

**DOKTRİNDE VE TÜRK HUKUKUNDA
KUSURSUZ MESULİYET HALLERİ**

II

Dr. Zahit İMRE

§ 7. Sebep mesuliyeti hallerinden: Tehlike mesuliyeti ve tehlike prensibi.

1. Tehlike prensibi:

Tazminat hukukunda istinat olunabilecek diğer bir esas faaliyete bağlı tehlike fikridir. Tehlike ile yalnız vücut ve hayatı tehdit eden vakıalar değil, aynı zamanda herhangi neviden bir izrar, bilhassa hakların ihlâli yolu ile vukubulacak bir izrarın neticeleri anlaşılır. Kaza ve zarar, bu tehlikenin tahakkuk etmesidir. İçtimai hayata fiillerile tehlike getiren kimse, sebebiyet verdiği zararı tazminle mükelleftir. Bu, umumî şeklide tehlike prensibidir (la théorie du risque). Biz buna «hasar prensibi» demeyi tercih edeceğiz. Zira Alman doktrininde inkişaf eden tehlike prensibi ve tehlike mesuliyetinde (Gefährdungshaftung), tehlike teriminin daha dar ve mahdut bir mânası vardır, ve burada mahiyeti itibarile, başkaları için tehlike arzeden eşya veya faaliyet anlaşılır. Binaenaleyh, tehlike ve tehlike mesuliyeti mefhumunun oldukça hususî bir mahiyet ve mânası vardır. Halbuki Fransız nazariyatında «théorie du risque» (hasar nazariyesi) ile, daha ziyade umumî mânasında sebebiyet prensibi anlaşılır; buna göre, her fiilde başkasını izrar ihtimali ve tehlikesi mevcuttur, ve bunun rizikosu faile aittir [1]. Bu şekilde, hasar nazariyesinin ve sebebiyet prensibinin mahzurlarını yukarıda izah etmiştik. Bizim burada tetkik edeceğimiz Alman doktrininin bir mahsulü olan tehlike prensibi, ve tehlike mesuliyeti esasıdır.

[1] Bu Fransız hukuku telâkkisinin akislerini B. Ragıp Sarıca'nın yazılarında görmekteyiz (Tesri Organının Mali Mesuliyeti, İst. Hukuk Fak. Mec., cilt: 10 (1944), s. 106; ve İdarî Kazâ kitabı (1942), s. 222-223).

Modern hukuk doktrİNinde tehlike prensibi büyük bir ehemmiyeti haizdir. Bugünkü cemiyet hayatımızda faydalı, hattâ zarurî olan bazı faaliyet vardır ki, başkaları için bir tehlike arzeden yapılamazlar. Bu nevi faaliyet tamamile hukuka uygundur, ve medeniyete hizmet eder. Cemiyetin yüksek menfaatları icabı buna müsaade edilmiştir, fakat böyle bir teşebbüse girişen kimse tehlikeleri üzerine almak mecburiyetindedir. Başkalarının menfaatlarının ihlâlİne müsaade edilmesi, ancak mutazarırların tazminat taleplerinin kabulü ile birlikte olabilir. Böyle bir faaliyet esnasında, gerek işçileri, gerek üçüncü şahısları zarara sokan bir kaza vukubulursa, teşebbüs sahibi bunu tamamen veya kısmen tazmin etmekle mükellef kılınır. Bu nevi işlerden bazılarının arzettiği tehlike o kadar büyüktür ki, bunlar tahdide tâbi tutulurlar, hattâ menedilebilirler. Meselâ patlayıcı maddeler imalâthanesinin veya deposunun meskûn mahallerde bulunmaması, bundan uzak tutulması mecburiyeti [2].

Kuvvet unsuru olarak, buhar, elektrik, komprime, gaz, su ve ateşi, fevkalâde büyük mikyasta kullanan, ve bunlardan çıkardığı enerjiden istifade eden, modern işletmelerin arzettikleri muazzam tehlike, gerek işçiler ve gerek bunların civarında bulunan üçüncü şahıslar tarafından hiss olunmaktadır. Bu tehlikeleri dolayısıyla bunları menedemeyiz, çünkü teknik istihsal ve makineye dayanan nakliyat bugünkü iktisadî hayat için bir zarurettir, ve büyük fayda ve kolaylıklar temin etmektedir. Bazı müelliflerin ve bilhassa Rousseau'nun bu terakkiyatın insanların saadetini bozduğu, ve beşeriyetin ilk zamanlarında mevcut bulunan «altın çağın», mes'ut devrin, medeniyetin ilerlemesiyle ortadan kalktığı hakkındaki iddiaları, belki haklıdır. Fakat bu terakkiyatın fayda ve nimetlerinden istifade eden insanlığın, bunlardan vazgeçmesi imkânsızdır, ve yapılacak şey bu şartlar içinde, fertlerin saadetini temine çalışmaktır. Bunun için de yapılması gereken ilk şey insanların ızdırabını gidermektir. Tazminat hukuku mevzuunda bu, kaza kurbanlarının tazmin edilmeleri şeklinde tecelli etmektedir. Başkaları için tehlike arzeden işletme sahiplerinin, tehlikenin tahakkuku halinde vukubulacak zararı tazmin mükellefiyetini yüklenmelerini kabul etmek zarureti vardır. Bu tazmin borcunu meşru kılan iki sebep vardır: işletme tehlikesi ve menfaat.

2. Tehlike - menfaat prensibi:

Bu düşünce tarzına göre, menfaat kime aitse tehlikeyi o üzerine almalıdır (aux profits doivent correspondre les pertes). Bu bilhassa Alman

[2] L. Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd, 2. Abteil; (13 bearbeitung), § 199, s. 865.

müellifleri tarafından müdafaa edilen bir fikirdir. Alman hukukçusu Unger bu hususta şu formülü vazetmektedir: «eigenes Interesse eigene Gefahr, fremdes Interesse fremde Gefahr» (bunu, menfaat kime aitse tehlike de ona ait olur şeklinde tercüme edebiliriz) [3].

Bu prensip pek o kadar yeni de değildir. Roma hukukunda dahi «cujus commoda, ejus incommoda» esası bulunduğu gibi, eski Alman hukukunda da «wer den guten Tropfen hat, geniszt auf den bösen» vecizesi Sachsenspiegel'de mevcuttur [4]. Fakat bunun sistemli bir prensip şeklinde ifadesi yenidir, ve Alman doktrini tarafından tesis edilmiştir. Unger'in yanında, diğer bir Alman hukukçusu R. Merkel, bu mevzuda yalnız menfaat unsuruna önem vererek «aktives Interesse» esasını vazetmektedir. Bu müellife göre, kaide olarak menfaat hudutlarının çizilmesi objektif hukuk tarafından yapılır. Tahdit hattı birinin veya diğerinin himayeye lâyık menfaatından başlar. Bu hudutlara tecavüze müsaade edilmiş olabilir, fakat hududu tecavüz eden yabancı bir hukuk sahasında hareket etmiş olur, ve bunun için tazminat talebine muhatap tutulur. Kendi menfaatını, başkasının menfaatının ihlâlile tahakkuk ettirebilecek olan herkes, bundan mütevellit zararı üzerine almalıdır. Görülüyor ki bu, hakların diğer haklarla çarpışması (Kollision) şeklinde tezahür etmektedir, ve burada tazminat mukabilinde tecavüzün müsaade edildiği haller ifade edilir [5].

Menfaat nazariyesinin mantıkî neticesi olarak sebep mesuliyetine yaklaşacağı, ve ferdi hareket serbestisini gayri tabii şekilde tazyit edeceği itirazı yapılmıştır [6]. Menfaat elde edenin tehlikeyi yüklenmesi âmme vicdanına ve hakkaniyete uygundur. Fakat menfaat fikrini fazla geniş bir mânada almamak ve bunu, kendisi için bir zenginlik menbaı elde ederek başkası için tehlike yaratan faaliyette bulunmak mânasında anlamak lâzımdır [7].

Menfaat fikrine diğer bir itiraz olarak, elde edilen menfaatların karşılığı olarak fiillerin tevliit ettiği zararlardan mesul edilen kimsenin, bu menfaatları istediği kadar tahavvül ettirmek imkânını haiz olmadığı, ve

[3] Unger, Handeln auf eigene Gefahr und Handeln auf fremde Gefahr, Jena 1893 - 1894.

[4] J. Percerpou, à travers d'une théorie nouvelle sur la responsabilité, annales du droit commercial, cilt: 12 (1898), p. 59 et sv.

[5] Bk. M. Rümelin, die Gründe der Schadenszurechnung, s. 58, Not 80.

[6] M. Graf, das zivilrechtliche Verschulden der Automobilisten, s. 21.

[7] H. et L. Mazeaud, traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. I, p. 268.

eğer bu mükellefiyetler altında fazla ezilecek olursa faaliyeti icradan vazgeçebileceği söylenmiştir [8]. Ayrıca, failin mesuliyeti fiilden elde edilen menfaata istinat ederse, bu mesuliyetin menfaatla mütenasip olması ve menfaatin bulunmadığı yerde mesuliyetin de bulunmaması icap eder. Bu itibarla, menfaat fikri bütün halleri ihtiva edecek bir izah mahiyetinde değildir.

Bütün bu tenkitlere rağmen, menfaata dayanan tehlike fikrinin kusursuz mesuliyet vakıaları bakımından ehemmiyeti büyüktür. Bu bilhassa işletme tehlikesinin bulunduğu fiillerin sebebiyet verdikleri zararların tazminini temin ederek hakkaniyete uygun bir neticeye varmamızı sağlar.

3. Tehlike mefhumu ve tehlike mesuliyeti:

Tehlike doğuran faaliyet karşısında fert kendisini bir noktaya kadar zarardan koruyabilir. Sinaî işletmelerde işçi, kendisini tehlikeye maruz bırakan, ve ekseri hallerde önlenmesi imkânsız olan işleri, başkasının emir ve iradesine tâbi olarak yapmaktadır. Keza tehlike arzeden nakil vasıtalarına, tren, otobüs, otomobil ve uçağa binenler bu sefer esnasında, emniyetlerinin, canlarının ve mallarının masuniyetini, işletme memurlarının dikkat ve meharetime, ve makinenin sağlam olmasına bırakmışlardır. Vukuu muhtemel olan kazaların önlenmesi için, bunların ellerinden hiç bir şey gelmez [9]. İnsanların teknik sahalarında elde ettikleri muazzam başarılar, büyük kuvvette makinelerle yapılan istihsal ve nakliyat, insan vücudu cüz'î olan maddî kuvvetile her zaman makineye hâkim olamamaktadır. Bir kıvılcım neticesinde anî olarak infilâk eden bir fabrika kazanı, veya havada iken motörü ârizaya uğrayan bir uçak, veya yoldan çıkan bir tren veya tramvayın sebebiyet vereceği kaza karşısında, insan kuvveti bunu önlemekten âcizdir. Diğer taraftan cemiyet için haiz olduğu fayda dolayısıyla, bu nevi faaliyet ve terakkiyattan vazgeçilemez. Bu mevzuda başvurulacak yegâne çare, bunların tevlit edecekleri zararların tazminini temin etmektir. Bunun için, husule gelecek zararları, faaliyeti icra eden, bundan fayda ve menfaat temin eden kimsenin üzerine alması şarttır ve kâfidir. Böyle bir tazmin vecibesile teşebbüs sahiplerinin mahv ve harabiye mahkûm olacakları da zannedilmemelidir. Şartlarını ve faydalarını ileride izah edeceğimiz, mesuliyet sigortası ile bu tazmin vecibesi, önceden ödenen küçük miktarda sigorta primleri seviyesine iner. Diğer

[8] Colin et Capitant, cours élémentaire de droit civil français, t. II, p. 371; H. et L. Mazeaud, a.g.e., t. I, p. 372.

[9] A. Martin, l'abus du droit et l'acte illicite, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. B. 25, p. 58.

tarafından, işletme tehlikesine ait garanti ve sigorta primleri müteşebbisin umumi masraflarına girer.

Görülüyor ki, tehlike mesuliyetinde ilk olarak nazara alınacak olan, işletmelerde, nakil vasıtalarında, umumi yollarda vuku bulan sayısız zararların ve tehlikenin tespitidir. Modern cemiyet hayatı bu nevi kazalara sebebiyet verecek şekilde teşkilâtlanmış bulunmaktadır. Şu halde, birinci plânda ehemmiyeti haiz olan tehlike durumudur. Bununla birlikte iktisadi bakımdan zararı tazmin yükünü taşıyabilme ve sosyal düşünce nazarı itibara alınacaktır [10], bu ise mesuliyet sigortası ile tahakkuk etmektedir. Müstakbel tazminat hukukunda, mesuliyet sigortası en büyük mevki ve kıymeti ihraz ve iktisaba namzet olarak gözükmektedir.

Böylece, vaktile Unger ve Merkel'in işaret ettikleri gibi, başkasının meşru menfaatlarına karşı olan tehlikenin tazminat vecibesine bağlanması ile tazminat hukuku genişlemektedir. Fakat tehlike doğuran bu vakıalar istisnai mahiyeti haizdirler. Bu sebepten tehlike prensibini umumi bir mesuliyet prensibi olarak vazetmek müşküldür. Zira tehlike mefhumunu nereye kadar genişletebiliriz? En alelâde bir işte dahî, diğerleri için bir tehlike görmek kabildir. Böyle bir düşünüş bizatihi tehlike mesuliyetinden uzaklaşmayı icap ettirir. Zira, mesuliyet prensibi olarak tehlike fikri, ancak dar bir mânada kabul edilebilir. Bir zarara sebebiyet veren kimse, fiili başkalarına tehlike arzettiği takdirde ve genişlikte, bununla ilzam olunur. Binaenaleyh, tehlike arzeden faaliyetle tehlikesiz olanları tefrik etmek ve harici bir had bulmak icap eder.

Tehlike ile zararlı neticelerin vukua gelmesi ihtimali anlaşılır. Hukuk politikası bakımından, bir tesisat veya fiildeki tehlikeli mahiyet, diğer mevzularla bunların mahiyet ve tahsis edildikleri gaye mukayese edilerek daha tehlikeli olduğu fikrine istinat eder. Prof. Oftinger'in dediği gibi [11], bir kimsenin trenle seyahati, atlı araba ile seyahat etmesine nazaran daha tehlikelidir, zarar ihtimali (gerek miktarı, gerek vukuu ihtimali bakımından) daha büyüktür.

Tehlikeyi umumi ve hususi olmak üzere ikiye ayırabiliriz [12].

[10] Ankara Asliye 3 üncü Hukuk Mahkemesinin bir kararında «hukuk nizamı tehlikeli vasıtalar kullanan ve bu vasitalardan menfaat temin edenlere bu vasıtaları en az tehlike arzedecek durumda bulundurmalarını emreder» denerek, tehlike mesuliyetinin icap ettirdiği neticeye vasıl olunmuştur (25.3.1943 tarihli ve 44/95 sayılı karar - İzmir Baro Dergisi, sayı: 41 (1946), s. 56.

[11] K. Oftinger, schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. I, s. 14.

[12] H. von Waldkirch, Kausalhaftung und Kausalität im Verkehr, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. B. 62, s. 36 ff.

Umumî tehlike, tehlike arzeden eşya ve faaliyeti, meselâ her nevi nakil vasıtalarını mülâhaza eder. Hususî tehlikede ise, daha hususî bir mahiyet nazarı itibara alınır, meselâ motörlü nakil vasıtalarının, insan veya hayvan kuvvete hareket eden vasıtalara nazaran daha büyük ve hususî bir tehlike arzettiği söylenir. Burada aynı zamanda eşyanın bulunduğu hususî vaziyet, ve bununla temasta bulunan şahısların vasıfları da nazarı itibara alınır. Meselâ, «kaplan umumî bakımdan tehlikeli bir hayvandır, fakat bir kafeste kapalı bulunduğu müddetçe, etrafı için bir tehlike arz etmez; veya infilâk kabiliyetini haiz bir gazometre, bulunduğu yerin geniş bir çevresinde ikametgâh tesis edilmezse, infilâk tehlikesine tekabül eden pratik bir tehlike ve sebep husule gelmez» [13]. Bu suretle, tehlikeyi ilk olarak umumî bir tehlike, ve ikinci olarak da hususî bir tehlike şeklinde mülâhaza etmek faydadan hâli değildir. Birincisinin tespitinin kanun vazına bırakılması muvafıktır, ikincisini ise hâkim takdir eder.

Şu halde, umumî tehlikenin ve tehlike mesuliyeti hallerinin kanun vazı tarafından tespit edilmesi lâzımdır. Bununla beraber, nazarı bakımdan bazı kriterler vazetmek kabildir. Bu hususta tehlikenin mutadın üstünde bir durum göstermesi aranabilir. Tehlike ne kadar mutadın dışında ise, tehlike mesuliyetine temayül de o kadar fazla olur. Keza sosyal politik mülâhazalarla da bir tahdit yapılabilir, ve küçük işletme ve küçük zirai toplulukların bunu taşıyacak vaziyette olması aranabilir [14].

Fakat bütün bunlar meseleyi halle kâfi değildir. Tehlike mesuliyetinin tesisi bakımından esaslı kriter işletme tehlikesi mefhumu (Betriebsgefahr-begriff) dir. Vuku bulan tehlikenin işletme tehlikesine müteallik olması kâfidir. Federal Mahkeme de bunu kabul etmiştir. Son bir kararında, motosikletle tramvayın çarpışması hâdisesinde, tehlike mesuliyetinin ölçüsü olan işletme tehlikesini bu iki vasıta arasında taksim etmiş, ve motosiklete üçte bir, tramvaya üçte iki mesuliyet terettüp ettirmiştir [15]. Böyle bir taksim makul olabilir, fakat kriter ne olacaktır, ve taksim neye müsteniden yapılacaktır? Federal Mahkemenin kararına üç sebebin tesir ettiği görülmektedir:

- a. hareket vasıtasının daha yüksek hacmi,
- b. daha uzun fren yolu,
- c. hattan çıkma imkânının bulunmaması.

Bu hâl tarzının sebepleri Waldkirch tarafından tenkit edilmiştir. Bu müellifin dikkate şayan fikirlerine göre, tehlikenin derecesini ölçmek için,

[13] H. von Waldkirch, a.g.e., s. 33, Not: 2.

[14] M. Rümelin, a.g.e., s. 48.

[15] BGE. 67 II 162.

mesuliyet tesis eden ve kazaya müncer olan tehlikenin tahakkuku ihtimali (Wahrscheinlichkeit) tavsif edilmeli, ve bunun derecesi tespit edilmelidir. Bunun için Waldkirch şu formülü tavsiye etmektedir [16]:

$$\text{Tehlike derecesi} = \frac{\text{kazaların sayısı} \times 100\,000}{\text{aynı cinsten vasitanın sayısı} \times \text{bu vasitanın vasatı olarak katettiği mesafe}} = \text{Tehlike koeffisiyanı.}$$

100.000 ile darp yapılmasının sebebi, formülün tatbikinde desimal hesapların çıkmasını önlemek içindir. Waldkirch İsviçrenin 1938 istatistiklerine dayanarak şu hesapları yapmaktadır:

Otomobil miktarı: 74923. Şahıs otomobillerinin sebep olduğu kaza miktarı: 11077. Vasatı olarak katedilen senelik Km. mesafesi: 12000 Km.

$$\text{Otomobiller için tehlike koeffisiyanı} = \frac{11077 \times 100000}{74923 \times 12000} = 1.23.$$

Gene 1938 istatistiklerine göre İsviçre demiryolları için:

$$\text{Tehlike koeffisiyanı} = \frac{266 \times 100000}{1352 \times 52979} = 0.79.$$

Tramvaylar için de şu neticeyi tesbit etmiştir:

$$\text{Tehlike derecesi veya koeffisiyanı} = \frac{172 \times 100000}{975 \times 39167} = 0.45.$$

Bu hesaplardan anlaşıldığı üzere, en ziyade tehlike arzeden otomobillerdir. Otomobil kazalarının daha fazla tehlike koeffisiyanını (emsalini) haiz olmasını Waldkirch şöyle izah etmektedir: Otomobillerin aksine olarak, demiryolları veya tramvaylar emniyet tertibatına, ve işletme hükümlerine tâbidir, nisbeten daha az süratle işlerler, ve her tarafa sevkedilemediklerinden çarpışma imkânı caddenin bütün genişliğinde mümkün değildir, sadece hat üzerinde kabildir [17].

Waldkirch'in yaptığı bu hesaplar ve ileri sürdüğü mülâhazalar, hukukumuz için maalesef varit değildir. Çünkü, ne umumî bir hüküm olarak, ve ne de münferit mevzular olarak, bu hususta sebep ve tehlike me-

[16] H. von Waldkirch, a.g.e., s. 41-42.

[17] H. von Waldkirch, a.g.e., s. 46, Not: 10 a.

suliyeti kabul edilmiş değildir [18]. Bunun bir an evvel tanzimi temenniye şayandır.

Tehlike mesuliyeti umumî bir kaide olarak kabul edilmek istenseydi, şöyle bir formül kullanmak icap ederdi: «başkasına tehlike arzeden faaliyete kendi menfaati için her iştirak tazminatla mükellef kılar». Fakat tehlike prensibi, umumî bir mesuliyet prensibi olarak hukuk nizamları tarafından kabule mazhar olmamıştır. Çünkü, mesuliyet tehlikeli bir şeyin sebebiyet verdiği zararlarla takyit edildiğine göre, mesele tehlikeli olan ve olmayan eşya veya faaliyetin tespiti gibi pratik bir güçlüğü çarpar. Nelerin tehlikeli olduğunu tayin etmek, bunun şartlarını vazetmek, kanun vazı tarafından yapılmalıdır. Tehlikeli ve tehlikesiz eşya arasındaki fark çok seyyal olduğundan dolayıdır ki, İsviçre Medenî Kanununun müzakeresi sırasında, tehlike mesuliyetine dair umum' bir hükmün kabulü hakkında yapılan bir teklif Federal Meclis komisyonlarında reddedilmiştir [19].

Diğer taraftan tehlike prensibi, bütün mesuliyet hallerini karşılayacak, bunları izah edecek bir mahiyeti de haiz değildir. Meselâ, ana-babanın çocuklarının haksız fiilinden mesuliyeti tehlike fikrile izah edilemez, bu daha ziyade ana-babanın çocuk üzerinde haiz oldukları hak, ve nezaret vecibesinde meşruiyetini bulur.

Buna mukabil, bazı hallerde, istisnâî tehlike doğuran faaliyette, tehlike mesuliyeti büyük bir ihtiyacı karşılar. Bu, iktisadî ve teknik faaliyetin büyük bir kısmında ehemmiyeti haizdir. Ancak bu, umumî bir hüküm şeklinde değil, kazüist olarak kanun vazı tarafından tespit edilmelidir.

Türk tazminat hukukunda, Borçlar Kanununda mevcut hükümler yanında, hususî bazı kanunların tanzimi bir zaruret halini almıştır. Bizce, tehlike mesuliyeti hallerinin tespiti behemehal kanun vazı tarafından yapılmalıdır. Bunların içtihatlar tarafından yaratılmasına taraftar değiliz. İchtihatlar, ancak ihdas edilmiş vaziyetlerin şumulünü tayin ederler, ve etmelidirler.

[18] Nitekim demin zikrettiğimiz Ankara Asliye 3 üncü Hukuk Mahkemesinin, mükemmel olarak tavsif edilebilecek olan kararında, mesul şahsın kusurunun tespitine çalışılmıştır (İzmir Baro Dergisi, sayı 41 (1946), s. 56). Borçlar Kanunumuzdaki esaslar bakımından bu zarurîdir. Bu vaziyetin bir an evvel değiştirilmesi temenni olunur.

[19] Fick, commentaire du C. O., p. 94. (bulletin sténographique, 1909, p. 493). Bizatihi işletme tehlikesinin yanında, bir kimsenin tedbirsiz hareketinden bir tehlikenin husule gelmesi mümkündür. Bu tedbirsizlik bir kusur teşkil eder. Yargıtay 4 üncü Hukuk D. sinin 25.6.935 tarihli ve 1661/1372 sayılı kararında, dinamitlerin bulunduğu depo ile mağaza arasındaki küçük deponun fenni şartlara uygun olmaması

Bu suretle, Türk hukukunda tehlike mesuliyeti mevzuunda hususî kanunî hükümlere ihtiyaç bulunduğunu tespit etmiş oluyoruz (tafsilât için bk., § 24 ve m.).

§ 8. Zararların tazmini ve mecburi mesuliyet sigortası.

1. Mesuliyet sigortası zararın tevzii bakımından en müterakki ve sosyal icaplara en uygun yol olarak mülâhaza edilmekte ve yeni müellifler, bilhassa Karl Oftinger ve René Savatier tarafından müdafaa edilmektedir. Mesuliyet sigortasının, Mataja'nın yukarıda zikrettiğim fikrile yakın alakası vardır. Filhakika, Mataja'ya göre, zarar bir kişi tarafından yüklenilecek yerde, müteaddit şahıslar tarafından yüklenilecek olursa, tesirleri daha az hissedilir ve daha kolay tazmin edilir. Bu fikir pratik bakımdan sigortada, mesuliyet sigortasında tahakkuk edebilir. Böylece, ferdi değil, kollektif bir mesuliyet bahis mevzuu olur.

Yeni zamanlarda ortaya çıkan sebep mesuliyetinin içtimai düşünceye, zararın ekseriya fakir olan mutazarrırlara yüklenmemesi fikrine istinat ettiği, ve bunun haklı bulunduğu bugün umumiyetle kabul edilmektedir. Fakat, buna fakirliğin bir mesuliyet sebebi olamayacağı, ve tamamiyle masum olan failin sırf zengin olduğu için, ağır bir tazminat yükü altına sokulamıyacağı söylenmektedir. Esasen, fail dahi fazla varlıklı değilse ne olacaktır? Onun mesuliyetini kabul etmek, onu bir tazminat borcu altında ezmekle müsavidir. Bu ise, hiç de temenniye şayan değildir. Zira, İsviçre borçlar kanunu projesinin müzakeresi sırasında bir hukukçunun dediği gibi, «bir felâket diğer bir felâket meydana getirilmek suretile telâfi edilmemelidir» [1]. Zarar bizatihî bir felâkettir, fakat tazminat vecibesî de ikinci bir felâket olarak tecelli etmemelidir.

sebeble vuku bulan kazada, fenni tedbirlerin alınmamasından şirketin mesul olduğu tasrih edilmişse de, tazminat kararı maalesef müruruzamar sebeble bozulmuştur (tafsilât için bk.: Sungur, Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, J s. 143-144, Nr. 30). Bu hallerde tehlike durumu, kusurlu bir hareket neticesinde meydana gelmiştir. Asıl tehlike mesuliyeti halleri, mahiyeti, bünyesi itibarile, tehlike arzeden faaliyeti istinad eder. Meselâ, mücerret otomobil kullanılması, umumî seyrüsefer için bir tehlike arzeder.

[1] «Soll nicht ein Unglück durch ein anderes Unglück gehellt werden». Bu sözler Federal Mecliste Hofmann tarafından söylenmiştir (Sten. Bull. 1910, s. 165), bk., K. Oftinger, der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, schweiz. Juristen Zeitung, 1943, s. 560.

İşte bu ciddi mahzurlar karşısında mesuliyet sigortası, pratik bakımdan en iyi hal çaresini vermekte ve müstakbel hukuk nizamının erişmek istediği bir hedef ve gaye mahiyetini ihraz etmektedir. Prof. Oftinger'e göre, bütün zararların Devlet tarafından tanzim edilen mecburî sigortası mesuliyet hukukundaki inkişaf ve temayülün son safhasını teşkil etmektedir [2]. Filhakika, mesuliyet sigortası ile, bu mevzudaki rizikolar bir araya getirilerek, bunlar tazminatla mükellef olan kimseler hakkında daha az ve hafif hissedilir bir hale ifrağ edilmektedir.

Mesuliyet sigortasında riziko, bir kimsenin üçüncü bir şahıs tarafından mesul edilerek, tazminat talep edilmesinde tezahür eder. Sigortanın yapılması ile, bu tazmin vecibesini sigortacı üzerine almaktadır. Bu nevi rizikolar içine, bilhassa bir meslek icrası ve başkalarını istihdam etme, veya başkası için tehlike arzeden faaliyette bulunmak dolayısıyla diğer şahıslara yapılan zararlardan mesul olma halleri girer. Bunun, zamanımızda, en ziyade bahis mevzuu olan şekli, fabrikalardaki iş kazalarından patronların, otomobil, uçak ve makineye müstenit sair nakil vasıtaları kazalarından, bunların sahiplerinin mesuliyetidir. Burada, rizikonun hudutları geniştir, ve otomobil veya nakil vasıtasıyla üçüncü şahıslara karşı yapılan kazalardan husule gelecek zararların hududu muayyen değildir. Bu bakımdan, tazminat borcunun şümulü mesul şahsın ödeme kabiliyetini tecavüz edebilir. Bu takdirde, zarar kurbanları için tazmin edilememek tehlikesi mevcuttur. Fabrikaların ve modern nakliyatın günden güne gelişmesi neticesi olarak, iş kazaları ve seyrüsefer kazaları fevkalâde çoğalmış bulunmaktadır. Bunun karşısında, zarar görenlerin tazminat elde etmelerini temin etmek, ve bu hususta mecburî mesuliyet sigortasını kabul etmek, sosyal bir zaruret olarak tezahür etmektedir. Bu sebepten dolayıdır ki, zamanımızda bir çok müterakki memleketlerde, bu mevzuda mecburî sigorta esası kabul edilmiştir.

Mesuliyet sigortası, yalnız fabrika, otomobil, hava nakliyatı hakkında değil, aynı zamanda demiryolları, ve halk için tehlike arzeden diğer teşebbüsler ve eşya hakkında da kabul edilebilir, ve kabul edilmesi temenniye şayandır. Memleketimizde, bu neviden mecburî sosyal sigorta, sadece bir kısım iş kazaları ve meslek hastalıkları hakkında mevcuttur. Bunun, bir an evvel diğer sahalara teşmili zaruridir (bu mevzua ileride temas edeceğiz, bk. § 24, II ve III).

Mesuliyet sigortasının tazminat hukuku bakımından, gerek zarar görenler, gerek tazminat borçluları, ve gerek topluluk bakımından büyük faydaları vardır. /

[2] K. Oftinger, a. g. e., s. 563.

a) İlk olarak, bunun tazminat borçluları bakımından faydası vardır. Muasır hayatın artan teknik vasfı ve mudilliği dolayısıyla, faaliyet sahibi insanların tazminat ödemek ihtimalleri fazlalaşmıştır. Ayrıca, vuku bulan zararların yüksek bir miktara baliğ olması da kuvvetli bir ihtimal dahilindedir, bu takdirde mesul şahıs oldukça yüksek bir tazminat ödemekle mükellef kılınabilir. Bu neviden tazminat vecibelerine karşı, ancak bunun sigorta edilmesile korunmak mümkündür. Zararların vukuunu tamamilen önlemek imkânsızdır, dikkat ve ihtimam tedbirlerinin alınmasıyla bu ihtimal azaltılabilir, fakat tamamilen bertaraf edilemez. Zira, modern teknikte kaza ve zararların sebebi tek değildir, bu daha ziyade müdil bir mahiyeti haizdir. Böylece, mesul edilmeleri muhtemel şahıslar, bundan kurtulmak imkânını haizdirler. Bunlar ancak kazanın vukuundan evvel muayyen fasılalarla ödenmesi gereken tazminat primlerini tediye etmekle mükelleftirler. Bunların tediyesile tehlike, yani tazminat borcu sigortalılar gurubuna geçmektedir. Görülüyor ki, mesuliyet sigortası sigorta edileni zarar vukuunda tazminat ediminden kurtarmaktadır. Mesuliyet sigortası, bazı hallerde gayet ağır neticeleri mucip olan, ve mesul şahsın aciz veya iflâs haline düşmesine sebep olabilecek olan tazminatın sigortacı tarafından, ve hakikat halde bütün sigortalılar tarafından karşılanmasını, ve ödenmesini temin etmektedir. Bu sebeple, bunun mesuliyet borçluları için büyük bir ehemmiyet ve faydası vardır. Mesuliyet sigortası tazminat talebini karşılamakta, ve bu suretle, mesul olarak bir fert yerine, «ödeme kabiliyetini haiz bir topluluk» (leistungsfähige Kollektivität) [3] kaim olmaktadır.

b) Mesuliyet sigortasının faydası, yalnız tazminat borçlularına münhasır değildir. Bu, aynı zamanda mutazarrarı da tazminat alamaması ihtimaline karşı korumakta, ve bunların tazminat almalarını kat'i bir şekilde temin etmektedir. Mesuliyet sigortasının bu fonksiyonu, birincisinden daha ehemmiyetlidir. Çünkü, sigorta bulunmadığı takdirde, fail tazminata mahkûm edilse bile, mutazarrarın bunu alabilmesi için, tazminat borçlusunun ödeme kabiliyetini haiz olması lâzımdır. Aksi takdirde, mağdurun zararını tazmin ettirebilmesi bir hayaldir, ve ekseri hallerde, zarara uğrayanlar tazminatsız kalmak tehlikesine karşı karşıya bulunmaktadır. Mesuliyet sigortası bunu bertaraf etmekte, ve zararların tazminini sağlamaktadır. Böylece, kazaya maruz kalan, ve bu sebeple zaruret içinde kalması kuvvetle muhtemel olan kimselerin ve ailelerinin vaziyetini islah etmekte, bu hususta kendilerine emniyet bahşedilmektedir. Me-

[3] K. Oftinger, a. g. e., s. 561.

suliyet sigortasının mesuliyet hukukunun bugünkü inkişafında en mühim fonksiyonu budur. Bu, müstakbel zarar kurbanlarını korumak, cemiyet içinde zayıf bir vaziyette olan bu zavallılara yardım etmek gayesini takip etmesi dolayısıyla, sosyal bir mahiyeti haizdir.

Bu suretle, mesuliyet sigortası, sigorta mukavelesine taraf olarak iştirak etmemiş olan, ve mukavele esnasında malûm ve muayyen bir şahıs veya şahısları, müstakbel mağdurları himaye etmektedir. Sigorta mukavelesinin yapılması mutazarrıra bağlı olmadığından, bunların menfaatlarının korunması da fail veya teşebbüs sahibinin elindedir. Bu sosyal mahiyet ve gayenin teksifi şekilde tezahür ettiği bazı mevzularda, sigortanın yapılıp yapılmaması faaliyet sahiplerinin keyif ve arzularına bırakılmıyacağından, bu mevzuda mecburî mesuliyet sigortasının kabulü teklif olunmakta, ve başlıca hukuk nizamları tarafından benimsenmiş bulunmaktadır.

c) Mesuliyet sigortasının topluluk, cemiyet bakımından da faydası inkâr edilemez. İctimai hayatın ve müterakki tekniğin tevlit ettiği zararların tazmini, modern cemiyette tazminat hukukuna terettüp eden en büyük bir vazifedir. Hiç bir tarafa kusur izafe edilemiyerek vuku bulan kazalardan, casum sentit dominus esası, yani bunun mukadderatın bir neticesi addedilerek mağdurlara yükletilmesi esası, mesuliyet sigortasıyla bertaraf edilebilir, ve mutazarrırlar fena tesadüflerin getirdiği zararlarının tazmin edilmesini temin ederler. Topluluk bakımından, burada ehemmiyeti haiz olan, zararların tazmin edilmesidir. Kaza ve zararlar, buna maruz kalan fertler için olduğu kadar, cemiyet için de bir kayıp teşkil ederler. Bunun telâfisi, mutazarrırlara olduğu kadar cemiyete de fayda arzeder. Zararların tazmini için en müessir çare ise mesuliyet sigortasıdır.

Bu bakımdan, yalnız başkaları için tehlike arzeden modern işletmeler ve nakil vasıtaları tarafından sebebiyet verilen zararlar değil, fakat cemiyet içinde vuku bulan bütün zararların bu yolla telâfisi düşünülebilir. Mataja'nın vaktile ileri sürdüğü, ve zamanında ütopi olarak vasıflandırılan bu fikir, müstakbel hukuk nizamının erişeceği bir gaye olarak mülâhaza olunmaktadır. Bu gayeye erişildiği takdirde, bütün zararların bir mesulü bulunacak, ve her mesul sigorta edilerek, gerek fail, gerek mağdurlar için, umumî bir emniyet temin edilecektir. Böylece, zarar gören her şahıs zararını tazmin ettirecek birisini bulacak, ve bu şahıs da ödeyeceği tazminatı bütün sigortalılara, yani içtimai guruba aksettirmiş olacaktır. Her ferdin zararını tazmin ettirmek hakkını haiz olması, ken-

dileri için çok büyük bir garantidir, ve Prof. Savatier'nin dediği gibi, hukuki mesuliyetin sosyalize edilmesidir [4].

2. Cemiyet içinde vuku bulan bütün zararların tazminini ihtiva eden umumî bir mesuliyet sigortasının tatbik edilebilmesi için şu vasıfları haiz olması icap etmektedir.

a) Böyle umumî bir mesuliyet sigortasının tahakkuku için, bugünküne nazaran daha büyük ve geniş bir teşkilâta ihtiyaç vardır.

b) İkinci olarak, bütün faaliyetin sigorta edilmesi lâzımdır. Bu suretle, mecburî sigorta esasına gelmiş oluyoruz. Muasır mevzuatta, iş kazaları ile otomobil ve hava seferlerinden husule gelen zararlar için mecburî mesuliyet sigortasının kabulü hakkında kuvvetli bir cereyan vardır. İsviçrede otomobil idare edenlerin mesuliyetine dair 1932 tarihli bir kanunla, ve hava vasıtaları için de 1920 tarihli bir Federal Meclis kararı ile mecburî sigorta esasını kabul edilmiştir. Fransada otomobil işletenler hakkında böyle bir kanunî hüküm mevcut değilse de, tatbikatta bir nakliyecinin veya bir şahsın arabasını seyrüsefere koyabilmesi için, muteber bir sigorta şirketine bunu sigorta ettirdiğini gösteren bir vesika ibraz etmesi aranmaktadır [5].

Mecburî sigortada, alâkadar olan herkes sigortaya dahil olmak mecburiyetindedir. Fail mesuliyet sigortası yapmamış veya yapılan sigorta mukavelesi noksan ve fena yapılmış olabilir. Bu takdirde, bunun mahzurlarını zarar kurbanları çekecektir. Çünkü, tehlikenin tahakkuku halinde, sigortanın hükümsüzlüğü dolayısıyla mutazarrırlar hiç bir tazminat alamıyacaklardır. Halbuki mesuliyet sigortasile sosyal bir gaye, mutazarrırların himayesi gayesi takip edildiğinden, sigorta mukavelesinin hatâ, hile, ehliyetsizlik gibi sebeplerle kabili fesih olması ihtimalinin de kanun vazı tarafından derpiş edilmesi icap eder. Yukarıda zikrettiğimiz 1932 tarihli İsviçre kanununun 50 nci maddesi bu mevzuda şu mükemmel hükmü ihtiva etmektedir: «Zararın karşılanmasını azaltan veya kaldıran sigorta mukavelesine karşı yapılan defiler mutazarrır üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilemezler». Şüphesiz bu defî ve itirazlar sigorta ettirene karşı tesiri haizdirler, ve sigortacı bu sebeple bir rücu hakkını haizdir. Burada, zarara uğrayanların menfaatları korunmakta, ve bu esas sosyal bakımdan büyük bir kıymeti haiz bulunmaktadır.

[4] R. Savatier, du droit civil au droit public, p. 91.

[5] Fransada buna benzer bir vaziyet avcılar hakkında da tatbik edilmektedir (Savatier, a. g. e., p. 140).

Bunun gibi, kasden veya ağır ihmalle ika edilen zararlara karşı da mutazarrırların vaziyetlerinin düzeltilmesine ihtiyaç ve lüzum vardır. Mer'î hukuka göre, sigorta ettiren kasdî olarak zararı husule getirirse sigortacı mesul değildir, çünkü böyle bir fiil âmme intizamına aykırı addedilmektedir. Ancak bu mülâhaza yalnız sigorta ettiren ve sigortacı zararı itibara alındığı takdirde bir kıymeti haizdir. Mutazarrırın menafaatı sigorta mukavelesinin baki kalmasını icap ettirmektedir. Bu hususta, mezkûr İsviçre kanunu gayet müterakki ve sosyal bir bünyeyi haizdir. Bunun âmme intizamına ve ahlâka aykırı olduğu düşüncesine gelince, bu gibi hallerde sigortacının sigorta ettirene karşı rücu hakkını haiz olduğunu hesaba katmak lâzımdır [6].

c) Bu hususta kabulü gereken diğer sosyal bir esas, mutazarrırın sigortacıya karşı doğrudan doğruya talep ve dava hakkını haiz olmasıdır. Sigorta hukukunun umumî esaslarına göre, sigorta mukavelesi ancak sigorta ettirene bir talep hakkı bahşeder. Mesuliyet sigortasında, mutazarrır ile sigortacı arasında önceden bir münasebet mevcut değildir. Fakat burada hâkim olan sosyal düşünce zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya müracaat hakkını haiz olmasını âmirdir. Aksi takdirde, mağdurun evvelâ sigorta ettiren zarar faili aleyhine harekete geçerek tazminat talebine hak kazanması, ve bunu takiben de sigorta ettirenin sigortacıyı dava ederek bu meblâğı alması icap eder. Böyle bir usulün, iki dava açılarak işleri uzatmak gibi bir mahzuru vardır. Ayrıca, eğer fail ödemediği için âciz bir halde ise, sigortacıya karşı talep hakkını kullanmaktan vazgeçebilir ki, böyle bir halde mutazarrır fena bir niyete kurban gitmiş olacak, ve mesuliyet sigortasındaki sosyal gaye bertaraf edilmiş olacaktır [7].

Mutazarrıra bahşedilecek olan doğrudan doğruya talep hakkı ile, evvelâ usul bakımından davalar basitleştirilecek, birleştirilecek ve bütün alâkadarlar bir araya getirilecektir. İkinci olarak da, failin ödeme kabiliyetini haiz olmaması, veya sigortacı ile yapacağı fena maksatlı bir anlaşma ihtimali önlenecektir. Bu mülâhazaya binaen, mezkûr İsviçre kanununun 49 uncu maddesinde, mutazarrıra sigortacıya karşı doğrudan doğruya dermeyan edilmek üzere bir talep hakkı tanınmıştır. Aynı hak Fransasında mahkeme içtihatları tarafından tesis edilmiştir. Bizde de Prof. Bel-

[6] 1932 tarihli İsviçre kanunu (Bundesgesetz über den Motorfahrzeug und Fahrradverkehr vom 15 März 1932), madde: 50, fık. I - II. Ayrıca bk., Homberger, Haftpflicht ohne Verschulden, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1930 Heft: I, s. 60 a.

gesay'ın zikrettiği bir temyiz kararında, mesuliyet sigortalarında üçüncü şahısların sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava hakkı bulunduğu kabul edilmiştir [8].

d) Böyle bir sigortanın diğer bir vasfı, karşıladığı rizikoların mahdut olmamasıdır.

Umumiyetle, sigorta hukukunda cari olan bir esasa göre, rizikoların sigorta edilebilmesi için, bunların tahdit edilmeleri (délimitation) lâzımdır. Bunun için, her tehlikeyi tarif etmek, bunun kıymetini ölçmek, muayyen gruplar halinde tasnif etmek icap eder. Her gurubun rizikosu diğerinden müstakildir, ve ayrı olarak sigorta edilmek icap eder [9]. Halbuki, mesuliyet sigortasında mevzu bakımından bütün tehlikeler, hattâ yeni ve önceden görülemeyen tehlikeler için sigortacının mesuliyetini temin etmek icap etmektedir. Bu cereyana uygun olarak, Fransada umumî mesuliyet sigortasında, şirketler müşterilerini (mesul şahısları) bahis mevzuu faaliyet veya işletme dolayısıyla ika ettikleri bütün zarar, ve mesul oldukları bütün tehlikelere karşı sigorta etmeyi kabul etmişlerdir [10]. Böylece, zarara uğrayanlar hudutları gayet genişlemiş olan tehlikelerin tahakkukunu halinde zararlarının tazmin edileceğinden emin bulunmaktadırlar.

Buna mukabil, miktar bakımından bir tahdit yapılabilir, ve ekseriya yapılmaktadır. Otomobil idare edenlerin mecburî mesuliyet sigortası kanunlarında, Almanyada ve İsviçrede asgarî hadler vazedilmiştir. Sigorta mukavelesi en az bu miktarlar için akdedilebilir, bu hadden aşağı inmek mecburiyeti vardır (bk. 1932 tarihli İsviçre k. madde: 52). Bu miktarlar veya sigorta mukavelesinde tayin edilebilecek olan daha yüksek meblâğlar, bu mevzuda aynı zamanda azamî tazminat haddini de teşkil ederler; sigortacının ödeyeceği tazminat bu miktarları tecavüz edemez. Fransada tatbikat otomobiller ve otobüsler için, miktar bakımından da hudutsuz sigortayı kabul etmiştir [11].

e) Bu neviden umumî bir sigortaya ait son bir vasıf da, bunun ancak

[7] Bk. R. Savatier, cours de droit civil, t. II, Paris 1944, p. 369.

[8] Temyiz mahkemesi ticaret dalresinin 936/43 sayılı kararı, hukuk gazetesi 1939 No. 39 - 40, s. 4.

[9] Tafsilât için bk., sigorta hukukunda rizikonun ağırlaşması isimli etüdümüz, İst. Hukuk Fak. Mec., cilt 12 (1946), sayı 1, s. 285.

[10] R. Savatier, du droit civil au droit public, p. 141.

[11] R. Savatier, a. g. e., p. 140.

Devlet elile tahakkuk edebilecek mahiyette olmasıdır [12]. Burada, hususî sigorta yerine Devlet sigortasına varılmaktadır.

3. Mesuliyet sigortasına mahzur olmak üzere, bunun faaliyet sahiplerini dikkatsizlik ve tedbirsizliğe sevkedeceği söylenmiştir. Filhakika, kaza olsa da olmasa da fail için ehemmiyeti yoktur. Meselâ sigortalı olarak otomobilini idare eden kimse her nevi dikkate, ve seyrüsefer nizamlarına riayet etmeğe lüzum görmeyebilir. Bu mahzuru önlemek için, küçük de olsa, zararın bir kısmının, meselâ dörtte birinin fail tarafından taşınması teklif edilmektedir. Daha ziyade kusurun bulunduğu hallerde, sigortacının ödeyeceği tazminattan bir miktar indirerek, bunu kusurlu olana (fail veya mutazarrıra) izafe etmek, ve bunu hâkimin takdirine bırakmak, kanaatimizce daha doğru olacaktır.

Bu küçük mahzuruna mukabil, mesuliyet sigortasının, mutazarrırların menfaatlarını koruyarak çok büyük ve vazgeçilemez bir sosyal kıymeti haiz bulunduğu, bugün kat'î olarak anlaşılmıştır. Faaliyet sahiplerinin mesuliyet sigortası akdetmelerini temin etmek faydalı ve zaruridir.

Türkiyede kazadan mütevellit mesuliyet sigortası, ticaret kanununun 1003 üncü maddesinde tanzim edilmiştir. Bu hüküm eksik ve kifayetsizdir. Bunun dışında meslek kazaları ve hastalıkları hakkında mecburî sigorta esası, 27.6.1945 tarihli ve 4772 sayılı kanunla, yalnız bir kısım işçiler için kabul edilmiştir. Bu kanun, mecburî mesuliyet sigortası gibi çok mühim sosyal bir cereyanın, ilk tezahürü olmak itibarile, takdirle karşılanmak icap ederse de, maalesef ehemmiyetli noktalarda bir çok noksanları muhtevindir (tafsilât için bk. § 24, II).

Böylece, mecburî mesuliyet sigortası, bugün memleketimiz için erişilmesi gereken bir ideal mahiyetini haizdir. Bunu kurmak bugünkü Devletin ilk vazifelerindendir.

Almanyada, Fransada, İsviçrede mahdut mevzularda kabul edilen, mecburî mesuliyet sigortasının, hukukî mesuliyetin tekâmülünün son safhasında, bütün zararlara şâmil olmak üzere Devlet elile temin edilen umumî bir sigorta şeklinde tecelli edeceği söylenmektedir [13]. Bununla, Mataja'nın vaktile ileri sürdüğü düşünce tahakkuk etmek imkânını yavaş yavaş kazanmaktadır. Bu cereyanın mantıkî neticesi olarak, Devletin bütün hudutsuz rizikoların sigortasını üzerine alacak yerde, bunu kendi masraflarile önceden garanti etmesi, ve tediye vasıtalarını vergi yolu ile

[12] Bk. G. Kessler, sosyal sigorta şartları, siyasal bilgiler mec. sayı 50, s. 6.

[13] R. Savatier, a. g. e., p. 143.

cemiyet âzasından alması tarzı ortaya çıkmaktadır. Bu sistem, bugün hiç bir memlekette tahakkuk etmiş değildir. Prof. Savatier, kanun vazının, belki tekâmülün bu en son safhasına kadar gitmeyeceğini kaydetmektedir, çünkü müellifin haklı olarak söylediği gibi, «beşeri müesseselerin tekâmülünde âmme hissiyatının da tesiri vardır» [14]. Ancak muasır hukuklar, bu mevzuda ileri merhalelere doğru terakki etmektedirler, ve mesuliyet sistemlerinde mecburî mesuliyet sigortasına artan bir ehemmiyet izafe etmektedirler. Kanaatımızca, büyük bir sosyal değeri olan mecburî mesuliyet sigortasının ilerisi için büyük bir istikbali vardır.

§ 9. Kusursuz mesuliyet hallerinden: Hakkaniyet mesuliyeti.

Hakkaniyet, tazminat hukukunda istinat olunabilecek umumî mahiyeti haiz esaslardan birisidir. Gerek hukuk dilinde, gerek umumî konuşma lisanında, sık olarak bir meselenin hakkaniyete uygun veya aykırı olduğundan bahsedilir. Hakkaniyet nedir? Bu, bizde şimdiye kadar aydınlatılmamış olan bir meseledir. Medenî kanunumuzun muhtelif yerlerinde kullanılan, ve bazı yerlerde de «adalet, nısfat» kelimelerile tercüme edilen ve ekseriya ismi geçen bu mefhumun izahının tazminat hukuku bakımından da ehemmiyeti vardır. Hukukî mesuliyetin bugünkü inkişafında hakkaniyete ve hakkaniyet mesuliyetine büyük bir kıymet ve mevki verildiği gibi, İsviçre - Türk borçlar kanununda da buna mühim bir yer verilmiştir.

İncelemesi büyük bir kısmı itibarile hukuk felsefesine taallük eden hakkaniyet mefhumunun biri umumî, diğeri tazminat hukukuna ait hususî iki mânası vardır. Mevzuumuz ikincisini tetkiktir. Fakat biz, birincisine de kısaca teması faydalı addediyoruz. Çünkü, medenî hukuk sistemimizde büyük bir ehemmiyeti haiz olan hakkaniyet müessesesinin müphemiyetten ve yanlış anlaşılmaktan kurtarılması lâzım ve zaruridir.

I. Umumi olarak hakkaniyet:

Ahlâk ve hukuk felsefesi sahasında hakkaniyet mefhumu hakkında ileri sürülen muhtelif mütalâalardan anlaşıldığına göre, durum vâzih olmaktan uzaktır. Hakkaniyetin ne olduğu hakkında fikirler tehalûf etmektedir.

[14] R. Savatier, a. g. e., p. 143.

Hakkaniyet bazan hâkimin veya halkın hukukî şuur ve hukukî hissiyatına uygun olma mânâsında anlaşılmalıdır. Hâkimin hukukî his veya şuuruna, mesele Voigt istinat etmiştir. Buna göre, «hakkaniyetin esası hüküm verenin fikir dünyasındadır. O (hakkaniyet), düşüncenin dahili kudretinde hâkimdir ve insanın hukukî kanaatı olarak tavsif edilebilen bir akıştır» [1]. Hakkaniyeti, daha geniş olarak, halkın hukukî hissiyatından (Rechtsempfinden) çıkarılanlar da vardır. Meselâ, Windscheid diyor ki: «ferdî hukukî bir görüş bir millet tarafından da benimsenebilir, ona hâs olabilir» [2].

Hakkaniyeti, hukukî mantığın aksine olarak, hukukî âdet olarak telâkki edenler de vardır [3].

Diğer bir fikir, hakkaniyeti müsamaha ve nısfat mânâsında alarak insaniyet olarak tavsif etmektedir [4].

Nihayet, Aristo'dan gelen bir kanaata göre, hakkaniyet doğru ve haklı görünendir. Hukukî münasebetlere naklinde, bu hal ve vaziyete uygun olma, müşahhas münasebetlere tevafuk etme mânâsını haiz olur [5].

Hukuk felsefesinde hakkaniyet mefhumunun tayin ve tarifi hakkında mevcut fikir ihtilâfına rağmen, bu hususta Aristo'nun yukarıda vermiş olduğu tarif hâkim vaziyettedir. Buna göre, hakkaniyetin mâna ve gayesi, bir hâlin hakikî vaziyetine göre adalete uygun olan hal tarzını bulmaktır. Bu hususta tezahür eden ilk düşünce bunda insanın hukukî kanaatının inikâsının görülmesi, ve buna uygun olarak hukukî hisse ehemmiyet verilmesidir.

Hukuk ve hakkaniyet aynı şey değildirler. Fakat hukuk hakkaniyete uymak mecburiyetindedir. Hukuk ve hakkaniyet arasındaki ayrılık hakkaniyetin hukuku tashih etmesindedir. Burada formalist bir tatbik değil, bilâkis hakikî maksada uygun bir tatbik lâzımdır. Hâdiseler vuku ve tezahürleri itibarile nisbidirler, bunların büyük bir ölçüde mütehavvil olmalarına mukabil kanunlar sabittir. Halbuki hâdiseler arasındaki münasebetler şe'nidir, ve bu bakımdan dar hukuk büyük bir haksızlıktır [6].

[1] M. Rümelin, die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921, s. 18, Not: 1.

[2] M. Rümelin, a. g. e., s. 18, Not: 1.

[3] Kipp, Geschichte und Quellen des römischen Rechts, s. 7: (Aequitas ist zunächst ein sittlichen Begriff).

[4] M. Rümelin, a. g. e., s. 19, Not: 4.

[5] W. Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe «treu und Glauben» und «Billigkeit» im schweiz. Zivilrecht (Habilitationsschrift), Bern 1939, s. 54, Not 2. Hakkaniyet kelimesinin etimolojisi hakkında bk., Rümelin, a.g.e., s. 3 ff.

[6] W. Gramsch, die Billigkeit im Recht, Stuttgart 1938, s. 15.

Bunun için hukuk kâidesinin yanında hal ve vaziyetin müşahhas icaplarını nazara almak lâzımdır. Aristo'nun vaktile söylemiş olduğu gibi «hakkaniyet, umumiliği (mücerretliği) dolayısıyla kâfi gelmediği yerde kanunun düzeltilmesidir» [7].

Netekim, Roma hukukunda Yunanlılardan alınmış olan Aequitas (hakkaniyet) mefhumu, şekilci «ius civile» nin yanında daha serbest bir hukukun tekevvününe yardım etmiştir. Aequitas değişmiş münasebetler için lüzumlu olan bütün hukukî yenilikler için bir hareket noktası olmuştur. Bu suretle, Pretör hukukunda, kanun yolu ile değil, fakat yeni davalar verilerek, yeni ve serbest bir hukuk ihdas edildi. Fonksiyon bakımından Roma hukuku Aequitas'ı münferit hallerde şahsî âmillerin nazarı itibara alınmasıyla, mevcut kanun veya âdet hukukunun tamamlanmasıdır [8].

İngiliz Equity hukukunun inkişafı da buna tamamiyle müşabihdir [9]. O da mâna ve kuvvetini kanundan değil Chancellor'un veya Court of chancery'nin kararlarından almakta, ve böylece İngiliz Equity hukuku, Common Law'ın yanında, kendine has kaidelerle hususî bir nizamın mevzuunu teşkil etmektedir. Burada, kanun hukukunun lâfzî ve sert tefsiri yerine, daha munis bir anlayış mevcuttur. Equity mahkemeleri diğerlerine nazaran daha serbest bir sistem olarak görünür [10], ve «judge of conscience» olarak tavsif edilirler [11].

Görülüyor ki, hukukun sertliği karşısında hakkaniyete uygunluk ve adalet mefhumları tezahür etmektedir. Umumî mânasında hakkaniyet adalete yakındır. Âdil bir hal tarzı, muayyen bir halde tespit edilmiş hukuk münasebetlerine uyduğu takdirde, aynı zamanda hakkaniyete de tevafuk eder. Fakat bunun aksine olarak, sabit hukuk fiiliyattaki hukuk

[7] W. Bürgi, a. g. e., s. 78; W. Gramsch, a. g. e., s. 16 - 17.

[8] Kipp, a. g. e., s. 8 ve 12; Rümelin, a. g. e., s. 25.

[9] Rümelin, a. g. e., s. 30; W. Bürgi, a. g. e., s. 69.

[10] Roma hukuku Aequitas'ile İngiliz hukuku Equity'si arasında, Levy Ullmann'a göre, şu farklar vardır: «Romada aynı bir mahkeme, hem ius civile, hem ius praetorium hakkında hüküm verebildiği halde, İngilterede Common Law ve Equity için değişik mahkemeler vardır. Bundan maada, İngiliz hukukunda olduğu kadar, Aequitas Roma pretör hukukunda temel mefhum olamamıştır» (W. Bürgi, a. g. e., s. 71).

[11] İngiliz hukukunda bulunan şu vecizeler de bunu ifade ederler. «Equity acts on the conscience» (equity vicdana hitap eder). «He who comes into equity must come with clean hands» (hakkaniyete girmek isteyen kimsenin elleri temiz olmalıdır) (W. Bürgi, a. g. e., s. 72).

fikrine uyamıyorsa, âdil olmasına rağmen hakkaniyete aykırı addedilebilir. Adalet muayyen kaide ve kanunlara, bilhassa ahlâkî olanlara ihtimamlı bir riayette tecelli eder. Adalet nedir? Bu hususta, herkes için müsavat prensibi kâfi değildir. Herkesin kanun önünde müsaviliği istenirse, adalet fikri bunun yanında diğer fikirleri de ihtiva eder. W. Burckhardt «tanıma organı olarak beşerî şuur topluluğuna (auf die Gesamtheit des menschlichen Bewusstseins) atıf yapmaktadır» [12]. Bunun için, «Baş vurulması, mümkün olan şey, düşünce his ve istekten ibaret olan, ve vahdet olarak alınan insanın «iç duygu ve bilgisi» (innere Wissen) dir» [13].

Hukuk ve hakkaniyet adaletin iki cephesini teşkil ederler, ve hâkim hükümlerinde bu ikisini birleştirmeye gayret edecektir. Zira, hukuk hakkaniyete uymak mecburiyetindedir. Hukuk kaidesi mahiyeti itibarile umumî ve mücerrettir. Buna mukabil, hakkaniyet müşahhas ve hususîdir. İsviçreli bir hâkimin pek yerinde olarak tebarüz ettirdiği gibi, «müşahhas ve mücerrede has birbirinden farklı iki adalet yoktur, tek bir adalet vardır: bu daima, verilen söze riayete, hüsnüniyete, ahlâka, zayıfların himayesine istinat eder... Adaletin iki cephesi olduğu gibi hukukî kültürün de iki cephesi vardır: zekâ ve akıl kültürü ile hissiyat kültürü (la culture de l'intelligence et celle du sentiment). Bu ikincisi hukuk hissiyatına teka-bül eder» [14]. Şu halde, hakkaniyet ve adalet yekdiğerine zıt esaslar teşkil etmezler. Bir nizam ne kadar çok hakkaniyet taleplerine cevap verirse o kadar âdil olabilir. Ancak hakkaniyet daha hususî bir mahiyeti haiz olup, münasebetlerin hal ve vaziyete uygun ve müşahhas olarak tanzimini, ve bu hususta hukukî hisse kıymet verilmesini icap ettirir. Hakkaniyet ve hukukî his arasındaki bağılık, daha rasyonel bir mefhum olan adaletten farklı noktayı teşkil eder.

Hakkaniyet hukukî histen müteşekkil olmakla beraber, aynı zamanda hukuk nizamının umumî kaidelerine tâbidir, ve bunun hudutları dahilinde hareket etmek mecburiyetindedir. Sabit hukukun zarurî bir elâsti-

[12] W. Burckhardt, System und Methode des Rechts, s. 244; W. Bürgi, a. g. e., s. 28 den naklen.

[13] W. Bürgi, a. g. e., s. 23. Hukuk felsefesinin en ehemmiyetli ve henüz tamamiyle aydınlatılmamış meselelerinden birini teşkil eden «adalet» mefhumu hakkında şu iki İsviçreli muharririn eserinde dikkate şayan fikirler mevcuttur: Hans Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit (Habilitationsschrift), Zürich 1941; Paul Häberlin, die Idee der Gerechtigkeit, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. 66 (1947), s. 395 ff.

[14] A. Panchaud, réflexions sur la vocation du juge, Journal des tribunaux 1946, p. 584.

kiyetinde tecelli eden hakkaniyet, bizzat hukuk mefhumunun içindedir. Hukuk ve hakkaniyet bir vahdet olarak anlaşılmalıdır. Hakkaniyete atıf ile hiç bir müspet esas gösterilmiş olmaz [15]. Hakkaniyet hukuka has olarak zarurî görünen, ve hakikatta doğru ve haklı olan şeydir. Hâkim gerek kanunun bahşettiği takdir hakkını kullanırken, ve gerek kanundaki boşlukları doldururken ve hukuku yaratırken hakkaniyete uygun olarak hareket edecektir (Medenî K. mad. 4). Yeni kanunlarda, ve bilhassa İsviçre - Türk medenî kanunlarında hakkaniyete önemli bir mevki verilmiştir. Medenî kanunumuzun 4 üncü maddesinde, umumî bir esas ve direktif olarak vazedilen hakkaniyet [16], bütün müşahhas hallerin mülâhazasını istilzam eder. Hukukî hissîn burada ehemmiyeti büyük olmakla beraber, bu adalete aykırı olmamalıdır «hâkim hükmünde yalnız sübjektif hislerle hareket etmemelidir, sempati, antipati, hissiyat gibi. O aynı zamanda hükmünü objektif mülâhazalara istinat ettirmek mecburiyetindedir. Hâkim bulduğu hal tarzında kanuna riayet ederken, aynı zamanda bunda lüzumsuz sertlik ve isabetsiz neticeler bulunmaksızın, hal ve şartlara göre mümkün olan en hakkaniyete uygun hükme varmalıdır» [17]. Hakkaniyete muayyen bir tesir ve şümül vermek kanun vazına aittir. Hükmettiği kanun hakkaniyeti tanımadığı takdirde, hâkimden hükmüne hakkaniyet mülâhazasını ithal etmesi istenemez. Bu sebeple medenî kanunun 4 üncü maddesinin tatbik sahası, kanunda bırakılan boşluklara ve tayin edilen hüküm sahalarına münhasırdır. Emredici mahiyeti haiz kaideler hakkında hakkaniyet tesiri haiz olmaz, bu ancak hâkime takdir hakkının verildiği yerlerde mümkündür. Bu haller ise, bilhassa borçlar kanunumuzda pek çoktur. Hâkime bırakılan takdir serbestisinin gayesi, hâkimin doğruyu bulmasıdır, bu hiç bir zaman ihtiyar serbestisi ve keyfilik demek değil-

[15] W. Gramsch, a. g. e., s. 23 ve 32.

[16] Medenî kanunumuzun 4 üncü maddesindeki «hak ve nısfatla hükmeder» şeklindeki ifade, esas itibarıyla doğru olmakla beraber, «hukuk ve hakkaniyete göre hükmeder» şeklinde tercüme edilseydi mehaza daha uygun olurdu. Filhakika almanca metinde «Recht und Billigkeit» ve fransızca metinde «les règles du droit et de l'équité» denmektedir. Burada evvelâ «hak» değil «hukuk» veya «hukuk kaideleri» bahis mevzuudur; saniyen «nısfat» yerine «hakkaniyet» teriminin kullanılması terciha sayandır, bu suretle kanundaki terimler arasında bir vahdet temin edilir. Kanunumuzun bazı yerlerinde «hakkaniyet» terimi kullanıldığı halde, diğer bazı maddelerde aynı mefhum «adalet» kelimesiyle de ifade edilmiştir (bk. Medenî K. mad. 319, 334, 610, 669. Borçlar K. mad. 26, 29, 39, 54).

[17] P. Tuor, le code civil suisse, (trad. de H. Deschenaux), p. 39.

dir. Eugen Huber de bunun aleyhindedir [18]. Hâkim takdir kararında, kanunda mevcut hukukî düşüncenin üstüne çıkamaz, zira hukuk sisteminin vahdetinin muhafazası ilk şarttır. Medenî kanun birinci maddesinde, hâkimin her boşluğu kanun vazı gibi doldurmasında ilmî ve kazai içtihatları takip edeceğini tasrih etmiştir. Prof. Egger, bu hususta birinci ve dördüncü maddelerde mevcut mutabakata işaret etmektedir [19]: «madde 1 de olduğu gibi, 4 üncü maddede de hâkim kanunun serbest sahasında dolaşır, burada olduğu gibi orada da hâkim serbest ihtiyarına, sübjektif bakımdan münasip gördüğüne göre değil, fakat esash bir düşünceye göre hüküm verir». Hakkaniyet mefhumunun hududu, hukukî emniyet mülâhazasile tanzim olunan ihlâl olunamaz âmir hükümlerdir. Bu emredici hükümler topluluğun menfaati sebebiyle tanzim edilen esaslardır ki bunları tayin kanun vazına aittir.

Bu bakımdan Eugen Huber'in yazmış olduğu İsviçre medenî hukukunun kendisine has en güzel hususiyetlerinden ve en büyük kıymetlerinden birisi de hâkime verdiği takdir serbestisine ve bu serbestinin hakkaniyet (nısfat) hudutları içinde kullanılmasına dair ihtiva ettiği hükümlerdir. Bu suretle, 4 üncü maddede, hukuk ve hakkaniyete uygun olarak verilen salâhiyetle hâkim hukukun teşekkülünde kanun vazının yardımcısı olmaktadır. Burada, hâkime yol gösterecek iki esas, hukuk ve hakkaniyettir.

Böylece, hakkaniyetle İsviçre hukuku, esas itibarile, hal ve vaziyete uygunluğu anlamaktadır. Bu, gayrı muayyen olmakla beraber, takdir kararında aranan kanuna uygunluk dolayısıyla, serbest ihtiyar tehlikesi ehemmiyetli bir şekilde azalmaktadır.

II. Tazminat hukukunda hakkaniyet veya hakkaniyet mesuliyeti:

1. Yukarıda izah ettiğimiz, hâkimin takdirine ait umumî mahiyette hakkaniyetin yanında, tazminat hukukunda sosyal bir hakkaniyet tezahür etmektedir. Bu hakkaniyet birinci nevi hakkaniyetten vâzih bir şekilde tefrik edilmelidir, çünkü mânası tamamen farklıdır, ve M. K. M. 4 e istinat etmez. Cemiyet ve topluluk hayatı, ika edilmiş olan zararların tazmin edilmesini ister. Diğer taraftan kanun vazının vazifesi, hakkani-

[18] W. Bürgli, a. g. e., s. 92, Not 3. Eugen Huber, İsviçre medenî ve borçlar kanunu ve bunların esbabı mucibesinden maada, hukuk felsefesine dair yazmış olduğu kıymetli etütleriyle de temayüz etmiştir. Bu hususta, «Recht und Rechtsverwirklichung» ve «soziale Gesinnung» isimli eserlerini zikredebiliriz.

[19] A. Egger, Kommentar zum Personenrecht, Art. 4 Nr. 4.

yete uygun şekilde ve mümkün olduğu kadar kabili tatbik kaidelerle zarar yükünü taraflar arasında tevzi etmektir. Böylece, fail ile zarar gören arasında, zararın bunu taşımaya en ziyade muktedir olan tarafından yüklenilmesi icap ettiği hakkındaki telâkki ortaya çıkmaktadır. Bu, tazminat hukukunda hakkaniyet mülâhazasıdır, ve tarafların servet ve mamelek durumlarının nazarı itibara alınması şeklinde tezahür etmektedir.

Fililiyatta zararın tediyesi zenginler için daha kolaydır. Hüküm anında, iktisadî bakımdan fail iyi, ve mutazarrır fena durumda bulunuyorlarsa hakkaniyet sebebi mevcuttur [20]. Burada, mutazarrırın himayesi sosyal düşünceye istinat eder. Bu mülâhaza, bazan fail hakkında da varittir. Eğer failin tazminat vecibesile mükellef kılınması, kendisinin müstakbel geçimini temin edecek irattan mahrum kalmasına ve sıkıntı ve zarurete düşmesine sebep olacaksa, hakkaniyet icabı olarak mesuliyetin tenkisi veya tamamen bertaraf edilmesi yoluna gidilir. Bir İsviçre mahkemesi kararında müddeialehyin (zarar failinin) iktisadî tahammül kabiliyetinin çok az olması dolayısıyla, hakkaniyet icabı olarak, tazminata hükmetmeğe imkân görülmemiştir [21].

Hakkaniyet gerek sebep mesuliyetinde, ve gerek kusur mesuliyetinde carî olabilir [22]. Sebep mesuliyetinin umumî bir kaide olarak kabul edildiği bir hukuk sisteminde, hakkaniyet kaidesinin vazifesi, bu mesuliyetin büyük şumulüne set çekmektir. Zira sebep mesuliyetinin bütün hallerde hakkaniyete uygun bir neticeye müncer olmadığı söylenebilir [23]. Bunun aksine, kusur mesuliyeti sahasında kalırsak, bu takdir-

[20] Federal Mahkeme Kararları (BGE.) 26 II 327, 43 II 209.

[21] Bern App. H. 7 Febr. 1917 (schweiz. Juristen Zeitung XIII s. 57, ve Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen, III. Bd., Nr. 4392). Keza, Journal des tribunaux 1946 p. 153.

[22] Hakkaniyetten mesuliyetle kusurdan mesuliyet arasında bir tefrik yapmaktan iktinap etmek lazımdır. Böyle bir ayırma ile, kusur mesuliyetinin tamamının hakkaniyete uygun olmadığı, adaletle bağdaşmadığı, iktisadî ve sosyal bakımdan gayeye uygun olmadığı neticesi çıkarılmış olur. Halbuki hakkaniyet sıfatı kusur mesuliyetinde de bulunabilir. Buna mukabil, hakkaniyet mülâhazasının kusurdan tamamile müstakil olduğuna işaret etmemiz lazımdır.

[23] R. Reinhardt, die Billigkeitshaftung im künftigen Schadenersatzrecht, Nipperdey'in «Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechtes» isimli kitabındaki etüdü, s. 66; M. Rümelin, die Gründe der Schadenszurechnung, Leipzig und Freiburg 1896, s. 26.

de, hakkaniyet prensibinin ilk plânda vazifesi, bu kaidenin dışında muayyen hallere mesuliyeti teşmil etmektir.

Buna muvazi olarak, tazminat hukukunda hakkaniyetin iki fonksiyonu haiz olduğunu söyleyebiliriz:

Birincisi, umumî kaideye göre (kusur mesuliyeti veya sebep mesuliyeti) tesis edilemeyen tazminatın tediyesini mümkün kılmaktır.

İkincisi, böyle umumî bir kaideye göre tesis edilmiş olan tazmin borcunu tahdit etmektir.

Birincisinde mesuliyet tesis edici bir fonksiyon bulunduğu halde, ikincisinde mesuliyeti tahdit eden veya ortadan kaldıran bir mahiyet görmek kabildir.

Son zamanlarda, uygun illiyet rabitasının mevcut olmaması halinde de hakkaniyet esasının nazarı itibara alınması istenmiştir. Malûm olduğu üzere, tazminat talebinin umumî şartlarından birisi, failin fiilile zarar arasında uygun (adéquate) illiyet rabitasının bulunmasıdır. Eğer bu mevcut değilse, tazminat vecibesi meydana gelmez. Fakat tabii illiyet rabitasının bulunduğu, ve uygun illiyet rabitasının mevcut olmadığı bir zararın vukuu halinde, hakkaniyet mülâhazaları failin tazminat mükellefiyeti altına girmesini icap ettirebilir. Bu hususta Alman hukukçusu Reinhardt şu misali vermektedir [24]: A. B. nin yüzüne vurarak yaralıyor, B. trene binerek hastaneye giderken tren yoldan çıkıyor, ve vuku bulan kaza neticesinde B. nin kolu kesiliyor. Sonradan A. nin gayet zengin ve servet sahibi olduğu, B. nin ise kollariyle çalışarak hayatını kazanan bir işçi olduğu anlaşılıyor. Bu ikinci kaza ile A. nin fiili arasında uygun illiyet rabitası eksik olduğundan, umumî kaideye ve uygun illiyet prensibine göre, A. tren kazasından mütevellit zarar için bir şey ödemekle mükellef değildir. Diğer taraftan, burada tabiat kanunlarında ve mantıkta rastlanan tabii illiyet alâkası vardır, B. A. tarafından yaralanmasaydı, trene binmeyecek ve ikinci kazaya da uğramıyacaktı. Bu düşünce hiç nazarı itibara alınmamalı mıdır? Bunu hakkaniyet kaidesile karşılamak doğru görünmektedir. Uygun illiyet nazariyesi, mesuliyet neticelerinin muayyen bir tahdidi gayesini takip eder, ve bir kısım haller ve sebepler bu suretle tazmin borcunun dışında bırakılır. Failin mamelek vaziyeti dolayısıyla ve bilhassa mutazarrır için neticenin ağır ve sıkıcı olması halinde, «bu tahdit hattının biraz geriye çekilmesi bir adaletsizlik değildir» [25]. Bu fikir Nasyonal sosyalist rejim esnasında Alman medeni hukuk reformu ile meşgul olan komisyonda münakaşa edilmiş ve neticede kabul edil-

[24] R. Reinhardt, a. g. e., s. 83.

[25] R. Reinhardt, a. g. e., s. 83 - 84.

miştir. Bu hukukumuz için mümkün değildir. Zira hakkaniyet sadece E. K. M. 54 ve 44 II deki haller için derpiş olunmuştur. Hakkaniyetin bu vasfı, birinci fonksiyonuna yani mesuliyet tesis edici mahiyeti haiz olmasına ithal olunabilir.

Tazminat hukukunda hakkaniyet düşüncesi, tarafların servet ve zenginlik, veya fakirlik derecesini nazarı itibara almak, ve bu bakımdan fena, fakir vaziyette olanları himaye etmek istemesi itibarile, ulvi ve sosyal bir mahiyeti haizdir. Böylece, «richesse oblige - zenginlik ilzam eder veya mükellefiyet altına sokar» denerek sosyal bir fikir kabul edilmektedir [26].

19 uncu asrın sonunda, Alman medeni kanunu projesinin müzakeresi esnasında, bu mevzuda şiddetli münakaşalar cereyan etmiş ve bazı müessir misaller zikredilmiştir. Fakir komşusunun kulübesini ateşe veren milyoner bir akıl hastası, veya zevki için ava giden bir zenginin kalabalık bir aileyi geçindiren bir kimseyi kazaen öldürmesi gibi. Bunun gibi, medeni kanunumuzun meriyete girmesinden önce, memleketimizde yazılmış olan bir makalede aynen şöyle denmektedir: «geçenlerde bir zenginin 5 - 6 yaşındaki oğlu, fakir bir arabacının evlâdını rövolverle katlettiği, iki komşu aileden biri elem ve kedere müstagrağ olduğu halde, kanun bu kederdide ailenin bu yüzden uğradığı ilâç ve tabip masraflarını, o zengin pedere tazmin ettirmekten âciz kaldı ve hâlâ da âcizdir... Veznecilerde süvari kışlarının bir duvarı münhedim oldu da, bir kısmı 20 - 30 senelik bir mesainin mahsulü, bir kısmı o fakir ailenin merdivenini tahammüle muhtas, bir ufak hane sahibinin binayı hayatile beraber münhedim oldu da, merhametsiz kanun bu yetim ailenin imdadına yetişemedi [27]. Fakat hukumuzda yapılan bu tenkit, Almanyadaki gibi tamamiyle aksine olarak, ilmi ve teknik bir mahiyeti haiz değildir, ve kusur mesuliyeti, sebep mesuliyeti, hakkaniyet mesuliyeti, yekdiğerinden tefrik edilerek vazedilmiş değildir. Bu mefhumlar ancak yeni hukukumuz dolayısıyla bize gelebilmişlerdir.

2. Tazminat hukukunda hakkaniyet mülâhazasının tenkidi ve değeri:

Hakkaniyet mesuliyeti, sırf zarara sebebiyet verilmiş olması vakıa-

[26] Eski kilise âdet hukukunda mevcut olan «noblesse oblige - asalet ilzam eder» kaidesi, sosyal zaruretlerin tazyığı neticesinde «richesse oblige - zenginlik ilzam eder» şekline inkılâp etmiştir. (Bu hususta bk. Martin Wolf, Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl - Tübingen 1923 - kitabındaki IV üncü etüt, s. 12.

[27] Bedil Nuri, mesuliyeti maliye, ilmi hukuk ve mukayeseli kavanin mecmuası, cüz: 4, s. 254.

sına istinat etmemesi, ve bunun yanında sosyal bir tesviye düşüncesinden hareket etmesi itibarile dikkate şayandır. Fakat bunda herhangi bir müsabet kıymet bulunduğu münakaşa edilmektedir.

İlk olarak, bu suretle zenginlik ve fakirliğin, doğrudan doğruya hukukî talep ve mükellefiyetlerin esası haline geleceği itirazı yapılmış, ve bunun nazarı itibara alınmasının cemiyetin bünyesile tezat halinde olduğuna işaret edilmiştir [28]. Bir kimsenin hiç bir kusuru olmadan, sırf mutazarrır fakir, kendisi zengin diye tazmin vecibesile mükellef kılınması, hukuk nizamının hak sahiplerinden her birine uyması lâzım geldiği esassile tezat teşkil eder [29]. Hukuk ve merhamet ayrı şeylerdir. Zenginler için ayrı, fakirler için ayrı bir kaide olur mu, herkes kanun önünde müsavî değil midir? «Eğer tazminat zarar failinin içtimai vaziyetine bağlı ise, bunun sadece zararın büyüklüğü ile ölçüleceği esası nerede kalır? Böyle bir sınıf hukuku ihdas edersek neredé durabiliriz?» [30]. Bu suretle zenginliğin yalnız başına, tesadüfi zararlar için mesuliyet tahmil etmesinin tamamen eşassız olduğu neticesine varılmaktadır.

Hakkaniyet prensibine karşı yapılan diğer bir tenkit, bu kadar geniş ve gayri muayyen bir telâkkinin pratik bakımdan kıymetinin ne olduğu, ve bunun bizi hâkimin geniş bir takdir serbestisine götüreceği hakkındaki endişeye istinat eder. Bu mülâhaza ile hakkaniyet prensibini reddeden Bienenfeld bunun ne hukuk politikası bakımından, ve ne de hukuk nazariyatı bakımından vâzih bir tesiri haiz olduğunu söylemektedir [31]. Keza Rümelin de hakkaniyet esasını gayri vâzih ve gayri muayyen bulmaktadır [23]. Diğer bir hukukçu daha ileriye gitmekte, ve hakkaniyet esasının kabulü ile yalnız kusurunu değil, fakat aynı zamanda medenî hukukun da ortadan kalkacağını ve bunun yerine keyfiliğin kaim olacağını iddia etmektedir [33]. Hakkaniyet prensibinin şiddetli muarızlarından H. Mazeaud, hukuk kaidesinin sertliğini hafifletmek için müdahale eden hak-

[28] R. Reinhardt, a.g.e., s. 78.

[29] K. Oftinger, der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, schweiz. Juristen Zeitung, 39. Jahrg. 1943, s. 561-562.

[30] H. Mazeaud, les dispositions du code polonais des obligations relatives à la responsabilité délictuelle, bulletin de la société de législation comparée 1933-34, p. 200.

[31] Bienenfeld, Haftung ohne Verschulden, s. 109, W. Bürgi, a.g.e., s. 85 den naklen.

[32] M. Rümelin, die Gründe der Schadenszurechnung, s. 69.

[33] Baron B. Nolde, le code civil de la république des soviets, Bulletin de la société de législation comparée, 1923, p. 251.

kaniyetin büyük tehlikeler arzettiğini söylemektedir: «bir kaide vazetmek ve hakkaniyet icap ettiği takdirde bunu bırakmağa karar vermek, hukuk kaidesinin bütün faydasını yoketmek demek değil midir? Kanunun esas itibarile gayesi emniyet vermektir, fiillerimizin neticelerini bilmemizi temin etmektir. Hâkimin münasip göreceği bir anda inhiraf edeceği bir kaideyi tespit etmekte ne mâna vardır?» [34].

Gerçekten, tarafların servet vaziyetleri hakkında bir dereceye kadar fikir edinen hâkimin hakkaniyete uygun bir tazmini kabul etmesi için iki memleket arasında ne dereceye kadar bir fark bulunacaktır. Her ne kadar isviçre içtihatları bu hususta, zarara sebebiyet verenle duçar kalanın mâmelek vaziyetleri arasında bir nisbetsizliğin mevcudiyetini, ve zarar neticelerinin mutazarrır için, sebebiyet verene yüklenecek tazminat borcuna nazaran daha ağır bir yük teşkil etmesini aramakta iseler de [35], burada güçlükler büyüktür. İlk hatıra gelen nokta, her iki tarafın mâmelek durumları hakkındaki doğru malûmatın nasıl elde edileceği, buna müteallik hususların nasıl ispat edileceğidir. Daha sonra iki mâmelek arasında ne derecede bir nisbetsizliğin bulunması lâzım geldiğinin tespiti, ve nihayet mâmelek durumlarının günden güne değişmesi ihtimalinin nazarı itibara alınması müşkülât tevlit eder.

Hakkaniyet kaidesi ve mesuliyeti hakkındaki bu itiraz ve mülâhazalar ehemmiyeti haizdir. Bu sebepten normal haller için umumî kaide olarak kusur prensibinin faydası tezahür etmektedir. Ancak münferit bazı hallerde kusur prensibinin kifayetsiz kaldığı muhakkaktır. Burada kusur kaidesinin yanında tehlike mesuliyetinin ve hakkaniyet mesuliyetinin nazarı itibara alınması zaruridir ve haklıdır. Bu suretle kusur ve sebebiyet prensiplerinin ve mesuliyetlerinin yanında, müşahhas hakkaniyet prensibi vazedilmekte ve böylece modern tazminat hukuku üç mühim esasa istinat etmektedir. Sebep mesuliyetinin ve tehlike prensibinin tatbik edileceği haller kanun vazı tarafından tespit edilmek lâzım geldiği halde, hakkaniyet mesuliyeti hâkimin takdirine bırakılmak icap eder. Böylece, münferit hallerde âdil bir hâl tarzına varmak mümkün olur. Bu sebepten hâkimin takdirine yer vermek zaruridir. Bundan korkmamak lâzımdır. Temyiz mahkememizin eski reislerinden B. Cevat Abdürrahim Gücün bir fiilin tazminatı mucip olup olmadığını hâkimin değil, kanunun tayin etmesi lâzım geldiğini söylemekte, ve neticede B. K. madde 54 de mevcut hakkaniyet mesuliyetinin «maddenin kendi tâbirile bizatihi hakkaniyete

[34] H. Mazeaud, a.g.e., p. 199.

[35] Genf. Cour de Justice civ. 6 février 1914, schweiz. Juristen Zeitung X-393 (Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen, III. Bd., No. 4393).

aykırı olduğunu» beyan etmektedir [36]. B. Gücün'ün varmış olduğu bu neticeye iştirak etmiyoruz. Çünkü, evvelâ yazdıklarından anlaşıldığına göre, B. Gücün hakkaniyet mesuliyeti hakkında vâzih ve doğru bir kanaata sahip değildir. Filhakika mezkûr kitaplarında «hakkaniyet doğru görünen şeydir» diyorlar. Bu, hakkaniyet mefhumunun umumî mânasının müphem bir ifadesinden başka bir şey değildir. Halbuki tazminat hukukunda, hakkaniyetin daha hususî bir mânası bulunduğu, ve bunun sosyal adalet mânasında anlaşılacak lâzım geldiği, fail ve mutazarrırın servet vaziyetlerinin nazarı itibara alınması icap ettiği, bu mevzuda yazılmış olan başlıca kitaplarda kabul ve izah edilmektedir.

Diğer taraftan B. Gücün'ün bilmeyerek inkâr ettiği bu hakkaniyet mülâhazası ve hakkaniyet mesuliyeti, ecnebi literatürde büyük bir takdir ve hayranlık hissi uyandırmaktadır. En maruf hukukçular bunun lehinde bulunmuşlardır. Ezcümle büyük alman hukukçusu Kohler «Eugen Huber ve İsviçre medenî kanunu» isimli yazısında (Eugen Huber und das schweizerische Z. G. B. in der Rheinischen Zeitschrift für Zivil-und Prozessrecht 1913, S. 5) bunu methettiği gibi [37], diğer büyük bir Alman âlimi olan M. Rümelin «die Billigkeit im Recht» isimli bu mevzua dair yazmış olduğu çok esaslî eserine, Bern Hukukçular Cemiyetinin, medenî kanunu yazmış olan Eugen Huber'e, üzerinde şu vecizeler bulunan iki cepheli cam bir çerçeveyi hatıra olarak hediye ettiğini tasvir etmekle başlamaktadır. Çerçeve mecazî mânayı haiz iki kadın resmi bulunmaktadır. Kadınlardan birisi elinde bir meşale tutmakta ve bu, hukuktaki kudret ve kuvvet unsurunu ifade etmektedir; diğerinin elinde ise bir terazi bulunmakta, ve bu da hukuktaki doğruluk ve müsavata tavsif etmektedir. Bunların altında şu vecize vardır: «hukuk ve mahkeme ile memleket ve millet mevcudiyetini muhafaza eder» (mit Recht und Gericht erhält man Land und Leute). Çerçevenin diğer kanadında bulunan ve İsviçreyi temsil eden kadın resminin altında ise «hakkaniyet hukuka hâkim olmalıdır» (Billigkeit muss das Recht meistern) vecizesi yazılıdır. Bunun gibi, vermiş olduğu münakaşalı bir konferansta hakkaniyet mesuliyeti aleyhindeki düşüncelerini serdeden H. Mazeaud'ya tanınmış hukukçu Niboyet ekseri hukuk nizamlarının ve bilhassa İsviçre hukukunun gayri mümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyetini kabul etmiş olduğu itirazını yapmıştır [38].

[36] C. A. Gücün, Nazarı ve Amelî Hukuk Davaları, II Menkul Mallar ve Borçlar, İstanbul 1944, s. 301-302.

[37] Bk. W. Bürge, a. g. e., s. 90.

[38] H. Mazeaud, a. g. e., p. 225.

Keza, son Alman hukuk reformunda da İsviçre hukukununun hakkaniyete dair esasları (Bk. M. 44 II ve M. 54) model olarak alınmıştır. Nihayet biraz sonra izah edeceğimiz üzere yabancı hukuklardan büyük bir kısmı muayyen mevzularda hakkaniyet mesuliyetini kabul etmek zarureti hissetmişlerdir.

Netice olarak, şunları tespit edebiliriz. Tazminat hukukunda değişmez bir sertlikten çekinilmelidir. Bu hususta kusur, zararın yüksekliği ve bazı hallerde tehlike mefhumu nazarı itibara alınacaktır. Fakat bunlar kâfi değildir. Hissiyata uygun olan hakkaniyet prensibi dolayısıyla hâkimin takdirine yer vermek zaruridir. Ancak kanun vazı bu sahada sübjektif mülâhazaların ölçüsünü takyit etmek mecburiyetindedir. Hakkaniyet mesuliyeti ancak mütemmim bir ehemmiyeti haiz olabilir. Yani bir kimse kusur veya sebep mesuliyetlerine göre tazminatla mükellef olur veya olmaz ancak bundan sonradır ki hakkaniyet prensibi müdahale eder. Alman hukukçularından Rümelin'in pek haklı olarak söylediği gibi, «bir hükmün sebeplerinde neticenin hakkaniyete uygun olmasının kabulü en azimli bir şekilde reddedilecek şeydir» [39]. Bu kolay hakkaniyete kaçış şiddetli itirazların yapılmasını mucip olmuştur.

Hakkaniyet gerek kusur, gerek sebep mesuliyetinde cari olabilir. İsviçre ve Türk hukuklarında hakkaniyet mesuliyeti yalnız gayri mümeyyizlerin haksız fiilleri hakkında tanzim olunmuştur (B. K. M. 54). Bunun yanında, tazminat borçlusunun müzayaka ve zaruret içinde bulunması halinde, ağır kusuru bulunmamak şartıyla, hâkim tazminatı tenkis edebilir. (B. K. M. 44 II). Birincisi hakkaniyet mesuliyeti olduğu halde, ikinci hüküm hakkaniyet sebeble tazminatın tenkisidir. Gerek 54 üncü maddede, ve gerek 44 üncü maddede tanzim edilmiş olan hakkaniyet prensibinin tatbiki için hâkimin takdir hakkını haiz olması şarttır. Her şeyden önce yalnız hisse dayanan bir hukuk sistemi tesis etmek düşüncesi kabili müdafaa değildir. Bunun gibi, mutlak bir hukuk pozitivizmi de müdafaa edilemez. Kanunların boşluksuz olmasına erişilemez ve erişilememiştir. Çünkü muayyen bir zamanın icaplarına göre yapılan kanunların, daimî bir tekâmül halinde olan hayatın zaruretlerini devamlı bir şekilde karşılayamayacağı şüphesizdir. Binlerce maddeden müteşekkil olarak tanzim edilmiş olan büyük kanunlar, meselâ 17000 maddeden ibaret olan Prusya devletleri umumî kanunu, bunun bariz bir misalidir. Şu halde, değişmez mahiyeti haiz emredici hükümlerin yanında, daha serbest bir tefsire müsaade eden ve hâkimin takdirine kıymet veren esasların

[39] M. Rümelin, die Billigkeit im Recht, s. 79; R. Reinhardt, a. g. e., s. 76.
Not: 7.

mevcudiyeti, ve modern kanunların bu neviden muhtelit bir mahiyet arz etmeleri bir zaruret olarak tezahür etmektedir.

3. Mukayeseli hukuk bakımından hakkaniyet mesuliyeti:

Muhtelif memleketlerin hukuk nizamları tetkik edilecek olursa bu mevzuda dört sistemin bulunduğu görülür.

a) İlk bir sistemde, hakkaniyet esası, umumî bir mesuliyet prensibi olarak, ve bütün tazminat hukukuna şâmil olmak üzere, kabul edilmektedir. Böyle bir hükmü Sovyet Rusya Medenî kanununda (madde: 406 ve 411) ve Macar projesinde (madde: 1737) görüyoruz. Keza 1896 tarihli Alman Medenî kanununun ikinci projesinde (madde: 752), hakkaniyetin kusurun bulunmaması veya ispat edilememesi sebebiyle mesul edilemeyen bütün zarar faileri hakkında kabulü teklif edildi ise de, sonradan Rayhştag meclisi bunun tatbikini yalnız gayrı mümeyyizlere hasretmiştir [40].

Şu halde, bu birinci guruba yalnız Sovyet Rusya hukuku ve Macar projesi girmektedir (1928 tarihli). Macar projesinde hakkaniyet mesuliyetinin umumî kaide olarak vazedildiği 1737 nci maddesinden maada, 1149 uncu maddesi bu hakkaniyet prensibini akdi mesuliyet sahasına da teşmil etmiş bulunmaktadır [41].

b) Bunun tamamile aksine olarak, Roma hukukunda ve Fransız hukukunda, hakkaniyet mesuliyeti hakkında hiç bir hüküm ve esas mevcut değildir. Alman medenî kanunundan kuvvetle mülhem olan Japón medenî kanunu, haksız filler mevzuunda Fransız medenî kanununu model ittihaz ederek, hakkaniyet mesuliyetini tanımamıştır. Bu mevzuda Fransız hukuk çevresine dahil hukuklar dahi, hususî kanunlarla veya medenî kanunlarına ilâve ettikleri bir hükümle me hazlarından ayrılmışlardır [42].

[40] Bk. C. Ch. Burckhardt, die Revision des schweiz. O. R. Recht, Z. S. R., N. F. 22 (1903), s. 533; A. Homberger, Haftpflicht ohne Verschulden, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1930 Heft: 1, s. 6'a; R. Reinhardt, a.g.e., s. 71; R. Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation, 3 ème éd. Paris 1925, p. 389 en note.

[41] Bk. H. Titze, unerlaubte Handlungen, rechtsvergleichendes Handwörterbuch, VI. Bd., s. 737.

[42] 1865 tarihli İtalyan medenî kanunu da, Fransız kanununda olduğu gibi, hakkaniyet mesuliyetinden bahsetmemektedir. Fakat 1942 tarihli İtalyan medenî kanununda 886 nci madde gayrı mümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyetini kabul etmektedir (bk. E. Riezler, yeni İtalyan borçlar kanunu - terc. O. Çağıl - İst. Hukuk Fak. Mec. cilt 8, sayı 1 - 2, s. 233 ve 248).

c) Ekseri hukuklar hakkaniyet mesuliyetini yalnız gayrı mümeyyizler hakkında kabul etmişlerdir. Bu hususta başta BGB. § 829 gelir. Bunun dışında Portekiz medenî kanunu (madde: 2378 - 2379), İspanya hukuku (1932 tarihli ceza kanunu, madde: 20), 1928 - 1932 tarihli Meksika medenî kanunu (madde: 1911), Çin medenî kanunu (madde: 187, fık. III), akıl hastalarının mesuliyetine dair 16 nisan 1935 tarihli Belçika kanunu, gayrı mümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyetini tanzim etmişlerdir. Buna benzer esaslar İsveç, Norveç, Finlandiya, Danimarka hukuklarında mevcuttur [43].

d) İsviçre, Türk ve Peru hukuklarında, hakkaniyet mesuliyeti daha geniş bir ölçüde tanzim edilmiştir. Bu hukuklarda ilk olarak, gayrı mümeyyizlerin hukukî mesuliyeti hakkında derpiş edilen hakkaniyet esası, ayrıca bütün zarar faillerinin zaruret ve sıkıntıya düşmek ihtimallerinin mevcudiyeti tazminatın tenkisi sebebi olarak kabul edilmiştir (İsviçre - Türk B. K. M. 44 II) ve (1936 tarihli Peru medenî kanunu madde: 1138).

Bunlardan maada Polonya borçlar kanununda da hakkaniyet (c) gurubunda zikrettiğimiz hukuklardan daha geniş olarak mülâhaza edilmiştir. Ancak durum hukukumuzdan farklıdır. Öyle ki, Polonya borçlar kanununun 138 inci ve 143 üncü maddelerinde tanzim edilen gayrı mümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyetinden ayrı olarak, bu kanunda şu hükümler de vardır: 149 uncu maddede, tebriye beyyinesi getirerek kendisini mesuliyetten kurtaran zarar veren hayvanın maliki, hakkaniyet icap ediyorsa, buna rağmen tazminata mahkûm edilebilir. 162 nci maddeye göre de, bir şahıs öldüğü takdirde, sadece müteveffanın bakmakla mükellef olduğu şahıslar tazminat talebinde bulunabilirler (fık. II); fakat müteveffanın meccanen (karşılıksız olarak) bakmakta olduğu kişiler, hakkaniyet icap ediyorsa, ve bilhassa mağdur ve zarar failinin mütekebil vaziyetleri mülâhaza edilerek, tazminat elde edebilirler (fık. III). Görülüyor ki, bu mevzua dair Polonya borçlar kanununun hükümleri tamamiyle orijinal bir mahiyeti haizdir.

Bunun gibi, İsviçre - Türk borçlar kanununun 44 üncü maddesinin 2 nci fıkrasındaki hüküm de yeni ve orijinal olup, bir çok yabancı hukukçuların dikkat nazarını çekmektedir. Ezcümle son Alman medenî hukuk reformunda, buna benzer bir esasın kabulü istenmiştir [44]. Bu hükümlerle borçlar kanunumuz gayet ileri ve sosyal bir karakteri haizdir, fakat maalesef tatbikat bu seviyeye erişmekten uzaktır.

[43] Bk. H. Titze, a. g. e., s. 691, 710, 716, 739 - 741.

[44] H. Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechtes, s. 141.

§ 10. Sebep mesuliyetine karşı yapılan tenkitler.

Sebep mesuliyeti hakkında müelliflerin ileri sürdükleri münferit fikirlerle, tehlike mesuliyetine, hakkaniyet mesuliyetine ve mesuliyet sigortasına karşı yapılan tenkitler, bunların fayda ve mahzurlarını tetkik etmiştir. Burada, sebep mesuliyetine, kusursuz mesuliyete, heyeti umumiyesi bakımından yapılan bazı itirazları gözden geçireceğiz.

1. Yapılan ilk bir tenkitte, kusursuz mesuliyet vakiasının, insanlığın ilk devirlerine ait bir kaide olduğu ve uzun bir tekâmülden sonra bir terakki eseri olarak, kusur fikrinin meydana geldiği söylenmiştir. Tanınmış Fransız hukukçusu Planiol'a göre, «yeni doktrin (sebep mesuliyeti) bir terakki olmaktan ziyade, bizi vakıaların maddiyetine inanılan Aquilia kanunundan evvelki zamanlara götüren bir gerilemedir; bu kanunla ifade edilen kaide, kusur fikri, hukuk müntesipleri tarafından uzun bir tahlil sayesinde yavaş yavaş çıkarılmıştır, eğer basit (risk) fikri tutunacak olursa, bu, işe yeniden başlamak olacaktır» [1]. Keza Rouast aynı kanaatta bulunarak «tarihin bize bu mesuliyetin iptidaî milletlerin hukuku olduğunu gösterdiğini, ve kusur fikrinin medeniyetin bir zaferini teşkil ettiğini» söylemektedir [2].

Tarihi bir delile dayanılarak yapılan bu tenkit kabule şayan değildir. Zira, R. Demogue'un dediği gibi, «ilk devirlerde hâkim olan bir fikrin, bugün yeniden daha ince olarak alınmasında gayrı tabii olan bir şey yoktur» [3]. Netekim bazı hukukçular, bilhassa cermanistler bu tarihi delili aksi istikamette, yani sebep mesuliyetinin lehinde kullanmak istemişlerdir. Alman medenî kanununun birinci projesinin müzakeresi esnasında sebep mesuliyetinin eski bir Cermen hukuku prensibi olduğu, kabulü zımında dermeyeran edilmiştir. Buna, eski hukuka ait telâkkilerin bizim için bir kaide teşkil edemeyeceği cevabı verilmiştir [4].

Şu halde, tarihi delil bırakılmalıdır, bu ancak müsavi bir medeniyet zihniyeti içinde müdafaa edilebilir. Diğer taraftan, onun vaktile kabul edilmiş olması ne meziyetini, ne de mahzurunun ispat eder.

2. Yapılan diğer bir itiraz, hukukî mesuliyetten kusur fikrinin kaldırılmasıyla adaletin tahrip edileceğidir. Planiol'a göre, «fiilile başkalarına iras ettiği zararları faile yüklemek içtîmaî bir adaletsizliktir, bu mede-

[1] M. Planiol, traité élémentaire de droit civil, t. II/p. 892, No, 863.

[2] A. Rouast, hukukta mücerretlik ve müşahhaslık (terc. S. Dönmezer ve M. Bellik), İst. Huk. Fak. Mec. cilt. 7 (1941), sayı 4, s. 1000 - 1001.

[3] R. Demogue, traité des obligations en général, t. III, p. 360.

[4] R. Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation, p. 376 note: 1.

ni hukuk için ceza hukukunda bir masumun mahkûm edilmesinin aynıdır» [5]. Şüphesiz, kaza ve zarara maruz kalan kimseler merhamete lâyıktır, ve Casum sentit dominus esasile, zararlı neticenin mağdurlara yüklenmesi âdil değildir. Fakat tazminle mükellef kılınırsa, fail için de aynı durum ihdas edilecektir. Şu halde, kusur prensibi niçin değiştirilsin?

Bu tenkit de kabul edilemez, çünkü kusur kaidesinin bazı hallerde kifayetsiz ve gayrı âdil olduğu, bizzat tenkidi yapan müellifler tarafından itiraf edilmektedir. Sebep mesuliyetinin umumî şekliyle bazı mahzur-ları bulunabilir, daimî bir tekâmül halinde olan tazminat hukuku bunları bertaraf etmeğe gayret edecektir, ve etmektedir.

3. Sebep mesuliyeti prensibine yapılan diğer bir tenkit, bunun ferdi hareket serbestisini tahammül edilmez derecede takyit etmesidir. Herkes fiilinin neticesini yükleneyecektir demek, insanı faaliyetten vaz geçirmek, onu hareketsizliğe sevk ve mahkûm etmektir. Servetlerin taksiminde olduğu gibi, tehlikelerin taksiminde de hakkaniyet şüphesiz temenniye şayandır, fakat bunun için mesuliyet tehdidile ferdin teşebbüs kudretini kırmamak lâzımdır. Kusurlu olsun, kusursuz olsun, bütün zararların tazminini failden istemek büyük bir tehlike irae edebilir, ve bütün teşebbüs-leri felç ve akamete maruz bırakabilirler [6]. Ayrıca, tehlikeye maruz kimselerin «statik emniyetinin teşebbüs sahiplerinin dinamik emniyetin-den daha kat'i olmadığı söylenmektedir [7].

Bu tenkit de yerinde değildir. Ve faaliyet sahiplerinin mesuliyet korkusu ile teşebbüsten vaz geçmeleri varit değildir. Çünkü mesuliyet sigortası ile fertler tazminat mükellefiyetlerini sigortacıya nakledebilirler.

4. Büyük Fransız hukukçusu M. Hauriou'ya göre, sebep mesuliyetinde gayrı ahlâkî bir cihet vardır. Zira bu telâkkinin, kazaları teşebbüs ve faaliyetin gayrı kabili içtinap bir neticesi olarak gösterdiğini, ve bu bakımdan kusur prensibinden çok aşağı olduğunu, çünkü bu sonuncusunun bunu içtinap edilebilir olarak gösterdiğini ve failleri bu neticeyi önlemek için gayrete sevkettiğini yazmaktadır [8].

Bu düşünce kısmen doğrudur, çünkü kusur prensibinde pedagojik bir

[5] M. Planiol étude sur la responsabilité civile, revue critique t. 34 (1905), p. 278.

[6] H. et L. Mazeaud, traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. 1, p. 371, ve bu kitaba H. Capitant'ın yazdığı önsöz, p. XVII; Colin-Capitant, cours élémentaire de droit civil français, t. II, p. 371.

[7] Pierre de Harven, mouvements généraux du droit civil belge contemporain, p. 276.

[8] Hauriou, note au S. 1905. 3. 113.

vasıf bulunduğu, ve bunun failleri dikkat ve basirete sevkettiği bir hakikattir. Bu noktadan kusur mesuliyeti sebebiyet prensibine faik bulunmaktadır. Ancak sebep mesuliyetinde de ulvî ve sosyal bir gaye bulunduğu muhakaktır, ve bu sebeple bu prensip gerek doktrinde, gerek mevzuatta ehemmiyetli ve mümtaz bir mevki işgal etmektedir. Ve gene zayıflara yardım ve bu sosyal fonksiyon dolayısıledir ki sebep prensibinin ve mesuliyetinin ahlâkî ve manevî kıymeti pek büyüktür.

5. Sebep mesuliyetinin ve bu mevzudaki yeni fikirlerin müstenit olduğu anti-endividüalist telâkkiler de, bir kısım tenkitlerin mevzuunu teşkil etmektedir. M. Hauriou diyor ki, «netice itibarile 30 senedenberi kulaklarımızı çınlatan yeni fikirlerden ve realist telâkkilerden, yeni felsefelerden ve objektif nazariyelerden yorulduk. Hukukî düşüncenin maruz kaldığı buhran, hukukî âlemle fizik âlem arasındaki ayniyete bir an için inanıldığından husule gelmiştir. Hukukçular her yerde madde, enerjinin muhafazası, determinizm, muhitin tesiri altında tekâmül gören fizikçi ve tabiiyecilere ayak uydurmaktadırlar. Ferdietçilik ve fizik ilminin bu çeşit sermestliği dağılmağa başlamıştır» [9]. Bunun gibi, ferdietçi telâkkinin en sadık ve harareтли müdafilerinden olan H. Capitant «cemiyyetin yaşayan ve hareket eden insanlardan müteşekkil olduğunu, onun mevcudiyetinin birinci şartı münakaşa edilmeksizin her ferde şahsî faaliyetini icra için zarurî olan faaliyet çevresini temin etmek olduğunu» yazmaktadır» [10]. H. ve L. Mazeaud ve Savatier de materyalist telâkkiyi tenkit etmişlerdir.

Fakat sebep mesuliyetini ve bu cereyanı sadece bu maddeci ve determinist telâkkinin neticesi addetmek yanlıştır. Burada asıl hâkim olan sosyal düşüncedir. Sosyal temayülü benimsemek için ise determinist felsefe görüşünün kabulü şart değildir. Netekim, yeni müellifler ve yeni kanunlar ferdietçi zihniyetin ifadesi olan esasların (kusur prensibinin) yanında, bu yeni fikirlere ve sosyal düşünceye kıymetli bir mevki vermişlerdir.

§ 11. Netice. Muhtelit bir hâl tarzı.

I. Birbirine zıt iki cereyan karşısındayız. Umumî şeklile, bunlardan birisi ferdi cemiyete tâbi kılıyor, diğeri ferdî muhtariyetin tanınması şeklinde tecelli ediyor. Bunun hukukî mesuliyet ve tazminat hukukları bakımından akisleri kusur ve sebebiyet prensipleridir. Bugün bunlardan

[9] M. Hauriou, note au S. 1918 - 1919. 3. 25.

[10] H. Capitant, introduction à l'étude du droit civil, 5 ème éd., No. 11.

birinin diğerinden kuvvetli olduğunu iddia edecek değiliz, her ikisi de birer hakikattir [1]. Zira maruz kaldığı şiddetli hücumlara rağmen ferdiyetçilik ve kusur prensibi bir zaruret olarak mevcudiyetini idame ettirmektedir. Hukukî mesuliyetten kusur unsurunu tamamile atmamaktaki lüzum ve zarureti görmeyen hukukçu bugün yok gibidir. İlk zamanlarda Saleilles ve Josserand gibi müelliflerin müfrit talepleri yerine bugün muhtelit fikirler ileri sürülmektedir. R. Demogue'un dediği gibi, «en münevver zekâların dahi muayyen bir noktaya kadar yeni fikirleri benimstedikleri, fakat muayyen bir anda bunun doğuracağı neticelerden çekindikleri görülüyor» [2]. Objektif mesuliyet nazariyesi umumî bir formül olarak müfrit bir mahiyeti haizdir, ve bunun bir mesuliyet prensibi olarak kabulü bugünkü şartlar içinde pek mümkün değildir.

Diğer taraftan müfrit bir ferdiyetçilik ve bunun tazminat hukukundaki ifadesi olan kusur prensibinin yegâne esas ve mesuliyet kaidesi olarak alınmas ile bugünkü hayatın mudil ihtiyaçlarını, bilhassa sanayi ve modern seyrüsefer icaplarını karşılamaya imkân yoktur. Zamanımızın sosyal icapları birçok sahalarda bundan vazgeçmeyi âmirdir. Mevzuumuzda, kusuru tamamen inkâr etmemekle beraber, onun yanında yeni fikirlere, tehlike mesuliyetine, hakkaniyet mesuliyetine, mecburi mesuliyet sigortasına oldukça önemli bir yer vermek elzemdir.

Bugün ferdiyetçi zihniyet yanında sosyal düşünce, kusur prensibinin yanında sebebiyet prensibi mevcut olacaktır. Bunları birbirine zıt iki kutup olarak almaktan ziyade, aynı bir sistem içinde telif çaresini bulmak lâzımdır. Saleilles ve Gény'nin mektebine mensup olan kıymetli hukukçu Eugène Gaudemet bunu şöyle ifade etmektedir: «en mücerret ve gayri kabili red mefhumların yekdiğer ile zıddiyeti, bunların hayatla temaslarında hafifler, ve fikir ve mantık sahasında yavaş yavaş kaybolur. Mütebayin, fakat tek bir şeniyetten iki mefhum ilmi olarak tekâmül ederlerse, kendilerini ilk sadeliklerinden uzaklaştıran karşılıklı imtiyazlarda bulunarak birleşirler» [3]. Şu halde, muasır hukukî mesuliyet sistemi birleşmiş tek bir prensibe irca edilemez. Muasır hukuk ilmi ve mevzuat bu halleri iki hattâ daha fazla guruplar halinde toplamaktadır.

Tazminat hukukunda ilk olarak, kusur mesuliyetine dair umumî bir kaide vazedilmektedir. Hukukî mesuliyette kusur prensibinin aslî ve esas bir prensip olarak muhafazası şarttır. Kusurlu fiilile başkasına zarar ve-

[1] Pierre de Harven, a. g. e., p. 348.

[2] R. Demogue, a. g. e., p. 461.

[3] Eugène Gaudemet, une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile, revue trimestrielle de droit civil, t. 26 (1927), p. 894.

ren kimse bunu tazminle mükelleftir. Kusur tazminat hukukunun büyük bir kısmını aydınlatan bir mesuliyet prensibidir. Ancak şunu ilâve edelim ki, kusur burada tamamiyle sübjektif bir mahiyet arzetmez. Burada bahis mevzuu olan ve umumiyetle kabul olunan objektifleştirilmiş kusur mefhumudur. Bu suretle, sübjektif bakımdan kabahatsız olan kimseler kusurlu addedilerek mesul edilebilirler. Kusurun genişletilmiş bir şekli olan objektif kusur birçok boşlukları doldurmakta ve itiraz kabilinden ileri sürülen delillerden bir kısmını bertaraf etmektedir. Objektif kusurun bizatihi bir prensip olmadığını söyleyen Prof. Homberger, bunun mesuliyet tesis edebilecek mahiyette olduğunu ve mevcudiyeti sebebini hukuka aykırılıkta aramak lâzım geldiğini yazmaktadır [4]. Bugün tazminat hukukunda hâkim olan en mühim esaslardan birisi bu objektif kusur telâkkisidir ve kusursuz mesuliyet bakımından en ileri sistemlerden birine malik olan Sovyet Rusya Medenî Kanununda dahi, cüz'î de olsa kusurun mevcudiyeti zarureti kabul edilmiştir. Fakat diğer taraftan, bu objektif kusur mefhumunun mânevî isnat kabiliyetini inkâr ederek sebebiyet prensibine çok yaklaştığına işaret etmiştik. Hakikat budur, ve objektif kusur telâkkisile eski sübjektif kusur telâkki ve prensibinden çok uzaklaşmıştır.

Fakat bazı hallerde bu objektif kusur prensibi de kâfi gelmemekte, ve hususî hükümlerle sebep mesuliyetinin kabulü bir zaruret olarak ortaya çıkmaktadır. Tazminat hukukunda umumî bir kaide olarak vazedilen kusur esasının yanında, umumî bir prensip olarak veya kazüist bir şekilde tanzim edilmiş olan kusursuz mesuliyet hallerinin mevcudiyeti, muasır hukukun bir realitesi, gerçeğidir. Bugünkü hayat münasebetleri karşısında, objektif de olsa ferdiyetçi kusur kaidesinin kifayet etmediği görülmektedir. Bilhassa son asırdaki teknik terakkiler «hiç bir hukukî sanatın kusur prensibile imtizaç ettiremeyeceği mesuliyet talepleri meydana getirmiştir. İlk olarak, mesuliyet hukukunun prensip bakımından ikiye ayrıldığını tanımalıyız. Kusur mesuliyeti kusursuz mesuliyet olarak tavsif edilen halleri ihtiva etmez» [5]. Bugün mutlak ve umumî mânasında sebep mesuliyetini reddediyorsak, bunu müdafaa etmiş olanların kusur prensibinde mevcut kifayetsizlikleri meydana çıkarmış olduğunu kabul etmemiz doğru olur [6]. Zamanımızda sosyal düşünce, ferdiyetçi düşünce kadar, belki ondan da fazla bir kıymet kazanmıştır. Bu sebepten dolayıdır ki hâlen hâkim olan telâkki kusursuz mesuliyete de önem vermektedir.

[4] A. Homberger, a.g.e., s. 22 a.

[5] A. Homberger, a.g.e., s. 2 a.

[6] De Féllice, du principe de la responsabilité causale en matière d'actes illicites, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1903 Heft: 4, p. 233.

Bunun neticesi olarak, en son yazılmış kitaplarda kusur ve kusursuz mesuliyet halleri müstakil branşlar halinde mütalâa ve tetkik olunmaktadır. Bunlardan Savatier'nin 1939 tarihli iki ciltlik «responsabilité civile» kitabında, borç ve mesuliyet kaynağı olarak, kusur ve (risque) yani hasar birbirinden ayrı kısımlar halinde incelenmektedir (livre: I. La faute, principe de la responsabilité, t. I, p. 4; Livre: II. Le risque principe de la resp. t. I, p. 355). Keza aynı müellif 1944 tarihli «cours de droit civil» isimli kitabında (t. II) aynı tefriki yapmaktadır (p. 137). Bunun gibi, tazminat hukukuna dair en büyük kitaplardan birini yazmış olan Prof. Oftinger, iki ciltlik (schweizerisches Haftpflichtrecht) eserini (I inci cilt 1940, 2 nci cilt 1942, Zürich) kusursuz mesuliyet vakıalarına tahsis etmiştir. Birinci ciltte sebep mesuliyetine dair umumî esaslar vaz ve tetkik edilmekte, ikinci ciltte ise gerek Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda, gerek hususî mesuliyet kanunlarında tanzim edilmiş olan kusursuz mesuliyet halleri, münferit olarak, mufassal bir şekilde incelenmektedir. Keza Theo Guhl'un, umumî ve hususî kısmını birlikte izah ve mütalâa ettiği İsviçre Borçlar Hukuku isimli kitabında da (3 üncü tabı, Zürich 1944) kusur ve sebep mesuliyeti ayrı paragraflarda tetkik edilmektedir. Esasen daha önceki müelliflerin kitap ve yazılarında da bu tefrik ve düşünceye tesadüf olunmaktadır. İsviçrede von Tuhr, Homberger, Petit-pierre, Burckhardt, de Félice; ve Fransada Demogue, Gaudemet, H. ve L. Mazeaud, Josserand gibi müellifler bu meseleyi az veya çok ehemmiyetle nazarı itibara almışlardır. Alman doktrininde ise daha 19 uncu asrın sonunda bu ikili tanzim yer almış bulunmaktadır. Meselâ, kusur prensibine taraftar ve meyyal olan büyük âlim ve hukukçu M. Rümelin dahi, içtimai hayatın zaruretleri dolayısıyla tehlike mesuliyetinin dar mânada kabul edilmesini lüzumlu görmektedir [7]. Esasen, Alman hukukunda hâkim olan kanaat budur. Ve daha 19 uncu asrın sonunda, hususî kanunlarla bazı mevzularda tehlike mesuliyeti tanzim edildiği gibi, 1896 tarihli Medenî Kanuna da bazı sebep mesuliyeti halleri ithal olunmuştur. Müspet hukuktaki vâziyete muvazi olarak doktrin de bu iki mesuliyet nev'ini tefrik etmiştir. Meselâ, Enneccerus'un «Lehrbuch des bürgerlichen Rechts» kitabında §§. 195-198 kusur mesuliyetini, §199 ksursuz fiiller için mesuliyet sebeplerini incelemektedir.

II. Kusursuz mesuliyet hallerinin sistematizasyonu:

Bugünkü hukukta doktrin, mevzuat ve içtihatların vardıkları neticeler

[7] M. Rümelin, die Gründe der Schadenszurechnung, s. 34.

mütalâa edilecek olursa, muasır hukukî mesuliyet esasının, kusur mesuliyetile kusursuz mesuliyet hallerinin ihtilâtından, birleşmesinden ibaret bir sistem olduğu düşünülebilir. Fakat kusur prensibinin aksine olarak, kusursuz mesuliyet halleri birleşmiş bir prensibe irca edilememiştir. Kusursuz mesuliyet halleri münferit olarak tanzim ve o şekilde izah edilmektedir. Bunların tek bir esasa irca edilerek izahına matuf sistematizasyon teşebbüsleri bugüne kadar muvaffak olamamıştır. Bunun sebebi, muhtelif sebep mesuliyeti hallerine has müşterek müspet bir vasfın bulunmamasıdır. Bütün bu vakıaların birleştiği yegâne hususiyet, bunlarda tazminat mükellefiyeti için kusurun mevcudiyetinin şart olmamasıdır ki bu da menfi bir unsur mahiyetini haizdir.

Sebeb mesuliyeti hallerini muhtelif müellifler sistematize etmek istemişlerdir. Bu hususta bir çok fikirler ileri sürülmüş ve tasnifler yapılmıştır. Meselâ, Alman hukukçusu Enneccerus, bunları istinat ettikleri düşünceye göre beş kategori halinde mütalâa etmiştir [8]. Diğer bir Alman müellifi bu tasnifteki bazı grupları birleştirerek, bunu üçe indirmek istemiştir [9]. Rümelin ise bunu iki esasa irca etmeğe gayret etmiştir. Bunun gibi, von Tuhr sebep mesuliyetini, tehlike mesuliyeti ve nezaret vecibesinden doğan mesuliyet (Haftung für Sorgfaltpflichten) olarak ayırmıştır [10]. Bütün bu tefrik ve tasnifler kat'î mahiyeti haiz değildir. K. Oftinger de sebep mesuliyetini iki kategoride toplamaktadır. Tehlike mesuliyeti (Gefährdungshaftung) ve âdi sebep mesuliyeti halleri (gewöhnliche Kausalhaftungen) [11]. Diğer taraftan, bütün mesuliyet nevelerinin aynı müşterek prensibe istinat edip etmemesi meselesinin münakaşalı olduğunu söyleyen Oftinger, prensiplerin birbirinin yanında ve muhtelif mesuliyet nevelerinde yekdiğerini kestiğini kaydetmekte, ve esasen böyle müşterek bir prensibin temenniye de şayan bulunmadığını ilâve etmektedir [12]. Zira ona göre, mesuliyet hukukunun tipleşmek mecburiyetinde kalması erişilmeğe değer neticelerden değildir, müşterek bir prensip bulunmazsa her nevi mesuliyetin gayesi husule gelen bir zarardan kurtulma veya bunun tevziini mümkün kılmaktır, böylece mukad-

[8] Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 199, s. 633.

[9] Enneccerus, a.g.e., s. 668, Not 9.

[10] Von Tuhr, partie générale du code fédéral des obligations, §§ 49-50. Keza R. Desgouttes ve C. Gautier, Journal des tribunaux 1940, p. 162 deki etütlerinde aynı tefriki istinat etmektedirler.

[11] K. Oftinger, schweiz. Haftpflichtrecht, I. Bd., s. 14, 17.

[12] K. Oftinger, a.g.e., s. 22.

deratın tashihi imkân dahiline girer [13].

Görülüyor ki, kusursuz mesuliyet hallerini tek bir esasa irca etmek kabil değildir, ve esasen bunda bir lüzum ve fayda da melhuz değildir. Bu hususta, daha doğru, ve pratik bakımdan daha kıymetli olan, mesuliyet hallerini istinat ettikleri sebeplere göre guruplandırmaktır.

Bu mevzuda ilk olarak, tehlike mesuliyeti halleri gelir. Hukuk sistemlerinde tehlike mesuliyetinin umumî bir kaide olarak tanzimi mümkündür. Bu takdirde, «başkaları için mutadın dışında bir tehlike arzeden faaliyetin, işletme tehlikesi ihtiva eden teşebbüslerin, tevliit edeceği zarardan mesul olacağı» tarzında bir hüküm vazetmek icap eder. Bu neviden bir umumî hüküm kabulü zımında, gerek Alman, gerek İsviçre Medeni Kanunları hazırlanırken yapılan teklif komisyon müzakerelerinde reddedilmiştir. Bu bakımdan, daha elverişli ve gayeye daha uygun bir sistem tehlike arzeden fiillerin kanun vazı tarafından tayin ve tespit edilmesidir. Bu suretle mevzu bakımından vuzuh ve katiyet temin edilir. Bu çeşit hususî hükümlerin bulunmadığı Fransız hukukunda, bir kısım tehlike mesuliyeti halleri mahkeme içtihatları tarafından tesis edilmiştir.

İkinci bir grupta, tazmin vecibesi üçüncü şahıslar için bir tehlike menbaı olmak fikrine istinat etmez. Burada, doğrudan doğruya ve şuurlu bir şekilde başkasının hukukî varlığına zarar irası mesuliyet tesis eder. Böyle bir fiil ne hukuka aykırı ne de kusurludur. Kendi menfaati için başkasının hukukî çevresine tecavüz edilmesine müsaade edilmiştir. Hukuk nizamı tarafından yalnız kendi menfaatını korumak için başkasınınkini zarara sokan kimse, bu zararı tazmin borcu altına girecektir. Bu düşüncenin en bariz misali, ıztırar halinde başkasına verilen zarardır. Hataya düşerek akdi fesheden kimsenin tazmin vecibesi de buraya girebilir. Bu haller Merkel'in «Prinzip des aktiven Interesse» ve Unger'in «Handeln auf eigene Gefahr» nazariyelerinin pratik bir misalidir.

Kusursuz mesuliyet hallerine ait sistematizasyonda üçüncü bir gurup olarak, hakkaniyet mesuliyetini ilâve etmek icap eder. Hakkaniyet-esası hususî bazı hallerde carî olabileceği gibi (meselâ, Türk B. K. madde 54), kanaatımızca hiç kimseye kusur izafe edilemeyen zarar hâdiselerinde de kabili tatbik olmalıdır. Bu şekilde, zararın hakkaniyet hudutları dahilinde fail ile mağdur arasında tevzii düşünülebilir.

[13] K. Oettinger, a.g.e., s. 23. Oettinger'in tehlike mesuliyeti ve alelâde sebep mesuliyeti tefriki H. von Waldkirch tarafından tenkit edilmiştir. Bu müellife göre, böyle bir ayırma zarurî olmayıp, Oettinger'in s. 14 de «tehlike mesuliyeti» hakkında yaptığı tavsif «alelâde sebep mesuliyeti» için de dermeyan edilebilir (Waldkirch, Kausalhaftung und Kausalität im Verkehr, Zeitschrift f. schweiz R. N. F. Bd. 62, s. 26, Not: 1).

III. Şu halde, vardığımız neticeleri şu şekilde toplayabiliriz:

a) Kusur aslî bir mesuliyet prensibi olarak baki kalacaktır. Herkes muahazeyi mucip olan fena niyetli veya az dikkatli fiillerinden mesul olacaktır. Bunun vazgeçilemeyecek ahlâkî ve pedagojik bir kıymeti vardır.

b) Tehlike arzeden faaliyette, ilk plânda zarar verici vakua nazarı itibara alınacaktır. Bu haller kanun vazı tarafından tayin edilmelidir.

c) Kendi menfaatının korunması için başkasını ızzar eden bunu tazminle mükelleftir. İzzarar ve hataya maruz kalanın akti feshetmesi hallerinde olduğu gibi.

d) Ne kusur, ne de tehlike arzeden fiillerde, casum sentit dominus esas ve zarar yükünün mağdura tahmil edilmesi kabul edilemez. Evvelce gördüğümüz üzere (§ 6.2), R. Demogue bunun fail ile mağdur arasında, yarı yarıya taksimini istiyordu. Biz böyle riyazî bir taksimin aleyhindeyiz, burada hakkaniyet mülâhazasının ve diğer âmillerin nazarı itibara alınmasını ve meselenin hâkimin takdirine bırakılmasını münasip görüyoruz.

e) Hakkaniyet mesuliyeti de kusurdan müstakîl olarak tazminat borcunu ihdas etmektedir. Bunun umumî bir kaide şeklinde vaz'ı faydadan hâli değildir.

f) Mesuliyet sigortasının, bilhassa mecburî mesuliyet sigortasının tazminat hukuku bakımından büyük bir ehemmiyeti ve sosyal bir fonksiyonu vardır. Bu bakımdan bazı sahalarda bunun, mecburî bir mahiyeti haiz olmak üzere, tanzimi muvafık olur.

g) Türk hukuku bakımından ileri sürülebilecek olan son bir mülâhaza da, hukukî mesuliyet kaidelerinin tatbik kabiliyetine mütealliktir. Tehlike mesuliyeti, hakkaniyet mesuliyeti, mecburî mesuliyet sigortasının tanzimile tazminat hukukunda sosyal düşünce ehemmiyetli bir mevki işgal etmekte, ve bu suretle modern mesuliyet hukuku sosyal hukukun bir kısmı haline gelmektedir [14]. Türkiyede Medenî Kanununun kabulünde olduğu

[14] Eugen Huber'in yaşamış ve İsviçre Medenî Kanununun yazmış olduğu devir, 19 uncu asrın sonu ve 20 nci asrın başı, liberal ve muhafazakâr zihniyetin oldukça hâkim olduğu bir devir olmakla beraber, âlim hukukçu ferdiyetçi düşünce yanında sosyal esaslara da önem vermiş, ve bu husustaki hukuki münasebetler için eski İsviçre hukukuna atıf yapmıştır (E. Huber, System des schweiz. Privatrechts, IV., s. 890; W. Bürgli, a.g.e., s. 88. Ayrıca bk., A. Egger, modern medenî hukuktaki istihaleler (terc. H. Veldet), İst. Hukuk Fak. Mec. IV. -1938- s. 1 ve m.; A. Homberger, a.g.e., s. 37a; K. Otfinger, der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, schweiz. Juristen Zeitung, 1943, 39. Jahrg., s. 548, 563 ff.).

gibi, bundan sonra yapılacak yeniliklerin benimsenmesinde de halkın ruhundan doğma bir hareket olmayacaktır, bunlar Devlet eliyle yapılan birer inkılâp eseri mahiyetinde olacaktır. Çünkü, memleketimizin kültür seviyesi, bilhassa Anadoluda, bu modern hükümlerin mevcudiyetini bilecek ve anlayacak durumda değildir. Bunun için, bu yeni esasların tatbiki için savcılara, veya bu maksatla ihdas edilecek makamlara, kaza ve zarar kurbanlarına yardım etmek, ve icabında onların namına dava açarak tazminat almalarını temin etmek vazifesini vermek fikri üzerinde düşünülmeğe değer kanaatındayız (tafsilât için bk., § 26).

İKİNCİ KISIM

YABANCI HUKUK NİZAMLARINDAN BAŞLICALARININ TAZİNAT HUKUKU SİSTEMLERİ

§ 12. İngiliz tazminat hukuku sistemi.

1. Haksız fiiller hukukunun tanziminde iki sistem:

Haksız fiillere dair kaidelerin tanziminde iki sistem görülmektedir.

Birincisi, tazminat borcunu doğuran haksız fiil vakıalarını teker teker saymak, ve münferit olarak tesis etmektir. Tâdat olunanların dışında haksız fiilin mevcudiyeti tanınmaz. Buna «münferit vakıalar sistemi» ismini verebiliriz.

İkincisi, umumî bir hüküm vazederek tatbikatta zuhur edecek bütün hâdiseleri buna ithal etmektir. Burada, tazminat hukuku sistemi umumî bir prensipten hareket eder. Kontinantal hukuklarda umumiyetle bu sistem caridir ve modern hukuk temayülâtı da bu merkezdedir.

İngiliz hukuku birinci tarzı kabul etmiştir. Keza Roma hukukunda, müşterek hukukta, ve hattâ Mecellede aynı esas mevcuttur.

Her iki sistemin müşterek noktası, muahhar hukuka şekil vermede hâkime serbestî bahşetmesidir [1]. İkinci usulde, umumî kaidenin şümülünü tayin etmek, mesuliyet hallerinin genişletilmesini, veya bunun hâl ve vaziyete göre tahdidini temin etmek, gayrı âdil tazminat taleplerine mâni olmak içtihatların vazifesidir. Münferit vakıalar sisteminde ise, iki tarz müşahede edilebilir. Birisinde, bütün mesuliyet tesis edici vakıalar

[1] H. Nipperdey, die Generalklauseln im künftigen Schadenersatzrecht der unerlaubte Handlungen, müellifin «Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechtes» kitabındaki etüdü, s. 36; H. Titze, unerlaubte Handlungen, rechtsvergleichendes Handwörterbuch, VI. Bd., s. 683.

kanun tarafından tayin edilir. Mecellede böyledir. Diğerinde ise, bunun tespiti mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır. Bu, İngiliz hukuk sistemidir.

2. İngiliz hukuk sistemi:

İngiliz hukuku bir meseleler hukukudur (Case Law veya Judiciary Law). Bunun kaynakları müşahhas «case» (le cas, der Fall, mesele) lere dair hâkim kararlarıdır. Bu suretle, mahkeme kararları, İngilterede hukukun büyük bir kısmının kaynağını teşkil etmektedir. Bu, «doctrine of judicial precedents» olarak tavsif edilmektedir [2]. Common Law'ın hemen hemen tamamı ve Equity Law buna dahildir, ve mahkeme kuvvetlerinin bağlayıcı kuvvetine (binding authority of precedents) veya (binding force of decided cases) e dayanır [3]. Bu son prensibe göre, mahkeme kararları bağlayıcı kuvveti haiz olup hukukun kaynağını teşkil etmektedir.

İngiliz hukukunun bu hususiyetinin haksız fiiller mevzuunda tesiri, mesuliyet ve tazminat mükellefiyeti doğuran bütün haksız fiillerin teker teker zikredilmiş olmasıdır. Burada bir umumî hüküm mevcut değildir. Muhterem hocamız Prof. Schwarz «anglo-sakson hukukundaki haksız fiillerden her birinin hususî bir tarihçeye malik münferit fiillerden mürekkep bir kompleks halinde bulunduğunu ve bunun bünyesinin daha ziyade kontinental hukukların ceza kanunlarına benzediğini» tebarüz ettirmektedir [4]. Filhakika bu hukuk nizamında, tazminata hükmedilebilmesi için bir emsal bulunması, yani daha evvel mümasil bir meselede verilmiş bir mahkeme kararının mevcut olması lâzımdır. Bunun için, muayyen bir mesele hakkında sayısız emsal (precedents) arasında ve bunların neşredildiği Reports'larda bir araştırma yapmak icap etmektedir. Reports'lar 600 sene evveline kadar çıkmakta ve bunların sayısı hâlen gayet büyük bir miktara varmakta olduğundan, bu araştırma çok güç bir mahiyeti haizdir.

Davacının tazminat talebini kabul ettirebilmesi için, bunun evvelce tanınmış bir meseleye, bir haksız fiile (torts) ait olduğunu ispat etmesi lâzım gelir. «Fiilin muhtevası, davanın arzediliş tarzındaki teknik şekiller altında gömülüdür. Teknisyen için, burada mesele, hakkı olmadan bir

[2] A. B. Schwarz, Grundzüge der englischen Rechtsquellenlehre (zwei Abhandlungen. Sonderdruck aus: die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. II, das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen, I. Teil 1931, s. 14.

[3] A. B. Schwarz, a.g.e., s. 15.

[4] A. B. Schwarz, mükayeseli hukuk zaviyesinde İngiliz Borçlar Hukukunun ana hatları (terc. H. Arslanlı), Adliye Ceridesi 1941, s. 52.

zarara sebebiyet verilmiş olup olmadığı değildir, fakat bir tazmin tarzının (remedy) mevcut olup olmamasıdır» [5].

Davaya ait bir emsal bulunmazsa yeni bir dava sebebi kabul ettirmek lâzımdır ki, bu da çok güçtür. Keza, davacının talebine muhalif bir emsal mevcut ise, yapılacak hiç bir şey yoktur, bütün gayretler boştur. Teessüs etmiş bir içtihat ancak teşri yolu ile tâdil olunabilir.

İngiliz hukuk sisteminin faydası, «katiyet, emniyet ve daimilik (uniformity and certainty) vasfını temin etmesidir» [6a]. Filhakika, İngiliz hukukunda muayyen bir prensip bir mahkeme kararile teessüs ettikten sonra, bunun adalete aykırı olduğunu iddia etmek beyhudedir, ve teşri müdahale olmadan bunun değiştirilmesi kabil değildir.

Buna mukabil mahzurları değişmez sertliğidir (rigidity). Bununla «muhafazakârlık İngiliz hukukunun başlıca vasfı oluyor ve tekâmül ehliyeti sekteye uğruyor» [6b]. Diğer taraftan, ciltlerle mahkeme kararları arasında bir emsal aramak ve her ihtilâf için malzeme bulmak çok müşküldür.

3. İngiliz haksız fiiller hukuku:

a) *Umumiyetle:* Görülüyor ki, İngiliz hukukunda, ika edilen haksız fiillerin tazmin vecibesi meydana getireceği hakkında umumî bir kaide mevcut değildir. İngiliz hukukundaki «torts» mefhumu [7], kontinantal

[5] F. P. Walton, la responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne, plus particulièrement dans le droit civil français comparé avec la théorie anglaise du délit civil (torts), (traduit par J. Lambert), Rec. d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t. 3-4, p. 51 (Paris 1938).

[6a] A. B. Schwarz, Grundzüge der englischen Rechtsquellenlehre, s. 24.

[6b] A. B. Schwarz, a.g.e., s. 25.

[7] Prof. Esat Arsebük «tort» kelimesile İngilizlerin kusur mefhumunu ifade ettiklerini söylemektedir (Borçlar Hukuku, 2 nci tabı, c. I, s. 126, not: 50). Sayın Profesörün burada «tort» kelimesinin Fransızca mânasıyla bu kanaata sahip olması muhtemeldir. Halbuki, İngiliz hukukunda «torts» haksız fiilleri ifade etmektedir, Fransızcadaki «kabahat» mânası burada yoktur. Etüdümüz dolayısıyla bu mevzuda tetkik etmek fırsatını bulduğumuz bütün müellifler bu hususta müttefiktirler. Meselâ, İngiliz hukuku üzerinde kıymetli yazıları bulunan muhterem hocamız Prof. Schwarz sunuları yazmaktadır: «İngiliz hukukunda «tort» kelimesi haksız fiillerin heyeti umumiyesini ifade eden bir mânayı halzdir, ve borçlar hukukunda law of contract (akıt hukuku) ve law of torts (haksız fiiller hukuku) tefrik edilmekte, ve birbirinden müstakil bir brans mahiyetini almaktadır» (Mukayeseli Hukuk zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun ana hatları, Adliye Ceridesi 1941, s. 50). Ayrıca

hukuklardaki «haksız fiil - actes illicites veya délit civil» kadar kuvvetli bir ölçüde birleştirici bir mefhum değildir. Kontinental hukuklarda bu fiillerin hududu az veya çok umumî hükümlerde tezahür ettiği halde, anglo-sakson hukukunda haksız fiiller kazüist olarak sayılmaktadır. İngiliz haksız fiiller sistemi umumî prensipler düşünülmeden tesis edilmiştir.

Bu sebepten dolayı, İngiliz hukukunda hukuka aykırılık, kusur, illiyet rabitası, bariz bir şekilde ayrılmış değildir. Keza kusur ve kusursuz mesuliyet halleri de temenniye değer bir vuzuh ve açıklıkla tanzim edilmiş değildir.

İngiliz haksız fiiller (torts) hukuku, gerek doğrudan doğruya, gerek dolayısıyla, Roma hukukuna hiç bir şey borçlu değildir. Bu, İslâm hukukunda ve Mecellede olduğu gibi, tamamiyle kendiliğinden, kendi kuvvet ve kaynaklarla teessüs etmiştir. Bunda Roma hukukunun hiç bir tesiri olmamıştır. İngiliz hukukunun teşekkülü, yüzlerce sene evvelinden başlayan mahkeme içtihatlarıyla olmuştur. Bu kararların 500 - 600 sene evveline kadar çıktıkları düşünülürse, haksız fiiller hukuku hakkında muazam bir hâl tarzı yığınının mevcudiyeti tasavvur edilebilir. Bu sebepten dolaydır ki, İngiliz haksız fiiller hukuku, bir müellifin dediği gibi, «girift bir orman gibidir, ve burada bazı açıklamalara, aydınlıklara ihtiyaç vardır» [8].

b) Kusura dayanan mesuliyet: İlk olarak bir kusurun ispat edilmesi gereken haller vardır. Fakat bu haller dahi, umumî bir kaide altında toplanmış olmayıp, muhtelif mahkeme kararlarıyla, Case'lerle teşekkül etmiştir. Birbirine oldukça müşabih bazı meselelerde, mahkemeler mesuliyetin mevcudiyetine karar vermişlerdir [9].

Mesuliyet ehliyeti, İngiliz hukukunda sarîh olarak cevaplandırılmamıştır. Fena bir irade veya bayağı bir düşüncenin şart olduğu yerlerde akıl hastası mesul olmaz. Bunun aksine sebep mesuliyetinde (absolute liability) akıl hastasının mesul edilmesine hiç bir mâni bulunmayabilir [10]. Çocuk veya akıl hastaları üzerinde nezareti haiz olanlar, himaye ettikleri kimsenin haksız fiilinden, gerek onun yerine, gerek onun yanında mesul olurlar [11].

İngiliz hukukunda şu bakımdan tarafların mâmelek vaziyetlerini na-

bk., Lehr, éléments du droit civil anglais, t. II, 2ème éd. 1906, p. 273; R. Demogue, a.g.e., t. III, p. 485; Walton, a.g.e., p. 49.

[8] Walton, a.g.e., s. 52.

[9] Walton, a.g.e., s. 52.

[10] H. Titzze, Unerlaubte Handlungen, Rechtsverg. Handwört. VI. Bd., s. 727.

[11] Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Haftung kelimesi, IV. Band, s. 55.

zararı itibara alan hakkaniyet mülâhazası varit olabilir. Tespit edilmiş hukuki esasların bulunmaması, İngiliz hâkimine bir çok imkânlar arasında, hakkaniyete uygun olmayan neticeleri önlemek imkânını verir, ve tesadüfün kontinantal hukuklarda haiz olduğu ehemmiyetin burada bulunmamasını mucip olur [12].

c) *Kusursuz mesuliyet halleri*: İngiliz hukukunda da bir ferдин kusura olmadan mesul edildiği haller vardır. Bunlar istisnai mahiyettedir. Bunun «absolute liability, liability «without fault» or independent of intention or negligence» denmektedir [13].

Kusursuz mesuliyet hakkında verilmiş ilk mahkeme kararı Ryland c. Fletcher (1868) davası vesilesile verilen meşhur karardır. Bu karar ve bundan çıkan kaide İngiliz hukukunda âdeta klâsik olmuştur. Bu davanın ismine izafeten, buna Ryland v. Fletcher kaidesi denmektedir. Cihanşümül şöhret kazanmış olan bu kararın mevzuu şudur: gayrimenkulünde bir havuz inşa ettiren bir mâlik, suyun evvelden malûm olmayan, yer altındaki bir kanaldan geçerek, yandaki madene nüfuz etmesi üzerine, bu zararı tazminle mükellef kılınmıştır. Bu meseleden çıkan hukuk kaidesine göre, bir gayrimenkulün mâlik veya zilyedi, kusurunun ispatına lüzum olmaksızın, bunun gayri tabii kullanılması neticesi kaçıp gelen maddelerden mesuldür [14].

Ryland v. Fletcher kaidesi tehlike mesuliyetinin yayılmasına ve tekâmülüne esas teşkil etmiştir. Bunun hudutları müteakip kararlarla çizilmiştir, ve bu hudutlar oldukça dardır. Meselâ bir gayrimenkulde Grena veya Süleyman taşlarının (Granat) infilâkında mutazarrıra hiç bir tazminat talebi hakkı verilmemiştir (Court of Appel, Read v. Lyons) [15]. Keza bunun gibi tepedeki toprakların, havaların tesirile, parçalanıp alttaki araziye zarar vermesi halinde tazminata hükmolunmamıştır (Pontardawe R. D. C. v. Gwynn-Jones) [16], zira bunlar su birikmelerinin aksine olarak toprak üzerindeki tabii şeylerdir.

Buna mukabil bu kaide, ağır makinelerin ihtizazından meydana gelen zararlara tatbik ve teşmil edilmiştir (Hoare v. Mc. Alpine) [17]. Bu suretle, topraktan başka şey sahipleri, meselâ, yolun altından hat geçiren

[12] H. Titze, a.g.e., s. 728.

[13] H. Titze, a.g.e., s. 726.

[14] F. Honig, die Rechtsprechung der englischen Obergerichte während des krieges, schweiz. Jurist. Z. 42. Jahrg. (1946), s. 228.

[15] F. Honig, a.g.e., s. 228.

[16] C. Parry, İngiliz Hukuk Sistemi, s. 29.

[17] C. Parry, a.g.e., s. 29.

elektrik ve su şirketlerinin yapacakları zararlardan bu sebeple mesuliyetleri kabul edilmiştir (Charing Cross Electric co. v. Hydraulic Power co.) [18].

Bunun yanında, İngiliz hukukunda, tehlikeli şeylerden husule gelen mesuliyet (liability for dangerous things) fikri meydana gelmiştir. Burada mahiyeti itibarile tehlikeli bir şeyi elinde bulunduran kimse, tehlikesi kendisine ait olmak üzere o şeyin muhafazasını mükellef olup, eğer o şey bu muhafazadan kurtulursa bunun neticelerinden kusuru olsun olmasın bu şahıs mesuldür (House of Lords, Fardon c. Harcourt Rivington, 23 janv. 1932) [19]. «Tehlikeli şeyleri kullananların mesuliyetleri zararı önleyememiş olmaları hâdisesile mücerret olarak takdir olunur. Bu hukuki bir mesuliyetten ziyade içtimaî bir mesuliyettir. Eşyanın tehlikeli mahiyeti mesuliyetin esasıdır ve tehlikeli mahiyetini bilerek bir şeyi kullanmak için istisnâî tedbirler almak lâzım geldiği içtimaî vecibesine dayanır» [20]. Bu suretle yangına karşı bir gayrimenkulde biriktirilmiş suların taşmasından, muhafaza olunan hayvanların kaçmasından, patlayıcı maddelerden, zehirlerden, vesaire..., den mesuliyet, tabii olarak mevcut olmayan bir tehlikenin ihdas edilmesine müstenittir [21].

Kusurun bulunmadığı halde, mesuliyetin mevcut olduğu bir hal de başkasının toprağına girmek vakiasında tezahür eder. Bu fiil mazur görülebilecek bir hata neticesinde yapılmış olsa bile, gene mesuliyeti mucip olur (Enticks v. Carrington) [22].

İş gördürenlerin mesuliyeti Fransız hukukuna müşabihtir. 1867 deki bir karara istinat eden bu husustaki esas, iş gördürenin müstahdeminin iş sahasına giren hususlardaki haksız fiillerinden mesuliyettir [23].

Hayvan idare edenin de tehlike mesuliyeti kabul edilmektedir [24].

Bunlardan maada, binaların düşmesi veya yıkılması halinde kusurdan müstakil olarak «action of nuisance» hakkı verilmektedir. Bir binanın yıkılacak durumu komşu gayrimenkuller için zarar verici olabilir. Bu dava hakkının sert mesuliyet esası komşuluk münasebetlerle mahduttur. Caddedeki seyrüsefer üzerine, binanın yıkılacak durumda olmasında

[18] C. Parry, a.g.e., s. 30.

[19] Walton, a.g.e., s. 52.

[20] Lehr, a.g.e., t. II, p. 280; R. Demogue, a.g.e., t. III, p. 486.

[21] Walton, a.g.e., s. 52.

[22] Walton, a.g.e., p. 52.

[23] Tafsilât için bk., H. Weigert'in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch IV. Bd. Haftung kelimesindeki etüdü, s. 52-53; Lehr, a.g.e., t. II, p. 298.

[24] H. Titzze, a.g.e., s. 726; Lehr, a.g.e., t. II, p. 300.

«public nuisance» tehlikesi vardır, bu takdirde münferit fert de hususî bir dava hakkını haizdir. Bina yıkılması, veya tuğla düşmesi halinde İngiliz mahkemeleri «negligence» (kusur) aramaktadırlar. Ancak bunun ispatını kolaylaştırmaktadırlar ki, bu kontinental hukuklarda kusurun karine olarak kabul edildiği hallere uyar [25]. Anglo-Sakson literatürü «liability for dangerous building» terimi altında, binanın yıkılması dolayısıyla mesuliyeti değil, fakat binanın seyrüsefer için tehlikesiz durumda bulunması, ve muhafaza edilmesi vecibesini anlıyorlar [26].

d) *Hukukî mesuliyete dair kanunlar*: İngilterede, hukukî mesuliyete dair, bazı mevzularda, hususî kanunlar da mevcuttur. Bizim burada bilhassa meşgul olacağımız, demiryolları, otomobil, ve hava nakil vasıtalarının yaptıkları kazalardan mesuliyete dair olan kanunlardır. Bu hususta ilk ikisinde kusur esasından pek uzaklaşmış değildir.

aa) Demiryollarının mesuliyeti hakkında «common law ve Railway-Act» (1921) e göre, demiryolları idaresi, ancak kusuru varsa mesuldür. Yalnız burada ispat külfeti demiryolları idaresine aittir, ve eğer idare aksini ispat edemezse, kusuru var farzolunur. Yalnız mutazarrarın kusuru halinde eskiden «contributory negligence» esası mucibince demiryollarının tazmin vecibesi sukut ediyordu [27]. Bu 1945 de ısdar edilen bir kanunla

[25] E. Caemmerer, Haftung für Gebäudeeinsturz, Rechtsverg. Handwör. IV. Bd. s. 80.

[26] E. Caemmerer, a.g.e., s. 80.

[27] İngiliz hukukunun en mühim esaslarından birisi, bu «contributory negligence» esası idi. İsmi de gösterdiği gibi, burada, her iki tarafın, yani hem failin, hem mutazarrarın kusurları mevcuttur. İngiliz hukukuna göre, zarar her iki tarafın kusuru neticesinde vukua gelmişse, ve her iki kusur birbirinden bir zaman mesafesile ayrılmışsa, bunlardan hangisinin kazanın derhal husule gelmesine sebebiyet verdiği sorulur. Buna taraflardan birinin kusurunun iştirak ettiği (contributory) anlaşılınca diğer tarafın mukaddem kusurları nazarı itibara alınmaz. Burada iki kusur mevcuttur, fakat birisi feda edilmekte, hiç bir tesiri haiz olmamaktadır. Burada kısmî bir tazmin vecibesinin husule gelmesi imkânsızdır. Bu hal tarzı, hakkaniyeti, yanlış bir mantık tezahürüne feda etmek şeklinde, şiddetle tenkit edilmiştir. Burada contributory kelimesi bile iki kusurun bulunduğunu ifade ediyor, o halde neden birisi bertaraf ediliyor (Walton, a.g.e., p. 58-59). F. Honig'in mezkûr 1946 tarihli yazısından öğrendiğimize göre (a.g.e., s. 229, not: 32), contributory negligence esası, 15 Haziran 1945 tarihli bir kanunla «Law Reform (contributory negligence) Act» ile değiştirilmiştir. Bu tarihe kadar, davacının kusuru bulunduğu ispatı davanın reddini mucip oluyordu. 1945 kanunu, zarara davacının ve mutazarrarın kusurlarının sebebiyet vermesi hallerinde, tazminat miktarını hâkimin tespit edeceğini tanzim etmektedir.

kaldırılmıştır «Law Reform (contributory negligence) Act». Bu mevzuda İngiliz hukukunun hususiyetlerinden birisi, trenin geç kalması dolayısıyla şirketin maruz kalınan zarardan mesuliyettir. Bu esas itibarile diğer hukuklarda pek mevcut değildir [28].

bb) İngilterede otomobillerin mesuliyeti ve sigortası hakkında 1930 tarihli bir kanun vardır (Road traffic Act). Seyrüsefer kazaları hakkındaki İngiliz içtihatları kontrol edilen ve edilmeyen cadde geçitleri arasında bir tefrik yapmaktadır. Kaldırım üzerinde, ve caddenin çivili olan işaretli kısımlarında, kontrol edilen bir geçiş vardır. Bu gibi hallerde, otomobileci davacıya karşı, onun kusuru bulunduğu def'ini ileri süremez, davacı olan mutazarrır tazminat talebinde daima muvaffak olur (Bailey v. Geddes 1938). Buna mukabil sokağın kontrol edilmeyen kısımlarında vuku bulan kazalarda, böyle bir def'i şayanı kabuldür. Bunun kabulü 1945 senesine kadar davanın reddini mucip oluyordu, bu tarihten itibaren hâkimin takdirine bağlı olarak bir tenkis sebebi teşkil eder (bk. 27 No. 11 not) (Court of Appel, Sparks v. Ash-1943) [29]. Otomobilcilerin mesuliyetini tayin eden bu kanun aynı zamanda, bunların mecburî bir sigorta akdetmelerini de âmirdir. Bu hususta tanınmış bir sigorta şirketinde yapılan bir mesuliyet sigortasının, veya böyle bir şirketin vereceği bir kefaletin, veya High Court'a tevdi edilecek 15000 İngiliz liralık bir teminatın yatırılmasıyla, bir otomobil sahibine, bunu kullanmak müsaadesi verilir. Bu suretle otomobil işleten veya idare edenler hakkında, üçüncü şahıslara ika edilen cismanî zararlar için, mecburî mesuliyet sigortası kabul edilmiş oluyor. Buna tekbül eden hükümler, Amerika Birleşik Devletlerinden bazılarının kanunlarında vardır [30]. İngiliz kanunu, mutazarrırın sigortacıya karşı doğrudan doğruya talep hakkını da tanımıştır. İngiliz hukukuna ait orijinal bir hüküm şudur: mutazarrır veya müteveffa, hastanede ücretsiz olarak bakıldı ise, hastane sigortacıya karşı, masrafları için 25 İngiliz lirasına kadar bir talep hakkını haizdir [31].

cc) Hava nakil vasıtalarının mesuliyeti hakkında, 25 Haziran 1920 tarihli Büyük Britanya, İrlanda hava seferleri kanunu «Air Navigation Act» hükümler ihtiva etmektedir. Bu kanunun 9 uncu section'u aynen şöyledir: «uçma, hareket veya yere inme halinde bir hava nakil vasıtası tarafından veya böyle bir vasıtadan düşen bir şeyle topraktaki, veya su-

[28] Curt Rühland, Haftung der Eisenbahnen, Rechtsverg. Handwör. IV. Bd. s. 69.

[29] F. Honig, a.g.e., s. 228.

[30] Max Rheinstein, Haftung für Kraftfahrzeuge, Rechtsverg. Handwör. IV. Bd., s. 87.

[31] Max Rheinstein, a.g.e., s. 90.

daki her şahıs veya her mülkiyetin maddi kayıba uğramasına sebebiyet verilmesi halinde, vasıtayı işleten kimse, ihmal, kasıt veya diğer bir sebebin bulunmasını ispata ihtiyaç olmaksızın, sanki bu zarar ve kayıplar hakikaten kasden veya ihmalle yapılmış gibi, hava nakil vasıtası mâlikinden buna müteallik kayıp ve zararlar için tazminat istenebilir, meğer ki bunlar, tamamen veya kısmen bunlara maruz kalan şahsın kusurundan tevellüt etmiş ola». Bu hükmün hukukî mahiyeti münakaşalıdır. Bazıları, burada mutlak bir sebep mesuliyetinin tanzim edilmiş olduğunu iddia ettikleri halde, diğer bir kısım müellifler kusur karinesinin varlığını müdafaa etmektedirler [32]. Burada, tazmin yalnız insanlara ve eşyaya yapılan fizik zararlar için değil, fakat toprak mâliklerine bunların uçması ile verilen sıkıntı için de mevcuttur. Bir genç kız mektebi üzerinde, bir uçağın devamlı olarak alçaktan uçması dolayısıyla uçağın mâlikine karşı tazminat talebini kabul eden bir mahkeme kararı vardır [33].

dd) Demiryolları, otomobiller, hava nakil vasıtalarının mesuliyetlerine dair kanunlardan sonra, bu mevzuda iş kazaları hakkındaki mevzuat da büyük bir ehemmiyeti haizdir. Bu hususta 1880 tarihli Employers Liability Act, ve bunu muhtelif tarihlerde tâdil eden kanunlar (1896, 1906, 1925) vardır. İş hukuku sahasında önemi haiz olan, işletme kazasının, iş vecibesile, yani verilen işle münasebettar olmasıdır. Bu alâkanın bulunduğu hallerde, iş verenin kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın, mutazarrır tazminat talebi hakkını haizdir. Bu alâkanın bulunmadığı hallerde işçinin talep hakkı haksız fiiller hakkındaki esaslara istinat edebilir. Bu mevzuda İngiliz mahkemeleri mümkün olduğu kadar işçilerin lehinde hareket etmektedirler. Meselâ, iş verenin talimatına aykırı olarak, işçinin demiryolu hattını geçmesi ve kazaya uğraması halinde dahi tazminat talebi kabul edilmiştir (House of Lords, Noble v. Southern Railwaıl co., 1940). Keza düşürülen bir Alman tayyaresinden aldığı patlayıcı maddeler üzerinde tecrübe yapan bir işçi, böyle tecrübelerin fabrikada yapılması sarîh olarak menedildiği halde, bunu fabrikada yapması ve kazanın vukua gelmesiyle, diğer bir işçinin yaralanması hâdisesinde fabrika mesul edilmiştir (Court of Appel, Smith v. Darvey Paxman co. Ltd., 1943). Bu kararlarda iş sahibinin mesuliyeti, kazanın iş çevresinin cari hâdiseleri neticesinde, bunun ifası esnasında vukua gelmiş olmasına istinat etmektedir [34].

[32] A. Kaftal, la responsabilité pour dommages causés par les aéronefs, rev. trimes. de dr. civ., t. 32 (1933), p. 722.

[33] A. Kaftal, a.g.e., p. 724, note 1; M. N. Göknel, Hava Hukuku Notları, İst. 1947, s. 91.

[34] Bu kararlar, ve bu husustaki diğer kararlar için bk. F. Honig, a.g.e., s.

ee) Bu kanunlara, İngiliz hukukuna has diğer bir kanunu ilâve etmek icap eder. Bu, evli bir kadının haksız fiilinden kocasının mesuliyetine dair «Married Women's property Act» (1882) dır [35].

Bütün bu izahatımızdan, esaslı vasıf ve seciyesi liberal ve muhafazakâr bir zihniyetin ifadesi olan, ve mahkeme içtihatlarile inkişaf eden İngiliz hukuk sisteminde, sosyal düşünce, ve sosyal ihtiyaçların hususî kanunların tanzimile karşılanmakta olduğu anlaşılmaktadır.

§ 13. Sovyet Rusyanın tazminat hukuku sistemi.

1 — Umumî mülâhazalar:

Sovyet Rusya haksız fiiller hukuku, kusursuz mesuliyet mevzuunda, dünya mevzuatı içinde en ileri giden nizamlardan birisidir. Bunun sebebi gayet açıktır. Malûm olduğu üzere kusur kaidesi ferdiyetçi, liberal ve muhafazakâr bir görüşün ifadesidir. Sovyet Medenî Kanunu ise, sosyalist bir devletin hukukunu vazetmeği tecrübe eden, ve bu tecrübeyi dünya mevzuatı içinde ilk olarak yapan bir kanundur. Sosyalizmin en müfrit şekli olan bir hukuk sisteminde, ferdiyetçi ve kapitalist unsurların ve bunların izlerinin, mümkün olduğu kadar tam bir şekilde, ortadan kaldırılmasına çalışılması tabiidir.

Nitekim, Medenî Kanunun Sovyet Rusya Sosyalist Federatif Devletlerinde meriyet mevkiine konmasına dair Panrusse Merkez İcra Komitesinin ısdar ettiği emirnamenin 5 inci maddesi (loi d'introduction art. 5), «Sovyet Rusya Federal Devletleri Medenî Kanununun teksifi bir tefsiri ancak işçi - çiftçi Devleti menfaatlarının ve çalışanlar kütlesinin menfaatlerinin korunmasının icap ettirdiği hallerde kabul edilir» diyerek, bu gayeyi tasrih etmektedir. Bunun 6 ncı maddesi de: «kanunun devrilmiş olan hükümetler kanunları ve ihtilâlden evvelki mahkeme içtihatlarına dayanılarak tefsiri memnudur» diyerek medenî hukuktaki boşlukları eski Çar hukuku ile tamamlamağa imkân olmadığını belirtmektedir. Bu esas Medenî Kanunun birinci maddesile de sarih olarak tebarüz ettirilmiştir: «medenî haklar tahsis edildikleri ekonomik ve sosyal gayeye aykırı kullanılmadıkça kanun tarafından himaye edilirler».

Rusyada, haksız fiiller Medenî Kanunda, 3 üncü kitap, XIII üncü fasıl, madde 405 - 415 de tanzim edilmiştir [1].

Medenî Kanunun 106 ncı maddesinde: «borçlar akitlerden, ve kanunda

[35] Tafsilât için bk., H. Títze, a.g.e., s. 729.

[1] 1 Ocak 1923 de yürürlüğe giren Sovyet Medenî Kanunu 4 kısımdan, 4 kitap-

gösterilen diğer kaynaklardan, bilhassa sebepsiz iktisap ve ahara sebebiyet verilen zarardan doğarlar» denmekte olduğuna göre, haksız fiiller borç doğuran kaynaklardan birisini teşkil etmektedir. Bu maddenin arzettiği hususiyet, akit, sebepsiz iktisap ve haksız fiillerin, borç doğuran yeğâne kaynak olmamalarıdır, bunun yanında kanundan tevellüt edecek bir kısım borç kaynaklarının tanzim edildiği anlaşılmaktadır.

2 — *Tazminat hukuku kaideleri:*

«Başkasına sebebiyet verilen zararlardan husule gelen borçlar» ismini taşıyan XIII üncü fasılın ilk maddesi, madde: 403, haksız fiil mesuliyetine dair şu umumî kaideyi vazetmektedir:

«Başkasının şahsına veya mallarına zarar iras eden kimse bunu tazminle mükelleftir. Eğer o, bu zararı önleyemeyeceğini, veya zararı ikaa kanunen hakkı olduğunu, veya zararın bizzat mağdurun kasıt veya ağır ihmalden husule geldiğini ispat ederse mesuliyetten kurtulur» (aynî hüküm Azerbaycan kanunu mad. 448 de mevcuttur).

Görülüyor ki 403 üncü madde, insanın kendi fiilinden mesul olduğu kaidelerini koyuyor. Maddenin ilk fıkrası sebep mesuliyetinin tam bir ifadesidir. Fakat ikinci fıkrada bu esas hafifletilmekte, ve umumî kaide olarak cüz'î de olsa kusura ehemmiyet verilmektedir. Zira bu son fıkraya

tan müteşekkildir. I inci kitap umumî kısımdır. Madde 1-52 (5 fasıldan müteşekkil). II nci kitap aynı haklardır, madde: 52-106, (3 fasıldan ibarettir: mülkiyet hakkı, inşaat hakkı, rehin hakkı). III üncü kitap borçlara aittir (33 fasıl). IV üncü kitap miras hukukunu tanzim eder, madde 416-435 (tek bir fasıldan müteşekkildir). Bunun dışında, medenî hal, evlenme, aile ve vesayet hukukuna ait kanun vardır. Ayrıca, iş kanunu, ziraat kanunu, orman kanunu, madenler kanunu, veteriner kanunu vardır (Medenî Kanun ve bütün bu kanunlar Raoul Dufour ve Jules Patouillet tarafından fransızcaya tercüme edilmişlerdir: I inci cilt: code de la famille et code civil, 2 ème éd. Paris 1932, avec une introduction d'Ed. Lambert. II nci cilt: code du travail, code agricole, code forestier, code minier, code vétérinaire, Paris 1926. III üncü cilt: modifications et additions au code civil et annexes au code civil, nouveau code de famille, Paris 1929). Ayrıca bk.: Baron Boris Nolde, le code civil de la république des Soviets, Bulletin de la société de législation comparée, 1923, p. 231; H. Freund, l'avenir du droit civil dans l'Union Soviétique, recueil d'études en l'honneur d'Ed. Lambert, t. 5. Paris 1938, p. 48.

Sovyet Medenî Kanununa muvazi olarak «Azerbaycan Sosyalist Şûrası Mecellesi» ismini taşıyan Azerbaycan Medenî Kanunu, Sovyet Medenî Kanununun aynı esasları ihtiva etmektedir. Bu kanun türkçe olarak, Azerbaycan şivesiile ve lâtin harflerile, 1929 tarihinde nesredilmiş bulunmaktadır.

göre fail zararı önlemek iktidarını haiz olmadığını yani kusuru olmadığını ispat ederse, mesuliyetten kurtulmak imkânı vardır. Böylece kusur prensibinden tam olarak vazgeçilememiştir. Fakat Alman hukukçusu H. Titze'nin haksız fiiller üzerinde yazmış olduğu çok mükemmel mukayeseli hukuk tetkikinde belirtmiş olduğu gibi, bu prensip Sovyet hukukunda zayıflatılmış sebebiyet prensibinden başka bir şey değildir [2]. 403 üncü maddeden çıkan kaidede, bir çok Avrupa hukuklarının ve İsviçre - Türk hukuklarının aksine olarak, ilk plânda zarar verici fiil, zarar verme vakıası nazarı itibara alınmakta, ve failin daima tazminle mükellef bulunduğu kabul edilmektedir. İkinci olarak, fail kusuru olmadığını, veya mutazarrırın kast veya ağır ihmali olduğunu ispat ederek mesuliyetten kurtulabilir. Burada Sovyet vazu kanununun bir dereceye kadar çekingen davrandığı, ve sebebiyet prensibini en son haddine götürmediği görülmektedir. Zira mutazarrırın kusuru ve failin kanunen zarar ikâi hakkını haiz olması hallerine, «bu zararı önleyemeyeceği» yani kusuru bulunmadığı halini, tazminattan kurtulma sebebi olarak ilâve etmiştir. Fakat buna rağmen, 403 üncü madde hükmünün, sebep mesuliyetinin, (risque - hasar) nazariyesinin umumileştirilmesi, bütün haksız fiillere teşmil edilmesine muadil olduğu söylenmektedir [3]. Filhakika şimdiye kadar hiç bir kanun haksız fiil mesuliyetinin umumî kaidesinde bu kadar ileriye gitmemiştir. Diğer kanunlarda istisna olan hüküm, Sovyet kanununda umumî kaide olmuştur.

Rus medenî kanununun 404 üncü maddesinde tehlike mesuliyeti tanzim edilmiştir. «Demiryolları, tramvaylar, sanayi maddeleri imal eden teşebbüsler, infilâk edici madde tacirleri, vahşi hayvan vazulyetleri, bina vesair tesisat inşa eden şahıslar gibi bir tehlike artmasına sebebiyet veren şahıslar veya teşebbüsler, tehlike ağırlaşmasının husule getirdiği zararlardan mesuldürler, meğer ki zararın mücbir sebep, veya bizzat mağdurun kast veya ihmalden meydana geldiğini ispat etmiş olanlar» (aynı esas Azerbaycan M. K. mad. 449 dadır). Bu hüküm de umumî bir mahiyeti haizdir ve tehlike ağırlaşması olarak sayılan haller tahdidî değildir,

[2] H. Titze, unerlaubte Handlungen, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, VI. Bd., s. 742.

[3] B. Nolde, a.g.e., p. 249-250, Ed. Lambert, Introduction qu'il a écrit à la traduction du code civil soviétique, t. I, 2ème éd., p. 32; H. et L. Mazeaud da, «Sovyet Medenî Kanunu, madde 403 de hasar nazariyesinin hâkim olduğunu, ve bunun bu nazariyeyi reddetmek için yeni bir sebep teşkil ettiğini yazmakta, ve Sovyet Rusya tarafından alınan bu prensipte, ona hâkim olan meşum siyasi temayüllerin en iyi delilinin bulunduğuna işaret etmektedir» (t. I, p. 378). Bu, ilmi bir tenkit değildir.

misal kabilindedir. Mesuliyetten kurtulma sebepleri, sadece mutazarrın kusuru, ve mücbir sebeptir.

405 inci maddede: «gayrı mümeyyiz şahıs, 9 uncu maddedeki haller hariç, sebebiyet verdiği zararlardan mesul olmaz, nezaretle mükellef şahıs onun yerine mesul olur» demektedir. 9 uncu madde ise şu mealdedir: «16 yaşında olan küçükler ve israfı dolayısıyla hacir altına alınanlar, kanunî mümessillerinin, ana, veya vasilerinin rızasıyla hukukî muamele yapabilirler. Çalışmaları neticesi aldıkları para üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler, ve başkasına iras ettikleri zararlardan mesuldürler».

Sovyet medenî kanununun en dikkate şayan hükmü, mesul edilmek istenen şahsın, kurtuluş beyyinesini getirmiş olmasına rağmen, hâkimin hakkaniyet icaplarına göre, gene bu şahsı mesul edebilmesi, buna mecbur edilmiş olmasıdır. Hakkaniyet 406 ncı ve 411 inci maddelerde, bütün tazminat hukukuna şâmil olmak üzere tanzim edilmiştir (Azerbaycan kanunu mad. 451 ve 456) [4]. M. 406 ya göre, «M. 403 - 405 e göre, sebebiyet verdiği zararı tazminle mükellef kılınmayan kimseyi, mahkeme onun ve mağdurun servet vaziyetini nazarı itibara alarak, gene mesul edebilir». 411 inci madde ise, hakkaniyeti daha umumî bir şekilde vazetmektedir: «tazminatın genişliğinin tayininde bütün hallerde mahkeme mağdurun ve zarar failinin servet vaziyetlerini nazarı itibara almak mecburiyetindedir».

Bunların dışında Sovyet Rusyada, hususî kanunlar isdar edilmesine lüzum yoktur. Zira 403 üncü ve 404 üncü maddelerdeki umumî esaslarla, aynı neticeye varmak kabildir. Demiryollarından ve sair nakil vasıtalarından mesuliyet M. 404 deki tehlike mesuliyetinin şumulüne girmektedir. Her ne kadar, Sovyet Rusya cümhuriyetler birliğinin 24 mayıs 1924 tarihinde isdar olunan «demiryolları seyrüsefer nizamnamesinde» nakliyat-tan mütevellit mesuliyete dair bir fasıl varsa da, burada şahısların nakli hususî olarak tanzim edilmiş değildir [5], bu 404 üncü maddeye tâbidir.

Bu mevzuda yegâne hususî bir tanzim, hava seyri seferleri için 4 ocak 1921 tarihli halk komiserleri emirnamesidir. Burada mücbir sebep dahi

[4] Hakkaniyet esası aynı umumî mahiyetli haliz olmak üzere, Macar projesi madde 1737 de de tanzim edilmiştir. Ancak H. Titz'e göre, bu mevzuda Sovyet hukukunda daha ileriye gidilmiştir. Zira Macar projesinde hakkaniyet mesuliyeti mütemmin mahiyetli haliz olduğu halde, Sovyet hukukunda böyle değildir (H. Titz'e, a. g. e., s. 742). Hakkaniyet mülâhazası, Rus hukukunda olduğu kadar geniş olmakla beraber, büyük bir ölçüde, İsviçre - Türk borçlar kanununda kabul edilmiştir (B. K. M. 44 II ve M. 54).

[5] Curt Rühländ, Haftung der Eisenbahnen, Rechtsverg. Handwör. IV. Bd., s. 69

mesuliyetten kurtulma sebebi değildir [6].

Tazmin borcu eski halin iadesinde, ve eğer bu iade mümkün olmazsa, duçar kalınan kayıpların telâfisinde tecelli eder (Medenî K. mad. 410 Azerbaycan kanunu mad. 455). Ölüme sebebiyet verme halinde yalnız ölenin bakmış olduğu ve böylece başka hiç bir yaşama vasıtası kalmayan kimseler tazminat isteme hakkını haizdirler (mad. 409, Azerbaycan ka. mad. 454).

Gayrı maddî zarar ve mânevi tazminat hakkında kanunda bir sarahat yoktur.

412 - 415 inci maddeler mesuliyet sigortasını tanzim etmektedirler.

§ 14. Fransız tazminat hukuku sistemi.

1. Umumî bir bakış:

Fransız haksız fiiller hukuku 1804 tarihli medenî kanunda (Napolyon kanununda) madde 1382 - 1386 da tanzim edilmiştir. Fransız vazı kanununun bu mevzua yalnız 5 madde tahsis etmiş olmasının sebebi, tazminat hukukunun bugün ortaya çıkardığı meselelerin ve bunların mudillîğinin, 19 uncu asrın başında mevcut olmaması ve nazarı itibara alınmamış olmasıdır. Bu mahdut hükümlerin bugünkü içtimai hayatın çok cepheli münasebetlerini karşılayamayacağı tabiidir.

19 uncu asrın sonlarında yeni medenî kanunlar ve bunların yanında hususî mesuliyet kanunları tanzim eden ekseri Avrupa Devletlerinin aksine olarak, Fransa 1804 tarihli Napolyon kanununa sadık kalmıştır. Diğer taraftan, modern hayatın tazyik eden ihtiyaçları karşısında, yeni mesuliyet halleri tesis etmek bir zaruret ve mecburiyet şeklinde tecelli ettiğinden, bu hususta iki imkândan birini seçmek vaziyeti karşısında kalınmıştır. Birincisi hususî mesuliyet kanunlarile, medenî kanunun eksikliklerini tamamlamak. İkincisi mahkeme içtihatlarile, ve medenî kanunun hükümlerinin genişletilmiş tefsirile aynı neticeye ulaşmak.

Fransız hukuku, 1898 ve 1924 de isdar olunan iki kanun müstesna, bu mevzuda ikinci şıkkı ihtiyar etmiştir. Bu hususta mahkeme içtihatları bilhassa 1384 üncü maddenin birinci fıkrasındaki esasa istinat etmişlerdir.

Bu meselenin Türk hukuku bakımından da ehemmiyeti vardır. Zira bütün Avrupa hukuklarında tehlike mesuliyeti olarak kabul edilen, ve bunu kabul etmek zarurî olan bazı mevzularda, hukukumuzda ancak B.

[6] J. Rutsaert, le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, thèse jur., Paris-Bruxelles 1930, p. 280.

K. M. 41 deki kusur kaidesi tatbik edilebilmektedir. Bilhassa otomobil kazaları ve hava seyrüseferlerinden husule gelen zararların tazmini için sebep ve tehlike prensibinin kabulü ihtiyacı karşısında, teşri organı hiç bir faaliyet göstermediğine göre, B. K. M. 58 e dayanarak ve bunun muhtevası genişletilerek bu hallerin tesisi düşünülebilir. Bu meseleye ileride Türk hukuku esaslarını tetkik ederken temas edeceğiz, şimdilik bu mevzuda hususî kanunların tanzimini tercihe şayan bulduğumuzu kaydetmekle iktifa edeceğiz.

2. Fransız medenî kanununun haksız fiillere dair hükümleri:

Medenî kanunun 1382 - 1386 ncı maddelerinde tanzim edilen haksız fiil hukukunda, umumî mahiyette kaide vazeden iki madde ve hüküm vardır.

a) Kusur mesuliyeti kaidesi:

Bunlardan birincisi, 1382 nci madde, kusur prensibinin ifade edilmiş olduğu umumî hükümdür. Buna göre, kusurlu olarak başkasına zarar iras eden kimse bunu tazminle mükelleftir. Bu maddenin Alman., İsviçre ve Türk hukuklarındaki kaideden farkı, hukuka aykırılığın müstakil bir mesuliyet unsuru olarak zikredilmemiş olmasıdır. Fransız doktrininde hukuka aykırılık kusur mefhumunun içinde mütalâa olunmaktadır.

b. Cansız eşya vakiasından doğan mesuliyet:

Fransız medenî kanununun diğer mühim ve şümüllü bir hükmü, cansız bir şeyi muhafaza ile mükellef olanın mesuliyetine (la responsabilité du fait des choses inanimées) ye dair, mad. 1384 fık. I deki esastır. Bunun muhtevası aynen şöyledir: «on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit prépondre, ou des choses que l'on a sous sa garde» (bir kimse yalnız kendi fiilinin tevli ettiği zararlardan mesul olmayıp, aynı zamanda fiilinden muhatap tutulduğu şahısların veya nezaret ve muhafazası altında bulunan eşyanın sebebiyet verdiği zararlardan da mesuldür).

19 uncu asrın sonuna kadar bu hüküm, madde 1384 ün müteakip fıkralarında zikredilen hususî mesuliyet hallerinin tebşiri mahiyetinde adedilmekte idi, ve esasen Fransız medenî kanun vazununun maksadı da bu idi [1]. Bu asrın sonunda vukua gelen büyük sanayi inkilâbı ve bunun neticesinde içtimâî hayatta husule gelen değişiklikler ve hissedilen ihti-

[1] R. Savatier, Cours de droit civil, t. II, Paris 1944, No. 301.

yaçları karşılamak için, bazı müellifler, bilhassa Josserand ve onu takiben birçok genç hukukçular, bu fıkranın ifade tarzındaki umumiliğe istinat ederek, bundan umumî bir mesuliyet prensibi çıkarmak istemişlerdir. Bu fikirler evvelâ Fransız Devlet şûrası kararlarına, ve onu müteakip de temyiz mahkemesi içtihatlarına tesir etmiş, ve içtimai hayatın tekâmülüne ve daima artan ihtiyaçlarına muvazi olarak, bu tesir fazlalaşmıştır [2]. Bu suretle, Fransız hukukunda, madde 1384 I e dayanan, cansız eşya vakıyasından mütevellit muazzam bir doktrin ve içtihat husule gelmiştir.

Fransız içtihatlarının bugünkü durumuna göre, muhafaza ile mükellef olanın «gardien» in mesuliyeti her nevi eşyaya tatbik edilmektedir. Bu hususta menkul - gayrimenkul tefriki yapılmadığı gibi, eşyanın bizatihi tehlike arzeder mahiyette olması da aranmamaktadır. Maddenin tatbik edilebilmesi için «fait de la chose» (eşya vakıyası) ndan bir zararın husule gelmesi lâzımdır. Ripert'in dediği gibi, «eşya bir vasıta, bir sebep değildir. Burada mesuliyet sebebi olan eşya, zararın ikına vasıta olmasından dolayı değil, fakat hakikat halde bir kimsenin onun üzerinde «garde» vakıyasını haiz olmasındandır» [3].

«Gardien» mefhumu ile, şeyi kullanan, idare eden ve bundan menfaat istihsal eden kimse anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, türkçesi «muhafaza eden» mânasında olan, bu terim pek yerinde değildir. R. Savatier buna «chargé des risques» (hasarı yüklenen) demektedir [4]. Bu şahıs umumiyetle maliktir. Fakat bazı hallerde, şeyin kullanılmasını, malik başka birisine bırakmış, devretmiş olabilir. Bu takdirde «gardien» bu sonuncu şahıstır. Binaenaleyh bir şeyin «gardien» ile, o şeyi zevk ve menfaatına göre kullanan kimse kastedilmektedir. Ve «garde» mefhumu bir şeye hâkim olmak, ve bununla birlikte ona nezaret etmek mükellefiyeti değildir. Bu hukukî ve yeni bir mefhum olup, Ripert'in dediği gibi «bir kimsenin bir şey üzerinde vazıyetteği dolayısıyla bu kimseye yüklenen

[2] Fransız hukukunda bu mevzuda sayısız nesriyat vardır. Medeni hukuka, ve hukukî mesuliyete dair yazılan büyük trete'lerde bu bahse dair mufassal malûmat bulunduğu gibi, aynı mevzua dair bir çok doktora tezi, monografi ve makale mevcuttur. 1935 e kadar olan nesriyat bibliyografisi hakkında bk., G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles 3 ème éd., p. 210 et sv., müteakip nesriyat için bk., P. L. Riviére, les accidents de la route et la resp. civile, Paris 1942.

[3] G. Ripert, le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris 1936, p. 349.

[4] R. Savatier, a. g. e., No. 307 et 309, G. Ripert, a. g. e., p. 349.

kanunî bir borcu tasrih için ihdas edilmiştir» [5].

Bu mevzuda ilk mühim karar, Devlet Şûrasının 21 haziran 1895 tarihli kararından sonra (D. P. 96. 3. 65), Temyiz mahkemesinin 1896 da vermiş olduğu meşhur karardır. Burada bir buhar makinesinin infilâkile, cansız bir şey muhafızı olarak, fabrika sahibî, vuku bulan zarardan mesul edilmiştir. Bu karar, Saleilles tarafından gayet hararetle karşılandığı halde [6], Planiol bunu korkunç (monstrueux) olarak tavsif etmiş ve siddetli tenkitlerde bulunmuştur [7]. Hakikat halde Temyiz mahkemesinin bu içtihadile Fransız hukukunda yeni bir çığır açılmıştır. Burada mesul şahıs kusursuzluğunu ispat ederek mesuliyetten kurtulmak imkânını haiz değildir, bu tam mânasile bir sebep mesuliyeti vakiasıdır, ve kurtuluş sebepleri sadece, mücbir sebep, mutazarrır veya üçüncü şahsın kusurudur.

Mad. 1384 fık. I deki kaidenin, bundan sonraki tekâmülû daha ziyade dikkate şayandır. Bazı mahkeme kararlarında, maddenin mevzuu tahdit edilmek, ve bundan gayrı menkuller çıkarılmak istenmişse de, bu sonradan Temyiz mahkemesi tarafından reddedilmiştir [8]. Ancak 7 nov. 1922 kanunile, M. 1384 e bir fıkra ilâve edilerek bir şeyde çıkan yangının diğer eşyaya sirayetinden doğan zararlar maddenin hükmünden çıkarılmıştır. Bu fıkraya göre, bir gayrı menkulü veya menkulü tamamen veya kısmen elinde bulunduran, bu eşya üzerinde çıkacak yangın dolayısıyla başkasına iras edeceği zararlardan ancak kusuru olması halinde mesuldür.

Cansız eşyadan mesuliyet doktrininin tekâmülüne ait mühim safhalardan birisi de, temyiz mahkemesi dairelerinin birlikte verdikleri 13 şubat 1930 tarihli bir karardır (cass. chambres réunies 13 fév. 1930, Josserand D. H. 1930 chronique p. 25, Capitant D. H. 1930 chronique p. 29). Bu meşhur kararla M. 1384 I otomobil kazalarına teşmil ve tatbik edilmiştir. Esasen daha önceki mahkeme kararlarında da böyle bir temayül seziliyordu. Fakat maddeye göre, zararın «fait autonome de la chose» dan husule gelmesi lüzumu müşkülât doğuruyordu. Zira zarar görenin, za-

[5] G. Ripert, a. g. e., p. 349, ayrıca bk., H. Mazeaud, la faute dans la garde, rev. trimes. de dr. civ. t. 24 (1925), p. 793 et sv.

[6] (cass. civ. 16 juin 1896). Note de Saleilles D. 1897. I. 433. Ve S. 1897. I. 17, note d'Esmein.

[7] M. Planiol, étude sur la responsabilité civile, rev. critique, t. 34 (1905), p. 278.

[8] Tefrike dair karar, cass. req. 10 fév. 1925, D. 1925. I. 97 note de Josserand S. 1925, I. 64 note de Morel. Bunun reddine dair içtihat: cass. req. 6 mai 1928, D. II. 1928, 197; S. 1928. I. 225.

rarın otomobilin «fait propre» undan, meselâ bir infilâktan, malzeme kırılmasından veya buna benzer bir sebepten ileri geldiğini ispat etmesi icap ediyordu. İşte 1930 tarihli kararda bu terakki adımı atılmış ve bu ispat bertaraf edilmiştir.

Fransız mesuliyet hukukunun en şayanı hayret safhalarından birini teşkil eden temyiz mahkemesi dairelerinin vermiş olduğu bu kararda, iki mühim nokta aydınlatılmış bulunmaktadır:

Birincisi, M. 1384 I deki hükmün otomobil kazalarına teşmilidir. Ekseri Avrupa Devletleri hukuklarında hususî kanunlar vasıtasile tanzim edilmiş olan bu mesele, Fransada mahkeme içtihatlarıyla yapılmıştır [9].

İkincisi, M. 1384 I deki kaidenin hukukî mahiyetine ait münakaşalar karşısında sarîh bir cephe alınmış olmasıdır. Filhakika kusur prensibinin müdafileri olan Planiol, Ripert, Capitant ve diğer bazı müellifler, bu maddedeki esasî kusur karinesi şeklinde izah ve tefsir ediyorlardı. 1933 kararında ise madde 1384 I de bir kusur karinesi (présomption de faute) değil, bir mesuliyet karinesi (présomption de responsabilité) bulunduğu tasrih ve kusursuz mesuliyet taraftarlarının fikri iltizam edilmiştir. Bunun neticesi olarak yalnız kusursuzluğun ispatı mesuliyetten kurtuluş sebebi değildir. Bu mesele dolayısıyla «mesuliyet karinesi» formülünün daha doğru olduğunu söyleyen Savcı Paul Matter, «mad. 1384 I in dayandığı fikrin, muayyen bir şey işleten kimsenin onun doğurduğu tehlikeleri tahammül etmesi gibi, basit ve hakkaniyete uygun bir fikir olduğunu» beyan etmektedir [10].

Böylece madde 1384 fık. I deki esas, bütün cansız eşyaya, otomobillere, bisikletlere, tramvaylara, ağaçlara, su ve gaz borularına, havuzlara, makinelere, asansöre, ve hattâ elektrik seyyale ve dalgalarına, ve saire, tatbik edilen muazzam bir doktrin husule getirmiştir [11]. Bunun şu-

[9] Fransada otomobillelerin mesuliyetine dair muhtelif kanun teklifleri yapılmışsa da, bunlar kabul edilmemiştir. Meselâ böyle kabul edilmemiş olan bir teklif A. Colin tarafından yapılmıştır (bk. A. Wahi, la responsabilité civile relative aux accidents d'automobiles, rev. trimes. de dr. civ., t. 7 (1908), p. 5 et sv., H. et L. Mazeaud, a. g. e. t. III, p. 807 note 7). Diğer bir proje H. Lalou'ya aittir (rapport et projet de loi présentés au nom de la commission, sur la responsabilité des accidents causés par les véhicules à moteur, bulletin de la société d'études législatives, 1932 p. 73 et sv., et 83 et sv.).

[10] D. P. 1930. I. 67, col. 2, Jossierand, évolution et actualité, p. 65.

[11] Bk. R. Savatier, a. g. e., t. II, No. 304; P. Magnin, la responsabilité des accidents causés par les ascenseurs et l'art. 1384 du code civil, rev. trimes. de dr.

mulü gayet geniştir, ve Napolyon kanunununun 1382 nci maddesindeki umumî kusur prensibinin yanında, onun kadar, ve belki pratik bakımdan ondan da daha geniş ve umumî, ikinci bir mesuliyet kaidesi, sebep mesuliyeti esası ortaya çıkmıştır.

Ekseri hukukçuların bu tekâmülü tasvip etmelerine karşılık, bunu endişe ile karşılayanlar da eksik değildir. Ezcümle H. Capitant, uzun zamandanberi bilinmeyen bu hazinenin hakikaten mânasız olduğunu, 1930 kararile haksız fiil mesuliyetinin mihrakının 1382 nci maddeden 1384 üncü maddeye geçtiğini, ve ikincisinin lehine olarak, birincisinin kaybolmakta olduğunu, bunun bir terakki teşkil etmeyip, bununla bilâkis Kod sivil tarafından gayet âkilane bir tarzda tesis edilmiş olan muvazenenin bozulduğunu, ve bunun vazetmiş olduğu sistemin altüst olduğunu söylemektedir [12]. Diğer bir müellif 1930 temyiz daireleri kararile, otomobil işletenler üzerine çöken mesuliyette şu üç noksanı mülâhaza etmektedir [13]:

- a) hukukî bir esastan mahrumdur.
- b) tatbikatında gayrı muayyendir.
- c) şumulünde şiddetlidir.

Bu mahzurları bertaraf etmek için hususî bir kanun yapmak lâzımdır. Bu takdirde otomobil kazalarını mad. 1384 I e istinat ettirmeğe ihtiyaç kalmıyacaktır. Ve bu mevzua dair hükümlerin bir kanun halinde toplanması ile içtihatlardaki tereddütler kalkacak ve daha sarîh bir vaziyet husule gelecektir.

Böylece Fransız hukukunda, sebep mesuliyetine dair yeni esasların meydana gelmesi, tamamiyle içtihatların bir eseri olmuştur. Bu neticeye varılmasında R. Saleilles'in, ve mensup olduğu «ilmî mektebin» büyük tesiri olmuştur. 1855 de doğan, ve fevkalbeşer mesaisile, 1912 de, genç sayılabilecek bir yaşta ölen Raymond Saleilles, aynen şöyle demektedir: «ben gitgide kanundan ziyade içtihatlardan daha çok şey bekleyen mek-

civ. t. 29 (1930), p. I et sv.; H. Lalou, traité pratique de la responsabilité civile, 3^{ème} éd. Paris 1943, p. 643 et sv.

[12] H. Capitant, la responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt solennel du 13 fév. 1930, D. H. 1930, chronique p. 32; id., une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses inanimées, D. H. 1930 chronique p. 61. Buna Jossierand'ın vermiş olduğu cevap, évolution et actualité, kitabında p. 52.

[13] M. Piccard, pour une loi sur la réparation des accidents d'automobiles, rev. gén. des assurances terrestres, 1931, p. 5 et sv.; H. Lalou, a. g. e., p. 685.

teptenim... Mesleki tehlikenin kanunun yaratmasından önce, içtihatların bir eseri olarak ortaya çıkabilmesinden çok memnunum. İchtihatlar «tatonnement» (deneme) usulü ile (ki bu usul tecrübenin garantisidir) çalışıyor: bu bana kanun vazının gözünden kaçacak nuances'ların içtihatlar tarafından bulunacağı ümidini veriyor» [14]. Bunun gibi, «şerh ve tefsir mektebine» (l'école de l'exégèse) karşı zuhur eden «ilmî mektebin» diğer bir müntesibi, ve Saleilles'in fikir arkadaşı olan François Gény de, «méthode d'interprétation et sources en droit privé» isimli eserinde, «hukukun kaynağı olarak yalnız kanun metnini ve bunun tefsirini almanın gayet yanlış olduğunu, içtimaî tekâmülün devamlılığı karşısında kanun münasebetlerinin değişmezliği, ve bunun neticesinde her kanunda noksanlar ve boşluklar bulunacağını, ve bunlar karşısında «serbest ilmî araştırma» ya (à la libre recherche scientifique) başvurmak lâzım geldiğini» söylemektedir [15]. Gény, tabii hukuka ve hakkaniyete müstenit olarak vazetmiş olduğu serbest araştırma metodu ile, Fransız içtihatlarının Medenî Kanundaki eksikleri tamamlaması fikrini müdafaa etmiştir.

1384 üncü maddenin birinci fıkrasındaki esas, ve otomobil işletenlerin mesuliyetini bu şekilde izah ettikten sonra, Fransada 1935 tarihli bir kanun yerine geçen kararname (décret-loi) ile, umumî nakil vasıtalarının faaliyet icra etmelerine müsaade edilmesinin şartları arasında mecburî sigortanın da arandığına işaret edelim. Bu mecburî sigorta mevzuunda da gene içtihatlar, mutazarrırın sigortacıya karşı doğrudan doğruya talep ve dava hakkını tesis etmişlerdir.

c) İş gördürenlerin mesuliyeti:

Fransız Medenî Kanunu madde 1384 de mevcut ikinci bir hukukî esas iş gördürenlerin mutlak ve kusursuz hukukî mesuliyetlerine mütealliktir. Bu maddenin beşinci fıkrasında tanzim edilen kaideye göre, kendi işi için başkasını çalıştıranlar, müstahdem ve memurlarının işlerini ifa esnasında ika ettikleri zararlardan mesuldürler. Buradaki mesuliyet mutlaktır, ve mesul şahıs kusursuzluğunu ispat ederek tazminat mükellefiyetinden kurtulamaz [16]. Bu kusursuz bir mesuliyettir. İş gördüren kusuru olsun,

[14] Saleilles, Réforme sociale, t. XXXV (1898), p. 634 et sv., Ch. Massigli, les travaux de R. Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité, l'oeuvre juridique de Raymond Saleilles, Paris 1914, p. 444 den naklen.

[15] Bk. E. Gaudemet, l'interprétation du code civil en France depuis le code Napoléon, Bâle 1935, p. 72 (Bu yazı K. Gürsoy tarafından türkçeye tercüme edilmiştir, Ankara Hukuk Fak. Mec., c. II, sayı 3, s. 287 ve m., sayı 4, s. 124 ve m.)

[16] Maddenin bu fıkrasında, iş gördürenler hakkında «maîtres et commettants»

olmasın böyle bir zararı tazminle mükelleftir. Ancak Fransız içtihatları, istihdam edenin mesuliyeti için, müstahdemin kusuru bulunmasını aramaktadırlar [17].

d) Ana-babanın kendileriyle beraber ikamet eden sagir çocuklarının, ve muallim ve sanatkârların nezaretleri altında bulunan talebe ve çıraklarının ika ettikleri zarardan mesuliyetleri:

Bu, 1384 üncü maddenin 6 ncı fıkrasında tanzim edilmiştir. 5 Mayıs 1937 de isdar edilen bir kanunla bu maddeye ilâve edilen iki fıkra (fıkra 7 ve 8) bunların mesuliyetini şu şekle sokmuştur. Ana, baba, ve sanatkârların mesuliyeti, bu mesuliyete sebep olan zararı önleyemediklerini veya önleyecek vaziyette olmadıklarını ispat ettikleri takdirde mevcuttur. Muallimlerin mesuliyeti ise, ancak kusur veya ihmallerinin davacı tarafından ispat edilmesi halinde vardır [18].

e) Hayvanların ika ettikleri zararlardan dolayı mesuliyet:

Bundan, Fransız Medenî Kanununun 1385 inci maddesi bahsetmektedir. Hayvanların sebebiyet verdikleri zararlardan, bunların mâlikî veya bundan istifade eden, kullanan kimse mesuldür. Bu bir tehlike mesuliyeti halidir. Mesuliyetten kurtulma sebepleri, mücbir sebeple, mutazarrır veya üçüncü şahsın kusurlarıdır.

f) Binaların yıkılmasından (ruine) doğan zararlardan mesuliyet:

Buna mütedair hüküm madde 1386 da bulunmaktadır. İnşada bir noksan, veya muhafazada bir eksiklik sebebiyle, bir binanın yıkılmasından doğan zararların tazmini, binanın mâlikine terettüp eder. Bazı mahkeme kararları, daha ileriye giderek inşa ve muhafaza noksanı bulunmadığı

tâbirî kullanılmaktadır. Bu kelimeler pek o kadar sarîh değildir, zira «maitre» ile iş sahibi, emreden kimse, «commettant» kelimesiyle ise bir işin yapılmasını başkasına emanet eden kimse anlaşılır. Modern kanunlarda ve bilhassa İsviçre - Türk kanunlarında, bu mevzuda «istihdam eden veya iş gördüren - employeurs» terimi istimal olunmuştur. Bunun gibi, Fransız Medenî Kanununun bu maddesinde müstahdemleri ifade eden «domestiques et préposés» (hizmetçi ve memur) kelimeleri de pek vâzih değildir. Fransız Medenî Kanunu 1804 de yazılmış olduğundan ifade tarzı ve tekniği eskidir. Ve Napolyon Kanununun bu faslının serlevha başlığındaki terimler de (délits et quasi-délits) bugün hemen hemen metruktür (bunların izahı hakkında bk. Colin et Capitant, cours élémentaire du droit civil français, t. II, 361).

[17] S. 1903, I 524, S. 1914, 1213. H. Lalou, traité pratique de la resp. civ., p. 567. R. Savatier, Cours de droit civil, t. II, no. 295.

[18] Bk. Voïrin, Manuel de droit civil, II, 4ème éd., Paris 1947, p. 100.

halde mâlikî mesul etmişlerdir [19]. Bu takdirde mesuliyet, yukarıda izah etmiş olduğumuz, madde 1384, fık. I e istinat edebilir. Zira içtihatlar, bu son hükmün gayrimenkullere tatbikini kabul etmiştir. Bu suretle madde 1384, fık. I ile madde 1386 tedahül etmektedir. Fakat bunların fonksiyonları ayrıdır. 1386 ncı maddeye göre mesul olan daima mâlikîdir, halbuki madde 1384, I de mesuliyet «gardien» e terettüp eder, ve bu şahıs da ekseriya mâlikten başkasıdır. M. 1386 yalnız binaların yıkılmasına münhasırdır, ve tatbik sahası mahduttur. Bilhassa 1384 üncü maddedeki umumî hüküm dolayısıyla, bu mahdut tatbik kabiliyeti daha ziyade azalmıştır. Esasen Fransız içtihatlarının da temayülü 1386 ncı maddenin şumul sahasını mümkün olduğu kadar daraltmaktır [20].

3. Medenî Kanun dışında hususî mesuliyet kanunları:

Bu mevzuda ehemmiyeti haiz olan iki kanundan bahsedeceğiz:

a) İş kazalarından mesuliyet:

1898 tarihli bir kanun iş kazaları dolayısıyla, patronların kusursuz mesuliyetini tanzim etmiştir. Meslekî tehlike prensibinin bir ifadesi olan bu kanuna göre, iş sahibi kusuru olsun, olmasın işçinin maruz kaldığı kaza dolayısıyla, uğradığı zararı tazminle mükelleftir.

1898 kanunu ile yalnız sınaî işletmeler için vazedilen bu prensip, sonradan müteaddit kanunlarla, muhtelif iş sahalarına, tahdidî olarak, teşmil edilmiştir. Hâlen 1 Temmuz 1938 tarihli bir kanunla, bu esas bütün istihdam edilenlere teşmil edilmiş bulunmaktadır. Böylece, gördüğü iş vesilesile işçilerinin uğradığı kazalardan patronlar mesul tutulmaktadır.

b) Hava nakil vasıtası işletenlerin mesuliyeti:

Hava nakil vasıtası işletenlerin «aéronef» lerin mesuliyetine dair 1924 tarihli bir kanun vardır. Bunun 53 üncü maddesine göre, vasıtayı işleten şahıs (aéronef), bunun sebebiyet verdiği zararlardan mutlak surette mesuldür. Burada mücbir sebep dahi, bir kurtuluş sebebi teşkil etmez.

Bu kaide, münferit bir sahada, kusursuz mesuliyetin en ileri giden bir şeklidir. Bu kanunun muharriri olan G. Ripert, teşriî araştırmalar cemiyetinde okuduğu raporunda, şöyle demektedir: «Uçan bir âleti seyrü-

[19] Req. 6 mars 1928, D. P. 1928. I., 97; Cour de Paris 26 nov. 1946, sem. jur. 1947. II. 1444, rev. trimes. de dr. civ. 1947, p. 430.

[20] Bu mevzuda şu karara bk., Cour de Pau, 5 juillet 1946, sem. jur 1946, II, 3323, revue trimes. de dr. civ. 1947, p. 55; Cour de Paris 26 nov. 1946, rev. trimes de dr. civ. 1947, p. 430.

sefere koyan bir kimse, muhitindeki insanlar için yeni bir tehlike yaratmaktadır... Ondan başkasına zarar vermemesi veya verdiği zararı telâfi etmesi istenir. Bu zararın birinci sebebi uçan vasıtanın havalarda bulunmasıdır. Beşeriyet için istisnai bir tehlike yaratan kimse, bunun neticelerine tahammül etmelidir. Burada hasar nazariyesini kabul etmekten çekinmemek lâzımdır, çünkü umumî kaide olarak, belki doğru olmayan, bu prensibin başkaları için istisnai tehlike yaratanlara tatbiki çok doğru ve yerindedir» [21]. Burada, fazla olarak, mücbir sebebin, mesuliyet hudutları içine alınması da doğrudur. Çünkü ekseri uçak kazaları, önceden görülemeyen, harici bir sebeple vukua gelir. Nitekim bu kanun projesinin müzakeresi esnasında Ripert'in, bir havacılık mütehasssından naklen, söylediğine göre, uçak kazalarında mücbir sebep yoktur [22]. Aksi takdirde her uçak kazasının bir mücbir sebebe atfı kabil olacak ve bunu işleyen şahıs mesuliyetten kurtulabilecektir.

4. Fransız tazminat hukukunda çok mühim bir eksiklik:

Şimdiye kadarki izahatımızdan anlaşıldığına göre, Fransız tazminat hukuku daha ziyade içtihatlar vasıtasile tekâmül etmiş, Fransız hukukcularının ifadesile, onun bir zaferi olmuştur. Bu bakımdan Fransada mahkeme içtihatlarının yaratıcı bir rol oynadıklarını tespit edebiliriz.

Fakat Fransız Medenî Kanununda gayrı mümeyyizlerin mesuliyetine, bilhassa hakkaniyet mesuliyetine dair hiç bir hüküm mevcut olmadığı gibi, bu mevzuda, içtihatlar da bu mesuliyeti henüz ertsis edememişlerdir.

Filhakika gayrı mümeyyizlerin hukuki mesuliyetlerine dair, «code civil» de hiç bir hüküm yoktur. Bu sebeple temyiz kudretini haiz olmayan küçük çocuklar, deliler, şuarsuzların ika ettikleri zararlar tazminsiz kalmaktadır. Bu gibi şahıslarda serbest bir irade bulunamayacağına, kusurlu addedilmelerine ve haklarında Medenî Kanunun 1382 nci maddesinin tatbikine imkân yoktur. Mahkeme içtihatları bu hususta her ne kadar müspet bir doktrin tesis edememişlerse de, bu mesuliyetsizliği bazı hallerde hafifletmişlerdir. Sefahat ve alkolizmden gelen şuarsuzluk hallerinde, failin böyle bir hale düşmekte kusuru bulunması sebebiyle, fail mesul edilmiştir [23]. Sonra, bizzat fiil esnasında deliliğin mevcudiyeti aran-

[21] G. Ripert, la navigation aérienne, bulletin de la société d'études législatives, 1921, p. 287. 1924 tarihli kanunun müzakereleri hakkında bk., aynı bulletin, 1922, p. 79 et sv., 107 et sv., 101 et sv.

[22] Bulletin de la société d'études législatives, 1922, p. 88.

[23] Caen, 9 nov. 1880, D. P. 82. 2. 23; S. 82. 2. 118. Rouen mars 1874, D. P. 74. 2. 190, s. 74. 2. 199.

muştır [24]. Fail fiilinde, cüz'î de olsa şuuru ve idare kontrolünü haiz idiyse hukukân mesul addedilmiştir [25]. Keza akıl hastası veya küçük olan failin, ana veya babasının, eğer bu bir talebe veya çıraksa, muallim veya ustasının mesuliyeti yoluna gidilmesi kabildir. Fakat nezareti haiz olan bu şahıslar kusursuz iseler, mesuliyetten kurtulmak imkânını haizdirler. Bu sebepten, tatbikatta ekseri hallerde bizzat gayri mümeyyizlerin mesuliyetini temin etmek lüzumu belirmektedir. Fransız mahkeme içtihatları ise, yukarıda zikrettiğimiz bir kaç hal müstesna, bu neticeyi tesis edememişlerdir.

Bu durum, bizzat Fransız hukukçuları tarafından şiddetle tenkit edilmekte, ve bu mevzuda bir mesuliyetin bulunmaması teessüfe şayan addedilmektedir. Bu hususta Ripert aynen şöyle söylemektedir: «Niçin tehlikeli bir hastalıkla şuuru muhtel olan kimse mesuliyetten kurtulacaktır, biz bu bedbahtı insanlarla meskûn yerlerden uzaklarda yaşamağa mahkûm etmiyoruz. Biz sadece bir delinin, hummalı bir hastalığa yakalananın, bir sarhoşun gayri şuuri hareket etmeleri sebebiyle, darbelerine tahammüle mecbur olmamağı istiyoruz. Aksi takdirde şuurlu ve dikkatli insanların vaziyeti hakikaten fena olacaktır, ve onlar cemiyet halinde yaşamamanın bütün tehlikelerini yükleneceklerdir» [26]. Keza aynı mevzuda diğer bir müellif, «içtimai fayda, insaniyet ve hakkaniyet düşünceleriyle kusurdan vazgeçilmesini, ve gayri mümeyyizlerin yaptıkları zararı tazminle mükellef kılınmalarını» istemektedir [27]. Bu mesuliyetsizlik Planiol, Capitant ve Mazeaud'lar tarafından da tenkit edilmiştir [28].

1902 senesinde, 21 oct. 1901 tarihli kararın (chambre des requêtes D. Périodique I. 524) yaptığı aksülâmel neticesinde akıl hastalarının mesuliyetine dair bir kanun parlamentoya getirilmişse de, bu kanuniyet kesbedememiştir [29].

En son Fransız içtihatlarında bu mesuliyetin tesisine müteveccih bir temayül sezilmektedir. Bu hususta H. et L. Mazeaud'nun büyük tesiri olmaktadır. Bu iki müellif, kusur mefhumundan hareket ederek gayri mü-

[24] Montpellier, 22 janv. 1935, D. H. 1935, p. 140.

[25] Toulouse, 3 nov. 1937, Lalou, a.g.e., p. 470, No. 830 bis.

[26] G. Ripert, examen doctrinal-jurisprudence civile, rev. critique, t. 38 (1909), p. 131.

[27] Pascaud, la responsabilité des aliénés, rev. critique, t. 34 (1905), p. 225.

[28] M. Planiol, traité élémentaire du dr. civ., t. II, No. 878; Colin-Capitant, a.g.e., t. II, p. 373, H. et L. Mazeaud, a.g.e., t. I, No. 447.

[29] Bu kanun projesi hakkında bk., rev. trimes. de dr. civ. 1902, p. 713. Ayrıca bk., H. Lalou, a.g.e., No. 831, Pascaud, a.g.e., p. 228, H. Titze, a.g.e., s. 690.

meyyizlerin hukukan mesul oldukları neticesine varmaktadırlar. Bunlara göre, çocukluk, akıl hastalığı iç âmiller olup kusurun takdirinde rol oynamamalıdır. Böylece medenî kanunda mevcut esas prensipler reddedilmeden, şuarsuzların ika ettikleri zararların tazmin edilmemesinin önüne geçilmeğe çalışılmaktadır [30]. Mazeaud'lar, bu mevzuda hakkaniyet mülahazasının aleyhindedirler. Onlara göre, gayrı mümeyyizlerin mesuliyeti hakkaniyete değil, bunların kusur irtikâp edebileceklerine müstenittir ve kusurun objektif ve mücerret olarak takdiri bu neviden adaletsizlikleri önlemeğe müsaittir [31].

H. et L. Mazeaud'nun bu fikrini kabul etmek müşküldür. Çünkü temyiz kudreti bulunmayan şahısta şuur ve idrak mevcut olmadığına göre, kusur da yoktur. Diğer taraftan, gayrı mümeyyizlerin kusurlu addedildikleri bütün hallerde mesul edilmeleri, bazan hakkaniyete aykırı bir netice husule getirebilir, ve böyle bir şahıs müstakbel geçim ve iâşe vasıtalarından mahrum bırakılmış olabilir. Halbuki Mazeaud'lar, gayrı mümeyyizlerin mesuliyetini hakkaniyete istinat ettirmeğe lüzum olmadığını söylemektedirler [32]. Burada mesuliyetin kusura istinat ettirilmesi Fransız müellifleri tarafından da tenkit edilmiş, ve böyle bir telâkki «risque - hasar» nazariyesinin tahakkuku olmakla ittiham edilmiştir [33].

Fakat bu itirazlara rağmen, son zamanlarda bu fikrin mahkeme içtihatlarına tesir ettiğini görüyoruz. Nitekim son bir kararda, fiil esnasında failde akıl hastalığı bulunduğunu gösteren bir mütehassıs raporu bulunmasına rağmen, adam öldüren deli failin hukukî mesuliyetine hükmedilmiştir [34]. Kararda, doktor raporu üzerinde münakaşaya mahal bu-

[30] H. et L. Mazeaud, traité théorique et pratique de la resp. civile, 2ème éd. Paris 1935, t. I, p. 452.

[31] H. et L. Mazeaud, a.g.e., t. I, p. 453. Gayrı mümeyyizlerin kusurlu olabilecekleri, ve cezal bakımından mesul edilemeseler bile, tazminatla mükellef kalabilecekleri, daha önceleri Pascaud tarafından da ileri sürülmüştür, mezkûr etüdü, p. 223.

[32] H. et L. Mazeaud, a.g.e., t. I, p. 452; t. II, p. 92 et 245. H. Mazeaud, les dispositions du code Polonais des obligations relative à la responsabilité délictuelle, bulletin de la société de légis. comp. 1933-34, p. 199-200.

[33] Polonya Borçlar Kanununun haksız fiiller hukuku hükümlerine dair, H. Mazeaud'nun vermiş olduğu münakaşalı bir konferansta, Niboyet böyle bir tenkitte bulunmuştur, bulletin de la société de légis. comparée 1933-34, p. 221. Ayrıca bk., R. Savatier, traité de la responsabilité civile, Paris 1939, t. I, p. 251.

[34] Trib. D'Yvetot 25 juillet 1946, sem. jur. 1946, II, 3299, ve rev. trimes. du dr. civ. 1947, p. 52

lunmadığı, hukukî mesuliyet için, failin fiilinin zararlı mahiyetini bilmesinin kâfi olduğu mucip sebebi, ileri sürülmektedir.

Gayrı mümeyyizlerin mesuliyeti mevzuunda, Fransız içtihatlarının bu temayülü eski duruma nazaran bir terakki eseri olmakla beraber, tamamiyle tatmin edici değildir. Bu hususta hakkaniyet mülâhazasının nazarı itibara alınması faydalı ve lüzumludur. Nitekim, Fransız Medenî Kanununu iktibas eden, ve bu itibarla Fransız hukuk çevresine dahil olan memleketlerden ekserisi, medenî kanunlarına vazettikleri hususî bir kaide ile, veya ısdar ettikleri hususî bir kanunla me hazlarından ayrılmışlardır. Bunlar arasında, 16 Nisan 1935 tarihli bir Belçika kanununda şöyle bir hüküm vardır: «Bunama, veya ağır bir aklî muvazenesizlik, veya akıl zayıflığı halinde bulunması dolayısıyla fiillerinin kontrolü bakımından ehliyetsiz olan şahıslar sebebiyet verdikleri zararı tazminle mükelleftirler. Hâkim tarafların vaziyetini nazarı itibara alarak hakkaniyete göre hüküm verir». Keza Portekiz Medenî Kanununda (madde: 2378), ve İspanya hukukunda (Ceza Kanunu, madde: 20) gayrı mümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyeti tanınmıştır (bu hususta etüdümüzün § 3, II, 3).

§ 15. Alman Tazminat Hukuku.

1. *Umumî bir babcı:*

Alman hukuku, muhtelif cereyanları telif edici en rasyonel bir tarzı tanzimi haiz olması ve İsviçre, ve dolayısıyla Türk hukuklarına olan büyük tesiri dolayısıyla, tetkike değer bir ehemmiyet arz etmektedir.

Sebebiyet prensibinin doktrinde ve mevzuatta, ilk olarak şuurlu bir şekilde, Alman hukukunda ortaya çıktığına işaret etmiştik (bk. § 5, II). Gerçekten, 1838 tarihli Prusya demiryolları mesuliyet kanunu, ve sonradan bunun yerine bütün Almanyaya şamil olmak üzere geçen 1871 kanunu, hukuk literatüründe Binding, ve 19 uncu asrın sonundaki diğer Alman müelliflerinin yazıları, bu cereyanın öncüleri olmuştur. Esasen, eski Alman hukuku olan Cermen hukukunda da, kusursuz mesuliyetin cari olduğu bugün anlaşılmiş bulunmaktadır. Bu tarihî vakıa Alman Medenî Kanunu projesinin müzakereleri esnasında ileri sürülmüşse de, Alman kanun vazı bu mevzuda mutedil bir sistem ihtiyar etmiş, her iki prensibin ifratına gitmekten çekinmiştir.

Alman hukukunda hukukî mesuliyete dair kaideler, esas itibarile, 1896 tarihli Medenî Kanunda, (BGB) de tanzim edilmiştir. Bunun yanında demiryolu işletmelerinin mesuliyetine, iş kazaları, otomobil ve hava nakil vasıtaları kazalarından doğan mesuliyete dair hususî kanunlar vardır.

Nasyonal Sosyalist rejim esnasında, muhtelif sebeplerle, bilhassa sos-

yal zaruretlerle, BGB'nin ifade tarzını sadeleştirmek, ve bazı hükümlerini değiştirmek maksadile, büyük bir reform hareketine girişildi. Bu suretle BGB'nin yerine, Almanların Halk Kanunu (Volksgesetzbuch der Deutschen Nation) ikame edilmek isteniyordu [1]. Bazı kısımlarında tahakkuk eden bu reform hareketi tazminat hukuku sahasında da çalışmakta idi. Bu mevzu ile uğraşan Alman Hukuk Akademisinin bir komisyonunun vardığı neticeler, ve bu hususta raportör âza ve profesörlerin raporları, «Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechtes» isimli kitapta H. Nipperdey tarafından neşredilmiştir (Berlin ve München 1940). Komisyon raporuna göre, tazminat hukuku iki kısımda tanzim edilecektir. Birincisi kusur prensibi, ve kusur mesuliyeti sahasıdır. Burada, failin kusuru olmaması halinde buna rağmen hakkaniyet sebebiyle mesuliyet, ve hakkaniyet sebebiyle mesuliyetin tahdidî derpiş olunmuştur. Bu sonuncusu, Borçlar Kanunumuzun madde 44, fık. II sindeki esasa müşabihtir. İkinci kısım tazminat hukukunun tehlike mesuliyetine ait kısmıdır (demiryolları, otomobiller, hava nakil vasıtaları, gaz ve elektrik tesisleri, infilâk edici maddeler, inşa eserleri, hayvanların sebebiyet verdikleri zararlardan mesuliyet) gibi 7 münferit vakıa ve hüküm tanzim ve tâdat edildiği gibi, ayrıca tehlikeli işletmeler ve tesisat için umumî bir hüküm de ilâve olunmaktadır) [2]. Bu iki kısımdan ayrı olarak, üçüncü bir kısımda da topluluk için hususî bir fedakârlık yapan ferde verilecek tazminat tayin edilmiştir.

Görülüyor ki, Nasyonal Sosyalist rejim esnasında girişilen reform hareketinde, tazminat hukuku bakımından daha ilmî ve daha mütekâmil bir sistem kurulmak üzere bazı müspet esaslar tespit edilmiştir. Bunlar, siyasî sahada menfur olan bir rejimin, medenî hukuk bakımından takdirle anılacak güzel bir eseridir.

2. BGB'nin tazminat hukukuna dair hükümleri:

a) Kusur mesuliyetine dair umumî hükümler:

Alman tazminat hukukunda, umumî kaide olarak kusur esası, §§ 823 ve 826 da tanzim edilmiştir. Mesuliyet şartı olarak kusurun yanında hukuka aykırılık unsuru da aranmaktadır. Bu bakımdan BGB. de umumî

[1] Tafsilât için bk., Otto Riese, Alman Medenî hukukunda reform hareketleri ve bunda hâkim olan temayüller (terc. Z. Imre), İst. Hukuk Fak. Mec., c. 9 (1943), s. 684 ve m.

[2] H. Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechtes, Leitsätze, s. 11-13.

mahiyette üç vakıa zikredilmektedir. Bunlar § 823, fık. I, § 823, fık. II ve § 826 da mevcuttur.

823 üncü maddenin ilk fıkrası, sübjektif mutlak hakları her nevi te-cavüz ve ihlâle karşı korumaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrasında ise ka-nuna aykırı hareket bir haksız fiil olarak mülâhaza edilmektedir. Niha-yet 826 ncı maddede ahlâka aykırı bir zararı kasden ika tazminat mükel-lefiyetini meydana getirmektedir.

Görülüyor ki BGB de haksız fiiller münferit üç kategori halinde mü-talâa edilmektedir. Bu sistem İngiliz hukuku ile pek az müşabehet arze-der, çünkü İngiliz hukukunun aksine olarak, bu münferit vakıalardan her biri umumî bir hüküm mahiyeti arzeder [3]. Bununla beraber son hukuk reformunda, kusurlu ve hukuka aykırı fiillerin tazminat borcunu mey-dana getirmesi, umumî bir formülle vazedilmek, ve hukuka aykırılık mefhumu kusurdan ayrılmış olarak vazih bir tarzda tarif edilmek isteni-yordu [4]. Ayrıca kusur bakımından, bununla tehlike prensibine yakla-şılacağı kabul edilmekte ise de ihmalin objektif olarak telâkki edilmesi üzerinde fikirler ittifak etmiştir [5].

b) İstihdam edenlerin mesuliyeti:

BGB iş gördürenlerin mesuliyeti mevzuunda, müstahdem tarafından üçüncü şahıslara ika edilen zararların, istihdam edenin akdi bir münase-betine taallük etmesile, bunun dışında olan bir şahsa müteallik olması arasında bir ayırma yapmaktadır (BGB. § 278 ve § 831). İsviçre - Türk Borçlar Kanunundaki hal tarzı buna uygundur (B. K. madde 55 ve 100).

İstihdam edenin, müstahdemin fiilinden, akdi münasebetinin ihlâli do-layısıyla mesuliyeti, mutlak mahiyette bir sebep mesuliyetidir, kendisine kusursuzluğunu ispat ederek tebriye beyyinesi serdetmek hakkı verilme-miştir (BGB. mad. 278. İsviçre B. K. mad. 101, Türk B. K. mad. 100).

İstihdam edenin, müstahdemin fiilinden akit dışı mesuliyeti BGB. § 831 de tanzim edilmiştir. Buna göre, iş gördüren hal ve vaziyetin icap ettirdiği dikkat ve itinayı gösterdiğini veya bunu göstermiş olsa bile gene zararın vukubulacağını ispat etmekle, mesuliyetten kurtulabilir. Bu hü-

[3] Tafsilât için bk., L. Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd. 2. Teil, § 449, s. 660, § 450-455. H. Titze, a.g.e., s. 699.

[4] H. Nipperdey, die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubte Hand-lungen, Grundfragen der Reform kitabı, s. 46.

[5] H. Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, Leitsätze No. 5, s. 13, ve bu kitapta E. Wahl'in raporu (das Verschuldensprinzip im künftigen Schadenersatzrecht, s. 17 ff.).

küm, İsviçre - Türk B. K. M. 55 deki esasa uygun ise de, vaziyet tatbikat bakımından farklıdır. İleride tetkik edeceğimiz üzere, İsviçre - Türk mahkeme içtihatları burada tebriye beyyinesinin verilmesi hususunda sert ve müşkülpesent hareket etmektedirler, ve bu suretle bu mesuliyet de sebep mesuliyetine çok yaklaşmaktadır. Almanyada ise, 831 inci madde bir sebep mesuliyeti hali addolunmayıp, mevcudiyeti karine ile kabul edilmiş olan bir kusur mesuliyeti hali olarak mütalâa olunmaktadır. İstihdam edenin getireceği kurtuluş beyyinesi, kusursuzluğunun ispatı delilini teşkil eder. Burada iş gördüren bizzat kendi kusurundan mesul edilmektedir [6]. Buna mukabil müstahdemın kusurunun bulunması şart değildir [7].

İstihdam edenin, müstahdemın fiille borç münasebetinin ihlâlinden ve haksız fiilinden mesuliyetleri arasındaki bu ikili tanzim tarzı sun'îdir. Son Alman hukuk reformunda, tazminat hukuku meseleleri üzerinde çalışan komisyonda, mevcut tebriye beyyinesi imkânının kaldırılması, ve böylece sosyal bir terakki hamlesi daha yapılması teklif edilmiştir. Fakat neticede eski usulün muhafazası, ve fakat kurtuluş beyyinesi imkânının vâzih ve sarih bir şekle konması kabul edilerek, böyle bir kanun teklifi yapılması karar altına alınmıştır [8].

c) Nezaret vecibesile mükellef olanların mesuliyeti:

BGB § 832 ye göre, yaş küçüklüğü, veya akli veya fizik durumu dolayısıyla, nezarete muhtaç şahıslara, kanunen nezaret etmekle mükellef olanlar, bu şahısların hukuka aykırı olarak başkasına iras ettikleri zararları tazmine borçludurlar. Eğer mükellef olan şahıs nezaret vazifesini ifa etmişse, veya bu nezaret vazifesi yapılsa dahi, zarar gene husule gelecek idiyse, bu tazmin borcu vücuda gelmez. Nezaret altındaki şahsın kendi kendisini zarara sokması halinde de gene nezaretle mükellef olan kimse mesul olur, ancak 832 nci maddedeki ispat külfetinin tebdili burada tatbik edilmez [9].

[6] L. Enneccerus, a.g.e., I. Bd., II. Teil, S. 459, s. 695, Staudinger, Kommentar zum BGB., Art. 831, No. I; J. Chamorel, la responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle, These Jur., Lausanne 1925, p. 24 et 57.

[7] İsviçre - Türk hukuklarının bundan ayrıldığı nokta, istihdam edenlerin mesuliyeti için, ne kendilerinin ne de müstahdemlerinin kusurunun aranmasıdır.

[8] A. Löning'in «Müstakbel Alman hukukunda iş gördürenin yardımcısının fiilinden mesuliyeti» ne dair, Nipperdey'in mezkûr kitabında mevcut etüt ve raporunda, teklif hakkında izahat vardır.

[9] Bk., L. Enneccerus, a.g.e., I. 2. § 460, s. 699.

Bu kanunî nezaret vecibesinden husule gelen mesuliyetin yanında, mukavele ile nezaret borcunun taahhüt edilmesi mümkündür. BGB nin § 832 si bu son hale de kabili tatbiktir.

Burada tatbikat bakımından en ziyade ehemmiyet arzeden, küçük ve mahcurların fiillerinden nezaretle mükellef olanların mesuliyetidir. Tebriye beyyinesinin muhtevası BGB § 831 dekinin aynıdır.

d) Hayvan idare edenlerin mesuliyeti:

Hayvan idare edenlerin veya kullananların mesuliyeti mevzuunda Alman hukukundaki durum dikkate şayandır. BGB nin kabulü müzakere-lerinde şiddetli münakaşalardan sonra, hayvanların ika ettikleri zararlardan dolayı, tehlike mesuliyeti mutlak bir surette kabul edilmiştir (§ 833). Fakat bu mutlak mesuliyetin, hayvanların gelirile ve faaliyetile geçinen, çiftçiler hakkında onları müzayakaya düşürecek bazı neticeler husule getirdiği görülerek, 30 Mayıs 1908 tarihli bir kanunla (Haustiernovelle) ile, BGB § 833 e ikinci bir cümle ilâve edilmiştir. Buna göre, zararın ehli bir hayvan tarafından yapılması halinde, eğer bu hayvan vazul-yedinin iâşe ve kazancını temin etmeğe hizmet ediyorsa, ve hayvan vazul-yedi hal ve vaziyetin icap ettirdiği dikkat ve itinayı göstermişse, veya zarar bu ihtimamın yapılması halinde dahi meydana gelecek idiyse hayvan vazul-yedi (Halter - idare eden) mesul olmaz. İstihdam edenlerin gayri akdî mesuliyetlerinde olduğu gibi, burada da kusurdan vazgeçilmiş değildir. Mesuliyet ehliyetini haiz olmayan bir kimse, faydalı hayvan idare eden sıfatı ile mesul edilemez [10].

Bu suretle, Alman hukukunda, faydalı hayvan kullananların mesuliyeti, diğer hayvanları kullananlara nazaran daha hafif olarak tanzim edilmiştir. Son hukuk reformunda bu fark yeniden kaldırılarak, hayvan idare edenlerin mesuliyeti tam bir tehlike mesuliyeti olarak tanzim edilmek isteniyordu [11].

BGB § 833 ün izah ettiğimiz bu hükmü, idare altındaki hayvanlara aittir. Serbest olarak yaşayanlara, bunun şümül ve tesiri yoktur. Halbuki mahsulât üzerinde, zarar yapan av hayvanları vardır. Bu mesele Alman-yada en alevli münakaşalar doğuran bir hâdise olmuştur. BGB projesinin müzakerelerinde yapılan uzun ve hararetle münakaşalardan sonra [12], av yapanların mesuliyetine dair 835 inci madde meydana gelmiştir.

[10] L. Enneccerus, a.g.e., I 2, § 466, s. 717 Anm. 22; Homberger, Haftpflicht ohne Verschulden, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1930, Het: I, s. 10 a

[11] H. Nipperdey, a.g.e., Leitsätze, s. 15, No. 13.

[12] Bu mevzudaki münakaşa zabıtları, ikinci proje «Protokolle» unda 30 sabi-

e) Bina veya toprağa bağlı eserlerden mesuliyet:

BGB § 836 binaların ve toprağa bağlı diğer eserlerin (Gebäude und mit einem Grundstück verbundene Werke) [13] yıkılması, veya bunlardan kopan parçaların düşmesiyle vukubulan zararlardan doğan mesuliyeti tanzim etmektedir. Borçlar Kanunumuzun 58 inci maddesi muvacehesinde, BGB nin bu hükmü iki farklı hususiyeti haizdir. Birincisi, burada mesul olan mâlik değil, bina veya eserin zilyedidir (unmittelbare oder mittelbare Eigenbesitzen) (bu hususta BGB §§ 837-838 e bk.). İkinci fark, mesuliyet bakımından Alman kanununda mutedil bir hal tarzının kabul edilmesidir, burada, zilyet tehlikeyi bertaraf için hal ve vaziyetin icap ettirdiği bütün tedbirleri aldığı ispat ederek mesuliyetten kurtulabilir.

f) Gayri mümeyyizlerin mesuliyeti:

Alman hukukunda, gayri mümeyyizlerin mesuliyeti hakkaniyet hudutları içinde mevcuttur. Diğer bir ifade ile de hakkaniyet mesuliyeti ancak gayri mümeyyizler hakkında caridir (BGB § 829).

Mesuliyet ehliyetsizliği BGB §§ 827-828 de tanzim edilmiş bulunmaktadır. Burada, evvelâ bir 7 yaş haddi tespit edilmiştir. Bu yaştan küçük olanlar mutlak olarak gayri mümeyyiz ve ehliyetsizdirler. Malûm olduğu üzere İsviçre - Türk hukuklarında, temyiz kudretinin tayini bakımından böyle bir yaş haddi vazedilmiş değildir, ve bahis mevzuu şahsın olgunluk derecesi, ve işlediği fiilin mahiyetine göre, her hal için ayrı olarak ve müşahhas bir şekilde, hâkim temyiz kudretini ve haksız fiil ehliyetini tayin eder.

Görülüyor ki, Alman Medenî Kanununa göre, 7 yaşından küçük olanlar, temyiz kudretini ve kusur ehliyetini (Deliktsfähigkeit) haiz değildirler. 7 ile 18 yaş arasında bulunanlar ise, eğer işledikleri fiilin neticelerini ve temyiz kudretini haiz ise mesuliyete ehildirler (BGB § 828, fık. I ve II).

İkinci olarak, serbest iradeyi bertaraf eden şuarsuzluk veya akıl has-

meden fazla bir yer isgal etmektedir (Pr. II. s. 806-844). Keza Rayhstag'da aktedilen uzun bir celsede, mebuslardan birisi muhafazakâr partiyi muhaze ederek «sanayi ve işçileri alâkadar eden bütün mevzuların Reichstag (Alman Millet Meclisi) dan, hemen hemen münakaşasız geçirildiği halde, bedbaht tavsanlar için bütün Meclisin heyecan içinde» olduğuna işaret etmiştir (R. Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation, 3ème éd., p. 421 en note. Bu mevzudaki mesuliyet hakkında bk., L. Enneccerus, a.g.e., I 2, § 470, ve W. Wilburg, Haftung für Wildschaden, Rechtsverg. Handwör. IV. Bd. s. 108.

[13] BGB nin 836 ncı maddesindeki bu terim, İsviçre - Türk B. K. mad. 58 deki «bina veya imal olunan herhangi bir şey» tâbirinden daha vâzih ve sarıhtır.

talığı halinde de, bu ehliyet yoktur (BGB § 827). Ancak alkol, ve buna benzer maddeler alarak, kusuru ile bu hale düşenler ika ettikleri zarardan mesul tutulurlar (§ 827, 2 nci cümle).

BGB nin 827 ve 828 inci maddelerindeki sebeplerle kusur ve mesuliyet ehliyetini haiz olmayan kimseler, 829 uncu madde mucibince, hakkaniyet iktiza ediyorsa, haksız fiillerinden mesul edilebilirler.

Hakkaniyet mesuliyeti, BGB projesinin müzakerelerinde, en ziyade münakaşa edilen mevzulardan birisi olmuştur. Alman Medeni Kanununun 2 nci projesinde, 752 nci maddede: «kusurunun bulunmaması veya ispat edilememesi sebebiyle mesul edilemeyen bütün zarar faillerinin hakkaniyet icap ettiriyorsa mesul edilebilmeleri» esası teklif ve kabul edildi. Fakat bu esas sonradan «Reichstag» meclisinde, yalnız gayri mümeyyizlere hasredildi ve prensibin genişletilmesi hakkında bütün teşebbüsler reddedildi [14].

Bu suretle bugünkü şeklini alan BGB § 829 a göre, «823 den 826 ya kadar olan maddelerde işaret edilen bir fiille başkasının zararına sebebiyet veren kimse, 827 nci veya 828 inci maddelerin tatbiki dolayısıyla, mesul edilemezse, ve keza bu zararın tazmini nezaretle mükellef olanlardan elde edilemezse, hal ve vaziyete ve bilhassa tarafların karşılıklı menfaatlarına göre, hakkaniyet icap ettiriyorsa, ve tazmin borcu altına girmekle, bu menfaata uygun olarak kendi maişetini teminden ve kanun tarafından kendisine emredilen nafaka vecibesini yerine getirmekten mahrum kalmıyacaksa, zararı tazminle mükellef kılınır». Burada gerek mesuliyete karar vermek, ve gerek tazminatın miktarını tayin etmek, hâkimin takdirine bırakılmıştır.

3. Hukukî mesuliyete dair hususî kanunlar:

a) Demiryolları işletmelerinin mesuliyetine dair kanun:

Bu mevzuda ilk kanun 3 Kasım 1838 tarihli Prusya Demiryolları Kanunudur (Preussisches Eisenbahngesetz). Bu kanunun § 25 indeki hüküm dikkate şayandır, zira bu hüküm demiryolları şirketlerini gerek taşınan şahıslar ve eşyaya, ve gerek diğer herhangi bir şahıs ve eşyaya vakî zarardan doğrudan doğruya mesul tutmaktadır. Şirket ancak mücbir sebep dolayısıyla kendisini mesuliyetten kurtarabilir.

Bu 1838 tarihli kanun yalnız Prusya eyaletine münhasır olduğundan,

[14] Prof. Homberger, BGB nin 2 nci projesinde kabul edilen bu esasın, ihtiva ettiği sosyal düşünce itibarıyla, uzun müddet ileri sürüleceğini kaydetmektedir (Haftpflicht ohne Verschulden, a.g.e., s. 6 a.).

bundaki esaslar 7 Haziran 1871 tarihli bir kanunla (Reichshaftpflichtgesetz) [15] bütün Almanya'ya şamil olmak üzere tanzim edilmiştir. Kısa olarak «R. H. G.» rümuzu ile ifade olunan bu son kanunun I inci §'inde, demiryolları idaresi (Betriebsunternehmer einer Eisenbahnen) işletme vakıasının sebebiyet verdiği, ölüm ve yaralanma hâdiselerinden mesul tutulmuştur. Bu kanundan, gerek yolcular ve gerek üçüncü şahıslar istifade edebilirler, ve maruz kaldıkları cismanî zararın tazminini talep edebilirler. Burada, kusurdan müstakil kanunî bir mesuliyet, bir sebep mesuliyeti vardır. Demiryolları işletmesi ancak, mücbir sebep veya mutazarrırın kusurunu ispat ederek mesuliyetten kurtulabilir. Tazminat ölçüsü aynı kanunun (R. H. G. nin) 3 üncü §'inde tayin edilmiştir.

R. H. G. de mesuliyet yalnız, ölüm ve cismanî zararların husule gelmesi halinde bahis mevzuu olmaktadır. Demiryolları idaresinin, eşya zararları için mesuliyetine dair kanunda bir sarahat mevcut değildir. Bu hususta BGB nin methal kanunu (Einführungsgesetz) madde 103 mucibince eyalet hukukunun (landesrechtlichen) mahallî kaideleri tatbik edilecektir. 1838 Prusya kanununun 25'inci maddesi eşya için böyle bir mesuliyet kabul etmiştir. Fakat Prusya dışında diğer yerlerde bu hususta bir vahdet yoktur [16].

b) İş kazalarından mesuliyet:

Yukarıda bahsettiğimiz, demiryolları işletmesinin mesuliyetini tanzim eden 1871 tarihli «Reichshaftpflichtgesetz» in ikinci maddesi, isimleri zikredilen sanayide, ve umumiyetle fabrikalardaki iş kazalarından mesuliyete dair bir hükmü ihtiva etmektedir [17]. Burada işletme şefi, şahısların kazaya uğramaları halinde, emri altında çalışanların kusurundan mesuldür. Bu istisnai bir mesuliyet olup şef veya müdür kusursuzluğunu ispatla mesuliyetten kurtulamaz. Yalnız failin kusurunu ispat kâfidir. Kazaya uğrayan işçinin, failin kusuru, bu olmazsa şefin kusurunu ispat mecburiyetinde olması, güçlükler doğuruyordu. 1884 tarihli bir kanun, bu mevzuda mecburî sigortayı kabul ederek bu müşkülâtı bertaraf

[15] Umumiyetle «Reichshaftpflichtgesetz», ve kısaca «R. H. G.» şeklinde ifade edilen bu kanunun ismi şudur: Reichsgesetz betr. die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betrieb von Eisenbahnen, Bergwerken us. w. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen.

[16] L. Enneccerus, a.g.e., I 2, § 468, s. 720; Curt Rühlend, Haftung der Eisenbahnen, Rechtsverg. Handwör. IV. Bd., s. 65.

[17] R. Saleilles, fabrika kelimesinin geniş bir tefsire müsait olduğuna işaret etmektedir (a.g.e., p. 411).

etti. Zira kaza vukuunda, işçiler doğrudan doğruya sigortadan tazminat elde etmeğe başlamışlardır.

c) Motörlü nakil vasıtaları işletenlerin mesuliyeti:

Bu mevzuda, 3 Mayıs 1909, 21 Temmuz 1923 tarihli kanunlar, ve 6 Şubat 1924 tarihli bir nizamname vardır. 1909 tarihli kanunun (Kraftfahrzeuggesetz) § 7, fık. I ine göre, motörlü nakil vasıtasının işletilmesi (beim Betrieb eines Kraftfahrzeuges) dolayısıyla, bir kimsenin ölmesi veya yaralanması veya bir şeyin zarara uğraması halinde bunu işleten (Halter) tazminle mükellef kılınır, eğer kazaya nakil vasıtasının vasıflarındaki bir noksan veya makinedeki bozukluğa dayanmayan önlenemez bir hâdise sebebiyet vermişse tazmin borcu vücut bulmaz. Kurtuluş beyyinesinin muhtevası, kazanın önlenemez hâdise neticesinde vukua gelmesidir (durch ein unabwendbarer Ereignis). Fakat bunun için, önlenemez hâdisenin vasıtanın vasıflarında veya bünyesinde (Beschaffenheit) bir noksandan, veya bunun işleme veya tesisatındaki bir bozukluktan (Versagen) mütevellit olmaması lâzımdır. Önlenemez hâdise ile, motörlü nakil vasıtası işleticisinin (Halter), veya işletme ile meşgul şahsın, kusuruna istinat etmeyen, ve vasıtayı kullanan (Führer) sıfatı ile bunu işletenin, hal ve vaziyetin icap ettirdiği dikkat ve ihtimamı göstermiş olduğu hâdiseler anlaşılır (mezkûr kanun, § 7, II). Şu halde önlenemez hâdise (gayri kabili içtinap hâdise) mücbir sebebin muadili değildir. Bu, işletenin, veya idare edenin en büyük dikkat ve itinayı göstermesine rağmen, önlenemeyen her hâdisedir. Alman içtihatlarında bu mevzuda oldukça sert kararlar mevcuttur, ve temayül sebep ve tehlike mesuliyetine müteveccihdir [18].

Alman hukukunda bu mevzuda mecburî mesuliyet sigortası kabul edilmiş, ve mesuliyet için asgarî miktarlar tayin edilmiştir. Bir kimsenin ölüm veya yaralanması halinde 25000 mark tazminat veya senelik 1500 mark irada hükmolunur. Eşya zararlarında bu miktar 5000 marktır. İktisadî münasebetlerin tahavvülü halinde, Rayh meclisi (Reichsrat) nin muvafakatile, bu miktarlar nizamname ile değiştirilebilir (§ 12). Mecburî mesuliyet sigortası şu hallerde vardır: motörlü nakil vasıtasının işletilmesi mektebine, ve bir motörlü vasıtalar birliğine kabul ancak kifayet eder bir mesuliyet sigortasının getirilmesi olur (1 Mart 1921 tarihli motörlü nakil vasıtaları idare edenlerin mesuliyetine, yetiştirilmesine dair

[18] Bk., F. Gorphe, la responsabilité du fait des automobiles en droit comparé, revue critique, t. 55 (1935), p. 176, M. Rheinstejn, Haftung für Kraftfahrzeuge, Rechtsverg. Handwör. IV. Bd., s. 83, L. Enneccerus, a.g.e., I 2 § 469, s. 727.

nizamname Abschn. III abs. 2 Ziff. 6, Kraftfahrliniergesetz 20 Oktober 1928, § 14)) [19].

d) Hava seyrüsefer kanunu:

Hava seyrüseferlerinin tanzimine dair hükümler, 1 Ağustos 1922 tarihli kanun «Luftverkehrs-gesetz» ile tanzim edilmiştir. Buna ilâveten, motörlü nakil vasıtaları, ve hava seyrüseferlerinden mütevellit âzamî mesuliyet miktarlarının değişmesine dair 6 Şubat 1924 tarihli nizamname, hava seyrüseferi hakkında 19 Temmuz 1930 nizamnamesini zikredebiliriz [20].

Mesuliyet bakımından 1922 kanunu, tehlike prensibini vazetmekte, ve otomobil işletenlerin mesuliyetinden daha ileri giderek, gayet sert bir sistem kabul etmektedir. Zira, burada mücbir sebep ve üçüncü şahsın kusuru ile mesuliyetten kurtulmak mümkün değildir. Yegâne kurtuluş sebebi, mutazarrırın kusurudur. Bu mesuliyeti tanzim eden § 19 yalnız vasitanın işletilmesinden (beim Betrieb eines Luftfahrzeuges) husule gelen zararlar hakkında kabili tatbiktir [21].

Eurada da mesuliyet, otomobil idare edenlerin mesuliyetinde olduğu gibi, miktar bakımından tahdit edilmiştir. Bu miktar mağdurun ölmesi veya yaralanması halinde 25000 mark sermaye, veya 1500 mark irattır. Eğer mağdurlar müteaddit ise miktar 75000 markı geçemez (§ 23). Bu miktardan fazla tazminat talebinde bulunulmak istenirse, bu takdirde BGB nin umumî esaslarına istinat etmek icap eder (§ 28). BGB nin mağdurlara bahsettiği imkânlar daha geniş olmakla beraber, kusurun ispatını davacıya yüklemek gibi bir mahzuru vardır.

Bu mevzuda da, yukarıda zikredilen miktarlar için, mecburî sigorta csası Alman vazı kanunu tarafından kabul edilmiştir. Bu suretle kazaya uğrayanların tazminat almaları garanti edilmektedir. Mezkûr Alman seyrüsefer kanununun 29 uncu §, I, tazminat talebinin temini zımında, hava rüsefer kanununun 29 uncu § 1, tazminat talebinin temini zımında, hava nakliyat teşebbüsünden, ve âmme hava idaresinden, evvelden tayin edilmiş bir miktarda bir mesuliyet sigortası aktedilmesini, veya para veya kıymetli evrak tevdi ederek teminat yatırılmasını istemektedir, eğer müteşebbis veya işleten Rayh, veya eyalet (Land) ise buna lüzum yoktur. 6 Şubat 1924 nizamnamesinde tespit edilen mesuliyet yekûnu, 25000, 75000 ve 5000 (eşya için) marktır.

Zahit İmre

[19] M. Rheinstejn, a.g.e., s. 88.

[20] Bk. H. Döring, Haftung für Luftfahrzeuge, Rechtsverg. Handwör. IV. Bd., s. 92, L. Enneccerus, a.g.e., I 2 § 469 a, s. 730.

[21] Luftfahrzeug ve Betrieb mefhumlarının izahı hakkında bk. Enneccerus, a.g.e., s. 731, A. Kaftal, dommages intérêts aux voyageurs dans les transports aériens, rev. trimes. de dr. civ., t. 28 (1929), p. 731 et sv.