

AVRUPA SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK HUKUKU VE TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARILARININ ANA HATLARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

*Nevzat KOÇ**

ÖZET

Bu Tebliğin konusu, "Avrupa Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku ve Türk Borçlar Kanunu Tasarılarının Ana Hatlarıyla Karşılaştırılması"dır. Tebliğ, İzmir ve İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültelerinin işbirliğiyle, 07.04.2010 tarihinde, İzmir'in Çeşme ilçesinde gerçekleştirilen Sempozyumda, tarafımızdan sunulmuştur.

***Anahtar kelimeler:** Borçlar hukuku, sözleşme dışı sorumluluk, temel hükümler, hukuken giderilebilir zarar, kast, ihmal.*

COMPARISON OF THE EUROPEAN NON-CONTRACTUAL LIABILITY LAW WITH THE DRAFT TURKISH LAW OF OBLIGATIONS

ABSTRACT

This article compares the European Non-Contractual Liability Law to the Draft Turkish Law of Obligations. This article was presented at the symposium that was held in İzmir-Çeşme in collaboration with İzmir University and İstanbul Culture Universtiy, Faculties of Law on 7 April 2010.

***Keywords:** Law of Obligation, non-contractual liability, fundamental provisions, legally relevant damage,intention, negligence.*

* Prof.Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

I. GENEL OLARAK

Avrupa Komisyonunun, 2003 yılının Ocak ayında kabul ettiği “Daha uyumlu bir Avrupa sözleşmeler hukuku temeline dayanan” eylem plânı ile, ortak bir politika oluşturmak amacıyla, Avrupa özel hukukunun ilkelerini, tanımlarını ve yeknesak kurallarını hazırlamakla görevlendirilen bir komisyon tarafından oluşturularak, Avrupa Komisyonunun Sağlık ve Tüketicinin Korunması Komisyonuna sunulduğunu bildiğimiz “Başkasına Verilen Zararlardan Sözleşme Dışı Sorumluluk Tasarısı”¹, İzmir ve İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültelerinin işbirliğiyle gerçekleştirilen bu Sempozyumda, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının haksız fiil hükümleriyle karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır. Tebliğimi² sunmaya başlamadan önce, bu Sempozyumu gerçekleştiren her iki hukuk fakültesini, üniversitelerini ve emeği geçen herkesi kutluyor; şahsım ve Dekan olarak görev yaptığım İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına içten teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca, bu Sempozyum çerçevesinde değerlendirilmekte olan Tasarıyı hazırlayan komisyonun başkanı Prof.Dr. Christian von BAR’ın ve Türk hukuk doktrininin seçkin temsilcilerinin de katılımcı olarak aramızda bulunmasından büyük bir memnuniyet duyuyorum.

Adalet Bakanlığınca Türk Borçlar Kanunu Tasarısını hazırlamakla görevlendirilen Komisyonun, Büyük Komisyon ve Alt Komisyon toplantılarında, 1998 yılından 2008 yılına kadar, önce Büyük Komisyon üyesi, son yıllarda ise başkanı olarak görev yaptım. Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Ko-

¹ Avrupa Komisyonu, 2003 yılının Ocak ayında kabul ettiği “Daha uyumlu bir Avrupa sözleşmeler hukuku temeline dayanan” eylem plânı ile, ortak bir politika oluşturmak amacıyla, Avrupa özel hukukunun ilkelerinin, tanımlarının ve yeknesak kurallarının hazırlanmasını istemiş ve bu amaçla 2009 yılında 7. cildi “Principles of European Law” / Non-contractual liability arising out of damage caused to another: (PEL Liab.Dam) adıyla, Prof.Dr. Christian von BAR tarafından yayımlanan kitapta da yer verilen bu metin, Profesör Jacques Ghestin (Paris) ve Dr. Erwin Beysen (Osnabrück /Luxembourg) tarafından Fransızca’ya, Fransızca metin göz önünde tutularak, tarafımdan da Türkçe’ye çevrilmiştir. Bu Taslak, Avrupa Komisyonunun Sağlık ve Tüketicinin Korunması Komisyonuna (Health and Consumer Protection Directorate-General – SANCO B5-1000/02/000574) sunulmuştur. Metnin tarafımdan yapılan Türkçe çevisi için bkz. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Hukuk Sayısı, 2009 / Güz (S. 16), s. 29 – 47.

² Bu Tebliğ, 07.04.2010 tarihinde, İzmir Üniversitesi ve İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültelerinin işbirliğiyle, İzmir-Çeşme’de düzenlenen “Avrupa Hukukunun İlkeleri Çerçevesinde Hazırlanan Akit Dışı Sorumluluk Hukukunun Haksız Fiile İlişkin Hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Haksız Fiile İlişkin Hükümlerinin Karşılaştırılması” konulu Sempozyumda sunulmuştur.

misyonu ve Genel Kurulunda yapılan görüşmelere uzman sıfatıyla katıldım. Bu Tebliğde kullanacağım “Tasarılar” kısaltmasından, ““Başkasına Verilen Zararlardan Sözleşme Dışı Sorumluluk Tasarısı” ile Türk Borçlar Kanunu Tasarısı” anlaşılmalıdır. Her iki Tasarıdan ayrı ayrı söz edilmesi gereken yerlerde ise, ilki “Avrupa Hukuku Tasarısı”, ikincisi ise, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı” olarak kısaltılacaktır. Tebliğimde, dar anlamda sorumluluk hukuku kavramından hareketle, Tasarıların sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin düzenlemelerini, ana hatları ile karşılaştırıp değerlendireceğim. Şüphesiz ki, diğer konuşmacılar da, kendi tebliğ konuları çerçevesinde, Tasarılardaki düzenlemeleri, daha ayrıntılı biçimde ele alıp irdeleyeceklerdir.

Tebliğimde, önce Tasarıların sözleşme dışı sorumluluk hukukuna ilişkin hükümlerinin ortak yönlerini, daha sonra farklı yönlerini kısaca açıklayıp değerlendirileceğim. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 49 ilâ 76. maddeleri, sözleşme dışı sorumluluk hukukuna ilişkin hükümlere ayrılmıştır. Hemen belirtelim ki, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da iki kısımdan oluşmaktadır. Tasarının “Genel Hükümler” başlıklı Birinci Kısım, 1 ilâ 206. maddeleri; “Özel Borç İlişkileri” başlıklı İkinci Kısım ise, 207 ilâ 647. maddeleri kapsamakta; son iki maddede diğer bütün kanunlarda olduğu gibi, “Yürürlük” ve “Yürütme” hükümlerine yer verilmektedir. Böylece, 649 maddeden oluşan Tasarı, adına diğer temel kanunlarda da görülen “Türk” sözcüğünün eklenmesi dışında, 544 maddelik 818 sayılı Borçlar Kanununa göre, 105 fazla madde içermektedir. Tebliğimde üzerinde duracağım maddeler, Tasarının Birinci Kısımının “Borç İlişkisinin Kaynakları” başlıklı Birinci Bölümünün “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlıklı İkinci Ayırımında bulunmaktadır.

II. TASARILARIN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN ORTAK YÖNLERİ

Avrupa Hukuku Tasarısının 2:101. maddesinde, hangi zararların, hukuken giderilebilir veya tazmin edilebilir zararlar olduğu tek tek sayılmaktadır. Ancak, içeriği incelendiğinde, bu sayımın sınırlayıcı (tahdidî) nitelikte olduğu söylenemez. Özellikle, 2:101. maddenin (c) bendi ile aynı maddenin ikinci fıkrası, bu değerlendirmemizi doğrulamaktadır. Her biri, ayrı ve özel bir maddede topluca belirtilmiş olmamakla birlikte, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu ve hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısının sözleşme dışı sorumluluk hukukuna ayrılan hükümlerine göre de, aynı zarar kalemleri hukuken giderilebilir veya tazmin edilebilir zarar olarak nitelendirilmektedir.

Başkası hakkında yanlış bilgilerin yayılmasından doğan kayıpların (AHT.m.2:204), sır niteliğindeki bilgilerin yayılmasından doğan kayıpların (AHT.m. 2:205), mülkiyet hakkının, zilyetliğin veya hukuken korunan elde

bulundurmanın ihlâl edilmesinden doğan kayıpların (AHT.m.2:206), yanlış görüş veya bilgilere duyulan güvenden doğan kayıpların (AHT.m.2:207), meslekî veya ticarî bir etkinliğin hukuka aykırı olarak engellenmesinden doğan kayıpların (AHT.m.2:208), çevrenin bozulması sebebiyle Devletçe katlanılan külfetlerin (AHT.m.2:209), yanlış olduğu bilinerek veya bu bilgiyi alanın yanıltılması amaçlanarak verilmiş bilgilerden doğan kayıpların (AHT.m.2:210) ve borca aykırı davranışa teşvik ve tahrikten doğan kayıpların (AHT.m.2:211) hukukten giderilebilir veya tazmin edilebilir zararlar olduğu, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu ve hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısının haksız fiil hükümlerine göre (BK.m.41, TBKT.m.49) kabul edilebilir. Haksız fiilin bütün unsurlarının (insan davranışı, hukuka aykırılık, zarar ve uygun nedensellik bağı) gerçekleştiği bir olayda, Türk hukuk uygulamasında da, Avrupa Hukuku Tasarısında her biri tek tek sayılan bu kayıpların giderilmesi yönünde kararlar verildiği ve verilmesi gerektiği söylenebilir. Ayrıca, Avrupa Hukuku Tasarısının 2:202. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen “yansıma yoluyla zarar” niteliğindeki bedensel zarar hâlinde, zarar görenin yakınlarının manevî tazminat isteme hakkı, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununun 47. maddesinde “ölünün ailesine” ibaresiyle sınırlı biçimde tanındığı hâlde, Türk Yargıtay’ının son yıllarda verdiği bazı kararlarda kabul edilmiş, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 56. maddesinin ikinci fıkrasında açık bir hükümlerle düzenlenmiştir. Fıkra göre: “Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

Avrupa Hukuku Tasarısının “Sorumluluk Ehliyeti” başlıklı Üçüncü Bölümünün Birinci Ayrımının 3:101. ve 3:102. maddelerinde, kasıt ve ihmal tanımlanmaktadır. Bu tanımlara, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu ve hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki düzenlemelerde açıkça yer verilmemekle birlikte, haksız fiilin kusur unsuru bakımından Türk hukuk doktrin ve uygulamasında bilinen ve göz önünde tutulan tanımlardır. Hattâ Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ilk metninde, haksız fiilin unsurlarına ilişkin olarak, herkesçe bilinen ve kabul edilen tanımlarına yer verilmişse de, bir temel kanunda bu tür tanımlar verilmesinin, uygulamada bazı sıkıntılar doğurabileceği yönünde ileri sürülen eleştiriler göz önünde tutularak, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağına ilişkin olup, her biri ayrı bir maddede düzenlenmesi öngörülen bu tanımlar, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının son metninden çıkarılmıştır.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Çocukların ve gözetim altındaki kişilerin sebep oldukları zararlardan sorumluluk ehliyeti” başlıklı 3:104. madde içeriği, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun “Ev düzeni”ne ve ev başkanının kusur-

suz sorumluluğunu düzenleyen 368. ve 369. maddelerinin içeriği ile örtüşmektedir. Ancak, bu düzenlemenin, Avrupa Hukuku Tasarısının “Kasdî veya ihmâlî davranış olmaksızın sorumluluk ehliyeti” başlıklı İkinci Ayırımında yapılması, kanaatimizce, sistematik bakımdan daha isabetli olurdu.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Çalışanların veya temsilcilerin sebep oldukları zararlardan sorumluluk ehliyeti” başlıklı 3:201. maddesi, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu ve hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki adam çalıştıranların kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükümle (BK.m.56; TBKT.m.66) ortak bir içeriğe sahiptir.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Taşınmazın güvenli olmamasından doğan zararlardan sorumluluk ehliyeti” başlıklı 3:202. maddesinin, özü bakımından, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu ve hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısının bina ve yapı eseri maliklerinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükümleriyle (BK.m.58; TBKT.m.69-70) ortak içerikte olduğu anlaşılmaktadır.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Hayvanların sebep oldukları zararlardan sorumluluk ehliyeti” başlıklı 3:203. maddesi, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu ve hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısının hayvan bulunduranların kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükme (BK.m.56-57; TBKT.m.67-68) uygun bir genel bir düzenleme içermektedir.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Ayıplı ürünlerden doğan zararlardan sorumluluk ehliyeti” başlıklı 3:204. maddesi, hukukumuzda 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4 ve 4/A maddelerinde ve bu maddelerle ilgili yönetmeliklerde düzenlenmiştir. Bu nedenle, özel kanunlarda düzenlendiği belirlenen konuların, temel bir kanun olan Borçlar Kanunumuzda ve yasalaştıktan sonra bu niteliği kazanacak olan Türk Borçlar Kanunu Tasarısında düzenlenmesi gereksiz görülmüştür. Bunun tek istisnasını, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerinin, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İkinci Kısımının Dördüncü Bölümünün İkinci Ayırımında, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” başlığı altındaki 339 ilâ 356. maddelerinde düzenlenmesi oluşturmaktadır. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısının 16. maddesi ile, 18/5/1955 tarihli ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun yürürlükten kaldırılması öngörülmektedir.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Motorlu kara taşıtlarının sebep oldukları zararlardan sorumluluk ehliyeti” başlıklı 3:205. maddesi, hukukumuzda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 85. maddesinde düzenlendiği için, temel bir kanun olan Borçlar Kanunumuzda ve yasalaştıktan sonra bu niteliği ka-

zanacak olan Türk Borçlar Kanunu Tasarısında düzenlenmesi gereksiz görülmüştür.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Tehlikeli maddelerin veya bunların yayılması- nın sebep oldukları zararlardan sorumluluk ehliyeti” başlıklı 3:206 ilâ 3:208. maddeler, tehlike sorumluluğunun genel kurallarını içermekte olup, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda böyle bir düzenleme yoktur. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 71. maddesinde “III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme” kenar başlıklı Tasarının 71 inci maddesinde, Türk hukukunda da tehlike sorumluluğunun ilk kez genel bir hükümlerle düzenlenmesi öngörülmektedir.

Avrupa Hukuku Tasarısının Dördüncü Bölümünde “Nedensellik” başlığı altında düzenlenen 4:101 ilâ 4:103. maddelere, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu ve hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki düzenlemelerde açıkça yer verilmemekle birlikte, nedensellik bağının hukukumuzda sözleşme dışı sorumluluğun da kurucu unsurlarından birini oluşturması nedeniyle, Türk hukuk doktrin ve uygulamasında özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim, biraz önce, nedensellik bağına ilişkin olup, ayrı bir maddede verilmesi öngörülen bir tanımın, eleştiriler göz önünde tutularak, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının son metninden çıkarıldığını belirtmişim.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Savunma imkânları” başlıklı Beşinci Bölümünün, “Zarar görenin rızası veya davranışı” başlıklı Birinci Ayırımı ile “Bir zarardan sorumluluğun yüklenebildiği kişilerin veya üçüncü kişilerin menfaatleri” başlıklı İkinci Ayırımında yer verilen 5:101 ilâ 5:203. maddeler, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâllere ilişkin olup, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununun 52. maddesinin, hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 63. ve 64. maddelerin içeriğini de oluşturmaktadır.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Denetleme yetersizliği” başlıklı Beşinci Bölümünün 5:301. maddesi, bir kusursuz sorumluluk hâli olan hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin olup, benzer bir hükme, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrasında, hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “B. Kusursuz sorumluluk / I. Hakkaniyet sorumluluğu” kenar başlıklı 65. maddesinde yer verilmektedir.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Olağanüstü olay” başlıklı 5:302. maddesinin, kural olarak, beklenmedik hâl veya mücbir sebebin ispatı hâlinde, tazminat sorumluluğunun ortadan kalkacağına ilişkin bir hüküm niteliği taşıdığı anlaşılmakta ve buna benzer hükümlere, hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ilgili yerlerinde ve hukukî sorumlulukla ilgili özel kanunlarda yer verilmektedir.

Avrupa Hukuku Tasarısının Beşinci Bölümünün Dördüncü Ayırımında “Sorumluluğun sözleşme ile ortadan kaldırılması ve sınırlandırılması” başlıklı 5:401. maddesinde, sözleşme dışı sorumlulukta sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olduğu ve istisnaen geçerli kabul edildiği hâller düzenlenmektedir. Türk hukukunda sözleşme dışı sorumluluk konusunda, buna benzer doğrudan uygulanabilir bir düzenleme olmamakla birlikte, sözleşmeden doğan sorumlulukta alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin olarak, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununun 99. maddesi ile 100. maddesinin üçüncü fıkrasında; Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ise 115. maddesinde ve 116. maddesinin ikinci ve son fıkralarında düzenleme yapılmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, Türk hukuk doktrin ve uygulamasında da, temel koruma normlarının, yani başkasının öldürülmesini, bedensel bütünlüğünün, sosyal kişiliğinin, mülkiyet ve zilyetliğinin ihlâl edilmesini, dürüstlük kurallarına aykırı davranılmasını yasaklayan davranış normlarının ihlâlinin, hukuka aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir³. Bu nedenle, Türk hukukunda da, Avrupa Hukuku Tasarısındaki düzenlemeden farklı bir sonuca varılamaz.

Avrupa Hukuku Tasarısının Beşinci Bölümünün “Madde 2:202 anlamındaki kayıplar” başlıklı Dördüncü Ayırımında “Bizzat zarar görene ileri sürülebilen savunma imkânlarının üçüncü kişilere de teşmili” başlıklı 5:201. maddesinde, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâllerin, bedensel zarar veya zarar görenin ölümü sonucunda üçüncü bir kişi tarafından katlanılan kayıpların giderilmesini isteyen kişilere karşı da ileri sürülebileceği düzenlenmektedir. Hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununda, hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısında böyle açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Türk hukuk doktrin ve uygulaması bakımından da, sorumluluk hukukunun genel esaslarından hareketle, Avrupa Hukuku Tasarısındaki bu hükümde öngörülen sonucun geçerli olduğu teyit edilmelidir.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Giderimler” başlıklı Altıncı Bölümünün 6:101 ilâ 6:104. maddelerine benzer açık bir düzenleme, Borçlar Kanunumuzda ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yer almamakla birlikte, aynı sonuçlar, Türk hukuk doktrin ve uygulaması bakımından da geçerli olduğu için, bu konularda açık bir düzenleme ihtiyacı duyulmamaktadır.

Avrupa Hukuku Tasarısının 6:105. maddesinde sözleşme dışı sorumlulukta müteselsil sorumlulukla ilgili olarak yapılan düzenleme, Borçlar Kanunumu-

³ Bkz. **EREN, Fikret**: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.10, İstanbul 2008, s.554 ve dn. 362’de belirtilen yazarlar.

zun 50. ve 51. maddelerinde, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ise, 61. ve 62. maddelerinde yapılmış bulunmaktadır.

Avrupa Hukuku Tasarısının, zarar görenin, manevî tazminat davası da dâhil olmak üzere, tazminat talep ve dava haklarını devredebileceğine ilişkin 6:106. maddesi, bu konudaki düzenlemenin Türk Medenî Kanununun 25. maddesinin dördüncü fıkrasında yer aldığı göz önünde tutularak, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yeniden yapılmamıştır. Ancak, söz konusu fıkra, “Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.” hükmüne yer verildiği göz önünde tutulursa, bu hükmün Avrupa Hukuku Tasarısındaki düzenlemeden farklı olduğu kabul edilmelidir. Maddî tazminat talep ve dava haklarının, alacağın temlikî hükümleri çerçevesinde (BK.m.162 vd., TBKT.m.183 vd.) devredilebilirliği konusun-da, Türk hukuk doktrin ve uygulamasında bir tereddüt bulunmadığı için, Borçlar Kanunumuzda ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında açık bir düzenleme ihtiyacı duyulmamıştır.

Avrupa Hukuku Tasarısının Altıncı Bölümünün “Para Olarak Giderim” başlıklı İkinci Ayırımındaki 6:201 ilâ 6:204. maddelere benzer bir düzenleme, bu konularda da Türk hukuk doktrin ve uygulamasında bir tereddüt bulunmadığı ve tazminat biçimini belirleme yetkisi, Borçlar Kanunumuzun 43. maddesinde ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 51. maddesinde hâkime verildiği için, Borçlar Kanunumuzda ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında açık bir düzenleme ihtiyacı duyulmamıştır.

Avrupa Hukuku Tasarısının Altıncı Bölümünün “Önleme” başlıklı Üçüncü Ayırımındaki 6:301 ve 6:302. maddeler, zarar tehlikesiyle karşılaşan kişilere zararın önlenmesini isteme ve bu amaçla yaptıkları masrafları, bu tehlikeye sebep olan kişilerden isteme hakkı vermektedir. Bu konularda da, Türk hukuk doktrin ve uygulamasının, Avrupa Hukuku Tasarısında öngörülen düzenlemeden farklı bir eğilim taşımadığı için, Borçlar Kanunumuzda ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında genel nitelikte, açık bir düzenleme ihtiyacı duyulmamıştır. Ancak, Borçlar Kanunumuzun 59. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 70. maddesinde olduğu gibi, tehlikenin önlenmesinin istenmesi olanağı veren münferit bazı hükümler, Türk hukukunda da bulunmaktadır.

III. TASARILARIN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN FARKLI YÖNLERİ

Avrupa Hukuku Tasarısının “Uygulama Alanı” başlıklı 1:101. maddesi, bu maddenin ve onu izleyen maddelerin, ileride Avrupa Birliğine dâhil ülkelerin ortak hukukî düzenlemesini oluşturması hedeflenerek kaleme alınmış ve

Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yer verilmesi söz konusu olamayacak bir maddedir.

Avrupa Hukuku Tasarısının 3:103. ve 3:104. maddelerinde, onsekiz yaşından küçüklerin, yedi ve ondört yaşından küçüklerin kural olarak, sözleşme dışı sorumluluklarının ortadan kaldırılabileceğine ilişkin düzenlemeler, Türk Medenî Kanununun 16. maddesinin ikinci fıkrasının “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.” şeklindeki hükmü ve Türk hukukunda ayırt etme gücünün nisbî bir kavram olması nedeniyle, uyuşmazlık hâlinde, somut olaydaki failin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını belirleme yetkisinin hâkime bırakılması karşısında, Türk hukudaki düzenlemeden farklı niteliktedir.

Avrupa Hukuku Tasarısının “Tamamlayıcı Kurallar” başlıklı Yedinci Bölümünün, 7:101 ilâ 7:104 hükümlerinin, nitelikleri gereği Borçlar Kanunumuzda ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında düzenlenmesi mümkün değildir.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, Tasarıların metinleri genel olarak karşılaştırıldığında, kanaatimizce her iki düzenlemenin ortak yönlerinin çok fazla olduğu görülmektedir. Hem yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanununun hem de Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki düzenlemelerin, genellikle benzer nitelikte olduklarını söylemek yanlış olmaz.
2. Avrupa Hukuku Tasarısının, günümüzde yapılan ve birçok hukukî düzenlemede etkisi görülmeye başlanan Anglo-Sakson hukuk sistemine ait yazılı metinlerin kaleme alınış biçimini yansıtmaktadır. Bu nedenle, Avrupa Hukuku Tasarısında, Türk hukukunun da dâhil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminin yazılı metinlerinin kaleme alınış biçimine uygun düşmeyen birçok düzenlemeye de yer verildiği ifade edilmelidir.
3. Bilindiği gibi, Kara Avrupası hukuk sisteminde, hâkime hukuk ve kanun boşluklarını doldurma yetkisi verildiği için, hukuk kurallarının düzenlenmesinde, genellik ve soyutluk ilkesi önemle göz önünde tutulur; başka bir ifadeyle olaycı (kazüistik) yöntem ve çözümlerden kaçınılır. Türk Medenî Kanununun “Hukukun uygulanması ve kaynakları” kenar başlıklı 1 inci ve “Hâkimin takdir yetkisi” kenar başlıklı 4 üncü maddelerinde de, bu ilkeler gözetilmiştir. Oysa, Avrupa Hukuku Tasarısında, yer yer bu ilkelere ayrılan, hattâ olaycı (kazüistik) yöntemle kaleme alınan düzenlemelere rastlanmaktadır. Bunlara örnek olarak, Avrupa Hukuku Tasarısı-

nın, Türk Borçlar Kanunu Tasarısından farklı yönlerini açıklarken söz konusu edilen 3:103. ve 3:104. maddeleri gösterilebilir⁴. Kanaatimizce, ileride Avrupa hukukunun sözleşme dışı sorumluluk hukukunu oluşturması hedeflenen bir tasarıda, Anglo-Sakson hukuku ile Kara Avrupası hukuk sistemleri arasındaki temel farklılıkların özenle göz önünde tutulması gerekir. Bu farklılıklar gözetilmeden yapılacak hukukî düzenlemeler, amacına ulaşamaz veya büyük güçlükler ve engellemelerle karşılaşır.

4. Ayrıca, Avrupa Hukuku Tasarısında, çerçeve niteliğinde genel hukukî düzenlemelerin önerilmesiyle yetinilmesi ve birçoğu “malumun ilânı” olarak nitelen-dirilebilecek veya yönetmeliklerde yer verilmesi uygun düşecek düzenlemelerden kaçınılmasının daha isabetli olacağı kabul edilmiştir. Gerçekten, Avrupa Hukuku Tasarısı kabul edilerek, günün birinde, Avrupa Birliği ülkelerinin iç hukuk kurallarına dönüştürülse bile, birçok konuda ulusal anayasalarda ve borçlar kanunlarında, kanunkoyucuların Avrupa sözleşme dışı sorumluluk hukuku düzenlemesiyle çelişmemesi koşuluyla farklı düzenlemeler yapma yetkilerini koruyacakları bilinmektedir. Nitekim, Avrupa Hukuku Tasarısının 7:101. maddesinde de, açıkça “Bu Kitap’ın hükümlerinin, hâkimin anayasa hukuku ile uyumlu bir tarzda yorumlanması ve uygulanması gerekir.” denilmektedir. Bu nedenle, Avrupa Birliğine dâhil olan ülkelerin hukuk sistemlerinin, sadece Avrupa Hukuku Tasarısındaki esaslarla çelişen sözleşme dışı sorumluluk hukukundaki düzenleme farklılıkları veya görünüşte bu esaslarla uyumlu olmakla birlikte önemli uygulama farklılıklarının ortaya çıktığının belirlendiği durumlarda, Avrupa Hukuku Tasarısının birçok hükmünde görüldüğü biçimde, genel esaslarla yetinmek yerine, daha ayrıntılı ve somut düzenlemeler yapılmasının uygun ve yararlı olacaktır.

Sözlerime son verirken, büyük bir emek ürünü olduğu anlaşılan “Başkasına Verilen Zararlardan Sözleşme Dışı Sorumluluk Tasarısını” hazırlayarak, bu Sempozyumda tartışılıp değerlendirmesini sağlayan ve şu anda aramızda bulunmasından mutluluk duyduğum Komisyon Başkanı Sayın Prof. Dr. Christian von BAR’ın şahsında, emeği geçen bütün üyeleri kutlar; beni sabırla dinleyen siz değerli katılımcılara sevgi ve saygılarımı sunarım.

⁴ Bkz.yuk.III.