

## YENİ İTALYAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAKSIZ FİLLER

Prof. Dr. Erwin Riezler

1 — 1927 senesi ilkteşrininde «Commissione Reale per la riforma dei codici» ve «Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amis» Pariste müşterek bir İtalyan ve Fransız borçlar hukuku projesi metninin «kat'i ve nihai» şeklini tespit etmişlerdi. Metin 1928 senesinde neşredildi (1) ve mütenevvi tenkidî mütalâa ve etütlere vesile oldu.

Fakat bu proje kanun haline girmemiştir. Yalnız, İtalya ve Fransa'nın artık «nations alliées» ve «amis» bulunmadıkları «tamamıye değişmiş olan siyasî vaziyet» değil, aynı zamanda, bu kabil «anlaşmaya müstenit teşriî eserler» in kolayca ve ekseriyetle maruz kaldıkları mukadderat gibi, aşırı muhafazakâr bir karakter iktisabetmiş olan ve modern münakale ve muamele ihtiyaçlarıyla yeni esas prensipleri hareket mebdei ittihaz eden bir «içtimai siyasetin» icapları arkasında «haddinden fazla birçok noktalarda» geri kalmış bulunan mezkûr projenin arzettiği kifayetsizliğin idraki de hukukî müdevvenatta ayrı ayrı yollar takibinin muvafık olacağını göstermiştir.

İşte böylece İtalya, 1865 tarihli «eskisi» nin yerine kaim olmak gayesiyle, kendine mahsus ayrı ve yeni bir «Codice civile» vücuda getirmiştir. Bu yeni Medenî Kanunun bir kısmı (Libro delle obbligazioni), yani borçlar hukuku kitabını teşkil etmektedir. Bunun metni 30 haziran 1941 tarihli ve 16 numaralı emirname ile kabul edilmiştir (Gazz. Uff. 1941, 181). Borçlara mütaallik bu hükümlerin 21 nisan 1941 de yürürlüğe girmesi ve yeni Medenî Kanunla müttehit bir küll teşkil etmesi takarrür etmiştir. Bu yeni Borçlar Kanunu (898) maddeliktir. Kanunun bu oldukça geniş vüs'ati, akitler hukukunun te-

(1) Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Projet des obligations et des contrats. Roma, Provveditorato Centrale dello Stato, Libreria, 1928.

ferruatının (vâkıalarının) mufassal bir şekilde tespiti keyfiyetiyle değil, bilâkis daha ziyade ve hususiyle yeni borçlar hukukuna ticaret hukuku hükümlerinin önemli bir kısmının da işlenmiş bulunmasıyla izah edilebilir; meselâ bu cümleden olarak ticarî vekâlet ve temsil salâhiyeti, tüccarın yardımcıları, demiryolu ve deniz nakliyatı mukaveleleri, komisyon mukavelesi, nakliyat mukavelesi, acenta mukavelesi, ardiye mukavelesi, hesabı cari münasebeti, muhtelif banka muameleleri, sigorta mukaveleleri hakkındaki hükümlerle nihayet kıymetli evraka mütaallik mücmel hükümler zikredilebilir. Bir bütün olarak bakılınca, bu yeni İtalyan borçlar hukuku âzamî derecede dikkate lâyık bir eserdir. Bu itibarla sistematik bünyesi ve dogmatik ehemmiyeti bakımından kısa bir makalede, hattâ takribî olarak bile, tetkik ve takdir edilemez.

Bizim tetkikatımız, bilhassa mühim bir fasla, haksız fiillere (fatti illeciti) inhisar edecektir. Mukayese maksadiyle İtalyan ahkâmına (hukukuna) yakın olan, fakat ondan yine bazı noktalarda ayrılan Arnavut Medenî Kanunu hükümlerine de, dolayısıyla, müracaat edilecektir.

Şimdiye kadar mer'î olan İtalyan Medenî Kanununda cürüm (haksız fiil) ve cürüm benzeri (haksız fiil benzeri) (dei delitti e dei quasi delitti) faslı (babı) sadece 6 maddeyi ihtiva ettiği halde (1151 - 1156), yeni borçlar hukukunda bu baba tekabül eden kısım «dei fatti illeciti» (2) 17 maddeyi ihtiva etmektedir (382 - 398). Görülüyor ki kanunî hükümler, tahsisen burada çok daha mütenevvi bir şekilde tanzim edilmiş bulunmaktadır. Bunun sebebi, kısmen risk'ten doğan mes'uliyet fikrinin — modern seyrüsefer ve münakalâtın tekâmülü neticesi — ehemmiyetli ve bariz surette yeniden ön safta yer almış bulunması, kısmen de zarurî müdafaa ve ıztırarî vaziyetin hukuku medeniye sahasında bugüne kadar eksik kalmış olan «kanunen tanınması» ihtiyacı; aynı zamanda haksız fiiller bakımından temyiz kudretinin yeniden tanzimi ve zarar tazimini şekline mütaallik daha açık hükümlerin vazedilmesi ihtiyaçlarıdır.

2 —Başta yine, menşei (3) Fransız Medenî Kanununun 1382 nei

(2) Menşei (Gaius) e kadar D. 44, 7, 5 (J. 3, 13, 2 yi mukayese et) dayanan quasi-delitti tâbirine artık, yeni Borçlar Kanununda rasgelinmemektedir.

(3) Bu prensibin menşei her halde klâsik Roma hukukunda değildir. Çünkü Roma hukuku sadece yanyana bulunan (birbiriyle alâkası olmayan) müstakil ve sureti kat'iyede hususî vasıfları haiz münferit vâkıaları muhtevi «haksız fiillerden mütevellit dâvalar» tanımakta olup umumî bir kaide tanımamaktadır.

maddesi olan ve buradan 1865 tarihli İtalyan Medeni Kanununa (madde 1181), 1889 tarihli İspanyol Medeni Kanununa (madde 1902), İsviçre Borçlar Kanununa (1181 tarihinde tespit edilen şekline göre madde 50, 1191 tarihinde tespit edilen şekline göre madde 41), 1916 tarihli Brezilya Medeni Kanununa (madde 159) geçmiş bulunan: «Her kim, bir başkasına kusura müsteniden ve hukuka (kanuna) aykırı olarak bir zarar iras ederse, o zararı tazminle mükelleftir» prensibi dumaktadır. Bu eski prensip, yeni Borçla Kanununda sadece lâfzi bakımdan değişmiş olup mâna bakımından her hangi bir değişikliğe maruz kalmamıştır. Şimdi, aynı prensip madde 892 de şu şekilde ifade edilmiştir:

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che la commesso fatto a risarcire il danno.

(Türkçesi: Kasden veya ihmal neticesi başkasına haksız (kanuna aykırı) bir zarar iras eden her hangi bir fiil, bu fiili ika eden kimseyi zararı tazminle mükellef kılar.)

Binaenaleyh Alman Medeni Kanununun 823 üncü maddesine mütezat olarak, burada, ancak ihlâl edildikleri takdirde zarar tazmini mükellefiyetinin mevzuubahsolabileceği kabul edilen «kanunen himaye edilmiş muayyen menfaatler» sayılmamaktadır. Bilâkis kanunen himaye edilmiş her menfaatin —hangi neviden olursa olsun— kusura müsteniden ve kanuna aykırı olarak ihlâli prensip itibariyle zarar tazmini mükellefiyetini doğurmaktadır. Yalnız madde 898, maddî mahiyette olmıyan zararları istisna etmektedir. Bu noktaya tekrar avdet edeceğiz.

Madde 882 nin şümüllü meali şüphesiz Alman Kanunu Medenisinin Enumeration prensibine karşı fayda ve rüçhaniyeti haizdir. Mezkûr maddenin şümüllü şekli, sun'utaksire müste-

«Alman Medeni Kanununun kabulünden, yani 1900 den evvel Almanyada mer'î olup esasını, bir taraftan resipe edilmiş Roma hukuku dâhil olmak üzere, müşterek Alman taamülü hukuku, diğer taraftan «Reich» kanunları namı altında toplanan ahkâmı teşkil eden» — tercüme eden — Alman müşterek hukuku hakkında mer'î olmak üzere (Lehrbuch des Pandektenrechts) namındaki eserinin ikinci cildinin 326 ncı maddesinde (Windscheid), gayet tabii olarak şöyle demektedir: «Bir maddî zarar ika eden kanuna aykırı her hareket, bu zararın tazminine müteveccih bir talep hakkı husule getirmektedir». Dernburg bu «teşmil» keyfiyetine muhalif fikirde bulunmaktadır. Pandekten, cilt 2, madde 129, başıya 8). Doğru olan nokta, Alman müşterek hukukunun (ve bir dereceye kadar da Roma hukukunun) kıyas yoluyla (actio legis aequilæ) nin sahasına, kanunun lâfzını hayli aşarak, tevsi etmiş bulunmasıdır; fakat (Windscheid) in kastedtiği mânada bir «tevsi ve teşmil» i ispat edecek herhangi bir delil mevcut değildir.

nit zarar irası neticesinde doğan tazminat vecibesinin, ihlâl edilen hukukî menfaatin nev'ine tâbi tutulması fikrine yabancı olan tabii-ahlâki duyguya uygun bulunmaktadır; aynı zamanda, «ihlâl edilen hukukî menfaatin kanunen himaye edilmiş bulunan sınıfa dahil olup olmadığı» cihetinin — Alman hukukuna göre muktazi — tetkikini fuzuli kılmakla, hukukî tatbikat (kanunun tatbikı) bakımından da ehemmiyetli bir sadelik ve kolaylık arz etmektedir. Böylece talep haklarının, zilyetliğin, mamelekin — bu sıfatla — ızzar edici müdahalelere karşı himaye edilip edilmediği meseleleri ortadan kalkmakta olup madde 892 nin mealine göre bu kabil bir himayenin kabulü her türlü şüpheden vareste bulunmaktadır. Aynı zamanda kredinin ihlâli tehlikesi (Alman Medenî Kanunu, madde 824) ve cinsî namusa (ırza) (Alman Medenî Kanunu, madde 825) vâkı tecavüz gibi hususî mahiyette kanunî vâkıalar dahi fuzuli bir hale gelmektedir. Çünkü bunlar esasen 892 nci maddenin umumî mealinde (hükmünde) mündemiçtir. Fakat madde 892 muvacehesinde Alman Medenî Kanununun 826 ncı ve İsviçre Medenî Kanununun 41 inci maddesinin ikinci fıkrasına uygun olan «umumî âdabı ihlâl edici bir şekilde başkasına kasden zarar veren (İsviçre Kanunu Medenîsi, madde 41, fıkraya 2 de, isteyerek = mahsus tâbiri kullanılmaktadır) kimsenin, zararı tazminle mükellef olduğu» şeklinde hukukî bir hükme ihtiyaç kalmamış ve bu nokta sarfınazar edilebilir bir hale gelmişti; çünkü kasden ve umumî âdaba aykırı iras edilen her zarar, madde 892 mantukunca kanuna aykırı bir zarar (donno ingiusto) dır (4). Bu tâbir altında yalnız muayyen bir kanuna karşı aykırı hareketle iras edilen zarar değil, aynı zamanda her hangi bir meşruiyet sebebinden mahrum her türlü zarar anlaşılır. Tabii diğer taraftan (danno ingiusto) mefhumu da elâstikî bir halde kalmakta olup, malûm olduğu üzere tıpkı Alman hukukunda «umumî âdap» mefhumunun münferit hâdiselerin hal ve icabına tatbikı keyfiyetinin fevkalâde kazuistik bir «mahakim içtihadı» na vesile teşkil etmiş bulunması gibi, İtalyan hâ-

(4) Bugüne kadar mer'î olan (eski) İtalyan Medenî Kanununun 1151 inci maddesi mucibince umumî âdaba aykırı hareketin tazminat mükellefiyeti tesis edip etmediği ciheti ise başka bir meseledir. Bu noktayı Giov. Brunetti II delitto civile (1906) sahife 214 ve mütakıp (aynı zamanda 224 üncü ve mütakıp sahifeleri de mukayese et) reddetmektedir. Çünkü umumî âdaba muhalif hareket kanuna aykırı bir fiil değildir. Fakat 1151 inci maddeye göre kanuna aykırı bir fiil hiç de şart koşulmamıştır. Ve bu suretle, ancak kanuna aykırı bir fiilin teknik mânada bir zararı husule getirebileceği iddiası da ispat edilmemiş olarak kalmaktadır.

kiminin tefsir kabiliyet ve san'atına geniş bir hareket sahası bırakacağı muhakkaktır.

3 — Zarar iras eden kimse, resmî bir salâhiyeti istimal sadedinde, meselâ cellât, hapisane memuru, icra memuru; veya Devlete karşı mevcut bir borcu ifa halinde, meselâ harpte asker olarak, hareket ederse, ızzar keyfiyeti gayrimeşru değildir.

Fakat ızzar keyfiyeti, zarurî müdafaa halinde hareketten neş'et ettiği takdirde de gayrimeşru değildir. Eski İtalyan Medenî Kanununda bu nokta hakkında herhangi bir hüküm yoktu. Fakat ilim (nazariye) ve tatbikat sahasında «zarurî müdafaa», mes'uliyetin ortadan kalkması sebebi olarak tanınmıştı. Mezkûr müdafaa'nın şartları hususunda Ceza Kanunundaki esas ve örneklerden istiane ediliyordu. Zarurî müdafaa hem sun'utaksiri (5), hem de kanuna aykırılığı izale etmektedir. Yeni Borçlar Kanunu ise madde 883 (6) te, kanuna (hukuka) uygun meşru müdafaa'nın icrası halinde kendi veya bir yabancı lehine (legittima difesa di sè o di altri) zarara sebebiyet veren kimsenin mes'ul olmadığı hükmünü ihtiva etmektedir. Demek ki başkasına yapılan zarurî mahiyette bir yardım (müdafaa) dahi mes'uliyeti ortadan kaldırmaktadır. Maamafih müdafaa'nın ne zaman (hangi şerait tahtında) meşru addedileceği hakkında kanun susmaktadır. Esasen «meşru müdafaa» mefhumundan herhangi bir hukukî menfaate müteveccih gayrimeşru (kanuna aykırı) bir tecavüzün şart koşulduğu mânası çıkmaktadır. Fakat bundan başka müdafaa'nın tecavüzün def'i için objektif bakımdan muktazi

(5) V. Vescovi, Enciclopedia Giuridica Italiana, cilt III. 2, 1905 sahife 102 ve mütaakıp No. 66 ve mütaakıp; G. Giorgi, Teoria delle obbligazioni, 7 nci tabı, v. sahife 276 ve mütaakıp, No. 164 ve mütaakıp; G.P. Chironi, Colpa extra-contrattuale = akit harici kusur, (1906) II. sahife 512 ve mütaakıp; V. Manzini, Trattato di diritto pénale, cilt II. (1933), sahife 277 ve mütaakıp, bilhassa (hukuku medeniye bakımından) sahife 320 ve mütaakıp, No. 413.

(6) İtalyan Medenî Kanunu, yeni şeklinde dahi, Alman Medenî Kanununda olduğu gibi nefsi müdafaa ve (Selbsthilfe) (zatî müdahale ile bir talep hakkının temin veya tatmini mânasına gelmektedir; «Selbsthilfe» gerek Roma, gerek Alman hukuk tekâmüllerinin eski devirlerinde pek büyük ehemmiyeti haizdi. Hattâ pek kuvvetli bir ihtimale göre Devletin hukukî himayesi, bilhassa cebrî icra, her iki hukukta da, muayyen şartlara ve şekillere bağlı bulunan «Selbsthilfe» den çıkararak gelişmiştir. — Tercüme eden) hakkında hususi bir faslı ihtiva etmektedir. Yeni Medenî Kanunun birinci kitabı (libro primo) Alman Medenî Kanununun umumi kısmının taşıdığı karakteri haiz değildir.

Arnavut Medenî Kanununa göre («E. Tedeschini» nin eserinin İtalyanca nüshasına istinadediyorum. İşkodra, 1939) zarurî müdafaa dolayısıyla, mes'uliyet ortadan kalkar (madde 1152, fıkra 1).

olmasını de istemek icabeder. Zarurî müdafaada müdafa haddini tecavüz, gayrimeşru kalmakta ve buna bir de «müdafaayı muktazi ve zarurî kılan şartların çizdiği hudutların tecavüzüne sun'uteksir neticesi sebebiyet verme» keyfiyeti inzımam ettiği takdirde zarar tazmini mükellefiyeti doğmaktadır. «Zarurî müdafaada yanılma» dahi gayrimeşru kalmakta ve bu, zarurî müdafa keyfiyetinin farz ve kabulündeki yanılma bir sun'utaksirden mütevellitse, madde 892 nin ihtiva ettiği umumî kaideye göre tazminat mükellefiyeti tahmil etmektedir.

Iztırarî vaziyetin (stato di necessità) ehemmiyeti de eski İtalyan Medenî Kanununda tanzim edilmemişti (7). Izırarî vaziyetten doğan hareketin (tedafüi izırarî vaziyet = aynı müdafa) umumî kı-sında (madde 228) ve tecavüzî izırarî vaziyetin mülkiyetin muhtevasına mütedair fasılda olmak üzere (madde 904), esasen daha bi-dayette birbirlerinden ayrılmış buldukları Alman Medenî Kanununda olduğu gibi, evvel emirde yeni İtalyan Medenî Kanununun da bu her iki noktayı birleştiren müttehit bir hükmü ihtiva etmeyip bilâkis muhtelif «kitap»larda olmak üzere ayrı ayrı tanzim etmek istediği zehabı hâsıl olmuştu. (Libro delle obbligazioni), yani Borçlar Kitabınının 884 üncü maddesinde «tedafüi izırarî vaziyet» ten bahsedilmektedir. Bir (libro Cose e diritti reali) aynı haklar lâyihasının (projesinin) 19 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında tecavüzî izırarî vaziyet tanzim edilmek istenmiş, fakat tazminat mükellefiyeti bakımından her iki halde de münferit hâdiselerin hal ve icaplarının nazarı itibara alınması suretiyle hâkimin takdirine bir hareket sahası bırakılması düşünülmüştü. Madde 884 e göre tazminatın tâyini, — şayet zarar doğuran fiilin faili, mezkûr fiili, şahsî ağır bir zararın kendi şahsına veya başkalarına müteveccih tehlikesini defetmek zarureti yüzünden işlemeğe sevk edilmişse ve bu tehlike kendisi tarafından kasden ihdas edilmemişse ve başka şekilde de kabili içtinap değil idiyse — hâkimin munsıfane ve âdilâne takdirine bırakılmıştır. Bu hüküm Alman hukukiyle mukayese edilince sadece, hâkimin takdirine bir hareket sahası bırakılmış bulunması bakımından değil, aynı zamanda izırarî vaziyetin şartları bakımından da bir fark kendini gösterir. Bu münasebet dahilinde madde 884 ün «hazır bir tehlike» yi, «periculo attuale» yi (8) şart koşması ve Alman Medenî

(7) Medenî hukukta, izırarî vaziyetin bugüne kadar tâbi olduğu kaide-ler hakkında Manzini, II. sahife 350 ve mütaakıp, No. 426 ya müracaat (burada etraflıca izahat vardır).

(8) Yakın bir tehlike.

Kanununun 228 inci maddesinin de «tehdideden» çok yakın bir tehlikeyi kâfi görmesi o kadar büyük ehemmiyeti haiz değildir. Fakat daha büyük ehemmiyeti haiz olan nokta, madde 884 te tehlikenin illeti hiçbir rol oynamadığı halde Alman Medenî Kanununun 228 inci maddesine göre, tehlikenin bilhassa hasara uğrıyan veya tahribedilen «şey» den sudur etmesi icabettiği cihettir. Diğer taraftan Alman Medenî Kanununun 228 inci maddesinde, ne neviden olursa olsun, hukukan himaye edilmiş her menfaatin korunması zımında «ıztırrârî vaziyetten mütevellit bir hak» ın mevcudiyeti kabul edilmekte, fakat buna mukabil madde 884, bir (danno grave alla persona) nın, yani şahsa karşı ağır bir zararın tehdidini şart koştadır. Acaba şahsın aynı (maddî) mallarından (menfaatlerinden) birinin tehlikeye maruz bulunması halinde şahsının da tehdit altında bulunduğu söylenemez mi? Böyle bir tefsir hatıra gelebilir; fakat aşikâr olarak her halde kanunun mânasına uygun değildir; çünkü «nakil vasıtasını sevk ve idare eden şahsın mes'uliyetinden bahseden» 893 üncü maddenin birinci fıkrası (danno prodotto a persone o a cose) eşyaya veya şahıslara ika edilen zarar için bir «tazminat mükellefiyeti» ni sarahaten âmir bulunmaktadır. Bu da vâzı kanunun (aynî zararı), doğrudan doğruya (kayıtsız ve şartsız) şahsî zarardan addetmek istemediğini göstermektedir (9).

Bir (Libro «Cose e diritti reali») lâyihası, madde 19, fıkra 2 de, «ıztırrârî vaziyetten doğan hareket» i, «mülkiyete vâkı tahammül edilmesi icabeden, bir müdahale» zaviyesinden mütalâa etmek istiyordu; buna binaen malik, başkasının (şey) e vâkı müdahale ve tesirine —şayet bu müdahale «hal» de vukubulan veya tehdidedici «çok yakın) ağır bir tehlikenin def'i için zarurî ise — mâni olamayacaktı. Bittabi tehdiyen zararın, malike iras edilen zarardan daha büyük olması şarttı. Fakat bu takdirde malike âdilâne ve munsıfane bir

(9) Aynı zamanda deniz münakalâtı hakkındaki kanunda da şahsî zarar ve aynî zarar arasında vâzıh bir tefrik yapılmaktadır. (Bu kanun, 21 nisan 1942 den beri mer'iyettedir) madde 965, 968. Arnavut Medenî Kanununun 1152 nci maddesinin ikinci fıkrasının şekil ve meali, tehdideden (çok yakın) aynı bir zararın da buraya dâhil edilebileceğini mümkün kılmaktadır: «... per preservare se stesso o proteggere danno imminente e molto piu grave». (Nefsini korumak veya üçüncü bir şahsı yakın ve pek daha ağır bir tehlikeden muhafaza etmek için...).

İsviçre Borçlar Kanununun 52 nci maddesinin 2 nci fıkrasını mukayese et: «Kendinden veya bir başkasından çok yakın bir zararı veya tehlikeyi defetmek için...»; keza mâna itibariyle İsviçre Medenî Kanununun 701 inci maddesinin 1 inci fıkrası.

«tazminat (equo indemnita) isteme» hakkı veriliyordu. Bununla beraber (libro «Cose e diritti reali») lüyahasının yerine kaim olan (libro della proprietà) da madde 19, fıkra 2'nin ihtiva ettiği hüküm kat'iyen mevcut değildir ve bu suretle artık (L. della obbligazioni) nin 884 üncü maddesi, (ıztırarî vaziyet) hakkının medenî hukuk bakımından yegâne «tanzim» ini ihtiva etmektedir.

4 — Tazminat mükellefiyetinin tekmil şartları «Dei fatti illeciti» faslında tanzim edilmem ştir.

a) Kanun, zararı doğuran hareketle vuku bulan zarar arasında mevcudiyeti farzedilen illî rabitanın ne zaman kabul edilmesi lâzımgeldiğini tâyin etmemektedir. Bununla beraber kanun, sadece bilvasıta ve uzak bir illiyetin kâf gelebileceği fikrini göstermektedir (10). Madde 53, borcun ademi ifasından veya temerrütten doğan tazminat hakkında: gerek uğranılan zararın ve gerek kaçırılan kârın tazmin edilmesi icabettiğini, fakat her ikisinin, zarar ika eden fiilin bilâvasıta bir neticesi olmak şartıyla, (in quanto siano conseguenza immediato e diretta) vukubulması lâzım olduğunu âmir bulunmaktadır. Ve bu hüküm, madde 895, fıkra 1 hükmüne göre haksız fiillerden doğan tazminat hakkında da tatbik edilir. Eskiden mahkemeler, eski İtalyan Medenî Kanununun 1221 inci maddesinin aynı hükmünün haksız fiillere teşmilinin caiz olmadığı (11) kanaatinde bulunmuşlardır. Fakat bu içtihat, halen mer'î 895 inci maddenin 2 nci fıkrası muvacehesinde artık bundan böyle her hangi bir lhemmiyeti haiz olamaz. Kasdî olmıyan ademi ifa ve muayyen vaktinde yapılmıyan «ifa» gibi hallerde, tazminatın, borç münasebetinin teesüsüsü esnasında (evvelden) tahmin edilebilen zarara inhisar edeceğini âmir bulunan madde 55 dahi illiyetin nasıl telâkki edildiği bakımından bize bir yol göstermemektedir; gerçi bu hüküm, haksız fiillerden doğan tazminata göre değildir. «Dei fatti illeciti» ye mütedair fasıl, bu hükmün tatbikını da emretmemektedir. Fakat mezkûr hü-

(10) İngiliz hukuku, illiyetin bilâvasıta olması şartına sureti kat'iyede istinadetmektedir. Burada «in iure non remota caüsa, sed proxima spectatur» prensibi caridir. Haksız fiil, husule gelen zarar bakımından (too remote) had-dinden fazla cüz'î olmalıdır. Mukayese ediniz: «Pollok, The law of torts, 12 nci tabı, sahife 29 ve mütaakıp.

(11) Mukayese ediniz: Corte di Cass. Torino; Torino Temyiz Mahkemesi 7 temmuz 1892, C. Baldi, Responsabilita civile = hukukî mes'uliyet, 2 nci tabı, 1923, sahife 409. Corte di app. Milano; Milâno İstinaf Mahkemesi, 29 mart 1916, aynı eserin 548 inci sahifesi, No. 5, Carte di app. Venezia; Venedik İstinaf Mahkemesi, 20 nisan 1911, Foro Venet, 19 6, 399.



küm, «evvelde kabili tahmin olma» cihetinin (bu nokta haddizatında «uygun illiyet rabıtası» mefhumuna bizzarur dahil değildir) zararın tâyini meselesinde, vâzı kanunca, bilhassa ehemmiyeti haiz olduğunu göstermektedir. Fakat haksız fiillerde bu cihet, kaçırılan kârın tazmininin mevzuubahs olduğu hallerde, madde 895, fıkra 2 mucibince nazarı itibara alınması hâkimden istenen «münferit hâdiselerin hal ve icapları» meyanına ithal edilmek lâzımgelmektedir. (Mukayese için Alman Medenî kanunu, madde 252, İsviçre Borçlar Kanunu madde 42, fıkra 2 ye bak.)

b) İster kasıt, ister ihmal olsun, her türlü sun'utaksir kâfidir. (ihmal ve hatada tedriç — muhtelif dereceler —), ancak ağır ihmalden mütevellit mes'uliyetin (colpa grave) önceden kaldırılamıyacağı nispet ve hallerde cürmî (cezaî) mes'uliyet için ehemmiyeti haizdir. (Mütaakıp «c» fıkrasına müracaat.). «Lex Aquilia» namındaki plebisitte tespit edilen (... et levissima culpa venit, D. 9, 2, 44) (12) «hafif kusurun da kifayet edeceği keyfiyeti» doğru olmakla beraber bu prensip, alelâde ihmalin yanibaşında culpa levissima (hafif kusur) «ihmal» diye ayrı bir derecenin de teşkilini muhik ve meşru kılacak durumda değildir. Eski İtalyan Medenî Kanununun 1152 nci maddesine göre «per propria negligenza o imprudenza» şahsî ihmal

(12) On iki levha kanunun, aynı zarar (hasar) sebebiyetle, daha bıdayette bir (actio de rupitiis sarciendi) bahşediyordu. Bu dâva hakkı yerine sonradan (actio legis Aquiliae) kaim olmuştur.

«Actio legis Aquiliae» nin tatbik sahası bıdayette çok mahduttu. Yani bu actio (dâva hakkı), sırf öldürme ve yakma, kırma, koparma, parçalama hallerinde doğrudan doğruya (actio directa olarak) malike, aşağıdaki şartlar dahilinde verilmiştir:

1. Damnum iniûria datum, yani kusura müstenit hasar ikai! Bunun müspet bir fiile istinadetmesi lâzım gelip sadece kusura müstenit «ihmalî bir fiil» kâfi değildir. Maamafih hafif sun'utaksir (ihmal, hata) mes'uliyetin husulüne kifayet etmektedir. «... In lege Aquilia et levissima culpa venit». Demek ki zarurî müdafaa ve ıztırarî vaziyetlerde ve nihayet temyiz kudretinden mahrumiyet halinde ika edilen zararlar mes'uliyeti mucip değildir.

2. Zarara maruz kalan şeye doğrudan doğruya tesir ve müdahale! «Damnum corpore datum».

3. Esirlerin de dâhil bulunduğu sınıfı teşkil eden şeylere zarar ikai- «Damnum corpore corpori datum».

Buraya hür olanlar dahil olmadığı gibi (Actio legis Aquiliae) aynı zamanda, cismanî bir şeye taallük etmiyen maddî bir zarardan dolayı da tatbik edilemiyordu. Sonraları (actiones utiles ve infactum) gibi dâva haklarının ihdasıyla (actio legis Aquiliae) nin tatbik sahası çok genişletilmiştir. — Tercüme edenin notu.

veya tedbirsizlik dolayısıyla mes'ul olunur; yeni kanunda artık böyle bir şey yoktur, fakat objektif olarak bu bakımdan hiçbir şey değişmemiştir. Muayyen objektif bir bilgiyi veya ehliyeti (san'atı) şart koşan bir işi — mezkûr bilgi veya ehliyeti haiz olmaksızın — icra eden bir kimse de ihmalkâr ve hatalı harekette bulunmuş olur.

«İhmali fiil» (bir şeyi yapmamak) den mütevellit sun'utaksir hakkında kanunda sarahat yoktur. İliyeti daima kabul edilmek şartıyla, bir şeyi yapmamak, ancak yapılmıyan fiil hakkında bir hukukî vecibe mevcut olduğu takdirde «haksız fiillerden mütevellit bir mes'uliyet» doğurur. Bu meyanda seyrüsefer (münakale) emniyeti için, hal ve maslahatın icabına göre muktazi dikkat ve ihtimam de hukukî vecibelerden sayılır.

Forza maggiore (maddî, fizikî cebrüşiddet, mücbir sebep — kaza —) ve gayrimelhuz, içtinabı kabil olmıyan tesadüfler (caso fortuito) mes'uliyeti ortadan kaldırırlar; bununla beraber bu cihetler sun'utaksirle birleşirlerse, ancak kusurlu harekette bulunan kimse, kendisinin sun'utaksiri olmaksızın dahi aynı zararın doğacak idiğini ispat ettiği takdirde, mes'uliyet ortadan kalkar.

c) Kasden veya ağır ihmal (hata) den mütevellit mes'uliyet akitle (anlaşma ile) ortadan kaldırılamaz veya tahdidedilemez. Bu hususu ifade eden 59 uncu maddenin 1 inci fıkrası umumî nizam ve intizama mütaallik bir hükümdür ve borç münasebetlerinin ademi ifasına mütedair bapta bulunduğu halde haksız fiillerden doğan mes'uliyete de teşmil edilmek icabeder.

Fakat bundan başka borçlunun veya yardımcı şahısların hareketleri bakımından, — sadece hafif ihmal mahiyetinde de olsa — umumî nizam ve intizam normlarından doğan taahhüt ve vecibelerin ihlâlini ihtiva eden hallerden mütevellit mes'uliyetin peşinen ortadan kaldırılmasına veya tahdidine müteveccih her anlaşma dahi batıldır (madde 59, fıkra 2). Bu, çok önemli ve şümüllü ehemmiyeti haizdir. Çünkü bu taahhütlere, aynı zamanda bilhassa umumî seyrüsefer (münakale) vecibeleri de dahildir.

5 — Bir haksız fiilin müsebbibinin tazminat vecibesi umumiyetle onun temyiz kudretini (imputabilita) şart koşar. Fiilin işlenmesi esnasında muktazi bilgi ve irade kudretine (capacita di intendere e di volere) sahip olmamış bulunan kimse, temyiz kudretinden mahrumdur. Madde 885 e göre zarar ika eden fiilin neticelerinden mes'ul değildir. Meğer ki temyiz kudretinden mahrumiyetini intaceden vaziyeti kendi sun'utaksiriyle, meselâ haddinden fazla müs-

kirat kullanmak suretiyle, bizzat ihdas etmiş ola! Bundan başka temyiz kudretinden mahrumiyet sebebi, ehemmiyeti haiz değildir. Yaş küçüklüğü mezkûr sebeplerden olarak mevzuubahsoldukta meseleyi, muayyen bir yaş haddi değil, bilâkis küçüğün akli ve iradî kuvvetlerinin hakiki inkişaf derecesi halleder. Eğer küçük akli bakımdan gayritabiî bir vaziyette bulunuyorsa, hacır (interdizione) veya ehliyetsizlik (inabilitazione) şart koşulmamıştır. Madde 26'nın tasarruf ehliyetinden mahrumiyet hakkındaki hükümleri (incapacità di contraattore) cezaî ehliyetin mevzuubahsolduğu bu hususta bir hükmü ve ehemmiyeti haiz değildir.

6 — Temyiz kudretinden marum bir kimsenin ika ettiği zarardan dolayı 886 nci madde mucibince, ona karşı nezaretle mükellef olan kimse — haksız fiilin vukuuna mâni olamadığı keyfiyetini ispat etmesi hali müstesna olmak şartıyla — mes'uldür. Nezaretle mükellef olan kimsenin mes'uliyeti meselesinde mevzuubahsolan şey, «yabancı bir kimsenin sun'utaksirinden mes'uliyet» değildir; bilâkis kendi sun'utaksirinden mütevellit mes'uliyettir. (Yalnız ispat külfetinin hasma teveccüh etmesi şartıyla) zarara uğrıyan kimse, nezaretle mükellef olandan her hangi bir «tazminat» alamazsa, hâkim her iki tarafın karşılıklı malî vaziyetlerini nazarı itibara alarak zararın müsebbibini âdilâne ve munsıfane bir zarar tazminine mahkûm edebilir; yani cezaî ehliyetten mahrum kimsenin içtimai mülâhazalara ve nısfet kaidesine müstenit mes'uliyeti mevzuubahis demektir. (Alman Medenî Kanununun 829 uncu maddesinin, İsviçre Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının ve Arnavut Medenî Kanununun 1151 inci maddesinin tazammun ettiği mesuliyet gibi).

886 nci maddenin, nezaretle mükellef olan kimsenin mes'uliyeti hakkındaki hükmü yenidir. Fakat bir «nezaret» mükellefiyetinin pratik hayatta kesretle vâkı tezahürleri hakkında 887 nci maddede bir hüküm mevcuttur.

Yani madde 887, eski Medenî Kanunun 1152 nci maddesinden hareket ederek (bu madde başlıca Fransız Medenî Kanununun 1384 üncü maddesine tekabül etmektedir) (13) ana ve babanın, müstakil olmıyan gayrışerit çocuklarının haksız fiilleriyle husule gelen zarar-

(13) Fakat tamamiyle tekabül etmemektedir! Madde 1384 vasiden hiç bahsetmemektedir ve anaya da ancak babanın ölümünden sonra mes'uliyet tahmil etmektedir. Arnavut Medenî Kanununa (madde 1151) göre anaya, ancak baba olmadığı takdirde mes'uliyet terettübetmektedir.

lardan mes'ul olduklarını âmir bulunmakta, aynı zamanda bu mesuliyeti vasiye de — kendisiyle birlikte oturan küçüğün haksız fiillerinin mevzuubahs olduğu hallerde — teşmil etmektedir. Aynı zamanda öğretmenlerin (precettor), ve bir sınaat veya bir san'at talim eden kimselerin, talebelerinin veya çıraklarının, kendi nezaretleri (vigilanza) altında buldukları müddet zarfında sebebiyet verdikleri zarardan mes'ul buldukları da mezkûr madde hükümlerindedir. Bununla beraber bütün bu şahıslar zarar ika eden hareket tarzının önüne geçemediklerini ispat ettikleri takdirde mes'uliyetten kurtulurlar. İşte burada da nezaretle mükellef olanın «mühtemel ve mefruz zatî sun'utaksirinden» doğan bir vaziyetten dolayı — kendisinin her hangi bir sun'utaksiri olmadığını ispat etmek hakkı mahfuz kalmak şartıyla — mes'uliyetiyle karşılaşmaktadır. Bu meyanda nezaretle mükellef olan kimseden, içtimaî hal ve vaziyete göre pratik imkânlarla gayrikabili telif olan ve mutat olanın çerçevesini aşan isteklerde bulunmak, mesel: ebeveynin büyük çocuklarına mektebe giderlerken refakat etmelerini istemek caiz değildir.

«Mes'uliyetten kurtulma delillerinin ikamesi» teviz edilmeksizin, 888 inci maddeye göre (bunun gibi eski İtalyan Medenî Kanununun 1153 üncü maddesinin 1 inci fıkrası, Fransız Medenî Kanununun 1384 üncü maddesinin 5 inci fıkrası ve Arnavut Medenî Kanununun 1155 inci maddesi mantukunca da) patronlar (padroni) ve başkalarını istihdam edenler (cammittenti), ev ve müesseselerinde hizmet görenlerle müstahdemlerinin, kendilerine terettübeden iş ve vazifeleri ifa ederlerken sebebiyet verdikleri zararlardan mes'uldürler. Alman Medenî Kanununun 831 inci ve İsviçre Borçlar Kanununun 55 inci maddesi 1 inci fıkrasında olduğu gibi burada da iş yardımcılarının (bir işin yapılmasına yardım edenlerin) yaptıklarından mütevellit mes'uliyetleri mevzuubahistir. Maamafih yalnız şu mühim farkla ki Alman ve İsviçre hukukunda teviz edilen «mes'uliyetten kurtulma delillerinin ikamesi» burada kabul edilmemiştir. Başkalarını istihdam eden bir şahıs, yardımcılarını intihap hususunda veya yapılan işlerin ve icraatın sevk ve idaresinde veya muktazi âlet, tesisat veya cihazın tedarikinde âdeten icabeden dikkat ve ihtimama riayet ettiğini ispat suretiyle kendini mes'uliyetten kurtaramaz. Madde 888 de, hizmet görenlerin veya müstahdemlerin bir haksız fiilin tekmil objektif unsurlarını tahakkuk ettirmiş bulunmaları şart koşulmuştur. Bir işi icraya memur edilenler için deruhte edilen mesuliyetin, borç münasebetleri mevzuubahs olduğu ahvalde, bir taahhüdü ifaya memur edilenler için deruhte edilen ağır mes'uliyetle esas

itibariyle müsavi tutuluşu (L. delle obbl. madde 58, bundan maada Alman Medenî Kanunu madde 278 ile İsviçre Borçlar Kanunu madde 101, fıkra 1 e, mukayese için, müracaat) işletme işlerinde vahdet fikrine ve herkesin kendi işletmesinde (tesisat ve müesseselerinde) ki tekml riskler için mes'uliyet deruhte etmesi mecburiyetine dayanan modern hukuk düşüncesine uygun bulunmaktadır (14). Fakat bu keyfiyet, aynı zamanda «mes'uliyetten kurtulma delillerinin ikamesi» nin tecvizi dolayısıyla husule gelen ve büyük işletmeler mevzuu-bahsoldukta bilhassa kötü bir şekilde hissedilen pratik zorlukları da ortadan kaldırmaktadır (15).

Memurların üçüncü şahıslara karşı, yapmakla mükellef oldukları resmî vazifelerinin ihlâllerinden mütevehit mes'uliyetleriyle Devletin ve âmme hükmî şahıslarının memurların mes'uliyetleri yerine kaim olan mes'uliyetleri hakkında L. delle obbligazione sarîh hükümleri ihtiva etmemektedir. Devletle memurlar arasında eski kanunun 1153 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının tazammun ettiği mânada olmak üzere «başkasını istihdam eden» ile istihdam edilenler arasındaki münasebetin mevcut ve cari olup olmadığı şüpheli ve ihtilâflıdır (16); bu mesele yeni Borçlar Kanununun 888 inci maddesiyle rahat kesbetmektedir. (Hâkim) in mes'uliyetini bugün (C. proc. c. art. 55, 56) tanzim ve tâyin etmektedir.

7 — (L. delle obbl.), kanaatimizce haklı olarak, cezaî mes'uliyet için esas itibariyle sun'utaksir (kusur) prensibinden ayrılmamak-

(14) Avusturya Medenî Kanununun 315 inci maddesine göre (münferit ek kanunda III. tespit edilen şekilde olmak üzere madde 161); — 1 ikincikânun 1917 den beri mer'iyettedir — başkalarını istihdam eden bir kimse de seçmede (in eligendo) ve nezarete (in custodiendo) dikkat ve ihtimam gösterdiği keyfiyetine istinadedemez. Alman Medenî Kanununun 831 inci maddesindeki «mes'uliyetten kurtulma delilleri» ne istinadedilmesinin tecviz edilmesi mahzurları hakkında Riezler'in «Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht» ismindeki mecmuada çıkan yazısını mukayese ediniz, (cilt 5, 1931), sahife 571 ve mütaakıp); meselenin hukukî-siyasî bakımdan tetkik ve tenkidi hakkında G. A. Lohning'in Grundfragen der Reform der Schadensersatzpflicht = Tazminat vecibesinin reformuna mütaallik temel meseleler namındaki eserine müracaat, 1940), sahife 50 ve mütaakıp.

(15) Bunun hakkında (H. W. Weigert'in Die ausservertragliche Haftung von Grossbetrieben für Angestellte, 1925 = Büyük işletmelerin müstahdemler için akit harici mes'uliyeti namındaki eserine müracaat.

(16) E. Tedeschini, Die Staatshaftung für unerlaubte Handlungen und rechtswidrige Verwaltungskate nach italienischem Recht, München Dissertation, 1935 = İtalyan hukukuna (ahkâmına) göre haksız fiillerden ve kanuna aykırı idarî muamelelerden dolayı Devletin mes'uliyeti, Münih Üniversitesi doktora

tadır. Kusur prensibi ise objektif bakımdan kanuna aykırılıktan başka bir de failin sübjektif kusurunu muktazi kılmaktadır (17). Fakat (L. delle obbl.) bu prensipten ayrılmamakla beraber ona mutlak surette ittiba etmemekte, bilâkis, riskten mütevellit mes'uliyetin (18) (İtalyan hukuk nazariyesinde buna umumiyetle responsabilita obiettiva denmektedir) ehemmiyet kesbettiği önemli hâdiseler dahi tanımaktadır; yani bu suretle riskten doğan mes'uliyete, tabii her yerde aynı ölçüde olmamak üzere, yaklaşmaktadır. Mütaakıp izahatta bu zaviye altında tetkik edilecek olan hususlar şunlardır: tehlikeli (tehlike doğuran) bir faaliyet «san'at» icra eden kimsenin mes'uliyeti; bir kimsenin, kendi muhafaza ve nezareti «kontrolü» altında bulunan şeylerden sâdır olan (ızraf) keyfiyetinden doğan mes'uliyet; hayvanların yaptıkları zararlardan doğan mes'uliyet; b'naların yıkılmasından doğan mes'uliyet; nakil vasıtalarıyla (taşıtlarla) seyrüseferden doğan mes'uliyet.

a) Her kim, mahiyeti icabı veya kullanılan vasıtaların mahiyeti dolayısıyla tehlikeli olan bir faaliyetin icrası esnasında bir başkasına zarar iras ederse, zarardan sakınmak için bütün tedbirleri aldığını ispat etmediği takdirde, tazminatla mükelleftir (madde 889). Görülüyor ki burada kusur prensibinden daha tamamiyle vazgeçilmemiştir. Fakat ispat külfetinin zararı iras edene çevrilmesiyle «farz ve kabul edilmiş bir mes'uliyet» vücuda getirilmiş oluyor ki bu da

---

tezi, sahife 64 ve mütaakıp; bu eserde me hazler ve mahkeme içtihatları hakkında etraflı izahat vardır.

Fransa için muteber olmak üzere 20 temmuz 1899 tarihli kanun (şimdi «Code civil» in 1384 üncü maddesi), resmî tedris müesseselerindeki öğretmenler mevzuubahs olduğu hallerde, aşağıdaki hükmü âmirdir:

Toutefois la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public.

(17) Bu prensip hakkında hukukî-siyasî mütalâalar için Nipperdey'in «Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts = Zarar tazminine mütalâlik ahkâmın ıslahının esas meseleleri» unvanındaki eserinin (1910) 17 nci ve mütaakıp sahifelerine müracaat.

(18) Bu hukuk sistemlerinde (kanunlarda) ortaya çıkan riskten mütevellit mes'uliyetler meselesi burada tarihi, hukukî-siyasî ve dogmatik ehemmiyeti bakımından tetkik edilemez, sadece müstakbel İtalyan hukuku için kısaca izah edilebilir. Bu mesele hakkında ve bilhassa Alman, Avusturya ve İsviçre hukuku için, R. Bienenfeld'in «Die Haftungen ohne Verschulden (1933) = Sun'utak-sire istinadetmiyen mes'uliyetler» namındaki eserinde zengin bir me haz fihristi vardır. Bu noktaya mütalâlik olmak üzere son zamanlarda çıkan J. Esser'in «Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung (1941) = Risk mes'uliyetinin esasları ve tekâmülü» namındaki eseri!

pratik bakımdan «riskten doğan mes'uliyete» ehemmiyetli surette bir yakınlaşma mânasını tazammun eder. Eski (C. c.) de, bu şekilde olmak üzere, bu kabil bir hüküm daha henüz bulunmamaktadır. İsviçre Borçlar Kanunuyla Arnavut Medeni Kanununda vaziyet aynıdır. Bu hükmün meşruiyeti, civarı için muayyen tehlikelerle müterafık olan bir işletmenin (müessese, tesisat, fabrika vesaire) nimetlerine sahip olan kimsenin, mezkûr işletmenin menefi sahasından gelen riskleri de göze alması lâzımgeldiği tarzındaki içtimai-siyasi fikirde mündemiçtir. Böyle olmakla beraber bu fikir tam ve mutlak bir katıyetle takibedilmemektedir. Çünkü mes'uliyetten kurtulmayı istihdaf eden bir müdafaaya müsaade edilmektedir. Maamafih bu müdafaanın sıkı birtakım icaplara ve şartlara istinadettirilmesi lâzımgelmektedir.

b) Madde 890 a göre herkes, muhafaza ve nezareti altında (Fransız hukukunda «sous sa garde») bulundurduğu şeylerin sebebiyet verdikleri zararlardan mes'uldür. Fiilen tesir ve müdahale imkânı, nezaret ve muhafaza mükellefiyeti ve riziko tahmili (riziko ile yüklü olma) birleştirilmiş bulunmaktadır. Eşyanın muhafaza ve nezaretine memur edilmiş bulunan kimse, madde 890 mucibince, mes'uliyetten ancak, zararın «gayrimelhuz ve içtinabı kabil olmıyan tesadüfler = caso fortuito» den mütevellit olduğu ispatıyla kurtulabilir; demek ki nezaret ve muhafazası altında bulunan eşyayı dikkatsiz ve ihtiyatsız kullanmadığı (yani eşyaya karşı ihtiyatsız hareket etmediği) ve kendisine başkaca her hangi bir sun'utaksirin raci olmadığı ispatı kâfi değildir.

Arnavut Medeni Kanununun 1157 nci maddesinin 1 inci fıkrası, mes'uliyetten kurtulma zımında, zararın, zarara uğrıyan kimsenin sun'utaksiriyle veyahut bir üçüncü şahsın fiil ve tesiriyle veyahut içtinabı kabil olmıyan gayrimelhuz tesadüfler veyahut fiziki cebrüşiddet, mücbir sebep «kaza» sebebiyle husule geldiği keyfiyetinin ispatına cevaz vermektedir. Fransız hukukunun da (C. c. madde 1148) kabul ettiği içtinabı kabil olmıyan gayrimelhuz tesadüfler ve fiziki cebrüşiddet «kaza» arasındaki fark bariz değildir. Her halde bu fark hâdisenin nev'inde mündemiç bulunmamaktadır. «İçtinabı kabil olmıyan gayrimelhuz tesadüfler» (caso fertuito) tâbiriyle, zararı husule getiren sebebin harici, yani esas itibariyle mes'ul olan şahsın işletme (tesisat, fabrika vesaire) sahasına yabancı mahiyette bulunduğu ima edilmek istenmektedir; buna mukabil fiziki cebrüşiddet «kaza» (mücbir sebep) (forza maggiore) ten ancak, zarar verici neticeleri âzamî dikkat ve itina ile dahi defedilemeyecek olan iktihâ-

mı gayrikabil bir hâdisenin mevzuubahs olduğu belirtilmek istendiği hallerde bahsedilebilir.(19). Madde 890 da sarahat olmadığı halde, yeni İtalyan hukukuna göre zarar, zarara uğrıyanın sun'utaksiriyle bizzat husule getirildiği takdirde dahi «şeylerden gelen zararlardan mütevellit mes'uliyet» in yine zail olduğu kabul edilmek icabetmektedir. Çünkü zarara uğrıyan, kendinden sudur eden haksızlığa istinadedemez. Bunun gibi, şayet zarar, şeyi muhafaza ve nezaretle mükellef olan kimsenin, fiillerinden mütevellit mes'uliyeti üzerine aldığı şahıslardan olmıyan bir üçüncü şahsın fiil ve hareketiyle husule getirilmiş bulunuyorsa, mes'uliyetin yine zail olması lâzımdır. Meğer ki şeyi muhafaza ve nezaretle mükellef olan kimse, muhafaza ve nezaret hususunda ihmal ve teseyyüp göstermek suretiyle, üçüncü şahsın fiil ve hareketini imkân dahiline koymuş veya kolaylaştırmış ola!

Bir kimsenin muhafaza ve nezareti altında bulunan (şeyler) den gelen zararlardan mütevellit ağır mes'uliyet esasen Fransız Medenî Kanununda (madde 1384, fıkra 1) mevcuttur ve Fransız Medenî Kanununa tâbi kanunlarda, meselâ eski İtalyan Medenî Kanununun 1153 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, 1833 tarihli Holanda Medenî Kanununun (Burgerlijk wetboek) 1403 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, 1865 tarihli Rumen Medenî Kanununun 1000 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, Bulgaristanda mer'î 3 ilkkânun 1892 tarihli vecibelere ve akitlere mütaallik kanunun 58 inci maddesinde tekerrür etmektedir. (Bunun aksine olarak şu kanunlarda da bu kabül bir mesuliyete tesadüf edilmemektedir: kusur prensibinden hareket ettiği halde İspanyol Medenî Kanunu; 1807 tarihli Portekiz Medenî Kanunu. Bu kanunun 2394 üncü maddesi hükümlerine göre malik, kendisine ait olan şeylerin iras ettikleri zararlardan ancak, kanunun tahmil ettiği «kendisine her hangi bir sun'utaksirin raci olmadığı» cihetinin ispatı mahfuz kalmak şartıyla, mes'uldür).

Bir kimsenin muhafaza ve nezareti altında bulunan şeylerden gelen zararlardan mütevellit mes'uliyet, zarar iras eden şey zararın irası esnasında bir şahıs tarafından kullanıldığı ve bu suretle o şahsın bir aleti halinde tecelli ettiği takdirde dahi mevcuttur. Kanun,

(19) Mukayese ediniz: Chironi, Colpa extra-contrattuale = Akit harici kusur, sahife 560 ve mütaakıp, No. 538 ve mütaakıp; Giorgi, Teoria delle obbligazioni = Borçlar nazariyesi, 7 nci tabı, cilt 2, No. 8 - 17; C. Baldi, sahife 324 ve mütaakıp; V. Caemmerer'in «Rechtsvergleichendes Handwörterbuch» taki yazısı, cilt 4, sahife 256 ve mütaakıp; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, II. No. 231.



mes'uliyeti tazammun eden hükmün ancak, «esasen karakterleri icabı tehlikeli olan» (20) şeylere taallük etmesi hakkında her hangi bir istinat noktasını ihtiva etmemektedir. Ve halbuki bu kabîl bir telâkkinin bâtını meşruiyeti (doğruluğu) inkâr edilemezdi. Teşdidedilmiş mes'uliyetin mer'iyeti ancak «tehlikeli» eşya hakkında kabul edilmek istendiği takdirde, her halde bu kabîl eşyaya, haddizatında zararsız olan ve fakat içinde buldukları hususî vaziyet dolayısıyla tehlikeli bir hal almış bulunan şeyleri de ithal etmek zarurî bulunmaktadır.

Sun'utaksir, «muhafaza ve nezaret altında bulunan şeyler için deruhte edilen mes'uliyet» in şartı olmadığına göre ceza hâkiminin bir sun'utaksirin ademi mevcudiyeti hasebiyle verdiği beraet kararı, aynı keyfiyete (hâdiseye) müsteniden hukuk mahkemesi huzuruna çıkan bir kimseyi mes'uliyetten kurtaramıyacağı gibi (umumî af) da mes'uliyeti ortadan kaldıramaz.

Fransada, bir kimsenin muhafaza ve nezareti altında bulunan şeylerden gelen zararlardan mütevellit mes'uliyet (Code Civile) e 1384 üncü maddenin 2 nci ve 3 üncü fıkraları olarak ithal edilmiş olan 7 ikinciteşrin 1922 tarihli kanunla, yangından mütevellit zararlar bakımından bilhassa tadile uğramıştır. Fransada dahi şiddetli tenkide maruz kalmış bulunan (21) bu hususî hüküm, her ne kadar Fransız ve İtalyan müşterek projesininin 82 nci maddesinin 2 nci fıkrasında ve Arnavut Medenî Kanununun 1157 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yer

(20) İngilterede hukukî tatbikat sahasında, 19 uncu asırda, «eşya» dan gelen hususî mahiyeti haiz tehlikeler nazarı itibara alınarak «teşdidedilmiş mes'uliyet» fikri tekevvün ve teessüs etmiştir. Bu mesele hakkında (Charlesworth) un «Liability for dangerous things = Tehlikeli şeylerden mütevellit mes'uliyet» namındaki eserinde mufassalan izahat vardır (1922). İngiliz hukukunda (eşya) nın iras ettiği zararlardan doğan mes'uliyet hakkında (E. Riezler) in «Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht» isimindeki mecmuada çıkan yazısını mukayese et, cilt 5, (1911), sahife 567 ve mütaakıp. Bu yazıda (nezaret altında) bulunan şeyler hakkında Fransız hukukunda mevcut olup İtalyada nazariye ve tatbikat sahasında da tekerrür eden ihtilâflı meseleler hakkında izahat vardır.

Bugüne kadar mer'î olan İtalyan Medenî Kanunu hakkında Chironi, sahife 217 ve mütaakıba; Giorgi, sahife 615 ve mütaakıba; ve Riv. di dir. commerc. XXIX. 2, sahife 55 ve mütaakıba müracaat. Aynı mecmuada 2 (1914) sahife 249 ve mütaakıpta (Brugi) nin yazısına müracaat.

Brasiello, I limiti della responsabilita per danni (1927), sahife 26 ve mütaakıp.

(21) Magnin, «Revue trim. de droit civil» in 29 uncu cildindeki yazısı, (1930), s. 32 ve mütaakıp.

almışsa da yeni Borçlar Kanununa alınmamış olduğundan, burada ayrıca ve uzun uzadıya tetkikına lüzum yoktur.

c) Bir hayvanı idaresi altında bulunduran kimsenin mes'uliyetine mütedair madde 891, bugüne kadar mer'i (eski) hukuka «kanuna» sıkıca istinadetmektedir (İtalyan Medenî Kanunu madde 1154, Fransız Medenî Kanunu madde 1385) (22). Bu mes'uliyet, kanaatimizce haklı olarak, Alman Medenî Kanununun 833 üncü maddesine ek kanunu örnek ittihaz etmemekte ve bu suretle ev hayvanlarıyla lüks hayvanlar arasında bir tefrik yapmamaktadır. Bu keyfiyetin, hayvan kullanmayı zaruri kılan meslekler (işler), meselâ ziraatle uğraşanlar için ekseriyetle «insafsız olarak» telâkki edilen bir yük mânasını tazammun ettiği teslim edilmekle beraber bu gibilerin menfaatleri, haddinden fazla pahalı olmıyan bir «mes'uliyet sigortası»nın (23) İtalyada da mevcut imkânları dolayısıyla kâfi derecede himaye edilmiş görünmektedir (24). Alman Medenî Kanunundan daha vâzih olarak (mes'ul) olanın şahsı tâyin edilmektedir. Bu, ya hayvanın sahibi veyahut hayvanı kullanan kimsedir. Hayvanı kullanan, hayvandan istifade ettiği, yani hayvanı kullandığı müddetçe bu sıfatı haizdir. Bu suretle burada ortaya çıkan muhtelif meseleler zahmetsizce halledilir: «bir kimsenin bir hayvanı idaresi altında bulundurma» sıfatı, hayvanı bulan şahısla hayvanın kendisine kaçtığı şahıs hakkında, şayet hayvanı hak sahibine geri vermek istiyorsa, reddilmek icabeder. Çünkü hayvana, kullanmak üzere (in uso) sahip değildir. Hayvanı geri vermek istemeyip yanında alıkoyduğu takdir-

(22) Fransa için tamamlayıcı mahiyette olmak üzere, (Code rural) in bir kısım hükümlerine istinat (müracaat) etmek icabetmektedir. Bilhassa zarar iras eden hayvanlara karşı hususî haciz (el koyma) hakkında 4 nisan 1889 tarihli kanuna müracaat (fâsil VI. madde 1).

(23) 30 mayıs 1908 tarihli sigorta mukavelesine mütedair kanunun (Reich Kanunları Ceridesi, sahife 263 = Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30 Mai 1908 «Reichsgesetzblatt, s. 268») «zarar ve ziyan sigortası» başlığı taşıyan ikinci babının altıncı faslı (madde 149 ilâ madde 158): «Hauptpflichtversicherung» namı altında olmak üzere: Bir kimsenin, sigorta müddeti içinde vukubulan «bir hâdiseden mütevellit mes'uliyetine binaen bir üçüncü şahsa karşı ifa mecburiyetinde bulunduğu borçtan dolayı uğradığı zararın tazmini mükellefiyetini ihtiva eden sigorta» hakkındaki hükümleri muhtevi bulunmaktadır. Görülüyor ki sigorta, haksız fiiller sahasına başlıca «Haftpflichtversicherung» hüviyetine bürünmüş olarak girmiş bulunmaktadır; bu suretle iktisadî bakımdan, tazminat külfetinin «haksız fiiller ahkâmı mucibince borçlu olandan» sigorta şirketine intikali neticesi elde edilmiş olur. — Tercüme edenin notu.

(24) Mukayese ediniz: A. Ramella, Trattato delle assicurazioni (1921) = Sigorta mukavelesi, sahife 362.

de bu sıfatın kabulü lâzımdır. Bu sıfat, vücudî hayvanların, meselâ tehlikeli bitlerin istilâsına uğramış olan bir kimse hakkında reddedilmek lâzımgelir. Çünkü bu kimsenin bitlere (in uso) sahip olduğu iddia edilemez; buna mukabil kendisine, hayvanın sadece muvakkaten kullanılmak veya istifade edilmek üzere bırakıldığı şahıs hakkında bu sıfat kabul edilir; aynı zamanda bunun, satın almak istediği ve bu maksatla, muvakkaten, kendine ait bir yerde bağlı veya muhafaza altında bulundurduğu atla bir tecrübe gezintisi yapan kimse hakkında da kabulü lâzımdır (25). Alman hukukunda bir hayvanı idaresi altında bulunduran kimse ile (Alman Medeni Kanunu madde 833) bir hayvanı nezareti altında bulunduran kimse (Alman Medeni Kanunu madde 834) arasında yapılan tefrik, İtalyan Kanununun 891 inci maddesinin şekli ve meali karşısında fuzulî addedilmiştir. Bir hayvanı idaresi altında bulunduranın mes'uliyetinin, hayvan yolunu şaşırıp başka yere gitmiş veya kaçmış olduğu takdirde dahi, evvel emirde yine baki kalmakta devam ettiği madde 891 de sarahaten zikredilmektedir.

Bir kimsenin bir hayvanı idaresi altında bulundurma keyfiyetinden doğan mes'uliyet bir riskten doğan mes'uliyettir. Mes'uliyetten kurtulmak için ancak, (burada nadir hallerde mevzuubahsolan) «içtinabı kab'l olmıyan gayrimelhuz tesadüflere istinadeden müdafaa» tecviz edilmiştir.

d) «Mes'uliyetten kurtulma» imkânı, riskten doğan mes'uliyetler grupuna yakın bulunan «bir yapının yıkılmasından (rovina) doğan mes'uliyet» mevzuubahsoldukta, daha geniştir. Madde 892 mucibince bir binanın veya başka bir yapı eserinin maliki, yıkılma yüzünden husule gelen zarardan — yıkılmanın fena bir bakımın veya bir inşaat (tatbikat) hatasının neticesi olmadığını ispat etmesi müstesna olmak üzere — mes'uldür. Malik, mimarın da mes'ul olup olmadığı meselesinden tamamiyle müstakil olarak inşaat hatasından dolayı sureti kat'iyede mes'ul olmalıdır; bunun gibi fena bakımdan — binanın bakımını ve hüsnü muhafazasını akde müsteniden bir başkasına, meselâ bir kiracıya veya müstecire terk ve havale etmiş bulunsa bile — yine mes'uldür. Şimdiye kadar mer'i (eski) Medeni Kanununun 1155 inci ve Fransız Medeni Kanununun 1386 ncı maddesi mantukunca bu gibi hataların yıkılmaya sebebiyet verdiklerini ispat,

(25) Alman hukukuna göre vaziyet başkadır. Leipziger Zeitschrift namındaki mecmuanın (1917) 1177nci sahifesindeki Temyiz Mahkemesi kararına müracaat.

zarara uğrıyana ait bir iş olduğu halde, (umumî olarak mer'î olmıyan) negativa non esse probanda prensibine rağmen, yıkılmanın bu kabîl hatalardan neş'et etmediğini ispat etmek külfeti bugün malike aittir. (Bunun gibi Arnavut Medenî Kanununun 1158 inci maddesi de aynı hükmü ihtiva etmektedir). Rovina = göçme, yıkılma mefhumunun haddinden fazla dar tefsir edilmesi caiz değildir. Bu mefhum, yalnız, tamamiyle yıkılma hâdisesini değil, aynı zamanda bina kısımlarının ayrılıp düşmesi hâdisesini de ihtiva etmektedir.

Madde 892 mucibince mes'uliyet, yalnız yapının (binanın) malikine taallûk edip zilyede veya maliken zilyede (bir şeye kendi mülküymüş gibi vazülyed olan) ait bulunmamaktadır. (İsviçre Borçlar Kanununun 58 inci maddesi de böyledir, Alman Medenî Kanununun 836 ncı maddesi başka bir hükmü ihtiva etmektedir). Fakat zarara uğrıyan şahıs tarafından dâva edilen malikin, tesisatın veya inşaatın hatalarından ve kötü oluşundan kendisine karşı mes'ul olanlara rücu hakkı mahfuz kalmaktadır.

e) Bugünkü ahval ve şerait karşısında riskten mütevellit mesuliyetin en önemli ve en çok vukubulan hâdiselerinden biri her halde nakil vasıtalarıyla yapılan seyrüsefer (münakale) den doğan mesuliyettir. Bu hususta cari 893 üncü madde (26), yalnız (kuvveti muharrike) ile işliyen nakil vasıtalarına değil, demiyrolu üzerinde hareket etmiyen (27) her nevi kara nakil vasıtasına taallûk etmekte-

(26) Eski ahkâm bakımından 30 haziran 1912 tarihli «otomobillerin seyrüseferine mütedair kanun» (madde 3) mevzuubahs olur. Bu kanun, 12 birincikânun 1923 tarihli (R. Decreto) ile kaldırılmıştır. (Sokaklarda ve umumî yollarda seyrüsefere mütaallik inzıbatî hükümler) madde 93, fıkra 2; bu mevzu dahilinde olmak üzere mes'uliyet hakkında madde 79 a bakınız! Aynı zamanda mukayese ediniz: Rende, La responsabilità civile e penale del proprietaria e del conducente di automobili, Roma 1923 = Otomobilin sahibinin ve sevk ve idare edenin hukukî ve cezaî mes'uliyeti.

(27) Deniz münakalâtında kaptanın mes'uliyeti Ticaret Kanununun 496 ncı ve mütaakıp maddelerinde tanzim edilmişti. Vapurların çarpışmasından mütevellit zararlardan (hasarlardan) mes'uliyet hakkında aynı kanunun 660 ilâ 665 inci maddeleri! Bu maddeler, 24 haziran 1925 tarihli ve 938 sayılı kanunun 15 inci maddesiyle tadil edilmiştir. Halihazırda 21 nisan 1942 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan (Codice della Navigazione) nin 422 nci ve 482 nci ve mütaakıp maddeleri hükümleri caridir. (30 mart 1942 tarihli «R. Decreto» da tespit edilen şekilde olmak üzere 27 nisan 1941 tarihli «R. Decreto»).

Hava münakalâtı bakımından, hava münakalesini deruhte ve idare edenin mes'uliyeti bugüne kadar 20 birinciteşrin 1923 tarihli ve 2207 sayılı (R. Decreto) nun 35 inci ve mütaakıp maddeleriyle tanzim edilmişti. Halihazırda, hava münakalesi için, 30 mart 1942 tarihli ve 327 numaralı (R. Decreto) da tespit

dir. Mezkûr madde, nakil vasıtasını «sevk ve idare» edenin aleyhine olmak üzere, muhtemel (farz ve kabul edilmiş) bir mes'uliyetten «bir mes'uliyet ihtimalinden» hareket etmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, nakil vasıtasını sevk ve idare eden kimse, ister nakil vasıtasının maliki olsun, ister olmasın, zarardan içtinap maksadiyle mümkün olan her şeyi yapmış olduğunu ispat etmediği takdirde, nakil vasıtasının seyrüseferinden dolayı şahıslara veya şeylere vâkı zararı tazminle mükelleftir. Nakil vasıtasının inşa ve imal hatalarından veya kötü ve hatalı bakımından doğan zararlardan, «mes'uliyetten kurtulma delillerinin ikamesi» imkânına sahip olmanızın, sureti kat'iyede mes'uldür. İki nakil vasıtasının çarpışması halinde, aksi ispat ediliniye kadar, her iki nakil vasıtasının uğradıkları zararın husulüne nakil vasıtalarını sevk ve idare edenlerin her birinin aynı ölçüde sebebiyet verdikleri kabul edilir.

Nakil vasıtasını sevk ve idare edenin mes'uliyetinden başka taşıtın malikinin veyahut onun yerine intifa hakkına sahip olanın veya taşıtı (nakil vasıtası) (otomobillerde kesretle vâkı olduğu gibi) devir ve ferağ eden kimsenin mülkiyet hakkının mahfuziyeti şartıyla iktisabetmiş bulunan şahsın müteselsil «müşterek mes'uliyet» i mevcuttur. Maamafih müştereken mes'ul kimse, kendisine terettübeden «kazanın vukuu zamanında nakil vasıtasının arzusuna muhalif olarak seyrüsefere çıkarılmış olduğu» ispatıyla mes'uliyetten kurtulabilir; fakat nakil vasıtasının seyrüsefere çıkarılması keyfiyeti, evinde hizmet görenler veya müessesesindeki (garaj vesaire) müstahdemleri tarafından ihdas edildiği takdirde artık bu ispat da ona fayda vermez (madde 888 e bak). Müştereken mes'ul olanlar dahi mes'uliyetten kurtulma maksadiyle imal ve inşa hatalarına veyahut nakil vasıtasının bakımına ihtimam edilmemiş bulunmasına istinade-

---

edilen şekilde olarak, Deniz Münakalâtı Kanunu hükümleri caridir. Bu kanunda 965 inci ilâ 973 üncü maddeler, üçüncü şahısların, şahısları veya mamelekleri bakımından uçaklardan uğradıkları zararlardan mütevellit mes'uliyetten bahsetmektedirler. Esas itibariyle bir mes'uliyet mevcuttur; (fakat sadece âzamî bir hadde kadar, (madde 967, 971) hattâ mücbir sebep gibi hallerde dahi uçuşun başlangıcından yere ininceye kadar); fakat hava münakalesini deruhta ve idare eden, zararın, uçakta, uçak mürettebatından olmıyan kimseler tarafından ve uçuşla (uçma hareket ve faaliyetiyle) alâkadar olmaksızın kasden iras edildiğini, kendisi ve istihdam ettiği kimselerin bu zarara mâni olamadıklarını, veyahut zararın, bizzat zarara uğrıyanın sun'utaksiriyle ihdas edilmiş olduğunu ispat ederse mes'uliyetten kurtulur. İki uçağın yekdiğeriyle veya bir uçağın hareket halinde bulunan bir gemi ile çarpışması halinde husule gelen mes'uliyetten 974 üncü ilâ 980 inci maddeler bahseder.

demezler. Madde 893 te sarahat bulunmadığı halde, bittabi gerek bğ gibilerin, gerek nakil vasıtasını sevk ve idare edenlerin umumî prensiplere göre imal ve inşa hatasında kusuru olanlara veya nakil vasıtasının hüsnü muhafazasının (bakımının) ihmalinden mes'ul olanlara karşı rücu hakları yine mahfuzdur.

8 — Haksız bir fiilden doğan zarardan mütaaddit kimseler beraber mes'ulse, madde 894 mucibince müteselsilen borçlu olarak mes'uldürler. «Müteselsilen borçtan mes'uliyet», her borçlunun teknil borcu edaya mecbur tutulacağı ve bunlardan birinin, kendisine karşı dâva ikamesiyle değil, ancak borcu edasıyla diğerlerinin de borçtan kurtulacağı mânasını tazammun eder (madde 122) (28). Müteselsilen borçlulardan biri öldüğü takdirde mirasçıları, miras hisseleri nispetinde mes'uldürler (madde 125). Müteselsilen borçlulardan birinin şahsî itirazı diğerleri tarafından ileri sürülemez (madde 127, fıkra 1). Müteselsilen borçlulardan biri lehine vukubulan (borçtan ibra) keyfiyeti şüphe halinde diğerini de borçtan kurtarır (mufassal izahat için madde 131 e bak). Takas, alacaklı ve borçlunun bir şahısta birleşmesi, sulh hakkında 132 nci, 133 üncü ve 134 üncü maddelere müracaat oluna! Alacaklı ve müteselsilen borçlulardan biri arasında olmak üzere kaziyei muhkeme halini almış bir karar, diğer müteselsilen borçlunun lehinde ve aleyhinde her hangi bir tesiri haiz değildir (madde 136).

Müteselsilen borçlulardan biri zararı tazmin etmişse, gerek madde 894, fıkra 2, gerek Arnavut Medenî Kanunu madde 1159, fıkra 2 mucibince diğer müteselsilen borçlulardan her birine karşı, bunlardan her birine taallük eden sun'utaksirin derecesi nispetinde ve bundan mütevellit neticelerin nev'ine göre rücu hakkına maliktir. Mütaaddit failerin sun'utaksirlerinin derecesini yekdiğeri muvacehesinde (karşılıklı) ölçüp tespit etmek vazifesi hâkimin takdirine ekseriyetle bir hareket sahası bırakacaktır. Şüphe halinde, müteselsilen borçlulardan her birine aynı derecede sun'utaksirin taallük ettiği farz ve kabul edilir. Bittabi münhasıran riskten mütevellit mes'uliyetler mevzuubahs olduğu hallerde «karşılıklı sun'utaksir» ölçüsüne müracaat kat'iyen gayrikabili içtinaptır. Rücu külfetinin tevziinde külfet nispetlerinin bir ve müsavi olması noktasından hareket etmek lâzımdır.

(28) Arnavut Medenî Kanununda müşterek müteselsil mes'uliyetten madde 1203 ve mütaakıp maddeler bahsetmektedir.

9 — Tazminatın nevi ve ölçüsü hakkında Dei fatti illeciti (haksız fiiller) ancak mahdut hükümleri ihtiva etmekte olup bundan maada burada Borçlar Kanununun umumî kısmının (üçüncü bap Dell'ina-dempimenta, delle obbligazioni = borçların ademi ifası 53 üncü, 56 nci, ve 57 nci maddelerinden istiane etmek lâzımgelmektedir.

a) «Aynı tazminat» Alman nazariyesine ve Alman Medeni Kanununun 249 uncu maddesine göre (29) b'ir ana prensiptir, hakikati halde ise aynı tazminat gerek Alman hukukunda, gerek bütün diğer hukuk sistemlerinde müstesniyattandır. Yeni İtalyan Borçlar Kanununun 897 nci maddesinin birinci fıkrasına göre zarara uğrıyan kimse «hususî şekilde (sureti mahsusada) eski hale ircaı» (reintegratio-ne in forma specifica) — şayet tamamen veya kısmen mümkünse — istiyebilir. Bu meyanda eskisinin tamamen aynı olan b'ir halin ifadesi mevzuubahsolamaz, bilâkis ancak (ideal) bakımdan aynı kıy-meti haiz bir halin tesisi (bu hususta aşağıda 9, h fıkrasına da mü-racaat) veyahut, madd4 hukukî menfaatler mevzuubahsolduğu hal-lerde yok olan veya zarara uğrıyan şeylere fonks.yonel bakımdan iktisaden müsavi şeylerin temin ve tedariki düşünülebilir.

Şayet hususî şekilde (in forma specifica) eski hale irca imkân-sız olmamakla beraber borçlu için haddinden fazla külfeti mucipse (yani ancak nispetsiz — aşırı — masraflarla mümkünse), hâkim, 897 nci maddenin 2 nci fıkrası mucibince zarar tazmininin sadece nakdî tazminat şeklinde (per equivalente) yapılmasına karar verebilir.

b) Devamlı bir zarar (bilhassa yaralanma veya sıhhatin ihlâli neticesi geçim (hayatı kazanma) faaliyetinin devamlı bir şekilde tah-didi veya izalesi) mevzuubahsolduğu takdirde 898 inci madde mu-cibince tazminat, kaydı hayat şartıyla irat (rendita vitalizia) şeklin-de istenebilir. Bu gibi hallerde hâkim, zarurî ve matlûp teminatı tâyin eder. Kaydı hayat şartıyla irat, ancak zarara uğrıyana şahsan tanınabilir; aynı zamanda bir «kayı hayat şartıyla irat» mukave-lesi — şayet irat alacaklısı mukavelenin akdi sırasında artık yaşamı-yorsa — bătıldır (madde 716).

c) Tazmini lâzımgelen zarar, 53 üncü maddenin kıyasen tatbi-kindan müsteban olacağı veçhile, gerek müspet zararı, gerek kaçı-

(29) İsviçre hukukunda vaziyet başkadır. İsviçre Borçlar Kanununun 43 üncü maddesi, husule gelen zarar için muktazi tazminatın nevi ve derecesini — gerek hal ve maslahatın icabını, gerek sun'utaksir derecesini tetkik ettikten sonra — tespit ve tâyin etmeyi her şeyden evvel hâkime bırakmaktadır.

rılan kârı ihtiva etmektedir. Maamafih tazminat, bu her ikisine, ancak zarar haksız fiilin doğrudan doğruya bir neticesi olduğu hallerde şâmindir (yukarıdaki 8 numaralı fıkraya bak). Hâkim kaçırılan kârı, hâdisenin (hal ve maslahatın) icaplarını munsıfane tetkik ve tespit etmek suretiyle tahmin etmelidir (madde 895, fıkra 2); bu meyanda, esasen evvelden ittihaz edilmiş bulunan tedbirleri ve tahaffuzî çareleri bittabi nazarı itibara alacaktır.

d) Zararın tam (hakikî) miktarı takdir edilemezse, hâkim tarafından munsıfane, bir tahminle takdir edilmelidir (madde 56). Demek ki burada (maddî hukuk), hâkimin takdirine hareket sahası bırakan nasfete müstenit bir sureti tesviyeyi işaret etmektedir. Fakat zarar miktarının ispatı haddi zatında mümkün olmakla beraber ahval ve şeraite nazaran, kararın fazla gecikmesini intacedecek derecede güç ve zahmetli bulunsa bile tazminat dâvalarında taraflar, artık istikbalde, — 21 nisan 1942 de yürürlüğe girecek olan yeni Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun (cod. di procedura civile) 114 üncü maddesinin çizdiği yoldan yürüdükleri takdirde — hâkimin munsıfane takdiri yardımıyla daha çabuk bir netice elde etmek imkânına bizzat sahip bulunmaktadırlar. Kanunun hükümlerine göre, umumî menfaatler rol oynamadığı için tarafların, üzerinde tasarruf edebildikleri talep hakları mevzuubahsolduğu ve taraflar (bu kabîl) bir nasfet kararını birbirleriyle mutabık kalarak bizzat istedikleri takdirde hâkim, gerek ilk mercide, gerek istinaf merciinde (in appello) dâva mevzuu hakkında — usule mütaallik meseleler hariç olmak üzere — nasfet prensibine göre karar verir. (C. proc. civ.) in 339 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasına göre ilk merciin nasfete müsteniden verdiği karar istinaf suretiyle kabîli itiraz değildir.

e) Zarara uğrıyanın, zararın husulüne yardım eden sun'utaksirinin tesiri hakkında eski İtalyan Medenî Kanunu, Fransız Medenî Kanunu gibi, her hangi bir hükmü ihtiva etmemektedir. Fakat ilim ve tatbikat sahasında gerek İtalyada (30), gerek Fransada (31), bil-

(30) Meselâ: Coppa-Zuccari, La copmensione delle colpe, Modena 1909 = Kusurların yekdiğerini ifnası; Chironi, Colpa extracontrattuale = Akit harici kusur, sahife 566 ve mütaakıp, No. 537 ve mütaakıp; Baldi, sahife 269, No. 26; Bünger, «Rechtsvergleichendes Handwörterbuch» un 6 ncı cildi, sahife 133 namındaki eserlere bakınız. «Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht» namındaki mecmuanın 3 üncü cildinin (1929) 285 inci ve mütaakıp.

(31) Mukayese ediniz: Dalloz, munzam cilt 18 (1895) Responsabilité başlığı altında No. 271-274; Marguerite Haller, Essai sur l'influence du fait et de



hassa seyrüsefer kazaları bakımından, zarara uğrıyanın zati sun'utaksirinin, tazminatla mükellef olan aleyhindeki tazminat talebinin hal ve maslahatın icabına göre takdir edilecek şekilde azaltılmasını intacettiği ekseriyetle kabul edilmişti. Avusturya Medenî Kanunu (madde 1304) bu fikri kabul ettikten sonra mütaaddit yeni kanunlar (Alman Medenî Kanunu madde 254; İsviçre Borçlar Kanunu madde 44, fıkra 1; Arnavut Medenî Kanunu madde 1153) aynı fikri muhtelif şekillerde tatbik etmişlerdir. Bugün, İtalya için muteber olmak üzere (L. delle obbl.) Borçlar Kitabının 57 nci maddesi, (aynı zamanda Deniz Ticareti Kanununun 966 ncı maddesi) alacaklının kusurlu hareketi zararın husulünde müessir olduğu takdirde, tazminatın sun'utaksirin derecesine ve bundan doğan neticelerin ehemmiyetine (entità) uygun olarak azalmasını âmir bulunmaktadır. Fakat zarara uğrıyanın alelâde bir ihtimama müracaatle içtinabedebileceği mümkün olan zarar için herhangi bir tazminat mükellefiyeti kat'iyen mevzuubahsolamaz. Kesretle vukubulan nakil vasıtaları çarpışması hakkında 893 üncü maddenin ikinci fıkrasının yukarıda zikredilmiş bulunan hükmü nazarı dikkate alınmak icabeder. Buna göre aksi ispat edilinceye kadar, nakil vasıtalarını sevk ve idare eden kimselerin, nakil vasıtalarından her birinin hasara uğramasına aynı şekil ve derecede sebebiyet verdikleri farz ve kabul edilir; fakat zarara uğrıyan üçüncü şahıslara, bilhassa bihaber (dalgın) geçen yayalara karşı mes'uliyet hakkında burada da 57 nci maddenin ihtiva ettiği kaide caridir. Alman Medenî Kanununun 254 üncü maddesi gibi 57 nci maddenin de, zarara uğrıyan şahsın sun'utaksirini (fatto colposo) şart koşması ve «mez-kûr şahsın zarara sadece müştereken sebebiyet vermesi» keyfiyetiyle iktifa etmemesi ve bu suretle, mezkûr madde lâfzan nazarı itibara alındıkta, sun'utaksir ehliyetinden mahrum bir kimsenin, meselâ bir çocuk veya temyiz kudretinden mahrum bir kimsenin, şahsan zarara uğramasında kendisinin de dâhil ve tesiri bulunması halinde, tatbik imkânının asla mevcut olamaması bize şayanı tasvip görünmemektedir. Zarara uğrıyan kimsenin müşterek sun'utaksirine, fiil ve hareketlerinden mes'ul olduğu şahısların sun'utaksirini de müsavi addetmek lâzımgelmektedir. Zarara uğrıyan kimse, zararın

la faute du victime sur le droit à réparation, Thèse, Paris 1926; Gardenat et Salmon-Ricci, Responsabilité civile (1927) sahife 60 ve mütaakıp, 573 ve mütaakıp, 608, No. 12; H. Lalou, La Responsabilité civile (1928) No. 125 ve mütaakıp, 724 ve mütaakıp; H. et L. Mazaud, Responsabilité civile, cilt 2 (1931) sahife 23 ve mütaakıp, No. 1447 ve mütaakıp.

hususunda kusura müsteniden dahil ve tesiri olmamakla beraber zararı, tarzı hareketiyle (kusurlu) olarak vahimleştirmişse, uğradığı zararın kendi usn'utaksirine atfedilmesi icabeden genişlemesi nispetinde, 57 nci maddenin serbestçe kıyasen tatbiki suretiyle kendisine bir «tazminat talebi» hakkı bilhassa tanınmak lâzımgelmektedir.

Madde 57, zararı deruhte (tazmin) etmesi icabeden şahsın mesuliyetinin, kendisinin aşikâr bir şekilde (kusurlu) tarzı hareketine müstenit bulunmasını şart koşmamakta olup bu keyfiyet bilâkis, mevcudiyeti «kanunen farz ve kabul edilen» sun'utaksire dayanan hâdiselerden ve münhasıran riskten mütevellit mes'uliyet hakkında dahi mer'idir; bu madde, aynı zamanda zarar tazminine müteveccih bir mes'uliyete taallûk eden her hâdise hakkında — borç münasebeti ister kanuna veya ister akde müstenit bulunsun — bilâistisna caridir.

f) Ancak zarara uğrıyan kimse, zarar tevlieden fiile muvafakat etmiş bulunduğu takdirde, nisfet kaidesine uygun olarak, tazminat mükellefiyeti ortadan kalkmalıdır. Bu cihet, İsviçre Borçlar Kanununda (madde 44) olduğu gibi, İtalyan Borçlar Kanununda sarahaten zikredilmemiştir; fakat bu kaidenin de İtalyan kanununda mer'î olması lâzımgelmektedir, çünkü zarara uğrıyan kimse, bir tazminat talebini ileri sürmekle tarzı hareketiyle kendisi arasında bir tezat vücuda getirmek istese, bu, teknil borç münasebetlerinde mer'î hüsnüniyet kaidesinin hâkimiyetini ihlâl edici bir hareket olurdu (Borçlar Kanununun 195 inci maddesiyle mukayese et).

g) İsviçre Borçlar Kanunu, zarara uğrıyan kimsenin müşterek sun'utaksirinin tesiri hakkında hükümler ihtiva eden 44 üncü maddenin ikinci fıkrasında şu kaideyi de muhtevi bulunmaktadır: «Şayet zarara ne kasden, ne de ağır bir ihmâl neticesi sebebiyet vermemiş olan bir tazminat borçlusu, tazminatı ödemekle sıkıntılı vaziyete düşecekse, hâkim, bu sebeple de tazminat mükellefiyetini tadil ve tenkis edebilir». (Türk Kanunu Medenîsinin 44 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında bu nokta şu şekilde ifade edilmiştir: «Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu muzayakaya maruz bıraktığı takdirde hâkim, hakkaniyete tevfikân zarar ve ziyânı tenkis edebilir». — Tercüme eden).

İtalyan vâzı kanunu, «münhasıran nasfet prensibine (32) riayet

(32) Meselâ, failin tarzı hareketi, şahsî malûmatı (bilgisi) ve iktidarı itibariyle şayanı tenkit ve takbih olmadığı veya ancak pek az ölçüde şayanı tenkit olduğu için; bu mesele hakkında bilhassa bakınız: R. Reinhardt bei Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts (1940) s. 85 ve müta-

mülâhazasıyla bir mes'uliyet tahdidinin diğer imkânlarını da benimsemiği gibi, içtimai siyaset bakımından meşru olan bu fikir de, her halde hukukî emniyeti tehlikeye düşürmemek gayesiyle Borçlar Kanununa almamıştır.

h) Maddî olmıyan zarar (mânevi zarar = danno morale) 898 inci madde mucibince ancak kanunen tâyin edilmiş olan hallerde ve kanunen tespit edilmiş bulunan şekillerde tazmin edilmelidir. Demek ki İtalyan Borçlar Kanunu, kanunda bilhassa sarahaten zikredilmeyen hallerde mânevi zararlardan dolayı bir tazminat mükellefiyetini aşkâr olarak reddetmek istemektedir. Halbuki Alman Medenî Kanunu (madde 253) sadece nakdî tazminatı kabul etmemekte, buna mukabil aynen tazminatı (nakdî olmıyan tazminat şeklini) tecviz etmektedir. Bu, ilk nazarda calibi dikkat görülebilir. Çünkü aynı hale (eski hale) irca imkânı, diğer birçok hallerde esasen İtalyan hukukuna da yabancı bulunmamaktadır (yukarıda 9 a numaralı fıkraya bak). Fakat bunun böyle olması da bir eksiklik telâkki edilecek değildir. Çünkü bize tecrübe göstermiştir ki Alman hukukunda da, mânevi zararlar mevzuubahsoldukta, «aynen tazminat» pratik hukukî hayatta tamamen ehemmiyetsiz bir rol oynamaktadır. Mâhkeme kararının gazetelerle ilânına, bu kabil bir aynen tazminatın yerine ka'm bir sureti tesviye nazariyle bakılabilir. Yeni İtalyan Medenî Kanununun birinci kitabının gerek 7 nci ve 8 inci maddelerinde isim üzerindeki hakkın ihlâli hallerinde, gerek 9 uncu maddede kanunen himaye edilmiş bir namı müstaarın ihlâli halinde, zararı iras eden fiilin yapılmamasına ve tazminata dair verilen karardan maada bu nokta hakkında da sarahat vardır.

Madde 10 da da zatî fotoğraf üzerindeki hakka, kanuna aykırı olarak, müdahale halinde zarar iras eden fiilin yapılmamasından maada tazminat hakkında sarahat vardır. Burada tetkik ve mütalâa edilmeyecek olan telif hakkının gayrimaddî unsurlarına vâkı tecavüz halleri de bu meseleyi alâkadâr eden mevzulardandır.

Nihayet gayrimaddî bir zararın tazminine müteveccih bir mükellefiyet (33), ve hattâ eski hale irca şeklinde de olmak üzere, gay-

---

akıp; aynı zamanda mukayese ediniz: Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts im 19 Jahrhundert Bd. 1. s. 100 = Medenî hukukun 19 uncu asırda kaydettiği terakkiler.

(33) Arnavut Medenî Kanununun 1160 ıncı maddesi, tazminat talebi hakkını objektif ve şahsî bakımdan çok genişletmektedir. Buna göre tazminat mükellefiyeti, haksız fiilin iras ettiği bütün maddî ve mânevi zararları ihtiva etmektedir. Bahusus hâkim, zarara uğrıyana — şahsa, şerefe veya bir şahsın veya

rimaddî bir hukukî menfaatin ihlâlinin aynı zamanda Ceza Kanunu-  
nu alâkadar eden bir cürmün kanunî unsurlarını tahakkuk ettirmesi  
keyfiyetinden doğabilir, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 185 inci  
maddesi, birinci fıkrasında her cürmün, (reato) Hukuku Medeniye  
Kanunları ahkâmı mucibince, eski hale irca (tazmin) mecburiyetini  
tahmil ettiğini ve ikinci fıkrasında da maddî veya gayrimaddî neviden  
bir zarara sebebiyet vermiş olan bir cürmün, suçluyu veya, Hukuku  
Medeniye Kanunları ahkâmı mucibince onun fiil ve hareketinden  
mes'ul olanları tazminata (risarcimento) mecbur ettiğini tespit etmek-  
tedir. Gerçi İtalyan Ceza Kanunundan gayrimaddî zararın sureti kat-  
iyede daima tazmin edilebilir (tazmin kabiliyetini haiz) olduğu neti-  
cesi çıkmamaktadır; eskiden arasına temsil edilmiş olan bu noktai na-  
zarı Temyiz Mahkemesi artık reddetmiş bulunmaktadır (34) ve bu-  
gün ise yeni Borçlar Kanununun 898 inci maddesiyle tamamiyle im-  
kânsız bir hale gelmiş bulunmaktadır; fakat ceza hukukunun (kanu-  
nunun) gayrimaddî menfaatleri himaye ettiği hallerde (meselâ şeref,  
cinsî namus (ırz), hürriyet gibi) bunların ihlâli, aynı zamanda mad-  
dî olmıyan zararın da tazmin edilmesi lâzımgeldiği şeklinde hukukî  
bir neticeyi husule getirmelidir. Mahkeme kararının ilânı bu kabil  
bir zararı tamir için işe yarar bir vasıta ise, İtalyan Ceza Kanunu-  
nun 186 ncı maddesine göre suçlu, buna da mecbur tutulmalıdır

10 — Haksız fiillerden doğan talep haklarının hangi hukuk ni-  
zamına göre halledilmesi lâzımgeldiği ciheti, İtalyanın beynelmilel  
hususî hukukunda eskiden ihtilâflı idi (35). Bugün ise yeni İtalyan  
Medenî Kanununun birinci kitabının «umumî olarak kanunun tat-  
bikına mütedair hükümler» bahsinde 15 inci maddenin ikinci fıkrası,

ailesinin itibarına, şahsî hürriyete veya haneye (my house is my castle = evim  
şatomdur) veya mahremiyet sahasına vâkı tecavüz hallerinde — bir «tazminat»,  
«zarar tazmini» tanıyabilir. Aynı zamanda hâkim, ana babaya, akrabalara veya  
karı kocadan birine — kazaya kurban gidenin ölümüyle uğramış oldukları ruhanî  
ıztıraptan dolayı — tazminat tanıyabilir.

(34) Mufassal izahat için bakınız: K. Bünge (Rechtsvergleichendes Hand-  
wörterbuch, cilt 6, sahife 119, «22 numara altında»). Aynı zamanda mukayese  
ediniz: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, cilt 7 (1933)  
sahife 681 ve mütaakıp; V. Manzini, Diritto penale, cilt II. (1933) sahife 218;  
cilt III. (1934) sahife 171, No. 562 ilâ 564.

(35) Mukayese ediniz: P. Fedozzi, Il diritto internazionale privato (1935)  
sahife 756 ve mütaakıp; D. Anzilotti, Corso di diritto internazionale (1924) sa-  
hife 239 ve mütaakıp; G. Diena, Principi di diritto internazionale (1917) sahife  
265 ve mütaakıp; G. Pacchioni, Elementi di diritto internazionale privato (1930)  
sahife 339 ve mütaakıp.

bugüne kadar esasen ekseriyetle kabul edilen kanaate dayanılarak akdi olmıyan teknil mükellefiyetler (borçlar) hakkında, sudur ettikleri fiilin vukubulduğu yerin kanununun (demek ki lex fori değil!) cari olduğunu âmir bulunmaktadır. Bu kaide yalnız haksız fiillerden doğan borçlar hakkında değil, aynı zamanda riskten mütevellit mesuliyetler hakkında da mer'idir.

**Prof. Dr. Erwin Riezler**

Tercüme eden:

**Dr. Orhan Münir Çağıl**