

İLLİYET NAZARİYESİNE DAİR ¹⁾

1 — İllî münasebet nazariyesi, hukuk ilminde geniş bir yer tutar. Tabii ilimlerde olduğu gibi hukukta da bir hâdisenin muayyen bir asla ircaında tereddüt olunduğu zaman ve yerde illî münasebet meselesi ortaya çıkar ve bu münasebetin neden ibaret olduğunu sorarız. Fizikî ilimler sahasındaki bu ircaa, tabiat hakkındaki tasavvurlarımızda bir nizam, bir bağ tesis edebilmek için muhtacız. Demek ki bu sahada illiyet, bir *nazım prensip* olmak kıymetini haizdir; ve -bu mahiyet ve kıymeti dolayısıyla, düşüncemizin esas mefhumlarından birini teşkil eder. Hukuk ilminde de illiyet, esas mefhumlar sırasına girer, yani hukukî düşünceenin temellerinden biridir. Bu sahada da illiyet, fiil ile neticeyi bir vahdet halinde yekdiğerine bağlayan nazım bir prensiptir. Bu sebeptendir ki birçok şartların topluca tesirile husule gelen bir neticenin hakikî müessiri arandığı, yani hangi fiilin yahut fiillerin bu neticeyi doğurduğu tesbit olunmak istendiği zaman muhakkak illiyet meselesi ortaya atılır. Yani bu taktirde illiyet, aktüel bir problemdir ve mesele şu şekilde vazedilir: Acaba bu fiil veya fiiller ile mevzuubahis netice arasında illî bir münasebet kabul olunabilir mi? Bu sual sadece nazari bir

¹⁾ Felsefî mefhumlarla ünsiyeti olmsyan hukukçular tarafından da bu makalenin okunmasını temin maksadile bazı tâbirlerin tercümesinde asla büsbütün ve lâfzan bağlı kalmayarak daha kolay anlaşılır bir tercüme ihtiyar edilmiştir. Bazı noktalarda metnin anlaşılmasını kolaylaştıracak izahlara da bu yüzden lüzum görülmüştür.

alâka celbile kalmaz; belki aynı zamanda çok yüksek tatbiki bir kıymeti haizdir. Çünkü umumiyetle herhangi bir neticenin illeti olarak bir fiilin tesbitine hukukta biçilen kıymet, bu fiilin aynı zamanda mezkûr netice için *mesuliyete esas* görülmesidir. Bu telakkinin ifade ettiği mâna şudur: Kanunun netice için tesbit ettiği hukukî neticelere - ayrıca düşünülmesi gereken kusur meselesinin halli mahfuz kalmak şartile - bu neticenin illeti olarak görülen fiili işliyen kimsece katlanılmak icabeder.

Bunu bir hâdise ile canlandırmak isteriz: Bilfarz bir müzenin salonu temizlenirken pencereyi silen, yeniden su almağa gittiği zamanda bir nazaretçi memur salona giriyor. Kapının açılmasile hâsıl olan kuvvetli cereyan, pencerenin kanadını harekete getiriyor. Bu kanada da camı silen merdiveni dayalıdır. Bu merdiven bir vitrin üzerine düşüyor, vitrinin camını ve içerisindeki kıymetli eski bir vazoyu kırıyor. Şu suretle husule gelen zarardan dolayı devlete karşı kim mesuldür? Pencereyi silen mi, yoksa nazaretçi memur mu, yahut pencereyi temizliyen bu vazife ile tanzif eden kimse mi? Bu soruya karşılık vermek için, illet meselesinin ortaya atılması icap edecektir. Çünkü zarardan dolayı mesuliyet, ancak bu zarara sebebiyet veren kimseye teveccüh edebilir (Mesuliyeti tesis eden bir prensip olmak itibarile kusur meselesi şimdilik tetkik haricinde kalabilir). Bu misalde zarara kimin sebep olduğunu tayin etmek cidden güç olabilir. Bu güçlük hakikatte o kadar büyüktür ki adetâ meselenin bu şeklele asla doğru vazedilmediği yani illeti araştırmanın asıl cevabı istenen mesuliyet meselesinin haline temas etmediği şüphesi uyanır.

II — İzhar olunan bu şüphe, herşeyden önce hukukî illiyet kanununun aydınlatılması zaruretini gösteriyor. Yani evvela, bir hâdisenin müessiri olarak bir fiili tesbitin hangi prensibe göre cereyan ettiğini tanımamız, başka türlü söylenirse bir fiilin *hangi şartlar içerisinde* mütehasıl neticenin illeti şeklinde telakki olunabileceğini anlamamız gerektir. Hukuk ilmi nazariyelerini tanıyanlar, bu hususta tek ve toplu görüşün mevcut olmadığını bilirler.

1 — İlletin sureti tayinini en şunullü tarzda halletmek isteyen nazariye "Conditio sine quanon," nazariyesidir. Buna göre aynı zamanda netice de ortadan kalkmış olmaksızın ademi vücudu tasavvur edilemeyecek olan her şart, illettir. Şu halde bu

nazariyece, neticenin husule gelmesine müessir her şart aynı zamanda illet olarak kabul ediliyor. Bu sebeple nazariyenin bir adı da "şart nazariyesi = Bedingungs theorie,, dir. Bu telakkinin, illî kanunun mantık ve bilgi nazariyesi bakımından mutlacasında en çok tatmin edici bir nazariye olduğu muhakkaktır. Madem ki illî kanun, aklımız ve düşüncemiz için nazım bir prensip kıymetini haizdir ve madem ki bu kanunun birbirini velyeden bir çok hâdiseleri müessir ve tesir şeklinde birbirine bağlaması icabediyor. Şu halde bu bağıllık, bu vahdet içerisine tecrübe ve müşahedemize nazaran neticeyi doğuran herşeyin girmesi tabiidir. Demek ki şart nazariyesinde illet ve şart arasında bir ayırt yapılmaz. Bütün şartlar, illetlerle aynı, yani müsavi kıymettedirler.

Maamafih bütün şartları illetlerle müsavi kıymette gören bu mantikî prensip. *pratik* (tatbikî) ilimlerin ihtiyaçlarını karşılamıyor. Tabii ilimler, şartlar arasında bir *derece farkı* tanıyorlar. Bu ilimlere göre muhtelif şartlar, netice dediğimiz son hâdiseye olan tesir ve alâkalarının ölçüsüne göre birinci, ikinci, üçüncü ilâh.. derecedendirler. Bunlar illi tesir eden hâdiseler sıraları içerisinde böyle bir derece farkı yapabilirler. Çünkü mezkûr ilimler, muhtelif şartların neticenin husulüne tesir derecelerini kat'î ve tam olarak ölçebilecek vaziyettedirler. Meselâ mahreki arzın teşekkülünde muhtelif şartların müşterek tesirleri kabul edilmektedir. Fakat bunların, mahreki arzın tayinindeki iştirâkleri hiç te bir tutulmamaktadır. Mezkûr şartların her birinin, mahreki arzın tanzimindeki iştirâk hisseleri ve bu hisselerin derecesi astrofizik (Astrophysik) vasıtalarile kabili mesahadır. İşte tabii ilimler bu şekilde muhtelif şartlar arasındaki derece münasebeti tesbit edildikten sonra mevzuubahis illi meseleleri hallolunmuş sayıyorlar.

Hukuk ilminde de mesele buna benzer bir mahiyet arzemektedir. İllyet meselesi, herhangi bir neticenin husulüne müessir olan *bütün şartların sadece tesbiti* ile daha halledilmiş *olmuyor*. Meselâ demin zikrettiğimiz hâdisede neticenin husulüne, merdivenin cama dayalı bırakılmış olmasının, nazaretçi memurun içeri girmesinin ve hattâ yeniden su almağa gittiği zaman merdiveni pencereye dayalı bırakan temizleyicinin (ihtimal ki başka biri daha ihtiyatkâr hareket edecekti) müessir olmuş bulduklarını sadece tesbit bize ne ifade edebilir? Bizim bilhassa bilmek istediğimiz bu muhtelif faaliyetlerden hangisinin mesuli-

yete temel olarak görüleceği noktasıdır. Bu noktada ise herşeyden önce hukukî hissimiz, bize bütün şahısların zarardan mesul tutulmalarını icabettiğini, hele vaziyetten külliye habersiz olarak içeri giren nazaretçi memurun mesuliyeti asla mevzu bahis olamayacağını söyler. Fakat diğer yandan nazaretçi memurun içeri girmesinin zararı doğuran âmillerden biri olduğu, eğer o, temizleyicinin yerini bıraktığı bir anda içeri girmemiş olsaydı zararın husule gelmemiş bulunacağı da münakaşa götürmez. Bu da gösteriyor ki illî bir münasebetle yekdiğerine bağlı bir sıra hâdiselerin hukuk bakımından tetkikinde de *şartlar arasında* bir tercih, bir seçmeden vaz geçilemez. Bütün şartları müsavî kıymette telakki eden mantıkî prensibe göre elimize ihtiyaç gösterebileceğimizden daha çok şartlar geçiyor. Hukuk ilmi ise bu şartlar arasında bir tasfiye yapma imkânına yani neticenin husulü bakımından muhtelif şartların kıymetini sahih olarak ölçebilme mazhariyetine mâlik değildir. Bu mazhariyetsizliğin sebebi şudur: Bir kere bu sahadaki şartların nevileri mahiyet itibarile büsbütün yekdiğerinden ayrı olabilirler. Sonra da burada şartlar arasında bir seçme yapmanın istihdaf ettiği gaye, yani hangi şartın yahut şartların mesuliyete temel teşkil edeceği meselesi, muhtelif şartların neticenin husulüne mihanikî tesirlerinden tamamen *başka* bir mahiyet arz ediyor.

2 — Şart nazariyesinin izah edilen bu tatbikî kifayetsizliği, diğer birçok nazariyelerin ortaya atılmasını davet etmiştir. Bunların, şartlar yığını içerisinde hakikî illetleri meydana çıkarma imkânını vermeleri lâzım gelmektedir. Bunlara ben toplu olarak "tercih nazariyeleri = Auswahltheorien,, [1] adını vermeği muvafık buluyorum. Fakat derhal ilâve etmeliyim ki bunlar da şahsî kanaatime göre, mesuliyet esasını tatmin edici bir şekilde aydınlatmaya aslâ müsait değildirler. Çünkü bilfarz biz umumiyetle *Binding* ile birlikte "en esaslı,, veya *Birkmeyer* ile beraber "objektif en müessir,, yahut *Kohler* ile müştereken "neticenin vücudunu bais,, şart, illet olarak görmeğe hazır olsak

[1] Prof. Honig'in koyduğu bu terimin tam karşılığı lâfza sadık kalındığı takdirde "seçim nazariyeleri,, olmak iktiza ederdi. Auswahl tâbirinde lâfız itibarile bir eleme, ruh itibarile de bir tercih manası mevcut olduğundan karşılık olarak "tercih nazariyeleri,, ni ihtiyar ettik. Bu şekil bize mezkûr nazariyelerin fârik ve müşterek vasıflarını daha iyi anlatıyor.

bile bu nazariyeler, bizi tatbikatta işe yarar bir sonuca ulaştırmazlar. Yukarıda zikrettiğimiz hâdisede "en esaslı,, "objektif en müessir,, "neticenin vücudunu bais,, şart, şüphesiz ki nazaretçi memurun girmesidir. Çünkü o, girmemiş olsaydı cereyan hâsıl olmayacak, merdiven de düşmiyecekti. Eğer biz -zikrettiğimiz nazariyelere uyarak -memurun bu hareketini, mesuliyetin yegâne esası şeklinde göreceğ olursak, hemen bu telakkinin akabinde zarardan hiç kimsenin mesul olmadığı neticesine de varacağız. Çünkü bu mesuliyet için lüzumlu ve zarurî olan kast yahut ihmâl [1] in -hâdisenin cereyan şekline göre- nazaretçi memurda bulunduğunu hiç düşünmeksizin red mecburiyeti vardır. Fakat şimdi bir de başka bir hali, bu defa ceza hukukundan alınmış bir misali düşünelim: Müteharrîk nakil vasıtalarından birini sevkeden bir kimse yorgunluktan dümen başında uyuyor ve bu yüzden cadde üzerinde oynayan bir çok çocukları çiğniyor. Şoför, mahkeme huzurunda kazanın vukuu esnasında uyumakta olduğu cihetle ne yaptığından külliyen habersiz bulunduğunu söyleyerek kendini mazur göstermeye uğraşacaktır. Esasta bu mazeret, tercih nazariyeleri bakımından şayanı kabul olmak icap ederdi. Çünkü "objektif en müessir,, "neticeyi bais,, şart, şüphesiz araba ile oynamakta bulunan çocuklar içerisine girmedi. Bu hareket için ise arabayı sevkeden mesul değildir. Zira bunu aslâ bilmeden, şuuru-na sahip bulunmadığı bir vaziyette yapmıştır. Buna mukabil şoför, harekette bulunan arabanın dümeni başında uyumasından mesuldür. Fakat bizatihi bu uyuma, "objektif en müessir,, şart değildir.

3— İşte bu kabil düşüncelerdir ki *uygun illiyet nazariyesi* [2] denen teorinin vaz'ına müessir olmuş bulunsalar gerektir. *von Kries*

[1] Bu münasebetle Borçlar Kanunumuzun 41 nci maddesine işaret etmek isteriz. Mezkûr madde — gerek *kasden* gerek *ihmal ve teseyyüp* yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur — diyor. Şu halde zarardan mesuliyet için Kanunumuzun sarîh hükmüne göre haksız fiilin kasıt, ihmâl veya tedbirsizlik neticesi yapılmış olması şarttır. Yukarıki misalde, nazaretçi memura bu şartlardan hiç birini izafeye imkân yoktur.

[2] Bu termi, "adâquate Kausaltheorie,, karşılığı kullanıyorum. "adâquat,, tâbiri "mutabakat, muadelet, muvafakat v. s.," vasıflarını ihtiva eder. Buna göre uygun illiyet nazariyesi yerine bir tek kelime ile, mutabakat nazariyesi, yahut "müterafık illiyet nazariyesi,, de denebilir.

in, hesabı ihtimalideki riyazî prensiplere istinaden vazettiği esas kaideye göre : her günkü hayat tecrübelerine nazaran bir neticenin husulüne en müsait görünen şart, o neticenin illeti telâkki olunmak icabeder. Demek ki bu nazariyede, *imkâna* dair bir *hüküm* mevzuubahistir. Bu imkân hükmü bir mukayese mahsulüdür. Hâdiselerin filî cereyan şekli yani illiyet bakımından hakikî revîşi, makul bir düşüncenin hâdisat silsilesindekî illî münasebetin tarzına dair hükmile karşılaştırılır. Bu mukayeseyi yapan, fiilin işlendiği zamanda ahval ve münasebatı göz önüne getirir. Yani hâkim, bir yandan fikren maziye, fiilin cereyanı anına ric'at ederken aynı zamanda hayattan her gün kazanılan tecrübeler göre o fiilin ne gibi neticeler davet edebileceği hakkında da bir hüküm verir. Böylece o, *von Liszt* in ifadesile, geçmiş bir hâdise veya fiil hakkında " *sonradan bir teşhis* „ koymuş olur.

Bu nazariyenin bize ileriye doğru ehemmiyetli bir adım attığına şüphe yoktur. Çünkü umumiyetle kabili tatbik ve âdil kararlara varma hususunda teminat arz ediyor. Bu nazariye, yukarda zikredilen hâdisede dikkatimizi, her şeyden önce ve tereddütsüz cam silenin hareketine çekecektir. Her günkü hayattan kazanılan tecrübeler istinaden kat'î surette beyan olunmak iktiza eder ki: Bir merdivenin tarassutsuz bir pencere kanadına dayalı bırakılması, husule gelmiş bulunan zarar nev'inden bir zarara müncer olabilir. Yine bu misal uygun illet nazariyesine karşı serdedilen bir itirazı da kolayca cerh imkânı vardır. Illiyetin bu tarzda izahına karşı çok kere uygun illet nazariyesinin, illet ve kusur meselelerini birbirile karıştırdığı, bir dereceye kadar kusur meselesi sahasına tecavüz ettiği ileri sürülmektedir. Bu itiraz varit değildir. Çünkü: camı silenin hareketinde ihmal bulunup bulunmadığı yani bu hareketten dolayı *bilhassa onun* ittiham edilip edilemeyeceği meselesi, tamamen temizleyicinin fikrî kabiliyet ve ehliyetine bağlı bir keyfiyettir ki bu noktaya daha burada hiç bir suretle temas edilmiş değildir. Cam silenin, fikrî kabiliyeti meselesi, menfi surette hal olunmak iktiza ettiği takdirde, medenî hukuk bakımından ancak onu pencerenin temizlenmesile tavgif eden kimsene rücu keyfiyeti baki kalır. Bu rücu için mezkûr kimsenin işi fikren kısır birisine verdiğiinden dolayı mesul edilebilmesi şarttır (burada *Culpa in eligendo* denen birini bir işe seçmedeki ihmal kusuru mevzuu bahistir). Bu mesuliyet ise ona an-

cak eğer kendisi cam silenin aklı kifayetsizliğini biliyor yahut bilmesi icabediyordu ise tevcih olunabilir. [1]

İkinci olarak aldığımız misalde de yine uygun illet nazariyesini esas tutarak yorgunluğun basmasına rağmen yola devam etmenin, illiyeti tesis ve izah eden hareket olduğu neticesine varılır. Çünkü bu halde yola devam edilince bir kazanın vukua gelmesi, günlük hayattan kazanılan tecrübelerle uygundur. Bu hâdisede ceza hukuku bakımından mesuliyet için zarurî olan kusur meselesinin, *actio libera in causa* (menşei itibarile hür fiil) şekli hukukisine müracaatla, halli mecburiyeti vardır.

Fakat öyle haller düşünülebilir ki bunlara taallûku itibarile her günlük hayat tecrübelerinden bahs olunamaz. Meselâ farzedelim ki bir arabacı, daha hiç koşulmamış atlarla kalabalık caddeden geçiyor, otomobillerin gürültülerinden atlar ürküyorlar ve arabayı alıp götürüyorlar. Bu vaziyette muhtemel bir kazayı önlemek için sokaktan geçenlerden biri atların önüne çıkarak onları durdurmaya çalışıyorsa da zaptedemiyor ve bizzat kendisi yere devrilerek eli kırılıyor. Yahut bir kimse soğuk havada evinin önünde buz tutmasına karşı tedbir almıyor. Bu ihmal neticesinde kayarak düşmekten korkan bir yaya, kaldırımını bırakıp yolun ortasından gitmekte iken bir otomobil tarafından çığneniyor. Yahut ta A, B yi seyrüsefere kabiliyeti meş-

[1] Bu münasebetle Borçlar Kanunumuzun "istihdam edenlerin mesuliyeti" başlığı altındaki 35 nci maddesini hatırlatırız. Bu madde hükmüne göre: "başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan *mesuldür*. Şu kadar ki böyle bir zararın vukubulmaması için derhal ve maslahatın icabettiği bütün *dikkat ve itinada* bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna *manî olamıyacağını* ispat ederse mesul olmaz." Bu hüküm yukardaki izahatı tekit ettiği basit bir mukayese ile anlaşılır. Esas itibarile bir kimse *ancak kendi* haksız fiilinin netayicinden mesuldür. Borçlar Kanunumuzun aynen aldığımız şu 55 nci maddesile *Medenî Kanunumuzun* ev reisinin velâyeti altında bulunan çocuklarla reisliği tahtındaki mahsur ve akıl hastalarının yaptıkları zararlardan bazı kayıtlar dahilinde mesuliyetini tespit eden 320 nci maddesi bu esas kaidenin iki mühim istisnasıdır. Her iki şıkda da mesuliyet, bir *kusur karinesine* müstenittir. İstihdam edenin müstahdemi intihapda, ev reisinin riyaseti altındakilere nezarete lâzım gelen dikkat ve ihtimamı göstermemiş bulunmaları mesul addedilmelerini mucip oluyor. İççinin mesuliyeti hususunda Borçlar Kanununun 321 nci, temyiz kudretini haiz olmayanların mesuliyet hududunu tayin sâdedinde 54 ncü' cezaî ve hukukî mesuliyet münasebetini tespit için de 53 ncü maddelerine müracaatı faydalı buluruz.

kük gemileri de işlettiğini bildiği bir şirketin vapurile muayyen bir deniz yolculuğuna sevk ve ilca ediyor ve filvaki seyahat için tesbit edilen günde çürük ve seyrüsefere kabiliyeti olmayan bir vapur limandan ayrılıyor ve yolda batıyor — şimdi bütün bu hallerde mecruiyet veya ölümden dolayı gerek hukukî — gerek cezaî mesuliyete esas tutulacak müessir yani illet hangisidir ? Bu kabil hâdiseler, muhakkak ki her gün olup geçen şeyler değildir. Bundan dolayıdır ki her günkü hayatın tecrübelerine dayanan bir imkân hükmü ile burada işin içinden çıkılmaz. Demek ki bu taktirde uygun illet nazariyesi, meselelerin hallinden âcizdir. Tercih nazariyeleri ise yukarıki misallerde arabacıyı, ev sahibini ve A yı — Bunların hareketleri husule gelen zararlar için " objektif en müessir „ şart olarak telâkki edilemeyeceğinden — tebrîe edecekler yani mesuliyetten kurtaracaklardı. Sadece şart nazariyesi de zararların husulüne müessir bir çok sebepler tanıyacak ve bu çokluk içerisinde hukuk bakımında tam ve açık bir fikir ve kanaat istihsaline imkân bırakmıyacaktı.

III — Yukarıda I rakamı altındaki izahatımızın sonunda *illet hakkındaki tetkiklerin hukuk bakımından en mühim nokta olan mesuliyet meselesini hiç te aydınlatmağa yarar mevkie bulunmadığı* şüphesini izhar etmiştir. Yazımızın II numaralı parçasında topladığımız illiyet nazariyelerine dair hülâsa, bu şüpheyi sadece kuvvetlendirmiş bulunuyor. Hele bir de bu vakte kadar güttüğümüz *hâdisenin istikraî (inductif) metotla tetkikini bırakıp talilî (deductif) metoda* geçersen bu şüphe, katiyet haline girer. Talilî metoda ittibaan meselelerin vaz'ı şöyledir: *illiyeti tetkikin mahiyeti nedir ve muayyen bir netice için hukukî mesuliyete esas olan şeyin ne olduğunu araştırdığımız zaman nasıl bir tetkik mevzuubahistir ?*

I — *İlliyet meselesi* sırf *ontologique* bir problemdir. Mesele, bu şekilde vaz'ı halinde - teleologique telakkiye mugayir olarak hâdiselerin gayelerile uğraşmaz, belki mevcut hâdisatın tanzim ve tetkikile iktifa eder [1]. Şu halde illiyet kanununun mevzuu

[1] *Ontologie* kelimesi için eskidenberi " mebhâsı vücut „ tâbirini kullanırlar. Bu terimle vücut ve mükevveuatla alâkadar bir nazariye, metafizigin bir kısmı ifade edilmektedir. Kemali ilâhiden Allahın bizatihi mevcudiyetine intikal eden telâkki ve ispat tarzına Kant'danberi *ontolojik ispat* denmektedir.

hâdiselerdir. Acaba illiyet, mevzuu olan hâdiselerle aynı neviden birşey midir? Basit bir düşünce, bizi aksi kanaate götürür.

Kant ın“ aklı mahzın tenkidi = Kritik der reinen Vernunft,, eserindeki maruf misali alalım: Biz bilardo oyununda bir bilyanın ikinciye çarptığını ve bu çarpanın orada durarak diğerinin harekete geçtiğini görüyoruz. Bu taktirde birinci bilyanın önceki hareketile ikincinin şimdiki hareketi arasında bir rabıta ve münasebet bulunduğunu iddia ediyor ve bunun adına illiyet diyoruz. Bu tâbirle de birinci bilyadaki hareket kudretinin ikinciye geçtiğini kastediyoruz. Bunun böyle olduğundan aslâ şüphelenmeksizin *Kant* ile birlikte soralım: Acaba herhangi bir kimse hareket kudretinin birinci bilyadan ikinciye geçişini hiç görmüş müdür? Buna yalnız menfi cevap verilebilir. Bu misalden öğreniriz ki, bilyaların hareketlerinin müşahedesi kabil, fakat *bizatihi illiyet* in görülmesi *imkânsızdır*. [2] Bundan şu netice çıkar. İlliyet tasavvuru, men'şelerini kendi *dışımızdaki* eşya ve hâdisattan alan müşahedelerimizin aksine, *kendiliğimizden idrâklerimiz* e kattığımız bir fikre istinat eder. Bu ilâveyi, müşahede ve idrâklerimiz arasında bir rabıta tesis etmek ve bu suretle haricî âlemde muayyen tebeddülleri, kendilerinden önceki hâdiselerin netice ve tesirleri şeklinde izah etmek maksadile yaparız. Bu izah ile de hâdiseleri, birbirine bağlayan kanuniliği [3] bulduğumuza kani oluruz, hattâ kanuniliği bu izah ile aynı şey

Bu ispatın delili: eğer Allah mevcut olmasaydı daha mükemmel bir varlığın vücudi iktiza ederdi şeklindedir. Şu kısa izahat gösteriyor ki: ontolojik kelimesi menşe ve illiyete, vücut ve mükevvenatın sureti zuhuruna taallük eden bir tâbirdir. *Teleologie* tâbirine gelince bunun karşılığı olarak " mebhâsı gayat, ilmülgayat „ tâbirleri kullanılmakta idi. Bu term, hâdiseleri gaiyet yani onların müteveccih oldukları hedef bakımından izaha çalışan bir nazariye anlatır. Şu halde her hangi bir problem *ontolojik* mahiyeti haiz ise hâdiselerin *menşe* bakımından, eğer *teleolojik* mahiyeti haiz ise *gal* görüşle izahı mevzu-bahâ demektir. Bu izahata vesile teşkil eden metinde illiyetin, tamamen menşee taallük eden bir mesele olduğuna işaret ediliyor.

[2] Bu hususta fazla tafsilât için aynı müellif ve mütercimnin Hukuk Felsefesi (ikinci basım İstanbul 1935) eserinin 36 ncı ve sonraki sahifelerine müracaat olunabilir.

[3] *Gesetzmaßigkeit* karşılığı kullanılan *kanunilik*le kastedilen şey, hâdiselerin sabit münasebetlerle yekdiğerine bağlı oldukları ve o şekilde ceryan ettikleridir. Bu suretle mezkûr tâbir, müspet ilimler göz önünde tutulmak şartıyla, muayyeniyet mefhumunu da içerisin: almış olur.

addederiz. Bundan da mezkûr kanuniliğin, hâdiselerin sade bir kopyasından ibaret olmadığı yani yalnızca bizim müşahede ve idrâklerimize istinat etmediği, belki aynı zamanda idrâklerimiz hariç ve fevkinde bir fikrî harcı da ihtiva ettiği açıkça meydana çıkar. Başka türlü söylenirse, illiyet kanunu, gördüğümüz ve idrâk ettiğimizden yani hâdiselerin sadece zaman itibarile tevalisinden fazlasını ifade eder. Bu suretle müşahedesi kabil " post hoc „ dan zihnî faaliyetimizle bir " propter hoc „ yapıyoruz demektir [1]. Illiyet kanununa taallûku itibarile sadece münfail (passif) yani kabul edici yahut alıcı (rezeptiv) vaziyette kalmıyoruz. Belki bu husustaki zihnî faaliyetimiz fail (actif) daha doğrusu *yaratıcıdır*. *Kant*, bu hale fikrin " spontanité „ [2] si adını veriyor.

İşte sırf " şart nazariyesi „ tamamen bu zihnî faaliyet çerçevesi içerisinde kalıyor. Fakat yukarda gördük ki: fiilin hukuk bakımından mutalâasında bu nazariyeden hiç istifade edilemiyor. Bilhassa bu sebepledir ki aleliltlak " şart nazariyesi „ nin,

[1] Post hoc (bizim telâffuzumuzla post hoc) denince eşya ve hâdiselerin zaman itibarile yekdiğerini takip etmesi anlaşılır. Post, muahhar, sonra ; hoc' da, olan demektir. İnsan basit bir müşahit vaziyetinde kaldıkça daima böyle bir tevali yani post hoc ile karşı karşıyadır. Sadece bitaraf bir müşahit vaziyetinde kalınmıyarak zihin faaliyetile tevali eden hâdiseler arasında illî bir münasebet tesis olununca yani mevcut bir vaziyet veya vukubulan bir hâdise kendinden önceki bir hâdiseye bağlanınca propter hoc yapılmış olur. Burada bir noktaya ehemmiyetle işaret olunmak icap eder. Hâdiselerin birbirini zaman itibarile takip etmesini yani post hoc'u, daima onlar arasında bir illiyet münasebeti şeklinde yani propter hoc olarak görmek hatalıdır. Meselâ geceyi gündüz takip eder. Fakat gece, gündüzün illeti değildir.

[2] Bu tâbirle alelumum kastedilen şey, derunî yani kökleri ve müessirleri tamamen failin nefsinde mündemiç ruhî bir faaliyet tarzıdır. Kararların haricî müessirlerden azade olarak binefsihi verilmiş şeklidir. *Kant*ın bu tâbire verdiği mana daha hususiyet arzeder. *Kant*, Spontaneität dediği zaman zihnin insandaki akli (intelligibl) hürriyete binaen kendiliğinden yaptığı faaliyeti ve bu faaliyet neticesinde tasavvurları kendiliğinden yaratma kabiliyetini kastediyor. Ona göre bu faaliyet neticesinde yaratılan tasavvurlar — akli hürriyet icabı — tamamen illetsiz yani hissi âmillerle insan karakterinin tesirinden külliye azadedirler. *Kant*ın Spontaneität e verdiği bu hususî mânayı tebarüz ettirmek üzere Hukuk Felsefesi kitabımızda bu mefhumu izah etmekle beraber bir term halinde *fikrin ihtiyarı* yani, zihnin ihtiyarî faaliyeti tâbirini kullanmıştım (mezkûr eser s. 38). Dr. Edip Serdengeçti bu çevirişe bir az da haklı olarak tariz ediyorsa da (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası sayı 4 sayfa 542) maalesef daha münasip bir karşılık teklifinde de bulunmuyor.

" tercih nazariyeleri „ ve " uygun illet nazariyesi „ ile tamamlanması teşebbüsüne girişilmiştir.

2 — Bununla beraber, " tercih nazariyeleri „ nin yaptıkları gibi, *illiyet prensibini tercih prensibile tahdit* teşebbüsünde bulunulunca şeniyeti tetkikten vazgeçilmiş, *kıymet hükmü* sahasına geçilmiş olur. Çünkü her tercih, bir kıymet biçmenin neticesidir. Muhtelif şartların *kıymet axiologie* [1] bakımından *mutalea ve takdiri*, mezkûr şartların muayyen bir neticenin illetleri olarak tesbitinden *büsbütün başka* bir şeydir. Hattâ daha ileri gidilerek denebilir ki : *ontologique ve axiologique* tetkikin bu şekilde yekdiğerine karıştırılması mantıksızlığa da müncer olur. Çünkü neticenin husulü için zarurî olmasından dolayı bir kere illet olarak izah ve kabul edilen hâdiseler zincirindeki bir unsura, kıymetinin eksikliği hasebile sonradan bir de gayrı illî mahiyet izafe edilemez.

Uygun illet nazariyesi de aynı şekilde her türlü illiyet prensipile tenakuz halindedir. Çünkü : illiyet bir zarurettir. Netice için zarurî olmayan bir şeyin, onun için illî bir mahiyet almasına da imkân yoktur. Halbuki uygun illet nazariyesi, imkân ve ihtimal mefhumuna istinat ediyor. Bu nazariye meseleyi : makul bir hükmün, fiilin ikâındaki neticeyi önceden kestirmesi mümkün miydi ? şeklinde vazeder. *Fakat imkân ve zaruret noktai nazarlari, bir ve aynı mevzua taallük edince, ortada yekdiğerinin aynı tek hüküm değil, belki ayrı iki hüküm var demektir.* Bu sebeplerledir ki tercih nazariyelerile uygun illet nazariyesi, hukukî illiyet nazariyeleri olarak tavsif edilince problemin esasına nüfuz ve onu hal imkânının önüne geçilmiş bulunur. Hakikatte de bu nazariyeler, illî bir münasebetin *isbat*ına çalışmıyorlar. (böyle bir isbat yalnız bir illiyet nazariyesinin vazifesi olabilir); belki esasen mevcudiyeti sabit illî bir münasebetin *kıymetini takdire* yardım etmek istiyorlar. Hukukan alâkayı davet eden bir fiilin, diğeri herhangi bir şart gibi, neticenin husulü için zarurî olduğu sabit ise, *illet meselesi hallolunmuş* demektir.

[1] Malûm olduğu üzere "axio„, değer ifade eder. Logie ise ilâve olduğu her kelimeye "mebhas veya ilim„ mânalarını ilâve ettiğine nazaran axiologie ile hâdisatı değer ve kıymet bakımından mutalâa eden bahis kast olunuyor demektir. Bunun sıfatı olan axiologique tâbiri, her kıymet hükmünün bir hedef ve maksada teveccühü tabii olduğundan teleologique tâbirile gayede birleşir.

Tesbit edilen şartlar arasında en müessiri yahut en uygunu aranınca illiyet taharrisinin neticelenmiş bulunması ve onun yerine başka neviden bir araştırmanın geçmiş olması icabeder. Bu yeni araştırmanın hedefi mesuliyet meselesini tayindir; vazifesi: İllî bir vakiya iştirâk eden şahısların hareketi, acaba bunların mesuliyetine esas teşkil eder mi; şayet ederse mesuliyet derecesi nedir? Suallerine cevap aramaktır.

Meselenin sırf illet veya mesuliyet bakımlarından böyle *iki muhtelif şekilde vaz'ını* öğrenince, bunlar arasındaki mâna ve mahiyet farkını da açıkça tebarüz ettirmeğe çalışmak gerektir. Bu hususta daima, tıpkı harici âlemdeki diğer hâdiseler gibi insan hareketlerinin de kendisine tâbi oldukları *illet hükümüne*, ondan *müstakil bir diğer hükmün iltihak ettiğini* ve bizim bir hareketin hukukî ehemmiyetine ait tasavvuru ancak bu ikinci hükme istinaden kazandığımızı hatırlamak ve bu nokta üzerinde durmak icabeder. İlet düşüncesine ilâve edilen bu ayrı ve müstakil hükme ben, "*objektif isnat imkânına dair hüküm*," [1] adını vermek istiyorum. Bu hükmün neticesi, tasdik

[1] Bunu, "Urteil über die objektive Zurechnung," karşılığı kullanıyorum. Lâtincesi *imputatio* olan *Zurechnung* tâbiri esas itibarile muayyen bir fiilin failinin muayyen bir kimse olduğunu ifade eden bir hükme delâlet eder. Fail ile fiil arasında bir münasebet tesisi başka tâbirle bir fiilin bir kimseye isnadı dört şekilde kabildir: fail ve fiil arasında illî bir münasebet ve rabita varsa *zahiri*; fiil, failin isteğiyle yapılmışsa *ahtâki*; bu istek, meş'ur bir iradenin eseri ise *ruhi*; fiil bir cezayı istilzam ediyorsa *cezaî* isnat imkânından bahs olunur. Isnadın muhtelif dereceleri vardır: bir kimse bir fiili bizzat işlemiş ise (faili aslıde olduğu gibi), isnat doğrudan doğruya; eğer başkasına işletmişse (müşevvikte olduğu gibi), bilvasıtaadır. Neticenin husulünde fiilin tesir derecesine göre de isnat kabiliyeti, *tam* veya *gayrı tamdır*. Bir fiilin, bir kimseye isnat edilebilmesi için, o şahsın bu isnat imkânını bilecek ve görececek ehliyeti haiz (*Zurechnungsfähig*) olması daha doğrusu kendi hareketinin neticelerini derpiş ve hesap edecek vaziyette bulunması lâzımdır. Şu halde bir kimşenin haricî veya derunî fiilinin vasıtasız ve vasıtalı neticeleri olarak önceden görmek mecburiyetinde bulunduğu bütün şeyler, ona kabili isnat ve göremeyecekleri ise gayrı kabili isnattır. Bu sebeple insan görmesi icap ettiği halde görememiş bulunduğu neticelerden dolayı da cezaya çarpılır. Şu izahattan anlaşılımıştır ki isnat imkânını, mesuliyete temel teşkil etmek üzere, fiili failin serbest ve şuurî iradesine irca mânasında kullanıyoruz. Bu isnat için ise, ferdin *temyiz* kabiliyetine sahip olması zaruridir. Bu mânada isnat ve temyiz kabiliyeti birbirinden ayrılamaz iki mefhumdur. Daha fazlası için Hukuk Felsefesi kitabımızın 76 ve 77 nci sayfalarındaki izahatla Ceza Kanunumuzun cezaî ehliyeti kaldıran veya hafifleten 40 ilâ 60 ncı maddeleri hükümlerine bakınız.

halinde "objektif isnat edilebilirlik = die objektive Zurechenbarkeit", nefi halinde ise "fiilin objektif isnat edilemeyişi = die objektive Nichtzurechenbarkeit der Handlung", dır. Bu mefhumlarla kastedilen şeyin daha etraflı tafsili icabediyor.

3 — Isnat hükmünün, illet hükmüne karşı hususiyetini isbat teşebbüsünde mebdai hareket, hukukun ilk planda muayyen vaziyetlerin husul veya men'iyle olan alâkasıdır. Hukukun husul veya men'ini istihdaf ettiği bu vaziyetleri "neticeler", diye tavsife alışığız. Çünkü bu vaziyetler bizi, - illiyet kanunu bakımından görülünce - insan hareketlerinden doğmaları itibarile alâkadar ediyorlar. Bu neticeler, kanunlarca hâdiseler şeklinde iyice tesbit ve tahdit olunmuşlardır. Kanunun şekil ve hududunu çizdiği böyle bir vakıa tahakkuk eder etmez bir hukukî vaziyet tahaddüs etmiştir. Başka türlü söylenirse bir hukukî hal ve vaziyetin husulü için, bir "netice", nin tahakkuku daimî ve zarurî bir şarttır.

Böyle bir "netice", nin, ancak insan hareketinin tesirile husul bulduğu taktirde hukukan alâkayı davet edeceği yukarıda söylendi. Şimdi burada illet hükmü için, neticeyi doğuran şartlar arasında bir insan fiilinin de mevcut olduğunu tesbit hiç şüphesiz kâfi gelecekti. Fakat bu tesbit ile hukuk bakımından çok bir iş yapılmış olmaz. Zira her hâdise, pek tabii olarak birçok âmillerin (faktörlerin) verimi olduğuna göre, hakikî illet hükmü, insan fiilini diğer şartlarla tamamen müsavi tutma esasından hareket etmek mecburiyetindedir. Umumî felsefî mânada da "müessir", [1], muayyen bir şart olmayıp, şartların heyeti mecmuası bulunduğuna göre acaba bu şartlar arasında mevzuubahs insan fiili, *hukuk nizamının* mütehakkik ve mütehaddis netice itibarile kendisine izafe ettiği mevkii alıyor mu yoksa almıyor mu? sualile ilk defa hukukî cihete temas edilmiş yani mesele hukukî bakımdan görülmüş olur.

Çünkü hukuk, her şeyden önce muayyen *vaziyetlerin* husul veya men'ile alâkadar olmakla beraber ve aynı zamanda bu vaziyetlerin, *fiiller* le ihdas yahut *terk ve ihmaller* le men olunabileceği esasını da kabul eder. Beşerî cemiyet hayatının nizamı olmak itibarile hukuk, insan *hareketine* teveccüh eder. Yani

[1] *Ursache* yani müessir ve illet ile *Wirkung* yani tesir ve eser arasındaki münasebet: eserin, müessire tâbi; müessirin ise, esere hâkim olmasından ibarettir.

hukuk, insan *hareketi*ni tanzim etmekle muayyen vaziyetlerin ihdas veya men'i hususunda istenilen tesiri icra eder. İnsan hareketinin bilhassa hukukî kaidelerin tesir ve nufuzuna tâbi olmasının sebebi, bir yandan mahiyeti itibarile bir irade izharını ifade eden hareketin bu tesire müsait bulunması, diğer yandan da kaidelerin insan iradesinden başka bir şeye teveccüh edemeyişleridir. Böylece insan fi'linin *irade izharı* olma vasfı üzerinde durunca onun illetlik sıfatı tali dereceye düşer, bu suretle her hareketin asıl ve menşesinde meknuz bulunan ve (Bierlieg ve Wundt'un tâbirlerle) " *yaratıcı benzeri fiil* = Quasi schöpferischer Akt „ denen kısım ehemmiyet kesp eder. Bu suretle aynı zamanda hâdisatı tetkik tarzı da illî olmaktan çıkar, gaî mahiyet alır. Artık fiilin, neticenin bir şartı olması alâkayı davet etmez. Bilâkis alâkanın toplandığı nokta, o fiil ile hâdisatın illî seyrine *maksada uygun* (gayevî) surette *müdahale* olunabileceği keyfiyetidir. Şimdi artık fiil, vasıta mahiyetindedir, bununla insan tabii hâdiselerin cereyanına müdahale gayelerini tahakkuk ettirir, yani bu vasıta ile tabiatı, kendi maksat ve gayesine hâdim ve tâbi kılar. Bu hususta insan kudretinin muayyen sınırlarla tahdit edilmiş bulunduğu zikre değmez bir vakıdır. Fakat insan, muayyen bir hareketin tesirlerini önceden görmeğe ve bu tesirleri uygun hareketlerle ihdas, mukabil ve muhalif hareketlerle men etmeğe ehliyetli bulunduğu derece ve nisbette, muhitine müessir olur ve malik olduğu bu müessirlik imkânile mütenasip bir surette, nihayetsiz illet ve netice (müessir ve tesir) zincirinde *sade bir uzuv*, yalnız bir cüzü olmakla kalmaz, *belki* bunların *nâzım prensipi* vaziyetine geçer. İşte bilhassa bu sebepledir ki insan hareketi, maksat ve gayeye uygunluk bakımından sırf objektif bir şekilde mutalâa olunabilir. Böyle bir objektiflik ancak insanın münferit ahvalde hareketile şahsan ne elde etmek istediğine bakılmayarak, onun ferdî arzularına bağlı kalınmayarak temin olunabilir. Filyatta da bu araştırmayı, başka birinin muayyen bir hareketi üzerinde düşünmek yani o hareketin objektif şekilde gayeye uygun olup olmadığı hakkında kendimizce bir hüküm vermek suretile, hergün tatbik sahasına çıkarıyoruz. Yani biz, herhangi bir insan hareketinin saiklerini tanıdığımız, harekette bulunanın niyet ve tasavvurunu bizzat bildiğimiz halde de başkalarının fiillerinin gayeye uygun veya muğayir oluşlarına dair kafamızda kendimize has bir hüküm teşekkül ediyor. Meselâ bir ananın çocuğunu terbiye için

yaptığı hareketi düşünelim : Ana, o vakte kadarki tecrübelerine istinaden, hareketinin çocuğun ahvalinde bir salâh husule getiremeyeceğini düşünebilir. Buna rağmen tecrübeli bir pedagog, belki de bu tedbirin tesirleri itibarile pek ifrata gittiğine, zararlı neticeler doğuracağına hükmedecektir. Şu halde demek ki mezkûr tedbir, objektif olarak gayeye muğayirdir. Yahut başka bir misal alalım : Çok hırslı bir motosiklet sahibi, makinesinin sür'atini çoğaltmak için bazı değişiklikler yapıyor. Bu tebeddül ile onun sür'at gayesini elde ettiğini de kabul edelim. Fakat makineyi inşa eden ihtimal ki ona, bu hareketile motosikletin dayanış ve kullanış müddetini azalttığını, çünkü makinenin muhtelif parçalarının bu kadar sür'ati temin edecek surette inşa edilmediklerini söyleyecektir. Şu halde motosiklet sahibinin hareketi, objektif bakımdan gayeye muğayirdir.

Bu hususta daha başka misaller zikrine lüzum yoktur sanırız. Bundan sonraki vazifemiz, *bu objektif gayeye uygunluk hükmünün, hukukî vakıalara tatbikini* izahtır. Bu suretle objektif isnat edilebilmişin mânâsı da daha açık anlaşılacaktır.

4 — Hukukta - her hüküm veren gibi - muayyen gaf bakımlardan hareket eder. Herhangi bir fiil kendi takdirine arz edilmiş bulunan bir kimsenin hükmü, zarurî şekilde esasen mevcut ve mazide geçmiş harekete taallük etmek mecburiyetinde olduğu halde, hukukun kaidelerile her şeyden evvel ilerideki hareketi *tanzim etmek* istediği şüphe götürmez bir keyfiyettir. Mamafi bu fark, hukuk kaidelerile alelîtlak hükümler arasındaki müvazatı ihlâl etmez. Çünkü hukuk kaidelerinin, aynı zamanda insan hareketinin *hüküm ve takdiri* ne yarıyacak ölçüleri de ihtiva etmeleri icabeder. Yalnız hukuk kaideleri, umumî tecrübe ve kanaate göre insandan beklenebilen yani ona *tahmili* kabil olan hareketi talep edebilirler. Hukuk, din gibi insan iradesinin tam mânâsile ilâhî emre inkiyadını, şahsiyetten külliyyen feragatle tahakkuk edebilen mutlak bir teslimiyeti istihdaf etmez. Keza hukuk, ahlâk gibi iradenin teşekkülünde sırf manevî unsurlara bağlı kalmayı ve sadece ahlâkî hareketi ameli zaruret fevkine yükselten bu unsurlar üzerinde durmayı da istihdaf etmez. Keza hukuk, ahlâk gibi iradenin teşekkülünde sırf manevî unsurlara bağlı kalmayı ve sadece ahlâkî hareketi ameli zaruret fevkine yükselten bu unsurlar üzerinde durmayı da istihdaf etmez. Daha ziyade hukuk, insana " tahmil „ olunabilen

hareketle kanaat eder. Demek oluyor ki o, insandan umumiyetle kudreti sahasına giren, ittiba ve riayet imkânına malik bulunduğu hareketi bekler. İşte gayeye uygunluk hükmünün *objektifliği* tâbirile ifade etmek istediğim düşünce budur.

Şu noktayı da tebarüz ettirelim: Hukuk, bilhassa insan hareketini yine onun iradesi delâletile tayin etmek iktidarına sahip olduğu içindir ki beşerî cemiyet hayatının nizamı şeklinde tarif olunabilir. Hukukî emir - ve nehyler insan iradesine teveccüh ederler. Zira yalnız insan iradesidir - ki bu emrû nehylerin tesir ve nüfuzuna maruz kalabilir. Şimdi her iki düşünceyi yekdiğerine bağlayınca şu neticeye vasıl oluruz: Hukukî emirler, vazı kanunca istenen bir neticenin husulünü, hukukî nehyler ise vazı kanunca arzu edilmeyen bir neticenin men'ini ancak bir şartla yani bu neticenin ihdas veya men'inin *normal surette* insana *tahmili kabil* ise talep edebilirler. *İnsana tahmili kabil olan şey ise, onun kudreti dahilinde bulunan harekettir.* Binnetice hukuk bakımından ehemmiyeti haiz şey, yalnız kanunen tesbit olunan bir neticenin illetini teşkil eden ve aynı zamanda onun delâletile bu neticenin ihdas veya men'i işleyen kudreti dahilinde bulunan insan hareketidir. Bu düşünceyi şu suretle ifade edebiliriz: *Mesuliyete esas teşkil etmesi mevzubahs olan hareket yalnız kanunen tesbit olunan bir neticenin illeti olan ve kendisile bu neticenin ihdas veya men'i gayeye uygun görülerek vaz'ı tasavvur olunabilen harekettir.* Her iki düşüncenin de anlattıkları şey aynıdır: Ancak bir hareketin objektif gayeye uygunluğu farz ve tesbit olunduktan ve bu düşünce illiyete inzimam ettikten sonradır ki mezkûr hareketin hukukî ehemmiyeti için muktazi bulunan hukukî temel vücut bulmuştur. Yani herhangi bir hareketin, bir netice için illet mahiyetini haiz olması kâfi gelmiyor. Buna ilâveten bir de hareketi icra edenin iradesile hâdisatın illî seyrine hâkim bulunmuş olması icabediyor.

IV — Artık objektif isnat prensibini, bir de hukukî metodolijinin en zor problemi olduğunda ittifak edilen "ihmalin illiyeti," [1] meselesinde, denemenin ve bu sahada da doğruluğunu göstermenin sırası geldi.

[1] Bu tezimi "Kausalität der Unterlassung," karşılığı kullanarak "Unterlassung," tâbirini umumî mânâda "terk, bırakma," hukukî mânâda "fiil," in karşılığı olmak üzere "ihmal," şeklinde Türkçemize çevirmeyi doğru

1 — Herkes bilir ki, vazı kanunca istenmeyen bir netice-
nin husulü için muhakkak bir fiil yani birşeyin yapılması şart
değildir. Belki böyle bir netice, bir ihmal, yani birşeyi yap-
mamakla da temin edilebilir. Şu halde hukukan, faaliyette bu-
lunma ile hareketsiz kalma tamamen aynı mahiyettedir. Fakat
lâkayıt ve hareketsiz kalmanın, bir neticenin müessiri, yani
illeti olarak görülüp görülemeyeceğinde tereddüt kabildir. Bu
tereddüt, bilhassa illiyetin popüler telâkkisi düşünüldüğü takdirde
büyür. Bu telâkki illiyetten, müessirin neticeye *tesirini* kaste-
der, Müessir ile eser arasında böyle bir münasebet tasavvur
edince neticenin, illete *dinamik* bir şekilde tâbi olduğu düşünö-
lüyor demektir. Bu tâbilik sebeble, eser yani neticenin mües-
sirden doğması yani neticeye tesir icra eden kudretlerin illete
vücut bulması icabeder. İlliyeti bu mânada anlayınca, faaliyette
bulunma ile hareketsiz kalma illiyeti arasında çok kat'î bir tef-
rike vasıl olma zarureti vardır. Çükü faaliyette bulunma ile ne-
ticeye müessir olan kudretlerin yaratılmasına mukabil hareket-
siz kalma ile sadece hâdiseler ve onlara tesir eden kudretler
kendi tabii cereyanlarına bırakılmış oluyorlar.

2 — Bununla beraber evvelce verilen izahat göstermiştir
ki, ilmî mânasile illiyet mefhumu, hiçbir suretle müessirin neti-
ceye olan *tesirinin mahiyetini* izah iddiasında değildir. Bu mef-
hum, sadece harici âlemdeki değişmelerin sebep ve esas hak-
kındaki *tasavvurumuzu* ifade etmek içindir. Bu mânada illiyet
mefhumu, yalnız neticeye herhangi birşeyin temel ve esas ola-
rak düşünülmesinin *zarurî* oluşunu anlatmak dileğindedir. Yok-

buluyoruz. Nitekim, Ceza kanunumuzun 45 inci maddesinin ikinci fıkrası "ka-
bahatlerde kast sabit olmasa bile herkes kendi *fiil ve ihmali* den mesuldür,"
demek suretile ihmali tamamen ve yalnız bu mânâya alıyor. Prof. Hoag'in
"ihmal ve teseyyüp suçlarının Roma hukukundan eski Alman müsterek huku-
kuna kadar olan tekâmül seyri," başlığıle Türkçemize çevrilen çok sayılı dik-
kat ve mevzuumuz itibarile de tavsiyeye değer makalesinde (Capitolium,
yıl : 2, sayı : 5-6, s. 39), Unterlassung karşılığı olarak "ihmal ve teseyyüp,"
kullanılmıştır. Bu kullanışın sebebini, Borçlar kanunumuzun 41 inci maddesin-
de "ihmal ve teseyyüp," tâbirinin beraber zikredilmiş bulunması teşkil etse
gerektir. Kanaatimizce "ihmal," i "teseyyüp," ten ayırmak ve bu ikinci tâbiri
büşbütün atmak mümkün değilse de yalnız "kast," ın zıddı olan "*ruhî*
halet," i ifade hususunda kullanmak lâzımdır. Nitekim Borçlar kanunumuz
gerek ihmal ve gerek teseyyübü bu mânâda alıyor. Biz "ihmal," e teseyyübün
ifade etmediği herhangi bir vaziyette fi'len lâkayıt kalma mânâsını da veriyoruz.

sa neticeye esas teşkil eden bu şeyin *ne* olduğu yahut *nasıl vücut bulduğu* hakkında malûmat vermek davasını gütmez. Buna göre ilmî mânasile *illiyet mefhumu*, *iki muattanın mantıkan ve bilgi nazariyesine tevfikan yekdiğerine raptından* başka ve fazla bir şey değildir. İllet mefhumunun bu mânasile, ihmalin illiyeti tasavvuru pek âlâ kabili teliftir. Çünkü madem ki bir faaliyetin illiyetini iddia edebilmek için, onun aynı zamanda kendisinden doğan netice de ortadan kalkmaksızın tasavvurdan çıkarılamaması kâfi geliyor; şuhalde kendisine mukabil ve muhalif bir fiilin neticeyi bertaraf etmiş bulunacağı bir hareketsizlik (birşey yapmama) da illet olarak tavsif edilebilmelidir.

3— Bu suretle illetin ilmî telakkisi, -popüler telakkiye muhalif olarak- illet teşkil etme hususunda hareketsiz kalmağa, faaliyette bulunmanın haiz olduğu ehemmiyet atf yani ihmalin illiyetinin fiilin illiyetine müsavi kıymette bir düşünüş şekli olduğunu ibraz ediyor. Bu itibarla da ilmî telakki, diğerine nazaran şayanı tercih bir vaziyete geçiyor. Bununla beraber bilhassa bu ihmalin illiyet problemi, *mücerret illet hükmü ile, ihmal için çok haizi ehemmiyet olan noktaya henüz temas edilmiş olduğunu* gösterir.

Çünkü ihmal halinde hukukî mânasile bir müessir (illet) den bahs olunabilmek için hareketsiz kalmanın -tıpkı faaliyette bulunma halinde olduğu gibi- bir irade izharı mahiyetini haiz bulunması lâzımdır. Zira hukukan ehemmiyeti haiz olan yalnız irade izharlarıdır. Bundan çıkan netice, ihmalin illet teşkil etmesi için -tıpkı fiilin illiyetinde olduğu gibi- başka suretle hareket edebilme hürriyetinin yani hareketsiz kalmama imkânının mevcut ve meşrut bulunması zaruretidir. Fakat basit bir mülâhaza ile anlaşılır ki tatbikatta başka türlü hareket imkânını *selp* eden *sebepler* bakımından hareketsiz kalma, daima faaliyette bulunmaya takaddüm eder. Bir *fiil* (yapma), eğer aklen anormal olmanın yahut maddî bir cebrin neticesi ise ancak o zaman bir irade izharı sayılmaz. Halbuki bir *ihmal* (yapmama), hareketsiz kalanın (şimdi zikredilenlerden gayri) herhangi bir objektif yahut sübjektif sebepten dolayı faaliyet imkânı mevcut olmaması halinde de bir irade izharı değildir. Bu vaziyet, ihmal mefhumunun kat'î şekilde tesbiti zaruretini doğuruyor. Meselâ: Komşusunun atını koşmayı ve onu ahıra götürmeyi üzerine almış kimseye birdenbire baygınlık gelmesile atın kaçması ve bu yüzden zarar husulü halinde bir ihmalden

bahsolunabilir mi? Yahut bir plâjda bulunan ve yüzme bilmiyen birisinin, boğulmakta olan bir diğeri kurtarmak üzere suya atılmaması halinde bir ihmal mevzuubahs olabilir mi? Şüphesiz ki hayır!. Bu küçük misaller de gösteriyor ki: *Bir hareketsiz kalma, hukukan bir fiile müsavî kıymet ve mahiyet alabilmek için, lâkayit kalmanın neticesini bertaraf edici hareket, cari ahval ve şerait dahilinde hareketsiz kalan kimseden bekenilmelidir.* Ancak bu şartladır ki bir hareketsiz kalma, bir ihmal mânasını iktisap eder. Şu halde hukukî ehemmiyeti haiz bir neticeye taalluku itibarile hukukan müessir bir ihmalden bahsedebilmemiz için -herhangi bir kimsenin neticeyi kasden menetmemiş bulunması halinden sarfınazar edilirse- neticenin husulünden kendisini mesul tuttuğumuz kimsenin bu neticeyi önceden görebilmek, ona hâkim olabilmek, onu menedebilmek imkânına mâlik bulunmuş olması icabeder. Eğer onu menedemeyecek idise, neticenin men'ini ihmal ettiğinden bahsetmenin hiçbir mânası yoktur.

4 — Bu izahattan sonra toplu olarak denebilir ki: Mesuliyetin tayini hususunda illet sorusuna diğeri bir sorunun inzımamı icabettiğini bilhassa ihmal mefhumu, açık ve tereddütsüz bir surette gösteriyor. Cevabını araştırmak mecburiyetinde bulunduğumuz bu mütemmim sual şudur: Acaba mesul tutmak istediğimiz kimse neticeyi menebilecek vaziyette mi idi; hareketsiz kalacağı yerde neticenin husulüne mâni bir faaliyet sarfetmesi mümkün mü idi? Ancak eğer neticenin husulü mevcut şerait dahilinde önceden görülebiliyor ve mukabil tesir icra eden bir hareketle o neticeyi men, failin iktidarı sahasına girebiliyordu ise bu suale müsbet cevap verilir. İşte ihmal mefhumunu tebarüz ettiren bu şartlar dahilindedir ki -bilhassa husule gelen netice bakımından- hareketsiz kalmanın gayeye uygun olarak vaz'ı düşünülebilir. Burada da görülüyor ki: Neticenin önceden görülebileceği ve geçilebileceğine dair tecrübeye istinaden verilecek hükme yani *hareketsiz kalmanın objektif gayeye uygunluğu faraziyesine* tevfiikan, bu hareketsiz kalma, neticenin husulü için hukukan kâfi bir sebep olarak görülebilir. Bizim de kısaca *objektif isnat edilebilsin prensibi* dediğimiz işte budur.

Bu prensip, aynı tarzda hareketsiz kalma hakkında olduğu gibi faaliyette bulunma hakkında da caridir. Hareketsiz kalma-

nın, neticenin husulünü hukukan izah eden bir *ihmal*, faaliyette bulunmanın ise yine neticenin husulünü hukukan izah eden bir *fiil* vasfını almaları, ilk defa bu prensip sayesinde mümkün oluyor. Şuhalde, ancak bu prensibin tatbikidir ki faaliyette bulunma ve hareketsiz kalma, fiil ve ihmal mefhumlarına inkilâp ve bu itibarla da mesuliyetin esaslarını teşkil ediyorlar. Böylece bidayette yalnız hâdisatın illi seyrinde unsur olarak gördüğümüz bir faaliyette bulunma yahut bir hareketsiz kalma, hukukan alâkayı calip neticenin yalnız şartı olmakla kalmayıp, aynı zamanda o neticeden mesuliyete de esas teşkil ediyor. İşte ancak bu noktanın tavazzuhundan sonradır ki bir neticenin hukukan hüküm ve takdirinde gayrı kabili içtinap diğer hususları, meselâ hukuka mugayeret (icabı halinde haksızlığı kaldıran meşruiyet) ve kusur meselelerini ortaya atmanın zamanı gelmiş olur.

Türkçeye çeviren :

Doç. Dr. M. Yavuz Abadan

Yazan :

Prof. Dr. R. HONİG