrollerden sonra emtiayı BEYRUT'a kadar nakledecek olan AİR LİBAN şirketi de işe müdahale etmiştir. Muhatap bankanın memurlarına teslimleri esnasında kasalardan birinin mukaveledeki ağırlığından dûn olduğu görülmüştür; filhakika bir gümrük memurunun, nakliye şirketinin bir mümessilinin ve bankanın bir memurunun huzurlariyle açılan ihtilâflı kasanın yalnız bir külçe ihtiva ettiği ve ağırlık farkının noksan olan ve ambalâjı el'an kasada bulunan külçenin ağırlığına tekabül ettiği tespit edilmiştir. Bu şartlar muvacehesinde hâkimler, Varşova Konvansiyonunun «mütevali nakliyat» bahsinde 30 uncu maddesinin 3 üncü bendinde gönderenin birinci nakliyeciyeye karşı hakkı rücuunu istimal edebileceği buna mukabil gönderilenin son nakliyeciyeye aleyhine hareket edebileceği hükmünü ihtiva eylediğini de nazara alarak AİR LİBAN şirketi tarafından irtikâp edilen kusuru araştırmak mevkiinde bulunmuşlardır. Bu hususta, uçağın Beyrut hava meydanına muvasalatında, kasaların şirketleri namına Lübnan gümrük antrepolarına tevdiine müsaade etmezden evvel, ağırlıklarını kontrol ile muvazzaf bulunan AİR LİBAN'ın iki memurunun hiçbir itirazda bulunmadan, gümrük memuru tarafından bir ambar zaptının tanzimine müsaade ettiklerine hükümde işaret edilmiştir; binnetice bu vesikada ihtilâflı kasanın ambalâjı ve bilhassa taaruzdan masuniyetinin teminatı olan haç şeklindeki çember hakkında hiç bir işaret mevcut değildi, buna mukabil Pariste, harekette, yüklendiği zaman 38 kilo 450 gram ağırlığında bulunan bir kasa için 15 kilogramlık bir ağırlık tespit edilmekteydi; hattâ bu iki memur keyfiyeti bankaya bildirmediikleri gibi, hareket tarzları o derece şüpheli görülmüştür ki, bu hâdise neticesinde AİR LİBAN şirketi tarafından işlerine nihayet verilmiştir. Bu itibarla, hâkimler, nakliyecinin memurlarının «göze görünen» bir suç ortaklığını belirtebilecek durumdaydılar. Fakat 22 nci maddede yazılı mes'uliyet tahditlerini bertaraf etmek için bunun zarurî olmadığı kanaatini izhar

9) *Revue Gén. de l'Air*. 1955, 61 ve not.

etmişlerdir; AIR LIBAN'ın müstahdemlerine ait «büyük ihmâl» ve «ağır dikkatsizlik» bu tahditleri bertaraf etmeğe fazlasiyle kifayet etmektedir.

Fakat bazı müfessirlere göre, ağır kusur ve daha doğru bir ifade ile «müracaat olunan mahkemenin kanunlarına göre kasta muadil telâkki edilen kusur» hakkındaki bu geniş telâkki, milletlerarası hava nakliyatında bu şekilde yerleşmemelidir. Haddizatında sarîh olan, «müracaat olunan mahkemenin kanunlarına» yapılan atfın ancak izafî bir kıymeti vardır. Fransız hâkimi, kendi bakımından beynelmilel mahiyette bir emredici kaideye riayet etmelidir¹⁰. BROCHE - HENNESSY dâvasında Seine Hukuk Mahkemesinin Birinci Dairesi tarafından 24 Nisan 1952 tarihinde verilen kararda bu temayül müşahede edilmektedir¹¹. Filvaki, hâkimler, nakliyecinin iddialarını reddederek, hilâfına bir sarahat bulunmadıkça «kanun vazınının kast için derpiş eylediği hükümleri ağır kûsura tatbik eden Fransız hukukunun tefsirine» bir mâni bulunmadığını beyan etmişlerdir. «Daha iyi bir hal tarzı bulunmaması sebebiyle değil, fakat muhtelif sistemlerin mukayesesi neticesinde, Roma hukukunun mirası olan bu hukukî vecizenin bütün sistemlerin kaidesi olduğu içindir ki, tevhit düşüncesiyle hareket eden murahhasların istemiyerek millî hukuka atfı kabul ettiklerini» müşahede etmişlerdir. Hattâ mahkeme «pratik bakımdan ağır kûsur ile kastı ihtiva eden Anglo - Sakson hukukunun «*wilful misconduct*» mefhumu muvacehesinde ancak ehemmiyetsiz tefsir farklarının mevcut bulunabileceğini» takdir etmiştir. Şu halde «bütün âkit devletler için azamî imkânlar dairesinde muteber olabilecek umumî kaideler vazetmek» lâzım gelir. Bu mühim kararın müelliflerine rehber olan endişe budur, zira ağır kusuru şu şekilde izah etmektedirler: «ne *culpa in concreto*'ya, ne meslekî kusura, ne de cezaî suça irca edilemiyen» bir hareket tarzıdır; «garabetile mahiyetini belli eden, ehliyetsizliğin veya delicesine kaygusuzluğun hâkim olduğu», «dikkatsizlik, kabiliyetsizlik, akılsızca hareket, şuurlu cür'etten ibaret olan» bir hareket tarzı olmalıdır. Binaenaleyh, fail «zarar vermek iradesini haiz olamayacağını», veya hiç olmazsa «muhtemel görülebilen ve fakat cür'etkârane şekilde kabul edilen bir tehlikenin serinkanlı şuuruna» malik olmadığını veyahut ta «en aptal bir insanın bile ika edemiyeceği» bir fiil ile «ehliyetsizlik ve dikkatsizlik» gösterdiğini ispat ettiği takdirde bu kusurun kasta olan temessülünden doğan neticeler ortadan kalkar.

10) Bu hususta bak. CHAUVEAU, *L'accident des Açores et la responsabilité du transporteur aérien*, *Rev. Fr. de Droit Aérien*, 1952, 239 ve dv.

11) *Rev. gén. de l'Air*, 1952, 162, note TRICAUD; St. ALARY, *Journal de droit international*, 1952, 870; De JUGLART, *Dol et faute lourde dans le transport international*, J.C.P. 1952, I, 1010.

Şimdi, Paris İstinaf Mahkemesi tarafından 25 Şubat 1954 tarihinde, bahis mevzuu edilen BROCHE - HENNESSY işinde yapılan tashihi¹² mâna ve şümulü anlaşılmaktadır. Daha evvel de işaret eylediğimiz veçhile, mahkeme, «zarar failinin bilerek, kasten ve fiilinin muhtemel neticelerine ehemmiyet vermeden hareket etmesinin zarurî olmadığını» beyan etmemiş midir? «Hassaten vahim bir ihmal, bir kaygusuzluk, bir cür'etkârane hareketten» ibaret bir ağır kusurla iktifa etmemiş midir?

Fakat birkaç ay sonra, Seine Hukuk Mahkemesinin Birinci Dairesi bu son tefsir tarzına riayet etmemiştir. 2 Temmuz 1954 tarihinde *DEL VINA hâdisesinde*¹³ eski görüşünü muhafaza etmiştir, ve iki sene evvel Açores adalarındaki kaza hakkında vermiş olduğu kararda kullandığı bazı formülleri bu kararda da aynen bulmak kabildir.

Fransız jürisprüdansının ve bilhassa Seine Hukuk Mahkemesinin Birinci Dairesinin 24 Nisan 1952 ve 2 Temmuz 1954 tarihli iki kararının tahlili, 25 inci madde münasebetiyle yabancı mahkemelerin vermiş oldukları kararlara daha iyi hâkim olmamıza imkân vermektedir. Bu mahkemeler Varşova Konvansiyonunun 22 nci maddesindeki mes'uliyeti tahdid eden halleri, Fransız hukukundaki telâkkimiz veçhile, faile isnat olunan kusurun kasta pek yakın olması halinde bertaraf edilmesini kabul etmektedirler. Filhakika Brüksel Mahkemesi, ağır kusurda «ilk nazarda zarar vermek kastının hariç olduğuna» işaret etmiş ve fakat «failin, *hemen hemen kastın mevcudiyetini tahmin ettirecek* bir ihmal veya dikkatsizlik ile hareket etmesinin» zarurî olduğunu derhal ilâve etmiştir¹⁴.

Bu son senelerde, Amerika Birleşik Devletlerinde tekâmül etmiş olan mebzul jürisprüdans'ı bu son temayül muvacehesinde tahlil etmek lâzım gelir. «*Muhtemel neticelerine karşı lâkayt ve cür'etkârane bir yılmama zâklâ*» hareket eden hava nakliyecisinin mes'uliyetinin bahis mevzuu edildiği Amerika Birleşik Devletleri İstinaf Mahkemesi, COLOMBIA kaza dairesinin 26 Eylûl 1949 tarihinde vermiş olduğu bir karara Seine Mahkemesi tarafından açıkça atıfta bulunulmuştur¹⁵. Temelinde muzir bir niyet, bir hile veya bir aldatma bulunan bir haksız fiil olarak evvelce aynı mahkemenin aynı kaza dairesinde izah eylediği «*Wilful*

12) Evvelce zikredilen karar: bakınız not 6.

13) *Rev. Fr. de Droit aérien*, 1954, 191; J.C.P. 1954-II-8317, note de JUGLART; D. 1955 Som. I.

14) 6 Mayıs 1950, *Rev. Fr. de Droit aérien*, 1950, 411.

15) *ULEN* dâvası: *Rev. gén. de l'Air* 1949, 429; 1949 U.S.-Av. R. 338.

misconduct» ibaresinin mânası da hakikaten bu olmak lâzımgelir¹⁶. Amerikalı hâkimler nazarında bu niyet tespit edilmiş olmalıdır, bu hususta delil fikdanı halinde, mes'uliyet tahditleri tatbik edilmektedir¹⁷.

En yeni Amerikan jürisprüdansının tahlili «kasta muadil kusur» mevzuunda mevcut olan bu ipham hissini teyit etmektedir. Meselâ *GOEPP* hâdisesini misal olarak alalım:¹⁸ 3 Ekim 1946 da New - York'tan Frankfurt'a gitmesi icap eden bir hava gemisinde ölen bir yolcu hakkındadır. Kaza *STEVENSVILLE*'de vuku bulmuştur. Kazanın, pilotun hava meydanı hakkındaki bilgi noksanından mütevellit olduğunu istidlâl etmek imkânını bahşeden bazı deliller gösterilmiştir. Diğer taraftan mahkeme jüriye aşağıdaki talimatı vermiştir: «*Wilful misconduct*» mahiyeti itibariyle muhtemelen cismanî veya maddî zararlar tevhit edebileceğini bilerek bir fiili serbestçe ve kasten ika etmektir; aynı ibare failin, muhtemel neticeleri hakkında lâkaydî, hissizlik, ehemmiyet vermezlik göstermesi suretiyle bir fiili kasten, cür'etkârane ve düşüncesiz bir tarzda ika etmesi mânasına da gelir; keza «*Wilful misconduct*» ibaresi, bu ihmalin muhtemel neticesinin cismanî ve maddî zararlar olduğunu bilerek, serbestçe ve kasten bir fiilin ihmali ile ademi icrasını istihdaf eyler; bir ihmalden normal olarak tevellüt etmesi icap eden neticeler hakkında bir lâkaydî, bir hissizlik, bir ehemmiyet vermezlik mânasına gelecek şekilde bir fiilin kasten ademi icrasını da bu zaviyeden mütalâa etmek lâzım gelir. Bu *GOEPP* hâdisesinde, jüri ikiye karşı on reyle mağdurun talebini kabul etmiş ve kendisi için 75.000 dolar tazminata hükmetmiştir. Fakat New-York devleti, İstinaf Mahkemesi Birinci Dairesi 16 Aralık 1952 de bu kararı tâdil etmiştir¹⁹. Dâvalının suiniyetle hareket ettiğine dair hiçbir delil bulunmadığı neticesine varmıştır. noktai nazarına göre bir fiile «*Wilful*» (kastî) vasfını verebilmek için, alâkalı şahıs veya şahısların, (Varşova Konvansiyonununun 25 inci maddesinin 1 ve 2 nci bendlerine nazaran nakliyeciler veya müstahdemlerinin) neticesi başkasına zarar tevhitli olan bir fiil veya bedihî bir vazifeyi ika

16) *Rev. Gén. de l'Air*, 1948, 646, mütalâa GRINBERG-VINAVER; maamafih bakınız: *HAZEL* dâvası, U.S.A. İstinaf Mahkemesi, New-York cenup kaza dairesi, 17 Ocak 1949, *Rev. Gén. de l'Air*, 1949, 429.

17) States of New-York, West Chester county Suprême Court, *LEE c/Panamerican*, 1950 U.S. Av. R. 290; karşılaştırınız, United States Court of Appeals, second circuit, *PEKELIS c/ TRANSCONTINENTAL*, 1951 - A.L.R. 17-440.

18) New-York Devleti, New-York Kontesi, 25 Ekim 1951 ve 7 Ocak 1952, U.S. Av. R. 1951, 525/529.

19) U.S. and Canadien Av. R. 1952, 486/493.

veya ihmâl kastına serbestçe sahip olmaları icap eder; netice itibariyle failin zarar ihtimalini hakikaten görebilmiş olması ve fakat hatalı hareketinin muhtemel neticelerini nazarı itibare almamış olması gerekir²⁰. FROMAN ROSS ve MARKOFF c/ P.A.A. dâvasında²¹ New-York'tan Londraya giden iki yolcu, buldukları transatlantik deniz uçağı 22 Şubat 1943 de Lizbon'da Taj nehrine düştüğü sırada yaralanmışlardı. Mahkeme, muhtelif izahat meyanında jüriye şunları bildirmiştir: *Wilful* umumiyet itibarile «kastî» demektir, yani kimsenin yalnız bir fiili ika etmesi değil, aynı zamanda husule gelen neticeyi meydana getirmek istemesi veyahut ta husule gelecek muhtemel neticeleri bilerek ve cür'etkârane bir şekilde bu fiili ika etmiş olması demektir. Velhâsıl, 25 inci maddenin tatbik edilebilmesi için mahkemenin nazarında üç unsurun mevcudiyeti zaruridir: evveleminde fiili ika kastı, saniyen mezkûr fiilin neticelerinin bilinmesi ve bunların nazara alınmaması hususunda sabit bir fikir ve nihayet kazanın bütün bu hallerin neticesi olması. Bu itibarla FROMAN dâvasında, 25 inci maddenin bertaraf edilmesine hayret edilmiyecektir.

Bu muhtelif kararlar, Fransız hukukunda «bağışlanmaz kusur» olarak tesmiye ettiğimiz hale çok yakın bir kusur nev'ini tebarüz ettirmektedir, ve bu itibarla bu hususta mahkemelerimizin tereddütlerinin ne kadar büyük olduğunu hatırlatmanın alâka uyandırıcı olacağını zannediyoruz. Münhasıran kanun vazının iş kazaları ve meslekî hastalıklardan korunma hakkındaki bugün mülga olup yerine 30 Ekim 1946 tarihli kanun ikame edilmiş bulunan 9 Nisan 1898 tarihli kanunun 20 nci maddesinde kullandığı tâbirlerden dolayı olsa bile meselenin Fransada arzettiği ehemmiyet büyüktür. 1898 tarihli kanunun 20 nci maddesinde olduğu gibi yeni kanunun 65 inci maddesi de «bağışlanmaz» kusurun, işveren veya mağdur tarafından işlenmesi ihtimallerine göre tazminatı tezyit veya tenzil edebileceğini derpiş etmektedir. 15 Şubat 1938

20) Bu hususta, dâvacıları, Bombay'de Santa-Cruz hava meydanı civarında düşen bir hava gemisinde buldukları sırada ölen dört Amerikalı gazetecinin dul karıları ve çocukları olan *BRANYAN WERKLEY, BARROWS ve GRATKE c/ K.L.M.* dâvasına bakınız. - U.S. District Court Southern District of New-York, 20 Şubat 1953. *U.S. Av. R. 1953-27-35*; Mahkeme Hindistan Yüksek Mahkemesinin delâletiyle ve istinabe yolu ile Bombay havalisinde bulunan 30 şahidin sorgusunu yaptırmış ve bilhassa nakliyecinin iddiası veçhile kazanın Bombay'da iniş ameliyeleriyle tazif edilmiş olan Hintli personelin uçağın mürettebatına vermiş olduğu hatalı talimat yüzünden kazanın vukua gelip gelmediğini tahkik etmiştir.

21) New-York Devleti, New-York Kontesi, Yüksek Mahkeme 19 Mart ve 15 Nisan 1953, *U.S. Av. R. 1953,I,26*.

tarihli bir kararda Temyiz Hukuk Dairesi ²² «kusurun bağışlanmaz vasfının, bu kusurun irtikâbında bir iradî unsurun mevcudiyetine tâbi tutulmayacağını beyan etmiştir. Bu suretle bağışlanmaz kusurdan iradî unsur ortadan kaldırınca Temyiz Mahkemesi bu kusuru Fransız hukukunda «ağır kusur» olarak tesmiye ettiğimiz kusurla aşikâr bir şekilde karıştırmış bulunuyordu. Kanun vazının emniyetini azamî derecede temin etmek istediği bir sahada işçi bizzarur bu tefsir tarzından zarar görecekti. Fakat bu meseleyi tetkik eden Heyeti Umumiye 15 Temmuz 1941 tarihli ehemmiyetli bir kararda ²³ bu son temayüle karşı aksülâmel gösterecekti. Bu ândan itibaren işverenden sūdûr ettiği zaman tazminatı tezyit, işçiden sūdûr ettiği zaman ise tenzil ettirebilen bağışlanmaz kusur müfessirlere göre hile ile ağır kusur arasında aşağı yukarı yarı yolda bulunmaktadır. Filhakika, her şeyden evvel kasttan ayırt edilmelidir. Kast nedir? Esasında niyet bulunan bir kusurdur. Bağışlanmaz kusur nedir? Esasında irade bulunan bir kusurdur. ROUAST'ın pek doğru olarak işaret ettiği veçhile irade ve niyet müteradif kelimeler değildir. Bir fiil hakkındaki irade, muhakkak surette o fiilden kendisi veya başkaları için bir zararın meydana gelmesini arzu etmek değildir. Meselâ bir işçiyi bilerek bir tehlikeye maruz bırakan müteşebbis umumiyet itibariyle bundan bir kazanın meydana gelmesini arzulamış değildir; keza, sarih bir yasağa rağmen kendisini bir tehlikeye maruz bırakan işçi de umumiyetle bir kazanın neticelerine tahammül etmek arzusunda değildir. Bağışlanmaz kusurun failini karşısında gören hâkim her şeyden evvel, failin fiilin tehlikeli neticeleri hakkında, mesele ehlivukufların beyanına nazaran san'atın en iptidaî kaidelerini nazara almadan inşa edilen bir binanın yıkılma tehlikesi hususunda bir şuurra sahip olup olmadığı sualini cevaplandırmalıdır.

Netice itibariyle, Temyiz Mahkemesi Umumî Heyetinin prensip tarifine göre bağışlanmaz kusur, gerek bedaheti, gerekse fiil veya ihmalin vahameti sebeplerile tehlikesi hakkında failinde bulunması icap eden şuurla işlenen iradî bir fiil veya ihmali tazammun eder. Temyiz Mahkemesi, iş kazaları mevzuunda, ağır yaralı kazazedenin bütün bir gece ve şiddetli soğukta dışarıda bırakılması, personel tarafından mukaddema yapılan ihtarlara rağmen bir nizamname tarafından vazolunan hükümlere riayet etmemek hususundaki ihmal, bilhassa tehlikeli bir işi tecrübesiz bir işçiye tevdi eden işverenin irtikâp eylediği tedbirsizlik gibi hallerde bağışlanmaz kusuru mevcut görmüştür. Mahkemelerimiz, mağ-

22) *Dalloz heb.* 1938, 181.

23) *Dal. Crit.* 1941, J. 117 note ROUAST; *J.C.P.* 1941,II,1705, note MİHURA.

durun işverenin tehlikeyi hakikaten bildiğini ispat etmesini talep etmemektedirler; kusur failinin her makul insan gibi bu tehlike hakkında bir şuura sahip olmasının gerekli bulunması kifayet etmektedir²⁴. *Sté SA-INT RAPT ve BRICE* dâvasında, Hukuk Dairesi 12 Mart 1953 tarihinde²⁵ «tedbirlere vahim ve iradî riayetsizliğin», «işçilerinin hayatını düşünen her insanın irtikâp etmiyeceği hatalı ihmalin» bir bağışlanmaz kusur teşkil ettiğine karar vermiştir; filhakika şirket, işçilerini, sıraları bulunmayan, ehliyetsiz bir şoför tarafından idare edilen ve hattâ umumî nakliyata tahsis edilmemiş bulunan bir kamyonla nakletmişti.

O.A.C.İ. nin Hukuk Komitesi tarafından Varşova Konvansiyonunun tâdili maksadiyle Eylül 1953 te Rio de Janeiro'da hazırlanan projede bu bağışlanmaz kusur mefhumunu buluyoruz. Eğer 6 Eylül 1955 tarihinde La Haye'de toplanması icap eden diplomatik konferans bu tadilâtı kabul ederse, 25 inci madde için, hava gemilerinin yeryüzündeki üçüncü şahıslara ika ettikleri zararlar hakkında 7 Ekim 1952 tarihli Roma Konvansiyonununun 12 nci maddesinin 1 inci bendine mümasil bir formüle sahip olacağız²⁶. Şu halde muaddel meitn, müstahdemlerin mevzuubahis olması halinde vazifeleri dairesinde hareket ettikleri ispat edilmek kaydı ile, zararın, nakliyecinin veya müstahdemlerinin bu zarara sebep olmak kastiyle iradî bir fiil veya ihmallerinden doğduğu ispat edildiği takdirde 22 nci maddedeki mes'uliyeti tahdit eden hallerin tatbik edilemeyeceğini derpiş edecektir.

Fransız kanun vazınının da aynı istikameti takip ettiği görülmektedir. Filhakika Cumhuriyet Konseyinin 4 Mart 1954 tarihli kararında izhar eylediği arzu üzerine²⁷ Vekiller Heyeti tarafından tasvip edilen dahilî hava nakliyecisinin mes'uliyetine dair kanun projesine nazaran, dahilî hava nakliyecisinin mes'uliyeti beynelmîel hava nakliyecisinin tâbî olduğu rejime çok yakın olmalıdır. Bu suretle bu mes'uliyet evvelâ mevcut farzedilecektir²⁸. Fakat 31 Mayıs 1924 tarihli kanununun 42 ve 48

24) Bu hususta bakınız, Nimes, 6 Temmuz 1942, J.C.P. 1942,II,2069 note GAUGUIER.

25) D. 1953, J. 338.

26) Bu konvansiyon hakkında bakınız de JUGLART, *La Convention de Rome du 7 Octobre 1952*, Les Editions Internationales, Paris 1955).

27) J. O. 5 Mart 1954, Deb. Parlem. Conseil Républ. sah. 301).

28) Madde 3, maahaza zararın tamamen veya kısmen mücbir bir sebepten, veya naklolunan şeye hâs bir kusurdan veya gönderen, yolcu veya gönderilene atfedilebilen bir kusurdan ileri geldiğini ispat etmekle nakliyeciyeye mes'uliyetten kurtulma imkânını vermektedir. Madde 6.; nakliyecinin «zaruri tedbirleri» aldığını ispat etmekle mes'uliyetten beri' olmasını kabul eden Varşova konvansiyonu formülünün Fransız projesinde nazara alınmadığına dikkat edilmelidir.

inci maddelerinde hâlen mevcut olan ademi mes'uliyet hallerinin bertaraf edilmelerini telâfi etmek için, hava nakliyecisi projenin 4 üncü maddesine göre Varşova Konvansiyonu veya bu Konvansiyonu ileride tâdil edecek olan metinler tarafından kabul edilen mes'uliyet hudutlarını dermeyana salâhiyetli olacaktır. Fakat aynı projenin 6 ncı maddesine göre nakliyecisi «zararın hilesinden veya *bağışlanmaz kusurundan*, veya vazifelerini ifa etmekte olan müstahdemlerinden birinin hilesi veya bağışlanmaz kusurundan meydana geldiği» takdirde mes'uliyetini bertaraf eden veya tahdid eden hükümlere istinat edemeyecektir. Bu son istisna doktrinde bazı ihtirazî kayıtların dermeyanına sebep olmuştur²⁹.

Terc. Sahir Akev

Michel de Juglart

29) Bu hususta bakınız, CHAUVEAU, *Le Projet de Loi sur la Responsabilité du transporteur par air*, D. 1955, Chr. p. 81 et suiv. ve de JUGLART, *Principes directeurs de la responsabilité aérienne en Droit français*, pek yakında *Mélanges en l'honneur du professeur Antonio Ambrosini*'de intişar edecektir.