

Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarı'sı'nda 'Haksız Filler'

*Prof. Dr. Cengiz KOÇHISARLIOĞLU**
*Yrd. Doç. Dr. Özlem ERIŞGİN***

I. Genel Olarak Değerlendirme

Yeni Borçlar Kanunu Tasarı'sının¹ bazı eksiklikler ve kusurlarına² çok genel olarak değindikten sonra, haksız fiillere ilişkin kısmını önce genel, sonra da madde madde özel olarak değerlendireceğiz.

Büyük yenilikler³ içeren, cürekâr bir Tasarı söz konusudur. Uzun, çok uzun süreden beri tartışılâgelen, olağan dışı bazı çözümler, sanki dünyanın hemen hemen her yerinde benimsenmiş gibi, önümüze yasa hükümleri olarak sunulmuş.

Böylesine '*devrin*' niteliğindeki yeni yasal düzenlemeler, olsa olsa, genelde, dünya hukuk düzleminde aynı yönde genel bir eğilim ortaya

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarı'sı T. C. Adalet Bakanlığı, Ankara, Şubat 2008.

² Bkz. Kılıçoğlu, M. A., Türk Borçlar Kanunu Tasarı'sına Eleştiriler, Rapor, Ankara 2008.

³ Yeni TMMK'nda da büyük yenilikler vardır; ama, bunlar, hep, daha önce genel kabul görmüş, tartışılarak önerilmiş ve de işviçre hukukunda az çok yasal düzenlemelere kavuşturulmuş olan hususlardır. Bkz. YTMK'nun yepyeni hükümleri.

çıkıy, konular olgunlaştırıldı, yenilikler benimsenebilir duruma getirildiği, değişik ülkelerin bazılarında olsun bu doğrultuda düzenlemelerin yapılması olduğu –üzümlüyle belirtmek gerekir ki, ülkemiz henüz hukukta öncülük edilecek konumunda değildir–, vb. olasılıklarda hatta ve gündeme getirilebilirler. Sıra dışı yenilikler, yine *sıra dışı* hazırlıklar, zaman ve zemin ister.

Elde *karşılaştırmalı* hukuk verileri olmaksızın ve bu tür verilere olabildiğince dayanılmaksızın, böylesine devrim mahiyetinde yepyeni yasal hükümler getirilmemelidir! Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, en azından kara Avrupası'nın belli başlı ve bizim hukukumuz ile benzerlik gösteren hükümlerinde (özellikle İsviçre) yer alan yasal düzenlemelere koşut, onlara sık sık göndermeler ve yollamalar yapılarak kaleme alınmalı idi. Ne gazer. İsviçre hukukuna yollamalar bile gerekçe bulunmamaktadır. Oysa, yasa yapımında karşılaştırmalı hukukun önemi⁴ dikkatlerden kaçacak gibi değildir.

⁴ Bu hususta, kşz. R. Serozan'ın şu carpıcı sözleri: "MK'nun soybağı hukukuna ilişkin yeni düzenlemesinde bir dizi eksiklik ve aksaklık göze carpmaktadır. Yasaların hazırlanmasında karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına gereken önem verilinceye, bu carpıklığın ortaya çıkması da doğal karşılanmalıdır." Bkz. Serozan, R., 'Soybağı Üzerine Çeşitlenmeler', Prof. Dr. Bilge Öztuna'ya Armağan, Ankara, 2008, sh. 759 vd. (777) [Serozan I]. Bu *büyük hukuk otoritesi*, andığımız sözlerine şu çok düşündürücü cümleyi de eklemiştir: "Bu durumda carpıklıkları *düzeltilmek*, açık ve örtülü yasal boşlukları doldurmak ve sorunları çözmek öğretiyi ve uygulamaya kalması gerekmektedir." Serozan I, sh. 777.

Aynı hukuk otoritesi, bir diğer yazısında da, şunları belirtmektedir: "(Yine yeni Türk Medeni Kanunu bağlamında) "Hele İsviçre'nin *Avrupa Birliği'nin hızlı gelişme sürecinin dışında kalmış mülâzazat* bir ülke olduğu anımsanırsa, yapılan işin yanlışlığı daha da fazla göze batır. Gerçekten de çeviri yoluyla aktarılan yasa, (...) Avrupa Birliği *kazanımlarını* çok gerisinde kalmış bir yasadır." Bkz. Serozan, R., 'Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi', Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, sh. 499 vd. (sh. 500) [Serozan II]. "Niçin salt eski İsviçre yasının söz konusu düzenlemesiyle yetinilmiş, bir de kapsamlı süreklilik çaldığımız *Avrupa Birliği* üye ülkelerin yasalarına ve yerli bilimsel kaynaklara göz atılmamıştır sorusu burada ister istemez karşımıza çıkar." Serozan II, sh. 503. "Avrupa'da bunca model varken ve 1926'dan bu güne *özgün* bir Türk hukuk öğretisi ve uygulaması oluşmuşken, bu kaynakları hiç dikkate almaksızın ve *özgün* bir değişiklik üretmeyi hiç düşünmeksizin, salt İsviçre Medeni Kanununa saplanmak anlaşılabilecek gibi değildir. İşin acı yanı, Genel Gerekeç'te bunun herhangi bir açıklanmasına da pek rastlanmaz." Agy. age, sh. 501.

Bu Tasarı'daki bir diğer aksaklık da, gerekçelere ilişkindir.⁵

Gerekçeler ya yoktur, ya da yetersizdirler. Bunu anlayabilmek için, Tasarı'nın 'genel gerekçe' ve 'madde gerekçeleri' kısımlarına kısa bir göz atmak yeterli olacaktır. Ayrıca, 'genel gerekçe' başlığı altında yapılan açıklamalarda, nedendir bilinmez, 'yeni hükümlere yer verilmesi bakımından' (esasa ilişkin değişiklikler ve yenilikler) 'gerçevesinde' denilerek *madde* gerekçeleri türünden açıklamalarda bulunulmuş, böylece tekrarlara kaçılmıştır. Ve dahası, bu açıklamaların hepsi göz önüne alınsa bile, ilgili hükümün gerekçesini/gerekçelerini anlayabilme olanığı yoktur! Bundan başka, hüküm değişiklikleri ile yeni hükümlerin kaynakları da belirtilmemiştir. Böyle olunca, karşıımızda bilmece/bulmaca gibi hükümler durmakta, biz de bunlara ne anlam vereceğimizi pek kestirememekteyiz.

Örneğin Tasarı'nın 60'ncı maddesinin 'genel gerekçedeki' gerekçesi ile 'madde gerekçelerindeki' gerekçesi tipatıp aynıdır ve her iki gerekçe de açıklayıcı mahiyette değildir, yani gerekçe oluşturmamaktadır. Şöyle ki:

"(Genel Gerekeç) Madde 59⁶ (V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu/1. Sebeplerin yarışması)

"Tasarının 59'ncu maddesinde, 'Sorumluluk sebeplerinin çokluğu' başlığı altında, sorumluluk sebeplerinin yarışması konusunda yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile, öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukukî sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin, kanunda aksine

⁵ Yeni Türk Medeni Kanunu yönünden, *eleştirel* bakış olarak, kşz. Serozan'ın şu düşündürücü sözleri:

"(...) salt İsviçre Medeni Kanununa saplanmak anlaşılabilecek gibi değildir. İşin acı yanı, 'Genel Gerekeç'te bunun herhangi bir açıklanmasına da pek rastlanmaz. Oysa 1926'da İsviçre yasının benimsenmesinin köklü ve tutarlı Gerekeçine pekâlâ yer verilmiştir." Serozan II, sh. 501.

⁶ "Daha da açıklısı: Yasanın özgün bir gerekçesi bile yoktur." Serozan II, sh. 501.

Son (TBMK Adilet Komisyonu tarafından benimsenen) metinde madde numarası 60 olup, TBMM'de sunulan Hükümet Tasarısı metninde madde numarası 59'dur. Tasarı gerekçelerinin metni, TBMM görüşmelerinde değiştirilmediğinden gerekçelerde bu eski madde numaraları olduğu gibi kalmaktadır.

bir hüküm yoksa, zarar görene en iyi giderim olanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir.”

Diğer yandan, madde gerekçeleri arasında yer alan, madde 60 gerekçesi de şu şekildedir:

“Madde 60-818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen, ‘V. Sorumluluk sebeplerinin çöklüğü / Sebeplerin yarınması’ kenar başlıklı yeni bir maddedir.”

“Tasarının tek fıkradan oluşan 59 uncu maddesinde, sorumluluk sebeplerinin yarınması düzenlenmektedir.

“Maddede, öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukuki sebebe dayanabilirliği durumunda, hakkının, kanununda aksine bir hüküm yoksa, zarar görene en iyi giderim olanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir.”

Hemen fark edilebilir ki, genel gerekçedeki ‘açıklama’ ile, madde gerekçesindeki ‘açıklama’ arasında fark yoktur.

Ayrıca –ki bu daha vahim–, bu iki gerekçe de gerekçe değildir. Her iki gerekçede de, maddenin kendisi değişik sözcüklerle tekrar edilmektedir, hepsi bu.

Hele hele böylelerine büyük kanunlar⁹, üstelik az çok ‘devrimci’ mahiyette yenilikler de içeren yeni düzenlemelere yer veriliyor ise, bir tür ‘genel kabul’ olmaksızın ve enine boyuna gerekçelendirilmeksizin tasarlanamaz ve teklif edilemez! Bunun için, kuramsal ve yargasal önemli bir birliğin ve buna dayalı güçlü gerekçelere de gerek vardır! Oysa, mevcut Tasarının

⁷ Bkz. a.g.Tasarı, sh. 174.

⁸ Bkz. a.g.Tasarı, sh. 237.

⁹ Serozan hocanın isabetle belirttiği üzere, aslında ‘kanunname’ ya da ‘külliyat’ (*code*, *Gesetzbuch*) söz konusudur. Bkz. Serozan II, sh. 499. –Terimlerin kökeninde latince *codex* terimi yatmaktadır; bu da, ‘kanunlar kitabı’, ‘kanunlar derlemesi’ gibi anlamlara gelmektedir. Bkz. Latince sözcükler *codex*, *canex* ve *codicillus* sözcükleri altında yapılan açıklamalar (özel. Bkz.: Heumann, H. G./Seckel, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1926, sh. 73).

temelinde/temellerinde bö, ‘kaynaklar yoktur, ya da var iseler –ki var olan kaynakların az oldukları– öneminde rahatlıkla bulunabilir– bunlara işaret edilmemekte, bunlar ‘hiç söz edilmemektedir.

Genelde, tüm Tasarı için bu geçerlidir. Bu suretle, aslında Tasarı gerekçesizdir.

Böylece, 2001’de kabul edilip, 2002 yılında yürürlüğe sokulan yeni Türk Medeni Kanunu hazırlanırken düşünülen yanılgıya, yeni Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken de düşülmüştür. Aynı yanılgının yinelenmesi daha da düşündürücü ve üzücüdür.

Tasarıda bir diğer eksiklik de, Tasarı hükümlerinin kaynaklarının belirtilmemesidir.

Özellikle inceleme konusu yaptığımız, ‘haksız fillerden’ doğan sorumluluğa –doğrusu, *sözleşme dışı sorumluluğa*– ilişkin yeni mahiyetli Tasarı hükümlerinin kaynağı/kaynakları da belirtilmemiştir. Bu hususta her ne kadar tahninde bulunulabilir hatâ keşif de bulunulabilirse de, bunlar bir yasa metninin anlaşılması, gereğinde yorumlanması, açıklanması ve de boşluklarının doldurulması için elbette ki yeterli olamazlar! Ayrıca, ‘kaynak’ bildirmeme/saklama/vb., bilimin de, yasa koyuculuğun da isterleri ve gerekleri ile bağdaşmaz. Tasarının sözleşme dışı sorumluluğa özgülenen hükümleri, sanıyoruz, *Widmer/Wessner* Ön Tasarısı ve buna ilişkin Rapor’dan¹⁰ alınmıştır. Fakat, –eğer yanlışla düşünürsek–, bunu belirten en ufak bir imâ dahi Tasarı ve Gerekçesi’nde yer almamaktadır! Biz bunu, anılan Ön Tasarı ve buna ilişkin Rapor’un iki sahibinden biri olan *Widmer’in*, *Türkiye’deki bir Sempozyum’a* sunduğu bildirisinden¹¹ öğre-

¹⁰ Sözü ettiğimiz Ön Tasarı ve buna ilişkin Rapor için, bkz. *Widmer, P./Wessner, P.*, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts / Vorentwurf eines Bundesgesetzes und Erläuternder Bericht*, Bern, 2000.

¹¹ Bunu, 2006 yılı sonbaharında, Ankara Hukuk Fakültesi ile Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen Sempozyum’da da dolaylı yoldan da olsa yakinen öğrenmiş, bu konuda yeterince bilgi edinmiş bulunuyoruz. Bkz.: *Widmer, P.*, *Türkisches, Schweizerisches und europaisches Haftpflichtrecht im Umbruch, Fassetrennovation oder Kulturrevolution?*, Symposium, anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des *Türkischen Zivilgesetzbuches – Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı* Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, 4-5 Ekim/Oktober 2006, Hırag, Sirmen L./Kurca Ç./Buz V., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2007, sh. 151 vd.

niyoruz. İlgincidir, bu Ön Tasarı hazırladığı ülkede, İsviçre'de dahi kabul görmemiş ve yasalaşamamıştır. Ve, bu aradan geçen bunca yıla karşın.

İşaret edelim ki, 'sorumluluk hukukuna' ilişkin, İsviçre'de şimdiye değin değişik dönemlerde değişik raporlar hazırlanmıştır¹². Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 'sözleşme dışı sorumluluğu' ilişkin kısmında, neden sadece bunlardan en sonuncusu göz önüne alınarak izlenmiştir de, daha öncelikler hiç mi hiç hesaba katılmamıştır? Oysa, böylesine önemli bir kanun çalışması yapılırken, bu tür çalışmalar göz ardı edilemez!

Göz önüne alınmayan kaynaklar, yalnızca bunlardan ibaret değildir. *Türk hukuku düzleminde konuşmak gerekirse, gerçekleştirilen 'sorumluluk hukuku sempozyumları', bazı Türk hukukçularının sorumluluk hukuku hakkındaki değerli/önemli eserleri, Türk Yargıtay'ının dikkat çekici bazı kararları, borçlar hukuku üzerine yazılmış kitaplardaki 'sorumluluğu' ilgilendiren kısımlar, kısaca Türk hukuku bir kenara itilmiştir. Aynı şey sözünü ettiğimiz Ön Tasarı ve buna ilişkin rapor dışında kalan İsviçre hukuku kaynakları bakımından da geçerlidir; -kaldı ki, bu Ön Tasarı hükümlerinin ne tanıdığını ne de andığımız Rapor, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ve gerekçesinde yer almaktadır.*

Bu genel 'toplu' değerlendirmemizi şöyle bitirmek istiyoruz.

Sonuç I: Mevcut Borçlar Kanunu Tasarısı, gerek Türk Hukuku, gerek İsviçre hukukunda, öğreti ve yargısal uygulamaya düzenlemelerinde elde edilen kazanımları, kaydedilen gelişmeleri, oluşan birikimleri¹³ yansıtmaktan uzak, çok uzaktır.¹⁴

¹² Homberger, A., "Haftpflicht ohne Verschulden", ZSR (1930), NF. Bd. 49/3, sh. 1a vd., *Responsabilité, M., "La responsabilité causale", ZSR (1930), NF. Bd. 49, sh. 65a vd., Stark, E. W., "Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts", ZSR (1967), NF. Bd. 86/II, sh. 1 vd.; Gilliard, F., "Vers l'unification du droit de la responsabilité", ZSR (1967), NF. Bd. 86/II, 193 vd.*

¹³ Yeni TMK yönünden, eleştirel bakış olarak kısz. Serozan I, sh. 759 vd.; Serozan II, sh. 499 vd.

¹⁴ Şahsen, 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun hazırlanışına katılmış, düzenlemelerin kaleme alınışına yakından tanık olmuş biri olarak söylüyorum ki, eğer önümüzde daha önce yürürlüğe girmiş İsviçre Medeni Kanunu hükümleri bulunmasa idi, büyük çoğunluğa aile hukukuna ilişkin yeni hükümler tasarılamaz ve önerilemezdi. Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nı hazırlayanların önünde, böyle daha önce İsviçre'de yasalaşmış hü-

Bazı olumlu yenilikler bir yana, ya mevcut Borçlar Kanunu hükümleri aynen korunmuş ya bunlar sadeleştirilmiş, ya da cürekâr, dünyada kimselerin kabul etmediği çözümler sunulmuştur.

Böylesine hukuki büyük 'devrimler', az çok genel kabul olmaksızın tasarlanamaz, telif edilemez! Bu tür devrimci adımlar için, ayrıca çok güçlü gerekçeler, monografik mahiyette çalışmaların varlığı da gerekir! Oysa, Tasarı ve onun temelinde bunlar yoktur! Örneğin ve özellikle, Tasarı'nın 65'nci maddesinin gerekçesinde, hükümün gerekçesi değil de, ne yapıldığı söylenmekte, yani -tasarının ilk halinde yer verilen- hüküm başka sözcüklerle tekrar edilmektedir!

Sorumluluk hukukunda bu denli sıra dışı değişiklikleri, sorumluluk hukukunun dâhileri dahi, genelde, ne düşünmüş ne de telif etmişlerdir. Sorumluluk hukuku ile çok yakından ilgilenen hukukçuların çoğu, sözleşme dışı sorumluluğu Tasarı'daki gibi düzenlemezlerdi.

Tasarı'nın haksız fiillere ilişkin düzenlemeleri kesinlikle kabul edilememelidir! Aksi takdirde, Türk hukuku, bu alanda, içinden kolay kolay çıkamayacağı bir bataklığa girecek ve geri dönüşü olmayan bu yolda bo-calayıp duracaktır.

Bizden söylemesi!

Sonuç II: Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı, gerekçesizdir! Oysa, gerekçesiz kanun tasarısı ve gerekçesiz kanun olmaz! Tabii burada kastedtiğimiz, gerçek (içerikli, açıklayıcı, kaynakça gösteren, bilimsel, neden-sonuç ilişkisine uygun, doyurucu, vb.) gerekçedir!

Genelde tüm Tasarı için yapıldığı gibi. Tasarı'ya hazırlayanlar, ya gerekçe kavramı hakkında bilgi edinmemiş, ya da 'Tasarı'yı gerçekten gerekçesiz hazırlamış gözükmediler!

Böylece 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu hazırlanırken düşünülen yanlış, Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlanırken de tekrar edilmiştir! Ki, bu daha da acıdır!

Kimler bulunuyup, sadece ilk yazarca hazırlanmış bir rapor ve bu raporda sunulan öneri mahiyetinde hükümler bulunmakta idi.

II. Özel Olarak Madde Madde Değerlendirme

Bunlar bir yana, Tasarı'nın sözleşme dışı sorumluluk hükümleri sıkça çok yanlışlar da.

Tasarı'nın sadece bazı hükümlerini bile ele alarak, onun ne denli 'güçsüz/dayanksız' olduğu gösterilebilir sanıyoruz. Örneğin, bundan önceki hükümlere kısaca değinmeyi yerinde buluyoruz:

1. Madde 49

A. Sorumluluk

I. Genel olarak

Madde 49: "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

— Md. 49'un kenar başlıkları (A ve I) ile md. 65'in kenar başlığı (B) uyumsuzdur.

— Md. 49: Fiil terimi yerine, yapma ile birlikte yapmanın da kapsayacak biçimde bir başka terim –belki de– kullanılsa daha iyi olabilirdi.

— Md. 49, f. 2: "Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile" cümlecigi çıkarılmalıdır. Yani hüküm eski durumuyla korunmalıdır.

Zira, bu tür bir yaklaşım, bu tür bir düzenleme ile söylemek istenene uymamakta, mevcut öğreti ve yargısal uygulamayı yansıtmamaktadır. Bu konuda bkz. özellikle İsviçre'deki sorumluluk hukuku eserleri¹⁵. Burada, bir eylemin (fiilin) hukuka aykırı olmamasına karşın, salt ahlaka aykırılık

¹⁵ Offinger, K./Stark, E. W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995; Keller, A., Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002; Deschenaux, H./Tercier, P., La responsabilité civile, 2. éd., Bern 1982; Honsell, H., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000; Rey, H., Ausservertragsliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Greif 2003; Roberto, V., Schweizerisches Haftpflichtrecht Zürich 2002; Werro, F., La responsabilité civile, Bern 2005.

nedeniyle (kasun da bulunması olasılığında) sorumluluk doğurabilmesi kastedilmektedir.

—Md. 49, f. 2: Burada aslında 'ahlak' değil, 'genel âdab' (genel kabul gören/alışılmış âdab) söz konusudur.

2. Madde 50

II. Zararın ve kusurun ispatı

Madde 50: "Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır."

Üçüncü zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler."

— Md. 50, f. 1: "Ve zarar verenin kusurunu" sözcükleri mutlaka girtilmelidir.

Zira, bu gereksizdir; TMK 6'da ispat yükü genel olarak düzenlenmiştir; sadece, bu düzenlemede saklı tutulan ispat yüküne ilişkin ayrık düzenlemelere TMK ve TBK'nda yer verilebilir. Oysa, Tasarı md. 50/I bağlamında 'kusurun ispatı' genel kurala uygun olup, ispat yüküne ilişkin özel bir kural (ispat yükünün tersine çevrilmesi, vb.) değildir!

Ancak, Tasarı, md. 50/II özel bir hüküm mahiyetini taşıdığından, yalnız bu konuda ispat yükü hakkında özel bir hükme gerek vardır, ki bu da mevcut Türk Borçlar Kanunu'nda da, yeni Tasarıda da bulunmaktadır.

3. Madde 52

2. İndirilmesi

Madde 52: "Zarar gören, zarar doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir."

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödendiğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir."

— Md. 52, f. 2. Düzeltimeldir.

Zira, mevcut TBK md. 44, f. 2 bazı önemli olmayan ifade değişiklikleri ('zarar kasden veya ağır ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu' ifadesi yerine 'zarara hafif kusuruyla sebep olan' ifadesi konmuştur) dışında, aynen korunmak istenmiş olmalıdır. Fakat, bu yapılırken büyük bir yanlışlığa düşülmüştür. Şöyle ki, yeni önerilen metin eskisinden bir açıdan tamamen farklı olmuş, sanki hafif kusur ile yoksulluk koşullarının yanı sıra ayrıca hakkaniyetin de gerektirmesi olasılığında, hâkimin tazminattan indirim yapabileceği tarzında bir düzenleme yapılmıştır. Hâlbuki yasakoyucunun söylemek istediği bu değildir! Hakkaniyet, tazminattan indirim yapılmasının bir ek koşulu olmayıp, tazminattan indirim miktarını belirlemeye yarayan genel bir ölçüt konumundadır. Bu, başka türlü olamaz; çünkü zarara hafif bir kusurla sebebiyet verilmiş olması ve de sorumlunun tazminatı ödeyecek olması durumunda yoksulluğa düşecek olması, zaten başlı başına hakkaniyetin indirim yapılmasını haklı kıldığı göstergelerdir.

O halde md. 52/II şöyle kaleme alınmalıdır: "(...), yoksulluğa düşecek olursa, hâkim hakkaniyet uyarınca tazminattan indirim yapabilir."

4. Madde 53

IV. Özel durumlar

1. Ölüm ve bedensel zarar

a. Ölüm

Madde 53: "Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölüm desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar."

— Bu maddenin kenar başlığı şöyle olmalıdır: "IV. Özel durumlar, 1. Ölüm ve bedensel zarar, a. Ölüm durumunda tazminat."

— Ayrıca, bu maddenin birinci cümlesi tam olarak şöyle kaleme alınmalıdır: "Ölüm durumunda, tazminat, aşağıdaki şu zararları kapsar:

1. Giderler, özellikle cenaze giderleri,"

Böyle bir yazılım, hükümün İBK'ndaki aslına uygun olacağı gibi, anlamsızlık da giderilmiş olur.

Bu durumla hüküm anlamsızdır da. Zira, tazminattan hiç mi hiç söz edilmemektedir, sadece zararlardan söz edilmektedir.

5. Madde 54

b. Bedensel zarar

Madde 54: "Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.

2. Kazanç kaybı.

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar."

— Bu maddenin kenar başlığı şöyle olmalıdır: "b. Bedensel zarar durumunda tazminat."

— Madde metninde, "bedensel zararlar özellikle şunlardır" yerine, "bedensel zararlar şunlardır" demelidir. Tasarıda kullanılan 'özellikle' sözcüğünün burada hiçbir anlam, değer ve işlevi yoktur, olamaz!

— Bundan başka, maddede, yine, şöyle bir düzeltme daha yapılmalıdır: Bedensel zarar durumunda tazminat aşağıdaki zararları kapsar: (...).

6. Madde 58

3. Kişilik hakkının zedelenmesi

Madde 58: "Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödemesini isteyebilir."

Hâkim, bu tazminatın ödemesi yerine, diğer bir giderin biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

— Kenar başlığı, 'kişiliğin zedelenmesi' biçiminde daha uygun olurdu.

— Madde metnindeki 'kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören' anlatımı da yerinde değildir. 'Kişiliğin zedelenmesinden' zarar görülmesi söz konusu olamaz. 'Kişiliği zedelenen' yeterlidir.

— 'Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık' anlatımı acayiptir. 'Uğradığı manevî zarara karşılık' sözcükleri metinden çıkarılmalıdır.

— Metindeki 'isteyebilir' sözcüğü hukukî değildir! Yerine, 'talep edebilir' denmelidir.

Sonuçta, bu maddenin ilk fıkrası şöyle olmalıdır:

3. Kişiliğin zedelenmesi

Madde 58: 'Kişiliği hukuka aykırı bir tarzda zedelenen, manevî tazminat olarak bir miktar para talep edebilir.'

7. Madde 59

4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı

Madde 59: "Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur."

— Madde 59'un sistematik yeri yanlış! Md. 53-58'den farklı bir mahiyettedir. Öncelikle, zarar ile tazminata ilişkin 'özel' durumlar düzenlenmiş iken, burada ayırt etme gücünden geçici olarak yoksunun 'sorumluluğu' düzenlenmiştir.

— İleride yer alan madde 65'den niçin ayrıldığını anlayabilmek de pek olanaklı değildir!

Ayrıca, ayırt etme gücünden kusurlu olarak geçici yoksunluk söz konusu olsa da, yine de bu güçten yoksun olanın –yani, bir anlamda olsun 'kusursuz sorumlunun'– sorumluluğu söz konusudur.

Bundan başka, madde 59 ikinci cümleyle, geçici olarak ayırt etme gücünü yitirenin bu yitirmede kusurunun bulunmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabileceği ifade edildiğine göre, bu olasılıkta da bir tür kusursuz sorumluluk düzenlenmiş, kısaca şu söylenmek istenmiştir: Ayırt etme gücünden geçici yoksun, bu yoksun kalmada kusuru yoksa kusursuz, kusuru varsa sorumludur!

Böylece, bu bağlamda, şu da denebilir: Ayırt etme gücünden kusursuz olarak geçici surette yoksun kalan verdiği zarardan sorumluluğu değildir!

O vakit, madde 65'i anlayabilmek olanaksızdır! Zira bu düzenleme de ayırt etme gücünden yoksun, hiçbir koşul aranmaksızın –hakkaniyet gerektiriyorsa– sorumlu tutulabilmektedir. Bu düzenleme md. 59 düzenlemesi ile çelişmektedir.

Başkaca, bu iki maddenin (md. 59 ile 65) mutlaka birlikte düzenlenmesi de gerektir, eskiden olduğu üzere (bkz. mevcut TBK 54).

Dahası, madde 65'e ayır, kendine özgü bir anlam yüklenebilmesi için, madde 65'de ayırt etme gücünden 'sürekli' yoksunların sorumluluğunun düzenlenmesi gerekir. Ama, bakıyoruz, burada, bu güçten sürekli yoksunluktan hiç söz edilmemektedir. Böylelikle, ayırt etme gücünden geçici yoksun da, bu yoksunluk *kusuru* nedeniyle meydana gelmiş olsa dahi, hakkaniyet gereği sorumlu tutulabilmektedir. Fakat, bu yaklaşım, md. 59, ikinci cümleyle taban tabana zıt düşmektedir. O halde, bu güçten geçici yoksun da, sürekli yoksun da hakkaniyete uygunsa sorumlu tutulabilecektir. Bu ise hem md. 59 ile, hem de ayırt etmeden yoksunların sorumlu olmayacakları yönündeki genel kusur ilkesi ve buna ilişkin md. 49 ile de çatışmaktadır. Ve, madde 65'in sistematik yeri de –bir kere daha– tartışmalı duruma gelmektedir.

Bu kadar gelişki/çatışma/sorunsallık kabul edilemez!

Yenilik adına, bu kadar büyük lokmalar yemmez, yenmemelidir! Sorumluluk hukukçuları bunları tartışmaya açabildiler; ortak bir fiike varıldığında bunlar genel kabul görürler. Devrim mahiyetindeki büyük yenilikler ancak ortak karar/uzlaşa vb. ile gerçekleştirilebilir.

8. Madde 60

V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu

1. Sebeplerin yarışması

Madde 60: "Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılıyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."

— Böyle bir düzenleme kabul edilemez! Zira, hukukî değildir!

Yasal düzenlemeler adalet yerine merhamete dayalı biçimde tasarlanamaz! Merhamet, zarar göreni koruyup kollamak, vb. ancak ve ancak adalete (soyut kural adaleti veya somut olay adaleti) uygun ise yasalara dayanarak oluşturabilir.

— Buradaki düzenleme keyfî olup, zengin'in sırtından fakir zarara uğrayanı koruyup kollamak fikri esas alınmaktadır.

Ayrıca, hâkimin bunu nasıl yapacağı da bir soru işareti, bir sırdır. Hâkim bu hususu re'sen araştıramaz! Bununla yükümlü de tutulamaz! Zaten, gerçeği çoğu kez bulamaz!

Başkaca, bu hükümden kasıt, belirtildiği üzere hakikaten 'sorumluluk sebebi' midir? Yoksa, sorumlu kişi midir? Sorumluluk sebebi ise bunun pek bir anlamı yoktur! Sorumlu kişi ise o vakit de hâkimden bu beklenemez, istenemez!

9. Madde 62

b. İç ilişkide

Madde 62: "Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur."

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur."

— "Bütün durum ve koşullar" değil de, bunun yerine 'tüm durum ve koşullar' denmeliydi.

— "(...) özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur" denmektedir. Bu anlatım sınırlayıcı ve belirsizliğe yol açıcı mahiyettedir. Başka neler göz önüne alınacaktır? Sorusunun cevabı belirsizdir.

Bunun yerine, 'sorumluluk nedeni (kusur, tehlike, vb.) dense daha uygun, anlaşılabilir ve kapsayıcı olurdu.

— "(...) her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu" biçimindeki anlatım dil bakımından bozuktur! Çeşitli farzlarda düzeltilmelidir.

— "Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için" anlatımı da dil yönünden bozuktur. Düzeltilmelidir.

10. Madde 63

VI. Hukuka aykırılığı kaldıran hâller

1. Genel olarak

Madde 63: "Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz."

Zarar görenin rızası, daha üstün mülkiyet özel veya kamuusal yarat, zarar verenin davranışının hakkı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya sorumluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz."

— Sadece "zarar görenin rızası"ndan söz edilmektedir. Oysa, zarar görenin rızasının alınamayacağı bazı durumlarda (örn. organ nakli, vb.),

başka kişilerin rızası da hukuka aykırılığa engel oluşturmaz. Bu nedenle, hüküm farklı kaleme alınmalıydı.

"Zarar görenin rızası" ifadesi çok dardır. Bu rızanın geçerli olması da gerekir. Onun için bunun yerine zarar görenin 'geçerli rızası' denmesi daha bir uygun olur.

— Birinci fıkrada yer alan "Bir fil zarara yol açsa bile" anlatımı yanlış. Çünkü, hukuka aykırılık zarardan farklı bir kavramdır; burada ise zarar ile karıştırılmıştır.

— Bu maddede "yetkili kamu makamlarının müdahalesi"nden (fıkra 2) söz edilmekte, bir sonraki maddede (md. 64) ise bu defa "kolluk gücü"nden söz edilmektedir.

11. Madde 64

2. Sorumluluk

Madde 64: "Haklı savunmada bulunan, saldırının şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zarar giderim yükümlülüğünü hakkin hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını ya da kullanılamayacağı ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılamamasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz."

— Madde 64'deki tüm durumlarda sorumluluğun ne olacağı belirlenmeliydi. Oysa sadece bazı durumlardaki sorumluluk düzenlenmiştir.

12. Madde 65

B. Kusursuz sorumluluk

I. Hakkaniyet sorumluluğu

Madde 65: "Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir."

— Tasarının ilk metninde, hakkaniyetin sadece tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, kusur işlenirse de tazminata karar verilmesini haklı kılacağı zannına dayanan bir hüküm kaleme alınmıştır. Hüküm o halyle, hakkaniyeti sadece ekonomik durumlarda sınırlamış olmaktadır! Bu kabul edilemezdi! Bu olası 'kürsü örneği' olarak her-keşce bilinir. Ama, örneğin zarar verici eylemin hunharca/vahşice/vb., işlenmiş olması da, hakkaniyet gereği kusursuz sorumluluğa yol açabilir. Neye ki, bu yanlış vazgeçilmiş ve eskiden olduğu üzere, hâkimin hakkaniyet gerektiriyorsa ayırt etme gücünden yoksun kişinin de tazminat ödemesine karar verileceği yollu bir hüküm öngörülmüştür.

13. Madde 66

II. Özen sorumluluğu

1. Adam çalıştırmanın sorumluluğu

Madde 66: "Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışmada düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararın gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rüca hakkına sahiptir."

— Kenar başlığı, bize göre yanlış, en azından uygunsuzdur! Zira, özen, sorumluluğun genel kavramlarından biri olup, sadece adam çalıştırmanın sorumluluğu ve benzerlerine özgü değildir! Öyle olunca da, bu sorumluluğun 'özen sorumluluğu' olarak anılması yanlıştır!

Bu nitelendirme, bir diğer açıdan da yanlıştır. Şöyle ki, (tüm kara Avrupası) ve hatta tüm dünyada bu tür sorumluluk, olsa olsa, özensizlik sorumluluğu olabilir, özen sorumluluğu değil!

Ayrıca, özen (*diligentia, diligenca, Sorgfalt*) kusurun bir ölçütüdür; bunlar ise genelde günümüzde 'kusursuz' sorumluluklar olarak kabul edilmektedirler.

Dahası, ispat yükü 'tersine' çevrildiğinden, sorumlular, yerine göre, pekâlâ hiçbir özensizlik göstermemiş olsalar dahi sorumlu olabilmektedirler. Bu açıdan da, başlık doğru gözükmemektedir bize.

Ve, bu sorumlulukların, sorumluluklar sınıflandırılmasında, bil-negelen bir adı da zaten vardır: Olağan sebep sorumluluğu veya olağan kusursuz sorumluluk! Bu nitelene, bilindiği gibi, onları olağanüstü/olağandışı sebep sorumlulukları olarak isimlendirilen çeşitli tehlike sorumluluklarından ayırt etmek üzere kullanılmaktadır. O nedenle, madde 66-70 üst başlığı olarak birinci terim, madde 71 içinde ikinci terim kullanılabirdi.

— Bureya, artık yeni TMMK md. 369'da düzenlenen 'ev birliği' başkasının sorumluluğu da alınabildi. Zira, bu sorumluluk adam çalıştırmanın sorumluluğu ile hayvan tutucusunun sorumluluğunun bir benzeri mahiyetindedir. Hemen hemen aynı kurallar ve ölçütlerle bağlıdır! Yeni TMMK 369'un yeni pek uygun görülmezse düzenlemenin Borçlar Kanunu'na konması iyi olur.

— Tasarının bu 66'ncı maddesine, ikinci fıkraya, gereken 'araç ve gereçleri verirken' anlatımının da eklenmesini öneririz. Bu sorumlulukta her türlü özensizlik söz konusu olabileceğinden, özensizlik konularının, kazusistik yöntem ile birer birer belirtmek yerine, daha derli toplu, genel bir iâdenin kullanılmasını doğru bulmaktayız. Örneğin, "işin görülmesi ile ilgili her türlü özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur."

— Adam çalıştırmanın sorumluluğunda, bir diğer sorun da -öteden beri- ikinci kurtuluş kanıtı olarak da bilinen kanıttır: Adam çalıştırmanın zararını meydana gelmemesi için gereken özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği gibi, bu özeni göstermiş olsa idi dahi zararın yine meydana gele (bile) ceğini ispat ederek de sorumluluktan kurtulabilir.

Bu ikinci kurtuluş kanıtı -ki çok tartışmalıdır- Tasarı'ya alınmamıştır.

Alınmamasının doğru olup olmadığı sorusu sorulabilir. İlle de zorunlu olmadığı, aslında birinci kurtuluş kanıtının yeterli olduğu, bu ikinci kanıtın illiyet bağının yokluğu anlamına geldiği, vb. ileri sürülerek yasadan çıkarılmasının yerinde olduğu kabul edilebilir.

Ancak, bunun aksi de pekâlâ savunulabilir: Zorunlu olduğu kesin olmasa da, yararı mutlak olmasa da, yine de, her şeye rağmen, zararlı bir fazlalık olarak da kabul edilmemelidir diyorum.

— Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan işleme terimini sorun doğurabilecek mahiyettedir. 'İşleme' terimi iktisadi bir terim olarak da algılanabilir, başka türlü de! Dar anlamda da algılanabilir, geniş anlamda da! Bunun yerine -belki de- örneğin, girişim dense daha uygun olurdu.

— Adam çalıştırmanın sorumluluğunda, farklı bir sorun da, bu sorumluluğun başkasının fiilinden sorumluluk olarak mı, yoksa kendi fiilinden sorumluluk olarak mı tasarlannasının daha uygun olacağı sorunu ve bununla birlikte düzenlemede bu konuda açıklık getirilmesinin zorunlu olup olmadığıdır. Yeni düzenlemede de bu sorun çözülmeyp, askıda bırakılmış bulunmaktadır. Bu sorumluluğun doğabilmesi için, çalışmanın kusurunun aranıp aranmayacağı sorunu, bir soru işareti olarak kalmaktadır!

14. Madde 67

2. Hayvan bulunduranın sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

Madde 67: "Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararını gidermekle yükümlüdür."

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülünmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır."

— Kenar başlığının "hayvan tutucusunun sorumluluğu" yerine, "hayvan bulunduran sorumluluğu" olarak belirlenmesi yanlış olmuştur! Hayvan bulunduran ifadesi hem oldukça geniş, hem de belli belirsizdir. 67 nci maddenin 1. fıkrasından, bu kişinin "hayvanın bakımı ve yönetimini siirekti veya geçici olarak üstlenen" kişi olduğu anlaşılmakta ise de bununla belli belirsizlik giderilmiş olmamaktadır. Zira, bu anlamına göre, hayvanın emaneten bırakıldığı herhangi bir kişi ve özellikle çoban, seyyis, jökey, kapıcı, evin çocuğu, hizmetçi, usak, vb. de hayvan bulundurucusu olarak sorumlu tutulacaktır.

Bu terim yerine, hayvan tutucusu denemez miydi? Bu sonuncu terim, gerek İsviçre hukuku gerek Türk hukukunda yerleşmiştir. Ve, belli bir içerik de kazanmıştır.

Ayrıca, hayvan bulunduran terimi, hayvandan yararlanma ölçütünü/öğesini içermemektedir. Bu bir eksikliktir!

Aslında, burada sorumlu olan, hayvanı kendi çıkartma eli altında/elinde bulundurarak onun bakım ve yönetimini üstlenendir. Örneğin çoban değil ve fakat sürünün sahibi! Tabii ki çoban da, yerine göre, sorumlu olabilir; ama, 'haksız fiil faili' olarak, TBK md. 41 = Tasarı md. 49 uyarınca sorumlu olur.

— Başkaca, İsviçre hukukunda hayvan tutucusunun sorumluluğu bağlamında, hayvanın doğrudan tanımını değil de belirlenmesine yönelik yeni çalışmalar da göz önüne alınabilir (örn.: mikroplar, bu sorumluluk çerçevesinde 'hayvan' sayılmalı mıdır? vd.). Konu, yenilenmiştir; yeniliklerin hesaba katılması uygun olur.

15. Madde 69

3. Yapı malikinin sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

Madde 69: "Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür."

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.

Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır."

— Kenar başlığı doğru değildir! Zaten, içerikte de başlık yalanlanmaktadır: "Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki".

Doğrusu, 'bina veya diğer eserden sorumluluk' biçimindedir.

— Maddenin içeriğinde, bir bina veya yapı eserinden söz edilmesi de uygun olmamıştır! Zira, burada, kastedilen bina ve benzeri eserlerdir. Örneğin, otoyol, köprü, alt geçit, üst geçit, vb. de buraya dahil edilebilmelidir.

Ayrıca, yapı sözcüğü bina sözcüğünün yeni Türkçe karşılığıdır. Yani, anlamsız bir yineme söz konusudur!

— Bundan başka, maddenin kenar başlığı farklı bir açıdan daha sorunludur, yanlış! Kenar başlıkta "malik" denmektedir; oysa, ikinci fıkrada "intifa ve oturma hakkı sahipleri"denmektedir. Bu sonuncuların malik olmadıkları açıktır! Böylece, kenar başlığı içeriği kapsayıcı mahiyette kaleme alınmamıştır. Düzeltmek için, örneğin, 'Bina (yapı da denebilir) veya diğer eserden sorumluluk' denebilir.

— Madde 69'un ikinci fıkrasına gerek var mıdır? İntifa ve oturma hakkı sahiplerinin de üçüncü fıkraya dahil oldukları ortadadır! Böylece, her halde sorumlu tutulan malik, kendisine karşı sorumlu olan intifa ve oturma hakkı sahiplerine de rücu edebilecektir. İntifa ve oturma hakkı sahiplerinin de zarar görene karşı doğrudan sorumlu kılınması bir çözüm müdür? Ve, eğer yerinde ise niçin üçüncü fıkrada belirtilen kişiler hakkında da zarar görene karşı doğrudan ve müteselsil sorumluluk öngörülmemiştir?

— Bundan başka, intifa hakkı ve oturma hakkı sahiplerinin de zarardan kusursuz sorumlulukları garip değil midir? Bu kişilerin sorumlulukları kusur sorumluluğu olarak tasarlanmalı değil midir?

Bir diğer bakımdan, şu soru da hatıra gelmektedir: İntifa ve oturma hakkı sahiplerinin zarar görene karşı sorumluluğu kusursuz sorumluluk-

tur, ama üçüncü fıkrada sözü edilen sorumluların bina malikine karşı sorumluluğu kusur sorumluluğu mudur?

Ayrıca, üçüncü fıkrada da, madde 66, f. 4'de olduğu üzere, '(...) diğer kişilere, ancak onların bizzat sorumlu oldukları ölçüde rücu hakkına sahiptir' dense daha uygun olmaz mı?

16. Madde 70

b. Zarar tehlikesini önleme

Madde 70: "Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir."

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır."

— Burada da, "bina veya diğer yapı eserlerinden" yerine, "bina veya diğer yapı (benzeri) eserlerinden" dense daha iyi olmaz mı?

17. Madde 71

III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

Madde 71: "Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur."

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyetinde kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmiyorsa, bu işleme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler,

bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler."

— Kenar başlığı uygun değil!

Bu başlık maddenin içeriği ile uyumsuzdur.

Ayrıca, başlıktaki "denkleştirme" terimi de kafa karıştırıcıdır. Terimin maddenin içeriği ile uyumsuzluğu bir yana, kusur, haksızlık ve tehlikeden farklı bir sorumluluk ilkesi oluşturan fedakarlığın denkleştirilmesi kavramını da çağırıştırır mahiyettedir!

Yeni gelmişken, 'fedakarlığın denkleştirilmesinin' de ayrı bir sorumluluk ilkesi olarak Tasarı'da düzenlenmemiş olması da yadırgatıcıdır. Bu ilke sorumluluk hukukuna girmiştir ve bu konuda ülkemizde de monografik çalışma, tez yazılmıştır¹⁶. Buna rağmen, Tasarı'da yer almamaktadır. Her ne kadar, Tasarı'nın incelediğimiz bu 71'inci maddesinin son fıkrasında bunun düzenlendiği iddia edilebilirse de, bunun böyle olup olmadığı belli değildir. Şöyle ki, bu sonuncu fıkranın birinci fıkradan ne gibi bir farkının bulunduğu anlaşılamamaktadır ki, bu sonuncu fıkranın niçin Tasarı'da yer aldığını bilebilmek olanaklı gözükmemektedir.

Sonuncu fıkrada, birinci fıkradan farklı olarak, biçime ilişkin bazı ufak tefek değişik yönlerin dışında, sadece (işletmenin) "bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile" demektedir. Bundan birinci fıkradaki durumda bu tür bir faaliyete izin verilmediği sonucunu mu çıkarmak gerekir? Hayır, böyle bir sonuç çıkarılamaz!

Bu iki fıkrada sorumlu kişilerin farklı oldukları (ilkinde: işletme sahibi ve işleten; ikincisinde ise sorumlu belirtilmemiş...) ileri sürülebilir; ama bunun da pek bir anlamı olamaz; ayrıca, sonuncu fıkrada sorumlular bildirilmediğine göre, birinci fıkradaki kişiler olmalıdır mantığı geçerlidir!

Başka bir açıdan soruna baktığımızda, görülebilir ki, maddenin birinci fıkrası ile sonuncu fıkrasında, ilkinde dolaylı diğerinde ise doğrudan hukuka aykırılık sorunu, sorumluluğun bu ögesi dille getirilmekte, birincisinde

¹⁶ Utusan, İ., Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul, 1977.

önemli tehlikeli faaliyete izin verilmemesi durumunda sorumluluk, sonucunda da izin verilmesi durumunda sorumluluk işlenmektedir. Bu alanda da Türk hukukunda da yenilerde yazılmış monografi bulunmaktadır¹⁷. Bu düzenleme getirilirken acaba kendisinden yarıdanlımı mıdır?

— Bu düzenlemeyle, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme öngörülmemekte, böylece bu kavram bir sorumluluk ilkesi olarak kabul edilmiş olmaktadır. Tehlike ilkesinin bir sorumluluk genel ilkesi olarak tasarlanması güncel bir konudur ve çeşitli illelerde bu konuda çalışmalar, yasa tasarıları ve yasalar bulunmaktadır... TBK Tasarısı'nın gerekçesinde bunlardan hiç mi hiç söz edilmemekte, niçin Tasarı metnindeki gibi bir metnin uygun görüldüğü bize söylenmemektedir...

Bu kadar önemli bir yenilik, böylesine alt yapısız, –gerektiği gibi– gerekçesiz, dayanaksız, karşılaştırmalı hukuk bakımından haklı gösterilmeksizin, öğreti ve yargısal uygulamaya zorunlu yollarla yapılması, çözümünün neden böyle tasarlandığı belirtilmemektedir, vb. kalame alınamaz!

— Bu bağlamda, farklı bir sorun da şudur: Eğer tehlike sorumluluğu genel bir hüküm ile –haksız fiil sorumluluğu ve haksızlık sorumluluğu gibi–, düzenlenmişse tehlike sorumluluğuna ilişkin özel yasaların/ hükümlerin kaldırılması gerekmez miydi? Bu özel hükümlerin *saklı* tutulması (Tasarı md. 71/f. III) sorunu çözer mi? Bu sorunun çözümü için, örneğin İsviçre hukukunda, değişik tarihlerde değişik girişimlerde bulunulmuş, sorumluluk hukukunun özelliği bu açıdan birleştirilmesi (bkz. 1967 tarihli raporlar) için çabalar sarfedilmiştir. Sorun önemlidir; zira, mütenadiyen artan ve artmaları kaçınılmaz olan özel yasalar ile kusursuz sorumluluk, tehlike sorumluluğu sorunları çözüme kavuşturamaz! Zaten, dünyadaki yeni genel eğilim bu sorumluluğun da genel ilke mahiyetindeki düzenlemeler ile düzenlenmesi yönündedir¹⁸.

¹⁷ Tiftik M., Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, B. 2, Ankara 2005.

¹⁸ WILL, M., Quellen erhöhter Gefahr, München 1980, sh. 1 vd.; Strickler, H., Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel; St. Gallen, Bern 1983, sh. 140 vd.; Tiftik, a.g.e., sh. 97 vd.; Erigün, N., "Tehlike Sorumluluğunda Kıyas", BATIDER, C. XX, Sa. 3, sh. 99-100; Erigün, N., Gaz ve Akaryakıt Taşıyan Boru Hattı

— Değişik bir noktada da Tasarı eleştirilebilir. Tasarı'nın sistematigine baktığımızda şunu görüyoruz: İkinci ayırım (Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri), A. (Sorumluluk), B. (Kusursuz Sorumluluk). Burada 'kusursuz sorumluluk' olarak düzenlenen sorumluluklara yeni bir düzenleme olarak 'tehlike sorumluluğu' (md. 71) da dahildir.

Oysa, 'kusursuz sorumluluk' bir haksız fiil sorumluluğu –tabii ki– değildir. Dolayısıyla, 'haksız fiillerden doğan' bir borç ilişkisi oluşurmaz. O nedenle, bu başlık yanlış, düzeltilmesi şarttır!

Ayrıca, 71'inci maddede, "işletme faaliyetinden" söz edilmesi de doğru görünmemektedir. Şöyle ki, 'işletme' sözcüğü, genelde iktisadi hayattaki işletme kavramını çağırır. Tehlike sorumluluğuna ilişkin böyle bir düzenlemeye, daha genel bir terimin kullanılması yerinde olurdu kanaatindeyiz. Örneğin, girişim gibi... Zaten, sözcük Türkçe'ye aktarılmışken düşünülen bir yanlış söz konusudur.

18. Madde 72

C. Zamanaşımı

I. Kural

Madde 72: "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlülüğünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borca ifadan kaçınabilir."

— Maddenin kenar başlığı anlamsız kaçmaktadır! Zira, ayrık yoktur ki kural olabilsin! Ayrıca, madde 73'ün kenar başlığı ile de uyumlu değildir: C. Zamanaşımı, I. Kural, II. Rütce isteminde.

Ama md. 72'nin kenar başlığı "I. Genel Olarak" olabilir.

— Tasarının 72'inci maddesinin II'nci fıkrası, mevcut Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, yine az çok anlaşılabilir biçimde kaleme alınmıştır. Konuyu iyice bilmeyen hiç kimse bu düzenlemeyi kolay kolay bir şey anlayamaz! Öteden beri, Borçlar Kanunu'nun bu hükmü eleştirilmektedir. Tasarı hükmü de böyledir. Söylenmesi gereken söylenememiştir. Örneğin, "haksız fiil *dolayısıyla* zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa" ifadesi ne demektir? Doğan borç ile haksız fiilden doğan tazminat isteminin zamanasına uğraması arasında ne gibi bir *bağlantı* vardır. vb. Tüm bunlar anlaşılabilir. Bundan başka, bu hüküm dar anlamda 'haksız fiiller' ile mi sınırlıdır, yoksa daha önce B. başlığında düzenlen 'kusursuz sorumluluk' da buraya dâhil midir? Yani, tüm sorumluluk durumlarını kapsayan bir hüküm mü söz konusudur? Bilinememektedir.

19. Madde 73

II. Rücu isteminde

Madde 73: "Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanasına uğrar."

Tazminatın ödemesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanasını, bu bildirimin dürtüslük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar."

— Maddenin kenar başlığı, 72'inci maddenin kenar başlığı ile uyumsuzdur: I. Kural, II. Rücu isteminde.

— 73'üncü maddenin II'nci fıkrasının anlamını göze bilmek zor gözükmemektedir. Hem bu hükmün gerçek içeriği pek anlaşılabilir ve hem de hükmün işlevi ile amacı pek kestirilmemektedir. Ayrıca, kendisinden tazminat talep edilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere niçin bildirmek zorunda olsun? Bu sorumluluğun herhangi bir yaptırımından, diktan sonra, zorunluluktan söz edilemez! Dolayısıyla, bu hüküm şöyle kalemeye alınmalıydı: "Zamanasını, kendisinden tazminat talep edilen birlikte sorumlu, bu talebi diğer birlikte sorumlulara bildirmişse bu tarih,

bildirmemişse dürtüslük kuralına göre bunu bildirmesi gereken tarihten itibaren işlemeye başlar."

— İşaret edelim ki, hukuk ve yasa dilinde 'istemek' hukukî bir terim değildir. Bunun hukukîsi, talep etmek, istemde bulunmaktır.

— Ayrıca, "dürtüslük kuralları" yerine 'dürtüslük kuralı' (çoğul yeri-ne teklî olarak) denmesi daha doğru olur.

20. Madde 74

D. Yargılama

I. Ceza hukuku ile ilişkisinde

Madde 74: "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimini tarafından verilen berat kararlarıyla da bağlı değildir."

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."

— İBK'nun TBK Tasarısı'nın bu maddesini karşılayan 53'üncü maddesinin bizzat çevirisi şöyledir: "Kusurun işlenip işlenmediği ve haksız fiil failinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına karar verirken, hâkim, ne suç (ceza) hukukunun yüklenilebilirlik (ismadiyet) alanındaki hükümleri, ne cezada verilen berat kararı ile hiçbir biçimde bağlı değildir. -Cezai karar, kusurun (değerlendirilmesi) ağırlık derecesinin ve zararın kapsamanın belirlenmesi bağlamında da hukuk hâkimini bağlamaz."

Tasarı'nın 74'üncü maddesi, bu halıyla zor anlaşılır mahiyettedir, gereksiz tekrarlar söz konusu gibidir.

Ayrıca, 74'üncü maddede, ceza hâkiminin verdiği mahkûmiyet kararından da açıkça söz edilebilir olurdu kanaatindeyiz. Bu düzenlemeyi, sadece *karşıt* kavramından anılan çıkarma yoluyla, ceza hâkiminin mahkûmiyet kararıyla hukuk hâkiminin bağlı olacağı sonucu çıkarılabi-

lır; ama bu bağlı olma durumu hangi konular ve hangi ölçülerdedir..., bu pek de belli değildir.

Hukuk dâvası ile ceza dâvası ilişkilerinde, belki de yalnız maddî olayların saptanması ile maddî olmayan, hukukî olan kavramların belirlenmesi arasında bir ayrım yapılırsa ve hukuk hâkiminin birincileriyle bağlı ve fakat ikincileriyle bağlı olmayacağı yönünde bir düzenleme getirilse daha uygun olurdu ...

Bundan başka, düzenleme bu alanda hukukta kaydedilen gelişmeler, gerçekleşen yenilikler, vb. göz önüne alınarak kaleme alınsaydı, daha isabetli olurdu sanıyoruz.

21. Madde 75

II. Tazminat hükmünün değiştirilmesi

Madde 75: "Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasındaki tam olarak belirlenmiyorsa hâkimin, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir."

— Maddede öngörülen 2 (iki) yıllık sürenin, modern yaşamın yol açabileceği yepyeni uzun süreli zarar olasılıkları hesaba katılarak uzatılmasında fayda vardır. Örneğin ve özellikle, radyasyon, vb. zararları bu türden olup, zarar verici olaydan çok sonra da meydana çıkabilmektedirler.

22. Madde 76

III. Geçici ödemeler

Madde 76: "Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunmuş ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir."

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davalının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir."

— Bu yeni düzenleme sorunsaldır!

Zira, sosyal güvenlik/ güvence işlevini, doğrudan ilgili birey ve Devlet yerine davalının sırtına yüklemektedir.

Hukukta hiç kimse borç olmayan bir şeyi ödemekle yükümlü tutulamaz! Maddenin II'inci fıkrasından, yerine göre, davalının sorumluğunun kesinlik göstermeyebileceği, tazminata hükmedilmeylebileceği anlaşılmaktadır. Öyleyse, davalının tazminat borcu kesin değildir.

Ayrıca, başka davalarda da böyle durumlar söz konusu olabileceği halde, onlarda bu tür bir önlem alınmamaktadır. Bu da, hukukun tekdüzelliğini, birliğini zedeler.

Başkaca, davalının davacıya geçici ödeme yaptıktan sonra, davalının sabit olmaması olasılığında geçici ödeme yapmaya mahkûm edilen davalı zor duruma düşecek, boşuna yaptığı bu ödemeyi yasal faizle birlikte geri almaya çalışmak zorunda bırakılacaktır. Tasarının 76'ncı maddesinde öngörülen çözüm, bu bakımdan da iyi bir çözüm olamaz!

Düzenlemeye farklı bir açıdan baktığımızda, şunu da söyleyebiliriz: Böylece, olası bir borç da borç kaynağı durumuna getirilmiş olacak, bu suretle, yeni bir borç kaynağı daha ihdas edilmiş olacaktır. Sadece olası bir borcun da borç kaynağı oluşturmaya ne derece doğru olur? Bu sorunun sorulması da gerekir kanaatindeyiz.