

**DOKTRİNDE VE TÜRK HUKUKUNDA
KUSURSUZ MESULİYET HALLERİ**

III

Asistan Dr. Zahit İMRE

**III ÜNCÜ KISIM: TÜRK - İSVİÇRE TAZMİNAT
HUKUKU SİSTEMLERİ.**

§ 16. Türkiyede Medenî Kanunun kabulünden evvelki devir.

I. 1869-1878 senelerinde tahrir edilen Mecelle, bugünkü Medenî Kanunun mer'iyete girmesinden evvel, yani 4 Ekim 1926 ya kadar, Türk medenî hukukunun kaynağını teşkil etmektedir.

Mecellenin tedvininden evvelki devrede, İslâm hukuku esasları cari olup, cezaî ve hukukî mesuliyet bir arada vazedilmiş bulunuyordu. Filhakika, dinî mahiyette addedilerek küfür sayılan fiillerin yanında, adam öldürme ve yaralama gibi fiiller şahsî hukuktan madut bulunmaktadır. Bunlar hakkında kısas usulü tatbik edilmekle beraber, mutazarrırın faille uzlaşması mümkündür. Bu takdirde fail mali bir edimle mükellef olurdu¹.

Mevzuumuza dair ilk tedvin hareketini Mecellenin tanziminde görüyoruz. Burada, umumiyetle haksız fiiller bakımından kazüist metot cari-dir. İngiliz hukukunda olduğu gibi, Mecellede de umumî bir mesuliyet kaidesi vazedilmiş değildir. Aradaki fark, İngiliz hukukunun mahkeme kararlarile inkişaf etmiş olmasına mukabil, Mecellenin bir kanun olmasıdır.

16 kitaptan müteşekkil bir külliyyat teşkil eden Mecellede tazminat hukuku bakımından direktif teşkil edecek bir esas mevcut değildir. Filhakika, «zarar ve mukabeleî bizzarar yoktur, yani başkasına zarar iras etmenin veya zarara mukabele olarak zarar ika etmenin caiz olmadığını» söyleyen 19 uncu madde ile, «zarar izale olunur» diyen 20 nci madde, umumî bir mahiyeti haiz olmakla beraber, teknik bir sarahatî haiz de-

¹ Prof. Tahir Taner'in Ceza Hukuku kitabında (s. 120) bu mevzua dair tafsilât vardır.

ğildirler. Burada mesuliyet unsuru olarak ne kusur ne de hukuka aykırılıktan bahsedilmiştir. Bunun gibi, müteakip maddelerde vazedilmiş olan esaslar da bugünkü hukuk ilminin icaplarına uygun değildir.

II. Tazminat mükellefiyeti için kusur şart değildir. Mecellede esas itibarile sebep mesuliyeti caridir. Kusur mefhumu bu kanunda ve o zamanki hukukta inkişaf etmiş değildir. Mecellede sebep mesuliyetinin mevcudiyeti buna yani kusurun gelişmemiş olduğuna atfedilebilir.

Bu bakımdan, Mecelledeki esasın menşei, zamanımızda sosyal bir zaruret icabı olarak tekâmül eden kusursuz mesuliyet müessesesiyle bir müşabehet arz etmez. Aşağıda bazı hükümlerini tetkik ederken göreceğimiz üzere, Mecellede böyle sosyal bir bünye eksiktir.

Mecellenin 89 uncu maddesine göre, «bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır, mücbir olmadıkça âmirene muzaf kılınmaz». Yani zarar verici neticeyi husule getiren kimse doğrudan doğruya mesuldür. Bunu merhum B. Ali Haydar'ın şerhinden aldığımız şu misalle izah edebiliriz: «meselâ bir kimse, diğer kimseye sen filân şahsın malını itlâf et diye vukubulan emri üzerine o kimse dahi itlâf etse, mal o kimseye tazmin ettirilip, mücerret emri sebebiyle âmire zıman lâzım gelmez. Çünkü 95 inci madde hükmünce, gayrın mülkünde tasarrufa emretmek batıl ve binaenaleyh mezkûr emir keenlemyekûn hükmünde olur». Mecellenin 90 ıncı maddesinde ise, «mübaşir (yani fail) ile mütesebbip müçtemi oldukça hüküm faile muzaf kılınır» denmektedir. Bu maddeye göre, faille zarara sebebiyet veren, bir arada bulunduğu takdirde zarar faile tazmin ettirilecektir. Ancak mütesebbip yalnız bulunduğu takdirde, ve telef vukuuna mufzi olur ise mütesebbip mesul edilir. Şöyle ki 92 nci maddede beyan olduğu üzere, «bir kimse diğerinin esvabına sarılıp mücadele ederken o kimsenin üzerinden bir şey düşüp telef olsa sarılan kimse zamin olur. Sarılan kimse mütesebbip, ve düşüren kimse mübaşir ise de, yalnız mütesebbip telefin vukuuna mufzi olmuştur»¹.

19-20, 89-90 ıncı maddelerden sonra, Mecellenin 92 nci ve 93 üncü maddeleri de sebep mesuliyetinin mevcudiyetini göstermektedir.

92 nci maddeye göre, «mübaşir müteammit olmasa da mesul olur», yani bu madde mucibince, mübaşir (fail) ister müteammit olsun, ister müteammit olmasın, mesuldür. Halbuki 93 üncü maddeye göre, «mütesebbip müteammit ve müteaddi olmadıkça zamin olmaz», yani mütesebbip ancak müteammit ve müteaddi olduğu takdirde, yani zararı kasden

¹) Ali Haydar, Mecelle şerhi, 3 üncü tabı, madde 89 şerhi s. 190 (cilt: I).

²) Ali Haydar, a.g.e., 90 ıncı madde şerhi.

ve haksız olarak işlediği takdirde mesuldür. Meselâ, «bir adam diğ erinin hayvanını ürküt erek kaçırır, ve böylece ziyasına sebebiyet verirse, burada hem kast hem taaddi vardır, fakat hayvan o adamı görünce ürker ve kaçarsa zıman lâzım gelmez»⁴.

Mecellenin 91 inci maddesi zararın tazmini imkânını tahdit etmektedir. Buna göre, «cevazı şer'i zımana münafi olur» yani ahkâmı şer' iye mucibince caiz olan bir fiilden bir zarar husule gelirse, bundan tazminat mükellefiyeti doğmaz. Meselâ, «bir adamın kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya birinin hayvanı düşüp telef olsa zıman lâzım gelmez, zira kendi mülkünde kuyu kazmak caizdir», «fakat tariki âm da (umumi bir yerde) bir kuyu kazıp da diğ erin hayvanı düşüp telef olsa burada mucibi zıman olan taaddi bulunduğu cihetle zamin olur»⁵. Prof. Belgesay, Mecellenin 91 inci maddesindeki bu esası kusur ile izah etmektedir⁶. Biz bunun daha ziyade, hukuka aykırılık mefhumuna yakın ve uygun bulunduğu kanaatindeyiz.

Şimdiye kadar zikretmiş olduklarımızdan maada, Mecellenin gasp ve itlâfa dair olan kitabında (Kitabülgasp velitlâf), haksız fiillere dair münferit haller tanzim edilmiş bulunmaktadır. Bunun birinci faslı, mübaşeretle itlâf (madde: 912-921); ikinci faslı, tessebbüben itlâf (madde: 922-925); üçüncü faslı, tariki âm da ihdas olunan şeyler (madde: 926-928); dördüncü faslı, cinayeti hayvan (madde: 929-940) hakkındadır. Buradaki hükümlerden, «birinin ayağı kayıp düşerek aharın malını itlâf etse zamin olur» diyen 913 üncü madde; «bir kimse kendi malı zannile diğ erin malını itlâf etse zamin olur» diyen 914 üncü madde; «kezalik bir kimse diğ erinin eteği üzerine oturup da sahibi bilmeyerek kalkmakla elbisesi yırtılsa, o kimse elbisenin nısıf kıymetini zamin olur» diyen 915 inci maddenin son fıkrası; «bir sabi gerek mümeyyiz, gerek gayri mümeyyiz olsun diğ erinin malını itlâf etse sabinin kendi malından zıman lâzım gelir» diyen 916 ncı madde, münferit zarar vakıalarına ait kusursuz mesuliyet hükümleridir.

Buna mukabil, Mecellede esas itibarile, başkasının fiilinden mesuliyet kabul edilmiş değildir. Yukarıda zikrettiğimiz 89 uncu madde hükmüne göre, bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır. Failden maada diğ erlerinin mesuliyeti istisnai hallerde derpiş olunmuştur. Meselâ, müteseb-

⁴) E. Arsebük, Borçlar Hukuku, 2 ncı tabı, cilt: I, s. 156-157.

⁵) Âtîf bey, Mecelle serhi, 3 üncü tabı, 90 inci ve 91 inci maddelerin serhi/ Ayrıca bk. Ali Haydar, a.g.e., 91 inci madde serhi; E. Arsebük, a.g.e., s. 157:

⁶) M. R. Belgesay, Mecellenin küllî kaldeleri ve yeni hukuk, İst. Hukuk Fak. Mec. cilt: 12 (1946), s. 593-594.

bibin taammüt ve taaddi ile hareket etmesi gibi. Şu halde Mecellenin muhtelif maddelerinin tetkikinden çıkan netice, her fiilin failine izafe edilmesidir. Bunu, biz bilhassa, kasırların fiillerinden dolayı mallarından tazmin lâzım geldiği esasında görüyoruz. Mecellenin 916 ncı maddesine göre, «bir sabi diğerinin malını itlâf etse, sabinin malından zıman lâzım gelir, malı yoksa hali yüsrüne intizar olunur, velisine tazmin ettirilmez». Bu hükümlerin, bugünkü Türk medenî hukuk hükümlerinden ne kadar uzak bulunduğu açık olarak görülmektedir.

Gene Mecellenin 922 nci maddesindeki esas bu inhirafa ait bir misal teşkil edebilir. «Birin divarı yıkılıp da diğerine zarar iras etse, hakkı takaddümü olanların takaddüm etmeleri müstesna olmak şartile zıman lâzım gelmez».

Hayvanların ika ettikleri zararlardan mesuliyete dair Mecelle kaide-leri de bugünkü esaslardan pek farklıdır. 94 üncü maddede «hayvanların kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir» denmektedir, yani böyle bir zarardan hayvan sahibi mesul edilmez. Bu hükümden maada, Mecellenin 929-940 ıncı maddelerinde, hayvanların sebebiyet verdikleri zararlar ve bunlardan mesuliyet veya mesulieytsizlik gayet kazüist bir şekilde tanzim edilmiştir. Bir fikir vermek için bazı maddeleri zikre-elim: «bir hayvanın kendiliğinden yaptığı zararı sahibi zamin değildir - madde 929», (bu 94 üncü maddenin tekrarı mahiyetindedir). «Boşanıp da kendiliğinden yaptığı zarardan da mesul değildir - 931 inci madde». «Tahazzuru mümkün olmayan zarardan da mesul değildir - 932 nci madde». «Gem almayıp da veya diğer hayvanın yanında bağlı iken ika edeceği zararlardan mesul değildir - 937 nci madde».

Mecellede tehlike ve hakkaniyet mesuliyetine dair hiç bir hüküm yoktur. Demiryolları usulü zabıtasına dair 1283 tarihli nizamnamenin 7 nci maddesinde, şirket müdür ve memurlarının ve müstahdemlerinin, demiryolunun işletilmesi hususunda kusur ve ihmalden ve diğer sebeplerden dolayı, halka ve Devlete ika ettikleri zararlardan şirket mesul tutulmuştur. Bu, bir kusur mesuliyeti hâlidir, ve 1 Mart 1330 tarihli bir kanunla tramvay şirketlerine teşmil edilmiştir¹.

Görülüyor ki, Medenî Kanununun kabulünden evvelki devirdeki kanunî vaziyet, tazminat hukuku bakımından, 19 uncu asrın sonunda husule gelen, zamanımızın teknik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır. Bugün, Mecelledekinden tamamen farklı esaslar, iş gördürenlerin, reza-retle mükellef olanların, hayvan idare edenlerin, bina ve inşa eseri ma-liklerinin mesuliyetleri kabul edilmektedir. Mecellede ise bu mesuliyetler

¹) O. N. Uman, Hukukî mesuliyet, Adliye ceridesi, 1939, s. 1363.

mevcut değildir. Bu mevzuda Mecellenin tadilini isteyen bir muharrir, «şehirlerde içtimaî durumun pek fazla değişikliğe duçar olduğunu, ve bu sebeple tazminata dair hükümlerin değiştirilmesine pek şiddetli bir lüzum olduğunu» söylemektedir⁸. Gene aynı muharririn şu sözleri meseleyi gayet iyi aydınlatmaktadır: «müzeyyen sokaklarda müzeyyen arabasına rakiben tenşiti hatır veya âlâm ve mezahimi hayatiyeyi tahfif eden bir adam, arabasının tekerlekleri altında ezilen, ve mecruhiyeti veya mematile beraber bir ailenin istikbalini imha veya hayatını tehlikeye ilka eden bir mağdurun veya ailesinin zararı maddisini niçin tazmin etmesin? Şimdi sokaklarımızdaki eyyab ve zehab o kadar kesretlidir ki piyade için lüzumu tahaffuz, ne derece elzem ise, râkib için lüzum daha şiddetli oluyor, ve şimdi artık «o niçin kendisini korumadı» diyecek yerde, öteki niçin daha mahir veya fazla arabacı veya makinist istihdam, daha az hışari at veya daha mükemmel makine istimal ederek seyrü harekette itidal gözetmedi, demek daha muvafık bulunuyor. Ahkâmı kanuniyemize göre, milletten binlerce, milyonlarca kazanan bir tramvay veya şimendifer kumpanyası ezdiği adamlar için, yoldan çıkardığı trenlerle yetim bıraktığı aileler için bir para vermekle mükellef olmayacak, yalnız makinist hata etmişse andan tazmin - muhal! - hakkı olacak. Kezalik bir hayvanın kaçarak ika ettiği büyük bir cinayet..... de Mecellemiz zıman için hayvan sahibinden taaddi bekliyor»⁹. Mecellenin tazminat hukukuna dair hükümlerinin kifayetsizliğini gayet belîğ bir tarzda belirten muharrir, kanuni bir değişiklik yapılmasını teklif etmektedir. Fakat yaptığı teklif, ahkâmı fıkhiyeye muhalif olmamakla beraber, bugünkü hukuk ilmi bakımından müsbet bir kıymet arz etmemektedir¹⁰. Bu mevzuda, ve bütün medenî hukuk sahasında, çok esash bir yenilik ve inkilâp İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununun iktibasile tahakkuk etmiştir. Ancak bu kanunlarda dahi mevcut olan, ve İsviçrede hususî kanunların tanzimile ikmal edilen, bazı noksanların tamamlanması lâzım ve zarurîdir. Bu bilhassa, B. Bedîî Nurinin de yukarıdaki yazısında işaret etmiş olduğu, demiryolları ve diğer nakil vasıtalarının sebebiyet verdikleri zararlar hakkında, tehlike mesuliyetinin kabul edilmesinde tecelli etmektedir.

⁸) Bedîî Nuri, Mesuliyetli maliye, İlmî Hukuk ve Mukayeseli Kavanin mecmuası, cüz 4, s. 253.

⁹) Bedîî Nuri, a.g.e., s. 253-254.

¹⁰) Bk. Bedîî Nuri, a.g.e., s. 255.

§ 17. İsviçre - Türk hukuklarının hukukî mes'uliyet esaslarına umumî bir bakış, ve istihdam edenlerin mes'uliyeti.

I. Türk - İsviçre tazminat hukuku sistemleri:

Türkiyenin 4 Ekim 1926 da iktibas etmiş olduğu İsviçre Medenî ve Borçlar Kanununda, kusur prensibinin umumî bir ifadesi olan BK. m. 41 in yanında, kusursuz mesuliyet halleri de mevcuttur. Bunlar, B. K. m. 54, 55, 56, 58 ile M. K. m. 320, 656 daki esaslardır. Bunlara ilâveten diğer bazı hükümler de bu bakımdan tetkike değer bir mahiyet arz etmektedir: B. K. m. 52, 96, 332; M. K. m. 37, 48, 409-410, 819, 894-895, 917.

Bu hükümlerle, tazminat hukuku sistemi, kusur ve sebep mesuliyetlerinin bir telifi ve muhtelif bir hal tarzı mahiyeti arz etmektedir.

İsviçrede, Borçlar Kanunu ve Medenî Kanunun dışında, tehlike mesuliyetini benimseyen hususî mesuliyet kanunlarının mevcudiyetile, kusursuz mesuliyet mümtaz bir mevki kazanmakta, ve bu hukuk daha ziyade müterakki ve sosyal bir bünyeyi haiz bulunmaktadır. Bunlar Türk hukukunda mevcut değildir, ve bu, sosyal bir adaletsizlik olarak tecelli etmektedir. Bizde yalnız İcra ve İflâs Kanununda böyle bir sebep mesuliyeti derpiş olunmuştur (madde 259).

Sebeb mesuliyeti hâllerinin tetkikinde muhtelif tasnif ve tefrikler yapılabilir. Meselâ Türk hukuku bakımından mutlak sebep mesuliyeti hâllerile, bir kurtuluş beyyinesinin bahşedildiği sebep mesuliyeti hâlleri arasında, bir ayırma yapılabilir. İkinci grubu teşkil eden hâller, sebebiyet prensibinin hafifletilmiş olduğu bazı hâllerdir. Bunlarda, mesuliyetin teessüsü, borçlunun kusur veya ihmalinden müstakildir, zarar ve illiyet rabitasının mevcudiyeti kâfidir. Ancak tazminat borçlusuna her türlü dikkat ve itinada bulunduğunu ispat ederek mesuliyetten kurtulmak imkânı verilmiştir, buna kurtuluş beyyinesi veya tebriye beyyinesi denir.

Kurtuluş beyyinesinin muhtevası nedir? Buradaki mesuliyet bir kusur karinesi midir, ve bu suretle tazminatla mükellef kılınan şahıs sadece hiç bir kusuru olmadığını ispatla, mesuliyetten kendisini kurtarabilir mi? Yoksa tebriye beyyinesi illî bir mesuliyetten kurtulmak için bahşedilmiş istisnâî bir delil midir?

Birinci hâlde, mesuliyet daha ziyade, kusur esasına matuf ve mütemayil olduğu halde, ikincisi istisnâî bir kurtuluş beyyinesile hafifletilmiş bir sebep mesuliyeti halidir.

İsviçrede içtihatlar, B. K. m. 55 ve 56 da, bu sonuncu tarzı benimsemişlerdir. M. K. 320 de kurtuluş beyyinesi daha hafif olarak kabul edilmiştir. Buna mukabil, akdin ihlâlüne dair olan umumî kaidede, B. K. m.

96 da kusur bakımından ispat külfetinin tebdili, yani bir kusur karinesi bahis mevzuu olmaktadır.

Bu kategori mesuliyet hallerinde, en ziyade ehemmiyeti ve aynı zamanda güçlüğü haiz olan mesele, tebriye beyyinesinin muhtevasını tayindir. Bu, esas itibarile hukuk ilmine ve mahkeme içtihatlarına düşen bir vazifedir.

İsviçre - Türk hukukunda, muhtelif sebep mesuliyeti hallerinin tetkikinde şu sırayı takip edeceğiz: İlk olarak, Borçlar Kanununda ve Medenî Kanundaki sebep mesuliyeti vakıalarını, bunu müteakip de bizde mevcut olmayan, fakat kabul edilmesi zarurî bulunan mevzuları inceliyeceğiz.

II. İstihdam edenlerin mes'uliyeti.

1. Mesuliyetin istinat ettiği esas:

İstihdam edenlerin müstahdemlerin fiilinden mesul edilmeleri, kendi menfaati için başkasını çalıştıran kimsenin, bu işin ifasından husule gelecek zarar tehlikesini, bazı şartlar altında üzerine alması esasına dayanır. Bu Federal Mahkeme kararları tarafından da teyit edilmiştir¹.

Bunu Unger'in formülü ile de izah edebiliriz. İş gördüren kimse, bu faaliyetin menfaatlarından istifade ettiği gibi, bunun tehlikelerini de üzerine almalıdır.

İstihdam edenlerin mesuliyeti hakkında, gerek doktrinde gerek içtihatlardaki temayül, bunların kusursuz bir mesuliyete tâbi tutulmaları merkezindedir. İş gördürenin mesuliyetinin menşei, göstermekle mükellef olduğu ihtimam vecibesinin ihlâlidir². Mesuliyetin kökü, bizzat mesul şahsın durumundadır. İstihdam eden müstahdem veya işçilerini seçerken, onları çalıştırırken, başkalarına zarar iras etmemelerini temin ve buna dikkat ve ihtimam etmekle mükelleftir.

İstihdam edenlerin mesuliyetlerinin teessüsü için, ilk olarak, iş gördürenle müstahdem veya işçi arasında bir tâbiyet rabıtası (Unterordnungs-oder Sübordinationsverhältnis, rapport de subordination) nın bulunması şarttır³. Gördürülen işin daimî olması, veya işçinin ücretle çalış-

¹) BGE 41 II 496 (Jdt. 1916, p.6), BGE 46 II 185 (Jdt. 1920 p. 459), BGE 50 II 470 (Jdt. 1925, p. 54).

²) Von Tuhr, *partie générale du C. O.*, p. 378, K. Oftinger, *schweiz. Haftpflichtrecht*, I, s. 17, Homberger, *Haftpflicht ohne Verschulden, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins*, 1930. Heft: I, s. 7 a.

³) K. Oftinger, *a.g.e.*, II. Bd. s. 503, Theo Guhl, *das schweiz. Obligationenrecht*, 3. Auflage, s. 129.

tırılması şart değildir. Aranılan yegâne şart tâbiiyet rabitası, yani bir işin ifası hususunda bir şahsın diğerinin talimat ve nezareti altında olmasıdır. Federal Mahkeme bir kararında, bir şoförün, bir şahıs tarafından diğer bir şahıs emrine tahsis edilmesi halinde, birincisini ikincisinin, m. 55 mânasında müstahdemi addetmiştir (Journal des tribunaux, 1925, p. 54).

İkinci olarak, zararın müstahdem tarafından işinin ifası esnasında meydana gelmesi, ve bu hususta yani işin yapılmasıyla zarar arasında illiyet rabitasının tesisi lâzımdır.

İstihdam edenin hukukî mesuliyeti için, zarar görenin bunları ispat etmesi kâfidir, kusurun ispatına lüzum yoktur. İstihdam eden kusursuzluğunu ispat ederek mesuliyetten kurtulabilir mi?

Bu hususta, Alman hukukunda olduğu gibi, İsviçre - Türk hukuklarında da, zararın iş gördürenin akdî bir münasebetine taallük etmesiyle, bunun dışında üçüncü bir şahsa taallük etmesi arasında (B. K. madde 55 ve 100; İsviçre B. K. m. 55 ve 101) bir tefrik yapılmaktadır. Birincisinde, yani borç münasebetinin, borçlunun yardımcısı tarafından ihlâli halinde, iş gördürenin mesuliyeti mutlak mahiyettedir, ve borçlu her nevi dikkat ve itinada bulunduğunu ispat etse bile, mesuliyetten kurtulamaz. İkincisinde, mesul şahıs kurtuluş beyyinesi getirmek hak ve imkânını haizdir. Alman Medenî Kanununda da mevcut olan, iş gördürenlerin bu iki nevi mesuliyetini şu misalle canlandırabiliriz: bir kamyon yoldan çıkarak uçuruma yuvarlanıyor, içinde bir miktar kömür bulunan kamyon bu arada, bir çocuğu da ezerek sakat bırakıyor. Bu meselede, kamyon şoförünü istihdam eden kimse, hal ve vaziyetin icap ettirdiği dikkat ve itinada bulunduğunu ispat ederek, çocuğa veya ebeveynine karşı mesuliyetten kurtulabilir. Halbuki kömürlerin sahibine karşı mutlak surette mesuldür*.

Bu iki durum arasındaki hüküm farkı, istihdam edenlerin, akdî münasebetlerde daha dikkatli ve itinalı davranmak mecburiyetinde olmaları ve borç münasebetinin neticesini, yani bunun hiç bir zarar ika edilmeksizin ifa edileceğini temin etmek mükellefiyetinde olmaları ile izah edilebilir. Fakat bu izah tarzı sun'îdir. Zira iş gördüren yardımcısına bırakmış olduğu akdî ifası vecibesine dikkat etmek mecburiyetinde olduğu kadar, bu sebeple üçüncü şahısları zarara sokmamak vecibesine de mükelleftir. Bu iki vecibeyi yekdiğerinden ayırarak, farklı hükümlere tâbi kılmak tenkide şayandır. Nitekim, BGB. ve İsviçre - Türk hukuklarının dışında buna pek tesadüf edilmemektedir. Ezcümle Fransız Medenî Ka-

* E. Becqué, de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle contribuiton à l'étude du droit comparé des obligations, rev. trimes. de dr. civ., t. 13 (1914), p. 289.

nunu (art. 1384), bu mevzuda istihdam edenlerin mutlak mesuliyetini kabul etmiştir. Bizde de aynı hal tarzını isteyen ve teklif eden müellifler vardır⁶. İsviçrede, mahkeme içtihatları m. 55 deki mesuliyeti, âdeta sebep mesuliyetine yaklaştırmışlardır. Bizde de aşağıda zikredeceğimiz kararlarda görüleceği üzere, aynı temayül müşahede edilmektedir. Bununla beraber, bu mesuliyetin de mutlak mahiyette tanzim edilmesi temenni olunurdu. Bu suretle mesuliyet veya mesuliyetsizlik hususunda daha sarıh bir vaziyet mevcut olurdu.

2. İstihdam edenlerin gayri akdî mesuliyetleri:

Borçlar Kanununun 55 inci maddesinde tanzim edilmiş olan, istihdam edenlerin mesuliyeti, bunların göstermekle mükellef oldukları dikkat ve ihtimam vecibesine riayet etmemiş olmalarına istinat eder. Bu ihtimam vecibesi, umumiyetle doktrinde üç şekilde mülâhaza edilmektedir, buna biz, bir dördüncüsünü ilâve edeceğiz:

a) Müstahdem veya işçiyi seçmede dikkat (cura in eligendo): İş sahibi müstahdemini seçerken, onun meziyet ve fizik kabiliyetleri, karakteri hakkında malûmat edinmelidir. Keza müstahdem veya memuruna yeni vazifeler verirken de aynı dikkati göstermelidir. Yargıtayın bir kararına göre, 18 yaşından aşağı şoför istihdam etmek, otomobil sahibi için tazminatı mucip bir kusurdur⁷. Bu seçimde kusurdur. Diğer bir temyiz kararında vatmanın acemilik tesiri altında bir genç kızın ölümünü tevlit eden bir kazaya sebep olması hâdisesinde, tramvay şirketinin kurtuluş beyyinesi kabul edilmemiştir⁸. Keza, orduya ait bir otomobil şoförünün ika ettiği haksız fiilden dolayı açılan tazminat davasında, Milli Müdafaa Vekâletinin hasım olacağı, ve şoförün seçilmesinde kâfi derecede dikkat ve itina edilmediğinin kazanın sureti vukuundan anlaşıldığına göre, mezkûr Vekâlet'in mesuliyetine karar verilmiştir⁹.

b) Talimatta ihtimam (cura in instruendo): Müstahdem veya işçiye her iş için her gün talimat vermesi, iş gördüren beklenemez. Bu hu-

⁶) S. Gönensay, başkasının fiilinden mesuliyet, Prof. Ebülülâ armağanı, s.141-142.

⁷) 4 üncü Hukuk Dalresi, 26.4.937 tarihli ve 515/936 sayılı karar, Sungur Borçlar Kanunu ve tatbikatı, c. I, s. 236, No. 210, Belgesay, Borçlar Kanunu şerhi, s. 143; mahkeme içtihatları s. 147.

⁸) Hukuk umumî heyetinin 8.4.942 tarihli ve 4/15 sayılı kararı, Sungur, a.g.e., s. 147, Birsen, Borçlar Hukuku dersleri, s. 247-248.

⁹) 4 üncü Hukuk Dalresininin 14.I.940 tarihli, ve 31/76 sayılı kararı, Gücün, nazari ve ameli hukuk davaları - menkul mallar ve borçlar II -, s. 308.

susta işe başlarken umumî talimat vermesi kâfidir. Ancak hususî bir tehlike arzeden işlerde, işçinin dikkatinin çekilmesi lâzımdır.

c) Nezarette ihtimam (cura in custodiendo): İstihdam eden daimi bir nezaretle mükelleftir. Kendisi tarafından verilmiş talimata müstahdemin riayet etmemesinden iş sahibi mesuldür. Buna mukabil, işin esasına bihakkın vâkıf ihtisas sahibi bir işçinin çalıştırılması halinde, istihdam eden hususî bir nezaretle mükellef değildir⁹.

d) Seçim, talimat ve nezaretten maada, istihdam eden işin organizasyonunu, esaslı ve doğru bir şekilde kurmalıdır. Bu da zararı önleyecek olan en mühim âmillerdendir. İstihdam eden, işin kuvvetine nazaran kifayetsiz personel kullanırsa, veya işin yapılmasını tehlikeli bir vakte koyarsa, organizasyon bakımından kusurlu hareket etmiş olur. Keza gene bu bakımdan çalışma âletlerinin ve kullanılan malzemenin işe yarar olması lâzımdır¹⁰. Ankara Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesinin 25/3/943 tarihli, ve 44/95 sayılı kararında, Belediyeye ait bir kamyonu bunun kısa bir mesafede durmasını temin eden idrolik frenlerin konmamış olması sebebiyle, vukubulan kazadan Belediye mesul edilmiştir¹¹.

İstihdam edenlerin göstermekle mükellef oldukları bütün bu dikkat ve itina tedbirleri tahlil edilecek olursa, bunara riayet edilmemesinin, objektif olarak tavsif edilebilecek olan ihmal veya kusur olduğu görülür. Çünkü, burada bahis mevzuu olan, yapılması icap eden dikkat ve ihtimamın yapılmamış olmasıdır. Bu ihtimam vecibesini, ve buna riayet edilmemesi vakıyası objektif olarak takdir olunur. Sübjektif bakımdan mazur görülebilecek bir sebep, hattâ temyiz kudretinin bulunmaması, iş gördüreni mesuliyetten kurtaramaz. Burada, temyiz kudreti hudutlarında dahi durdurulamayan objektif kusur, mefhumu ortaya çıkmaktadır¹².

İhtimam vecibesine riayet edilmemesi vakıyasını, objektif bir ihmal olarak tavsif etmemize rağmen, m. 55 de tanzim edilen iş gördürenlerin mesuliyeti bir kusur karinesine müstenit değildir. İsviçre - Türk hukuklarında kabul edilen hal tarzına göre, burada, ne istihdam edenin, ne de

⁹) Flek, commentaire du Code fédéral des obl., art. 54, No. 41. Ayrıca bk. Jdt. 1947, p. 202.

¹⁰) Becker, Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Auflage, Art. 55, No. 12-13; K. Otfinger, a.g.e., II, s. 523-524; Oser-Schönenberger, Kommentar z. O.R., Art. 54, No. 29; Daepfen-Reymond, le code fédéral des obl., p. 138.

¹¹) Bu karar, İzmir Baro dergisi, sayı 41 (1946), s. 56, da intişar etmiştir.

¹²) Von Tuhr, p. 353; Homberger, s. 8 a; Chamorel, p. 58; Arsebük, s. 604; Birsen, s. 246; Gönensay, Ebûlülâ armağanı, s. 139; Petitpierre, p. 73.

müstahdemın kusuru aranmaktadır. Mesuliyet her ikisinin kusurundan müstakil olarak teessüs etmektedir. Bunun için, istihdam edenin mesuliyetini, bir sebep mesuliyeti olarak mütalâa etmek lâzımdır¹⁵.

Mesuliyetin teessüsü için ilk olarak, müstahdemın kusurunun bulunmasına lüzum yoktur. Federal Mahkeme böyle bir şart aramamıştır¹⁶. Bunun neticesi olarak, müstahdem gayrı mümeyyiz olsa dahi, istihdam eden mesuldür¹⁷.

İkinci olarak, istihdam edenin kusurunun mevcudiyeti de şart değildir. Fakat, kusur burada, tamamiyle kadro harici edilmiş de değildir. İstihdam edenin mesuliyeti, her ne kadar müstahdemın işini ifa ederken ika ettiği zarar ile meydana gelirse de, iş gördüren böyle bir zararın vukubulmaması için, hal ve maslahatın icap ettirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu, veya bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile, zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat ederse mesuliyetten kurtulur.

55 inci maddenin bahsettiği bu kurtuluş beyyinesi (Entlastungsbeweis) iki imkânı muhtevîdir. Birincisi, hal ve vaziyetin icap ettirdiği tedbirleri almış olmak, diğeri, bu tedbirler alınmış olsa dahi, buna rağmen zararın vuku bulacağını ispat etmektir.

Bu tebriye beyyinesinin mahiyet ve muhtevası ne olacaktır? Bu mesele, tatbikatta haiz olduğu büyük ehemmiyet dolayısıyla ince bir şekilde tahlil edilmek, ve vâzih bir hale konulmak lâzımdır.

3. Tebriye beyyinesinin muhtevası:

a) İsviçre hukukunda:

Bugün İsviçre hukukunda, doktrin ve Federal Mahkeme içtihatları iş gördürenlerin mesuliyetini, istisnai mahiyette olan tebriye beyyinesile hafifletilmiş, sebep mesuliyeti olarak tavsif etmektedirler¹⁸.

İsviçre içtihatlarında hâkim olan kanaata göre, kanunun istihdam edene verdiği kurtuluş beyyinesi imkânı, kusursuzluğun ispatı değildir. Prof. Oftinger'in dediği gibi, bu mevzuda «Un-Schuld - kusursuzluk» ile «Un-Sorgfalt - ihtimamsızlık» arasında bir tefrik yapmak lâzımdır¹⁹. Bu-

¹⁵) F. H. Saymen, başkasının fiilinden mesuliyet. İst. Baro mec. 1942, s. 82.

¹⁶) BGE 40 II 497 (Jdt. 1925, p. 277), ve Weiss, No. 4397 ve m. dekl kararlar (s. 1532). Ayrıca, Zürich Mahkemesinin (Ob. G. II. K.) 11.9.1942 tarihli, ve schweiz: Jurist. Z. 39. Jahrg. (1943) s. 365 te müntegir, karara da bk.

¹⁷) Von Tuhr, a.g.e., p. 352.

¹⁸) Oser-Schönenberger şerhi, Art. 55, No. 24; Becker'in şerhi, Art. 55, No. 1; Oftinger, II, s. 527 ff.; Daepfen/Reymond, p. 138; Weiss, No. 4398 ve m.; ve bunlarda zikredilen Federal Mahkeme kararları.

¹⁹) Oftinger, II, s. 475.

rada aranan istihdam edenin, kusur irtikâp etmemiş olduğu değildir. Fakat kendisine terettüp eden vecibeleri, dikkat ve itinayı yerine getirdiğine dair müspet bir delil aranmaktadır. Bunların ikisi arasında fark vardır. İstihdam eden lâzım gelen dikkat ve itinayı gösterdiğini ispat edecektir. Bu hususta, dikkat ve ihtimamın yerine getirilmemiş olmasını sübjektif bakımdan mazur kılacak sebepler, meselâ hastalık veya işlerinin çokluğu, nazarı itibara alınmaz¹⁸. Bir Federal Mahkeme kararında, kusur ika edilmemesi vakıasile, dikkat ve ihtimama riayet vakıasının yekdiğerine karıştırılmaması gerektiği tasrih edilmiştir¹⁹. Bunu takiben diğer kararlar da bu içtihadı teyit etmişlerdir²⁰. Bunlardan birisinde şöyle denmektedir: «İstihdam edilenlerin bir kusur veya ihmal ika ettiklerini aramağa mahal yoktur. Kanunun onların uhdesine verdiği kurtuluş beyyinesi (Entlastungsbeweis veya Befreiungsbeweis), onlar tarafından getirilecek olan bir kusursuzluk beyyinesi (Exkulpationsbeweis) olmayıp, böyle bir halde zarurî olan bütün tedbirlerin alınmış olmasıdır»²¹.

Şu halde tebriye beyyinesi, kusur yokluğunu ispata matuf olmayacaktır. Bu hal ve vaziyetin objektif olarak icap ettirdiği tedbirlerin alınması müspet vakıasında tecelli etmektedir. Bunun esaslı bir neticesi, temyiz kudretinin bulunmamasının burada ehemmiyeti haiz olmamasıdır. İstihdam eden gayrı mümeyyiz olsa dahi, buna rağmen mesuliyeti baki- dir. İşlerinin çokluğu veya hastalığı dolayısıyla işlerinin başında bulunamamak ve bizzat nezaret edememek mecburiyetinde kalması halinde de istihdam eden mesuldür. Böyle bir sebeple dikkat ve itina gösterilmesi bir müdüre bırakılmış olabilir, müdürün bu husustaki ihmalinden istihdam eden mesul olur.

Kurtuluş beyyinesinin bahşedildiği ikinci halde ise, bu ihtimam tedbirleri alınmamıştır, fakat alınmış olsaydı dahi zarar gene vukubulacak idiyse, istihdam eden mesuliyetten kurtulabilir. Burada mücbir sebep ve mutazarrır veya üçüncü şahsın kusuru sebeble, uygun illiyet rabıtasının kesilmesi bahis mevzuudur. Mücbir sebeple, mutazarrır ve üçüncü şahsın

¹⁸) Oettinger, II, s. 527, 529, Von Tuhr, p. 354, Oser-Schönenberger, Art. 00, No. 24, Burckhard, Zeitschrift f. schweiz. R.N.F.S. 469, Chamorel, p. 31.

¹⁹) BGE 34 II 270 (1908).

²⁰) BGE 39 II 536, 40 II 260, 45 II 85, 49 II 89.

²¹) BGE 39 II 536. Son bir kararda da: «55 inci maddedeki mesuliyetin kusur- dan değil, sadece illiyetten mütevellit bir mesuliyet olduğu; kurtuluş beyyinesinin muhtevasının muayyen olduğunu, bunun objektif kriterlere göre tayin edilmesi icap ettiğini, ve bu beyyinenin bir kusursuzluk beyyinesi olmadığı» teyit edilmiştir (Jdt. 1947, p. 207).

kusuru, umumî birer mesuliyetten kurtulma sebebi olduğundan, B. K. m. 55 de bunun başka bir şekilde zikredilmiş olması, farazî ve mânasız olarak tavsif olunmaktadır²⁰. Bu hükmün, ancak şu hallerde pratik bir ehemmiyeti olabilir: Temyiz kudreti bulunmaması dolayısıyla kusurlu addedilemeyecek olan mutazarrır veya üçüncü şahsın bir fiilinden zararın husule gelmesi halinde, mesuliyetin bu şahıslara tahmili ancak B. K. m. 54 deki şartlar dahilinde bahis mevzuu olabilir. Bunun dışında bu şahısların yani gayrı mümeyyiz mutazarrır veya üçüncü şahısların, kusurlarının nazarı itibara alınmaması icap eder. Halbuki B. K. m. 55 de derpiz olunan hususî mahiyette ikinci kurtuluş imkânı, bu gibi hallerde, icap eden bütün tedbirleri almış olsaydı dahi zararı önleyemeyeceği mucip sebebe, mesul şahsı tazminat mükellefiyetinden kurtarmaktadır. Keza aynı mülâhaza, mücbir sebep kuvvetini haiz olmıyan, tesadüfi haller hakkında da varittir²¹.

Bu şartlar altında, istihdam edenin fiiliyatta kurtuluş beyyinesini muvaffakiyetle serdedebilmesi müşküldür. İsviçre mahkeme içtihatları bu mevzuda haklı olarak müşkülpesent davranmaktadırlar. Bu suretle kurtuluş beyyinesinin muvaffak olması, âdeta tesadüfe kalmaktadır²². Bu mevzuda İsviçre Hukukçular Cemiyetine vermiş olduğu bir raporda Prof. Petitpierre «fiiliyatta tebriye beyyinesini serdetmekteki müşkülât dolayısıyla, bunun hayal olduğunu, fakat bununla hâkime hakkaniyet dahilinde hareket imkânının verildiğini ve bunun da pratik bakımdan faydalı olduğunu» söylemekle beraber «bu mesuliyet tarzını tatmin edici bulmadığını, zira istihdam edenin kendisi tarafından yapılmış olması halinde mesul olmayacağı bir fiilden, bunun müstahdem tarafından yapılmış olması sebebe mesul olduğunu, diğer taraftan tebriye beyyinesinin ikamesindeki müşkülâtın mesuliyeti ve bundan kurtulmayı tesadüfe bıraktığını, netice itibarile istihdam edeni başkasını çalıştırmakla elde ettiği menfaat ve yarattığı tehlike dolayısıyla ve bir haksız fiil sebebe mesul etmek ve bu mesuliyete gayrı kabili cerh bir mahiyet vermenin daha doğru olacağını ilâve etmektedir»²³.

²⁰) K. Otfinger, II, s. 522.

²¹) K. Otfinger, II, s. 542-543.

²²) Bk. BGE 56 II 283. İsviçre içtihatlarına ait kazüistik, K. Otfinger tarafından mükemmel şekilde toplanmıştır (II, s. 535-540). Ayrıca bk. Jdt. 1947, p. 202.

²³) M. Petitpierre, la responsabilité causale, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1930 Heft: I, p. 72 a et 74 a. Daha önceleri De Féllice de aynı kanatta bulunmuştu, a.g.e., p. 237 et 244.

b) Türk Yargıtay içtihatlarına göre istihdam edenlerin mesuliyeti:

Yargıtay kararlarında da İsviçre Federal Mahkeme kararlarına muvazi bir temayül görmek kabildir. Borçlar Kanunumuzun 55 inci maddesine ait neşredilmiş Yargıtay kararları oldukça zengindir, ve burada, istihdam edenlerin kusurdan müstakil mesuliyetlerinde, tebriye beyyinesi imkânı pek kolay verilmemektedir. Ancak bu hususta, kurtuluş beyyinesinin muhtevası hakkında, Yargıtay kararlarında bir sarahat da mevcut değildir. Bu bakımdan, vuzuhsuzluk ve müphemiyet husule geldiğinden şikâyet edilmektedir. Milli Müdafaa Vekâleti Hukuk Müşaviri B. Vahap Burcak, bu mevzua dair yazmış olduğu kısa bir yazıda «her vatandaşın, ister cezaî, ister medenî olsun, hangi şartlar altında mesul edileceğini mevcut hükümlere bakarak önceden takdir edebilmesi lâzım geldiğini, halbuki tatbikatta ne yaparak, nasıl bir hareket tarzını tutturarak mesuliyetten kurtulabileceklerini önceden kestirmeğe imkân bulunmadığını» yazmakta ve bu hususta birbirine zıt neticelere varan Yargıtay kararları zikretmektedir²⁶. Hakikaten, tetkik etmek fırsatını bulduğumuz Yargıtayın bir çok kararlarında, istihdam edenin getireceği tebriye beyyinesinin muhtevası vâzih bir şekilde vazedilmemiştir. Bu mevzuda, oldukça müspet bazı kriterler koymuş olan İsviçre içtihatlarında ve hukukunda dahi, bunun muayyen bir ölçüde tesadüfe bağlı olarak muvaffak olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple B. Burcak'ın bu tenkidi tamamile tasvip edilemez, fakat tebriye beyyinesinin muhtevasının tayin edilmesi, ve bunun imkân nispetinde vuzuh ve sahata ulaştırılması lâzımdır. Her halde, Yargıtayın, istihdam edenlerin mesuliyetine, ve kurtuluş beyyinesinin istisnaî hallerde verilmesine müteallik temayül ve içtihadı gayet doğru ve yerindedir. Bu kararlardan bazılarını tetkik etmemiz faydalı olacaktır.

Dördüncü Hukuk Dairesinin 5/6/941 tarihli, ve 1256/1446 sayılı kararında²⁷, bir inşaatta vuku bulan bir çöküntü kazası dolayısıyla, iş sahibinin kendisine terettüp eden borçların yapılmamasından mesul olduğu, inşaatta mimar istihdam etmiş olmasının, iş sahibini mesuliyetten kurtarmıyacağı beyan edilmiştir.

Yargıtay 4 üncü H. D. sinin diğer bir kararında (27/2/942 tarihli ve 997/624 sayılı), iki müstahdemin idaresinde bulunan ekmek tirigosunun tedbirsizlikle davacının oğlunun ayağını kırması, ve hastanede ayağın kesilmesi hâdisesinde, tirigonun frenlerinin tutmaması, kol dişlerinin bozuk olması, tamir için atelyeye gönderilmesi icap ederken bunun yapılma-

²⁶) Vahap Burcak, 55 inci madde üzerinde bir inceleme ve Yüksek Temyiz Mahkemesinin içtihatları, Hukuk dergisi, Ankara, sayı 6 (1944), s. 5.

²⁷) H. Sungur, a.g.e., s. 207, No. 12.

ması, kazanın vuku bulduğu mahallin hâdise tarihine kadar herkesin gelip geçmesine açık bırakılmış olması, ve saire dolayısıyla, B. K. m. 55 ve 47 ye tevfikân, 800 lira mânevî tazminata hükmedilmiştir²⁸. Hâdisede yalnız mânevî zararın tazmini talep edilmiş olduğundan karar da sadece buna müteallik bulunmaktadır²⁹.

Gene Yargıtay 4 üncü H. D. sinin 23/2/1942 tarihli, ve 161/566 sayılı bir kararında, müstahdemin gece ve gündüz çalıştırılması neticesi otomobili sevkederken, direksiyonda uyuyakalması ve bunun neticesinde davacının yaralanması ve anasının ölümü dolayısıyla, uğradığı maddî zarar karşılığı istediği tazminat kabul edilmiştir (mânevî zarara esasen ceza mahkemesi tarafından hükmedilmiş bulunuyordu, anasını kaybetmesi dolayısıyla ise bir tazminat talep edilmemiştir)³⁰.

B. Vahap Burcak'ın biraz evvel zikrettiğimiz tenkidini mucip olan, 4 üncü H. D. sinin diğer bir kararı da şudur: askerî bir tayyare vazife dönüşü, lüzum olmadığı halde Ankara Cebeci mıntakasında gayet alçaktan uçuşu sebebiyle bir eve çarparak bunun yıkılmasına sebebiyet vermiştir. Bundan mütevellit zararların tazmini, istihdam eden sıfatile Milli Müdafaa Vekâletinden istenmiştir. Esas mahkemenin bu tazminat talebini reddetmesine mukabil Yargıtay 4 üncü H. D. si, bu talebi haklı ve yerinde bulmuştur. Kararda, «tayyarenin doğrudan doğruya meydanına gitmeyip Cebeci yoluna gitmesi vazifesi haricinde bir iş sayılamıyacağı tabii bulunmuş olmasına ve tayyarecinin Cebeci gibi kalabalık bir mahalde çok alçaktan bir uçuş yaparak davacının evine çarpması, çok mühim ve nazik olan vazifesinde ihtimam ve ciddiyeti iltizam edemeyeceğini tebarüz ettirmekte olduğundan, böyle bir kimseyi istihdam eden Devletin, pilotun diplomalı olmasına mesuliyetten kurtulamıyacağı» söylenmektedir³¹. Yargıtayın

²⁸) Bk. H. Sungur, a.g.e., I, s. 152, No. 14.

²⁹) Kararda, mutazarrır olan küçük çocuğun da kusuru olduğundan tazminatın tenkis edildiği tasrih edilmektedir. Burada, küçük bir çocuk bahis mevzu olduğundan, bunun temyiz kudretini haiz olması ve binaenaleyh kusurlu bulunması ihtimal dahilinde değildir. Böyle bir halde tenkis, BKM. 44 II, ve BK. M. 54 ün kıyas yolu ile tatbikine müsteniden yapılabilir. Her iki halde de nazarı itibara alınacak olan hakkaniyet mülâhazası, yani tarafların mamelek durumlarının hesaba katılması düşüncesidir. Kararda ise bundan bahsedilmemektedir.

³⁰) Bk. H. Sungur, a.g.e., I, s. 151, No. 13. Buna benzer bir hâdise dolayısıyla verilmiş bir Federal Mahkeme kararı da vardır (BGE 56 II 298. Türkçe tercümesi İst. Hukuk Fak. mec. sayı 5, s. 114.

³¹) Bu kararın tafsilâtı hakkında bk., H. Sungur, s. 208-210, No. 15. Bu, 4 üncü H. D. sinin, 8.12.1941 tarihli ve 83/310 sayılı kararıdır.

bu mülâhazalarına tamamilen iştirak ediyoruz. Gerçekten, iş gördüren sıfat ile ve âmirleri olmak dolayısıyla, Millî Müdafaa Vekâleti icap eden bütün tedbirleri almamıştır. Bu hususta belki seçimde değilse bile, talimat ve nezarete lâzım gelen şeyler yapılmamıştır. B. Vahap Burcak yukarıda zikrettiğimiz yazısında, kurtuluş beyyinesinin muhtevasının, muayyen ve evvelden bilinir bir mahiyette olmadığından şikâyet etmektedir. Kanaatımızca, bu hususta İsviçre içtihatlarında olduğu gibi, bunu gayet sert olarak almak, ve iş gördüreni, ancak hal ve vaziyetin icap ettirdiği bütün tedbirleri alması ve bunu ispat etmesi halinde mesuliyetten beraet ettirmek lâzımdır. İstihdam edeni, sadece hiç bir kusuru bulunmadığı sebebiyle tazminat mükellefiyetinden kurtarmamak icap eder, bu zarurîdir. Yargıtay memnuniyetle müşahede ettiğimize göre, bu yola girmiştir. Tebriye beyyinesinin muhtevası, yavaş yavaş, doktrin de yardımıyla tavazuh edecektir.

Nitekim umumiyetle, müstahdem ve memurun kusuru bulunduğu hallerde, kurtuluş beyyinesi reddedilmekte, ve istihdam eden bütün dikkat ve itinayı yapmamış addedilmektedir. Şimdiye kadar zikrettiklerimizden maada, Yargıtay şu kararlarında da, tebriye beyyinesini bertaraf etmektedir.

Ezcümle tren memurlarının kusuru yüzünden, trenin bir kamyonu çarpmasından demiryolları idaresinin mesuliyetine hükmedilmiştir (4 üncü H. D. 7/5/942, 1614/1331)²². Müstahdem kamyon şoförünün kusuru dolayısıyla, kazaya uğrayan ve ölen bir çocuk hakkında, defin ve sair masraflar için ehli-vukuf tarafından tespit edilen 231 lira ile, B. K. m. 47 ye tevfikân hükmolunan 500 lira mânevî tazminat, karar altına alınmıştır²³.

Diğer bir kararda, müstahdem vatmanın kusuru dolayısıyla, tramvay şirketi tazminata mahkûm edilmekte, fakat ölen kızın müterafik kusuru sebebiyle tazminat bir miktar tenkis edilmektedir (H. U. H. 8/4/1942, 4-15-21)²⁴. Burada mucip sebep olarak şirketin, kazanın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğu

²²) Bk. K. Birsen, a.g.e., s. 248.

²³) Bu kararda, maddî tazminat miktarının azlığı dikkate sayandır. Burada, yalnız defin masrafları nazarı itibara alınmıştır. Halbuki, en büyük ve en mühim zararı teşkil eden «yardımcıdan mahrumiyetten doğan zarar» (perte de soutien - Versorgerschaden) in nazarı itibara alınmaması B.K. M. 45 II hükmüne ve hukukî adalete aykırıdır. (Bu karar hakkında bk. Sungur, a.g.e., s. 146, No. 35).

²⁴) Bk. Yargıtay kararları, Hukuk kısmı 1941-42 (Ankara 1945), s. 245, ve Sungur a.g.e., s. 147, No. 38.

yolundaki iddiasını ispat edemediği ve esasen vatmanın dikkatsizlik ve acemiliği yüzünden kazanın vukua geldiğinin anlaşıldığı, ileri sürülmektedir. Gene diğer bir tramvay kazasında, vatmanın kusurlu olduğunun anlaşılmasına mebni, tazminat talebi kabul edilmiştir²⁶.

Bunlardan maada, posta idaresi, kullandığı memurların fiilile, kaybolan eşyadan dolayı (4 üncü H. D. 11/6/1935, 884/1283)²⁷; ve Gümrük idaresi de gümrük anbar memurlarının kusurlarile kaybolan eşyadan dolayı mesul edilmiştir (4 üncü H. D. 19/12/1938, 3142/2620)²⁸.

Bunun gibi müteahhit şirket nam ve hesabına, inşaat ve ameliyat yapmağı taahhüt eden taşaronların, ika ettikleri zararlardan şirket malen mesul tutulmuştur (23/11/1942, ve 2142/2860). Hâdisede, istimlâk muamelesi tekemmül etmeden yol yapılmak üzere istimlâkine teşebbüs edilen gayrimenkullerde, sahiplerinin mülkiyet haklarının devam ettiği, ve alâkadar dairece bedeli verilmeden, gayrimenkullere vaz'iyed edilemeyeceği, aksi takdirde husule gelen zarardan mesul olacağı, beyan edilmiştir²⁹.

Bütün bu temyiz kararlarında, müstahdem ve işçilerin kusurunun tasrih edilmiş olmasile, istihdam edenlerin mesuliyeti için, bu kusurun şart olduğu neticesine varmamak lâzımdır. Kanunumuzun metni böyle bir anlayışa müsait değildir, ve 55 inci maddeye göre, müstahdemin kusurunun bulunması zarurî değildir. Yargıtay kararlarında, bunun zikredilmesinin sebebi, istihdam edenlerin dikkat ve ihtimam vecibelerini yerine getirdikleri delilinin, zarar faili olan müstahdem veya memurun kusuru halinde, umumiyetle muvaffak olamadıkları ve olamayacakları içtihadını tesis etmektir. Fakat bu içtihadın aksi varit değildir, yani müstahdemin kusuru bulunmadan, istihdam edenin mesul edilemeyeceği fikri, katıyen tecviz edilemez. Zira yukarıda da söylediğimiz gibi, istihdam edenlerin mesuliyeti, gerek kendi kusurlarından, gerek istihdam edilenlerin kusurundan müstakildir. Esasen Yargıtayın müstahdemin kusuru olması halinde, istihdam edenin mesul olacağı hakkındaki içtihadı da kat'i değildir. Buna aykırı kararlar vardır. Meselâ şu kararında, Yargıtay böyle bir neticeye varmıştır. Bir şoförün dikkatsizliği yüzünden sebep olduğu bir otomobil kazası sonunda, iki bacağından yaralanan ve bir bacağı 6 santim kısalan, mutazarrırın maddî veya mânevî tazminat talebini, esas mahkemesi, verilen tıbbî raporda «her iki bacağında eser kal-

²⁶) Sungur, a.g.e., s. 153, No. 15.

²⁷) Sungur, a.g.e., s. 206, No. 9.

²⁸) Sungur, a.g.e., s. 206, No. 11.

²⁹) İzmir Baro dergisi, sayı 27-28 (1943), s. 544.

dığı, ve sol bacağındaki kısalık dolayısıyla devamlı zaafa duçar olduğu, ve şu kadar ki bunun kazancına tesir edecek mahiyette bulunmadığı»nın yazılmasına dayanarak, maddî zararın tazmini talebini kabul etmemiştir. Kabul etmiş olduğu 600 liralık mânevî tazminat talebi ise Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur (4 üncü H. D. 7/11/1941, 2626/2583)⁹⁹. Bu son kararda, istihdam edenin hal ve maslahatın icap ettirdiği bütün dikkat ve itinada bulunmuş olduğundan tazminatla mükellef kılınmayacağı, mânevî tazminata gelince, bunun da şoförün ehliyetli ve tecrübelli olduğu, ve kazaya sebep olan frende bir bozukluk olmadığı tebeyyün eylemiş olduğundan, bunun da reddi lâzım geldiği yolunda mütalâada bulunulmuştur. Kanaatımızca, bu karar hiç olmazsa mucip sebepleri bakımından eksik ve belki de yanlışdır. Zira hâdiseye şoförün büyük bir dikkatsizliği ve ihmali sebep olduğuna, ve bu ihmal ve nizamlara riayetsizlik dolayısıyla, şoför ceza mahkemesi tarafından mahkûm edildiği halde, müstahdem bu kusuru muvacehesinde, istihdam edenin hal ve vaziyetin icap ettirdiği dikkat ve itinayı göstermiş olduğu vakiasının nereden çıkarıldığı'nın izah ve tavzih edilmesi, ve bu hususta istihdam edenin almış olduğu tedbirlerin neler olduğunun tasrih edilmesi lâzım gelirdi. Kararın mânevî tazminatın reddine dair olan kısmı da oldukça münakaşa götürür bir mahiyeti haiz ise de, biz bunun üzerinde durmayacağız. Zira maddî tazminatın burada reddedilmesi, bize hem hukuka hem de adalete aykırı gibi görünüyor. Filhakika kararda, mutazarrırın çalışma kabiliyetini kaybetmediği mülâhazasına istinat edilmiştir. Kanaatımızca, bu mutazarrırın mesleği bakımından (onun da ne olduğunu bilmiyoruz) belki doğru olabilir. Fakat bu şahsın hayatının sonuna kadar aynı işte kalabileceğini kim temin edebilir? Ayrıca, her iki bacağına yara izleri kalan, ve bir bacağı da kaza neticesinde 6 santim kısa kalan bir kimseyi, çalışma kabiliyetini kaybetmedi diye tazminatsız bırakmak büyük bir haksızlıktır. Zira burada, her ne kadar çalışma kabiliyetini tamamile kaybetme yoksa da, maddî bir zarar ve belki de çalışma ve mukavemet kabiliyetinin zaafa uğraması vardır. Bu sebeplerle, bu karara hiç bir suretle iştirak etmiyoruz.

4. Netice:

Netice olarak, 55 inci maddedeki mesuliyetin, bir sebep mesuliyeti olduğu, fakat bunun mutlak mahiyeti haiz olmayıp istisnai olarak mesuliyetten kurtulmak imkânı bulunduğunu tespit edebiliriz. Prof. Burckhard bunu sebep prensibile sübjektif kusur prensibi arasında bir telif (compro-

⁹⁹) Sungur, a.g.e., s. 208, No. 14.

mis) addetmektedir⁴⁰. Tebriye beyyinesi bakımından, bunun vuzuh ve sa-
rahattan mahrum olduğu ve muvaffak olmasının tesadüfe bağlı olduğu
hakkında yapılan itiraz kısmen doğrudur. Bunun müstakar mahkeme iç-
tihatları sayesinde hafifletilebileceği, hattâ bertaraf edilebileceği kanaa-
tındayız. Yargıtay da bazı münferit kararlar istisna edilirse, bu yola gir-
miş addedilebilir.

Kanunumuzun sistemine diğer bir itiraz Prof. Gönensay tarafından
yapılmaktadır⁴¹. Sayın profesöre göre, «kanunumuzda kabul edilen, ve
istihdam edene kurtuluş imkânı veren mesuliyet sistemi tatmin edici de-
ğildir. Fransız ve Polonya kanunlarında olduğu gibi istihdam edenlerin
mutlak mesuliyetlerinin kabulü terciha şayandır. Kanunumuzda mevcut
sistemle, iş gördürenlerin icap eden dikkat ve itinayı göstermemiş olsa
bile, gösterdiklerini iddiaya kalkışarak, mahkemeleri boş yere işgal et-
tikleri ve işfale yeltendikleri görülmektedir. Kabul edilecek mutlak me-
suliyet sistemile, istihdam edenler daha büyük bir dikkat ve ihtimam gös-
tereceklerdir». Bu mülâhazalara hak vermemek kabil değildir. Buna mu-
kabil B. A. Gücün, kanunumuzun sistemini elverişli ve âdilâne bulmak-
tadır⁴². Bu ikinci fikir, ancak müterakki ve sosyal mahiyet ve bünyeyi
haiz mahkeme içtihatlarının tesisile mümkün olabilir. Böyle çok ileri
ruhlu bir karara, Ankara Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesinin 25/3/943
tarihli ve 44/95 sayılı kararında tesadüf etmekteyiz. Bu karar Yargıtay
4 üncü H. D. si tarafından bozulduğu halde (16/6/1944, 328/622), esas
mahkemenin, pek haklı olarak ısrar etmesi üzerine, H. U. H. tarafından
tasdik edilmiştir (15/11/1944, 681/74)⁴³. Ancak bu neviden kararlarladır
ki, tebriye beyyinesinin muhtevasını tayin hususunda, kanunumuzun hâ-
kime vermiş olduğu takdir salâhiyeti, faydalı ve müsmir olabilir. Bu
seviyeye erişildiği takdirde, bu sistem, mutlak bir mesuliyet sisteminin
mahzurlarını bertaraf edebilir, ve hukukta en büyük gayelerden biri
olan hakkaniyet tahakkuk ettirilmiş olur.

III. Müstahdemlerin uğradıkları kazalardan ve zararlardan istihdam edenlerin mes'uliyeti :

Bir müstahdemin diğer bir müstahdem tarafından, iş dolayısıyla, za-

⁴⁰) C. Ch. Burckhard, a.g.e., s. 520.

⁴¹) S. Gönensay, başkasının filinden mesuliyet, Prof. Ebû'lûlâ armağanı, s. 141.

⁴²) A. Gücün, a.g.e., II, s. 306. Müellifin bu fikrini B. K. M. 54 hakkında
verdiği izahatla karşılaştırınız.

⁴³) Bk. İzmir Baro dergisi, sayı 41, (1946), s. 46 ve bu karar hakkında yaz-
mış olduğumuz içtihat notu (otomobil kazalarından mes'uliyet, İstanbul Baro mec.
1948 kasım sayısı).

rara sokulması halinde, B. K. m. 55 hükmü kabili tatbiktir. İstihdam eden bakımından, her müstahdem diğer müstahdem müvacehesinde, üçüncü şahıs mesabesinde. Bu suretle, 55 inci madde, yalnız müstahdemlerin üçüncü şahıslara ika ettikleri zarara değil, fakat diğer müstahdem ve işçilere ika ettiği zararlara da şamil bulunmaktadır⁴⁴.

Bunun dışında, müstahdem veya işçinin iş görürken kendi fiilile yaralanması veya zarara maruz kalması halinde, iş kazalarına ve hastalıklarına dair hususi kanunlar kendisini himaye ettiği gibi, B. K. r.a. 332 mucibince iş sahibi işçilerini iş kazalarından korumak için lâzım gelen ihtiyat tedbirlerini almayı ihmal etmişse, bundan mesuldür. Bu mevzuada dair İsviçre Federal Mahkemesinin, gayet yerinde ve mükemmel bazı kararları vardır⁴⁵. Bunlardan pek dikkate şayan olan bir tanesi şudur: Hizmetçinin geçirdiği kaza dolayısıyla hasıl olan yaraya ehemmiyet vermemen, ve onu hekime götürerek tedavi ettirmeyi ihmal eden iş sahibi (otelci), bu yaranın vahimleşmesi sebebiyle B.K. m. 337, II mucibince mesul edilmiştir⁴⁶. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, iş sahibi bu halde (yani birinci fıkraya göre işçinin kendisile birlikte ikamet etmemesi halinde), kendi kusuru olmaksızın, nispeten kısa bir zaman için, hizmetini ifaya muktedir olamıyan işçiyi görüp gözetmek ve muktazi tedaviyi yaptırmak üzere iâşesile de mükelleftir.

Federal Mahkemenin B. K. m. 332 ye müsteniden vermiş olduğu yeni bir kararında, hal ve vaziyetin icap ettirdiği tedbirlerin alınmaması ve bir işçinin yaralanması dolayısıyla, iş gördürenin mesuliyeti kabul edilmiştir⁴⁷.

Bu maddelere müsteniden iş sahibinin işçilerine karşı mesuliyeti hizmet akdinden çıkmaktadır. İş sahibi, B.K. m. 332 ye göre, işin arzedeceği tehlikelere karşı, hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebilecek derecede tedbirler almak, sıhhi çalışma mahalleri, ve işçi birlikte ikamet edecek ise sıhhi bir yatacak yer tedarikine mecburdur. Bu mevzuda Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin bir kararına tesadüf ettik. Bu kararda, un fabrikasında çalıştırdığı kimselerin sıhhat ve hayatına karşı melhuz tehlikeleri bertaraf için lâzım gelen tedbirleri ittihaz etmiyerek amelenin

⁴⁴) Bu mevzuda şu Federal Mahkeme kararına bakılabilir, BGE 68 II 278 (Jdt. 1943, p. 166), türkçe tercümesi: Adliye derg. 1944, s. 203.

⁴⁵) Bunlardan 3 tanesi E. Thilo'nun «de la responsabilité de l'employeur» adlı içtihat notunda (Jdt. 1944, p. 418 et sv) nesredilmiştir.

⁴⁶) Jdt (Journal des tribunaux) 1944, p. 424.

⁴⁷) BGE 72 II 45 (Jdt 1946, p. 590). Bu mealde Federal Mahkemenin son bir kararı için bk., Jdt 1947, p. 139, 143.

ölümüne sebebiyet vermiş olan istihdam eden aleyhine açılan tazminat davası kabul edilmiştir⁴⁸.

Yargıtayın buna muhalif bulduğumuz ve iştirak etmediğimiz bir kararı da mevcuttur. İtina gösterilmemek suretile istif edilmeyen balyalar üzerine düşen, ve ölen ve bu kazada kendisine bir kusur izafe edilemeyen mağdurun mirasçılarının tazminat talebi, balyaların iyi istif ettirilmemesile mükellef olana mesuliyetin raci olacağı mülâhazasile reddedilmiştir. Davada, kazanın olduğu yer müddeialeyh Antalya Nakliyat Şirketi tarafından Kınacızadeler ve şeriklerine kiraya verildiğinden ve balyalar da onlara ait olduğundan, Antalya şirketinin mesuliyetine dair esas mahkeme tarafından verilen karar, evvelâ Yargıtay 4 üncü H. D. si tarafından, ve sonra da Yargıtay Genel Kurulu tarafından reddedilmiştir (23/5/945, 4/36/33)⁴⁹. Yargıtay bu kararında, kanaatımızca haksızdır. Zira B. K. m. 332 ye dayanarak Antalya şirketinin mesuliyeti yoluna gidilebilirdi. Kazada ölen kimse, Antalya şirketinin bir memuru olup, kazanın vuku bulunduğu yere girmesi vazifesi icabından bulunuyordu. Dava münderecatından anlaşıldığına göre, bu depo Antalya şirketi tarafından balya başına 15 kuruş alınmak şartile Kınacızadelere kiraya verilmiştir. Binaenaleyh memurun uğradığı kaza işini ifa esnasında vuku bulunduğu gibi, aynı zamanda bu balyaların iyi istif edilmemesinden neşet etmiştir. yani işin arzettiği tehlikeye karşı icap eden tedbirler alınmamıştır. Bu sebeple müddeaaaleyh şirket B. K. m. 332 gereğince mesul edilebilir, ve bu da kusuru olan diğer şirkete rücu edebilirdi. Sosyal adalet mutazarrır işçi ve memurların ve onların yardımcısız kalan yakınlarının, geniş bir zihniyetle hareket edilerek, tazmin edilmelerini icap ettirir. Esasen bu zihniyetin ifadesi olaraktır ki iş kazaları ve meslek hastalıkları ve bunların mecburî sigortası hakkındaki son kanun neşredilmiştir. İleride tetkik edeceğimiz bu kanun ancak küçük bir kısım işçiler hakkında cari olduğundan, bu mevzuada B. K. m. 332 ve m. umumi olarak tatbik kabiliyetini haiz hükümleri muhtevi bulunmaktadır.

IV. Hükmi şahısların mes'uliyeti - M. K. m. 48 ile B. K. m. 55 arasındaki münasebet:

Hükmi şahısların hukukî mesuliyeti mevzuunda, M. K. m. 48 ile B.K. m. 55 hükmünü yekdiğerinden ayırmak lâzımdır.

⁴⁸) İzmir Baro dergisi, sayı 14 (1941), s. 129.

⁴⁹) Bu karar, Adalet dergisi 1945 Temmuz kararları Hukuk kısmı s. 147 de intisar etmiştir.

Birincisi, yani M. K. m. 48 deki esas, hükmi şahısların organların yaptıkları haksız fiillerden mesuliyetlerini tanzim eder. Bu mutlak bir mesuliyet olup, hükmi şahsın tebriye beyyinesile kurtulmasına imkân yoktur. Ancak bunun bir sebep mesuliyeti hali olduğu da şüphelidir. Hükmi şahısların hakları kullanma ehliyetleri bakımından, gerek İsviçre'de, gerek memleketimizde kabul edilen organ nazariyesine (théorie organiste) göre, hükmi şahıslar, insanlara has olanlardan maada, bütün haklara ve vecibelere ehildirler, bu hakları ve vecibeleri organları vasıtasile kullanırlar. Organların fiili, bizzat hükmi şahsın kendi fiilleri adedilmektedir. Nasıl bir insan ellerile, ayaklarla, vücudu ile haklı veya haksız bir fiil yaparsa, hükmi şahıslar da kendilerinden bir parça olan, elleri ve kolları mesabesinde olan, organları vasıtasile fiil ve muamele yaparlar, ve bunlardan mutlak surette mesuldürler (B.K. m. 48). Böylece, kanunumuz tarafından da kabul edilmiş olan organ nazariyesi, hükmi şahsı bir ferdi beşerle birleştiren, ona organları tarafından izhar edilen bir irade ve bizzat kendi fiilinden mütevellit bir mesuliyet tanıyan bir düşünce tarzıdır.

Kanaatımızca, M. K. m. 48 de tanzim edilmiş olan, hükmi şahısların mesuliyetini, objektif bir mesuliyet hali olarak mütalâa etmek daha doğru olur²⁰. Fakat burada organın kusuru aranmaktadır. Bu sebeple Prof. Petitpierre bunu kusura müstenit bir mesuliyet olarak mülâhaza etmektedir²¹. Organın kusurunun aranmasına rağmen, mesul şahsın yani hükmi şahsın kusuru şart olmadığı gibi, bunun her nevi dikkat ve itinayı göstermiş olması da B. K. m. 55 ve 56 da olduğu gibi, bir mesuliyetten kurtulma sebebi teşkil etmez²².

Organların fiilinden mesuliyet kaidesinin yanında, B. K. m. 55 ve 100 hükümleri, hükmi şahısların müstahdem veya yardımcılarının zarar verici fiilleri hakkında kabili tatbiktir. Bu suretle, hükmi şahıslar dahi istihdam eden sıfatıyla mesuldürler. Bu bakımdan, organlarla, müstahdem veya işçilerin tefrik edilmesi lâzımdır. Zira bunların haksız fiillerine terettüp eden hüküm farklıdır. İsviçre Federal Mahkeme içtihatları, organ mefhumunu gayet genişletilmiş olarak mütalâa etmektedirler. Organ olarak, «kanuna, hükmi şahsın statü veya nizamnamesine göre hükmi şahsa ait vazifeleri müstakil olarak yapan fonksiyonerler» anlaşılır²³. Umumi

²⁰) Oftinger, a.g.e., II 485; R. Desgouttes et C. Gautier, a.g.e., Jdt 1940, p. 164.

²¹) M. Petitpierre, a.g.e., p. 68 a.

²²) Oftinger, a.g.e., II, s. 485.

²³) Oftinger, a.g.e., II, s. 483. Bk.; BGE 61 II 346; 68 II 287 (Jdt. 1943, p. 166 — Türkçe tercümesi: Adliye dergisi 1944, s. 204); Necip Bilge, Medeni Kanunun 48 ve 52 nci maddelerinin mukayeseli tetkiki, Adliye dergisi 1944, s. 590 ve m.

heyet, idare heyeti, müdürler, tasfiye memurları, murakıplar, işi idare eden seksiyon şefleri, birer organ addedilirler.

Bu bahsî bitirmeden evvel, Medenî Kanununun 37 nci, 410 uncu ve 819 uncu maddelerinde tanzim edilen mesuliyet hallerinin, M. K. madde 48 dekine müşabih ve muvazi olduğunu kaydedelim. Bütün bu hallerde, hükmi şahsın veya Devletin kusurundan müstakil, fakat memuruna kusuruna bağlı bir mesuliyet vardır. M. K. madde 917 yi buraya ithal edemeyeceğiz, çünkü bu mutlak bir sebep mesuliyeti hali olup, burada Devletin mesuliyeti için tapu memurunun kusuruna lüzum yoktur.

§ 18. Ev reislerinin mes'uliyeti.

1. Mes'uliyetin istinat ettiği esas :

Hukukumuzda ev reislerinin mesuliyeti (M. K. m. 320), istihdam edenlerin akit dışı mesuliyetlerine müşabih olarak tanzim edilmiştir. Fakat bunların istinat ettikleri hukukî sebep bakımından bazı farklar vardır.

M. K. m. 320 ye göre, evde bulunan küçük veya akıl hastası, veya akıl zayıfı şahıslar üzerinde, ev reisi nezaret vecibesini haiz olup, bundan ötürü onların ika edecekleri haksız fiillerden mesuldür. Bu mesuliyet, ev reisliği otoritesine, ve bunların nezaret mükellefiyetine müstenittir (ev reisliği hakkında madde 318-319 da sarahat vardır). Bunu istihdam edenlerin mesuliyetinde olduğu gibi menfaat veya tehlike fikrile izah etmek doğru değildir. İş gördürenin müstahdem veya yardımcı şahıs kullanması kendi menfaati icabıdır, kendisi bu şahısların faaliyetinden müstefit olmaktadır, binaenaleyh bunların getirecekleri tehlikelerden mesul olmaları hakkaniyet icabıdır. Bu mülâhaza ev reisleri için varit değildir, hattâ böyle bir düşüncenin anti sosyal olduğu dahi söylenmiştir¹.

Şu halde, ev reislerinin mesuliyeti, hâkimiyetleri altındaki şahıslar üzerinde hal ve vaziyetin icap ettirdiği nezaret ve ihtimamı göstermekle mükellef olmalarından neşet eder, mesuliyet bu mükellefiyetin ihlâl edilmiş olmasına istinat eder. Eğer nezaret altında bulunan kimse temyiz kudretini haiz ise, ika ettiği zarardan bizzat mesul edilebilir (M. K. madde: 16, III)². Aile reislerinin mesuliyeti, ancak hâkimiyetleri altında bu-

¹) M. Petitpierre, a.g.e., p. 67 a. Ayrıca bk., Oftinger, a.g.e., II, s. 607.

²) Bk. Oftinger, a.g.e., II, s. 632, ve Graubünden Kanton mahkemesinin 25.8.1944 tarihli kararı (Schweiz. Juristen Z. 43. Jahrg. - 1947 -, s. 189-190) Bu kararda, ev reislerinin nezaret vecibesinin, ancak hareketlerinin neticesini hic veya kâfi derecede ölçemeyen eve mensup nezarete muhtac şahıslar hakkında cari olduğu söylenmekte, ve davaya esas teşkil eden hâdisede melekeleri normal bir şekilde

lunan nezarete muhtaç ev mensupları (aufsichtsbedürftige Hausgenossen) hakkında caridir. Burada, ev reisile hâkimiyeti altındaki şahıs arasındaki münasebet bir tâbiiyet münasebeti (Subordinationsverhältnis) olarak tavsif olunabilir. Ev reisinin himaye ve nezaretine muhtaç olan şahıslar, küçükler, hacredilmiş olan akıl hastaları ve akıl zayıflarıdır¹. Bunların haksız fiillerinden aile reisi mesudür. Ancak bu mesuliyet de mutlak mahiyette olmayıp, B. K. madde 55 de olduğu gibi, tebriye beyyinesi serdi suretile hafifletilmiştir. İsviçre Federal Mahkeme içtihatları ev reislerine bahşedilen kurtuluş beyyinesini, B. K. madde 55 dekinde nazaran daha kolay vermektedirler.

2. Mesuliyetin mahiyeti ve kurtuluş beyyinesinin muhtevası:

Her ne kadar Federal Mahkeme, ev reislerinin mesuliyetinde, istihdam edenlerin mesuliyetinde olduğu kadar sert hareket etmiyorsa da, bunların da mesuliyetini bir sebep mesuliyeti olarak tavsif etmek icap eder. Zira, ev reisinin sübjektif bakımdan kusursuzluğu, mesuliyetten kurtulma bakımından kat'i ehemmiyeti haiz değildir. Kanunun ifadesi veçhile, burada, ev reisinin hal ve vaziyetin icap ettirdiği tedbirleri alması lâzımdır. Bu tedbirler ise, nezaret altındaki şahsın kabiliyetine, olgunluğuna, tehlikenin mahiyetine, mahallî âdetlere, kısaca müşahhas hal ve vaziyete göre, objektif olarak tayin edilir. Bu suretle, ev reisi de müspet bir takım tedbirler almak, nezaret etmek, çocuğun yetiştirilmesine dikkat etmek, bazı fiillerin ika edilmemesini temin etmek ve bunlara riayet edilmesini gözetmekle mükelleftir². Bu sebeple, burada dahî kurtuluş beyyinesi, bir kusursuzluk beyyinesi addedilmemelidir. Yalnız, bu hususta daha mülâyim hareket etmek icap eder. Çünkü ilk olarak, bu gibi nezaret edilen şahısların bütün hayatı ve fiilleri üzerinde daimî bir nezaret yapmak imkânsızdır. Halbuki, meselâ istihdam edenlerin mesuliyetinde, böyle bir nezaret ve dikkat sadece gördürülen işe mütealliktir. Saniyen, Federal Mahkeme içtihatlarının ev reislerinin mesuliyetini daha zayıf olarak almalarının sebebi, müellif Petitpierre'e göre, mesuliyetin mesul şahsın bir menfaatına veya ihdas ettiği bir tehlikeye istinat etmemesidir³. Nitekim, aile reisinin bir menfaat istihsal ettiği yerde Federal Mahkeme daha şid-

inkıfâf etmiş olan 17 yaşında bir genç hakkında hususî bir nezarete ihtiyac bulunmadığı tesbit edilmektedir.

¹) Bk. Oftinger, a.g.e., II, s. 632.

²) Oftinger, a.g.e., II, s. 634.

³) M. Petitpierre, a.g.e., p. 76 a, ve BGE. 43 II 212 (Jdt. 1917, p. 560). Ayrıca bk., Graubünden Kanton mahkemesinin 20.3.1946 tarihli kararı (Schweiz. Juristen Z. 44. Jahrg. - 1948 - s. 108-109).

detli bir mesuliyete temayül etmektedir. Meselâ leyli bir mektep müdürü hakkında verilmiş olan kararda, 17 yaşında bir çocuğun silâhla arkadaşını vurması hâdisesinde, hocanın talebeleri ateşli silâh kullanmaktan menetmesi icap ederken, bu memnuiyete riayet edilmesi için lâzım gelenin yapılmamış olduğu sebeble mektep müdürü mesul edilmiştir⁶. Mümasil bir vakaya ait diğer bir kararda ise, dağlık muntakada genç şahıslara silâh vermenin âdet olduğu mülâhazasile ev reisi mesul edilmemiştir⁷.

Kurtuluş beyyinesi bakımından en ziyade ehemmiyeti haiz olan ve anlaşılması gereken nokta, ev reisinin göstermekle mükellef olduğu nezaret ve ihtimamın tayinidir. Bu ise, her hal ve vaziyete, ve bilhassa mahalli âdetlere göre değişmektedir. 1946 tarihli bir İsviçre Kanton mahkemesi kararında (Aargau Ob. G. I. Abt. 18/3/1946), 4 buçuk yaşında bir çocuğun bir otomobili taşa tutması neticesinde, bunu idare eden kimse taşlardan kurtulmak için süratini arttırarak bir çukura saplanıyor, zarara uğruyor. Mahkeme küçük çocuklar tarafından taş atılmasının çocuklar arasında cari bir şey olduğu, ve bu atılan taşla doğrudan doğruya bir zarar ika edilmiş olmadığını, esasen kazadan evvel müteaddit defalar ebeveynin taş atmamasını çocuğa tenbih ettiklerini, ve hattâ bu yüzden onu cezalandırmış olduklarını belirterek, daha fazla bir nezaretin âdet ve günlük hayat zaruretlerine uygun olmadığı sebeble, M. K. madde 320'deki nezaret vecibesine riayetsizlik bulunduğu iddiasını kabul etmemiştir⁸. Esasen daha evvelki bir kararında Federal Mahkeme, bir çocuğun ok atmasında, nezaret gösterilmesinin cari olmadığı hakkında karar vermiştir⁹.

Görülüyor ki, Federal Mahkeme içtihatları ev reislerinin kurtuluş beyyinesini hafifletmektedirler. Bir kararda, «ev reisliği otoritesini haiz olan kimseye, bu kadar sert vazifeler yüklemek, madde 320'yi hakiki hayatın icaplarına tekabül etmiyecek bir şekilde sert olarak tefsir etmek mümkün değildir» denmektedir¹⁰. Buna mukabil, aile reisinin nezaret ve-

⁶) BGE. 44 II 8 (Jdt. 1918, p. 196).

⁷) BGE. 41 II 419 (Jdt. 1916, p. 141). Aynı mealde diğer bir karar: BGE. 48 II 425 (Jdt. 1923, p. 258).

⁸) Aargau Kanton mahkemesinin bu kararı, Schweiz. Juristen Z. 1946, s. 203'te intisar etmiştir.

⁹) BGE. 57 II 133. Keza bk., 57 II 564.

¹⁰) BGE. 42 II 329. Homberger, Haftpflicht ohne Verschulden, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1930, Heft: I, s. 10 â; Oftinger, a.g.e., II, s. 628; P. Tuor, le code civil Suisse (trad. par H. Deschenaux), p. 238. Ayrıca bk., BGE. 62 II 72, Jdt. 1936 p. 495 — Türkçesi: İst. Hukuk Fak. mec. 1938, s. 259; BGE. 61 II 254 (Jdt. 1936, p. 333 — türkçesi: Adalet dergisi 1946, s. 766-771).

cibesini yerine getirmemesi sebeble mesul edildiği kararlar da vardır". Bu hususta, şehirlerde, köylerde, dağlık mıntakalarda, yaşayış tarzı, âdetler, ve mutad olan nezaret farklıdır. Biraz evvel zikrettiğimiz Aargau Kanton Mahkemesi kararında söylendiği gibi, köylerde sokaklar tehlikeli nakil vasıtaları bakımından تنها olduğundan, burada çocukların nezaret-siz olarak oyun oynamağa bırakılmalarında büyük bir mahzur yoktur. Aynı durum şehirlerde bahis mevzuu olamaz. Keza dağlık mıntakalarda çocuklara silâh vermek âdet olduğu halde, böyle bir hareket diğer yerlerde ev reisinin mesuliyetini mucip olur.

Tebriye beyyinesinin muhtevası bakımından, B. K. madde 55 ve 56 da derpiş olunan ikinci imkân, yani bütün dikkat ve itina gösetrilmiş olsa bile zararın vukua geleceğinin ispatile mesuliyetten kurtulmak ihtimali, B. K. madde 320 de eksiktir. Esasen, bu kurtuluş imkânının, ana prensiplerin münferit bir tatbikini teşkil ettiğini, B. K. madde 55 dolayısıyla verdiğimiz izahatta kaydetmiştik (bk. § 17. II. 3. a). Bu sebeple, bunun M. K. madde 320 de bulunmaması mahzurlu değildir".

3. Türk içtihatlarına göre ev reisinin mesuliyeti:

Federal Mahkeme içtihatlarının tebriye beyyinesinin hafifletilmesi yolundaki temayülüne mukabil, Türk hukukunda ve içtihatlarında vaziyet pek sarîh değildir. Vuzuhsuzluğun en büyük âmili, kararlarda mucip sebep bulunmamasıdır. Bazı Yargıtay kararlarında, bu mevzuda sebep mesuliyetine doğru bir temayül görmek kabildir. Meselâ, Temyiz Hukuk Umumi Heyetinin 24/3/1937 tarihli ve 56/3216 sayılı kararında", keza 4 üncü Hukuk Dairesinin 26/10/1944 tarihli ve 2817/3030 sayılı kararında, velâyet altında bulunan iki çocuğun hayvan güderlerken ormanda ateş yakarak sebebiyet verdikleri zarardan dolayı çocukların velileri mahkûm edilmiştir. Bu son karar, gene Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin bir kararile tezat halindedir: mümasil bir hâdisede, köy çocuklarının yalnız olarak köyden yaylaya ve yayladan köye gider gelir oldukları ve bunun mutad olduğu anlaşılmasına mebni, Devlet ormanının yanmasına sebebi-

¹¹⁾ Bk., BGE. 43 II 146; 57 II 128 (Jdt. 1932, p. 459); 57 II 563 (Jdt. 1932, p. 54); 62 II 72 (Jdt. 1936, p. 495 ve 497).

¹²⁾ Homberger, das schweiz. ZGB., 2 Auflage, Zürich 1943, s. 116; Tuor, a.g.e., p. 237; Oftinger, a.g.e., II, s. 628.

¹³⁾ Bu hususta bk., K. Birsen, Borçlar Hukuku dersleri, cilt: I, İst. 1944, s. 251-252; S. Gönensay, başkasının fiilinden mesuliyet, Prof. Ebül'ûla Mardin'e armağan, s. 136.

¹⁴⁾ Temyiz kararları, 1937, s. 33.

yet veren küçüklerin velilerinin bu zarardan mesul olmadıkları neticesine varılmıştır". Sayın B. Ferit Hakkı Saymen'in de pek haklı olarak işaret ettikleri gibi, birbirine çok benzeyen ve hemen hemen aynı olan bir mevzuda yekdiğerine zıt iki kararın bulunmasını izah etmek biraz güçtür. Çünkü kararların mucip sebepleri bizi aydınlatacak mahiyette değildir.

Diğer kararlarda da kurtuluş beyyinesinin muhtevası bakımından bir vüruh mevcut değildir". Bu kararlarda haklı olarak velinin mesuliyetine hükmedilmiştir. Velâyet altındaki bir çocuğun bir diğèrinin başını yarması (H.U. H. 1.10.1941 ve 3/137/137)" ; mümeyyiz olmayan bir küçüküğün gıra tüfengile davacının oğlunu kolundan yaralaması ve neticede kolun kesilmesi dolayısıyla tüfengi iyi muhafaza edemiyen müddeialehyh veli maddi zararı tazminle mükellef kılınmıştır (4 üncü Hukuk D., 30.I. 1942 ve 700/548)".

Görülüyor ki, Yargıtay içtihatlarında, direktif verici esaslar vaz edilmiş olmamakla beraber, ümumiyetle akli selim ve hakkaniyete uygun olarak tatmin edici bir neticeye varılmaktadır. Yalnız bazı kararlarda memnuniyet vermiyen vaziyetler husule gelmektedir. Meselâ, yukarıda zikrettiğimiz, köylü çocukların orman yakmasından mütevellit zararların tazmini davasında olduğu gibi, birbirine tamamile zıt iki içtihat teessüs etmektedir. Kanaatımızca, meselenin neşredilmiş mealinden anladığımızı göre, burada velilerin mesuliyetsizliğine hükmeden 1941 tarihli ilk karar ve içtihat tercihe şayandır. 1944 tarihli kararın da bu içtihada uyması temenni olunurdu", çünkü köylü çocukların yalnız olarak hayvan gütmeleri, köyden köye gitmeleri âdet olduğundan, bu hususta daimi bir nezaret ve mürakaba yapmaları velilerinden istenemez. Bu, oranın mahalli âdetlerine ve yaşayış tarzına uymaz.

¹²⁾ K. Birsen, a.g.e., s. 252; Gücün, a.g.e., II, s. 266, F. H. Saymen, İst. Hukuk Fak. mec. cilt: X, sayı: 3-4, s. 896 daki içtihat notu. Ayrıca bk., Temyiz 4 üncü Hukuk D. sinin 11.9.939 tarih ve 2007/1676 sayılı kararı (Temyiz kararları 1939-40, Hukuk kısmı, s. 257).

¹³⁾ Bk., K. Birsen, a.g.e., s. 252 deki kararlar.

¹⁴⁾ Sungur, a.g.e., I, s. 197, No. 5.

¹⁵⁾ İzmir Baro dergisi, sayı: 24-25 (1942), s. 377.

¹⁶⁾ Buna benzer bir vakada, yangın çıkarma hâdisesinde, bir İsviçre Kanton mahkemesi kararı, ev reisinin mesuliyetini kabul etmemiştir (Graubünden K. G. 20.3.1946, Schweiz. Juristen Z. 44. Jahrg. - 1948 - s. 108-109).

§ 19. Hayvan idare edenlerin mes'uliyeti.

1. Mes'uliyetin istinat ettiği esas:

Bu mes'uliyet tehlike ve menfaat fikrine istinat eder, ve istisnai tebriye beyyinesile hafifletilmiş bir sebep mes'uliyeti hâlidir. Vaziyet istihdam edenlerin mes'uliyetinin aynıdır'. Bu hal tarzı Alman ve Fransız hukuklarındaki mes'uliyete nazaran daha hafiftir. BGB. § 833 de yapılmış olan, gelirile geçinilen hayvanlar ve diğer hayvanlar arasındaki tefrik hukukumuzda mevcut olmadığı gibi, Fransız M. K., madde 1385 teki mutlak mes'uliyet de bizim için bahis mevzuu değildir. İsviçrede Borçlar Kanununun müzakeresi kabulü için yapılan müzakerelerde, sosyal demokrat partisi tebriye beyyinesinin reddini, çiftçi partisi ise zarar görenin umumî kaidede, B. K. madde 41 de olduğu gibi, hayvan idare edenin kusurunun ispat edilmesine dair bir kaidenin vaz'ını istiyordu'. Neticede her iki teklif telif edilerek, ikisinin ortası bir hal tarzı tercih edildi, ve bu suretle B. K. madde 56 meydana geldi. Bu meselenin köylüler ve çiftçiler bakımından büyük ehemmiyeti vardır. Zira bunlar işlerinin büyük bir kısmını hayvanları vasıtasile gördükleri gibi, ayrıca semerelerinden istifade ettikleri hayvanlara da maliktirler. Bu sebeple, bunların hayvanların ika edecekleri zararlardan dolayı mes'ul edilmelerini önlemek istemeleri tâbiidir. Bu mevzuda Polonya Borçlar Kanunundaki hüküm dikkate şayan ve elverişlidir. Bu kanunun 149 uncu maddesine göre, «hayvan sahibi veya hayvandan istifade eden kimse, bir zarar yapmaması hususunda hayvan üzerinde her türlü dikkat ve itinayı gösterdiğini ispat ederse mes'uliyetten kurtulur; fakat mes'ul şahsın tebriye beyyinesini getirmiş olmasına rağmen, kendisinin ve mutazarrırın hâl ve vaziyetlerine göre, eğer hakkaniyet icap ettirirse, gene hayvan sahibi veya bundan istifade edeni hâkim tazminata mahkûm edebilir. Aynı neticeye bizde de BK. M. 56 ve M. 44 II ile varmak kabildir.

2. İsviçre içtihatlarına göre hayvan idare edenlerin mes'uliyeti:

Federal Mahkeme, hayvan idare edenin getirmekle mükellef olduğu tebriye beyyinesini, istihdam edenlerin tebriye beyyinesine muvazi olarak ve aynı şekilde mütalâa etmektedir. Bu suretle hayvan idare edenin mes'uliyetten kurtulması nadir hâllerde mümkün olmakta, ve bu hususta sert hareket edilmektedir. Burada, hayvan idare edenin, hâl ve vaziyetin icap ettirdiği her nevi dikkat ve itinayı göstermiş olduğunu veya

1) Bk., Oftinger, a.g.e., II, s. 548-549.

2) Flck, commentaire du code fédéral des obligations, art. 56, No. 13.

bunu göstermiş olsa bile, gene zararın vukua geleceğini ispat etmesi lâzımdır. Riayet edilmesi gereken bu dikkat ve itina, her hâl ve vaziyete ve bilhassa hayvanın cinsine göre, müşahhas bir şekilde tayin edilmek icap eder. Burada da kusursuzluğun ispatı kâfi olmayıp, dava olunanın hâl ve vaziyetin icabı olarak kendisinden beklenen bütün ihtimam tedbirlerini aldığını ispat etmesi lâzımdır⁶. Bu hususta oldukça sert davranılmaktadır. Son kararlardan birinde şöyle denmektedir: «hayvanlar tarafından ihdas edilen tehlike kabili ihmal omaktan uzaktır. M. 56 ya müstenit mes'uliyet vakıaları sık sık vuku bulmaktadır. Şu hâlde M. 56 daki sert mes'uliyet kaidesini muhafaza etmek ehemmiyeti haizdir. Hayvan idare eden, hiç bir kusuru olmasa da hayvanı bıraktığı kimselerin vazifelerini yapma tarzından mes'uldür. Onun mes'uliyetten kurtulması ancak bu şahısların bildirilen ihtimamı yapmış olması veya gösterilecek ihtimamın zararı önleyemeyeceğinin ispat edilmesile mümkün olur. İdare eden bu delili getiremezse, veya ispat imkânsızlığı varsa, bunun neticelerini tahammül eder»⁷. Son senelere ait bir İsviçre Kanton mahkemesi kararında da (Aargau Ob. G. I. Abt. 5.I.1946), «zararın husulünde ihtimam tedbirinin alınmasına ait objektif veya subjektif bir kusur bulunması veya hayvanın yardımcı şahsa bırakılması hâlinde, hayvan idare eden bu şahsı seçmede, talimatta ve nezarete dikkat etmiş olsa dahi, bu yardımcı şahsın dikkatli hareket etmemesinden mes'uldür» denmektedir⁸. Geçen sene neşredilen bir İsviçre Kanton mahkemesi kararında da aynı mealde mülâhazalar dermeyan olunmaktadır⁹.

Görülüyorki İsviçre içtihatları hayvan idare edenlerin mes'uliyetini gayet sert olarak mülâhaza etmekte, ve hüküm tatbikatta tehlike mes'uliyetine yaklaşmış bulunmaktadır.

Bu mevzuda hukukumuz bakımından da ehemmiyeti haiz olan bir mesele, İsviçre içtihatlarının «hayvan idare eden» (Halter veya détenteur) mefhumu hakkındaki kanaatlarıdır¹⁰. Malûm olduğu üzere, B. K.

⁶) Oser-Schönenberger serhi, Art. 56, No. 14, Weiss, a.g.e., No. 4436 ve m., BGE 39 II 538, 40 II 263, 238, 41 II 238, 58 II 119, 64 Iı 373.

⁷) BGE. 67 II 28 (Jdt. 1941, p. 366).

⁸) Schweiz. Juristen Zeitung 42. Jahrgang (1946), s. 276.

⁹) Schweizerische Juristen Zeitung, 43. Jahrgang (1947), s. 124 (Bern Appellationshof des Kantons Bern II. Ziv. K. 11.7.1946)

¹⁰) Dr. Ferit Hakkı Saymen, «Kanunumuzun détenteur karşılığı olarak yanlış olarak conducteur karşılığı olan «idare eden» tâbirini aldığını, bu hususta «eli altında bulunduran kimse» teriminin kullanılması icap ettiğini» söylemektedir (Medeni Kanunumuzda köylünün ve ziraatin yeri, Medeni Kanunun XV inci yıl kitabı,

M. 56 da tanzim edilmiş olan mes'uliyet, hayvan idare edene aittir. Federal Mahkeme içtihatlarına göre, hayvan idare eden, bundan iktisadî veya mânevî (ideel) bir fayda temin eden kimsedir⁹. Daha sonraki bir kararında da Federal Mahkeme, hayvana dikkat ve itina etmek vazifesini üzerine alan, ve ondan sürekli olarak faydalanan kimseyi, idare eden olarak vasıflandırmıştır¹⁰. Bern İstinaf mahkemesinin 11.7.1946 tarihli kararında, hayvan idare eden mefhumunun esaslı hususiyetinin, zararın vukuu zamanında, hayvan üzerinde tasarruf salâhiyetinin bulunmasında ve bunu kullanacak vaziyette olmakla tecelli ettiği söylenmektedir¹¹. Prof. Oftinger de bu son kanaati benimsemektedir¹². Müellife göre, istihdam eden mefhumunun tespitinde olduğu gibi, hayvan idare eden mefhumunda da esas, idare edenin hayvan üzerindeki tasarruf salâhiyetidir, bir «Gewaltverhältnis» dir. Bu mefhumun İsviçrede motörlü nakil vasıtaları ve hava taşıtlarından mes'uliyet hükümleri bakımından ehemmiyeti vardır, zira mes'uliyet bu vasıtaların «Halter'ine» terettüp eder.

3. Türk içtihatlarında vaziyet:

Bu mevzuda Türk hukukundaki durum dikkate şayandır. Son zamanlara gelinceye kadar hayvan idare edenlerin mes'uliyetine dair neşredilmiş bir mahkeme kararına tesadüf edilmemekte idi. Yalnız 57 nci madde hakkında 31.I.1942 tarihli ve 750/352 sayılı bir karar vardı ki, burada köye ait hasılâta zarar ika eden hayvanların muhtar tarafından teminat olmak üzere hapis edilmek hakkı olduğu tesbit edilmiştir¹³. Bizim gibi halkının büyük bir kısmı toprağa bağlı ziraatçı ve çiftçi bir memlekette B. K. madde 56 nın tatbik sahası bulmaması, Medenî Kanunun modern

s 296, not 114). Funk tercümesinde, ve Adalet dergisinde çıkan bazı yazılarda da bu terim kullanılmaktadır. Kanaatımızca, bu mefhumu İsviçre içtihatlarında verilen mâna bakımından «el altında bulunduran kimse» tâbirî de kanundaki terim kadar, bunu ifade ve izah etmekten uzaktır. Zira «détenteur veya Halter» mefhumu, «el altında bulundurmaya», vazıyettîliği (détention) ı değil, fakat hayvan üzerinde tasarruf salâhiyetini haiz olmayı ve ondan istifade etmeyi tazammun etmektedir. Şu halde, bir terminolojî buhran ve enflasyonu içinde bulunduğumuz şu zamanlarda, zarurî bir ihtiyâc olmadıkça kanunî terimlerden ayrılmamak lâzımdır. Aksi hareket, esasen mevcut karşılıklığı arttırmaktan başka bir işe yaramaz.

⁹) BGE. 58 II 371.

¹⁰) BGE. 67 II 119 (Adliye derg. 1945, s. 528).

¹¹) Schweiz. Juristen Z. 1947 (43. Jahrg.), s. 124-126.

¹²) Oftinger, a.g.e., II, s. 559.

¹³) Sungur, a.g.e., s. 214; Gücün, a.g.e., II, s. 217.

hükümlerinin nüfusumuzun yüzde sekseninden fazlasını teşkil eden köylerde yerleşmemiş olduğunun yeni bir delili olarak ileri sürülebilecek bir mahiyet arz ediyordu. Tazminat davalarına dair yeni intişar eden bir kitapta¹², bu mevzuda ilk olarak, müteaddit temyiz kararları neşrolunmakla, bu düşünceyi kısmen olsun değiştirmek imkânı hasıl olmaktadır.

Nazarî bakımdan, İsviçre hukuku hakkında söylediklerimiz, bizim için de varit olmak icap eder. Ancak bu mevzuda 10.7.1941 tarihinde neşredilen ve yürürlüğe giren ve çiftçi mallarının korunmasını sağlayan 4081 sayılı kanuna da işaret edelim. Bu kanun köy sınırları içinde 50 lirayı geçmeyen zarar ve ziyan davalarını görmek salâhiyetini köy ihtiyar meclislerine¹³ ve koruma meclislerine¹⁴ vermiştir. Bu meclislerden verilen kararlar aleyhine Sulh Hukuk Hâkimliğine itiraz olunabilir. 4081 sayılı kanunun mevzu bakımından tatbik sahası çiftçi mallarına ika edilen zararlara münhasırdır. Bunun içine, çiftçi mallarına hayvanlar tarafından ika edilen zararlar da girer. Bu Temyiz Mahkemesi 3 üncü Hukuk D. sinin 15.II.1941 tarihli ve 10613 ilâmiyle de teyit edilmiştir¹⁵.

§ 20. Bina ve inşa eseri ve gayrimenkul maliklerinin mesuliyeti.

I. Bina ve inşa eseri maliklerinin mesuliyeti (B. K. M. 58):

1. — Mes'uliyetin istinat ettiği esas:

Tehlike ve menfaat fikrine müstenittir. İnşa eserlerinin hususî tehlikelere kaynak teşkil etmesi, bu hükmün tanziminde âmîl olan bir mülâhazadır. Bu, bir tehlike mes'uliyeti halidir. fakat tehlikenin yanında, hakkaniyet düşüncesi ehemmiyetli bir şekilde tezahür etmektedir. Becker'in dediği gibi¹⁶, «eser maliki eserinin menfaatlerinden faydalandığı

¹²) Fahri Çalkın, Muhsin Tuğsavul, haksız fiillerden doğan tazminat davaları, İstanbul 1948, s. 259; bu kitap hakkındaki tahlil ve tenkit yazımız: tazminat hukukunda sosyal düşünce, Sosyal Hukuk ve İktisat mecmuası, sayı 1 - 1948 - s. 43.

¹³) Köy ihtiyar meclisleri 442 sayılı Köy Kanunu hükümlerine göre kurulur.

¹⁴) Koruma meclisinin kurulması hakkında 4081 sayılı kanunun 4 üncü maddesinde sarahat vardır.

¹⁵) Bu mevzuda, B. Eyüp Sabri Ermanın «çiftçi mallarının korunması ile ilgili zarar ve ziyan davalarının rüyet mercii ve muhakeme usulü» isimli tetkik yazısında tafsilât vardır (Adliye ceridesi 1943, s. 316 ve m.). Ayrıca bk., Temyiz Mahkemesi İcra ve İfâs D. 14.12.1943 tarih ve 2716/3503 sayılı kararı (Temyiz kararları 1944, Hukuk kısmı, s. 30; Yargıtay 3 üncü Hukuk D. 15.2.1945 tarih, ve 2024/1643 sayılı karar (Yargıtay kararları 1945, Hukuk kısmı, s. 153; F. Çalkın, M. Tuğsavul, a.g.e., s. 190, 283.

¹⁶) Becker, Kommentar zum O. R., I. Bd. 2. Auflage, Art. 58, No. 2.

gibi, zararını da yüklenir». Netekim son bir Federal Mahkeme kararında: «kazanç getiren bir faaliyette bulunurken bir tehlike yaratan ve bu tehlikeyi devam ettiren kimse hakkında, kazanç vesilesi teşkil etmeyen, şekil ve bünyesi itibariyle bazı tehlikeler arzeden bir eser malikine nazaran daha sert ve müşkülpesent davranılmalıdır» denmektedir².

Daha eski bir Federal Mahkeme kararında da, «bunun hukuki sebebinin, menfaatların tesviyesinin hakkaniyet anında mündemiç olduğu» tasrih edilmiştir³.

Bina vesair eşya maliklerinin mes'uliyetine müteallik B. K. M. 58 deki hüküm, bir sebep mes'uliyetidir. Bu, ihtimam noksanına da irca edilebilir. Ancak bu, mes'uliyet şartı değildir. Malik bu noksana dair hiç bir şey bilmesede gene mes'uldür. İsviçrede müellifler 58 inci maddedeki mes'uliyetin, 55 ve 56 ncı maddelerdeki kaideden pek uzak olmadığı kanaatindeadırlar. Bunlara göre, her iki hâlde aynı prensip vardır, ve iş gördürenlerin ve hayvan idare edenlerin mesuliyetinde olduğu gibi, burada da kusur prensibinden ihtimam vecibesile ayrılınmış, ve bunun arttırılmasile garanti borcuna yaklaşılmıştır. Malik ihtimam vecibesile, inşa eserinin hiç noksan arzetmeyeceğini taahhüt etmektedir⁴. Prof. Homberger «BGE. 35 II 243 te ifade edildiği şekilde, malikin bir taraftan eserinden doğan fayda ve menfaatları alırken, diğer taraftan zararın bina ve inşa eserinin mücerret mevcudiyetine irca edilemeyeceğini, ve bunun ancak inşa vya muhafazadaki noksana irca edilebileceğini» söylemektedir⁵. Bir eser inşa eden veya bundan istifade eden kimse, diğer şahısları bunun tehlikeleri dışında bırakmak mecburiyetindedir, bu da inşa veya muhafazadaki eksikliklerin önlenmesile olur.

Bu mülâhazalara rağmen 58 inci maddedeki mes'uliyet bir sebep mes'uliyetidir. Kusur kat'iyen şart değildir. Bir inşa eserinin bulunması lâzım gelen tarz ve şekilde bulunmamasile mes'uliyet teessüs eder. Ancak inşa eseri malikin mes'uliyeti için, husule gelen zararın inşa veya muhafazadaki noksandan ileri gelmesi ve bunun mutazarrır tarafından isbat edilmesi lâzımdır. İnşa ve muhafaza noksanı, mücerret olarak, bir kusur hâli olmakla beraber, M. 58 deki mes'uliyet için doğmatik bakımdan kusurun mevcudiyeti şart değildir. Prof. Oftinger, buradaki inşa ve mur

¹) BGE. 61 II 254 (Jdt. 1936, p. 333, türkçesi Adalet dergisi 1946, s. 766).

²) BGE. 33 II 238, ve Homberger, Haftpflicht ohne Verschulden, s. 12 a.

³) Oser-Schönenberger şerhi, Art. 58, No. 21; Flick, Commentaire du C. O., Art. 58, No. 9, Homberger, a.g.e., s. 14 a, Petitpierre, responsabilité causale, p. 77 a.

⁴) Homberger, a.g.e., s. 13 a.

hafazadan tevellüt eden mes'uliyetin, şu 4 farklı hususiyetle, kusurdan uzaklaşmış olduğunu tebarüz ettirmektedir⁶:

1. — Noksan, eser malikinin bir dikkatsizlik, ihtimamsızlık, veya ihmal teşkil eden fiiline müstenit olmasa da, malik yine mes'uldür.
2. — Kusurun sübjektif unsuru, isnat ehliyeti bulunmasa da malik mes'uldür.
3. — Noksan, bir insan fiilinden değil de, tesadüften husule gelse bile, bu noksandan doğan zarardan malik mesuldür.
4. — Nihayet, malik başkasının durumundan, noksanı ihdas etmesinden de mes'uldür.

Görülüyor ki 58 inci maddenin tanzim ettiği mesuliyet, M. 55 ve 56 daki mesuliyet hallerine yakındır, ve bu yakınlık inşa veya muhafaza noksanından hasıl olmaktadır. Fakat burada malik, M. 55 ve 56 da olduğu gibi, tebriye beyyinesi serdederek mesuliyetten kurtulmak imkânını haiz değildir. Bu bakımdan inşa eseri malikinin mesuliyeti mutlak mahiyettedir. Mutazarrır zararı, inşa veya muhafaza noksanını, ve illiyet rabitasını ispat etmekle, maliki kat'i bir surette mesul eder. Malikin, kusurlu olan şahıslara, mühendis, mimar, kiracı ve saireye rücu hakkı mahfuzdur.

2. Bina ve inşa eseri mefhumu:

İnşa eseri mefhumunun tespitinin hukukumuz bakımından büyük ehemmiyeti vardır. Zira İsviçrede, demiryolları şirketlerinin, otomobil ve hava nakil vasıtaları işletenlerin, elektrik işletmelerinin mesuliyetlerine dair hususî kanunlar mevcut olup, bu kanunlar Borçlar Kanununun dışında hususî bir tehlike mesuliyetinin mevzuunu teşkil etmektedir. Bu hususî kanunlar, maalesef memleketimizde mevcut değildirler, fakat ihtiva ettikleri modern ve sosyal esasların ihtiyacı şiddetle hiss olunmaktadır. Acaba bu haller, B. K. M. 58 in şümulüne sokularak, bunlar hakkında bu suretle bir sebep mesuliyeti hükmü tatbik etmek kabül olabilir mi? Bu, üzerinde durulacak ve düşünülecek bir meseledir. Bunun için, inşa eseri mefhumunu iyice aydınlatmak, bizim için faydalı olacaktır.

M. 58 hükmüne ilk olarak binalar girer. Bina ile «toprağa bağlı olan insanların veya hayvanların oturmasına tahsis edilmiş olan, veya iktisadî ihtiyaçlara hizmet eden, az veya çok kapalı inşaat» anlaşılır⁷. Binalar, araziye merbut olan, gerek zeminin altında, gerek zeminin üstünde bulunan inşa eserleridir. Bu mefhum, hem binalara, hem de mütemmim cüzlerine şamildir. Ocak, merdiven, pancur ve pencereler buna dahildir.

⁶) Oftinger, a.g.e., II, s. 390.

⁷) Von Tuhr, partie générale de code fédéral des obl., 2 éd., p. 360, note: 5.

Temyiz 4 üncü Hukuk Dairesinin bir kararında, yoldan geçen bir kimseye bir binadan taş düşmesi halinde, bina maliki mesul edilmiştir^{*)}.

Fakat buna mukabil, sonradan asılan şeyler bina mefhumuna girmez. Avusturya Medeni Kanunu § 1318, ve Polonya Borçlar Kanunu, M. 150 tarafından, kabul edilmiş olan, Roma hukukunun «actio de effusis et de ejectis, modern mevzuatta ve Türk hukukunda kabul edilmemiştir. Bu hususta, bizde umumî kaide, yani 41 inci madde tatbik edilir^{*)}.

İkinci olarak, binaların dışındaki diğer inşa eserleri, maddenin şümulüne dahildir. Kanunumuzda «bina veya imal olunan herhangi bir şey» denmektedir. Mehazımız olan İsviçre Kanununun fransızca metninde «tout autre ouvrage», almanca metninde ise «ein anderes Werk» terimi kullanılmıştır. Görülüyor ki türkçe metin mehaza pek uygun değildir. Çünkü «ouvrage, Werk» karşılığı olarak «inşa eseri» demek daha muvafık olurdu. Bununla beraber, mehaz kanundaki ifadenin dahi, umumî ve müphem olduğunu kabul etmek icap eder. Bu hususta Alman Medeni Kanununda § 838 de, «Gebäude und mit einem Grundstücke verbundene Werke» (bina ve gayrimenkule merbut eserler) denmektedir, ve daha ziyade vuzuh ve sarahat temin etmektedir. Gayrimenkule merbutiyetin devamlı veya muvakkat olmasının ehemmiyeti yoktur. Kalorifer tesisatı, yere çakılan bir kazık, bir taş yığını gayrimenkule bağlı addedilirler^{*)}.

İsviçre Medeni Kanununun almanca metninde kullanılan «werk» kelimesi, «Bauwerk» (inşa eseri) mânasında alınmakta, ve müellifler bundan «bautenähnliche Werk» (inşaata benzeyen eser) mânasını çıkarmaktadırlar^{*)}. Oldukça eski bir kararında Federal Mahkeme de aynı kanaati kabul etmiştir. Bir yangın söndürme âletinin sebebiyet verdiği zarar dolayısıyla, vermiş olduğu kararda, «eserin gayrimenkule daimî olarak bağlanmış olması zarurî değildir, aranan yegâne şart bina ile aralarında muayyen bir müşabehetin (analogie) nin bulunmasıdır, bu bakımdan eserin gayrimenkul veya menkul olmasının da ehemmiyeti yoktur» den-

*) Ferruh Dereli, bina ve diğer şeylerden mesuliyet, İst. Baro mec. 1943, s. 43.

*) Polonya Borçlar Kanunu madde 150 nin metni şöyledir: «bir meskeni işgal eden kimse, orada ikametden husule gelen, bir şeyin atılması veya düşmesiyle sebep olunan zarardan mesuldür. Ancak, kazanın mücbir sebep, veya mağdur veya fillerinden mesul olmadığı üçüncü şahsın kusuru neticesi olarak vukuunda, vakıayı evvelden görememişse mesuliyeti yoktur».

*) De Félice, du principe de la responsabilité causale en matière d'actes illicites, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1903, 4. Heft, p. 240.

*) B. Méan, la responsabilité du propriétaire des bâtiments ou de tout autre ouvrage, Thèse jur. Lausanne 1904, p. 51.

mektedir¹². Diğer bir İsviçre mahkeme kararına göre, bir menkulün arzettiği tehlike, gayrimenkulünküne müşabihse, M. 58 hükmü bu menkul hakkında da kabili tatbiktir¹³.

Geniş olduğu kadar, müphem ve elâstiki olan «inşaata benzerlik» kıstası tenkit edilmiştir¹⁴. Federal Mahkeme de halihazır içtihatlarında bu kriteri terkederek, eser mefhumunu, sabit, toprakla doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağıllık arzeden, ve insan elile tesis ve tanzim edilen maddeler olarak tavsif etmektedir¹⁵. Prof. Oftinger'in vermiş olduğu bu tarife göre, inşa eseri mefhumu şu unsurlardan tereküp eder:

a) Sabitlik veya toprakla olan bağıllık: Mevzuun toprağa olan bu bağıllığı, doğrudan doğruya veya dolayısıyla olabilir. Keza bunun daimi veya muvakkat, menkul veya gayrimenkul olması da mümkündür. Hattâ bu sabitlik nisbî dahi olabilir¹⁶. Meselâ toprağın üzerine bırakılan malzeme bir eser addedilebilir, zira bu, o mahalle olan bağıllığı dolayısıyla toprağa tespit edilmiştir. Keza sonradan konan makineler hakkında da aynı mülahaza varittir¹⁷. Fakat hareket halinde olan makinelerde, bu bağıllık mevcut değildir, ve bu sebepten bunlar hiç bir zaman bir inşa eseri addedilemezler.

b) İnşa eserinin ikinci hususiyeti, bunun insan elile tesis veya tanzim edilmesidir (künstliche Herstellung oder Anordnung)¹⁸.

c) Nihayet, son vasıf, maddelerin cismanî bakımdan birleşmesidir (Kombination im körperlichen Sinn)¹⁹. Bu birleşme mütemmim cüz veya teferruat şeklinde olabilir. Birincisinde, yani mütemmim cüzde, birleşme kuvvetli olup, bu, gayrimenkulle bir vahdet arzeder. Teferruatta ise, bunun inşa eseri addedilebilmesi için, bu menkulün esas şeye cismen bağıllı olması ve fonksiyon bakımından onun bir kısmını teşkil etmesi lâzımdır²⁰.

¹²) Journal des tribunaux 1944, p. 6.

¹³) Zürich Ob. G. 21 Juni 1914, Weiss, a.g.e., No. 4445.

¹⁴) Bk., K. Oftinger, a.g.e., II, s. 411 ff.

¹⁵) Oftinger, a.g.e., II, s. 413.

¹⁶) Oftinger, a.g.e., II, s. 415.

¹⁷) Oftinger, a.g.e., II, s. 415. Federal Mahkeme son bir kararında, bir üzüm bağını B. K. madde 58 mânasında bir inşa eseri addetmemiştir (Jdt. 1948, p. 132 et sv.). Ayrıca bk., Vaud, trib. cant. chamb. rec. 8.1.1947 (Schweiz: Juristen Z. 43: Jahrg. (1947), s. 240).

¹⁸) Bk. Oftinger, a.g.e., II, s. 416.

¹⁹) Bk. Oftinger, a.g.e., II, s. 418.

²⁰) Oftinger, a.g.e., II, s. 419.

Şu halde, gerek mütemmim cüzün, gerek teferruatın, inşa eseri addedilebilmesi için, bunların esas şeyle, bir gayrimenkulle, birleşmiş olmaları ve bununla bir vahdet arzetmeleri lâzım gelmektedir. İsviçre içtihatları, inşa eseri mefhumu hakkında gayet zengin bir kazüistik yaratmıştır.

Böylece, bir telgraf direği, asetilen âleti, hadde silindiri, bir taş yığını, kanallar, su yolları, ve bentleri, el ve bina merdivenleri, lâğım yolları, ışık tesisatı, asansör, elektrik işletmesi, inşaat iskeleleri, caddeler, içinde çukur ve hendekler bulunan bahçe, bir otelde müşterilerin banyo yapmasına mahsus havuz, bir göl sahili, hava gazını havi bir banyo, deniz banyosu için deniz kenarında yapılan tesisat, inşasında kayıcı madde kullanılan bir resmi daire koridoru, motörler, M. 58 mânasında inşa eseri addedilmişlerdir²¹.

Bu hususta en mühim mesele, motörlü nakil vasıtalarının, bilhassa otomobil ve otobüslerin, ve keza tramvayların bir inşa eseri telâkki olunup olunamayacağıdır. İsviçrede, bunlar hareket halinde bulunmadıkları zaman, M. 58 e tâbi kılınmışlardır. Buna mukabil yürüyüş halinde olan otomobilin, M. 58 in şümulüne dahil bir inşa eseri olduğu kabul edilmiştir²². Keza bozuk bir araba kullanılması halinde de M. 58 hükmü tatbik edilmemiştir²³. Burada, kaza muhafaza noksanından husule gelse bile, noksanın neticeleri arabanın hareket halinde olmasından neşet etmektedir. Gene bu sebeple, kamyonun frenlerinin bozuk olması dolayısıyla, M. 55 e göre, mesul edilemiyen kamyon sahibinin, M. 58 e göre de mesuliyetinin bahis mevzuu olamayacağı, ancak M. 41 e göre takip edilebileceği tasrih edilmiştir²⁴.

İsviçrede içtihatlar, Fransada olduğu gibi (art. 1384 I), bu mesuliyeti bütün cansız eşyaya teşmil etmemiştir. İsviçre Borçlar Kanununun tazminata dair hükümlerinin yeniden gözden geçirilmesine dair, İsviçre Hukukçular Cemiyetinde vazetmiş olduğu bir raporda, C. Ch. Burckhardt, M. 58 deki mesuliyetin bütün cansız eşyaya teşmilini istemiştir: «niçin bozuk bir gazometrenin infilâkında, bir kanalizasyonun kesilmesinde bir dava hakkı veriliyor da, satırları fazla ince olan komprime hava fiçilerinin infilâkında veya fena yapılmış bir silâhın yaptığı kazada bu dava

²¹) İnşa eseri mefhumu hakkında İsviçre içtihatlarının mufassal ve alfabetik bir tadadı, Prof. Oettinger'in mezkûr kitabında (II, s. 436 vcm. de) mevcuttur. Ayrıca bk. Daepfen/Reymond, a.g.e., p. 142-144.

²²) BGE, 42 II 43, Weiss, a.g.e., No. 4470.

²³) Genf. Cour de Just. civ. 5 Marz 1918, Weiss, a.g.e., No. 4471.

²⁴) BGE, 58 II 29 (Jdt. 1932, p. 359).

hakkı reddediliyor? Niçin bir elektrik tesisatının bozukluğundan veya fena yapılmış bir şöminenin sebebiyet verdiği yangından hasil olan zararın tazmini için bir mesuliyet kabul ediliyor da, aynı hâdise bir fener veya fena yapılmış bir petrol sobasından neşet ettiği takdirde, aynı mesuliyet kabul edilmiyor?»²⁵. Esasen bu tarihten evvel vermiş olduğu bir kararda, Federal Mahkeme dahi bu cereyana meyletmiş görünüyordu. Bir taş yığını bir inşa eseri addeden bu kararda «bozuk yapılışı dolayısıyla doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir zarar husule getirebilecek olan her inşa eserinin, her cismanî eserin M. 58 mânasında bir eser telâkki olunması gerektiği» söylenmiştir²⁶. Bu fikirler karşısında, İsviçre Hukukçular Cemiyetinin yukarıda bahsettiğimiz 1903 senesindeki toplantısının diğer raportörü olan de Féllice, bu mefhumun «gayrimenkullere daimî veya muvakkat olarak bağlanan eserler» şeklinde takyidini istemiştir²⁷. Federal Mahkeme, neticede ikisi ortası, fakat daha ziyade birincisine yakın bir telâkkiyi benimsemiştir. Fakat bu, bütün cansız eşyaya tatbik edilmemektedir. Bilhassa hareket halinde olan motörlü nakil vasıtaları tramvaylar M. 58 in şumulüne sokulmamaktadırlar. İsviçrede, esasen, buna lüzum da yoktur. Zira tramvay kazaları 1905 tarihli demiryolları işletmelerinin mesuliyetine müteallik kanuna tâbi olduğu gibi, otomobiller hakkında da 1932 tarihli dikkate şayan bir kanun ısdar edilmiştir.

Türk hukuku için vaziyet farklıdır. Çünkü bu hususî mesuliyet kanunları bizde mevcut değildir. Türk Yargıtay kararları da inşa eseri mefhumu bakımından oldukça zengindir. Ancak bu hususta İsviçrede olduğu gibi, müspet kriterler vazedilmiş değildir. Bu sebepten bazı kararlar İsviçre içtihatlarından daha ileriye gitmektedirler. Meselâ Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesi bir kararında (30.3.1943, 689/1236), ağaçları bina hükmünde addederek B. K. M. 59 u tatbik etmiştir²⁸. Bu karar tamamen yanlıştır. Çünkü M. 58 ve 59 da inşa edilen, insanlar tarafından yapılan bir eser bahis mevzuudur. Bu bakımdan ağaç bir inşa eseri addolunamaz, ne tekim bir İsviçre Kanton mahkemesi kararı, bu mevzuda, aksi mütalâada bulunmuş ve ağaçların M. 58 deki eser mefhumuna dahil olmadığını belirtmiştir²⁹.

²⁵) C. Ch. Burckhardt, die Revision des schweiz. Obligationenrechtes im Hinblick auf das Schadenersatzrecht. Zeitschrift f. Schweiz. Recht, N. F. 22 (1903), s. 564.

²⁶) BGE. 24 II (1898) s. 103.

²⁷) De Féllice, a.g.e., p. 240 et (111).

²⁸) Gücün, a.g.e., II, s. 316.

Bunun gibi, diğer bir kararında, Temyiz 4 üncü Hukuk Dairesi, tramvayı bir inşa eseri olarak tavsif etmiştir (18.12.1938, 3537/2618)²⁰. Bu hal tarzı hakkında, kararda esbabı mucibe yoktur ve müelliflerin kanaati de bunun aksine matuftur. Ezcümle, Prof. Arsebük ve Prof. Gönensay, nakil vasıtalarının, otomobil, tramvay ve arabaların imal olan şeylerden madut olmadığını söylemektedirler²¹. Böyle mühim bir mevzuda, hâkim olan kanaata muhalif olarak verilen kararda, esbabı mucibe bulunması, ve bunun sebeplerinin izah edilmesi icap ederdi.

Hukukumuzda mevcut esaslara göre, tramvaylar ve motörlü nakil vasıtaları bir inşa eseri addedilebilirler mi? Bunlar, şüphesiz bir inşa eseridirler, zira beşer emek ve kuvvetile vücuda getirilen birer eserdirler, ve bunların hareket halinde değilken yaptıkları zararlardan, malikleri M. 58 mucibince mesuldürler. Bu hususta bir şüphe ve tereddüt yoktur. Fakat tatbikat bakımından asıl ehemmiyeti haiz olan, bunların hareket halinde iken yaptıkları zararlardır. Bunlar hakkında M. 58 in tatbiki için evvelâ toprağa, gayrimenkule bağlılık unsuru aranır; ikinci olarak da, kaza veya zararın bu vasıtada mevcut inşa veya muhafaza noksanından husule gelmesi şarttır²²a. Halbuki yürüyüş halinde bulunan tramvay ve otomobillerin yaptıkları kazalarda, diğer bir âmil, bunu idare edenin dikkat ve mahareti ve onun ferdiyeti inzimam etmektedir. Ekseri kazalarda, inşa veya muhafaza noksanı bulunmayabilir. Esasen bunu ispat da mutazarrıra terettüp etmektedir. Her ne kadar bu hususta fazla müşkülpeşent davranılmamakta ise de, motörlü nakil vasıtalarile yapılan her kazayı bu noksan ve eksikliğe irca etmek güçtür, ve bu esasen maddenin ruhuna da uygun değildir. Nitekim İsviçre içtihatları da otomobil idare edenlerin mesuliyetine dair olan kanunun ısdarından önce, yani 1832 den evvel, bu yola girmekten haklı olarak çekinmişlerdir. Fakat diğer taraftan, tren, tramvay, otomobil, otobüs ve uçakların yaptığı zarar ve kazalar dolayısıyla tehlike mesuliyetini kabul etmek, bugünkü içtimai hayatın en zarurî ihtiyaçlarından biri olarak ortaya çıkmaktadır. Almanyada ve İsviçrede bu mesele hususî kanunlarla halledilmiştir. Fransada ise, hususî kanun tanzimi hakkında müteaddit teşebbüslerin muvaffakiyetsizliğe uğraması üzerine, mesele madde 1384, I deki esasa istinaden içtihatlar tarafından halledilmiştir (Fransız Temyiz Mahkemesi Dairelerinin birlikte

²⁰) Basel, St. App. G. 27 Mai 1919, Schweiz. J. Z. XVII. Jahrg. s. 141, Weiss, No. 4468.

²¹) Temyiz kararları, Hukuk kısmı, 1938, s. 397.

²²) Arsebük, a.g.e., I. s. 613, Gönensay, borçlar hukuku, s. 227.

²³a) Bu hususta şu Federal Mahkeme kararına bakınız; Jdt. 1947, p. 142.

verdikleri meşhur 1930 kararı, bk. § 14, 2 b). Fransız hukukundaki bu inkişaf safhası, bizde M. 58 in muhtevasının genişletilmesi cereyanına benzemektedir. Filhakika Fransız Medenî Kanunu madde 1384 I deki kaidenin otomobil ve diğer vasıtalarla teşmili, maddenin ruhuna pek uygun değildir. Zira, bu maddeye göre de mesuliyet için, zararın «eşya vakiasından» (fait autonome de la chose) husule gelmesi icap ediyordu. Tatbikattaki zaruret, ve bu mevzuda hususî bir mesuliyet kanununun ısdar olunamaması, maddenin kendi ruhuna aykırı bir şekilde tefsirini icap ettirmiş, ve bunu meşru kılmıştır. Aynı vaziyet bugün bizde de mevcuttur. Kanaatımızca, bu hususta hususî mesuliyet hükümlerinin kabulü tercihe şayandır, bu suretle mevzua dair kat'î bir durum hasıl olacağı gibi, teferruata müteallik hususlar da hiç bir şüphe ve tereddüdü davet etmeyecek bir şekilde tanzim edilebilecektir.

Şu halde netice olarak, tren, tramvay, ve motörlü nakil vasıtaları, ve uçaklar hakkında tehlike mesuliyetinin hususî bir kanunla kabul edilmesini teklif ediyoruz (bu mevzuu ileride tafsil edeceğiz). Şimdiye kadar miktarı 5000 i geçen kanun çıkaran teşri uzvunun, bu en lüzumlu sahada da kendisini göstermesi zamanı gelmiştir. Bu, olmadığı takdirde, M. 58 in böyle bir genişletilmesine başvurmak icap edecektir. Çünkü bu mevzularda, tehlike mesuliyetinin benimsenmesi bir zarurettir, ve asrımızın tazyik eden ihtiyaçları bakımından gayri kabili içtinaptır. Çünkü tekâmül halinde olan hayatın icapları, kanunların sabit çerçevelerini aşmaktadır.

Bunların dışında, Temyiz Mahkêmemiz, aşağıdaki eşyaya da, haklı olarak M. 58 i tatbik etmiştir. Havagazı borularının delinmesi hakkında (H. U. H. 4.3.1942, 4/16/12), ve (4 üncü Hukuk D. 14.7.1939, 1361/1588)²¹, elektrik şirketi tesisatının bozukluğu hakkında (4 üncü Hukuk D. 18.4.1940, 128/936)²², bir handan düşen taş ve gene bir handaki elektrik tesisatının bozukluğundan çıkan yangın hakkında (Temyiz 4 üncü Hukuk Dairesinin neşredilmemiş iki kararı)²³, bir apartımanın yaya kaldırımı üzerinde bulunan kömür deposu kapağının açık bırakılarak, içine bir kimsenin düşmesinden mütevellit zarar hakkında (4 üncü Hukuk Dairesinin 31.1.1944 ve 510/270)²⁴.

²¹) Birincisi, Sungur, a.g.e., s. 145, No. 33, ikincisi, İzmir Baro dergisi, sayı 15-18 (1941), s. 234, de intişar etmiştir.

²²) Sungur, a.g.e., s. 224, No. 16.

²³) Ferruh Dereli, a.g.e., s. 43.

²⁴) Hukuk dergisi, Ankara, sayı: 4 (1944), s. 39; bu karar hakkında yazmış olduğumuz içtihat notu, Ankara Baro Dergisi 1948, sayı 54, s. 20-25.

3. İnşa veya muhafaza noksanı:

Bu mevzuda incelenmesi gereken diğer bir mesele de, maddede mesuliyet şartı olarak, husule gelen zararın, fena inşadan veya muhafazadaki noksandan ileri gelmiş olmasıdır. Burada, kanunumuzun metninde, «dé-faut d'entretien» karşılığı olarak «muhafazada kusur» denmesinden hasıl olabilecek yanlış bir tefsiri önlemek lâzımdır. Çünkü bu hususta, kusurun mevcudiyeti kat'iyen şart değildir, burada inşa veya muhafazada bir noksan, bir ayıp bahis mevzuudur. Bu inşa veya muhafaza noksanının malike kabili isnat olması da zarurî değildir, bunların sadece mevcut olmaları kâfidir. Binaenaleyh, bunu kanunumuzda ifade edildiği gibi kusur mânâsında almamak lâzımdır. 58 inci maddenin bu metnini, muhterem hocamız Prof. H. Veldet şu şekilde tercüme etmişlerdir: «bozuk tertip veya imal veya noksan muhafaza»³⁰. Esasen gerek doktrin gerek mahkeme içtihatları, bu maddeyi mutlak bir sebep mesuliyeti hali olarak kanunun ruhuna uygun bir şekilde anlamışlardır.

Şu halde malik bina veya diğer inşa eserlerinin, gerek inşa gerek muhafaza bakımından, noksansız olmasını temin etmekle mükelleftirler. Burada, noksan ile, daha ziyade, tekniğin ilerlemesile üçüncü şahıslara tehlike ihtimalini hariç bırakacak islahatın getirilmemiş olması anlaşılır³¹. Bir eserin bozuk olması, eserin göreceği fonksiyon için, icap eden teknik kaidelere riayet edilmemesi, diğer bir ifade ile eserin tahsis edildiği gayeye uygun bir tarzda inşa edilmemiş olması, veya bu tarzda kullanılmamakta olmasıdır³². İsviçrede, Vaud Kanton mahkemesinin 1944 tarihli kararında, bu mevzuda bizi aydınlatacak bazı esbabı mucibe dermeyan edilmiştir. Davaya esas teşkil eden hâdise şudur: bir arazinin su kanalizasyonu aşağı doğru akmakta ve bir bağdan geçmektedir, bir fırtına esnasında kanalizasyon boruları patlıyor, ve sular yukarıki araziden akarak bağı istilâ ve tahrip ediyorlar. Kararda, kanalizasyonun bir inşa eseri olduğu kabul edilerek, yukarıki arazinin maliki zararı tazmine mahkûm edilmiştir. Mucip sebep şudur: inşaat sahibi, kanalizasyonu, hattâ önceden görme hudutlarını geçmiyen fırtına halinde dahî, aşağıdaki arazi sahibine bir zarar vermiyecek şekilde inşa etmek mecburiyetinde idi³³.

³⁰) F. Funk, Borçlar Kanunu serhi (tt. H. Veldet, C. H. Selek), 58 inci madde serhi.

³¹) BGE. 46 II 252.

³²) Von Tuhr, a.g.e., p. 361, Becker, Kommentar zum O. R., Art. 58, No. 8.

³³) Chambre des recours du trib. cantonal vaudois 30 septembre 1942, Schweiz. Juristen Z. 1944, s. 9, bu kararın küçük bir hülâsası: Jdt. 1944, p. 25 te. Ayrıca şu karara da bk., Thurgau Ob. G. 27.3.1944 (Schweiz: Juristen Z. 1947, s. 159).

58 inci madde bakımından mühim olan, mümasil hallerde cari ve zaruri addedilen tedbirlerin alınmasıdır. Bu husustaki eksiklikleri ve bozuklukları, kanun inşa ve muhafaza bakımlarından derpiş etmiştir.

a) Bozuk tertip veya imal (fehlerhafte Anlage oder Herstellung, vice de construction):

Bunu tarif güçtür. Fena inşa ile, umumiyetle, fennin ve tekniğin icaplarına uygun olmıyan imalât anlaşılır. Bu, kullanılan malzemede veya inşa tarzında olabilir, veyahut o şeyin aslında tahsis edildiği maksattan başka bir maksat için kullanılmasından da husule gelebilir^{*)}. Bir Federal Mahkeme kararında, inşa noksanile, hem teknik inşa ayıbı, hem de eserin maddî bakımdan iyi yapılmış olmasına rağmen, kullanılmasının tehlike arzeder şekilde tesis edilmesinin, anlaşıldığı, belirtilmiştir^{*)}. Böylece tesisat, yerleştirme (installation) bozukluğu da buraya girmektedir. Bu keyfiyet Vaud Kanton mahkemesinin, mevzuunu biraz evvel izah ettiğimiz kararında da tasrih edilmiştir (bk. 39 No.lu not). Burada, kanalizasyonun inşası için malikin fazlasile masraf ettiği, fakat buraya yerleştirilen delikli bir parmaklığın mütehasısların fikrine göre hem lüzumsuz olduğu ve hem de feyezana tehlikesi doğuracak mahiyette olduğu tebarüz ettirilmiştir. Federal Mahkeme içtihatlarına göre, M. 58 bakımından bozukluk vasfının araştırılması «eserin teknik mükemmeliyet derecesinde değil, fakat bahsettiği emniyet (sécurité) derecesindedir. Şu halde, malikin normal olarak hesaba katabileceği ve hâdisatin normal gidişinde muayyen bir ihtimalin belli ettiği zarar ihtimallerini nazarı itibara almak lâzımdır»^{*)}. Bu hususta bir Federal Mahkeme kararı da vardır. Bir su kanalizasyonunun (iska bendinin) tahtadan olan kapağı kırılıyor, ve civardaki bir arsa bu yüzden zarar görüyor. Burada, bir şeyin imali için diğer malzemeye nazaran mukavemeti daha az, aşınma kabiliyeti daha çok malzeme kullanıldığı zaman, bakım ve nezaret hususunda daha çok itina göstermek mecburiyeti bulunmasına mebni malik olan komün tazminata mahkûm edilmiştir^{*)}. Federal Mahkeme, umumiyetle, kurulan tesisatta korunma tertibatının alınmamasını inşa noksanı telâkki etmektedir. Meselâ deniz banyosunda tahlisiye cihazlarının bulunmaması^{*)}, bir

*) Funk, Borçlar Kanunu serhi, s. 103.

*) BGE. 26, s. 857.

*) Daepfen/Repmond, a.g.e., p. 146.

*) BGE. 61 II 78, Jdt. 1936, p. 332, Adalet dergisi 1946, s. 764 ve Ist. Hukuk Fak. mec. 1938, c. 4, s. 262.

*) BGE. 55 II 196 (Jdt. 1930, p. 111).

buhar makinesinde, kabında (Dampfgefäß) emniyet cihazının (Sicherheitsventil) bulunmaması⁴⁵ gibi.

Bunun gibi, doğru olarak inşa edilen bir eser sonradan değiştirilir, ve bozulursa, veya tahsis edildiği gaye tebdil edilirse, bir inşa noksanının mevcudiyeti kabul edilebilir. Meselâ hususî bir ev olarak kusursuz olarak inşa edilen bir bina, sonradan umumun gireceği bir mahal haline getirilirse, veya bir el tezgâhının motöre raptı halinde, tehlike artmıştır, gereken korunma tedbirlerinin alınması icap eder⁴⁶.

b) Muhafaza noksanı (mangelhafter Unterhalt—défaut d'entretien):

Bina veya inşa eseri kullanılmağa elverişli, ve tehlikeleri önleyecek bir şekilde muhafaza edilmelidir. Muhafaza noksanı, inşa eserinin bozulmuş taraflarının düzeltilmemesinde, bunun kullanılmasında lüzumlu koruyucu tedbirlerin alınmamasında tecelli eder. Meselâ içinde çukurlar bulunan bir yolun veya bahçenin aydınlatılmaması, merdivende ışık bulunmaması bir muhafaza noksanı addedilebilir. Bir Federal Mahkeme kararında, umumî bir yol üzerinde, inşaat çalışmaları yapan kimsenin kazaları önliyecek tedbirleri almakla mükellef olduğu, aksi takdirde vuku bulacak kazadan mesul olduğu söylenmiştir⁴⁷. Bu suretle, muhafaza noksanı, zaman ve ihtiyaçlara göre değişen, lüzumlu ihtiyat tedbirlerinin alınmaması, tamirlerin yapılmaması, teknik yeniliklerin ve tesisatın getirilmemesi halinde mevcut olmaktadır⁴⁸. Görülüyor ki, netice itibarile, muhafaza noksanı bir bakımsızlık şeklinde tecelli etmektedir. Burada, eser hakkında mümasil hallerde cari ve zarurî addedilen teknik tedbirlerin alınması icap eder. Fakat bu mevzuda, İsviçre içtihatlarında da tasrih edildiği üzere, âzamî tedbirleri alması, nispetsiz ve müfrit masraflar yapması, malikten istenemez⁴⁹. Bir Federal Mahkeme kararında, malikin fenin son terakkilerine ait tertibatı inşa eserine getirmemiş olması muhafaza noksanı addedilmekle beraber, bunun inşa eserinin arzettiği tehlikeye nazaran gayri mütenasip bir şekilde pahalı olması halinde, malik mesul edilmemektedir⁵⁰. Şu halde ancak, nispetsiz masraflar yapılmaksı-

⁴⁵) BGE. 63 II 143 (Jdt. 1937, p. 522).

⁴⁶) Becker, Art. 58, No. 13. Ve Daepfen/Reymond, p. 147.

⁴⁷) Journ. des trib., 1928, p. 148, note de Thilo, (türkçesi: Adalet derg. 1945, s. 602).

⁴⁸) Oser-Schönenberger, Art. 58, No. 8.

⁴⁹) Jdt. 1924, p. 41; Schweiz. Juristen Z. 1944, s. 9.

⁵⁰) BGE. 55 II 84, ayrıca bk. BGE. 45 II 335 (Jdt. 1919, p. 642), 59 II 395 (Jdt. 1934, p. 516).

zın, tehlikenin önlenebileceği hallerde, muhafaza noksanından bahsedilebilir. Bunun için, eserin kullanılmasına ait bir tehlike ve bunun önlenmemiş olması lâzım gelmektedir. Kriter eserin arzettiği tehlikedir. Federal Mahkeme içtikatlarına göre, tehlike arzeden inşaatta korunma tedbirlerinin alınmaması, bir muhafaza noksanı teşkil eder¹¹. Bu suretle, ummun kullanmasına tahsis edilmiş olan asansörde, emniyet cihazlarının bulunmaması¹², resmî daire koridorlarında yürüyenlerin ayağını kaydıracak bir cilâ kullanılması¹³, bir otelde müşterilerin banyo yapmalarına mahsus bir havuzun kenarlarının sığ olmasına mukabil, bundan hemen uzaklaşınca kuvvetli bir meyille umulmadık bir şekilde derinleşmesi ve bunun nazarı dikkati celbedecek şekilde işaretlerle gösterilmemiş olması¹⁴, bina merdiveninin veya bahçedeki çukur veya hendeklerin aydınlatılmamış olması¹⁵, deniz banyosu için deniz kenarında yapılan tesisatta kurtarma âlet ve tesisatlarının bulunmaması¹⁶, bir buhar makinesinin emniyet cihazını havi olmaması¹⁷, hallerinde bir muhafaza noksanından bahsedilebilir.

c) İnşa ve muhafaza noksanının hukukî mahiyeti ve ispat külfeti:

İnşa veya muhafaza noksanı, mahiyeti itibarile, objektif kusur mefhumuna yaklaşmakta ise de, malikin mesuliyeti kusurlu olmasından müstakildir, inşa veya muhafaza eksikliğinin malike kabili isnat olması zarurî değildir. Hattâ bu noksanın sebebinin de ehemmiyeti yoktur. Noksan mücbir sebepten husule gelse dahi, bunun doğurduğu zarardan eser maliki mesul olur¹⁸. Oldukça yeni bir Federal Mahkeme kararında bu mevzu hakkında şöyle söylenmektedir: «bir bina veya eserdeki noksan bir zarar tevhit ederse, mesuliyet derhal husule gelir, malikin mesuliyeti bu noksan ve bozukluğun yalnız kendi fiilinden husule gelmesi haline münhasır değildir. Burada noksanın sebebinin ehemmiyeti yoktur. Malikin dikkat ve itina ile bu noksanı görebilecek ve tamir edebilecek durumda olmasının da ehemmiyeti yoktur. Bu nazara alınsaydı, o takdirde malike tebriye beyyinesi hakkı verilmiş olacaktı. Halbuki kanunun sis-

¹¹) BGE, 60 II 222 (Jdt. 1935, p. 43); 72 II 176 (Jdt. 1947, p. 617).

¹²) BGE, 41 II 688 (Jdt. 1917, p. 98).

¹³) Jdt. 1931, p. 333, Arsebük, cilt: I, s. 122, not: 24.

¹⁴) Jdt. 1938, p. 52, İst. Baro mec. 1943, s. 304 ve m.

¹⁵) Jdt. 1935, p. 238, 1936, p. 333; 1937, p. 4 et 543, Adalet derg., 1946, s. 766, İst. Hukuk Fak. mec. 1938, c. 4, s. 262, ve 1940, s. 855.

¹⁶ ve ¹⁷) Bunlar inşa noksanı olarak da mütalâa edilmisti, bk. not: 44-45.

¹⁸) Otfinger, a.g.e., II, s. 423.

teminde, M. 58 e göre, bina veya eser maliki bunun faydalarından istifade, ve noksanlarının meydana getirdiği zararlardan başka bir şarta lüzum olmaksızın mesuldür»⁵⁰.

Görülüyor ki, bina ve inşa eseri maliklerinin mesuliyeti bir sebep mesuliyetidir. Burada bahis mevzuu olan bir noksan, bir bakımsızlıktır, ve bunun malike kabili isnat olması zarurî değildir⁵¹. Meselâ bu noksan, eserin malik tarafından iktisabından evvele ait olabilir, mimar ve mühendislerin yaptıkları yanlışlardan da malik mesuldür (rücu hakkı mahfuz olmak üzere). «Eserin tahsis edildiği gaye, veya göreceği fonksiyonun icap ettirdiği kanunî hükümlere veya teknik kaidelere riayet edilmiş olması halinde, ve bununla umumun emniyeti tehlikeye sokulduğu takdirde, noksan inşa veya muhafaza vardır»⁵². Malik, bunları ve bunlardan mütevellit zarar ihtimallerini nazarı itibara alarak, eserini inşa ve muhafaza etmelidir. Buradaki esas düşünce, inşa eserinin, tahsis edildiği gaye bakımından, kâfi bir emniyet bahşetmesi, üçüncü şahıslara karşı arzettiği tehlikenin ve tesirlerinin bertaraf edilmesidir.

Zarar henüz vuku bulmadan dahi, bu tehlikenin önlenmesi, malikten istenebilir. Bu zarar tehlikesinin tehdit ettiği herkes, malike müracaat ederek tehlikenin önlenmesine dair tedbirlerin alınmasını talep edebilir. B. K. M. 59 da tanzim edilmiş olan bu talep hakkını kullanmayı ihmal etmiş olmak, sonradan zarar ve ziyan istemeğe mâni teşkil etmez⁵³. Bu talep tehdit eden tehlikenin bertaraf edilmesine mütealliktir. Kanunumuzun 59 uncu maddesindeki bu hüküm Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin 30.3.1943 tarihli, ve 689/1236 sayılı kararile teyit edilmiştir⁵⁴.

Şu halde, malikin B. K. M. 58 mucibince mesuliyetini tesis edebilmek için, zararın inşa eserindeki inşa veya muhafaza noksanından ileri geldiğinin ispat edilmesi lâzımdır⁵⁵. Bunu ispat külfeti kime terettüp eder?

⁵⁰) BGE. 69 II 394 (Jdt 1944 p. 243), türkçesi: Adalet Derg. 1944, s. 969. Aynı karar için bk., Theo Guhl, die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1943, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 1944, s. 537.

⁵¹) Arsebük, a.g.e., s. 612, not 6 ve s. 614, not. 20.

⁵²) Oftinger, a.g.e., II, s. 426, Daepfen/Reymond, a.g.e., p. 140.

⁵³) Flick, art. 59, No. 7.

⁵⁴) Becker'e göre, B. K. M. 59 un tatbiki için 3 şart lâzımdır (Kommentar, Art' 59, No. 4); 1: bir bina veya inşa eserinin tehlike arzemesi (meselâ bir binanın yıkılması ihtimali). 2: tehlikenin önlenebilecek mahiyette olması. 3: bozuk inşa veya noksan muhafaza. Bu son şart kanunda zikredilmemiştir, ve bu sebepten, bunu Federal Mankeme (BGE. 24, II, 102) ve Oser (Art. 59, No. 3) reddetmektedirler.

⁵⁵) Bk. schweiz. Juristen Zeitung 43. Jahrg. (1947), s. 159 da müntezir, Thurgau Kanton Mahkemesinin (Ob. G.) 27.3.1945 tarihli kararı.

Bina ve inşaa eseri maliklerinin mesuliyetleri, kanunda istihdam edenlerin ve hayvan idare edenlerin mesuliyetinden sonra geldiğinden, inşaa veya muhafaza eksikliğinin M. 55 ve 56 da olduğu gibi, karine olarak kabulü derpiş olunabilirdi. Fakat 58 inci madde böyle bir karine vazetmemiştir ve madde 58 de hususî bir sarahat bulunmadığından ispat külfeti davacıya düşer. Burada, mutazarrır zararın inşaa veya muhafaza noksanından husule geldiğini ispat edecektir (M. K. M. 6)⁶⁵. Fakat bu hususta fazla müşkülpesent hareket etmemek lâzımdır, aksi takdirde maddedeki kaide bütün ehemmiyetini kaybedebilir. Tehlikenin mevcudiyeti, ve bunu önlemek için alınması gereken tedbirler, ve nihayet zararın tahakkuku bu mevzuda kat'î tesiri olan âmillerdendir.

Gerçekten, burada zarar görenden, inşaa veya muhafaza noksanını tam olarak ispat etmesini istemek bizi maddenin ruhuna aykırı bir neticeye götürebilir. Zira, zararın vukuu ile, aynı zamanda inşaa eseri hasara uğramış, harap olmuş olabilir. Bu parçalanmış malzeme arasında inşaa noksanını bulup ispat etmesini mutazarrırdan istemek, onu bir ispat imkânsızlığı (Beweisnotstand) durumuna sokmakla müsavidir⁶⁶. Bu şartlar altında muhafaza veya inşaa noksanı mevcut farz olunur, ve malik de bunun aksini ispatla mesuliyetten kurtulamaz. Malikin mesuliyetten kurtulması, ancak zararın mücbir sebep veya mutazarrırın veya üçüncü şahsın kusurundan tevellüt etmesi halinde mümkündür, bunun ispatı ise malike terettüp eder⁶⁷. Mutazarrırın kusuru, ve mücbir sebep zararın aslı sebebi olduğu takdirde, malik tazminat mükellefiyetinden kurtulur. Fakat bu âmillerin yanında, zarara inşaa veya muhafaza noksanı da birlikte tesir etti ise, bu takdirde hâkim tenkis edilmiş bir tazminata hükmeder, miktarı tayin hususunda takdir hakkını haizdir. Üçüncü şahsın kusuru, inşaa veya muhafaza noksanını tevlit etti ise, bu, malikin mesuliyetini bertaraf etmez, ancak rücu hakkına esas teşkil eder.

d) Türk Yargıtay içtihatlarına göre, muhafaza ve inşaa noksanı:

Bu mevzuda, neşredilmiş olan Yargıtay kararlarını tetkik ettiğimizde, miktarı az olmakla beraber, gayet yerinde ve doğru kararlar görmekte memnun olduk. Bunlar arasında 4 üncü Hukuk Dairesinin 31.1.1944 tarihli ve 510/270 sayılı kararına bilhassa işaret etmek isteriz⁶⁸. Vehbî Koç apar-

⁶⁵) Ek. BGE. 49, II, 254 (Jdt. 1924, p. 41), 51, II, 207 (Jdt. 1926, p. 287).

⁶⁶) Bk. Oftinger, a.g.e., II, s. 433.

⁶⁷) Bk. BGE. 63, II, 28 (Jdt. 1937, p. 512), türkçesi: Adalet Derg. 1946, s. 287.

⁶⁸) Ankara Hukuk Dergisi, sayı: 4 (1944), s. 39. Bu karar hakkında yazmış olduğumuz bir içtihat notu, Ankara Barosu Dergisinin 54 üncü sayısında (1948) s. 20-25 de intisar etmiştir.

tımanının kömür deposunun, yaya kaldırımı üzerinde, açık ve kontrolsüz bırakılan, kapağında içeri düşerek kalçasından sakatlanan ve uzun bir tedaviye muhtaç kalan bir kadının maddî ve mânevî tazminat talebi, kendisine atfı kabil hiç bir kusur bulunmamasına rağmen malik Koç'a yükletilmiştir. Halbuki kapağın açılması ve açık olarak bırakılması, ve muhafazadaki kusur, başka bir şahsa, müstecire ait bulunmaktadır. Bu karar gayet yerindedir, çünkü malik kusurlu olan şahsa rücu hakkını haizdir. Ancak kanaatimizcâ, tazminat miktarı zararın ağırlığına nazaran çok azdır.

Bu mevzuda verilmiş olan diğer kararlar da M. 58 deki esasa uygundur. Ezcümle, İstanbul Havagazı Şirketinin, borularını muayene etmemesi neticesi bunların patlıyarak, Demirtaş hanının bir odasında oturan davacının kardeşinin hava gazı ile zehirlenerek ölmesine sebep olmasından⁶⁹, şirket mesul edilmiştir⁷⁰. Bunun gibi elektrik şirketinin, tesisatının bozukluğundan husule gelen zararlardan mesuliyeti kabul edilmiştir. Karada tazminat talebinin kabulü muhafaza noksanına istinat ettirilmiştir. Zira, burada, pek haklı olarak söylendiği gibi, şirketin zaman zaman ve bilhassa fırtına hallerinde, tesisatını tetkik ve muayene etmesi, ve kopmuş tellerin hemen tamirine başvurması icap etmektedir⁷¹. Bu davaya esas teşkil eden hâdisede, fırtına dolayısıyla kopan bir elektrik teline bir gencin çarparak ölmesi hâlinde bundan mütevellit tazminat talebine karşı fırtınanın mücbir sebep olduğu ileri sürülmüşse de mahkeme tarafından reddedilmiştir. Fırtına muayyen fasılalarla tekerrür eden bir hâdis olduğundan, son bir İsviçre Mahkeme kararında da, bunun mücbir sebep olduğu hakkındaki müdafaa kabul edilmemiştir⁷². Elektrik şebekesinin bozukluğundan mütevellit diğer bir Yargıtay kararı daha vardır⁷³: Belediyeye ait su deposunda, elektrik şirketi müstahdemlerine inşa ettirilen elektrik tesisatının fena ve kusurlu malzeme ile yapılması ve bunun neticesinde, o civarda nöbet bekliyen bir kimsenin elektrik cereyanına çarparak ölmesinden, esas mahkemenin Belediyeyi hiç bir kusuru olmaması sebebiyle beraet ettirmesini Yargıtay pek haklı olarak bozmuş, ve Beledi-

⁶⁹) H. U. H. in 4/16/12 sayılı ve 4.3.1942 tarihli kararı (Sungur, a.g.e., s. 145, No. 33).

⁷⁰) Buna benzer diğer bir karar: 14.7.939 tarihli ve 1361/1588 sayılı karardır, İzmir Baro Dergisi 1941, sayı: 15-18, s. 234.

⁷¹) 4 üncü Hukuk Dairesi, 18.4.1940, 128/936. Sungur, a.g.e., s. 224, No. 16.

⁷²) Bk. schweiz. Juristen Zeitung 1944, s. 9-10.

⁷³) 4 üncü Hukuk D., 29.2.1942 tarihli kararı, N. Bilge, yardımcıdan mahrumiyet, Adliye Dergisi 1944, s. 687-688.

yenin M. 58 gereğince, kendisine ait tesisatın inşa veya muhafazadaki noksanlarından mesul olduğunu tasrih etmiştir.

Bunun gibi, bir tramvayın emniyet tertibatının (frenlerinin) bozuk olması bir noksan addedilmiştir¹⁴.

II. Gayrimenkul malikinin mesuliyeti (M. K. M. 656):

1. Mülkiyet hakkının icrasının tecavüzüne, aşırı istimaline müstenit bir sebep mesuliyeti halidir. Gayrimenkuller için bahis mevzuudur (M. K. madde: 656). İsviçre içtihatlarına göre bu hüküm kıyas yolu ile menkullere de kabili tatbiktir¹⁵. Muasır telâkkilere göre, mülkiyet hakkı, hudutsuz bir hak değildir. Malik hakkını kullanırken, başkasının haklarını ihlâl etmemeğe dikkat etmelidir. Mülkiyet hakkının başkasını izrar edecek şekilde kullanılmasında bir muhafaza veya inşa noksanı bulunmasa dahi malik mesuldür. Mesuliyet şartları bakımından malik için daha ağır ve zarar görenler için daha müsait bir durum vardır. Zira burada ne failin kusuru, ve ne de eksik bir muhafaza ve noksan tesisat olması aranmaktadır. Bu mevzuda, mülkiyet hakkına çizilmiş olan hudutların tecavüz edilmesi kâfidir. Bir Federal Mahkeme kararına göre, bu fiil kiracı tarafından yapılmış olsa dahi, gene malik mesuldür¹⁶. Bu kararı tatmin edici bulmayan von Tuhr, maddenin tatbiki için, her ne kadar kusur aranmıyorsa da, hiç olmazsa malikin haksız fiili bulunması lâzım geldiğini söylemektedir¹⁷. Fakat İsviçre mahkemeleri eski içtihatlarında devam etmektedirler. Ezcümle son bir Kanton mahkemesi kararında¹⁸, gayrimenkul malikinin mülkiyet hakkını tecavüz ederek zarar ika etmesine dair sebep mesuliyeti esasını tatbiki için, bu tecavüzün bizzat malik tarafından yapılmış olmasının şart olmadığı, bunun müstahdem, ailede nezaret edilen kimseler veya hasılat kiracısı tarafından yapılması halinde dahi, malikin mesul olduğu tasrih edilmiştir. Bu mevzuda Federal Meclisin «message» ında verilen şu misal de dikkate şayandır: bir malikin gayri-

¹⁴) Temyiz kararları, Hukuk kısmı, 1938, s. 397. Buna benzer yeni bir Federal Mahkeme kararında, aynı zamanda eser maliki sıfatını haliz olan istihdam eden kimsenin B. K. madde 58 gereğince mesul edilebilmesi için kaza ve zararın eserdeki bir noksandan husule gelmiş olmasının icap ettiği söylenmiştir (Jdt. 1947, p. 142).

¹⁵) Bk. Luzern Mahkemesinin kararı (Luzern Ob. G. I. K. 8.11.1945, Schweiz. Juristen Z. 39. Jahrg. s. 200-201).

¹⁶) Jdt. 1918, p. 252.

¹⁷) von Tuhr, a.g.e., p. 362, note 29; S. Gönensay, Borçlar Hukuku, s. 229.

¹⁸) Rheinfelden Bez. Ger. 22.11.1945, schweiz, Juristen Zeitung, 42. Jahrg. (1946) s. 263.

menkulüne yerleştirdiği dinamo, komşu malikler için bir mahzuru olmadığı ehlihibre tarafından tespit edildiği halde, sonradan bunun infilâkile komşuların zarara uğramasında, bunların zararları tazmin edilmelidir, çünkü mülkiyet hakkının icrası tecavüz edilmiş, ve başkasına zarar iras edilmiştir⁹⁹.

Şu halde M. K. M. 656 ya göre, gayrimenkul malikinin kusursuz mesuliyeti için yegâne şart, zararın, gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının aşırı kullanılmasından husule gelmesidir¹⁰⁰.

2. Mülkiyet hakkının tecavüz edilmesi (Überschreitung des Eigentums - excés du droit de propriété) teriminin ifade ettiği mâna ve şümül nedir? İsviçreli müelliflerden C. Ch. Burckhardt ve A. Homberger'e göre, «mülkiyetin tecavüzü» terimi isabetsiz ve gayri vâzıhtır. Zira burada yalnız mülkiyet vakıasına dayanan bir mesuliyet mevcut olmayıp, aynı zamanda bir haksız fiil unsuru vardır. Bunu esbabı mucibe sarıh olarak söylüyor: «eşyanın mahiyetinden husule gelen zararlar, malikin mesuliyetini mucip olmaz»¹⁰¹.

Keza, Vieland ve Haab gibi şarihler de, mülkiyet hakkının kullanılmasının, bir haksız fiil teşkil etmesi halinde, mülkiyet hakkının tecavüzü, aşırı istimali bahis mevzuu olacağını kaydetmektedirler¹⁰². Bu haksız fiilin malik veya diğer bir şahıs tarafından yapılması müsavidir, yeter ki mülkiyet hakkının icrasına taallük etsin.

Şu halde, gayrimenkulün mahiyetinden inbias eden, veya tabii bir hâdise sebeble vuku bulan zararlarda, M. K. M. 656 tatbik edilmez¹⁰³. Bu mevzuda Bern İstinaf Mahkemesinin 23.2.1943 tarihli kararı bizi tenvir edecek mahiyettedir¹⁰⁴. Bir kadının 1920 de satın aldığı ev sokaktan geçen büyük kamyonların, yaptığı sarsıntı neticesinde sarsılmış ve binada çatlaklar husule gelip, nakliyat ve sarsıntılar devam ettiğinden bu çatlaklar artmış, yıkılma tehlikesine binaen kiracılar evi terketmişlerdir. Evin

⁹⁹) Bk. M. Petitpierre, a.g.e., p. 78 a.

¹⁰⁰) İfade ettiğimiz bu şart tahlil edilecek olursa, bunun üç şartı tazammun ettiği görülür: 1. mülkiyet hakkının tecavüzü. 2. zarar ve ziyan tehlikesinin bulunması. 3. mülkiyet hakkının tecavüzü ile, husule gelen zarar arasında illiyet rabitasının bulunması. Burada kusurun mevcudiyeti şart değildir.

¹⁰¹) C. Ch. Burckhardt, a.g.e., s. 566; Homberger, a.g.e., s. 15 a.

¹⁰²) Vieland, les droits réels dans le code civil suisse, p. 297; R. Haab, Kommentar zum Sachenrecht, Art. 679, No. 17-21.

¹⁰³) Bk. Arsebük, a.g.e., s. 617, not 45.

¹⁰⁴) Bern. Appellationshof, 22.2.1943, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 1944, s. 325.

maliki olan bayan 1939 da mahkemeye müracaat ederek, evin hasara uğramasının, yolun bozukluğundan ve buradan geçen nakil vasıtalarının bu sebeple yaptıkları sarsıntıdan mütevellit olduğunu, ve binaenaleyh bundan doğan zararlarının tazminini ve yolun tamirini, bunun maliki olan Bern şehrinden (Devletinden) talep etmiştir. Bern Mahkemesi Devletin yolun maliki olduğunu kabul etmekle beraber, M. 656, 661 in tatbik edilebilmesi için, Devletin hâkimiyet hakkını kullanırken değil, fakat mülkiyet hakkını kullanırken bir zarar yapmış olmasının icap ettiğini beyan etmiştir. Halbuki Devlet yolu umumî nakliyata tahsis ederken hâkimiyet hakkını kullanmaktadır, bu itibarla M. K. M. 656, 661 gereğince takip edilemez. Bu hususta bir Federal Mahkeme kararı da vardır (61 II 323 «Jdt. 1936, p. 290»). Bu ve diğer sebeplerle⁸⁵ mahkeme davacının talebini reddetmiştir. Bunun gibi, evvelce zikretmiş olduğumuz Vaud Kanton mahkemesi kararında da, B. K. M. 58 in tatbiki kabul edildiği halde, M.K. M. 656 nın tatbiki reddedilmiştir, çünkü bir yeraltı su kanalizasyonu inşa eden malikin mülkiyet hakkını tecavüz etmediğinin âşikâr bulunduğu söylenmiştir⁸⁶.

3. Şu halde, B. K. M. 58 ile M. K. M. 656 nın tatbik sahalarının ayrılması icap etmektedir. Medenî Kanununun 656 ncı maddesi, mahiyeti itibarile, B. K. 58-59 un yanında, Borçlar Kanununda yer almalı idi⁸⁷. Bunun aynı haklarda tanzim edilmesinin tesiri, eser malikinin mesuliyetine dair, Borçlar Kanunundaki hükümleri tahdit etmesidir. Her iki hüküm zararın tazminine matuf olduğuna göre, M. 656 mülkiyet hakkının tecavüzüne, M. 58 inşa veya muhafaza noksanına mütealliktir. Burada şöyle bir tefrik yapmak muvafık olur:

⁸⁵) Bu kararda, Devletin yolun inşa tarzındaki bozukluklardan B. K. M. 58 mucibince mesul olacağı esası belirtilmekle beraber, eğer zarar mülkiyet hakkının tecavüz edilmesinden husule gelmişse, mülkiyetin dışında her sebebin, M. 656 mesuliyetini bertaraf edeceği söylenmiştir. Davada, mülkiyet hakkının icrasıyla, zarar arasında illiyet rabitası mevcut değildir. Ayrıca, Politeknik mektebinin mühendis hocaları, evdeki zararın ilk ve esaslı sebebinin, yoldaki nakliyat olmadığını tespit etmiştir. Bu suretle davacının talebi, zararlar mülkiyet hakkının icrası arasında illiyet rabitasının ademli mevcudiyeti sebebiyle, reddedilmiştir.

⁸⁶) Chambre des recours du trib. cant. Vaudois, 30 sept. 1942, schweiz. Juristen Zeitung 1944, s. 9. Bu satırlar dizilirken son dakikada elimize geçen bir Federal Mahkeme kararı, malikin arazisini üzüm bağı olarak kullanmasının M. K. madde 656 mânasında «mülkiyet hakkının tecavüzü» mahiyetinde olmadığını tespit etmiştir (Jdt. 1948, p. 133 et sv.).

⁸⁷) Vieland, a.g.e., art. 679, No. 1.

a. İnşa veya muhafaza noksanından mütevellit zararlar: B. K. M. 58 deki inşa eseri mefhumuna girer.

b. Mülkiyet hakkını malikin tecavüz etmesi: bu da komşuluk hukukuna ait bir meseledir. Eğer, malik başkasının menfaatine olarak mülkiyet hakkının takyitlerine riayet etmezse hukuka aykırı hareket etmiş olur⁸⁸.

Bununla beraber, M. 656 da tanzim edilen, malikin mesuliyetine dair olan hükmün B. K. M. 58 deki esasla yakın alâkası vardır ve 656 ncı maddedeki hükmün kanunun sistematiği bakımından ve mantikî olarak yeri B. K. M. 58 den sonrası olmak icap ederdi. Bir Federal Mahkeme kararında söylendiği gibi⁸⁹, 656 ncı madde mucibince, davacı zarar veren hâdisenin bertaraf edilmesinden maada, iras edilen zararın tazminini de isteyebilir. Bu hükmün iç rabıtası bakımından borçlar hukukuna ait bir hüküm olduğunu beyan eden R. Haab, bunun aynı haklar sahasında bir «lex fugitiva» (kaçak bir hüküm) olduğunu söylemektedir⁹⁰. Bunun aynı haklar kısmında tanzim edilmiş olmasının sebebi, komşuluk münasebetleriyle olan alâkasıdır. M. 656 nın yanında, M. 661 komşu gayrimenkullere yapılan zarar verici faaliyetin neticelerini tanzim eder. Duman, buhar çıkması, gürültü ve fena kokulardan husule gelen zararlar bu hükme tâbidir. Bu alâkayı şu Federal Mahkeme kararında tespit edilmiş olarak görüyoruz: meskûn bir mahalde, bir domuz ahırını ile ona bağlı bir mandırının büyütülmesi için yapılan plânlar, ve inşaata mâni olmak üzere komşuların açtıkları dava kabul edilmiştir. Zira, normal olarak işletildiği takdirde, komşu malike ziyadesile zarar vereceği sabit olan bir binanın inşasını menettirmek caizdir. M. 656, 661. Yeni ahırlar yapıldığı takdirde, hâlen mevcut gürültü ve kokuların artmasının önlenemeyeceği, bunların sadece rahat kaçırarak mahiyette olmayıp, sıhhate de muzir olduğu tasrih edilmiştir⁹¹.

• M. 58 ile 656 arasında bir tefrik kriteri vazeden bir Federal Mahkeme kararında, bir yol maliki olan âmme korporasyonunun, bunun kullanılması dolayısıyla, bununla temasta bulunarak zarar gören şahıslar ve

⁸⁸) Homberger, a.g.e., s. 15 a, No. 32. Ayrıca bk., E. Thilo, Komşuluk hukuku (terc. T. Bekir), İst. Baro Mec. 1929, s. 110, 164; Ahmet Esat, Mülkiyet ve takyidatı, İst. Baro Mec. 1933, s. 204.

⁸⁹) BGE. 68, II, 369 (Jdt. 1943, p. 466. Ad. Derg. 1945, s. 87-91).

⁹⁰) Haab, Kommentar zum Sachenrecht, Art. 679, No. 2 (4. Lieferung. Zürich 1933).

⁹¹) BGE. 58 II 116 (Jdt. 1933, p. 80), türkçesi: Adalet Dergisi 1945, s. 97. Ayrıca, Hukuk ve İctihatlar Dergisinde (sayı: 14, s. 95) tercüme edilen karara da bakınız.

menkul eşya için, M. 58 gereğince mesul olduğu, bunun kullanılmasının komşu gayrimenkullere iras ettiği zararlar için aynı haklardaki komşuluk münasebetlerine dair hükümler nazarı itibara alınarak, karar vermek lâzım geldiği tasrih edilmiştir⁶⁵. Daha yeni bir kararda, Bern şehrinin caddelerinden birinin altına konulan, elektrik tellerinin Bern şehri tarafından yapılan bir inşaat esnasında tahrip edilmesi dolayısıyla, Konfederasyonun Bern Şehri aleyhine açtığı dava Devletin dahi, komşularına iras ettiği zarardan, medenî hukuk mucibince mesul olduğu sebeble kabul ediliyor. Bu husustaki kaide yalnız, malikin komşu araziye yaptığı zarara değil, fakat malikin arazisine bir irtifak hakkı veya diğer bir hak dolayısıyla vazedilen tesisata ika edilen zararlara da, kıyas yolu ile tatbik olunmasıdır⁶⁶.

Fakat bu kriterin, fazla mutlak mahiyeti haiz olduğu, ve sun'î olduğundan, bazı hallerde, münazaanın mahiyetine göre, buna iltihaka imkân bulunmadığı söylenmektedir⁶⁷. Bu, kat'î mahiyeti haiz olmamakla beraber, büyük bir tesir ve ehemmiyet ihtiva etmektedir.

4. Yargıtay kararlarında, şimdiye kadar neşredilmiş olanlarında, M. K. M. 656'nın tatbikine dair, bir içtihadı tesadüf edemedik.

§ 21. Gayrimümeyyizlerin mesuliyeti.

1. Mesuliyetin istinat ettiği esas:

Gayrimümeyyizlerin haksız fiillerinden mesuliyeti kusur esasına müstenit olamaz. Zira gayrimümeyyizlerde kusur ehliyeti mevcut değildir. Bu mesuliyet ancak tehlike ve hakkaniyet fikrile kabili izahtır. Fransız hukukunda gayrimümeyyizlerin hukukî mesuliyetlerinin kabul edilmemesi hakkında tenkidî mülâhazalarda bulunan G. Ripert'in dediği gibi, «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 gayrişuuri hareket etmeleri sebeble darbelerine tahammüle mecbur olmamayı istiyoruz. Aksi takdirde şuurlu ve dikkatli insanların vaziyeti hakikaten fena olacaktır»⁶⁸. Gayrimümeyyizlerin ce-

⁶⁵) BGE 61 II 325 (Jdt. 1936, p. 290), türkçesi: Adalet Dergisi 1946, s. 630.

⁶⁶) BGE 70 II 85 (Jdt. 1944, p. 523).

⁶⁷) Oftinger, a.g.e., II, 397-398; E. Thilo, la resp. du propriétaire d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage, Jdt. 1946, p. 259.

⁶⁸) G. Ripert, examen doctrinal, jurisprudence civile, revue critique, t. 38 (1909), p. 131.

miyet içinde serbest gezmelerine, faaliyette bulunmalarına müsaade ediliyorsa, bunların haksız fiillerden mesuliyetini de muayyen hudutlar dahilinde kabul etmek lâzımdır. Bu suretle, gayrimümeyyizlerin, etrafındakiler için arzettikleri normal tipten inhiraf tehlikesi dolayısıyla mesul edilmeleri neticesine vasil oluyoruz². İsveçli hukukçu S. Jögrems de bu mesuliyeti tehlike fikrile izah etmektedir. Bu müellife göre, çocuklar ve akıl hastaları hakkında tanınan menfaat, bunların ika ettikleri her zardan mesul edilmemeleri şeklinde, fazla ileriye gitmemelidir. Gayrimümeyyizler kendilerine tanınan hareket serbestisi gibi bir menfaat karşılığı olarak, üçüncü şahıslara karşı arzettikleri tehlikeyi tahammül etmelidirler³.

Fakat gayrimümeyyizlerin mesuliyet ve tazminat vecibelerini yalnız tehlike ve menfaat fikrile izah etmek doğru olmaz. Bu mevzuda, doktrinde ve mevzuatta hâkim olan diğer bir mülâhaza da hakkaniyet esasıdır. Sovyet Rusya Medeni Kanununda bütün haksız fiillere şamil olmak üzere kabul edilmiş olan ve buna mukabil Fransız hukukunda hiç mevcut olmayan hakkaniyet mesuliyeti, ekseri hukuklarda ve bilhassa BGB de yalnız gayrimümeyyizler hakkında derpiş edilmiştir. İsviçre - Türk Borçlar Kanunundaki sistem ise biraz daha ileridir. Çünkü bu kanunlarda hakkaniyet mesuliyeti gayrimümeyyizlerin haksız fiilleri hakkında kabul edilmiş olduğu gibi, ayrıca failin zaruret halinde olması ve ağır kusuru bulunmaması şartile tazminatın tenkisi sebebi olarak tanzim edilmiştir (B. K. M. 44, II).

Şu halde, hukukumuzda, gayrimümeyyizlerin hukukî mesuliyeti, tehlike ve hakkaniyet fikirlerine müstenittir. Ancak hakkaniyet icap ettiği takdirdedir ki, gayrimümeyyizler ika ettikleri haksız fiillerden muhatap tutulurlar. Yukarıda tafsilâtını vermiş olduğumuz hakkaniyet mülâhazası ile (bk. § 9, II), kısaca tarafların mamelek ve servet vaziyetlerinin mütalâa edilmesi anlaşılır. Bu suretle, gayrimümeyyizlerin mesuliyetinin teessüsünde, sosyal adalet ve hakkaniyet düşüncesi ehemmiyet kazanmaktadır.

2. Gayrimümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyeti:

İsviçre - Türk hukuklarında temyiz kudretini haiz olmıyanların mesuliyeti B. K. M. 54 de tanzim edilmiştir. Bu hüküm 41 inci maddedeki

²) Egger, Kommentar zum Personenrecht, Art. 18, No. 15.

³) C. Ch. Burckhardt, die Revision des schweiz. O. R. im Hinsicht, auf das Schadenersatzrecht. Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. 22 (1903), s. 529.

kaidenin istisnalarından birini teşkil etmektedir. M. 41 e göre, gayrimümeyyizler, temyiz kudretini ve dolayısıyla kusur ehliyetini haiz olmadıklarından, mesul olmamaları icap eder. Halbuki, 54 üncü madde, bazı şartlar altında, gayrimümeyyizleri haksız fiillerinden mesul etmektedir. Ancak bu mesuliyetin kusurdan tamamiyle tecerrüt etmiş bir mesuliyet olmadığı söylenmekte, ve şöyle bir faraziye yapılmaktadır: gayrimümeyyizlerin fiilleri, normal ve mümeyyiz bir kimsenin fiilile mukayese edilerek, fiil mümeyyiz bir şahısta bulunsa idi bir kusur olarak tavsif edilecek mahiyette ise, ancak bu takdirde gayrimümeyyizin mesuliyetini mucip olur. Zira, bir gayrimümeyyizin haksız fiilden mesuliyeti, mümeyyizin mesuliyetinden daha ağır olmamalıdır⁴. Bir mümeyyiz şahısta bulunsaydı, kusursuz olarak tavsif olunacak bir fiili işleyerek zarara sebebiyet veren gayrimümeyyiz mesul edilemez. Burckhardt bu hususta şu misalleri veriyor: «ayağı kayarak düşen ve cadde üzerinde teşhir edilen emteayı zarara sokan bir çocuk, normal bir şekilde bir sokağın köşesini dönerken karşı taraftan sıçrayarak hızla gelen bir çocuğa çarpan bir akıl hastası, âni bir infilâk gürültüsünden ürkerek bir refleks hareketi yapan ve yumurta sepeti taşıyan bir kadına çarpan bir akıl zayıfı, ehliyet sahibi kimselerden daha fazla mı mesuldürler?»⁵. Gerçekten, âlim hukukçunun zikrettiği misallerde, zarar ika eden gayrimümeyyizlerin durumu bir kusur hali arz etmemektedir, ve bu fiiller ehliyet sahibi, mümeyyiz şahıslar tarafından yapılmış olsaydı kusurlu bir fiil addedilmeyecek, ve fail tazminat borcu ile mükellef kılınmıyacaktı. Şu halde, bunların gayrimümeyyizler tarafından yapılması halinde de aynı neticeye varmak, ve bunları mesul etmemek icap eder. Gayrimümeyyizler, ancak temyiz kudreti fiksiyonu altında, fiillerinin kusur arz etmesi halinde mesuldürler⁶.

Bu izah tarzı ve faraziye, biraz sun'îdir. Zira temyiz kudretinin bulunmaması halinde, kusur da mevcut değildir, çünkü burada mânevî isnat kabiliyeti eksiktir. Fiilin mümeyyiz bir şahsın fiilile mukayese edilmesine gelince, bir hukukçunun pek haklı olarak dediği gibi, «bir çocuk ancak bir çocuktan beklenen hareketleri yapar»⁷. Bu farazi kusur, madde 54 deki mesuliyetin meşruiyetini izah edemez. Eğer mesuliyet buna istinat ettirilirse, madde 54 gayrimümeyyize normal tipten inhıraf teşkil

⁴) Bk. BGE 55 II 38 (Jdt. 1929, p. 403), 58 II 29 (Jdt. 1932, p. 359). Egger, a.g.e., Art. 18, No. 15; Homberger, a.g.e., s. 4 a, Oser-Schönenberger, Art. 54, No. 4; Fick, art. 54, No. 14; von Tuhr, a.g.e., p. 343, note: 35.

⁵) C. Ch. Burckhardt, a.g.e., s. 527.

⁶) C. Ch. Burckhardt, a.g.e., s. 528; von Tuhr, a.g.e., p. 343, note: 35.

⁷) Homberger, a.g.e., s. 4 a.

eden tehlikeler için mesuliyet tahmil eder⁸. Bu ise, objektif kusur telâk-kisinin gayrimümeyyizlere teşmilinden başka bir şey değildir. Fransada H. ve L. Mazeaud'nun müdafaa ettiği, ve yavaş yavaş Fransız mahkeme içtihatlarına tesir etmekte olan⁹ bu düşünce tarzını, hukukumuzda kabul etmek için bir sebep yoktur. Kanaatimizce, hâkim bu farazî kusuru nazarı itibara alabilmelidir. Fakat bunu kat'î bir şart olarak vazetmek doğru değildir, ve bu, gerek maddenin metnine ve gerek ruhuna uygun değildir. Zira, burada hâkim olan hakkaniyet düşüncesidir ve buna binaen, hâkim hal ve vaziyetin icaplarına, bilhassa tarafların servet vaziyetlerine göre, tam bir mesuliyete, mahdut bir mesuliyete veya mesuliyetsizliğe karar verir. Gayrimümeyyizde, bu farazî kusur tespit edilmiş olsa bile, tazminle mükellef kılınması kendisini müstakbel iaşesinden mahrum bırakacak mahiyette ise, hâkim bundan içtinap edecektir. Diğer taraftan, mümeyyiz şahısların fiilile mukayese edilerek, gayrimümeyyizin fiili hudsuz olarak tavsif edildiği takdirde, eğer mağdur da burada kusursuzsa, gayrimümeyyizin mutlak olarak mesuliyetsizliğine karar vermek doğru olmaz. Bu gibi hallerde zarar yükünü, daima buna maruz kalana bırakmak zarurî değildir. Zararın tevzi ve tahmillini mukadderata bırakmak anti sosyal bir düşüncedir¹⁰. Bu noktanın kusur prensibinin en zayıf tarafı olduğunu söylemiştik (§ 4, I, 1-2). Hakkaniyet mülâhazası ise, bu haksızlığı ve müsavatsızlığı telâfi edecek en müessir bir çaredir, ve kanunumuz bunu gayri mümeyyizler hakkında kabul etmiştir. Binaenaleyh, bu farazî kusur üzerinde fazla ısrar etmemek, ona lüzumundan fazla bir ehemmiyet vermemek lâzımdır. Hâkim, hal ve vaziyetin icaplarına göre, lüzum görürse diğer âmiller yanında, bunu da nazarı itibara alabilir. Bunu bir mesuliyet şartı olarak ileri sürmek, 54 üncü maddedeki müterakki esasın kıymetini azaltacak mahiyettedir.

Bu düşüncemize, şu itiraz yapılabilir: niçin hiç bir kusuru olmayan mümeyyiz mesuliyetten ve tazminat mükellefiyetinden kurtuluyor da, aynı vaziyette bulunan bir gayri mümeyyiz mesul ediliyor? «Niçin, kendisine ait eşya ile başkasının eşyasını tefrike ehil olmayan gayrimümeyyiz bir çocuk başkasının malını tahrip ederse mesul oluyor da, mümeyyiz bir şahıs kusuru olmadan, böyle bir şeyi kendisinin zannederek tahrip ederse tazminat mükellefiyetinden kurtuluyor?»¹¹. Kanaatimizce, burada

⁸) M. Rümelin, die Gründe der Schadenszurechnung, s. 65.

⁹) H. et L. Mazeaud, traité théorique et pratique de la resp. civ., t. I, No. 460; ve Tribunal d'Yvetot 25 juillet 1946, rev. trimes. de dr. civ. 1947, p. 52.

¹⁰) Homberger, a.g.e., s. 5 a.

¹¹) Homberger, a.g.e., s. 6 a.

eksik olanı gayrimümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyetinde aramamak lâzımdır. Bu mevzuda tamamlanması icap eden gayrimümeyyizlerin mesuliyetine farazî bir kusur ithal etmek değil, fakat hakkaniyet mesuliyetinin mümeyyizlerin fiillerine de teşmilidir. Burada eksik olan nokta, hakkaniyet anının yalnız gayrimümeyyizlere hasredilmiş olması ve mümeyyiz şahısların bunun dışında bırakılmış olmasıdır. Bu noksan BGB projesini hazırlayanlar tarafından sezilmiş ve 2 nci projenin 752 nci maddesine şu esas konmuştur: «kast veya ihmali olmaması dolayısıyla sebebiyet verdiği zarar için mesul olmıyan kimse, buna rağmen hakkaniyet icabı olarak, hal ve vaziyete ve bilhassa zarara iştirak edenlerin münasebetlerine göre, bir tazminat lâzım geldiği kadar zararı tazminle mükellef kılınır». Bu kaide, maalesef kanuniyet kesbedemedi, ve Rayhştagdaki müzakereelerde bu hüküm BGB den çıkarıldı. Fakat İsviçreli Prof. Homberger'in dediği gibi «bunun içindeki sosyal düşünce onu uzun zaman ileri sürecektir»¹².

Bu mülâhazalardan sonra, 54 üncü maddenin tatbiki şartlarını tetkik etmemize, sıra gelmiştir.

Bunun için ilk olarak, failde temyiz kudretinin bulunmadığının tespiti lâzımdır. Temyiz kudretine her hal ve vaziyete göre müşahhas olarak hükmetmek icap eder. Bu, «ferdiyete, şahsın akli vaziyetine ve olgunluğuna, ve zarar verici fiilin mahiyetine, tehlikesine ve ehemmiyetine göre bir farklılık istilzam eder, münasebetlerin bu farklılığına göre, değişik tedbirler almak lâzım gelir»¹³. Meselâ bir Federal Mahkeme kararında bisiklete binen ve bir tren kazasına uğrayan 13 yaşında bir çocuk, bu kaza dolayısıyla mümeyyiz ve kusurlu addedildiği halde¹⁴, aynı yaşta diğer bir çocuk tehlikenin daha güç anlaşılabilirliği bir kazada tamamiyle mümeyyiz addedilmemiştir¹⁵, burada elektrikli bir rayla temastan mütevellit bir tehlike bahis mevzuu idi. Keza gene yeni bir Federal Mahkeme kararında, çocukların mektepte sık olarak mevcut muhtad tehlikeler hakkında ikaz edilmeleri halinde, bunların kusurlu olduklarına daha kolay karar verilmektedir¹⁶. Görülüyor ki, kanunumuz, BGB de olduğu gibi, temyiz kudreti için asgari bir had tespit etmemiştir. Doğru olan da budur. Zira, temyiz kudreti, muayyen bir ölçüde, nisbi bir vasfı haizdir¹⁷.

¹²) Homberger, a.g.e., s. 6 a.

¹³) Oftinger, a.g.e., I, s. 115.

¹⁴) BGE 71 II 117 (Jdt, 1946, p. 21).

¹⁵) BGE 66 II 201 (Jdt, 1941, p. 104).

¹⁶) Jdt. 1946, p. 515.

¹⁷) Egger, a.g.e., Art. 16, No. 6-7; von Tuhr, p. 343.

Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, yaş küçüklüğü, veyahut vücut veya fikir yorgunluğu neticesinde makul olarak düşünme iktidarının kaybolması veya fikri durumu ihlâl eden içkiler neticesinde, hakları kullanma ehliyetinin haleldar olması ve bunun neticesinde bir şuuruzluğun (Bewusstlosigkeit) husule gelmesi hallerinde, umumiyetle temyiz kudreti ortadan kalkar¹⁸. Bunu tayin ise hâkimin takdirine bırakılmıştır.

İkinci olarak, gayrimümeyyizin bir haksız fiilinin mevcudiyeti lâzımdır¹⁹. M. 54, yalnız gayrimümeyyizlerin haksız fiillerine münhasırdır. Büyük hukukçu Egger, şerhinde, 54 üncü maddeye dayanarak, gayrimümeyyizlerin akdettikleri gayrı muteber hukukî muamelelerden dolayı yaptıkları zararların tazmini esasını kurmayı tecrübe etmektedir²⁰. Medeni Kanunun 395 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, mahdut ehliyetsizler yani mümeyyiz küçük ve mümeyyiz mahcurlar, hakikate muhalif olarak, kendilerini ehil göstererek bir hukukî muamele yaparlar ve bu suretle başkalarına zarar iras ederlerse, bundan mesuldürler. Burada «culpa in contrahendo» (akdın inikadı sırasında bir kusur) bahis mevzuudur. B. K. M. 395, II deki esas M. K. M. 16, III deki kaideye uygun düşmektedir. Fakat bu hükümleri, temyiz kudretini haiz olmıyanlara tatbik edemeyiz, çünkü bunların kusur ehliyetleri yoktur. Fakat Egger'in yaptığı gibi, B. K. M. 54 ün akdedilen bu gayrı muteber muamelelere de teşmili gayet doğrudur, ve kanunun sistemine uygun düşer²¹. Ancak Federal Mahkeme aksi kanaattedir²².

Üçüncü olarak, gayrı mümeyyizin fiilile zarar arasında uygun illiyet rabitasının bulunması şarttır. Doktrinde, hakkaniyet mesuliyetinin uygun (adéquat) olmayan zararlara teşmili hakkında bir temayül mevcuttur (bk. § 9, II. 1). Bu temayül sosyal bir gaye takip etmektedir²³.

Nihayet dördüncü olarak, hakkaniyet icaplarına uygunluk aranır. Temyiz kudretinin, bulunmamasına rağmen, hakkaniyet icap ettiriyorsa,

¹⁸) C. Ch. Burckhardt, a.g.e., s. 526.

¹⁹) Bk. BGE 47 II 97 (Jdt. 1921, p. 418).

²⁰) Egger, a.g.e., Art. 18, No. 15.

²¹) Prof. Homberger, ve Türk müelliflerinden Prof. Arsebük de bu kanaattedirler (Homberger, s. 6 a, No. 8; Arsebük, s. 138). Zürih mahkemesi de (29 Oktober 920) M. 54 ü, gayrı mümeyyiz bir şahsın bir karz alması haline tatbik etmiştir. (Weiss, No. 4391).

²²) BGE 47 II 97 (Jdt. 1921, p. 418), Oser de bu kanaattadır (Art. 54, No. 7).

²³) H. von Waldkirch, Kausalhaftung und Kausalität im Verkehr, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. 62, (1943), s. 64.

gayri mümeyyiz zararın tamamen veya kısmen tazminile mükellef kılınabilir. Sosyal bir düşünceye müstenit olan, ve tarafların servet vaziyetlerinin mütalâası şeklinde tecelli eden hakkaniyet mülâhazasını ve buna yapılan itirazları tafsilâtile tetkik etmiştik (bk. § 9, II).

M. 54 ün tatbikinde, temyiz kudretinin bulunmadığının tespitinde ve bilhassa hakkaniyet icaplarının tayininde, hâkimin geniş bir takdir hakkı vardır. Esasen İsviçre - Türk tazminat hukuklarının esaslı seciye ve vasıflarından birisi, hâkime vermiş olduğu bu takdir serbestisidir.

3. Temyiz kudretini muvakkaten izaa eden kimsenin mesuliyeti:

B. K. M. 54, fık. 2 de, temyiz kudretini muvakkaten izaa eden kimse bu hale kendi kusuru olmaksızın düştüğünü ispat etmedikçe, bu halde iken ika ettiği zarardan mesuldür, denmektedir. Bu fıkra maalesef gayet kötü tercüme edilmiştir. Bizim kanunun metni şu şekildedir: «kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat ederse mesul olmaz». Bu, bizi yanlış neticelere götürecek mahiyettedir. Zira mehaza göre, burada kusurun yokluğu haksız fiilin ikaında değil, temyiz kudretinin kaybedilmesini mucip olan hareketin yapılmasındadır, meselâ sarhoş edici içkiler, ilâçlar veya uyuşturucu maddeler alınması gibi. İsviçre kanununun fransızca metninde mevcut «qu'il y a été mis» ibaresinin iyi sezilmemiş olması türkçe metnin bozulmasını mucip olmuştur. Filhakika fransızca metinde: «celui qui a été frappé d'une incapacité passagère de discernement est tenu de réparer le dommage qu'il a causé dans cet état, s'il ne prouve qu'il y a été mis sans sa faute» denmektedir. Mehazın almanca metni bu bakımdan daha vâzıhtır: «... so ist er hiefür ersatzpflichtig, wenn er nicht nachweisst, dass dieser Zustand ohne sein Verschulden eingetreten ist». Görülüyor ki «qu'il y a été mis» ibaresi «bu hale konulduğu» şeklinde tercüme edilmek icap ederdi.

4. Tazminatın tenkisi sebebi olarak hakkaniyet:

Gayri mümeyyiz zarara uğraması hâlinde, bunun mümeyyiz bir şahısta kusur olarak mülâhaza edilebilecek olan durumu, yani müterafik kusuru hakkında da madde 54 tatbik edilebilir mi?

Mağdur olan gayri mümeyyizde temyiz kudreti bulunmadığından, müterafik kusur da bahis mevzuu olamaz. Böyle bir hâlde, temyiz kudretinin mevcut olmaması sebeble bütün zarar yükünün faile yükletilmesi de ekseriya hakkaniyete aykırı bir netice tevhit edebilir. İsviçrede mahkeme içtihatları M. 54 hükmünü, kıyas yolu ile burada tatbik etmektedirler. Hakkaniyet iktiza ederse, mağdurun gayri mümeyyizliğine rağmen hâkim tazminatı tenkis edebilir. Federal Mahkemeye göre, gayri

mümeyyiz bir çocuğun dikkatsiz hareketi bir kusur addedilemiyeceğinden bu sebeple bir tenkis bahis mevzuu olmamakla beraber, ancak, M. 54 mucibince, eğer hakkaniyet icap ettiriyorsa bir tenkis mümkün olur²⁴.

Hattâ bazı hâllerde, gayri mümeyyiz mağdurun bu durumu failin mes'uliyetten kurtulmasını dahi mucip olabilir. Burada 54 üncü madde kıyas yolu ile tatbik edilerek, mutazarrır gayri mümeyyizin durumu hakkaniyete uygun düşüyorsa, mesuliyetin takdirine müessir olur²⁵.

Gayri mümeyyizler hakkında 54 üncü maddenin kıyas yolu ile tatbiki neticesinde, tazminatın tenkisi imkânı, esasen umumî bir şekilde bütün zarar faileri hakkında BK. M. 44 II de derpiş edilmiştir. Bu son hükme göre, ister mümeyyiz, ister gayri mümeyyiz olsun, failin zaruret veya müzayaka içinde bulunması hâlinde, kast veya ağır ihmali bulunmaması şartıyla, tazminat tenkis edilebilir. Failin hafif kusuru, hâkimin bu sebeple yapacağı tenkise mâni teşkil etmez. Bunun yanında 54 üncü madde, ilk olarak gayri mümeyyizlerin hakkaniyet mes'uliyetine, ikinci olarak da kıyas yolu ile, gayri mümeyyizlerin zarara düşer ve aynı zamanda buna müştereken sebebiyet vermeleri hâlinde, hakkaniyet icaplarına göre, tazminatın tenkisi veya tamamen kaldırılmasına mütealliktir. Bu mevzuda madde 54 ile madde 44 II hükmünü yekdiğerinden ayırmak icap eder. Aralarında başlıca şu farkları görmek mümkündür. Tazminatın tenkisi mevzuunda 54 üncü maddedeki kaide yalnız gayri mümeyyizlere münhasırdır, 44 üncü madde ise bütün zarar faillerine şamildir. Ayrıca, madde 44 II failin durumu, ve onun müzayaka hâlinde olması bakımından bir tenkis sebebi arzeder, halbuki M. 54 de, bizzat gayri mümeyyiz mağdurun anormal durumu failin tazminat vecibesini azaltmakta veya bertaraf etmektedir.

5. Türk doktrininde ve içtihatlarında hakkaniyet mes'uliyeti :

Ecnebi hukuk literatüründe büyük akisler uyandıran İsviçre Borçlar Kanununun 54 üncü ve 44 (II) üncü maddelerindeki esaslar, ve muasır hukukun hakkaniyet mes'uliyetine müteveccih temayülü, Türk hukukunda, gerek doktrinde ve gerek mahkeme içtihatlarında, hiç bir tesir ve alâka uyandırmamıştır. Ve maalesef BK. M. 54 ve 44 II hükümleri mahkeme kararlarında hiç bir tatbik sahası bulamamışlardır. Esasen bunu

²⁴) BGE 60 II 38 (Jdt 1934 p. 290), 60 II 224 (Adalet Derg. 1946, s. 414), 61 II 254 (Jdt 1936, p. 333, Adalet Derg. 1946, s. 766), 54 II 140 (Jdt 1928, p. 290), 58 II 44 (Jdt. 1932, p. 429-bir etütte), 62 II 317 (Jdt. 1937, p. 112).

²⁵) C. Ch. Burckhardt, a.g.e., s. 531; Oftinger, a.g.e., I, s. 115; Egger, a.g.e., Art. 18, No. 16; von Tuhr, a.g.e., p. 91.

senelerce temyiz mahkemesi reisliği yapmış olan B. Cevat Abdürrahim Gücün'ün kitabındaki garip fikirlerden de sezmek kabildir. Müellifin şu sözleri, gerçekten dikkat ve hayretle okunacak bir mahiyettedir: «hakkaniyet nedir? Kanun koyucu bunu tarif etmemiştir. Hakkaniyet doğru görünen şeydir. Temyiz kudretini tamamen, veya târeten haiz olmayan şahısların suçlarına tabiidir ki ceza verilmez. Fakat velev gayri mümeyyiz olsun biri diğzerinin malını itlâf ederse ve mahalli tazmin malı varsa neden heder olsun ve mutlak surette zaman lâzım gelmesin de, zamanın lüzumu yalnız yalnız hakkaniyet icabı olarak hâkimin takdirine vabeste olsun? Hâkimin takdiri fiilin vukuuna ve anın ne suretle tazmin edileceğine yani miktarının tayinine taallûk eder, bir fiilin zamanı mucip olup olmayacağını hâkim değil kanun tayin etmelidir. Hakkaniyet gibi mutlak bir tâbir ise miyar ve kıstas olabilir mi? Bilhassa veli veya vasinin murakaba mes'uliyetinin de inizam etmediği bir hâdisede taş atarak bir dükkânın camını kıran 15 yaşında bir çocuk, babasından kalmış serveti de olursa, neden zamin olmasın? Nihayet kasırların kavli tasarrufları hükümsüzdür. Bu misillü fiili tasarrufları nasıl hükümsüz bırakılır? Bu maddenin esası kendi tâbirile söyleyelim: bizatihi hakkaniyete aykırıdır»²⁶. B. Gücün'ün, yukarıda aynen naklettiğimiz bu sözlerine, ve vardığı neticelere, hakkaniyet mes'uliyetini umumî olarak tetkik ederken, cevap vermiş, ve bunları tenkit etmiştik (bk. § 9. II. 2).

Bunun gibi, B. Halis Sungur'un kitabında da madde 54 gayet müphem bir şekilde izah edilmektedir. Burada, bu hüküm B. K. M. 55 ve M. K. M. 320 deki esaslarla karıştırılmaktadır²⁷.

Buna mukabil, diğzer müellifler, fazla tafsilât vermemekle beraber, daha vâzih bir şekilde bunu izah etmişlerdir²⁸.

Memleketimizdeki mahkeme tatbikat ve içtihatları için de, hakkaniyet mes'uliyeti, maalesef meçhul bir müessese mahiyetindedir. Bunun, bir an evvel tatbikat sahasına girmesi temenniye şayandır.

§ 22. Diğzer bazı mes'uliyet halleri :

I. İcra ve İflâs Kanunu, madde 259 daki esas:

İcra ve İflâs Kanununun 259 uncu maddesi, kusursuz haksız fiil mes'uliyetine dair bir hüküm ihtiva etmesi itibarile, mevzuumuz baki-

²⁶) C. A. Gücün, Menkul mallar ve borçlar, s. 301-302.

²⁷) H. Sungur, Borçlar Kanunu ve tatbikati, I. s. 195.

²⁸) S. Gönensay, Borçlar hukuku, s. 176; K. Birsen, Borçlar hukuku dersleri, s. 188; M. R. Belgesay, Borçlar Kanunu serhi, madde 54, No. 4.

mından ehemmiyet arzettiğidir. Bu hükme göre, haksız haciz yaptırarak alacaklı, hiç bir kusuru olmasa bile, bunun neticelerinden borçluya karşı mes'ul olur. Olabilir ki böyle bir hacze tevessül eden kimsenin alacak hakkı yoktur, veya alacak hakkı varsa da haciz yapmak hakkı yoktur. Her iki hâlde de hakkının hudutlarını tecavüz eden alacaklı bir haksız fiil ika etmiş olur. Burada onun kusuru da bulunmayabilir. O, hüsnüniyetle kendisinin böyle bir hakka malik olduğunu zannetmiş olabilir. Fakat bu, nazarı itibara alınmaz. Burada, zarar gören borçlunun, yapılan haczin haksız olduğunu, ve kendisinin bu yüzden zarar gördüğünü isbat etmesi kâfidir. Failin kusursuz olmasının ehemmiyeti yoktur, o, zararı tazminle mükelleftir. Bu mevzuda Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin 31. I.1938 tarihli ve 70/235 sayılı bir kararı da mevcuttur¹. Mezkûr kararda, 259 uncu madde ibaresine göre, suiniyet aranmayacağı, ve bu sebeple davalıların haciz sebebiyle uğradıkları zararın tazmini icap ettiği tasrih edilmiştir. Bu isabetli kararda, «suiniyet» yerine «kusur» teriminin kullanılması hukuk terimonolojisi bakımından daha doğru olurdu.

II. Tapu sicillinin tutulmasından Devletin mesuliyeti:

Medenî Kanununun 917 nci maddesine göre, hazine yani Devlet, tapu sicillinin tutulmasında yapılan yanlışlardan mütevellit bütün zararlardan mesuldür. Bu da, mutlak bir kusursuz mesuliyet halidir, ve Devletin bu işte çalıştırdığı memurların hata yapmaması hususunda, ihtimam ve nezaret göstermesi vecibesine istinat eder. Tapu sicillinin tutulmasına dair bir kaideye aykırı hareket edildiği takdirde, Devletin mesuliyeti teessüs eder. Ayrıca kusurunun ispatına lüzum yoktur². Şu halde, 917 nci maddeye göre, Devletin mesuliyeti için, tapu sicillinin tutulmasına dair hukuka aykırı bir fiil ve bununla vukua gelen zarar arasında illiyet rabitasının mevcudiyeti kâfi gelmektedir.

917 nci maddede tanzim edilen mesuliyet, şahsî hal memurlarının (M. K. M. 37), vesayet organlarının (M. K. M. 409-410) mesuliyetinden daha ileriye gitmektedir. Filhakıka bütün bu mesuliyetler kusura müstenit olup, ayrıca Devletin bundan mesuliyeti mütemmim mahiyettedir³.

¹) Sungur, a.g.e., s. 110; Birsen, a.g.e., s. 249.

²) Bk. Yargıtay içtihat birleştirme umumî heyetinin 15.3.1944 tarihli kararı (İçtihatı birleştirme kararları, Hukuk kısmı, Ankara 1948); 4 üncü Hukuk Dairesinin 14.3.1942 tarihli ve 935/836 sayılı kararı (Sungur, s. 111, No. 68). Ayrıca bk. BGE. 53 III 87; 51 II 521, 388; 53 II 214, 368; 55 II 80; 57 II 567.

³) Homberger, Kommentar zum Besitz und Grundbuch, (Zürich 1938), Art. 955 No. 1; R. Desgouttes, C. Gautier, Jdt. 1940, p. 164; Petitpierre, p. 67 a; von Tuhr, p. 357.

Halbuki 917 nci maddedeki mesuliyet böyle değildir, burada ne kendisinin kusuru ve ne de tapu memurunun kusuru şarttır ve mesuliyet bunların kusurundan müstakildir.

Kusursuz haksız fiil mesuliyetine dair vakıaların tetkikini bitirmeden önce, zilyetliğin ihlâlinden mütevellit tazminat talebinin (M. K. M. 894-895), bir kusursuz mesuliyet hali olmadığına işaret etmek isterim. Filhakika, Medeni Kanununun 894 ve 895 inci maddelerinde kusurdan bahsedilmemektedir. Fakat, bunun için B. K. M. 41 deki umumî esastan uzaklaşmak için hiç bir kâfi sebep yoktur⁴.

III. Hukuka uygun fiillerden doğan tazminat mükellefiyeti:

Bazan hukuka uygun bir fiil de tazminat mükellefiyetini meydana getirebilir. Burada, böyle bir zarar verici fiile hukuk nizamı tarafından müsaade edildiğine göre, kusur bahis mevzuu değildir. Fakat burada, fazla olarak haksız fiil de mevcut değildir. Bu sebepten, yani ortada bir haksız fiil mesuliyeti bulunmadığından, bu vakıaları mevzuumuza dahil addetmiyoruz. Bunları sadece zikretmekle geçeceğiz:

Bu halin klâsik ve en mühim misali, ızdırar halinde başkasına verilen zararın tazminidir. Kendisini bir tehlikeden kurtarmak veya kendi menfaatlerinin himayesi için, başkasının hukukî çevresine tecavüze, muayyen şartlar altında, müsaade edilmiştir. Ancak ızdırar halinde hareket eden kimse, sebebiyet verdiği zararı tazminle mükelleftir (B. K. M. 52, II ve M. K. M. 677). Bir kimsenin kendisine ait tehlikeyi uzaklaştırması her ne kadar hakkı ise de, bu sebeple başkasına iras ettiği zararları tazmin etmesi de o kadar doğru olur.

Buna benzer diğer vakıalar şunlardır:

1. Hataya müstenit akdin feshi dolayısıyla, mukabil tarafın zararının tazmini (B. K. M. 26).
2. Kabahatsız eşe boşanma neticesinde bir sene müddetle nafaka verilmesi mükellefiyeti (M. K. M. 144).
3. Başkasının arsasına tecavüz (hüsnüniyetle) (M. K. M. 651).
4. Su yolu, gaz, elektrik borularının geçirilmesi (M. K. M. 668).

§ 23. Kusursuz mesuliyet hallerinde mesuliyetten kurtulma ve tenkis sebepleri.

I. Fail veya tazminat borçlusunun kusuru:

Şimdiye kadar verdiğimiz izahattan anlaşıldığına göre, sebep mesu-

⁴) Homberger, Haftpflicht ohne Verschulden, s. 16 a; von Tuhr, p. 363; Arsebük s. 618.

liyette, tazminat mükellefiyetinin tesisi bakımından, kusur mevcudiyeti zaruri olan bir unsur değildir. Bu gibi hallerde, zararın, uygun illiyet rabitasının, ve mesuliyetin nev'ine göre diğer bir unsurun, işletme tehlikesi, inşa veya muhafaza noksanı ve saire gibi, ispat edilmesi kâfi gelmektedir. Failin kusurunun bulunmamasının veya kusurunun hafif olmasının, ehemmiyeti yoktur ve fail veya tazminat borçlusu, kusursuzluğunu ispat ederek tazminat borcundan kurtulmak imkânını haiz değildir. B. K. M. 55-56 da bahsedilen tebriye beyyinesi dahi, bir kusursuzluk beyyinesi değildir. Ancak M. K. M. 320 de kusur karinesine yaklaşan bir vaziyetin bulunduğu söylenebilir.

Bu suretle, failin veya tazminat borçlusunun kusurunun bulunmaması, veya bu kusurun gayet cüz'i ve hafif olması, bir mesuliyetten kurtulma sebebi olmadığı gibi, tazminatın şumulünde de bir ehemmiyeti haiz değildir, yani bir tenkis sebebi teşkil etmez. Buna mukabil, failin veya tazminat borçlusunun bir kusuru varsa, bu nazarı itibara alınabilir, ve sebep mesuliyeti şiddetlendirilebilir. Fakat bu hiç bir zaman zarar miktarından fazla bir tazminata hükmolunmasını mucip olamaz, zira tazminatın cezaî bir vasfı yoktur¹. Mesuliyetin şiddetlendirilmesi şeklindeki ifadeden maksadımız şudur: bu takdirde, mücbir sebep, mutazarrır veya üçüncü şahsın kusuru dolayısıyla, mesuliyetten kurtulmak imkânsızlaşır. Çünkü illiyet rabitasının, bu sebeplerle kesilmesi imkânı, failin mütemim kusurunun bulunmasıyla ortadan kalkar, ve uygun illiyet rabitası yeniden teessüs eder. Burada mesul olan kimse, Prof. Oftinger'in dediği gibi, «her biri müstakil olarak bulunsa dahi mesuliyeti mucip olacak, iki kategori sebepten muhatap tutulur: evvelâ sebep mesuliyetinin bağlı olduğu her illet kompleksinden, saniyen de kusurdan mesuldür»².

Şu halde, netice itibarile, failin kusursuzluğunun veya hafif kusurunun sebep mesuliyetinde bir tesiri olmadığını tespit edebiliriz. Bu, ne bir kurtuluş sebebi, ne de bir tenkis sebebidir ve fail buna rağmen tazminle mükelleftir. Sebep mesuliyetinin bu hususiyeti, kusur mesuliyetinden ayrıldığı bir noktayı teşkil eder. Zira kusur mesuliyetinde, failin kusur veya kusursuzluk durumu mesuliyetin gerek ağırlaştırılması, gerek hafifletilmesi bakımlarından nazarı itibara alındığı halde, sebep mesuliyetinde yalnız birincisi ehemmiyeti haiz bulunmaktadır³. Binaenaleyh, B. K. M.

¹) R. Desgouttes, C. Gautier, du rôle de la faute dans la responsabilité causale, Jdt. 1940, p. 170

²) Oftinger, a.g.e., I, s. 103.

³) Ayrıca, sebep mes'uliyetinde ilk plânda, kusur nazarı itibara alınmadan, bütün zarardan mes'uliyet mevcut olup burada kusur ikinci plânda rol oynar, muta-

43 ancak mesuliyetin teşdidini zımında tesir icra edebilir. Prof. Gönensay, istihdam edenlerin mesuliyetini tetkik eden bir etütlerinde⁴, mesuliyet için müstadhem veya işçinin kusuru şart değilse de, bu kusur M. 43 mucibince tazminatın şümulünde ehemmiyeti haizdir⁵ demektedir. Kanaatimizce, bu hususta yukarıda yaptığımız tefriki nazarı itibara almak lâzımdır. Buna göre, tazminat borçlusunun veya failin kusursuzluğu veya hafif kusuru tazminatın tenkisi bakımından hiç bir tesiri haiz değildir⁶. Buna muhalif bir düşünce, buradaki sebep mesuliyetle tenakuza düzer⁷. Buna mukabil, bu şahısların kusurları, yukarıda tavsif ettiğimiz şekilde mesuliyetin ağırlaştırılmasını mucip olur. Şu halde, B. K. M. 43 ün sebep mesuliyeti hallerine tesiri, sadece, fail veya tazminat borçlusunun mütemmim kusurlarının mesuliyetin teşdidini tevlit etmesine münhasırdır. Bunun gibi mutazarrırın kusuru da tazminatın tenkisi bakımından ehemmiyeti haiz olur. Fakat fail veya tazminat borçlusunun kusursuzlukları veya hafif kusuru bulunması, tazminatın tenkisine sebep olamaz⁸. Bunun gibi, B. Ekrem Tüzemen de, bina ve inşa eseri maliklerinin mesuliyetlerine dair yazdığı bir tetkik yazısında, 58 inci madde mesuliyeti için, B. K. M. 41-47 nin ve bilhassa M. 43-44 ün kabili tatbik olduğunu söylemektedir⁹. 43 üncü madde hakkında bahsettiğimiz mülâhazalar, bütün sebep mesuliyeti vakıaları hakkında ve bu arada 58 inci madde hakkında da caridir.

II. Mesuliyetten kurtulma ve tenkis sebepleri:

Fail veya tazminat borçlusunun kusursuzluğunun ve kusurunun tazminat vecibesi, ve bunun şümulü üzerindeki tesirlerini, ve bunun sebep mesuliyetinde sadece mesuliyetin ağırlaştırılması bakımından ehemmiyet ve tesiri haiz olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz. Şimdi mesuliyetten kur-

zarrırın kusuru bir tenkis sebebi, ve failin kusuru bir teşdit sebebi teşkil eder (bk. Oftinger, a.g.e., I, s. 206).

⁴) S. Gönensay, başkasının fiilinden mes'uliyet, Prof. Ebül'ülâ armağanı, s. 143.

⁵) Oser-Schönenberger, Art. 55, No. 20, 25; J. Chamorel, a.g.e., p. 74, Weiss, a.g.e., No. 4399 ve sonrakiler.

⁶) Bk. von Tuhr, a.g.e., p. 354.

⁷) Bk. Oser-Schönenberger, ad Art. 43, No. 4, Desgouttes, C. Gautier, Jdt. 1940, p. 170 note 42, Petitpierre, p. 90 a, Faillerin taaddüdü hâlinde, gerek kusur, gerek sebep mes'uliyetlerinde, kusur mes'ul şahısların tesbitine yarar. Bundan maunda, faillerin iç münasebetlerinde, yani yekdiğerlerine rücularında da kusurun önemi vardır (Bk. Oftinger, I, s. 103-104, M. Graf, s. 27).

⁸) E. Tüzemen, B. K. M. 58 üzerinde bir inceleme, Adliye derg. 1945, s. 28.

tulma, ve tenkis sebeplerini mütalâa edeceğiz. Bunlar, mücbir sebep, mu-tazarrırın ve üçüncü şahısların kusurlarıdır. Buna, B. K. M. 44, II de tan-zim edilmiş olan, hakkaniyet sebeble tazminatın tenkisini ilâve edebiliriz.

1) *Mücbir sebep:*

Mücbir sebebi, mesuliyet borçlusunun kendisine veya işletmesine bağlı olmıyan, harici önlenemez bir kuvvetin, âni olarak husule getirdiği, evvelden görülemiyen, mutadın dışında bir hâdise olarak, tarif edebiliriz⁹⁾. Mücbir sebep halinde, zarar ne failin fiilinden ve ne de işletme tehlike-sinden husule gelir. Bunların dışında harici sebepler, ve üstün tabii kuv-vetlerin tesirile, zarar meydana gelir. Bu, tam mânasile, evvelden görü-lemeyen ve önlenemez bir hâdisedir. Harp, fırtına, zelzele, feyezan gibi hâ-diseler mücbir sebebe misal olarak gösterilebilir¹⁰⁾. Mücbir sebebin evvel-den görülemezlik ve önlenemezlik vasfının yanında, umumiyetle doktrin-de kabul edilen diğer bir vasfı «haricilik (exteriorité)» dir. Bu Exner tarafından ileri sürülmüş olan, mücbir sebebin objektif telâkkisidir. Bu-na göre, bir hâdisenin mücbir sebep teşkil edebilmesi için, mesul şahsın faaliyet çevresinin dışında bir hususa müteallik olması lâzımdır. Meselâ, bir otomobilin seferde iken frenlerinin kopması bir mücbir sebep teşkil etmez, çünkü failin kullandığı otomobilin haricinde bir vakıa değildir.

Mücbir sebep, bir mesuliyetten kurtulma sebebidir. Eğer, mücbir se-bebin yanında, mesul şahsın kusuru da zararın vukuuna tesir etti ise, meselâ ihtiyatsız bir şekilde kendisini mücbir sebebe bıraktı ise, bu tak-dirde mesuliyetten kurtulmak mümkün değildir.

Hava seyrüsefer kazalarında, mücbir sebep dahi mesuliyetten kur-tulma sebebi teşkil etmez. Böyle bir hüküm 1924 tarihli Fransız kanu-

⁹⁾ Oftinger, I, s. 86; von Tuhr, p. 519. Ayrıca bk., H. Arslanlı, ticari bey'de hasar, İst. Hukuk Fak. Mec. cilt XIII (1947), sayı 4, s. 1453.

¹⁰⁾ Bir İsviçre Kanton mahkemesi kararında, dava olunanın fırtınayı mücbir sebep olarak ileri sürmesi kabul edilmemiştir. Kararda, 1926 dan 1939 a kadar aynı şiddette en az beş fırtınanın, o mntakada vuku bulmuş olduğunun, mütahassis raporile anlaşılmış olduğu, binaenaleyh inşa eserinin yapılırken bunun her nevi zarar ihtimaline mukavemet edebilecek şekilde inşa edilmesi icap ettiği söylenmiş-tir (Chambre des recours du trib. cant. Vaudois, 3.9.942, Schweiz. Juris. Z. 1944 s. 9-10). Bir Fransız mahkemesi kararında da, kazanın vuku bulduğu mntakada fır-tınanın bir mücbir sebep teşkil etmeyeceği neticesine varılmıştır (Cour de Paris 26 nov. 1946, sem. jur. 1947, II, 3444, ve rev. de dr. civ. 1947, p. 431) Keza Yar-gıtay 4 üncü Hukuk D. sinin 18.4.1940 tarihli ve 128/936 sayılı kararında da fırtına mücbir sebep addedilmemiştir (bk., Sungur, s. 224, No. 16).

nunda mevcuttur (art. 53). İsviçrede de «arrêté aérienne» in 26 ncı maddesinde, mesuliyetten kurtulma sebebi olarak mücbir sebebin zikredilmemiş olması, bu halde dahi mesuliyetin mevcudiyeti neticesinin çıkarılmasına vesile teşkil etmektedir". Bu hal tarzının sebebi, hava kazalarında, mücbir sebeple diğer âmillerin tefrikindeki müşkülâttir. Bu husustaki kazaların ekserisinin mücbir sebebe atfı kabildir. Türk hukukunda, maalesef bu hususî mesuliyetler mevcut değildir.

Mücbir sebebe yakınlık arzeden bir vaziyet de tesadüfi hal (der Zufall, le cas fortuit) dir. Bu, türkçe terminolojide, bazan kaza terimile de ifade olunur. Tesadüfi hal, borçlunun veya işletmesinin iç durumuna ait bir keyfiyettir. Bunun önlenmesi, her ne kadar müşkül ise de, daha teçhizatlı bir şahıs, veya daha iyi hazırlanmış bir kimse, bunu önleyebilir". Mücbir sebebin mesuliyeti bertaraf etmesine mukabil, tesadüfi hal her zaman aynı neticeyi husule getirmez. Bilhassa, sebep mesuliyetinde bu, müşterek illiyet olarak mülâhaza edilebilir, ve ancak tazminatın tenkisini mucip olabilir".

2) Mutazarrırın kusuru (Selbstverschulden):

Gerek sebep, gerek kusur mesuliyetlerinde, tazminat miktarının tayininde, mutazarrırın kusuru tenkis ve hattâ mesuliyetten kurtulma sebebidir (B. K. M. 44, I). Zararın vukuunda, mutazarrırın kusuru tesiri haiz olmuşsa, hâkim tazminat miktarını tenkis, veya bundan tamamilen sarfınazar edebilir".

B. K. M. 44 de tanzim olunan, ve tazminat mükellefiyetinin tenkisini mucip olan âmillerin, kusurdan daha geniş bir mefhumu müstenit olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, bir kere kanunda madde 44, I de «kusur» terimi kullanılmamıştır. Burada: «mutazarrırın zararın vukuuna veya zararın artmasına yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde, tazminatın tenkis veya ref'ine hâkimin karar verebileceği» söylenmektedir. Bu suretle buradaki ifade tarzının, kusurdan daha ileriye gittiği kabul edilmektedir. Buna «mutazarrır tarafın muhatap tutulduğu vakıalar» ismini verebiliriz". Bu haller, ekseriya, mutazarrır hesabına bir kusur olarak kaydolunabilir. Fakat bu, zarurî değildir.

¹¹⁾ R. Desgouttes, C. Gautier, a.g.e., Jdt. 1940, p. 175.

¹²⁾ M. Petitpierre, a.g.e., p. 87a.

¹³⁾ Oftinger, a.g.e., I, s. 211; Petitpierre, a.g.e., p. 88a.

¹⁴⁾ Oser-Schönenberger, Art. 44, No. 18; von Tuhr, p. 358; Petitpierre, p. 89 a; R. Desgouttes, C. Gautier, Jdt. 1940, p. 172.

¹⁵⁾ R. Desgouttes, C. Gautier, Jdt. 1940, p. 172/

Meselâ, «esasen ürkmüş olan bir hayvana yaklaşmak daima bir kusur değildir, fakat zararın vukuu halinde muhatap tutulmayı mucip olan bir haldir»¹⁶.

Mutazarrırın kusuru vakıasına iki fonksiyon izafe edilebilir.

Birincisi, bunun tazminatın tenkisi sebebi teşkil edebilmesidir. Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin 30.12.1939 tarihli, ve 2271/2650 sayılı kararında, bu keyfiyet tasrih edilmiştir¹⁷. Bu hususta Federal Mahkeme kararları da mevcuttur¹⁸.

İkincisi, mutazarrırın kusuru, mesuliyetten kurtulma sebebi de olabilir. Bunun için, zarar görenin fiil veya kusurunun zararın başlıca sebebi olması lâzımdır. Veya diğer bir ifade ile, bu failin fiili ile zarar arasındaki illiyet rabitasını kesici, inkıtaa uğraticı bir mahiyeti (interruptif de la causalité) haiz olmalıdır. Bir Federal Mahkeme kararında, inşa eserinin muhafazasındaki noksanın bizzat mutazarrırın fiilinden neşet etmesi sebebiyle, malik mesul edilmemiştir¹⁹. Çünkü, zarar doğrudan doğruya zarara uğrayanın kusurundan meydana gelmiştir. Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin 27.3.1942 tarihli ve 1363/957 sayılı kararında, iki otomobil arasında vuku bulan çarpışma, her iki şoförün kusurundan neşet ettiğinden, B. K. M. 44 gereğince, davacıya ait zararın tamamından sarfınazar olunmasına karar verilmiş, ve hüküm Temyiz Mahkemesince tasdik olunmuştur²⁰. Bu, bize Roma hukukundaki «Culpakompensation» (kusur takası) esasını hatırlatmaktadır. Buna göre, zararın vukuu her iki tarafın yani fail ve mutazarrırın fiilleriyle vuku bulursa, ve bunların her ikisi de zarara uğrarlarsa, her iki taraf için de bir tazmin borcu meydana gelmez, âdeta bir takas yapılmış olur²¹.

Bu bahsi bitirmeden önce, burada dahi mutazarrırın temyiz kudretini haiz olmasının şart olduğunu kaydetmemiz lâzımdır. Zarara maruz kalan gayrı mümeyyizler hakkında müterafik kusur ileri sürülemez. Onların bu durumu, ancak B. K. M. 54 ün kıyas yolu ile tatbikile (hakkaniyet icap ediyorsa) bir tenkis sebebi olabilir (bk. § 21, 4).

¹⁶) R. Desgouttes, C. Gautier, Jdt. 1940, p. 172.

¹⁷) Sungur, s. 123, No. 24.

¹⁸) BGE. 61 II 236 (Jdt. 1936, p. 84), 68 II 283 (Jdt. 1943, p. 274), 68 II 264 (Jdt. 1943 p. 209), 69 II 259 (Jdt. 1944, p. 77), 71 II 117 (Jdt. 1946, p. 25).

¹⁹) BGE. 69 II 394 (Jdt. 1944, p. 241, Adalet derg. 1944, s. 969). Ayrıca bk. Jdt. 1947, p. 186.

²⁰) Sungur, s. 124, No. 25.

²¹) Oftinger, a.g.e., I, s. 200, Not: 6.

3) Üçüncü şahsın kusuru (*Drittverschulden*):

Kusur mesuliyetinde, üçüncü şahsın kusuru, eğer bununla mesul şahsın kusuru daha hafif görünüyorsa, bir tenkis sebebidir²². Fakat kusursuz mesuliyet hallerinde vaziyet farklıdır. Sebep mesuliyetinde, üçüncü şahsın kusuru, esas itibarile tazminatın şümulünde bir tesiri haiz değildir, ve bir tenkis sebebi teşkil etmez. Burada zarar görene tam bir tazminat temin etmek lâzımdır. Bu sebepten B. K. M. 43 mesul şahsın yardımına gelemez. Üçüncü şahsın kusuru halinde, tazminatın mesuliyet borçlusu ile bu üçüncü şahıs arasında tevzii bir iç münasebet olup, bunlar arasında bir rücu hakkına mevzu teşkil eder. İsviçre doktrin ve mahkeme içtihatlarının kanaati budur²³. Bu doktrin ancak tasvip edilebilir, çünkü kazaya uğrayan zarar kurbanlarını himaye etmek gayesini takip etmektedir. Diğer taraftan tazminatla mükellef kılınan kimsenin, üçüncü şahsa rücu hakkını haiz olduğu düşünülecek olursa, bu kaidenin gayet doğru ve yerinde olduğu anlaşılır. R. Desgouttes ve C. Gautier, bu hususta şu misali vermektedirler: «bir gemi ve tayyare çarpışmasında veya trenle koyun sürüsü karşılaşmasında, bir kimse yaralanırsa mesul şahıslardan biri diğerinin kusuru veya üçüncü şahsın kusuru sebebiyle mesuliyetten kurtulmamalıdır»²⁴.

Üçüncü şahsın kusuru, sebep mesuliyetinde bir tenkis sebebi olmakla beraber, tamamile ehemmiyetsiz de değildir. Eğer, bu kusur, zararın asli sebebi ise, ve illiyet rabitasını inkıtaa uğratiyorsa, dava olunan tazminat mükellefiyetinden kurtulur. Mesuliyet doğrudan doğruya, üçüncü şahsa terettüp eder. Bundan maada, üçüncü şahsın kusuru, tazminat borçlusu ile üçüncü şahıs arasındaki iç münasebet bakımından da ehemmiyeti haizdir. Zira mesul şahsın, kendisine karşı rücu hakkı vardır (B. K. M. 51, 55, II. 56, II, 58, II). Bu suretle zararı tediye eden kimse, meselâ B. K. M. 58 e göre, malik kusuru olan mimara veya mühendise, hayvan idare eden hayvanını ürküten kimseye rücu edebilir. Ancak, bunun için dahi rücu edilen şahsın mümeyyiz olması lâzımdır. Aksi takdirde, onun kusurundan bahsedilemez. Böyle bir gayrı mümeyyize rücu, yalnız B. K. M. 54 deki esasın tatbikile, ve bir de rücu edilen şahsın rücu edene karşı mesuliyetinin kusursuz bir mesuliyet olması halinde,

²²) BGE. 64 II 307. Diğer Federal mahkeme kararları hakkında bk., Oettinger, I, s. 214.

²³) Cour de Geneve, Schweiz. Juris. Z. 1943, s. 457, ve BGE. 49 II 170, 369, 60 II 155, 64 II 306. Ayrıca bk., Oettinger, I, s. 214, R. Desgouttes, pluralité de responsables, Jdt. 1944, p. 102, not: 16.

²⁴) R. Desgouttes, a.g.e., Jdt. 1944, p. 102.

mümkün olur, meselâ zarar ika eden hayvanı ürkütenin diğer bir hayvan olması halinde, bu ikinci hayvanı idare eden tebriye beyyinesini getiremezse, birincisine karşı illi bir şekilde mesuldür²⁵.

4) *Hakkaniyet sebeble tazminatın tenkisi:*

Hakkaniyet prensibinin, tazminat hukukunda gayesi, mesuliyet tesis etmek olduğu gibi, aynı zamanda bunun takyidi de olabilir. B. K. M. 44, fık. II ye göre, failin kast veya ağır ihmalinin bulunmaması halinde, tazminat edimi mesuliyet borçlusunu muzayaka veya zarurete düşürecek ise, hâkim hakkaniyete tevfikân tazminat vecibesini tenkis edebilir. Gerek kusur mesuliyeti ve gerek sebep mesuliyeti hakkında cari olan bu sosyal esas, yabancı hukuk âleminde, bilhassa Alman hukuk reformunda büyük akisler uyandırmış, ve buna benzer bir esasın müstakbel Alman hukukuna ithali teklif edilmiştir²⁶.

44 üncü maddenin 2 nci fıkrasında, derpiş olunan tenkise hâkim olan sebep, hakkaniyet mülâhazasıdır. İsviçre Borçlar Kanununun müzakeresi esnasında, bunu Federal Mecliste müdafaa eden bir hukukçu, bu hükmün mucip sebebinin «bir felâket diğer bir felâketle telâfi edilmemelidir» sözleriyle ifade etmiştir²⁷. Zararın meydana gelmesi, muhakkak ki gerek cemiyet için, gerek mağdur için, fena bir tecellidir, ve bunun tazmin edilmesini temin etmek, tazminat hukukunun en mühim gayelerinden biridir. Fakat bununla, diğer bir şahsın, tazminat borçlusunun mahv ve harabisine sebebiyet vermemek lâzımdır²⁸. Bir Türk darbı meseline söylendiği gibi «kaş yapayım derken göz çıkarmamak» lâzımdır. İşte madde 44, fık. II de takip edilen gaye bundan ibarettir.

Bunun tatbiki için ilk şart, failin kast veya ağır ihmalinin bulunmamasıdır. Hafif kusur veya hafif ihmal halinde, hakkaniyet sebeble tenkis yapılabilir. İkinci olarak da, tazminat vecibesinin, mesul şahsı muzayaka (gêne, Notlage) haline sokacak mahiyette olması lâzımdır. Burada, hâkim failin servet vaziyetini nazarı itibara alacaktır, eğer bunun tam bir tazminle mükellef kılınması, bu muzayaka ve zaruret halini ihdas edecekse, tazminatı tenkis etmek icap eder.

²⁵) Petitpierre, a.g.e., p. 87 a.

²⁶) Bk. Reinhardt, die Billigkeitshaftung im künftigen Schadenersatzrecht (Nipperdey'in kitabındaki etüdü, s. 88).

²⁷) Oftinger, a.g.e., I, s. 209; id., der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, schweiz. Juris. Z. 1943 (39. Jahrg.), s. 561.

²⁸) Bk. Adalet dergisi 1948, s. 414 deki Federal Mahkeme kararı.

Bu suretle, 44 üncü maddenin 2 nci fıkrası, tazminat borçlusu lehinde bir hüküm vazederek, onu fakirleşmeğe ve sefalete düşmeğe karşı korumaktadır. Âlim hukukçu Prof Oftinger'in dediği gibi, «tarafardan yalnız birinin menfaati nazarı itibara alınır, hukuk nizamının gayesi yerine getirilmemiş olur, bu, bizi tazminat borçlusunun yükünü kendisi için tahammül edilebilir hale getirmeyi istemeye götürür»²⁰. Diğer taraftan, şiddetlendirilmiş mesuliyet hallerinde, bilhassa tehlike mesuliyetlerinde, mecburi mesuliyet sigortasile, tazminat borçlusunun edimi, gerek kendisi, gerek zarar görenler için temin edilmek icap eder. «Mesuliyet sigortasile, yekdiğerine zıt menfaatlar birbirine yaklaştırılmaktadır»²¹.

B. K. M. 44, II mucibince, muzayaka halinin tespiti, ve tazminatın tenkisi miktarı hâkimin takdirine bırakılmıştır. Esas mahkeme tarafından, hakkaniyet mülâhazasile yapılan takdir karşısında, Yargıtay bunu kendi takdirine uygun bulmazsa, kararı bu sebeple bozabilecek midir? Kanaatımızca, bu hususta, bariz bir yanılma olmadıkça, Yargıtay esas mahkemenin takdir kararına müdahale etmemelidir²².

5) Tazminatın tenkisine âmil olan diğer sebepler :

Bütün bu söylenenler tam olarak telâkki olunmamalıdır. Diğer kanaat verici düşüncelerle de tazminat tenkis edilebilir. Burada, ölçü daha ziyade, münferit hallerde hâkimin takdiridir. Meselâ, illiyet rabıtasının şiddetinin az olması halinde, yani tesadüfi hal gibi bir sebebin zararın meydana gelmesine birlikte tesir etmesi dolayısıyla, bir tenkis yapılabilir²³. Keza cemile eseri olarak yapılan bir fiilin sonradan zarara sebebiyet vermesi halinde de, hal ve vaziyet icapları tazminatın tenkisini haklı gösterebilir, meselâ bir kimse kendi kullandığı otomobille giderken, yanına ücretsiz olarak bir dostunu alırsa, vuku bulacak kazada, bu şahsa karşı durum, hafifletici bazı âmiller ihtiva eder. Bunun gibi, bir kimsenin sırf bir lütuf eseri olarak diğer birini evinde misafir etmesi, ve bunun merdivenin bozukluğu dolayısıyla kazaya uğraması halinde de bir tenkis yapılabilir. Bu kategori tenkis sebepleri evelden tespit ve tadat edilemez. Bunlar daha ziyade hal ve vaziyetin icaplarından çıkarılan, ve hâkimin takdirine bırakılmış olan hususlardır. Esasen, İsviçre - Türk tazminat

²⁰) Oftinger, der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, s. 561.

²¹) Oftinger, a.g.e., s. 561, 563.

²²) Aynı kanaat için bk., Zahir Candarlı, haksız eylem ve bundan ötürü tazminatın azaltılması, Adalet dergisi 1946, s. 224.

²³) Bk. Oftinger, schweiz. Haftpflichtrecht, I, s. 211, 215. Diğer misaller için bk., s. 216, Not: 72.

hukuklarının en bariz hususiyetlerinden birisi de, hâkime vermiş olduğu bu takdir serbestisidir.

III. Mânevî tazminat meselesi:

Sebeup mesuliyetinde mânevî tazminatın kabulü, bu mevzuun en nazik meselelerinden birini teşkil etmektedir. Umumiyetle mânevî tazminat talebi için başlıca iki şart aranmaktadır: birisi kusurun ağırlığı, diğeri zararın ağırlığıdır. Şu halde, mânevî tazminat verilmesi, ancak failin veya tazminat borçlusunun kusurlu olması halinde mümkündür. Sebeup mesuliyeti ise, bu kusurların bahis mevzuu olmadığı bir mesuliyet nev'idir. Bu, bilhassa gayrı mümeyyizlerin mesuliyetinde ortaya çıkmaktadır. Gayrı mümeyyizler, hakkaniyet sebeble, mesul edilseler dahi, bunun mânevî tazminata şümulü olmamak icap eder. Çünkü, bu şahıslar temyiz kudretini haiz olmamak itizarile, hiç bir zaman kusur ehliyetine sahip değildirler. B. K. M. 54 deki mesuliyet, ancak hakkaniyet icap ettirdiği takdirde mevcuttur. Burada, kanunumuz, mesuliyet şartı olarak kusurun yerine hakkaniyeti ikame etmiştir. Kanaatımızca, hakkaniyet icap ettiği takdirde, hâkim maddî tazminata hükmedebileceği gibi, mânevî tazminata da hükmedebilir. Burada, hakkaniyet icaplarının yanında, vuku bulan zararın ağır olması şarttır. Bu hal tarzı, «kanunun maksadına, adalet ve hakkaniyet esaslarına uygundur»³³.

Gayrı mümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyeti hakkında serdettiğimiz, bu mülâhaza, diğere sebeup mesuliyeti hallerine teşmil edilebilir mi? B. K. M. 47 mânevî tazminat talebi için, kusurun ağırlığı şartı üzerinde ısrar etmemiştir. Kanaatımızca, kusursuz mesuliyet hallerinde, borçlunun kusuru olmasa bile, zararın ağırlığı halinde, mânevî tazminata hükümlenebilmesi düşünülebilir. Meseleyi münferit hallerde, ayrı olarak inceliyelim. Bunu, gayrı mümeyyizlerin hakkaniyet mesuliyeti bakımından mütalâa etmiştik.

İstihdam edenlerin mesuliyetinde vaziyet nedir? Prof. Belgesay'a göre, «kanun iş gördürenin mesuliyeti için müstahdemin kusurunu şart olarak görmedğinden, ve mânevî tazminat için failin ağır bir kusuru bulunmak lâzım geldiğinden, istihdam edenin ağır kusurunun mevcudiyeti şarttır»³⁴. Kanunun M. 55 mesuliyeti için, müstahdemin kusurunu aramadığı doğrudur, fakat bunun mânevî tazminat bakımından ehemmiyeti yoktur. Kanun diğere bazı hallerde de mesuliyet için kusur şartını aramıştır. Meselâ B. K. M. 58 de mesul şahıs, kusuru olmasa dahi, tazmi-

³³) F. H. Saymen, manevî zarar ve tazmini sureti, s. 178.

³⁴) M. R. Belgesay, Borçlar Kanunu serhi, madde 55, No. 7 mük.

natla mükellef kılınır. Fakat, mânevî tazminat meselesi bundan müstakildir. Bunun vücuda gelebilmesi için, kanun kusurun bulunmasını istemektedir. Binaenaleyh, kanaatımızca gerek istihdam edenin ağır kusurunun bulunmaması halinde, gerek müstahdemin kusurlu olmaması halinde, yani her iki halde de mânevî tazminata hükümlenabilir²⁵. Federal Mahkeme içtihatları da meseleyi aynı şekilde mütalâa etmektedirler²⁶.

Hayvan idare edenlerin, ve inşa eseri maliklerinin mesuliyetinde durum farklılık arzeder. Çünkü burada zararı ika eden bir ferdi beşer değildir. Bu bir hayvan, veya inşa eseridir. Mesuliyet bunların arzettikleri tehlikeye müstenittir. Bu sebepten, mânevî tazminat için, hayvan idare edenin veya eser malikinin kusuruna bakmamak icap eder. Ancak burada dahi, zararın büyük ve ağır olması şarttır. Memnuniyetle müşahede ettiğimize göre, Yargıtay son kararlarında bu içtihadı tesis etmiş görünmektedir²⁷a.

Diğer taraftan, hayvan idare eden, hal ve vaziyetin icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu ispat ederek, gerek maddî gerek mânevî tazminat mükellefiyetinden kurtulabilir. Burada, mânevî tazminat hususunda, vuku bulan cismanî zararın ehemmiyeti büyüktür. 58 inci madde için de vaziyet aynıdır. Bütün bu hallerde hâkimin takdiri büyük bir tesiri haizdir.

Bu mevzuda, temas etmek istediğimiz son bir nokta da, mutazarrırın kusuru halinde, mânevî tazminat talebinin kabule şayan olup olmadığıdır. İsviçre Federal Mahkeme içtihatları, mutazarrırın hafif kusurunun, mânevî tazminatın itasına bir mâni teşkil etmediği, ancak bunun tenkisine sebep olabileceği fikrindedirler²⁸. Bizde Yargıtay, son bir kararı müstesna, aksi kanaattadır. 4 üncü Hukuk Dairesinin 29.1.1937 tarihli, ve 375/198 sayılı kararı²⁹, Hukuk Umumî Heyetinin 8.4.1942 tarihli ve 4/15 sayılı kararı³⁰, gene 4 üncü Hukuk Dairesinin 8.2.1944 tarihli ve 638

²⁵) Oftinger, a.g.e., I, s. 224; von Tuhr, a.g.e., p. 344, note: 23 a et b;

²⁶) Bk. meselâ, Jdt. 1947, p. 240.

²⁷a) B. K. madde 58 hükmünün tatbik edildiği Yargıtay 4 üncü Hukuk D. sinin 31.I.1944 tarih ve 510/270 sayılı kararında apartıman maliki, kusuru olmamasına rağmen, gayet isabetli olarak, manevî tazminata da mahkûm edilmiştir. (Hukuk Dergisi, Ankara 1944, sayı 4, s. 39-41, Ankara Barosu Dergisi, sayı 54 -1948- s. 20).

²⁸) BGE. 61 II 254 (Jdt. 1936, p. 333, Adalet dergisi 1946, s. 767, 8 No.11 gerekçe); Jdt. 1947, p. 203. Diğer kararlar için bk., Oftinger, a.g.e., I, s. 225.

²⁹) Sungur, a.g.e., s. 107, No. 53.

³⁰) Temyiz kararları, hukuk kısmı 1941-1942 (Ankara 1945), s. 245.

sayılı kararı⁴⁰⁾, müterafık kusur halinde mânevî tazminat istenemeyeceği içtihadını vazetmişlerdir. Fakat bu içtihadın kat'î mahiyette olmadığını son bir karardan anlıyoruz. Ankara Asliye 3 üncü Hukuk Mahkemesinin 25.3.1943 tarihli ve 44/95 sayılı kararında⁴¹⁾, mağdurun daimî malûliyete duçar kalması dolayısıyla mânevî tazminata hükmolunmuş, fakat bunun müterafık kusuru sebebiyle bu yarı yarıya tenkis olunmuştur. Bu son içtihadın yerleşmesi temenniye şayandır.

§ 24. Borçlar Kanunu dışında diğer tehlike mesuliyeti halleri ve Türk hukukundaki boşluklar.

I. Umumi mülâhazalar:

İçtimaî hayatın, ve tekniğin ilerlemesi, bilhassa istihsal yapan fabrikalarda, ve elektrik veya motör kuvvete işleyen nakil vasıtalarında, insanlar için muazzam bir tehlike meydana getirmiştir. Ekseri hâllerde, fertler için bu tehlikelerden korunmak imkânsızdır. Fabrikada bir kazanın infilâk etmesinde veya bir madende bir çöküntü olması hâlinde, civarda bulunan işçilerin ölümden kurtulması, tamamiyle tesadüfe bağlıdır. Bunun gibi, bir trenin yoldan çıkması, bir otomobilin frenlerinin kopması, bir uçağın düşmesi kazalarında, bunların içinde bulunanlar, veya kazanın vukua geldiği mahalde olanlar aynı şekilde zarar görmeğe mahkûmdurlar. 19 uncu asrın ikinci yarısına kadar, bu vasıtaların mevcudiyet kesbetmemeleri sebebiyle, kaza ve zararların vukuu nadir idi. Bunun içindir ki Roma hukukundan gelen klâsik kusur prensibi, bazı hâllerde mu-tazarrırların tazmînatsız kalmalarını muçip olmakla beraber, meseleyi

⁴⁰⁾ Son içtihatlar, 3 üncü fasıkül, s. 98. Bu kararda varılmış olan neticeye iş-tirak etmiyoruz. Davacı geçirdiği kaza dolayısıyla elinin parmaklarını kaybettiği ve malûl olduğu iddiasıyla, maddî zarar olarak bin lira, manevî zarar olarak gene bin lira istemiştir. Mahkeme maddî zarar olarak 1600 lira takdir etmişse de, talep bin lira olduğundan bu miktara inmiş, ve manevî tazminatı da reddetmiştir. Ka-naatımızca bu karar kanunî şekilcilğin, adalet ve hakkaniyet üzerinde haksız bir galebesidir. 1600 lira olarak tayin ve tesbit olunan maddî tazminat miktarı talep olunmadı diye bin liraya indiriliyor, ve manevî tazminat talebi de ayrıca reddo-lunuyor. Borçlar Kanununun hâkime bahşettiği takdir serbestisi, bu nevi şekilciliğin mahzurlarını telâfi edebilir, ve etmelidir. Esasen M. K. M. 4 mucibince, hâkim ka-rarlarında «hukuk ve hakkaniyet» (hak ve nısfat) kaidelerine riayetle mükelleftir. Mezkûr kararın ise, buna uygun olduğunu iddia etmek biraz müsküldür.

⁴¹⁾ Bu karar, Yargıtay umumi heyeti tarafından 15.II.1944 tarihinde ve 681/74 sayılı karar ile tasdik edilmiştir (İzmir Baro dergisi, sayı: 41 (1946), s. 56.

hale kâfi geliyordu. Geçen asrın sonunda yapılan büyük terakkiler ve bunların içtimai hayata tatbikile, bu kazaların fevkalâde artması karşısında, zarar kurbanlarının teşkil ettiği büyük kütleyi himaye etmek, sosyal bir zaruret olarak görüldü, ve bir çok memleketlerde bu mevzuda hususî kanunlar isdar edilerek, tehlike mes'uliyeti esası vazedildi. Böylece, fabrika ve sınaî işletme sahiplerinin demiryolları şirketlerinin, otomobil ve uçak işletenlerin, işletmelerinin ika ettiği zararlardan kususuz mes'uliyetleri kabul edildi. Bu, bir tehlike mes'uliyetidir. Burada, mes'uliyet unsuru olarak, işletme tehlikesi (Betriebsgefah) kusur mefhumunun yerine geçmektedir.

Fakat, zamanımızda, sadece tehlike mes'uliyeti esasının vaz'ınının kâfi gelmediği anlaşılmıştır. Zira, bu nevi kazalarda zarara maruz kalan şahısların adedi, ve ödenmesi gereken tazminat miktarı büyük miktarlara baliğ olabilir. Bir otobüs kazasında 30-40 kişi yaralanabilir, bir tren kazasında bu miktar daha yüksek olabilir. Bu vaziyetlerde tazminat borçlusu olan fabrika veya otobüs sahibi olan şahıs veya şirket, böyle bir zararı ödemekte müşkülât çekebilir, veya sıkıntıya düşebilir. Bu suretle, bu kazaların neticelerini, gerek kazaya düşer olanlar, gerek işletme sahipleri, ağır bir tarzda hissedeceklerdir. Bu mevzuda, mes'uliyet sigortasının, bir çok bakımlardan faydası olduğunu, ve bunun bilhassa, zarar kurbanlarının tazminat elde etmelerini temin etmek gibi sosyal bir gayeye hizmet ettiğini tebarüz ettirmiştik (bk. s. 107 ve m.). Tehlike mes'uliyeti mevzuunda mes'uliyet sigortasının sosyal ehemmiyet ve kıymetinin büyüklüğü dolayısıyla, bunun mecburî mahiyeti haiz olması ileri sürülmekte ve birçok müterakki memleketler tarafından kabul edilmektedir.

Şu hâlde aşağıda tetkik edeceğimiz mevzularda, sosyal bakımdan iki esasın bulunmasını temenniye şayan göreceğiz:

- 1 : Tehlike mes'uliyeti esasının,
- 2 : Mecburî mes'uliyet sigortasının kabulü.

Mukayeseli hukuk bakımından, tehlike mes'uliyeti hâllerinin tanziminde üç sistem müşahede etmekteyiz.

Birincisi, Medeni Kanunda veya Borçlar Kanununda, tehlike mes'uliyetine dair umumî bir kaide vazetmektir. Meselâ Sovyet Rusya Medeni Kanunu madde: 404 ve Polonya Borçlar Kanunu madde: 152 ve 153.

İkincisi, tehlike mes'uliyeti hâllerini kazüist bir şekilde tanzim etmektir. Alman, İsviçre ve Türk hukukları bu gruba dahildir.

Üçüncüsü, meselenin hallini mahkeme içtihatlarına bırakmaktadır. Bu sistem, kısmen Fransız hukukunda görülmektedir.

İsviçre hukukunda, ikinci sistemin cari olduğunu kaydetmiştik. Filhakika, İsviçre Medenî Kanun projesinin müzakeresi esnasında, tehlike mes'uliyetinin umumî bir hüküm şeklinde tanzimi hakkında yapılan bir teklif kabul edilmemiştir. Bu, doğrudur, çünkü İsviçrede tehlike mes'uliyeti muhtelif sahalarda hususî kanunlarla kabul edilmiş, ve bu suretle mevzu kazüist bir şekilde tanzim ve tahdit edilmiş bulunmaktadır. Türk kanun vaznı, İsviçre Medenî Kanununu iktibas ederken, hukukî mes'uliyete dair, tamamlayıcı ve lüzumlu hükümleri ihtiva eden bu hususî kanunları almamıştır. Bu sebepten hukukumuzda, bu mevzuda büyük bir boşluk mevcuttur. İş kazalarile, meslek hastalıkları ve analık sigortası hakkında isdar olunan 4772 sayılı ve 27.6.1945 tarihli kanunla, bu boşluk tek bir sahada, o da kısmen doldurulmuştur. Bu kanunun tamamlanması, ve diğerlerinin de bir an evvel tanzimi, büyük bir ihtiyacı karşılayacaktır.

II. İş kazalarından doğan mesuliyet:

Avrupada, bu mevzuda kanunların isdarı 19 uncu asrın sonunda başlamıştır. İsviçrede, 1881 ve 1887 tarihli, fabrika ve diğer işletme sahiplerinin mes'uliyetine dair kanun, Almanya'da 1871 ve 1884 kanunları ve Fransada 1898 kanunu ve bunu tadil eden ve tamamlayan muhtelif tarihli kanunlar işçilerin uğradıkları kazalar dolayısıyla, patronların mes'uliyetini tanzim etmektedir¹. Türkiyede ise, 3008 sayılı, ve 8.6.1938 tarihli 148 maddelik İş Kanununda, iş kazalarına ve iş sahiplerinin hukukî mes'uliyetlerine dair hiç bir hüküm yoktur. Ancak 27.6.1945 tarihli ve 4772 sayılı kanunla, mahdut bir işçi zümresi için, bazı haklar bahşedilmiş, ve onların mecburî sigortaya tâbi kılınmaları sosyal esası kabul edilmiştir. Fakat bu kanun dahi, iş kazaları hakkında tehlike mes'uliyetinin cari olduğu kaidesini ihtiva etmemektedir.

Meslekî kazalar dolayısıyla, iş sahiplerinin mes'uliyetlerine dair, gerek İş Kanununda ve gerek 1945 tarihli kanunda, bir hükmün bulunmaması, cidden teessüfe şayandır. Bahusus ki bu son kanun sosyal bir gaye takip etmekte, ve işçilerin iş kazalarile, meslek hastalıkları ve analık mecburî sigortasını vazetmektedir. Fakat mecburî sigortadan evvel, ilk olarak iş sahiplerinin işçilerin uğradıkları kazalardan dolayı kusursuz mes'uliyetlerini vazetmek icap ederdi. Böyle bir kaide ise, Türk mevzu-

¹) 1881 ve 1887 tarihli İsviçre kanunlarının mükemmel bir izahı Ch. Soldan'ın «la responsabilité des fabricants et d'autres chefs d'exploitations industrielles» isimli kitabında (2 éme éd. par W. Burckhardt Lausanne 1903) mevcuttur. Ayrıca bk., A. Martin, étude des lois fédérales sur la responsabilité civile, Genève 1890.

atında eksiktir. Buna ne İş Kanununda ve ne de iş kazaları ve meslek hastalıkları sigorta kanununda tesadüf edilmektedir.

Bu son 1945 tarihli kanun, her ne kadar iş kazaları ve meslek hastalıkları ve analık hakkında mecburî sigorta esasına göre, mutazarrır işçiye sosyal bir himaye bahşetmekte ise de, bu kanunun tatbik sahası maalesef pek dar olarak alınmıştır. Zira bu sigortalar mezkûr 4772 sayılı kanunun birinci maddesine göre, ancak İş Kanununun çevresine giren iş sahalarında çalışan işçileri içine almaktadır. İş Kanununun 2 nci maddesine göre ise, bu kanun en az günde on işçi çalıştırmağı icap ettiren iş yerlerine ve işçilerine tatbik edilir. Binaenaleyh, on işçiden az adam çalıştıran yerler bu kanunun dışında olduğu gibi, çiftçilik, deniz ve hava işleriyle, bir ailenin fertleri bir araya toplanarak yapılan faaliyet de, bunun dışındadır (İş Kanunu 2 nci madde, Ç bendi). Böylece, on işçiden az personelle çalışan bütün iş yerleri, bütün ziraat, ormancılık, balıkçılık ve ev sanayiinde çalışan kimseler, bu sosyal sigortanın dışında kalmaktadır³. İş Kanununun tatbik edildiği mahdut sahada çalışan işçiler 1945 tarihli kanunun bahşettiği sigortadan istifade edeceklerdir. Fakat bunun dışında kalan ve ekseriyeti teşkil eden işçiler ne olacaktır?

Bunlar için iş sahiplerinin mes'uliyeti, kanaatımızca, ancak B.K. M. 55 ve 332 ye istinat ettirilebilir. B.K. M. 55 diğer bir müstahdem veya işçinin fiilile zarar gören işçiler hakkında, B. K. M. 332 de bizzat işçinin kendi fiilile uğradığı kaza hakkında tatbik olunabilir. Fakat buradaki mes'uliyet mutlak değildir. İş sahibi her nevi tedbiri aldığı ispat ederek mes'uliyetten kurtulabilir. Görülüyorki, burada mutlak bir sebep mes'uliyeti hakkında bir esas mevcut değildir, 4772 sayılı kanunla tanzim edilen mecburî sigorta müessesesi de bir takım eksikler ihtiva etmektedir.

1945 tarihli ve 4772 sayılı kanun iş kazaları ve meslek hastalıkları hakkında müterakki bir esas vazeden, ve mecburî sigortayı memleketimizde ilk olarak kabul eden bir kanun olmak itibariyle takdire şayandır. Bu sigorta Devlet elile ve onun tarafından kurulmaktadır. 9.7.1945 tarihli ve 4792 sayılı diğer bir kanun, «İşçi Sigortaları Kurumu Kanunu»⁴ ile

³) İş Kanunu, madde 28, «İşçinin kendisine ait âletlerin ve hayvanların iş dolayısıyla bozulması ve telef olması halinde iş sahibinin bunu tazminle mükellef olduğunu tanzim etmektedir. İşçinin bizzat kendisinin telef olması halinde hiç bir himaye hükmü konmuş değildir.

⁴) Bk. G. Kessler, Türkiyede İhtimal sigorta, günün iktisadi meseleleri kitabı, s. 61 (İstanbul 1946).

⁵) Bu kanun 6058 sayılı ve 16 Temmuz 1945 tarihli Resmî Gazetede intişar et-

teşkilâtı tayin edilen bu sigorta idaresi, Çalışma Bakanlığına bağlı hükmi şahsiyeti haiz, mali ve idari bakımdan muhtar bir Devlet müessesesi olarak kurulmaktadır. Ancak, ilk adımı teşkil eden ve cüz'î bir kısım iş yerlerine kabili tatbik olan 4772 sayılı kanunda mevcut noksanları, bunların ileride bertaraf edilmesi ümidile, burada vaz' ve telhis etmek istiyoruz¹:

a : İlk mahzur, bu kanunun, yukarıda arzettiğimiz veçhile, sadece İş Kanununun tatbik edildiği mahdut bir sahaya münhasır olmasıdır.

b : İkinci bir eksik, hastalık sigortasının kanuna ithal edilmemiş olmasıdır. Bu kanunda, sadece lohusalık ve analık ile meslek hastalıkları sigorta mevzuuna dahil bulunmaktadır. Fakat bunun dışındaki hastalıklar sigorta ve yardım mevzuuna girmemektedirler².

c : Gerek İş Kanununda ve gerek bu son kanunda, iş kazalarından dolayı iş sahiplerinin mutlak tehlike mes'uliyetlerinin vazedilmemesi, büyük bir noksandır. 4772 sayılı kanunun 37 nci maddesinin 2 nci fıkrasında, «bu türlü kazalarda sigortalı veya hak sahibi olan kimseler, bu kanunla sağlanan hakların dışında, genel hükümlere göre haklı olabilecekleri her türlü zararlarını iş veren veya vekilinden arayabilirler» denmektedir. Tazminat hukukunun umumî esaslarından doğan talep haklarının mahfuz kalması tabii bir şeydir. Bu yeni kanundan beklenen, bu mevzuda sosyal bakımdan yeni hükümlerin vazıdır, bu hususta oldukça çekingen hareket edildiğini itiraf etmek yerinde olur.

d : Kanunun 35 inci maddesinde, «sigortalının bağışlanmaz kusuru yüzünden olan kazalarda, 4 üncü maddenin B ve C fıkralarında yazılı para yardımının, bu kusurun derecesine göre eksiltilebileceği» yazılıdır. Aynı maddede, bağışlanmaz kusur şu şekilde tarif edilmiştir: «tehlikeli olduğu bilinen, veya herhangi bir emre veya açıkça izne dayanmadığı gibi, hiç bir gereği ve faydası bulunmayan bir işi elinde olarak sigortalının yapması, veya yapılması gerekli bir hareketi savsaması, kusurun bağışlanmazlığına esas tutulur». 36 nci maddede de «sigortalının hekim

miştir. Bundan evvelki 4772 sayılı kanun 6051 sayılı ve 7 Temmuz 1945 tarihli Resmî Gazetede müntesirdir.

²) 4772 sayılı İş Kazaları ve meslek hastalıkları ve analık sigortaları hakkındaki kanun, 20.2.1947 tarihli ve 5019 sayılı kanunla tadil edilmiştir (Resmî Gazete, 26.2.1947, No. 6442).

Ayrıca bk., İş kazaları ve meslek hastalığı sonucu malûllüklerin meslekte kazanma gücünü ne nispette azaltacağı hakkında 24/7/1948 tarihli tüzük, ve Baltasart formülü Resmî Gazete, 15 Eylül 1948, sayı: 7008).

¹) Bk. G. Kessler, a.g.e., s. 60.

tarafından alınması istenen tedbirleri tutmaması hâlinde sigorta haklarının birazı, veya tamamı düşürülür» denmektedir.

Bu hükümler kanunun ihtiva ettiği sosyal ruha aykırıdır. Farzedelim ki kazaya uğrayanın böyle bir kusuru vardır, ve kendisi kaza neticesinde ölmüştür. Burada tazminatın azaltılmas ile zarar görecektir onun ailesi ve çocuklarıdır. Kanunun gayesi ise bunlara yardım etmektir. Aynı mülâhaza, işçinin kaza neticesinde malûl olması hâli için de varittir.

c : Kanunun 37 nci maddesine göre, «kaza iş verenin veya vekilinin kasdî veya suç sayılır hareketi, veya sigortalının iş yerine ait işler dışında çalıştırılması yüzünden olmuşsa, işçi sigortaları idaresinin bu kanun gereğince hak sahibi olan kimselere ödeyeceği yardım ve ödenekleri ödemek iş verene veya vekiline düşer. Haksız eylemle kazaya sebep olan üçüncü şahıslar da iş veren veya vekili gibi mes'uldürler» (maddenin 1 inci ve 3 üncü fıkraları). Bu hükümler de, tehlike mes'uliyeti ve mecburî mes'uliyet sigortası esaslarına aykırıdır. Çünkü mecburî mes'uliyet sigortası gibi, sosyal bir müessese ile takip edilen başlıca gaye zarar görenlerin himayesi ve tazminat almalarının teminidir. Tazminat borçlusunun maddede zikredilen kast ve ağır kusur hâllerinden mes'ul tutulması tabiidir. Fakat bununla zarar kurbanlarının menfaatlarının ihlâl ve feda edilmemesi icap eder. Bu sebepten dolayı, bu gibi hâllerde sigorta idaresinin, mutazarrırlara karşı mes'uliyetini esas itibarile muhafaza etmek ve tazminat borçlusu olan iş sahibine karşı rücu hakkı olduğunu kabul etmek çok daha muvafık olurdu. Zira iş sahibi o esnada âciz hâline düşebilir, veya kazaya maruz kalanlara tazminat ödememek için dolambaçlı yollara baş vurabilir. Bu takdirde ise, zarar görecektir bizzat zarar kurbanlarıdır. Bunların bu neviden muğlak davaları açmak ve takip etmek için ne bilgileri, ne de paraları vardır. Binaenaleyh, 37 nci maddede zikredilen hâllerin tatbiki, sigortalı işçiler için gayet vahim neticeler gizlemektedir. Bunun gibi, üçüncü şahısların kazaya sebep olmaları hâlinde mes'uliyetlerine, ve sigorta idaresinin mes'uliyetten kurtulmasına dair olan esas da, aynı tehlike ve vahameti haizdir Üçüncü şahsın kusurunun da, ancak kendisi ile tazminat borçlusu arasında bir iç münasebet olarak tanzim edilmesi doğru olurdu. Şüphesiz, işletme tehlikesinin âmîl olmadığı, ve sırf üçüncü şahsın fiilinden husule gelen zararlardan işletme ve dolayısıyla sigorta idaresinin hiç bir mes'uliyeti olmaz. Fakat kazaya işletme tehlikesiyle, üçüncü şahsın kusurunun birlikte tesir ettikleri zararlarda, mezkûr hükmün tatbiki, sosyal mahiyette olan tehlike mes'uliyeti ve mecburî mes'uliyet sigortası esaslarına aykırıdır.

Bu esaslara göre, burada doğrudan doğruya sigorta idaresi, veya mecburi sigortanın bulunmadığı yerlerde de işletme sahibi mes'ul edilmek icap ederdi. Üçüncü şahsın, zararın vukuuna iştirak eden kusuru, bu mes'uliyeti bertaraf edemez, ancak tazminat ödeyen kimseye bu şahsa karşı bir rücu hakkı verir.

III. Maden kazalarından mesuliyet:

İş kazaları ve meslek hastalıkları ve bunların sigortası hakkındaki 4772 sayılı kanunun 82 nci maddesi, bu kanunun maden işçileri hakkında da kabili tatbik olduğunu, ve kazaya uğranan şahıslara, veya diğer hak sahiplerine ödenecek tazminat hakkında 151 ve 4268 sayılı kanunun hükümlerinin yerine, bu kanunun tatbik edileceği, tanzim ve tasrih edilmiştir.

Madenlerde çalışanların uğradıkları kazalar hakkında 26 Mart 1322 tarihli maden nizamnamesinin 78 inci maddesinde bunları işletenlerin kusursuz mes'uliyetleri derpiş olunmuştur: «bir madende imalâttan dolayı kazazede olanlara ve ailelerine verilmek üzere, mahkemece hükümlenacak tazminatı mültezimler ifaya mecbur olacaklardır. Bu kazanın vukuu madenin suidairesinden ve fennen lâzım olan şeylerin noksanından neşet etmişse, 50 altından 100 altına kadar başkaca cezayı nakdî alınacaktır». Bu maddenin birinci fıkrasındaki ifadedden anlaşıldığı üzere, burada kusurdan müstakil illi bir mes'uliyet hâli mevcuttur¹⁾. Temyiz mahkemesi 4 üncü Hukuk Dairesinin 30.12.1939 tarihli ve 2271/2650 sayılı kararında maden nizamnamesinin 77-78 inci maddelerindeki hükümlerin mülga olduğu tasrih edilmiştir²⁾. Fakat, bu maden nizamnamesindeki müşabih bir hüküm «Ereğli Havzayı fahmiyesi maden amelisinin hukukuna müteallik» 13.3.1926 tarihli ve 151 sayılı kanunun 7 nci maddesinde mevcuttur³⁾. Bundan maada, 23.6.1942 tarihli ve 4268 sayılı «madenlerin aranması ve işletilmesi» hakkındaki kanunun 11 inci maddesindeki hüküm daha sarihtir⁴⁾: «madenlerin içinde ve dışında istihdam edilenlerin işletmeden dolayı uğrayacakları kazalarda yaralananlara veya ölenlerin mirasçılarına, hata ve kusur aranmaksızın aşağıdaki

¹⁾ Bk. F. Arık, Maden kazaları ve mutazarrırın müterafık kusuru, Adliye Derg., 1944, s. 756, Not: 2; H. Aydın, Maden kazalarında mesuliyet, İstanbul Baro Mec., 1939, s. 534 ve m. Ayrıca bk., 4.12.1929 tarihli ve 1/15 sayılı Temyiz Tevhidi İçtihat kararı (Temyiz kararları, Hukuk kısmı 1931, c. 10, s. 248).

²⁾ Temyiz Kararları, Hukuk kısmı 1939-1940, s. 249.

³⁾ Düstur, 3 üncü tertip, cilt: 2, s. 140.

⁴⁾ Düstur, 3 üncü tertip, cilt: 23, s. 1558.

tazminat verilir.....». Bu hükümler, yani madenlerdeki iş kazalarında kusursuz mes'uliyet esasının cari olduğu Yargıtay tarafından da teyit olunmuştur. Bu hususta Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin 29.11.1943 tarihli ve 4142/3330 sayılı kararı¹¹⁾, ve aynı dava hakkında Yargıtay umumî heyeti tarafından 4 üncü Hukuk Dairesi kararına iltihak mahiyetinde verilen kararda¹²⁾ maden mevzuatındaki hususî hükümler ve mutlak sebep mes'uliyeti esası tebarüz ettirilmiştir. Hatta Yargıtay umumî heyeti tarafından verilen bu kararda (25.5.1944 tarihli) daha ileriye gidilerek, burada mevcut kusursuz mes'uliyet esasında, BK. M. 44 deki tenkis sebeplerinin nazarı itibara alınamayacağı söylenmiştir. Mucip sebep olarak, 4268 sayılı kanunun Büyük Millet Meclisinde müzakeresi esnasında, bir mebus tarafından sorulan suale, mazbata muharririnin verdiği cevapta, madende çalışan kimselerin şahsî ve müterafik kusur ve hatalarının aranmayacağı tasrih edilmiş olduğu ve esasen hâdisede tazminatın tenkisini mucip bir hareket de bulunmadığı ileri sürülmüştür¹³⁾. Kanaatımızca Yargıtay umumî heyetinin bu kararı ve dermeyan ettiği mülâhaza gayet âdilâne ve hakkaniyete uygundur. Fakat buna rağmen B.K. M. 44 teki tenkis sebebinin maden kazaları hakkında ileri sürülemeyeceği hakkındaki düşüncesi kabul edilemez. Çünkü mezkûr 4268 sayılı kanunda bu hususta hiç bir sarahat yoktur, ve sadece mazbata muharririnin mütalâası, BK. M. 44 metninin değiştirilmesini mucip olamaz¹⁴⁾. Bununla beraber, hâdisede tazminatın tenkisini tevlit edecek mutazarrıra kabili isnat bir hareketin bulunmadığı hakkındaki ileri sürülen sebep ve varılan netice, gayet isabetlidir. 4268 sayılı kanunun 11 inci maddesinin, maden kazalarına tatbiki hakkında diğer bir karar, Yargıtay Ticaret dairesinin 5.4.1945 tarihli ve 945/919 sayılı kararıdır¹⁵⁾.

İş kazaları ve meslek hastalıkları ve bunların sigortası hakkında isdar edilmiş olan, yukarıda zikretmiş olduğumuz, 4772 sayılı kanunun 82 nci maddesi, maden kazalarına ait izah ettiğimiz hususî hükümlerin yerine, bu kanun hükümlerinin tatbik edileceğini söylemektedir. Bununla 151 sayılı kanunun 7 nci, ve 4268 sayılı kanunun 11 inci maddeleri ilga mı edilmiş oluyor?

¹¹⁾ Adliye Dergisi 1944, Temyiz kararları, Hukuk kısmı, s. 16. Bu karar hakkında Prof. S. S. Onar'ın İctihat notu: İst. Hukuk Fak. Mec., c. IX, sayı: 3-4 (1944), s. 840.

¹²⁾ Adliye Dergisi 1944, Temyiz kararları hukuk kısmı, s. 178.

¹³⁾ F. Arık, a.g.e., Adliye Dergisi 1944, s. 757.

¹⁴⁾ Aynı kanaat için bk., F. Arık, a.g.e., Adliye Derg., 1944, s. 762.

¹⁵⁾ Adliye Dergisi 1945, Temyiz kararları hukuk kısmı, s. 119.

Kanaatımızca, bunu 4772 sayılı kanunda vazedilen iş kazaları ve meslek hastalıklarına dair sosyal sigortanın maden işçilerine de teşmili mânasında almak icap eder. Zira, bu son kanunla bundan evvelkiler arasında mevzu bakımından fark vardır. 151 ve 4268 sayılı kanunların hukukî mes'uliyete, kusursuz tazminat mükellefiyetine dair bir esası ihtiva etmelerine mukabil, 4772 sayılı kanun meseleyi sadece mes'uliyet sigortası bakımından mütalâa ve derpiş etmektedir. Bunları yekdiğerinin tamamlayıcısı olarak aldığımız takdirde, gerek hukuk sistematığına, ve gerek zamanımızın sosyal temayülâtına uygun bir neticeye varmış oluruz. Aynı neticenin, bütün meslekî kazalara teşmili çok iyi ve muvafık olur.

§ 25. Türk hukukunda mevcut olmıyan tehlike mesuliyeti halleri.

Burada, bilhassa, demiryolları, motörlü nakil vasıtaları ve uçak kazalarından mes'uliyeti tetkik edeceğiz. Bu mevzuda, umumiyetle işletmenin kusursuz mes'uliyeti, tehlike mes'uliyeti kabul edilmektedir. Bu mes'uliyetler Türk hukukunda bugüne kadar tanzim edilmiş değildir. Fakat ihtiyaçları şiddetle hissedilmektedir. Bunu nazarı itibara alarak, ve Medenî Kanun ve Borçlar Kanunumuzla ahenkdar olması sebebiyle İsviçre hukukundaki hususî mes'uliyet kanunlarındaki hükümleri esas itihaz ederek, bu tehlike mes'uliyeti nevilerini vaz ve izah edeceğiz.

I. Demiryolları işletmelerinin mesuliyeti:

Demiryolları işletmelerinin tehlike mes'uliyetine dair kanunlar, bu mevzudaki ilk sebep mes'uliyeti kanunlarını teşkil etmektedir. Bunun sebebi trenin, otomobil ve uçaklardan, hattâ büyük sanayiın tam olarak teşekkülünden evvel keşfedilmiş ve insanların hayatına karışmış olmasıdır. Demiryolları işletmelerinin mes'uliyetine dair ilk kanun 1838 tarihli Prusya kanunudur. Bunun 25 inci maddesi, gerek taşınan şahıs ve eşyaya, gerek diğer herhangi bir şahıs ve eşyaya vaki olan zarardan işletmeyi doğrudan doğruya mes'ul tutmaktadır. Bu Prusya kanunu, sonradan 1871 tarihli Alman kanununa (Reichshaftpflichtgesetz), ve 1875 tarihli İsviçre kanunu ile bunun yerine geçen 28 mart 1905 tarihli demir ve deniz yolları işletmelerile Posta idaresinin mes'uliyetine dair Federal kanuna¹ modelik etmiştir.

¹) B. G. betr. die Haftpflicht der Eisenbahn-und Dampfschiffahrts-Unternehmen und der Post, vom 28. März 1904. Buna kısa olarak «Eisenbahngesetz» (EHG.) denmektedir (fransızca: L. R. Chf.). Bu kanunun fransızca metni, B. Grivel'in tezinin sonunda nesredilmiştir, la responsabilité des entreprises de transport d'après la loi de 28 mars 1905, Thèse Lausanne 1934. Tafsilât için bk., Oftinger, a.g.e., II, s. 650 ff.

1905 tarihli Federal kanuna göre, demiryolu şirketleri işletmeye ait kazalardan mutlak surette mes'uldür. Bu hususta, kendisinde kusur aramağa lüzum olmadığı gibi, işletme kusursuzluğunu ispat ederek mes'uliyetten kurtulmak imkânını da haiz değildir (madde: 1). İşletme, doğrudan doğruya ve mutlak olarak, işçi veya memurları tarafından yapılan kazalardan mes'ul edilmiştir. Hattâ, işletme tesadüfi hâlden dahi mes'uldür. Yalnız mücbir sebep, mutazarrır veya üçüncü şahsın kusuru hâlinde, işletme mes'uliyetten kurtulabilir²⁾. Mutazarrırın sadece zararın mevcudiyetini, ve buna işletme tarafından sebebiyet verildiğini ispat etmesi kâfidir. Hâkim usule ait kaidelerle bağlı olmaksızın serbestçe kararını verir (madde: 20).

Böyle oldukça ağır bir mes'uliyet vazedilmesinin sebebi, bu kanunla beşerî ve sosyal bir gayenin takip edilmiş olmasıdır. Bununla demiryollarında çalışan işçiler himaye edildiği gibi, seyahat eden yolcular ve üçüncü şahıslar da korunmaktadır. Bu mevzuda «mevcut bir inhisar vaziyetinden istifade eden demiryolları idaresinin tehlike hâllerini de garanti etmesi lâzımdır³⁾. Esasen, mes'uliyet sigortası akdetmek suretile, işletme bu tazminat tehlikesini karşılayabilir. Şunu da ilâve edelim ki, bu kanundaki mes'uliyet, gerek demiryollarının işletilmesi ve gerek bunların inşası esnasında vuku bulan zararlar hakkında kabili tatbiktir (madde: 1). Bu mes'uliyet, ayrıca, tramvay kazalarına⁴⁾, trolleybüslere⁵⁾, elektrikle işleyen havaî hatlara⁶⁾ da şamildir.

II. Motörlü nakil vasıtası işletenlerin mesuliyeti:

Bu mevzuda İsviçre hukukundaki vaziyet, demiryolları işletmelerinin mes'uliyetine müşabihtir. Mes'uliyet tehlike ve menfaate müstenittir.

²⁾ Üçüncü şahsın kusuru hâlinde, işletmenin kendisini mesuliyetten kurtaramaması, ve ancak bu şahsa karşı rücu hakkını haiz olmasının daha doğru ve hakkaniyete uygun olduğu söylenmektedir (B. Grivel, a.g.e., p. 93). Bununla beraber, işletmenin mesuliyetten kurtulması için, üçüncü şahsın kusurunun, zararın aslî ve yegâne sebebi olması, ve bu kusurun ve tazminatın takdirinde hâkimin geniş bir takdir hakkı bulunduğuna göre, mahkeme içtihatlarının hakkaniyete aykırı neticeleri önleyebilmeleri muhtemeldir. Bu hususta bk., Jdt. 1947, p. 186 daki Federal Mahkeme kararı.

³⁾ B. Grivel, a.g.e., p. 22.

⁴⁾ Jdt. 1928, p. 183 ve 1941, p. 178.

⁵⁾ BGE, 68, II, 23, ve Zürich Ob. G. III, K. B. 18.4.1943 (schweiz. Juris. Z. 1944, s. 124.

⁶⁾ Otfinger, a.g.e., II, s. 687.

Ancak, burada tehlike unsuru, menfaata nazaran daha ağır basmaktadır.

İsviçrede 1 Ocak 1933 te meriyete giren, 15 Mart 1932 tarihli «motörlü nakil vasıtalarına dair Federal kanun», mevzuumuza müteallik çok mükemmel ve sosyal hükümleri ihtiva etmektedir. İsviçrelilerin, pek haklı olarak, iftihar ettikleri bu kanun, motörlü nakil vasıtalarının yaptıkları kazalar hakkında, bunları işleten şahısların tehlike mes'uliyetini ve mecburî mes'uliyet sigortasını kabul etmektedir.

1 : Bu kanununun 37 nci maddesine göre: «motörlü nakil vasıtası işletmesinin, bir insanın ölümüne veya yaralanmasına, veya eşyanın zarar görmesine sebebiyet verdiği zarardan, vasıtayı işleten kimse (Halter) mes'uldür» (fıkra: 1). Mes'uliyetten kurtulma sebepleri, ancak mücbir sebep, kendisinin veya fiilinden mes'ul olduğu şahsın kusuru bulunmadığı takdirde mutazarrır veya üçüncü şahısların ağır kusurlarıdır (aynı madde fık. 2, cümle: 1). Mutazarrır veya üçüncü şahsın hafif kusurunun bulunması hâlinde, hâkim hâl ve vaziyetin bütün icaplarını nazarı itibara alarak, tazminat borcunu tesbit eder (aynı madde, fık. 2, cüm. 2).

Aynı 37 nci maddenin 3 üncü fıkrasına göre, mutazarrırın veya üçüncü şahsın kusurunun yanında, vasıtayı işletenin (Halter'in) veya fiilinden mes'ul olduğu şahsın, bir kusuru veya motörlü nakil vasıtadaki bir noksan kazanın husulüne iştirak etti ise, bu takdirde vasıtayı işleten şahıs (Halter), tazminat mükellefiyetinin ancak bir kısmından kurtulur, hâkim hâl ve vaziyetin icaplarına göre tazminatı tesbit eder.

Mezkûr maddenin 4 üncü fıkrası, ücretsiz olarak taşınan şahısların uğradıkları zararlardan, vasıtayı işleten şahsın, hiç bir kusuru olmadığı takdirde, mes'ul olmayacağını tanzim etmektedir.

5 inci fıkra, motörlü nakil vasıtasını işletenin bir kusuru olmadan üçüncü bir şahıs tarafından, bunun tasarruf edilerek kullanılması (Schwarzfahrt, usage sans autorisation) hakkında bir hüküm ihtiva etmektedir. Buna göre, böyle bir hâlde, vasıtayı işletenin rızası bulunmadan, bunun üçüncü bir şahıs tarafından kullanılması hâlinde, bu üçüncü şahıs vasıtayı işleten şahsın (Halter'in) yerine mes'ul olur. Maddenin 6 nci fıkrasında, bu maddedeki üçüncü şahıs tâbirinin, motörlü nakil vasıtasının işletilmesinde istihdam edilen kimseler, ve vasıtayı işletenin rızası ile bunu kullanan kimseler hakkında cari olmadığı tasrih edilmiştir.

Bundan mada, 38 inci maddede, müteaddit motörlü nakil vasıtalarının kazaya sebebiyet vermeleri, ve aralarındaki rücu münasebeti, 39

¹⁾ Bundesgesetz über den Motörfahrzeug und Fahrradverkehr vom 15. März 1932. (kısaca MFG., fransızca LA. rümuzu ile ifade olunur).

uncu maddede motörlü nakil vasıtalarının çarpışması ve bunları işleten şahıslar (Halter) arasındaki tazminat mükellefiyeti, 40 ıncı maddede vasıtayı işleten şahısların değişmesi hâlinde mes'uliyet, 41 inci maddede tazminatın tespit ve tayini hakkında Borçlar Kanunu hükümlerinin tatbik edileceği, 42 nci maddede mânevî tazminat talebi, 43 üncü maddede, bu kanundaki mes'uliyet hükümlerini bertaraf veya takyit eden anlaşmaların hükümsüzlüğü ve gayri kâfi tazminat miktarı tayin eden anlaşmaların akdinden itibaren bir sene içinde kabili fesih olduğu, 44 üncü maddede müruru zaman, 45 inci maddede salâhiyetli mahkemenin tayini, 46 ncı maddede usul ve ispata dair kanunların usul hukukuna ait kaidelerile hâkimin bağlı olmadığı, 47 nci maddede bu kanunun mes'uliyete dair hükümlerinin Federasyona ait motörlü nakil vasıtaları tarafından yapılan kazalara kabili tatbik olduğu, hakkında kaide ve hükümler vazedilmiştir.

2 : 1932 tarihli İsviçre motörlü nakil vasıtaları kanununun en ziyade takdire şayan olan tarafı, bu mevzuda mecburî mes'uliyet sigortası esasını, gayet mükemmel bir şekilde vazetmiş olmasıdır. Burada, mecburî mes'uliyet sigortası hakkında kabul edilmiş olan müterakki ve sosyal esasları şu şekilde sıralayabiliriz:

a : Motörlü nakil vasıtasını işleten şahıs (Halter), bunun kullanılmasının sebebiyet vereceği zararların karşılanması için bir mes'uliyet sigortası akdetmeğe mecburdur (madde 48, fık. 1, ve madde 53). Kanton ve Federasyona ait nakil vasıtaları bu mecburî mes'uliyet sigortasına tâbi değildir (madde 48, fık. 4).

b : Mutazarrırlara ödenecek asgarî tazminat miktarı kanun tarafından tesbit edilmiştir. Motosikletler için, sigorta olunacak meblâğ en az 30000 ve motörlü arabalar hakkında en az 50000 İsviçre frangıdır. Bu miktarlar şahısların uğradıkları cismanî zararlar içindir. Müteaddit şahısların ölmesi veya yaralanması hâlinde, motosikletler için en az 60000, otomobiller için 100.000 İsv. frangı tesbit edilmiştir (madde 52, fık. 1 ve 2) Şahısların nakline tahsis edilen büyük ve ağır motörlü arabalar için sigorta miktarı, azamî on şahsa kadar taşıyan otomobil ve otokarlar için asgarî 100.000, 11 den 20 ye kadar insan taşıyanlar için 300.000, 20 den fazla insan nakledebilenler için 500.000 İsv. frangıdır (madde 52, fık. 3). Eşya zararları hakkında sigorta miktarı, motosikletlerde en az 3000, motörlü arabalarda 5000 franktır (fık. 4).

c : Bu kanunda, mutazarrıra, doğrudan doğruya sigortacıya müracaat ve zararını tazmin ettirmek hakkı tanınmıştır (madde: 49). Sigorta

hukukunun umumî esaslarına göre, sigorta muamelesi sigortacı ile sigortalı yani motörlü nakil vasıtasını işleten şahıs arasında hüküm ifade eder, ve bu şahıslar tarafından yekdiğerine karşı bir hak dermeyan ve talep edilebilir, mutazarrır ancak otomobili işletene karşı bir talep hakkını haiz olmak icap eder. Mutazarrırın sigortacıya karşı doğrudan doğruya talep hakkının tanınması ile zarar gören şahısların himayesi ve sosyal bir gayenin tahakkukuna çalışılmaktadır (bk. § 8. II. c.).

d : Sigorta mukavelesindeki noksanlar dolayısıyla tazminatın azaltılmasına veya tamamile bertaraf edilmesine müteallik sigortacının dermeyan edebileceği defiler mutazarrıra karşı ileri sürülemez (madde: 50). Çünkü bu kanunun, ve mecburî mes'uliyet sigortasının gayesi, doğrudan doğruya mutazarrırların himayesidir. Sigorta mukavelesindeki bir eksiklik dolayısıyla, bunun hükümsüz olduğunun iddia edilmesinden zarar göreceğ olan kazaya uğrayan şahıslardır. Bunu önlemek üzere 50 nci maddedeki hüküm tanzim edilmiş, ve böyle bir hâlde dahi sigortacı zarar görene tam bir tazminat vermekle mükellef tutulmuştur. Şüphesiz, sigortacının, sigorta mukavelesinin muteber olmamasına, veya buradaki meblâğın mahdut olmasına müstenit, sigorta ettirene yani otomobil işleten şahsa karşı bir rücu ve talep hakkı vardır (madde 50, fık. 2). Burada, sigortacı kazaya uğrayana tazminatı ödemek mecburiyetindedir, bunun için sigorta ettirene rücu hakkını haizdir.

e : Mezkûr kanunun 54 üncü maddesi, ecnebi motörlü vasıtalarının İsviçrede sebebiyet verdikleri zararlar için mes'uliyet sigortasını temin ve bu husustaki kaideleri tanzim için Federal Meclisi tevkil etmiştir. Bu salâhiyete dayanan Federal Meclis 28 Mayıs 1947 tarihli bir kararname (arrêté) isdar ederek kaza kurbanlarının tazminat almalarını garanti etmiştir'a.

Görülüyor ki, her hâl ve vaziyette zarar kurbanlarının tazminat elde etmeleri, bu fevkalâde kanun sayesinde, temin edilmektedir. Bu, bizim için ancak takdir ve hayranlıkla müşahede edilmeğe lâyıktır.

III. Hava nakil vasıtaları kazalarından mesuliyet:

Hava seyrüsefer kazaları dolayısıyla, gerek bunun içindekilere, ve gerek yer yüzündeki şahıs ve eşyaya ika edilen zararlardan hava nakil

'a) Bunun bazı hükümleri 19 Aralık 1947 kararnamesile tadil olunmuştur (tafsilat için bk., Lambert de Vries, ACF. du 28 mai 1947 sur la réparation des dommages causés en Suisse par les véhicules automobiles étrangers, schweiz. Juristen Z. 44. Jahrg. -1948- s. 137 ff.).

vasitasını işleten kimse (Halter-exploitant) mes'ul tutulmaktadır. Hava hukuku 20 nci asırda, meydana gelen ve tekâmül ederek genişleyen bir hukuk branşıdır. Bir çok farklı ve çeşitli meseleleri ihtiva eden ve bunların hâl ve tanzimine gayret eden hava hukuku, büyük bir kısmı itibarile hava seyrüsefer ve nakliyatıyla meşgul olmaktadır. Hava hukukuna ait milletlerarası muhtelif anlaşmalar yapılmıştır. Bunlardan birincisi, 13 Ekim 1919 tarihli Paris Anlaşmasıdır (convention portant réglementation de la navigation aérienne, kısaca C. İ. N. A) 7 fasıl ve 33 maddeden ibaret olan bu anlaşma, hava seyrüseferini tanzim etmektedir. Bu anlaşmanın yerine 1944 tarihli Şikago Anlaşması kaim olmuştur⁸. Diğer bir anlaşma 12 Ekim 1929 tarihli Varşova Anlaşmasıdır. Bu, hava yolu ile nakliyata dair kaidelerin tevhidine taallük etmektedir. Varşova konferansı ve anlaşması, hava nakliyecisine şahıslar ve eşyanın naklinde mes'uliyeti tahdit etmek imkânını veriyor (madde: 8, 9, 22). Hava nakliyecisi, eğer müstahdemlerinin zararın önlenmesi için icap eden tedbirleri almış olduğunu veya bunları almanın imkânsız bulunduğunu isbat ederse mes'uliyetten kurtulur (madde: 20, fık. 1). Eşya nakliyatında nakliyecisi zararın, pilotun kusurundan, sevk veya seyrüsefer kusurundan ileri geldiğini, ve diğer hususlarda zararın önlenmesi için kendisinin ve müstahdemlerinin lâzımı gelen bütün tedbirleri almış olduğunu isbat ederse mes'uliyetten kurtulur (madde: 20, fık. 2). Nakliyecinin mes'uliyetten kurtulmasını kararlaştıran, veya anlaşmada tesbit edilen haddenden aşağı bir miktar tesbit eden mukaveleler batıldır (madde: 23)⁹.

29 Mayıs 1933 tarihli Milletlerarası Roma konferansında, hava hukununun mevzuumuzu alâkadar eden kısmı, yani akit dışı mes'uliyet hakkında, bazı esas ve kaideler tespit ve tanzim edilmiştir. Bu konferansta iki anlaşma imza edilmiştir. Birincisi, hava vasıtalarının haczine dair, Roma ihtiyatî haciz anlaşmasıdır¹⁰. Diğeri de yerdeki üçüncü şahıs-

⁸) Tafsilât için bk., Oppikofer, die aktuellen Probleme des Luftrechts, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. 65 (1946), s. 150 a, 152 a ff.; Archinard, problemes actuels du droit aérien, aynı mec., p. 236, 241 a et sv; M. N. Göknil, Hava Hukuku notları. İst. 1947, s. 77 ve m.

⁹) Varşova Anlaşması, Dr. H. Belbez tarafından türkçeye tercüme edilmiştir, Adliye Dergisi, 1942, s. 207 ve m.

¹⁰) Hava nakil vasıtalarına ihtiyat tedbiri olarak haciz konmasına dair bazı kaidelerin birleştirilmesine dair anlaşma (Roma ihtiyatî haciz anlaşması), Dr. H. Belbez tarafından türkçeye çevrilmiştir, Adliye Dergisi 1942, s. 549 ve m.

lara ika edilen zararların tazmini hakkındaki anlaşmadır¹¹. Roma mes'uliyet anlaşmasına ilâve olarak 29 Eylül 1938 tarihli Brüksel protokolü, hava nakil vasıtası işletenin mes'uliyet sigortasına ve mutazarrırın haklarına taallük etmektedir.

Milletlerarası Varşova ve Roma anlaşmalarının yanında, İsviçrede hava nakliyatına dair Federal Meclisin 17 Ocak 1920 tarihli kararnamesi (Bundesratbeschluss, arreté fédéral) in 25 inci maddesi, hava nakil vasıtasının işletilmesi dolayısıyla insanlara ve eşyaya ait bütün zararlardan, hava seyrüsefer müsaadesine sahip olan kimse ile, vasıtayı işleten şahsı (Halter'i) müteselsil olarak mes'ul tutmaktadır, kusurun mevcudiyeti hâlinde, bunun isnat edilebileceği şahıs da mes'ul edilmektedir. *Biz, buradaki muhtasar izahlarımızda, Roma anlaşması hükümlerini esas olarak alacağız.* Uçakla taşınan şahıslar ve eşyaya iras edilen zararlar için uçak işletenin mes'uliyetinin Milletlerarası Varşova anlaşması ile tayin edilmiş ve burada kusur karinesinin kabul edilmiş olduğunu gördük. Roma anlaşmasında ise, yer yüzündeki şahıslara ve eşyaya iras edilen zararlar için objektif mes'uliyet esası kabul edilmiştir. Bu mutlak bir sebep mes'uliyeti hâlidir. Mes'uliyetin hududu, hava nakil vasıtasının ağırlığına göre mütehavvildir, ve kilo başına 250 franktır, bu her hâlde 600.000 franktan aşağı, ve iki milyon franktan yukarı olamaz. Bunun üçte biri mallara, gerisi de şahıslara ika edilmiş zararlara tahsis edilir. Bu son hâlde şahıs başına tazminat 200.000 franki tecavüz edemez (madde: 8)¹². Mes'ul olan, vasıtayı işleten kimsedir. Vasıtayı işleten şahıs (exploitant) tâbirile, uçağın tasarrufuna salâhiyettar olan ve bunu kendi hesabına kullanan kimse anlaşılır (madde: 4). Mes'uliyet, uçağın harekete başlamasından itibaren, uçuş ameliyelerinin sonuna kadar olanlarını ihtiva eder (madde: 2, fık. 3). İşletenin rızası olmadan bunu kullanan her şahıs vukua gelecek zararlardan mes'ul olur, eğer vasıtayı işleten kimse bunun gayrı meşru olarak başkaları tarafından kullanılmasına mâni olacak faydalı tedbirleri almamışsa müteselsilen mes'ul olur (madde: 5).

¹¹) Hava nakil vasıtaları tarafından yerde bulunan üçüncü şahıslara verilen zararlara dair bazı kâidelerin birleştirilmesi hakkında anlaşma (Roma mesuliyet anlaşması (türkçe tercümesi: H. Belbez, Adliye Derg. 1942, s. 555 ve m.). Ayrıca bk., H. Belbez, Hava Hukukunda sorum. Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, cilt: 2, sayı: 1-2, s. 32; Oppikofer, a.g.e., s. 222a; Archinard, a.g.e., p. 307a; Kaftal, a.g.e., p. 737; M. N. Göknil, a.g.e., s. 94. Bu anlaşmanın fransızca metni için bk., rev: générale ass: terrestre, 1933. p. 995.

¹²) İsviçre hukukunda, mes'uliyet için azami bir had konmamıştır, vuku bulan zararın tamamının tazmini icap etmektedir.

Roma anlaşmasının naklettiğimiz bu hükümlerinden anlaşılacağına göre, hava nakil vasıtasını işletenin mes'uliyeti mutlak bir kusursuz mes'uliyettir. Ne yegâne mes'uliyetten kurtulma sebebi mutazarrırın kusurudur (madde: 3). Bununla beraber, eğer zarar uçakta bulunan, fakat mürettebattan olmayan bir kimse tarafından kasden yapılırsa, ve bu fiil gerek işleten şahıs ve gerek müstahdemleri tarafından önlenemeyecek idise, işletenin mes'uliyeti yoktur (madde: 2, fık. 2). Anlaşmada, bu sert mes'uliyetin ancak asgarî ve kâfi bir garanti gösterildiği takdirde pratik bir ehemmiyeti haiz olabileceği tebarüz ettirilmiş, ve işletenin ödemeden aczi hâline karşı, yukarıda zikredilen miktarlar üzerinde sigorta mecburiyeti vazedilmiştir (madde: 12). Uçağın kaydedildiği memleket dışına çıkabilmesi için sigorta şarttır (madde: 12, fık. 1).

Bu izahlarımız neticesinde, bu mevzuda ideal sistemin azamî bir miktarla mahdut mutlak mes'uliyet ve bunun mecburî sigortası sistemi olduğu kanaatine sahip olmuş bulunuyoruz. Bu suretle, gerek üçüncü şahıslar, gerek seyyahlar maruz kaldıkları zararların tazminini temin ettikleri gibi, aynı zamanda sigorta ile de işletme sahiplerinin menfaati korunmuş olur. Böylece bir müellifin dediği gibi, «hava adamlarıyla havacılık mağdurlarının menfaatları telif edilmiş olur»¹⁹.

IV. Bu mesuliyetler muvacehesinde Türk hukukundaki durum:

Hukukumuzda, demiryolları idaresinin, otomobil, otobüs ve uçak işletenlerin mes'uliyetleri hakkında, hususî bir kaide ve kanun henüz tanzim edilmiş olmadığından, B.K. M. 41 hükmünün tatbiki icap etmektedir. Buna göre, mutazarrır demiryolları idaresinin, otomobil ve uçak işletenlerin kusurunu isbat etmek mecburiyetindedir. Kazaların işletmenin bir müstahdem veya işçisi tarafından yapılması hâlinde B.K. M. 55 e istinat edilmesi mutazarrırlar için daha müsait bir durum ihdas eder. Fakat burada dahî, istihdam eden işletme sahibi, hâl ve vaziyetin icap ettirdiği ihtimamı gösterdiğini isbat ederek mes'uliyetten kurtulabilir. Diğer taraftan, bilhassa otomobil kazalarında, zararın müstahdem tarafından değil de bizzat otomobil sahibi tarafından yapılması ihtimal dahilindedir. Bu takdirde tatbik edilecek M. 41 e göre failin kusurunu isbat çok müşküldür, ve bir çok hâllerde kaza kurbanlarının tazminatsız kalmalarını mucip olur ve olmaktadır. Senelerdenberi, büyük şehirlerimizde hemen hergün, sık olarak seyrüsefer kazaları vuku bulduğu hâlde, bu kazalardan mütevellit tazminat kararları nadirdir. Ve mevcut mahkeme kararlarının da büyük bir kısmı B. K. M. 55 deki istihdam edenlerin

¹⁹) Kaftal, a.g.e., p. 741.

mes'uliyeti esasına müstenittir. B.K. M. 41 e müstenit, seyrüsefer kazalarından mütevellit tazminata hükmeden mahkeme kararları yok denecek derecede azdır. Bu keyfiyet de, teknik mahiyet arzeden bu kaza ve zararları, 41 inci maddedeki kusur kaidesinin karşılayamayacağını göstermektedir. Esasen bu bütün dünyada anlaşılmış olduğundan dolaydır ki, bu mevzuda hususî kanunlar isdar olunarak, asırdide kusur mes'uliyetinden ayrılmak zarureti hissedilmiştir.

Türkiyede bu ihtiyaç ve zaruret duyulmamış mıdır? Memleketimizde, şehirlerde hayat, içtimai bakımdan Avrupa şehirlerinden hemen hemen farksızdır. Bizde dahi şehirlerde, büyük bir insan kalabalığı, ve vesaiti nakliye bolluğu, ilk nazarda göre çarpılmaktadır. Buna mukabil yollar gayet bozuk ve dardır. Hattâ bunların içinde, yayaların yürümesine mahsus kaldırımların dahi bulunmadığı, Feneryolundan Bostancıya kadar giden Bağdat caddesi gibi, garibeler de mevcuttur. Modern şehircilik icaplarıyla kabili telif olmayan bu yollar, aynı zamanda kazaların menbaini teşkil etmektedir. Genç mirasyedilerin, son sür'atle sürdükleri otomobillerile, bu yollarda arzettikleri tehlike ve sebep oldukları zararlarından mes'ul edilememeleri kadar, sosyal adalet bakımından, hazin olan bir şey yoktur. Buna, böyle bir kazada, kusurun açık olarak mevcut olduğu, ve failin mes'ul edilebileceği itirazı da yapılamaz. Çünkü, bu kazalar ekseriya تنها mahallerde olmakta, ve bunu gören kimseler olsa dahi, bir takım yalancı şahitlerle ve desiselerle, hakikatin karıştırıldığı ve bu suretle mes'uliyetten kaçıldığı sık sık görülmekte ve işitilmektedir.

Halbuki, zamanımız içtimai hayatının sosyal temayülü haiz olduğunu, ve zararların tazmini fikrinden hareket ederek, mutazarrırları korumak gayesi takip ettiğini izah etmiştik. Bu tazmin zarureti, tren, tramvay, otobüs, otomobil kazalarında şiddetle hiss olunmaktadır. Uçak seferlerinin sıklaşması dolayısıyla aynı ihtiyaç bu sahaya da sirayet edecektir. Bu gayrı kabili içtinaptır. Bunları işleterek kâr temin eden işletmeler veya zevk için bunu kullanan kimseler, cemiyeti teşkil eden insanların mevcudiyetini büyük bir tehlike ile tehdit etmektedirler. Bunların yapacakları kazalarla, birçok kimseler ölmek veya malûl kalmak, ve aileleri de geçim membalarından mahrum kalarak sefaletе düşmek tehlikesine maruzdurlar. Bu vasıtaları işletenlerin, bundan mütevellit zararları üzerlerine almaları hakkaniyet icabıdır. Bu bir kusur meselesi değil, sosyal adalet meselesidir. İşletmelerin büyük sermayelere malik oldukları, ve esasen mes'uliyet sigortası ile tazminat yükünü sigorta şirketlerine yüklemek imkânını haiz oldukları, ve buna mukabil zarar görenlerin ekseriyetini sokaklarda yaya yürüyen mahdut gelirli insanların

teşkil ettiği düşünülecek olursa, bu mevzuda tehlike mes'uliyetini ve mecburî mes'uliyet sigortasını kabul etmemenin, hukukî bakımdan ne kadar büyük bir gerilik olduğu anlaşılır.

Bu meseleye müellif ve hukukçular da temas etmiştir. Bilhassa, Prof. Dr. H. Veldet, Cumhuriyet gazetesinde yazmış olduğu makalelerde ve «Hayat, Hukuk, Cemiyet» isimli kitabında bu ihtiyacı, demiryolu kazaları hakkında tebarüz ettirmiştir. Muhterem hocamız mezkûr kitaplarında, tren kazalarına karşı tazminatın daha mütekâmil ve modern esaslara istinat ettirilmesini teklif etmektedir: «22 sene içinde demiryolları hakkında Meclisin 120 den fazla kanun ve yarım milyon liradan fazla tahsisat kabul ettiğini» söyleyen Prof. Veldet, «gönül isterdi ki bu 120 kanundan bir tanesi de tren kazalarında yaralanan veya ölenlere verilecek tazminata dair olsun ve bu hususta tehlike prensibi ve mes'uliyeti kabul edilsin» demektedir¹⁴. Otomobil kazaları hakkında da aynı esasın ve mecburî mes'uliyet sigortasının kabul edilmesini isteyen, ve hattâ bu mevzuda kanun projesi neşreden müellifler vardır¹⁵. Keza uçak kazaları dolayısıyla üçüncü şahıslara iras edilen zararlar hakkında, Borçlar Kanunu hükümleri ve kusur prensibinin kifayetsizliği ve bunda ısrar etmenin hak ve nısfata aykırı olduğu keyfiyeti de, kıymetli hukukçu Dr. H. Belbez tarafından belirtilmiştir¹⁶. Bazı mahkeme kararlarında, bilhassa travmay kazalarında, kusursuz mes'uliyete doğru bir temayül sezilmekte ise de, bu hususta müstakar ve sabit bir durum bulunmadığı gibi, gene bu kararlarda kusurun mevcut olduğu söylenmekte, adeta bu yaratılmak istenmektedir¹⁷. Böyle bir vaziyete vaktile Alman hukukunda da rastlanmaktadır. Demiryolları işletmelerinin mes'uliyetine dair 1871 tarihli kanunun isdarından evvel, 1860 tarihli bir Alman mahkeme kararı, «mücerret demiryolu tesisatı inşa etmenin bir kusur teşkil ettiğini» beyan etmiştir¹⁸. Bu düşünce tarzı bazı müelliflerde de görülmek-

¹⁴) H. Veldet, hayat, hukuk, cemiyet, İstanbul 1944, s. 141.

¹⁵) N. S., otomobill sahibinin mes'uliyeti ve mecburî sigorta usulü. Hukukî Bilgiler mec., 1938, s. 5468-5574; M. H. Ürgüplü, motörlü nakil vasıtaları kazalarına karşı mecburî sigorta, aynı mec., 1938, s. 5638-5643; B. N. Esen, mecburî otomobil sigortaları ve kanun projesi, İzmir Baro dergisi, sene: 3, sayı: 11 (1938), s. 165.

¹⁶) H. Belbez, hava hukukunda sorum, Siyasal Bilgiler Okulu dergisi, c. II, sayı: 1-2 (1947) s. 23.

¹⁷) Bakınız meselâ, Ankara Asliye 3 üncü Hukuk Mahkemesinin, 25.3.1943 tarihli ve 44/95 sayılı kararı, İzmir Baro dergisi, sayı: 41 (1946), s. 56.

¹⁸) Bk., Theo Guhl, das schweiz. Obligationenrecht, 3. Auflage, s. 128.

tedir. Ezcümle G. Ripert, «kusurun her yerde, hattâ tehlike hallerinde de bulunduğunu ve onun burada fiili ika etmekte değil, zararı tazmin etmemekte tecelli ettiğini» söylemektedir¹⁹. Fakat bu neviden bir tefsir hukuk ilmindeki prensip ve kaideleri tahriften ve bir göz boyamadan başka bir şey değildir ve bu düşüncenin zayıflığı dolayısıyledir ki, Almanyada teessüs eden bu içtihadı rağmen, hususî bir mes'uliyet kanunu ısdar etmek faydalı addedilmiştir.

Hukukumuzda beliren bu tehlike mes'uliyeti hallerinin tanzimi ihtiyacı karşısında, iki yola baş vurulması düşünülebilir.

Birincisi, hususî bir kanunla bu tehlike mes'uliyeti hallerini ve mecburî mes'uliyet sigortası esasını tanzim etmektir.

İkincisi, meselenin hallini mahkeme içtihatlarına bırakmaktır. Fransada, iş kazaları ve hava nakil vasıtaları kazaları hakkında tanzim edilmiş olan iki kanun müstesna, hukukî mes'uliyetin bu tekâmülü içtihatlar vasıtasile yapılmıştır. Orada, motörlü nakil vasıtalarını işletenlerin mes'uliyeti hakkında yapılan muhtelif kanun tekliflerinin reddedilmesi üzerine, Fransız Temyiz Mahkemesi Medenî Kanununun 1384 üncü maddesinin ilk fıkrasındaki esası genişleterek, ve hattâ biraz da bunun hudutları dışına çıkarak otomobil kazaları hakkında bu maddeyi tatbik etmiştir (1930 tarihli karar, bk. § 14, 2, b.). Türk hukuku için aynı şekilde bir genişletme, B. K. M. 58 için bahis mevzuu olabilir ve bir Temyiz kararı da, tramvayları, 58 inci madde mânasında bir inşa eseri addetmiştir²⁰. Kanaatımızca, tramvaylar, otomobiller ve sair nakil vasıtalarının birer inşa eseri oldukları şüphesizdir. Fakat B. K. M. 58 in tatbiki için, zararın bu vasıtalarda mevcut inşa veya muhafazadaki bir noksandan husule gelmesi şarttır. Tramvayların ve otomobillerin hareket halinde değil iken sebebiyet verdikleri zararların bu madde gereğince tazmin ettirilmesi mümkündür. Fakat hareket halinde iken vuku bulan kazalarda, kaza ve zararın başlıca âmili bunu kullanan kimsenin hareketleri ve makinenin faaliyet halinde olmasından mütevellit tehlikedir. Bazı hallerde, kazaya makinedeki bir eksiklik, meselâ frenlerin bozuk olması, sebep olabilir. Fakat ekseri hallerde, böyle bir noksana tesadüf olunmaz, tesadüf edilse bile, ispatı çok güçtür. Diğer taraftan, hareket halinde olan bir nakil vasıtasında, M. 58 in şümulünde aranan arza bağlılık unsuru mevcut değildir.

¹⁹) G. Ripert, *la règle morale dans les obligations civiles*, p. 231.

²⁰) Temyiz kararları, hukuk kısmı (1938), s. 397. Ayrıca bk., etüdümüzün 20 nci § 1 (I, 2).

Bu sebeple, yukarıda zikrettiğimiz mevzularda, hususî bir kanun tanzim edilerek, bunlar hakkında tehlike mes'uliyetinin ve mecburî mes'uliyet sigortasının kabulünü zarurî görmekteyiz. Aksi takdirde, B. K. M. 58 in bu kazalara tatbiki lüzumu ortaya çıkacaktır. Fransız hukukunda, madde 1384, I de yapıldığı gibi bizde de B. K. M. 58 in muhtevasını biraz genişletmek, ve inşa veya muhafaza noksanı unsuru üzerinde fazla ısrar etmemek kabildir. Fakat, kanaatimizca, bu hususta tercihe şayan olan hususî hüküm ve kanunların tanzimidir. Bu mevzuda, İsviçre mevzuatını model olarak alabilir ve ufak bazı değişikliklerle bu mükemmel esasları benimseyebiliriz. Meselâ 1932 tarihli motörlü nakil vasıtaları işletenlerin mes'uliyetine dair olan kanunun 37 nci maddesinde (fık 2, cümle 2), üçüncü şahsın kusuru tenkis sebebi olarak mülâhaza edilmiştir. Prof. Oftinger, bu hükmü sebep mes'uliyetine dair kaideler arasındaki insicamı bozmakla itham etmektedir²¹. Zira, sebep mes'uliyeti hallerinde, üçüncü şahsın kusuru, zararın aslî ve yegâne sebebi olduğu takdirde, tazminat borçlusu için bir mes'uliyetten kurtulma sebebi teşkil edebilir. Bunun dışında, üçüncü şahsın kusuru tazminatın şumulünde nazarı itibara alınmaz, ve bir tenkis sebebi teşkil etmez. Bu, ancak mes'ul şahsın rücu hakkına esas olabilir. Bunun gibi, hava seferlerinden mes'uliyet kaideleri hakkında, milletlerarası Roma anlaşması hükümleri esas ittihaz olunabilir. Esasen bu anlaşmayı hükümetimiz imzalamış bulunmaktadır, fakat bu henüz tasdik edilmemiştir²². Keza nakledilen şahıs ve eşya hakkında da Varşova anlaşması hükümlerinden istifade edilebilir. Diğer taraftan bu tehlike mes'uliyetleri hakkında, mecburî sigortanın tesisi, hem mes'ul şahıslar, hem kazaya duçar olanlar, ve hem de cemiyet bakımından faydalı olacaktır (bk. § 8, I). Bu bilhassa, otomobil kazaları için büyük pratik bir ehemmiyeti haiz olacak ve kaza kurbanlarının tazminat elde etmelerini temin edecektir. Bu netice bizim için vazgeçilemeyecek sosyal bir değeri haizdir. Demiryolları ve uçak işletmeleri, bizde Devlet inhisarında bulunduğundan, bu mevzuda sadece tehlike mes'uliyetinin kabulü ile iktifa edilebilir, ve mecburî sigortadan vazgeçilebilir. Bununla beraber; memleketimizle yabancı memleketler arasında seferler yapan ecnebi şirketlerden bu hususta bir garanti istemek lâzımdır.

§ 26. Netice, ve sebep mesuliyeti hallerinin tatbik kabiliyeti.

Bu tetkikimizle, bugünkü mes'uliyet ve tazminat hukukunun, kusur, tehlike, hakkaniyet ve mes'uliyet sigortasından ibaret muhtelit bir sis-

²¹) Oftinger, a.g.e., I, s. 214.

²²) H. Belbez, a.g.e., s. 32.

tem olarak teessüs etmesi lâzım geldiği neticesine vasıl olmuş bulunuyoruz.

Tazminat hukuku bakımından ilk olarak, kusur prensibi kıymet ve ehemmiyeti haizdir. Kusur esası, pedagojik kıymeti itibarile, kendisinden vazgeçilemeyecek olan bir prensiptir. Bu asırlar zarfında, yavaş yavaş teessüs etmiş ve doktrinde yerleşmiş olan bir mefhumdur. Kusurlu olarak başkasına zarar iras edenin bunu tazmin etmesi kadar, tabii ve âdil bir şey yoktur. Ancak, mevzuumuzda kusura lüzumundan fazla bir şümul vermek, ve failin kusuru bulunmadan sebebiyet verdiği zararlardan mutlak olarak mes'uliyetsizliğini kabul etmek, doğru değildir. Kusurun mevcudiyetinin, hukukî mes'uliyet sebebi olması ne kadar doğru ise, failin kusursuz olmasını bir mes'uliyetsizlik sebebi addetmek de yanlış ve haksızdır. Vuku bulan bir zararda, gerek failin ve gerek mutazarrırın kusurlarının bulunmaması halinde, failin bu zarardan mes'ul olmadığını söylemek, bu zararı gene hiç bir kusuru olmayan mağdura yüklemek demektir. Böyle bir hal tarzının adalet ve hakkaniyete aykırı olduğu açıktır. Çünkü, mutazarrır da en az fail kadar masumdur. Üstelik, failin fiili işlemekte bir menfaati olduğu halde, mutazarrırın buna maruz kalmakla ancak zararı vardır.

Bu, ve etüdümüzde münakaşasını yaptığımız diğer sebeplere dayanarak, kusur prensibinin kâfi gelmediği, bu gibi meselelerde tamamlayıcı olarak tehlike ve hakkaniyet prensiplerini kabul etmenin zarurî olduğunu tespit edebiliriz. Sosyal adalet bunu icap ettirmektedir. İsviçre hukukunda Medenî Kanun ve Borçlar Kanununun yanında, hususî kanunlarla, mesele oldukça tatmin edici bir şekilde halledilmiştir. Türk mes'uliyet hukuku bakımından ise iki büyük ve önemli mesele ortaya çıkmaktadır. Birincisi, bundan evvelki paragrafta izah etmiş olduğumuz bazı tehlike mes'uliyeti hallerinin hususî bir kanunla tanzim ve kabul edilmesidir.

İkinci mesele ise, bu modern mes'uliyet hükümlerinin tatbik edilmesini temin etmektir. Kanaatımızca, memleketimizde, tazminat hukuku bakımından, halledilmesi gereken diğer mühim bir dava da budur. Ecnabi memleketlerde, Almanya, İsviçre ve Fransada, hukukî mes'uliyete dair dava ve kararlar, içtihatlar arasında en büyük mevki işgal etmekte, ve miktarları büyük bir yekûna balığ olmaktadır. Bunun da sebebi, haksız fiillerin insan faaliyetinin en çok rastlanan tezahürlerinden olmasıdır. Bu bakımdan, Türkiyede de vaziyet farklı olmamak icap eder. Fakat, İsviçre Medenî ve Borçlar kanununun kabulünden bugüne kadar geçen yirmi seneden fazla zaman esnasında, mahkemelere giden ve neşredilen kararların miktarı azdır. B. K. M. 55 ve M. 58 gibi mevzularda, içtihatların miktarı ve mevcudiyeti memnuniyete şayan ise de, B. K. M. 54 deki gayrı

mümeyyizlerin hakkaniyet mes'uliyetinin, ve B. K. M. 56 da hayvan idare edenlerin mes'uliyeti hakkında karar ve içtihat bulunmamasını hayret ve endişe ile karşılıyoruz. Hele B. K. M. 54 deki sosyal ve ileri bir zihniyetin ifadesi olan hakkaniyet esasının muasır hukukta elde ettiği ehemmiyetli mevki, ve diğer taraftan halkının büyük bir ekseriyeti çiftçi olan ve hayvanlar vasıtasile ziraat yapılan memleketimizin iktisadî bünyesi nazarı itibara alınacak olursa, bunun üzerinde düşünülecek bir mesele teşkil ettiği görülür.

Türkiyede İsviçre Medenî ve Borçlar Kanununun iktibasî bir inkılâp hareketi olmuştur. Çünkü bu kanunlardaki esasların benimsenmesi halk ruhundan, «Volksgeist» den doğmamıştır, ve esasen doğamazdı. Zira, bir kaç büyük şehirde içtimai hayatın ve fertlerin yaşayış ve kültürlerinin Avrupadakine müşabih olmasına karşılık, köylünün gerek kültürel, gerek iktisadî durumu çok iptidai idi. Bunların terakkisini temin ettikten sonra, duyacakları ihtiyaca göre, yeni hukuku tanzim etmeyi beklemek, bu hukukî reformu uzun bir zaman sonraya bırakmayı icap ettirecekti. Halbuki, Cumhuriyet idaresi diğer bazı sahalarda olduğu gibi, medenî hukukta da, kat'î ve isabetli bir hareketle, garbın modern müesseselerini iktibas etti. Bu suretle gaye halkın seviyesini yükseltmek, ve bu kanunları anlayacak ve kullanacak vaziyete getirmek olmuştur. Bunda kısmen muvaffak olunmuştur. Çünkü, bu kanunlardan ve hükümlerinden bazıları içtimai hayatımızda bir yer ve mevki edindikleri halde, diğer bir kısmı tutunamamıştır. Meselenin, aile hukukunda da büyük ehemmiyeti vardır. Tatbik edilemeyen ve ölü hüküm vaziyetinde olan bu esaslardan tazminat hukukunda vazgeçmek kabil değildir. Borçlar Kanunumuzda mevcut kaideler için, bu kat'iyen bahis mevzuu olamaz ve olmamalıdır. Burada gayemiz bu hükümlerin tatbik edilmelerini sağlamaktır. Esasen bazı mahkeme kararlarının neşredilmiş bulunduğu Borçlar Kanununun 55 inci ve 58 inci maddelerinin sahasına giren bir çok zararların da dava açılmaması veya açılmaması sebeble takipsiz kaldığı görülmektedir. Çünkü zarara uğrayan kimse tazminat elde edebileceğini bilmemektedir. Bu etüdü muharriri, şahsen bu neviden müteaddit vak'alara şahit olmuştur. Bunlardan bir tanesi, vaktile Hukuk Fakültesi kalemünde çalışmış olan Bayan M...in başından geçmiştir. Kendisi Çarşıkapıdan yürüyerek geçerken, içinde demirden ayakkabı kalıpları bulunan bir sepeti başında taşıyan bir mağaza müstahdeminin dikkatsiz hareketile, bu kalıplar başına düşüyor, ve ön dakika kadar sokakta baygın olarak yatıyor. Kendisine geldiği zaman, orada meseleye vaz'iyet etmiş bulunan polis davacı olup olmadığını soruyor. O da kazanın verdiği şaşkınlıkla «hayır» diyor. Kazayı müteakip evine giden kazazede Bayan, sonradan yapılan tıbbî mua-

yene neticesinde, başında vuku bulan kanama ve kan oturma dolayısıyla üç ameliyat ve altı ay buz tedavisine maruz kalıyor. Çektiği ıztıraplardan ve ağrılardan maada, bin liradan fazla tedavi masrafı veriyor. Kazadan bir kaç ay sonra, kazayı yapan çırağın patronundan tazminat alması imkânı mevcut olduğunu öğrenen bayan bu hakkını aramanın imkânsız olduğu kanaatine zâhip oluyor. Çünkü ne kazayı yapan kimse ve patronu, ve ne de vakaya müdahale eden polis malûmdur. Bu vaziyet karşısında, mutazarrır bayan hiç bir şey yapamamış, ve hakkını arayamamıştır. Bunun gibi Caddebostan - Suadiye yolunda vuku bulan ve birisinde bir simitçinin, diğerinde iki amelenin ölümü ile nihayet bulan iki kazada da, ölenlerin kimsesiz ve yardımcısız kalan aileleri ve çocukları, dava açarak tazminat talep edemediler.

Bizim şahsen ve tesadüfen şahidi olduğumuz şu bir kaç hazin vak'a, bütün Türkiye nazarı itibara alınacak olursa, umumileşmek istidadını gösterebilir. Gerek Borçlar Kanunumuzda mevcut esaslar, gerek kabul edilmesini teklif ettiğimiz diğer mes'uliyetler, eğer tatbik kabiliyetleri temin edilmezse, ancak cüz'î bir kıymeti haiz olabilirler. Şüphesiz, bu mevzuda mecburî mes'uliyet sigortası büyük bir ehemmiyeti haizdir, ve mutazarrırların otomatikman tazminat almalarını temin eder. İşin dava safhası sigorta şirketile tazminat borçlusu veya fail arasında cereyan eder. Bu bakımdan, bu mecburî sigortanın gayet büyük sosyal bir değeri bulunduğuna bir kere daha işaret etmek isteriz. Vesaiti nakliye kazalarında bunu kabul etmek elzemdir. Zira bunun zarar kurbanları hakkında çok büyük faydası olduğu gibi, zarar failleri veya tazminat borçluları için de inkâr olunamıyacak bir kıymeti vardır.

Şu halde ilk olarak, iş kazalarının tamamı, tren, otomobil, otobüs, uçak vesair motörlü nakil vasıtaları işletenlerin mes'uliyet sigortası akdetmek mecburiyetini kabul etmek zarurîdir.

İkinci olarak, bu mevzuların dışında kalan zararlar için, bilhassa B. K. M. 54, 55, 56, 58, hakkında da, bunların tatbik kabiliyetini arttıracak bir çare düşünmek icap eder. Tazminat hukukuna dair zikrettiğimiz bu hükümler, büyük bir kısmı itibarile, insanî ve sosyal bir gayeyi haizdirler. Bunların tanzim ve tatbikindeki maksat, insanlara ıztırap ve acı veren zarar vakıalarını önlemek, ve buna rağmen bir zarar vuku bulursa bunun tazminini temin etmektir. Bu bakımdan tazminat hukukuna dair kaideler âmme intizamından addolunurlar. Bu mülâhazaya müsteniden şu fikir üzerinde düşünülebilir. Nasıl bir suç işleyen kimse hakkında, savcılar ceza hukuku esaslarına binaen hukuku âmme davası açıyorlarsa, aynı suretle bu veya diğer bir resmî makam, mutazarrırını ikaz ve tenvir, ve onun muvafakatile tazminat davasını ikame ve takip edebilmelidir.

Ceza davalarında olduğu gibi, haksız fiillerde de tazminat davalarını açmak hususunda savcılara veya onlara muvazi olarak ihdas edilecek bir makama salâhiyet vermek gibi bir tedbirin, hususî hukukumuzda ve bil-hassa usul hukukunda cari umumî esaslara uygun olmadığı muhakkaktır. Fakat bunun sosyal bir değeri de haiz olacağı inkâr edilemez. Alman hukukçusu H. Titze'in «mukayeseli medenî hukuk ansiklopedisi» nde (haksız fiiller - Unerlaubte Handlungen kelimesinde), yazmış olduğu etüdde', Meksika hukukunda böyle bir esasın mevcut olduğu söylenmektedir. Filhakika Meksika hukukunun hususiyeti medenî hukukla ceza hukukunun yekdiğerine kuvvetli bir şekilde karışması, bunların birleşmesidir. 1928-1932 tarihli Medenî Kanunla, 1931 tarihli Ceza Kanunu arasında dahili bir yakınlık temin edilmiş, ve bunun neticesinde tazminat mükellefiyeti kısmen âmme hukuku vasfını almıştır. Âmir mahiyette bir hüküm ihtiva eden Meksika Ceza Kanununun 34, 37 nci maddelerindeki esaslar, tazminat usulü muhakemesinin ceza ile aynı olduğu, bunun cezai takibin bırakıldığı makamlar tarafından cezai muhakeme usulü ile yapılacağı kaidesini vazetmektedir. Böyle bir esasın Türk hukukunda da kabulü düşünülebilir. Esasen İsviçrede dahi, demiryolları işletmelerinin ve otomobil işletenlerin mes'uliyetlerine dair kanunlarda, hâkimin usule dair kaidelerle mukayyet olmaksızın kararını verebileceği tasrih edilmiştir (Demiryolları Mes'uliyet Kanunu, madde: 20; Motörlü Nakil Vasıtaları Mes'uliyet Kanunu, madde: 46).

Böylece, yeni tehlike mes'uliyeti hallerinin ve mecburî mes'uliyet sigortasının kabulü ile, Türk tazminat hukuku sistemi zamanımızın sosyal temayüllerine uygun bir şekil alacaktır. Bu mevzuda yeni bir kanun veya kanunlar ısdar edilmesi, içtimaî hayatımız bakımından en ziyade temenni edilebilecek bir husustur. Bunun yanında, haksız fiil hükümlerinin tatbik kabiliyetini arttırmak maksadile, tazminat davalarını açmak hususunda savcılara veya diğeri bir adli makama salâhiyet verilmesi fikri de üzerinde düşünülmeğe ve münakaşa edilmeğe değer kanaatındayız. Bu son fikri ileri sürerken, bunun muhtevi bulunduğu tehlikeleri müdrükiz. Ancak mutazarrırların himayesi ve tazminat almalarının temin edilmesi hususundaki sosyal gaye, bizi böyle bir kanaata sevketti. Bugünkü tazminat hukukunda sosyal düşüncenin en ziyade hâkim olan bir âmîl olduğu nazarı itibara alınacak olursa, dermeyan ettiğimiz bu fikrin ihmal edilmez bir kuvvet ve ehemmiyeti haiz olduğu anlaşılır.

Zahit İMRE

9) H. Titze, Unerlaubte Handlungen, Rechtsverg. Handwörter. VI. Bd., s. 716: