

**BORÇLAR KANUNUNUN 41 İNCİ MADDESİNDEKİ
«HAKSIZ BİR SURETTE» (1) TABİRİ
ETRAFINDA BİR İNCELEME**

Albert Richard

Cenevre Üniversitesi Medeni Hukuk Profesörü

Haksız fiillerden mütevellit sübjektif mes'uliyetin mevcut şartları ve Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin tâdat ettiği unsurları meyanında her zaman gayet çetin münakaşalara mevzu teşkil etmiş olan bir unsur mevcuttur. Bilûmum hukukçular şahsî mesuliyet şeraiti olarak, bir zararın vukuunu, bir kusurun mevcudiyeti-

(1) Fransızca «*D'une manière illicite*» ve almanca «*Widerrechtlich*» tâbirine mukabil kanunumuz «*haksız bir surette*» tâbirini kullanmıştır. Fakat bu tâbir mânayı lâyıkile ifade etmediği ve bazı iltibaslara mahal verdiği için Türk doktrini bu hususta muhtelif tabirler istimal etmiştir; ezcümle :

a) Merhum Prof. *Hacı Adil* «gayri meşru' veya gayri kanuni bir tarzda» (Borçlar Kanunu şerhi, cilt 1, sahife 239, No. 11);

b) *Sabri Şakir* ve *Fuad Hulûsi* aynen kanunun tâbirini muhafaza ederek umumiyetle «haksız bir surette» (Borçlar Kanunu Şerhi, sahife 110) ve bazan da «kanunen mezunu bih olmıyan» (sahife 103) şeklinde bazı tâbirler kullanmışlardır.

c) *Esat Arsebük* kanunun tâbirini kabul ve «haksız» kelimesini muhafaza eylemiştir. (Borçlar Kanunu umumî hükümleri, sahife 260, III).

d) Prof. *Samim* de «başkasının bir hakkını ihlâl», «kaidei hukukiye muhalif hareket» tâbirlerini kullanıyor. (Borçlar Hukuku, sahife 147).

e) Henüz intişar etmekte olan Borçlar Kanunu şerhinde *Mustafa Reşit Belgesay* «haksız fill» tâbirini mükerreren istimal ediyor. (Sahife 54, No. 1, b; Sahife 55 B).

f) *Hıfzı Veldet* ve *Cemal Hakkı Selek* Fritz Funck'un tercemesinde «hukuka aykırı bir surette» tâbirini istimal etmişlerdir.

Kanaatimize göre ve bu makalenin tetkikinden çıkacak olan netice-

ni ve zarar ile kusur arasında bir illiyet rabitasının vücudu lüzumunu kabul etmekte mutabıktırlar. Buna mukabil ve kanunun lâfzına rağmen, «hukuka aykırı» tâbirinin mânâsı ve mesuliyetin umumî hükümleri meyanında fiilin hukuka aykırı vasfına yer verilip verilmemesi hususunda bir kararsızlık hüküm sürmüş ve halen de sürmektedir. Bu mesele her ne kadar ve her şeyden evvel nazarı ise de, aynı zamanda pratiktir de, zira zararın tazmini sahasında vazı kanunun metalibatını sarahatle tayin etmek çok mühimdir. Burada mevzubahs olan yalnız bir ıstılah veya teşrii teknik münakaşası olmayıp, borç doğuran sebeplerden en esaslı birinin özü ve ruhu mevzubahistir. «Kanuna aykırılık» kusurdan farklı mıdır; yoksa tazminat borcunu doğuran bir fiilin mevcudiyetine hükm için bu ikisinin tereküp etmesi lâzım mıdır; yoksa hukukun ihlâlini, gayrı kanunî bir hareket tarzını tazammun eden kusurun bir veçhesi midir? Bu suale cevap vermeğe çalışırken, sık sık zikredilen bu kanun hükmünün (2) tatbikatta husule getirdiği esaslı müşküllerin sebeplerini tasrih etmeğe ve doktrinin ortaya attığı formlerden birinin tatbikattaki bazı kararsızlıkları bertaraf etmeğe müsait olup olmadığını tayin etmeğe çalışacağız. Burada meseleyi baştan ve teferrüatle ele alacak değiliz. Oser - Schönerberger, Becker, Martin, von Thur, Guhl'un kıymetli şerhlerinde ve Ernst (3) ile Pfister (4) in değerli etütlerinde bu mesele mufassalan izah edilmiştir. Sonu gelmiyecek olan bu münakaşayı biraz canlandırmak için bir kaç umumî mülâhazayı arz ile iktifa edeceğiz.

ye müsteniden en doğru tâbir de budur. Zira haksız fiilin bu unsuru, mes'uliyetin objektif bir şartı olarak telâkki edildiğinden objektif mânâda «Hukuk» tâbirini kullanmak, ve sübjektif hak fikir ve zehabını tevhit eden «haksız» tâbirini, yani failin sübjektif hakkı olmaksızın zararı ika' ettiği mânâsına gelen tâbiri bertaraf etmek münasip olur.

Mahaza makalenin başlığının tercümesinde, kanunun ibaresine hürmeten «haksız bir surette» tâbirini kullanıyorsak da mâna ve muhteva itibariyle «hukuka aykırı bir surette» olarak kabul ve telâkki edilmek lâzım gelir. Ancak makalede her iki tâbir de kullanıldığından «haksız bir surette» yi «sans droit» ve «hukuka aykırı bir surette» yi de, «d'une manière illicite» mukabili olarak kullanıyoruz.

(2) B. K. mad. 41, fık. 1. : «Gerek kasden, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika' eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.»

(3) August Ernst, Die Bedeutung des Merkmalms «Widerrechtlich» in Art. 50 des Schweizerischen Obligationenrechts, Leipzig, Aarau, 1910.

(4) Paul Pfister, Fragen aus dem Gebeite der wiederrechtlichkeit, tez Zürich 1925.

I

**Doktrin ve Jürisprüdans'da «Haksız bir surette»
tâbirinin mânası**

1) — *Eski Borçlar Kanununun 50 inci maddesinin tahrir tarzı.*

«Hukuka aykırı bir surette» tâbirinin mânasını lâıykile anlayabilmek için, bu tâbiri ihtiva eden kanunî hükmün menşesine kadar çıkmak lâzımdır. Bu mesele avukat Auguste Ernst'in 1910 senesinde Leipzig Hukuk Fakültesinde müdafaa ettiği doktora tezinde derin bir şekilde tetkik edilmiştir. Federal Meclisin 27 İkinciteşrin 1879 tarihli mesajı diyor ki: «Proje, haksız fiillere müteallik hükümlerinde fransız hukukunun bir prensibini kabul etti...»; bu prensip fransız Medenî Kanununun 1382 ve 1383 üncü maddelerinde beyan edilmiş olan prensiptir. (5) Bu âne kadar alman ana hukukuna (droit commun) göre, alelâde bir ihmalin tazminat davasına sebep teşkil edebilmesi için ya maddî bir eşyanın tahrip edilmiş olması veya cismanî bir zararın, meselâ ahârın sihhatinin ihlâl edilmiş bulunması icabederdi. Fransız hukukundan mülhem olan İsviçre vazı kanunu, mukavele harici hukukî mesuliyet sistemini umumileştirdi ve haksız fiiller ile husule getirilen bilûmum zararların tazminini derpiş etti. Mezkûr mesaj, 1881 tarihli Borçlar Kanununun sistemini teşkil edecek olan nizamı şu şekilde izah etmektedir. : «Bir haksız fiil sebeble (bir mukavelenin ademi icrası bundan hariç tutularak), zarar ve ziyan talebini haklı göstermek için zararı husule getiren kanuna muhalif (6) her hangi bir fiilin mevcudiyeti ve failin bu hareketinin kanuna mugayir olduğunu bilmesi veya daha fazla bir dikkat sarfile bunun böyle olduğunu öğrenmesi ve bu şekilde husule gelen zararı bertaraf edebilmesi kâfidir. Bu dikkat umumî efkâr ve telâkkiye uygun veya kanunun hükmüne nazaran kendisinden muhik bir şekilde beklenebilen dikkat ve ihtimamdır.» (7)

(5) Borçlar ve Ticaret Hukukuna dair federal bir kanun projesi hakkında Federal Meclisin mesajı, *Feuille Fédérale*, 1880, I, Sahife 148.

(6) Mesajın almanca metni «eine objektiv rechtswidrige Handlung» ibaresini, fransızca metni de «un acte quelconque contraire à la loi» tâbirini kullanmıştır.

(7) Temmuz 1879 tarihli projenin 56 ncı maddesi şu mealde idi: «Kanuna muhalif bir fiilyle ahara zarar ıras etmiş olan her şahıs, fiil gerek kasden, gerek ihmal veya tedbirsizlik ile icra edilmiş olsun, zararı tazmin ile mükelleftir.»

Maddenin almanca metni «durch widerrechtliches Handeln», fransızca metni de «un acte contraire à la loi» dir.

Millî Meclis dahilinde Ruchonnet, projedeki metin yerine Fransız Medenî Kanununun 1382 ve 1383 üncü maddelerinin ikamesini teklif etmiş, fakat komisyon reisi ile projenin raportörü, projenin 56 ıncı maddesinin esasen bu iki madde hükmünü cemettiğini beyan etmişlerdir. Teklifi bu şekilde reddedilince, Ruchonnet «kanuna muhalif» (contraire à la loi) tâbiri yerine «haksız» (sans droit) kelimelerinin konulmasına muvaffak oldu. (8) Bu husustaki uzun nazari münakaşalar ağılebi ihtimal bu hâdiseden doğmuştur.

Mahaza bu keyfiyet, tâdil komisyonunca ancak tahrir tarzının bir tâdili olarak kabul ve telâkki edilmiştir. Hakikat halde Ruchonnet'nin teklifleri kaidenin esasına temas etmekte ve komisyonun ne reisine ve ne de âzâlarınca anlaşılmamış olan bir telâkkinin mahsulü bulunmakta idi.

Eski Borçlar Kanununun 50 inci maddesinin meali malûmdur:

«Gerek kasden, gerek ihmal veya tedbirsizlikle haksız olarak ahara zarar iras eden kimse (9) bu zararı tazmin ile mükelleftir.»

Haksız fiillerden mütevellit mesuliyete ait maddenin tahririnde her ne kadar Fransız Medenî Kanunu İsviçre vazı kanununa modelik yapmış ise de, «Widerrechtlich» (hukuka aykırılık) kelimeleri Fransızca metindeki «sans droit» (haksız) kelimesi arasındaki fark iki mevzuat arasında mühim ve tahmin edilmedik bir inhihaf arz etmektedir.

Tamamile sübjektif olan Fransız sistemine, İsviçre vazı kanunu objektif bir mefhum olan «kanuna aykırılığı» ithal ederek aynen kusur gibi bu unsuru mesuliyetin esas şartları mertebesine çıkardı. Burada Alman hukukunun tesiri açıkça müşahede edilmektedir. Hukuka aykırı bir tarzda ika edilen zarar mefhumu (Jede widerrechtliche Schadenzufügung), Alman Medenî Kanunu projesine tekaddüm eden projelerden çok evvel eski Prusya Hukuku ile Saksonya Kanununun kabul edilmiş olan bir mefhumdu. Bu projeler zararın tazmini mükellefiyetini, her ferdin aharın hukukî sahasına hürmet etmek ve bu sahaya hukuka aykırı herhangi bir tecavülden içtinap etmek prensibine ibtina ettiriyorlardı. (10).

Borçlar Kanununun ıslah ve tâdili sırasında, 1905 ve 1909 ta-

(8) Ernst, Op. cit., sah. 20.

(9) «Wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt.»; «Quiconque cause sans droit un dommage...»

(10) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Cilt II, sah. 724 ve mü.

rihli projelerde muhafaza edilmiş olan «haksız» kelimesi, 30 Mart 1911 de nihai reye arzedilen metinde «hukuka aykırı bir tarzda» kelimelerine inkılâp etmişti. Bu tâdil tahrir komisyonunun eseri olmuştur. Bu suretle «haksız» ve «hukuka aykırı» kelimelerinin tefsiri hususunda doktrinde yer almış olan mühim ihtilâf hiç münakaşa edilmeksizin tasfiye edilmiş bulunuyordu. Bu iki tâbir hukukî rabitanın mahiyeti hakkındaki telâkkiyi muhtelif tarzlarda ifade eder. Tazminat mükellefiyetini doğuran fiilin «hukuka aykırı yani haksız» olması lâzım geldiği söylenemez.

2) — *Eski Borçlar Kanununun 50 inci maddesindeki «haksız» ve «hukuka aykırı» tâbirlerinin mânâsı hususunda ihtilâf.*

Vazı kanunun düşüncesile İsviçre hukukçularının düşüncesinde bu tâbirlerin mânâsı hususunda tâ iptidaen bir anlaşamamazlık mevcut olduğu söylenebilir. Yukarıda zikrettiğimiz fransızca ve almanca metinler arasındaki fark, bu sui tefehhümü idame ettirdi. Bugün, bu münakaşanın hitama ermiş olduğu söylenebilir. Mamefi, meselenin ne şekilde tecelli ettiğini tetkik ve birbirine karşı cephe almış olan iki telâkkiyi mukayese etmek faideden hali değildir. Bu tetkik, Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin tefsirinde halen rastlanmakta olan bazı müşküllerin anlaşılmasına da yardım eder. (11)

Şerhler umumiyetle Rensing (12) in, Walter Burkhardt (13) in, C. Chr. Burkhardt (14) in ve Ernst'in sübjektif nazariyelerine ve Th. Weiss (15) ile Specker tarafından kabul edilen objektif nazariyeye işaret etmektedirler. Bu sübjektif ve objektif vasıflar o kadar münakaşaya müsaittir ki, Rensing bizzat «kanuna aykırılığın» kendi düşüncesine göre objektif bir mefhum olduğunu yazıyor. (16).

(11) Kanunumuzda «illicite» tâbiri mehaza göre yanlış tercüme edilmiş olduğundan, bu münakaşa Türk Borçlar Kanununun anlaşılması ve Türk Hukukunun inkişafı için bilhassa ehemmiyeti haizdir.

(12) *François Rensing*, «Die widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund», in *Index lectionum de l'Université de Fribourg en Suisse*, 1892.

(13) *W. Burkhardt*, «Kriminalpolitische Anforderungen an das Schw. Z. G. B.» in *Revue pénale suisse*, Cilt 15, sah. 237 ve mü.

(14) *C. Chr. Burkhardt*, «Die Revision des Schw. O. R. in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n. F., Cilt 22, sah. 514 ve mü.

(15) *Th. Weiss*, *Die Concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Civil und Strafrecht*, Bâle 1894.

(16) *Op. Cit.* Sah. 13 : «Die Widerrechtlichkeit ist also ein objektiver Begriff».

Pek çok istimal edilen objektif ve sübjektif tâbirlerinin bir suiistimal şekli de burada müşahade ediliyor. Sübjektif nazariye mutlak nazariye olarak ve objektif nazariye de nisbi nazariye diye itlâk olunmaktadır.

a) — S ü b j e k t i f n a z a r i y e :

Bir fiilin kanuna aykırılığını takdir için Rensing faili nazarı itibara alıyor. Failin sübjektif hakkına ehemmiyet veriyor. Hukuk, ferdin tabii hürriyetleriyle hususî haklarını ihtiva eden müsaadelerden terekküp ve teşekkül eder; fert faaliyetinde bu müsaadelerin hududu dahilinde kalmağa mecburdur. Bu hudud aşılsa hukukî vazife ve mükellefiyetler ihlâl edilmiş olur. Hukuka aykırılık, şahsa çizilen hukuk sahası haricine çıkmaktır. Binaenaleyh, zararı mü'eddi bir fiilin icrasını hukuk nizamı faile müsaade etmediği her halde «hukuka aykırılık» mevcuttur. Bu görüşe nazaran, zarar husule getiren her fiil hukuka aykırıdır, ancak faile bu fiili ika etmek hususunda müsaade edilmiş olsun. Bu tefsir doğrudan doğruya «haksız olarak ahara zarar ika eden...» ibaresine uygundur. Fert ancak hukukun kendisine müsaade ettiği fiilleri icra edebilir, ve tazminat mükellefiyetinden kurtulmak için, hukuk nizamının kendisini himaye ve takip ettiği hareket tarzına müsaade ettiğini isbat etmesi lâzımdır. Bu kaide icra fiillerine olduğu kadar ihmal veya içtinap fiillerine de şamildir. Haksız fiillere müteallik madde umumî olarak ahara zarar ikasını meneder; ve bu umumî memnuiyet muasır bir çok fransız hukukçuları tarafından kabul edilmektedir. Bundan çıkarılacak olan netice ise, ahara iras edilen bazı zararları meşru kılan hakların, yani hakikî zarar ika etmek haklarının yaradılması lüzumudur.

Yukarıda zikrettiğimiz etraflı etüdünde, Walthar Burkhardt, Rensing'in mütalâasına müşabih bir mütalâada bulunuyor. Lehine huussî bir müsaade bulunmadıkça başkasına zarar ika eden kimse-nin, bu zararı tazmin ile mükellef olacağını beyan ediyor. Filhaki-ka, bu müellife göre, bir fiilin kanuna aykırılığı zarar doğurabilecek bir fiil olması hassasındadır.

Bu telâkki eski Borçlar Kanununun 50 inci maddesinin fransızca metninden mülhem olmaktadır. «Hukuka aykırılık» hakkında doktrin tarafından ortaya atılan tarifleri gözden geçirdikten sonra Ernst de aynı neticeye varıyor. Bu müellife göre «hukuka aykırılığın» (Widerrechtlich) in hakikî mânâsı «haksız» (sans droit) ke-

limesinin ifade ettiği mânâdır; bu tarzı tefsir mezkûr hükmün tatbik sahasını genişletir. (17). Filhakika nazari olarak, bu şekildeki tefsir mağdurları daha müessir bir surette himaye etmektedir, zira bunlar fiilin hukuka aykırılığını isbata mecbur olmadıklarından mahkeme huzurundaki vazifeleri bu bakımdan kolaylaşmış oluyor.

b) — O b j e k t i f n a z a r i y e :

Bu nazariye Federal Mahkemenin her zaman kabul ve tasvip etmiş olduğu nazariyedir. Buna taraftar olanlar, hukuka aykırı fiili hukuka karşı gelen, Hukuk nizamının bir kaidesini ihlâl eden, Hukukan himaye edilen menfaatlara taarruz eden bir fiil gibi telâkki ederler. Zarar iras eden fiil binefsihi hukuka aykırı bir fiil değildir. Böyle olması için bir hukuk kaidesini ihlâl etmesi gerektir. Hukuka aykırı fiil memnu olan fiildir. Bu ikinci telâkkiyi birinciden ayıran cihet, kanuna aykırılığın artık faile göre değil de mağdura göre takdir edilmişindedir. Bir hakkın ihlâli ve bunun neticesi olarak aharın hukuk sahasına tecavüz «hukuka aykırılığı» teşkil eder. Memnu olmayan her şey mübah, binanaleyh meşrudur. (18). Federal Mahkemenin bir çok kararlarında kullandığı formüle göre: «Hukukun himayekâr kaidelerine veya hukuk nizamının umumî düsturlarına muhalif her fiil hukuka aykırıdır.»

«Âmme intizamının ihlâlini tazammun eden, veya bir şahsın gerek hukuk sahasının gayrı meşru bir surette çiğnenmesi ve gerek kanunen himaye edilmiş olan hususî menfaatlerine zarar ikai suretile o şahsın haklarına tecavüz teşkil eden her fiil hukuka aykırıdır.» (19).

«Haksız fiile haksız fiil mahiyetini veren, bir ferdin veya bir topluluğun hukukan himaye edilmiş olan hak, mal veya menfaatlarına vaki tecavüzdür; bunların menşei bir mukavele olmayıp âmme intizamı (20) veya hususî himayeler sevkeden kanunlardır. Hukuka aykırılık âmme intizamı ile millî hukuku teşkil edip hu-

(17) *Ernst*, Op. Cit., Sah. 37 ve 50.

(18) Bu kaide Mecellenin 91 inci maddesinde şu şekilde ifade edilmekte idi: «*Cevazı şer'i zımana münafi olur.*» Buna göre eski mevzuatımızda kabul edilen nazariyenin objektif nazariye olduğu iddia edilebilir.

(19) *A. T. F.* 30. II. 281.

(20) Her ne kadar «âmme intizamı» ile tercüme ettiğimiz tâbir mezkûr kararın fransızca metninde «*ordre public*» ile ifade edilen tâbir ise de, almancasında «*Allgemeine Rechtsordnung*» ile ifade edilmiştir ki mânası, «hukuk nizamının umumî kaideleri» dir. Maksat ve mâna da bu olmak lâzım gelir.

susî himayekâr hükümleri muhtevi kanunlar ve kaideler tarafından vazedilen hudutlar ile muayyendir.» (21).

Kaideten her fert harekâtında serbesttir. Ferdin faaliyeti ancak hukukun umumî veya hususî hükümlerile mahduttur ve bunlara muhalif surette hareket ettiği zaman fert mesul olur.

«Hukuka aykırılık» (İllicite, Widerrechtlich) tâbirinin bu tarzda anlaşılın mânâsı Almanyada umumiyetle kabul edilen ve hâkim olan mânâdır. Daha o zaman alman Medenî Kanunu esbabı mucibe lâyhâsı memnu olan, hakka karşı gelen fiili «hukuka aykırı» olarak telâkki etmekte ve memnu olmayan her şeyin mübah olduğunu ilâve eylemekte idi. (22).

30 Mart 1911 tarihinde yapılan tadilat sırasında Borçlar Kanununun 41 inci maddesindeki «haksız» kelimesinin kaldırılıp yerine «hukuka aykırı» kelimelerinin konulması, objektif nazariyenin doğruluğunun resmen kabul edildiği söylenemezse de, hiç değilse resmen tasdik edilmiş olduğu iddia edilebilir. Şayet bu tâdil yalnız tahrir komisyonunca vücuda getirilmiş ise, şüphesiz ki bu tefsire pek büyük bir ehemmiyet verilemez. Fakat vazı kanunun bu tâdili kabul etmeğe meyyal olduğunu gösterir diğer hâdiseler mevcut bulunuyorsa vaziyet bittabi başka olur. 3 Mart 1905 tarihli mesajın ifadesine göre, haksız fiilden mütevellit mesuliyet «sübjektif bir unsur (her hangi bir kusur) ile objektif bir unsura (kanuna mugayir hareket) ve bunlara ilâveten bir illiyet rabitasına» (23) istinat eder. Bu telâkkiye karşı Federal Meclislerde hiç bir itiraz vaki olmamıştır. Binaenaleyh «illicite», «Widerrechtlich» tâbirinin çok dar olan kanuna aykırılık değil fakat hukuka aykırılık olduğunu istidlâl etmek mümkündür. Vazı kanun tarafından kabul edilen yeni himayekâr kaidelerin bu sistemi takviye eylediğini ve tekemmül ettirdiğini doktrin haklı olarak beyan etmiştir (24). Burada, her şeyden evvel mevzuubahs olan husus, her hangi bir tecavüze karşı şahsiyet haklarını himaye eden Medenî Kanunun 24 üncü (İsviçre Medenî Kanununun 28 inci) maddesinin (25) ihtiva et-

(21) A. T. F. 32. II, 279; J. d. T. 1908, sah. 156.

(22) Motive, Cilt II, sah. 724 ve mü.

(23) Feuille Fédérale Suisse, 1905, No. 13, sah. 12.

(24) Oser - Schönberger, Obligationenrecht, madde 41 şerhi, not 9.

(25) Kanunumuz bu tâbiri yanlış olarak «şahsî menfaatler» diye kullanmıştır ki şahsiyet hakları olmak icabeder. - Bak Samim Gönensay, Medenî Hukuk, Cilt 1, İstanbul 1936, sah. 94.

Fakat diğer taraftan şurasını da kaydedelim ki, 24 üncü maddenin

tiği hükümlerdir. Geniş olan manevî mamelek sahasını tanzim eden bu kaidelere muhalif her hangi bir hareket izale ve içtinap davaları ile, ve şayet kanuna aykırı olan fiil kusurlu ise tazminat davası ile müeyyettir. (26) 1911 vazı kanunu, ticaret veya sınaî erbabının müşterilerine dair olan haklarını himaye maksadile hususî bir kaide vaz ederek, Borçlar Kanununun 48 inci maddesinde sarahatle derpiş edilen, «haksız rekabet» ten mütevellit davaları bir hayli kolaylaştırmıştır. (27).

3) — *Âdaba muhalif fiiller ile husule getirilen zarar:*

Vazı kanunun «illicite», (Widerrechtlich) tâbirini «haksız» değil de «hukuka aykırı» olarak telâkki ettiğine dair diğer bir delil de 1911 senesinde 41 inci madeye ilâve ettiği aşağıdaki fıkradır:

«Âdaba muhalif hareketler ile kasden başkasına zarar ika eden kimse bu zararı da tazmin etmekle mükelleftir.»

İhzarî mesailere ait vesikalar, kanuna böyle bir hükmün ithalindeki isabet hususunda hakikî bir kararsızlığın hüküm sürdüğünü gösteriyor. 5 Mayıs 1905 tarihli mesajında Federal Meclis bu teklifine ait esbabı mucibeyi şu gayet kısa cümle ile ifade etmekte idi: «Âdaba mugayir bulunan fiil ve ihmallerin kasdî oldukları zaman haksız fiillere teşbih edilmelerini beyan etmek faideden hâli görülmedi». Aynı mahiyette bir hükmü ihtiva eden Alman Medenî Kanunu (madde 826) bu hususta Federal Meclise model olmuştur; bu ilâveyi fuzulî ve çok muğlâk gören Millî Meclis bunu reddeylemiş fakat bilâhara mezkûr hüküm Devletler Meclisi tarafından tasdik edilince, Millî Meclis te bunu kabul eylemiştir. Eugène Huber'in de buna tarafdar olmadığı malûmdur, çünkü büyük hukukçu, hukuka aykırılık mefhumunda âdaba muhalif hareketlerin de mün-demîç olduğunu düşünüyordu. Bu teklifin münakaşası sırasında, tatbikatta mahkemelerin «hukuka aykırılık» mefhumunu çok geniş olarak tefsir ettiklerini ve bunu «yalnız müsbet bir memnuiyete

kullandığı haksız tâbiri almanca metnin «Unbefugterweis» tâbirine te-kabül eder ki, fransızca metin yanlış olarak burada da «illicite» tâbirini istimal etmiştir; mânası «hakkı olmaksızın, salâhıyetî bulunmaksızın»dır.

(26) Bu hususta fazla malûmat için bak, *Ferit H. Saymen*, Manevî zarar ve tazmini sureti, İstanbul 1940.

(27) Borçlar Kanununun bu hükmüne müşabih hükümler de Ticaret Kanunumuzun 59 ve 60 inci maddelerinde mezkûrdur. Bu iki kanun hükümleri arasındaki farklar için bak, *Ernst Hirsch*, Ticaret Hukuku dersleri, Cilt I, İstanbul 1939, sah. 194 ve mü, no. 154 ve mü.

karşı hareket değil, fakat aynı zamanda hukuka uygun olarak hareket eden bir adamın yapamayacağı her hangi bir fiil» (28) olarak telâkki ettiklerini işaret etmiş ve bu geniş tefsirin fransızca «haksız» (sans droit) tâbirinde bir istinat noktası bulunduğunu haklı olarak ilâve eylemişti. Aynı celsede Milli Meclis azâsından biri, Mr. Muri, fransızca ve almanca metinler arasındaki fark üzerinde ısrar ile durmuştur. Hukuka aykırılık müsbet bir hukuk kaidesinin ihlâlinden veya üçüncü bir şahsın hakkına, yani mağdurun sübjektif hakkına tecavüzden husule gelebilir; halbuki haksız olarak icra edilen bir fiil ise, fâilin hareket ettiği gibi hareket etmeğe sübjektif bir hakkı olmayarak hareket ederek icra etmiş olduğu fiildir, diyordu.

Bu noktai nazar teatisi esnasında, İsviçre Medenî Kanunu muharriri «hukuka aykırı» tâbirine taraftar olduğunu beyan etmişti; zira mahkemelerin bu mefhumu itina ile ve tam bir şekilde tefsir ettiklerini temin ediyordu.

Hakikat halde, şayet «Widerrechtlich» «haksız» tâbirine tekabül ederse, bu ikinci fıkranın ilâvesi hiç bir mânâ ifade etmediği gibi faidesi de olmayacaktır. Bilâkis «Widerrechtlich» sırf hukuka mugayir fiilleri ifade ederse, bu tâbir hukukan memnu olmayıp ta yalnız ahlâk tarafından takbih edilen fiillere kabili tatbik olamaz. Bugün, fertlere haklarını istimal ve borçlarını ifa ederken hüsnü niyet kaidelerine göre hareket etmelerini emreden Medenî Kanunun 1 inci madesinin 2 inci fıkrasına istinat ederek, âdaba muhalif hareketlerin kanuna da aykırı olduğunu iddia etmeğe mütemayil bulunulabilir. Fakat bu madde gayrı ahlâkî bütün fiilleri meneden umumî bir kaide vazetmiyor.

Hukuka aykırılık hukuk kaidelerine tecavüz olarak kabul edilince, mücerret haksız fiiller yanında âdaba mugayir fiillere de yer vermek hem lüzumlu ve hem de mantıkîdir. Filhakika iki şıktan biri: ya himayekâr kaidelerin fıkdanı dolayısıyla tazminat talebi hakkı mucibi münakaşa olacak veya mahkemeler, ihlâli dolayısıyla tazminat tediyesini icabettirecek kaideleri vücade getirmeğe mecbur kalacaklardır.

Bugüne kadar, Federal Mahkemenin Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin 2 inci fıkrasını sarahatle tatbik etmekte tereddüt gösterdiği ve kanuna aykırılığı doğrudan doğruya müşahede ederek

(28) Bulletin sténographique officiel, Conseil National 1910, sah. 328.

kararını birinci fıkraya göre vermeğe mütemayil olduğu söylenebilir.

4) — *Bugünkü (muaddel) Borçlar Kanununda hukuka aykırılık:*

Hukuka aykırılık mefhumu, hukuki mesuliyetin esaslı şartlarından biri olarak mütalâa ediliyor. Federal Mahkeme takriben 30 sene evvel vermiş olduğu bir kararda ezcümle diyordu ki: «Maddî zararın mevcudiyetine ve bu zarar ile müddeialehyler tarafından red ve inkâr edilmiyen fiiller arasındaki illiyet rabıtasının mevcudiyetine rağmen, davanın mesmu olması için çok esaslı bir noktanın da tahkik edilmesi iktiza eder; o da talebin dayandığı fiillerin hukuka aykırı olup olmadığıdır...» 1911 tâdilâtındanberi Federal Mahkeme noktâi nazarını değiştirmemiştir. Hattâ bunu mükerreren teyit dahi eylemiştir. Bir fiilin hukuka aykırılığını tahkik için «bunun millî hukukun müsbet kaidelerine veya intizamı âmmeye taalûk eden umumî kaidelere muhalif olup olmadığını», araştırmak lâzımdır. (29).

von Tuhr haksız fiillerden mütevellit hukuki mesuliyet şartlarının başına hukuka aykırılığı koyuyor. Mumaileyhe göre, hukuka aykırılık «hukuk rejiminin emirlerine muhalif hareketten» husule gelir. Telâkkisi çok dardır, çünkü ona göre kanunen memnu olmayan bir fiili ika eden kimse, husule getirdiği zararı tazmin ile mükellef tutulmayacaktır. (30).

II

Fiilin hukuka aykırılığı, kusurun yanında yer alan hukuki mes'uliyet unsurlarından biri midir?

1) — *Mesuliyetin esasları:*

«Hukuka aykırılık» tâbirinin mânâ ve medlûlü hususunda bugün doktrin ve jürisprüdans tamamiyle mutabıktır. Fakat bu mânâ hakkında anlaşmış olmak kâfi değildir. Diğer bir meselenin de halli icabeder. Acaba Borçlar Kanununun 41 inci madesindeki «haksız bir surette» (yani hukuka aykırı bir surette) tâbirine lüzum ve ihtiyaç var mıdır?

(29) *A. T. F.* 47. II. 179; *J. d. T.* 1921, sah. 578.

(30) *von Tuhr*, *Partie Générale du C. O.*, sah. 326.

Yukarıda izaha çalıştığımız münakaşa bir kelime ve ıstılah münakaşasından çok daha geniştir. Gördük ki, Borçlar Kanunu, Fransız Medeni Kanunundan bir dereceye kadar mülhem olmuş ise, mühim bir noktada bu kanundan ayrılmıştır da. Kod Napolyon hukukî mesuliyeti kusur gibi tamamen sübjektif bir esasa istinat ettirirken, Borçlar Kanunumuz buna tamamen objektif bir unsur ilâve etmiştir.

Fransız Medeni Kanununun 1382 inci maddesi, zararı husule getiren fiilin hukuka ayrılığını hiç bir veçhile ima dahi etmemektedir. (31). Fransız doktrini de bu metni tefsir ederken hukukî mesuliyeti üç unsura iptina ettiriyor: Zarar, kusur ve illiyet rabitası. (32). İsviçre doktrini ise işaret ettiğimiz bu üç unsura hukuka aykırılığı da ilâve ederek dört unsur kabul etmektedir. (33). Hukukî mesuliyet sistemini üç sütun üzerine mi yoksa dört sütun üzerine mi inşa etmek doğrudur? İşte burada tetkik etmek istediğimiz mesele budur; daha doğrusu meselenin halli yolunda bazı mülâhazalar serdedeceğiz.

2) — *Borçlar Kanununun 41 inci madesinin mahzurları:*

Cermen sistemi, hukukî mesuliyeti icabettiren fiillerin muayyen bir vasfını meydana çıkardı: Hukuka aykırılık. Fakat bu tahlil mahzurdan hali değildir.

a) Evvelâ beyyineye müteallik mahzur: Fiilin hukuka aykırılığını isbat mağdura terettüp eder (34). Bu ise işini bir hayli güçleştirir. Ancak ki mahkemeler bu hukuka aykırılığın esasını bizzat tayin ve tesbit etsinler; ekseri davalar da bu tarzda cereyan etmektedir.

b) Mahkemeler, muhakeme edecekleri fiilin memnuiyetine veya ihlâl edilen sübjektif hakkın himayesine dair mevzuatta müsbet bir

(31) Fransız Medeni Kanunu madde 1382 : «Şahsın her hangi bir fiil ve hareketi aharı ızrar ederse, kusur neticesi olarak zarara sebebiyet veren kimse, bunu tazmin ile mükelleftir.» - Fransız Medeni Kanununun eski bir tercümesi için bak: *Nazaret Hilmi*, Kod sivil, İstanbul 1303.

(32) *H. et L. Mazeaud*, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2 nci tab' 1934, Cilt I.

(33) Türk doktrininin de bu noktai nazara iltihak ettiği söylenebilir; bak: *Esat Arsebük*, Op. cit., sah. 259, No. II; *A. Samim*, *Borçlar Hukuku*, sah. 146 ve mü.; *M. Reşit Belgesay*, Op. Cit., sah. 54; *Sabri Şakir - Fuat Hulüsi*, Op. Cit., sah. 101.

(34) *von Tuhr*, *Partie générale du C. O.*, sah. 326, not 21.

hüküm bulamazlar ise, örfü âdette buna dair bir kaide ararlar. Örfü âdetin fıkdanı halinde de hukuk nizamının umumî düsturlarından istiâne ederek, kendilerine arzedilen icraî veya ihmali fiilin hukuka aykırılığını beyan ederler. Mahkemeler, bilhassa icraî fiilleri değil de failin alelâde bir ihmal veya teseyyübünü muhakeme için Medenî Kanununun birinci maddesinin kendilerine bahsettiği salâhiyeti istimal etmeğe mecbur kalmış bulunuyorlar. Fertleri başkasının menfaati için hareket etmeğe icbar eden umumî bir hukuk kaidesi mevcut olmadığından, Federal Mahkeme şöyle bir kaidenin mevcudiyetini kabul etti: «Üçüncü şahıslar için tehlikeli bir hal yaratan kimse, bunların her hangi bir zarara maruz kalmalarını temin edecek hal ve vaziyetin icabettirdiği tedbirleri almağa mecburdur.» (35). Bu kaideye ademi riayet, tedbir almamak hususundaki ihmali harekete hukuka aykırılık vasfını izafe eder. Hâkime hukuku tamamlamayı ve vazı kanun imiş gibi hareket etmeği icabettiren sistem faik gelmiştir.

Kanunu kaleme alanlar, çok haklı olarak umumî hareket kaideleri beyan etmekten çekinmişler, bu vazifeyi doktrine ve mahkeme içtihatlarına terketmişlerdir. Bunlar, münakaşa götürmeyen fakat hukuk tatbikatını müşkülleştirmeksizin muhtevasının sarahat ile tayin ve tesbiti zor olan umumî kaideleri meydana çıkarmışlardır. (36). Federal Mahkeme, bir hususun icrasını âmir hukuk nizamının muayyen bir hükmünü ihlâl eden bir ihmalin ancak hukuka aykırı olacağını kabul ve husule getirilmiş olan tehlikeli halden başkalarının zarara uğramamaları için tedbir ittihazı mükellefiyetini bu meyana ithal etmiştir.

(c) «Hukuka aykırılık» ekseriya «kusur» ile iltibasa meydan verir. Yukarıki misali ele alırsak, ihtiyatlı hareket etmenin ahval ve şeraitin icabettirdiği tedbirleri almamış olmanın her şeyden evvel bir kusur teşkil edip etmediği sualı varidi hatır olur. Esasen «kusur» tâbiri ekseriya bu mânâda kullanılıyor. (37). Bu iki unsur arasında bir tefrik tesis etmek müşküldür. Cezai tatbikatı icabettiren şikâyetin müştekiyi ilzam edebilmesi için, bu şikâyetin yalnız esasız değil aynı zamanda müşteki tarafından yanlış olduğunun bilinmesi veya bu şikâyeti düşüncesizce yapmış olması icabettiği iddia

(35) A. T. F. 21 sah. 456; 24. II. 212; 34. II. 635; 35. II. 440; 45. II. 647.

(36) Pfister, Op. Cit, sah. 80.

(37) Daepfen - Reymond, Le code fédéral des obligations, sah. 67.

edilince, kusur mefhumuna müracaat edilmiyor mu? Yersiz şikâyette bulunan bir kimse kusur irtikâp etmiştir, çünkü tedbirli, ihtiyatlı ve mâkul bir kimsenin hareket edeceği gibi hareket etmemiştir. Mahazâ bu vaziyet haksız bir fiil olarak telâkki edilmektedir. (38).

Teşhisinde hata eden bir hekimi ika ettiği zarardan mesul tutabilmek için, hekimin muhakkak surette bilmesi icabeden şeyleri bilmemesinden veya dikkatsizliğinden dolayı hatanın vukua gelmiş olması şarttır. Şayet hekim sanatının kaidelerine uygun olarak dikkatli ve itinalı bir surette muayenesini icra etmiş ise, fiilinin haksız bir fiil olmadığı, ve aksi halde bu fiilin haksız bir fiil teşkil ettiği söylenmekte veya imâ edilmektedir. Burada mevzuubahs olan kusur değil midir? ve mesuliyeti istilzam eden bu kusur değil midir?

Bir masajcı, yaptığı masajın fena bir tesir icra edeceğini bilmesi icabederken, böyle bir masaj yaparak bir hastanın vaziyetini ağırlaştırırsa mesul olur; ve bu mesuliyet tedbirli, dikkatli ve tecrübeli bir masajcının hareket edeceği tarzda hareket etmemiş olmasından ileri gelmiyor mu? Diğer bir tâbirle, burada zararın tazmini borcunu tevlit eden ve faile izafe edilen bir kusur değil midir?

(d) Kezalik «hukuka aykırılık» «zarar» ile de kolayca karıştırılmaktadır. Bir ferдин sübjektif hakkına tecavüz hukuka aykırıdır, çünkü böyle bir fiil bu hakka tecavüzü meneden kaidenin ihlâlini tazammun eder. Fakat bu, husule gelen zarara c kadar yakındır ki bazı müellifler şöyle bir fikirde bulunmuşlardır: «Objektif diye tesmiye edilen birinci şart (hukukun ihlâli) sarîh değildir, zira bir zararın mevcudiyetini ifade eder ki, bu şart kusurun gayri müfârik bir unsurudur; veya...» (39) Savatier'ye göre de kezalik, ahârın maruz kaldığı her hangi bir zarar kaideten bu şahsın haklarına bir tecavüz mahiyetindedir. (40).

(e) Umumiyetle yapılan diğer bir hata da zarar tevlit eden fiilin hukuka aykırılığı ile failin fiili icra ettiği anda kanunun hükümlerine bazı muhalif hareketleridir. Meselâ, otomobilcinin bir zabıta nizamnamesine veya seyrüsefer kaidelerine muvafık surette hareket etmemesi keyfiyetinin hukuka aykırılık olacağı iddia edilmek-

(38) *Daepfen - Reymond*, Op. Cit., sah. 78.

(39) *H. et L. Mazeaud*, Op. Cit., no. 391.

(40) *R. Savatier*, Règles générales de la responsabilité civile; Rev. critique de legislation et de jurisprudence, 1934, sah. 414.

tedir. (41). Şüphesiz ki bu hal kaza hususunda esaslı bir rol oynar. Fakat dar mânâda hukuka aykırılığı tayin eden bu mudur? Yoksa failin kusurlu olup olmadığının takdiri için nazarı itibara alınması icabeden bir unsur değil midir? Hukuk her şeyden evvel fertlerin hayatını, cismanî tamamîyetini himaye eder, ve fiilin hukuka aykırı olması himaye edilmiş olan bu varlıklara vaki tecavüzden neşet eder. Memnu olan şey insanı öldürmek veya yaralamaktır. Nakil vasıtalarının süratine dair veya işaretlere ait hükümlere ademi riayeti, kanaatımıza göre, hukuka aykırılık unsurundan ziyade kusur unsuruna izafe etmek icabeder.

f) Müşkülâtın bir kısmı da, Borçlar Kanununun fransızca metni «hukuka aykırı = illicite» tâbirini muhtelif iki mânâda kullanmış olmasından ileri geliyor. Gördük ki, 41 inci maddedeki «hukuka aykırı bir surette» tâbiri mesuliyetin sübjektif unsuru olan kusur yanında objektif unsuru teşkil etmekte ve hukuk nizamına muhalif hareket şeklinde tefsir ve kabul edilmektedir. Diğer taraftan, Borçlar Kanununun birinci Babının 2 inci Faslı — ki 41 inci madde bu faslın ilk hükmüdür — «Haksız muamelelerden doğan borçlar», «Des obligations résultant d'actes illicites» başlığını taşımaktadır. Fakat tazminat borcunu doğuran haksız fiiller ancak esasında kusur bulunan haksız fiillerdir. Binaenaleyh bu tâbirin bir geniş, bir de dar mânâsı vardır denilebilir ki, bu vaziyet şayanı teessüftür. Bir kararın mucip sebepleri tetkik edilirken «hukuka aykırılığı» yalnız objektif noktâ nazara göre mi, yoksa tazminat mükellefiyeti doğuran haksız fiil mânâsında mı, yani hukuk nizamına muhalif veya kusurlu fiiller mânâsında mı kullandığını kestirmek ekseriya pek müşküldür.

Doktrinin ve mahkemelerin rasgeldikleri müşküllerin bir çoğunu müşahede ettikten sonra, hukukî mesuliyet şartları meyanında bir objektif unsur ile bir sübjektif unsurun yanyana bulundurulmasının nazari olarak doğru olup olmadığını ve ameli olarak ta lüzumlu bulunup bulunmadığını araştırmak icabeder.

Fransız doktrininin yeni ve mühim tetkikleri bize kat'î bir netice vermiyorsa da, meseleyi bir çok hususlarda faydalı bir şekilde aydınlatıyor. Daha Alman Medenî Kanununun fransız hukukçularının nazarı dikkatini celbettiği bir zamanda Raymond Saleilles «haksız fiilin maddî unsurunu derpiş ve tahlil etmek istemiş olan

(41) Dr. Max Schaerer, Das Haltpflichtrecht, sah. 12.

alman noktai nazarının yanlışlığına» (24) işaret ediyordu. Bu kanun, aynen İsviçre Borçlar Kanununda (ve dolayısıyla Türk Borçlar Kanununda) olduğu gibi, zarar ika eden fiilin hukuka aykırı bir fiil olması icabettiğini aramakla Fransız Medeni Kanununun 1382 inci maddesinde kabul edilen şartlara yeni bir şart ilâve etmiştir. Fakat diğer taraftan Planiol da fransız hukukunun gayet muhtasar olan hükümlerini tenkit ve Alman ve İsviçre kanunlarının ihtiva ettiği sarih hükümleri memnuniyetle selâmlıyordu.

3 — Fransız noktai nazarı:

Fransız hukukundaki mesuliyet sistemi tamamen kusura istinat eder. Bu geniş mefhuma hasredilen beş maddenin ilk ikisinde, ferdin kusur ile ahara sebebiyet verilen zararın tazmin mükellefiyetinin derpiş edildiğini Capitant söylüyor. (43). Bu kusur, icrada kusur (culpa in commitendo) veya ihmalde kusurdur (culpa in omitendo). Fakat kusur nedir? Bu, anlaşılması güç olan ve verilen müteaddit tarifler doktrinin müşkülâtını göstermeğe kâfi olan bir mefhumdur.

Planiol'un klâsik tarifi malûmdur: «Kusur, mukaddemen mevcut bir vecibeye ademi riayettir.» (44) Burada nazarı itibara aldığı vecibe münhasıran kanunî bir vecibe olduğundan, mumaileyh kanunî vecibe olarak telâkki ettiği bir çok vecibe kategorilerinin geniş bir tablosunu yapmak mecburiyetinde kalmıştır.

Planiol'un şakirdi olan Paul Esmein bu aynı tarifi tekrar ele almıştır. Kanunî bir mecburiyetin ihlâli diye tarif ettiği kusur, kanaatımızca, birinci tarif kadar dardır; çünkü kusur ahlâkî bir mecburiyetin ihlâlinden de husule gelebilir. (45).

H. et L. Mazeaud hukuka aykırılık mefhumunu bertaraf ettikten sonra, kusur mefhumunun takdirine mücerret bir mahiyet tanımak icabettiği hususunda ısrar ediyorlar. Bu sahada esaslı olan nokta, failden gayrı bir şahsın, mücerret bir tipin, fail yerinde bulunsaydı ne şekilde hareket edeceğini araştırmaktır. Bu müelifler kusuru şu şekilde tarif ediyorlar: «Kusur, zarar failinin bulunduğu ahval ve şerait içinde bulunan müdebbir bir kimsenin yapmıyacağı

(42) R. Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation, 3 cü tab' sah. 362.

(43) H. et L. Mazeaud, Op. Cit., Önsöz, sah. XIV.

(44) Planiol, Traité élémentaire, no. 863.

(45) Paul Esmein, Les principes de la responsabilité delictuelle, Rev. crit. de legis. et de juris. 1932.

bir tarzı hareket hatâsıdır.» (46). İsviçre doktrininin de benimsediği bu mücerret tipin kabulü, mesuliyeti sübjektif mahiyetinden kurtarmaz. Kusurun bir tarzı hareket hatası olduğu doğrudur, fakat kusuru geniş bir şekilde tarif ederken failin hukuk ve ahlâk kaideleri karşısındaki vaziyetine de yer vermenin icabedip etmediği câi sualdir.

Demogue, kusurda iki şart arıyor: Birisi objektif, hukuka tecavüz; diğeri de sübjektif, hukuka tecavüzün fark edilmiş veya edilebilmiş olması. (47). Bu iki unsuru mahkeme içtihatlarından meydana çıkararak müellif, kusur mefhumundan anlaşılması icabeden en tam bir izaha yol açmış bulunuyor.

Bu tefrikten hareket eden Savatier, «kusuru, failin bilmesi ve riayet etmesi mümkün olan bir mecburiyete ademi riayet» (48) şeklinde telâkki etmektedir. Binaenaleyh kusur iki unsuru tazammun eder: birisi ihlâl edilen bir mecburiyet ki objektif unsuru teşkil ediyor, diğeri de bunun faile kabili izafe olması ki bu da sübjektif unsuru vücade getiriyor. Savatier'nin nazariyesinin kıymeti, kusuru herhangi bir mükellefiyet ve mecburiyete ademi riayet, kanunî bir vecibenin ihlâli olduğu kadar ahlâkî bir vecibenin de ihlâli olarak telâkki etmesindedir. Bu müellife göre kusur, yapmak veya yapmamak mecburiyetini tazamun eden sarîh bir ahlâk vazifesinin ihlâlinden de husule gelebilir. Başkasına zarar vermemek hususundaki umumî bir mecburiyetin mevcudiyetini kabul etmekte Savatier tereddüt etmiyor. Herhangi bir ahlâk kaidesinden evvel bu vazife ve mecburiyet gayrı mektup hukuka, hukuk nizamının temelini teşkil eden düsturlara bağlanabilir. Bu mecburiyet Roma Hukukunun **neminem laedere**» (49) kaidesine tekabül etmez mi? Bu düstur, her ne kadar mevzu hukuk tarafından vazedilen bazı istisnalar ve içtimaî hayatın icaplarından mütevellit diğeri bazı istisnalar ile mukayyet ise de, yine bir ana düsturdur. Buna rağmen, başkasına zarar vermemek kaidesi bu kadar geniş bir şekilde kabul edilebilir mi? Zarar veren herhangi bir fiilin kusurlu olduğu kabul edilmiş olmaz mı? Bu formül çok geniş gibi görünür. Ahlâkî vazife ve mecburiyet, yani âdaba muhalif hareketlerin memnuiyeti düşüncesi kâfi gelmez mi? Kanunî bir vazife ve mecburiyetin veya münhası-

(46) *H. et L. Mazeaud*, Op. Cit., no. 439.

(47) *Demogue*, Des obligations en général, Cilt III. no. 225.

(48) *René Savatier*, op. cit., sah. 4.

(49) Bu lâtince tâbirin mânası şudur: «Başkasını ızrar etmemek.»

ran ahlâkî bir mükellefiyetin ihlâli ile kusur objektif bir şekilde teessüs etmiş olacaktır. Bu mecburiyetin sarahatle teessüs etmediği hallerde, kendisine arzedilen müşahhas mesele vesilesile bu mecburiyetin hukukan kabulüne mahal olup olmadığını tayin ve beyan etmek hâkime ait bir vazifedir. Başkasına zarar vermemek umumî kaidesinin Fransız Medenî Kanununun 1382 ve 1383 üncü maddelerince yaratılan bir vecibe olduğunu Planiol - Ripert - Esmein kabul etmektedirler. (50).

III

Netice

Haksız fiilden mütevellit mesuliyet mevzuubahs edilirken «hukuka aykırılık» mefhumunun tetkiki, hukukun sarfınazar edemeyeceği bir unsurdur. Bu unsur ya, Alman ve İsviçre mevzuatında olduğu gibi bu mesuliyetin şartlarından biri mertebesine çıkarılmıştır; veya doktrin ile jürisprüdansta kusurun mevcudiyeti şartlarından biri olarak tezahür etmektedir. Birinci kaziyenin nazariyat ve tatbikatta husule getirdiği müşkülât dolayısıyla, ikinci kaziyeyi tercih etmekteyiz. Bu telâkkimiz ile, rasgeline müşkülâtın ancak yerini değiştirmiş olduğumuz herhalde söylenecektir. Bu tenkit kısmen doğrudur. Muhakkaktır ki hâkim tarafından takbih edilen failin hareketi esaslı bir kıstas olarak ittihaz edilecektir. Mamafih bu telâkkimiz ile bir dereceye kadar vaziyeti ıslah ettiğimize kaniiz.

Federal Mahkeme «kusur meselesi ile fiilin hukuka aykırılığı meselesinin az çok tedahül ettiğini» (51) kabul etmiştir. Son seneler zarfında mezkûr mahkeme boykotaja ait bir çok meseleleri halletmeğe davet edilmiştir. Haddi zatında boykotajın ne hukuka aykırı ne de âdaba muhalif olmadığını bu mahkeme beyan etmiş olmakla beraber, bu fiilin «ya takip ettiği gaye ile kullandığı vasıtaların ahlâka ve âdaba mugayir, yani iktisadî sahada bile dürüst ve munisif bir kimsenin riayet ettiği teamüle muhalif olduğu; veya kullanılan vasıtaların mağdura ika ettiği zarar ile faile temin ettiği

(50) *Planiol et Ripert*, *Traité pratique de droit civil*, Cilt 6 (*Esmein tarafından*), no. 505.

(51) *A. T. F.* 47. II. 179; *J. d. T.* 1921, sah. 582.

menfaat arasında fahiş bir fark bulunduğu hallerde» (52) hukuka aykırı olabileceğini de tasrih etmiştir. Burada da haddi zatında ne kanuna ne de ahlâka mugayir olmayan bir fiil dolayısıyla kusur meselesi münakaşa edilmiyor mu?

Oldukça yeni bir kararında tehlike arzeden bir ziraat makinesini hiç bir tedbir almaksızın umumî bir yol kenarına terketmeği Federal Mahkeme bir kusur olarak tavsif etmektedir. (53). Evet! bu bir kusurdur; ve bu mefhum tahlil edilerek tahaffuz tedbirlerine müracaat etmesi lüzumunu emreden kaideye muhalif olarak hareket ettiği faile isnat olunsa bile, yine bir kusurdur.

Herhangi bir hukukî mesuliyet davasında tayin ve tesbit edilmesi icabeden nokta, failin hareket ettiği tarzda hareket etmeğe hakkı olup olmadığıdır. Fakat hukuk burada kusuru ileri sürüyor, yani failin tarzı hareketini, vaziyetini takdir etmek lâzım geldiğini bilidiriyor. Kanaatımıza göre, kusurun mevcudiyeti için fiil icrai ise kanun veya ahlâk tarafından menedilen bir şeyin yapılmış olması ve fiil ihmali ise kanun veya ahlâkın yapılmasını emrettiği bir şeyin yapılmamış olması icabeder. Hukuken tayin edilmiş olan hususî hallerde, aharın menfaatlerine mugayir bir surette hareket etmemek veya bilâkis bunun menfaatine uygun bir şekilde hareket etmek hakkında bir mecburiyetin mevcut olup olmadığını ahlâk tayin edecektir.

Haksız fiiller (hukukî cürüm ve şibih cürüm) sahasında şahsî mesuliyet esasını vazeden Borçlar Kanununun 41 inci maddesi, kusura istinat eden sübjektif mesuliyet sisteminden mülhem olmuştur. Fakat bu madde kusur kelimesini zikr dahi etmiyor. Mamafih bu mesuliyetin temel taşını teşkil eden kusurun metindeki «... gerek kasden, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik...» ile ifade edildiği iddia edilebilir. Buna rağmen, bir taraftan kusurun mahiyetini tayin eden yalnız bu değildir. Diğer taraftan, bunun tayini ve

(52) *J. d. T.* 1926, sah. 81; *J. d. T.* 1936, sah 130; *A. T. F.* 62. II. 105 ve 276; *J. d. T.* 1937, sah. 180.

Ayrıca bak: *Emile Thilo*, İsviçre Federal Mahkemesinin 1932 - 1933 seneleri içtihadı. (Tercüme, *Ferit H. Saymen*), Hukuk Fakültesi Mecmuası 1936, Cilt II, sah. 379, h.

Yine, *Emile Thilo*, İsviçre Federal Mahkemesinin 1935 - 1936 seneleri içtihatları, (Tercüme *Ferit H. Saymen*), İstanbul 1939, sah. 30 ve mü. No. 2; sah. 33.

(53) *J. d. T.* 1936, sah 50. - Ayrıca bak: *Emile Thilo*, *Op. Cit.*, sah. 39, No. 15.

diğer unsurlardan tefriki güç olan « hukuka aykırılık » şartı da objektif bir unsur olarak mesuliyet sisteminde yer almaktadır. Kanatımıza göre, madde metnindeki kusur mefhumu üzerine avdet edip mezkûr 41 inci maddeyi aşağıdaki şekilde tahrir etmek şayanı tercihtir:

«Kusur ile aharın zararına sebebiyet veren kimse bu zararı tazmin ile mükelleftir.»

Bu gayet basit kaide yeni iki proje tarafından kabul edilen formüle çok yaklaşmaktadır. Fransız - İtalyan Borçlar Kanunu projesinin 74 üncü maddesine göre: «Aharın zararına sebebiyet veren herhangi bir kusur, bu kusuru irtikâp eden kimseyi zararı tazmine mecbur kılar.» Polonya Borçlar Kanunu projesinin 134 üncü maddesi de şu hükmü sevk ediyor: «Bir kimse kusur ile aharın zararına sebebiyet vermiş ise bu zararı tazmin ile mükelleftir.» (54).

1902 senesinde takdim ettiği raporda, Walther Burkhardt'ın hukuka aykırı «illicite, Widerrechtlich» kelimelerinin tayyedilmesi teklifinde bulunduğunu görüyoruz. (55).

«Hukuka aykırı bir tarzda» kelimeleri (veya kanunumuzdaki «haksız bir surette» tâbiri) yerine «kusur» kelimesinin ikamesinde bir çok faydalar görüyoruz:

- a) Müddeiye tahmil edilen isbat külfeti kolaylaşmış olacak.
- b) Mesuliyet meselesi, hâkime müşahhas hallerde arzedildiği şekle yakın bir şekil ile kanunda yer almış bulunacak.
- c) Hukuka aykırılık mefhumu ile kusur mefhumu arasında içtinabı imkânsız bir şekilde husule gelen iltibas bertaraf edilmiş olacak.
- d) Cürmî fiil (acte délictuel) ile şibih cürmî fiili (acte quasi-délictuel) cemedan haksız fiil tâbiri, mesulyeti müstelzim olan zarar verici kusurlu fiile (acte domageable fautif) tahsis edilmiş olacak.
- e) Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin 2 inci fıkrası lâğvedilmiş bulunacak ve hukuk veya ahlâka mugayir olan bütün fiillere umumî mesuliyet kaidesi normal bir şekilde tatbik edilmiş olacak.

(54) Projenin bu maddesi 1 Temmuz 1934 tarihinde mer'iyete girmiş olan «Polonya Cümhuriyeti Borçlar Kanunu» nun ikinci faslının, ikinci kısmının dördüncü babının, ilk maddesini teşkil etmiştir ki, bu maddenin numarası da projedeki numaranın aynıdır. Kanunun mütahassıs bir heyet tarafından yapılan fransızca bir tercümesi mevcuttur.

(55) W. Burkhardt, Op. Cit., sah. 259.

f) Mesuliyetin sübjektif mahiyeti daha açık bir tarzda meydana çıkmış bulunacak.

Kasdî olmasalar bile ahlâka mugayir fiillerden mütevellit zararın tazmini cihetine gidilmek gayrı tabii olmaz kanaatındayız. Bu suretle mağdurların himayesi daha emin ve müessir bir şekilde temin edilmiş olur.

Bu telâkkinin mahkemelere çok geniş bir takdir salâhiyeti vermekte olduğu söylenerek tenkit edilmesi muhtemeldir. Hâkimin salâhiyetinin en vâsi bir şekilde yer bulması icabeden mesuliyet sahasında, bu husus nazarımızda yalnız gayrı kabili içtinap olarak değil, fakat şayanı arzu olarak tecelli etmektedir. Bir kusur irtikâp ederek ika ettiği zararın fail tarafından tazminini temin etmek gâyesini güden kanun, ikame edebileceği davanın esaslı şartlarını mağdura bildirmelidir. Kusur, şahsî hukukî mesuliyetin ana mefhumu olarak baki kalır. Mesuliyetin umumî prensiplerini istihraç etmek mevzuubahs olunca, vazı kanun ince ve dakik tâdattan çekinmelidir. Metnin tatbikini kolaylaştırmak için mesuliyet şartlarını taharri ve tahrir vazifesi doktrine aittir. Hukuka aykırılık kusurun muhtelif şekillerinden biri — belki de objektif şekli — olarak tezahür ediyor. Her hâdisede bunları birbirinden tefrik etmeği istemek o kadar çok karışıklığa sebebiyet verir ki, adaletin menfaati namına bundan çekinmek iktiza ettiği zâhirdir.

Prof. Albert RICHARD

Tercüme ve not eden :

Dr. Ferit H. SAYMEN