



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA KUSUR VE ETKİSİ

Günhan KOŞAR

Doktora Tezi

Ankara, 2019

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA KUSUR VE ETKİSİ

Günhan KOŞAR

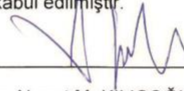
Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

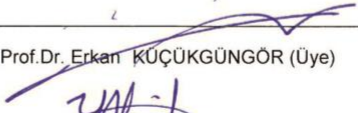
Ankara, 2019


KABUL VE ONAY

Günhan KOŞAR tarafından hazırlanan "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi" başlıklı bu çalışma, 11 Haziran 2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.


Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (Başkan)


Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT (Danışman)


Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Üye)


Doç. Dr. Yıldız ABİK (Üye)


Dr. Öğr. Üyesi Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan "**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**" kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihinden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- ✕ Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihinden itibaren 6 ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

24.10.2018
Günhan KOŞAR

¹"Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge"

- (1) Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.
- (2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.
- (3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.
Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

* Tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığımı beyan ederim.



Günhan KOŞAR

ÖZET

KOŞAR, Günhan. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, Doktora Tezi, Ankara, 2019*.

Çalışmanın amacı, haksız fiilin kusur unsurunu hem pozitif hem de negatif bir biçimde tanımlayarak, somut olaylarda kusura ilişkin uygulanabilir ölçütler vermek, tazminat miktarının belirlenmesi ve sorumluluğun paylaşılmasında kusurun doğurabileceği etkileri ihtimaller dahilinde somutlaştırmaya çalışmaktır. Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kusur ilkesinin sorumluluk hukukundaki tarihi gelişimi betimlenmiş, ardından Türk/İsviçre hukukundaki gelişmeleri etkileyen ülkelerde ve Avrupa haksız fiil hukuku uyumlaştırma çalışmalarında kusurun düzenlenişi ve sorumluluğa etkisi incelenmiştir. Bunu takiben kusuru açıklayan teorilerin özellikleri, birbirlerinden teorik ve pratik farklılıkları ile görüşümüz ifade olunmuştur. İkinci bölümde, öncelikle kusur ile haksız fiilin diğer unsurları olan hukuka aykırılık, nedensellik bağı, fiil ve zarar ile arasındaki ilişki incelenmiştir. Ardından kusurun unsurları olan ayırt etme gücü ve örnek davranıştan sapma incelenmiştir. Uygulamada kolaylık sağlaması amacıyla örnek davranışın belirlenmesinde başvurulacak ana ve yardımcı kıstaslar ve kuralları içeren bir “kontrol listesi” sunulmaya çalışılmıştır. Daha sonra kusurun dereceleri olan kasıt ve ihmal kavramları ile bunların alt dereceleri incelenmiştir. Ardından somut olayda kusuru tespit ederken önem arz eden sorunlar değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde, sorumluluğun doğumunda ve ortadan kalkmasında kusurun etkisinin ardından tazminat miktarının belirlenmesinde kusurun etkisi incelenmiştir. Tazminat miktarının belirlenmesinde failin kusurunun ve zarar görenin kusurunun nasıl dikkate alınacağı doktrindeki tartışmalar ve kusur derecesine ilişkin ihtimaller dahilinde ele alınarak somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Daha sonra kusursuz sorumlulukta ek kusurun etkisi incelenmiştir. Bunu takiben, manevi tazminatta kusur değerlendirilmiştir. Son olarak müteselsil sorumlulukta kusurun etkisi ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler

Kusur, Haksız Fiil, Kasıt, İhmal, Tazminat, Sorumluluk

* Bu tez çalışması, 2211-A Genel Yurt İçi Doktora Burs Programı ve 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından desteklenmiştir.

ABSTRACT

KOŞAR, Günhan. *Fault and Its Effect in Tort Liability*, PhD Thesis, Ankara, 2019.

The purpose of this study is to define the fault component of tort both positively and negatively, to provide applicable criteria in cases, and to concretize the possible effects of fault in the determination of compensation and in the allocation of liability. Our study consists of three Chapters. In the first Chapter, after a depiction of the evolvement of fault principle in tort law, the regulation and the effect of fault in liability law within countries which affect Turkish/Swiss law and within European tort law harmonization studies are examined. Following that, the features of fault theories, the theoretical and practical differences between them and our opinion are reflected. In the second chapter, first, the relationship between fault and the other components of tort, namely, unlawfulness, causality, act and damage is examined. Afterwards, the power of discernment and the deviation from hypothetical model conduct, which are the components of fault, are evaluated. In order to provide contribution to practice, a “checklist” which contains primary and secondary criteria that can be resorted in order to specify the model conduct is presented. Thereafter, intent and negligence as degrees of fault and their sub-degrees are assessed. Later, the important issues in the assessment of fault in practice are evaluated. In the third chapter, following the assessment of the effect of fault in the emergence of liability, the effect of fault in the determination of compensation is assessed. The effect of tortfeasor’s fault and the effect of contributory fault on the determination of compensation are specified by taking into consideration the opinions within the doctrine and by evaluating different possible scenarios. Afterwards, the effect of fault in strict liability is discussed. Thereafter, fault in the determination of compensation resulting from non-pecuniary loss is explored. Finally, fault in joint liability of the tortfeasors is examined.

Keywords

Fault, Tort, Intent, Negligence, Compensation, Liability

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	ii
ETİK BEYAN.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM.....	4
KUSURUN TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ VE KUSUR TEORİLERİ	4
1.1. GENEL OLARAK.....	4
1.2. KUSUR İLKESİNİN SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ.....	7
1.2.1. Roma Hukukunda Kusur	7
1.2.2. Kusur İlkesinin Dönüşümü	20
1.3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KUSUR	27
1.3.1. Kıta Avrupası Hukukunda Kusur	27
1.3.1.1. Alman Hukukunda Kusur.....	27
1.3.1.2. Avusturya Hukukunda Kusur	30
1.3.1.3. Fransız Hukukunda Kusur.....	36
1.3.1.4. İsviçre Hukukunda Kusur.....	44
1.3.1.4.1. Mevcut Yasal Düzenleme	44
1.3.1.4.2. Widmer/Wessner Ön Tasarısında Kusur	45
1.3.1.4.3. OR 2020 Tasarısında Kusur	47
1.3.2. Anglo-Amerikan Hukukunda Kusur	50
1.3.3. Avrupa Haksız Fiil Hukuku Uyumlaştırma Çalışmalarında Kusur.....	57
1.3.3.1. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nde (PETL) Kusur	58
1.3.3.2. Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nda (DCFR) Kusur.....	62
1.4. KUSURU AÇIKLAYAN TEORİLER.....	64
1.4.1. Sübjektif Kusur Teorisi	64
1.4.2. Objektifleştirilmiş Kusur Teorisi.....	70

1.4.3. Objektif Kusur Teorisi.....	75
1.4.4. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	79
2. BÖLÜM.....	85
KUSURUN HAKSIZ FİİL HUKUKUNDAKİ YERİ VE KUSURUN BELİRLENMESİ.....	85
2.1. GENEL OLARAK.....	85
2.2. KUSUR İLE HAKSIZ FİİLİN DİĞER UNSURLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ	86
2.2.1. Genel Olarak.....	86
2.2.2. Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki	86
2.2.2.1. Genel Olarak	86
2.2.2.2. Hukuka Aykırılığın Kusurun n Koşulu Olup Olmadığı Sorunu	87
2.2.2.3. Hukuka Aykırılığı Açıklayan Teoriler Uyarınca Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki	90
2.2.2.3.1. Türk/İsviçre Hukukunda Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki	91
2.2.2.3.1.1. Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisi	91
2.2.2.3.1.2. Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi.....	93
2.2.2.3.1.3. nc Hukuka Aykırılık Teorisi.....	97
2.2.2.3.2. Alman Hukukunda Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki	103
2.2.2.3.3. Değerlendirme ve Görüşümüz	108
2.2.2.4. Tehlike İlkesi Bağlamında Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki	113
2.2.2.4.1. Tehlike İlkesine İlişkin Genel Olarak	113
2.2.2.4.2. Doktrindeki Görüşler	114
2.2.2.4.3. Değerlendirme ve Görüşümüz	116
2.2.3. Kusur ile Nedensellik Bağı Arasındaki İlişki	118
2.2.3.1. Genel Olarak	118
2.2.3.2. Uygun Nedensellik Bağı Teorisi	118
2.2.3.3. Uygun Nedensellik Bağı ile Kusur Arasındaki İlişki	120
2.2.3.3.1. Genel Olarak	120
2.2.3.3.2. ngrlebilirlik Unsuruna İlişkin Olarak.....	121

2.2.3.3.3.	Nedensellik Bağının Kesilmesine İlişkin Olarak	121
2.2.3.3.3.1.	Doktrindeki Yaklaşım	121
2.2.3.3.3.2.	Değerlendirme ve Görüşümüz	125
2.2.3.3.3.3.	Kusur ile Zarar Arasındaki İlişki	127
2.2.3.3.3.4.	Kusur ile Fiil Arasındaki İlişki	128
2.3.	KUSURUN BELİRLENMESİ.....	130
2.3.1.	Genel Olarak.....	130
2.3.2.	Kusurun Unsurları	130
2.3.2.1.	Kusurun Sübjektif Unsuru (Ayırt Etme Gücü)	131
2.3.2.1.1.	Genel Olarak	131
2.3.2.1.2.	Ayırt Etme Gücü Kavramı	132
2.3.2.1.3.	Ayırt Etme Gücünün Derecelendirilmesi Tartışması.....	134
2.3.2.1.4.	Ayırt Etme Gücü Karinesi ve Çocuklarda Ayırt Etme Gücü	136
2.3.2.1.5.	Ayırt Etme Gücünden Geçici Yoksunluk	138
2.3.2.2.	Kusurun Objektif Unsuru	139
2.3.2.2.1.	Genel Olarak	139
2.3.2.2.2.	Örnek Davranışın Belirlenmesinde Başvurulacak Kıstaslar	140
2.3.2.2.2.1.	Örnek Davranışın Belirlenmesinde Başvurulacak Ana Kıstaslar	140
2.3.2.2.2.1.1.	Dışsal Kıstaslar	140
2.3.2.2.2.1.1.1.	Zamansal ve Mekânsal Koşullar	141
2.3.2.2.2.1.1.2.	Faaliyetin Türü	141
2.3.2.2.2.1.1.3.	Faaliyette Bulunan Kişinin Sahip Olması Gereken Uzmanlık	141
2.3.2.2.2.1.1.4.	İlgililer Arasındaki İlişkinin Yakınlığı	142
2.3.2.2.2.1.1.5.	Önleyici ya da Alternatif Yöntemler	142
2.3.2.2.2.1.2.	İçsel Kıstaslar	143
2.3.2.2.2.1.3.	Somut Koşullar	147
2.3.2.2.2.2.	Örnek Davranışın Belirlenmesinde Yardımcı Kıstaslar	149
2.3.2.2.2.2.1.	Genel Olarak.....	149
2.3.2.2.2.2.2.	Kanuni Düzenlemeler.....	150
2.3.2.2.2.2.3.	Mesleki Kurum ve Kuruluşlarca Belirlenen Talimat ve Yönergeler	152

2.3.2.2.2.4.	Genel Tedbir Kuralları	152
2.3.2.2.2.5.	Yardımcı Kıstaslara İlişkin Olarak Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar	153
2.3.2.2.2.6.	Kusursuzluk İddiasına Temel Teşkil Edemeyecek Hususlar	154
2.3.2.2.3.	Örnek Davranışın Sınırları Olarak Önlenebilirlik ve Öngörülebilirlik.....	155
2.3.3.	Kusurun Dereceleri.....	157
2.3.3.1.	Genel Olarak	157
2.3.3.2.	Kasıt- İhmal Ayrımı.....	158
2.3.3.2.1.	Kasıt	159
2.3.3.2.1.1.	Kasıt Tanımı.....	159
2.3.3.2.1.2.	Kasıt Türleri	159
2.3.3.2.1.2.1.	Doğrudan Kasıt.....	159
2.3.3.2.1.2.2.	Salt Zarar Verme Kastı.....	160
2.3.3.2.1.2.3.	Dolaylı Kasıt.....	161
2.3.3.2.1.3.	Kastın Belirlenmesinde Önem Taşıyıp Taşımadığının Belirlenmesi Gereken Hususlar.....	164
2.3.3.2.1.3.1.	Failin Saiki	164
2.3.3.2.1.3.2.	Failin Hukuka Aykırılığın Bilincinde Olması	164
2.3.3.2.1.3.3.	Hukuki Durumda Yanılgı-Fiili Durumda Yanılgı.....	165
2.3.3.2.1.3.4.	Zararın Kapsamı	165
2.3.3.2.1.3.5.	Zarar Görenin Kimliği.....	167
2.3.3.2.1.4.	TBK m. 49/2 Hükmünde Aranan Kasıt.....	167
2.3.3.2.1.4.1.	TBK m. 49/2 Hükmüne İlişkin Genel Olarak	167
2.3.3.2.1.4.2.	Salt Zarar Verme Kastının Aranıp Aranmayacağı Sorunu	169
2.3.3.2.1.4.3.	Dolaylı Kastın Yeterli Olup Olmayacağı Sorunu.....	171
2.3.3.2.2.	İhmal	172
2.3.3.2.2.1.	Genel Olarak	172
2.3.3.2.2.2.	İhmalin Belirlenmesinde Özellik Arz Eden Durumlar.....	173
2.3.3.2.2.3.	İhmal Ayrımları.....	174
2.3.3.2.2.3.1.	Bilinçli İhmal- Bilinçsiz İhmal Ayrımı	174

2.3.3.2.2.3.2.	Ağır İhmal –Orta İhmal- Hafif İhmal Ayrımı	175
2.3.3.2.2.3.2.1.	Genel Olarak.....	175
2.3.3.2.2.3.2.2.	Ağır İhmal	176
2.3.3.2.2.3.2.2.1.	Ağır İhmal Kavramı.....	176
2.3.3.2.2.3.2.2.2.	Ağır İhmalin Başlıca İşlevleri.....	177
2.3.3.2.2.3.2.2.3.	Ağır İhmalin Kabul Edildiği Yargı Kararları	178
2.3.3.2.2.3.2.3.	Orta İhmal.....	179
2.3.3.2.2.3.2.4.	Hafif İhmal	181
2.3.3.3.	Ağır Kusur- Hafif Kusur Ayrımı	182
2.3.3.4.	Değerlendirme	182
2.4.	SOMUT OLAYDA KUSURUN TESPİTİ.....	183
2.4.1.	Genel Olarak.....	183
2.4.2.	Kusuru İspat Yükü.....	184
2.4.3.	Hukuk Hâkiminin Bağımsızlığı İlkesi.....	185
2.4.3.1.	Genel Olarak	185
2.4.3.2.	Ceza Hukuku Kuralları Karşısında Bağımsızlık.....	187
2.4.3.3.	Ceza Mahkemesi Kararları Karşısında Bağımsızlık	187
2.4.3.4.	Kusurun Belirlenmesinde Bilirkişinin Rolü	189
2.4.3.5.	Hâkim Tarafından Kusurun Tespitinde Dikkate Alınması Gereken Başlıca Hususlar	190
3.	BÖLÜM.....	193
	KUSURUN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA ETKİSİ.....	193
3.1.	GENEL OLARAK.....	193
3.2.	SORUMLULUĞUN ORTAYA ÇIKMASINDA KUSURUN ETKİSİ.....	194
3.2.1.	Sorumluluğun Doğumu Açısından Kusurun Etkisi	194
3.2.2.	Sorumluluğun Ortadan Kalkması Açısından Kusurun Etkisi.....	194
3.3.	TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİNDE KUSURUN ETKİSİ	195
3.3.1.	Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Failin Kusurunun Etkisi	195
3.3.1.1.	Tazminat Miktarına İlişkin İlkeler.....	195
3.3.1.1.1.	Genel Olarak.....	195
3.3.1.1.2.	Tazminatın Belirlenmesinde Kusurun Ağırlığının Kabulü	197

3.3.1.1.3.	Tazminatın Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Kusur Ölçüsü ...	199
3.3.1.2.	Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Failin Kusurunun Nasıl Dikkate Alınacağı Sorunu	200
3.3.1.2.1.	Genel Olarak.....	200
3.3.1.2.2.	Doktrindeki Görüşler.....	200
3.3.1.2.2.1.	Kusurun Ağırlığı ile Orantılı Olarak Tazminata Hükmedilmesi Gerektiğini Savunan Görüş	200
3.3.1.2.2.2.	Sadece Çok Hafif İhmalde İndirim Yapılabileceğini Savunan Görüş	202
3.3.1.2.2.3.	Failin Kusurunun Ağırlığının Dikkate Alınmaması Gerektiğini; Sadece Zarar Görenin Kusuru Mevcutsa İndirim Yapılabileceğini Savunan Görüş.....	202
3.3.1.2.2.4.	Kural Olarak Tam Tazmine Hükmedilmesi Gerektiği Ancak Hâkimin-Takdiri Olarak- Hafif İhmal Durumunda İndirim Yapılabileceğini Savunan Görüş	204
3.3.1.2.2.5.	Değerlendirme ve Görüşümüz.....	205
3.3.1.2.3.	Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Failin Kusurunun Nasıl Dikkate Alınacağına İlişkin Genel İlkeler	207
3.3.1.2.3.1.	Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Genel Olarak	207
3.3.1.2.3.2.	Kusur Derecesine İlişkin Çeşitli İhtimaller	208
3.3.1.2.3.2.1.	Fail Kasıtlı Hareket Etmiş ise	208
3.3.1.2.3.2.2.	Fail Ağır İhmalle Hareket Etmiş ise	209
3.3.1.2.3.2.3.	Fail Orta İhmalle Hareket Etmiş ise	209
3.3.1.2.3.2.4.	Fail Hafif İhmalle Hareket Etmiş ise	210
3.3.2.	Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Zarar Görenin Kusurunun Etkisi.	210
3.3.2.1.	Zarar Görenin Kusuru.....	210
3.3.2.1.1.	Kavram.....	210
3.3.2.1.1.1.	Tanım	210
3.3.2.1.1.2.	Zarar Görenin Kusurunun Teknik Anlamda Kusur Teşkil Edip Etmediği Tartışması.....	212
3.3.2.1.1.3.	Ayırt Etme Gücünün Zarar Görenin Kusurunun Bir Unsuru Olup Olmadığı Sorunu	213
3.3.2.1.2.	Zarar Görenin Kusurunun Belirlenmesinde Başvurulacak Ölçü	215
3.3.2.1.2.1.	Doktrindeki Görüşler	215

3.3.2.1.2. 2.	Zarar Görenin Küçük Olmasının Zarar Görenin Kusuru Tespitinde Bir Değişiklik Meydana Getirip Getirmeyeceği Sorunu	217
3.3.2.1.3.	Zarar Görenin Kusurunda Derecelendirme.....	218
3.3.2.1.3.1.	Genel Olarak	218
3.3.2.1.3.2.	Zarar Görenin Çok Hafif İhmal Derecesinde Kusuru	219
3.3.2.2.	Zarar Görenin Kusurunun Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Nasıl Dikkate Alınacağı Sorunu.....	219
3.3.2.3.	Hem Zarar Veren Hem de Zarar Görenin Kusurunun Bulunduğu Durumlarda Tazminat Miktarının Nasıl Belirleneceği Sorunu.....	220
3.3.2.3.1.	Kural.....	221
3.3.2.3.2.	Çeşitli İhtimaller	222
3.3.2.3.2.1.	Failin ve Zarar Görenin Kusurları Eşit ise	222
3.3.2.3.2.2.	Kusurlardan Biri Diğere Nazaran Ağır ise.....	222
3.3.2.3.2.3.	Zarar Görenin Kusuru Mevcut Ama Failin Kusuru Kasıt Derecesinde ise.....	223
3.3.2.3.2.4.	Kusursuz Sorumlulukta Zarar Görenin Kusuru	224
3.3.2.3.2.5.	Taraflar Hem Zarar Veren Hem de Zarar Gören Sıfatına Sahipse (Karşılıklı Sorumluluk).....	224
3.4.	KUSURSUZ SORUMLULUKTA KUSURUN ETKİSİ	226
3.4.1.	Kusursuz Sorumluluk- Kusur Sorumluluğu İlişkisi	226
3.4.1.1.	Genel Olarak.....	226
3.4.1.2.	Olağan Sebep Sorumluluğu Hallerinin İspat Yükü Ters Çevrilmiş Kusur Sorumluluğu Olup Olmadığı Sorunu	226
3.4.2.	Kusursuz Sorumlulukta Kusur (Ek Kusur).....	230
3.4.2.1.	Genel Olarak	230
3.4.2.2.	Ek Kusur	230
3.4.2.2.1.	Kavram.....	230
3.4.2.2.2.	Genel İlkeler.....	231
3.4.2.2.2.1.	Hem Ek Kusurun Hem de Failin Kusurunun Hafifliğinin ya da Kusurunun Bulunmamasının Sebep Sorumlusu Açısından İndirim Sebebi Teşkil Etmeyeceği	231
3.4.2.2.2.2.	Olağan Sebep Sorumluluğu Hallerinde Kurtuluş Kanıtının Getirilmemesinin Ek Kusur Anlamına Gelip Gelmediği Sorunu.....	232

3.4.2.2.3.	İhlal Edilen Özen Yükümlülüğünün Ağırlığının Derecesinin Tazminat Miktarına Etki Edip Etmeyeceği Sorunu	232
3.4.2.3.	Ek Kusurun Rollerini	233
3.4.2.3.1.	Ek Kusurun İndirim İmkânlarından Yararlanmayı Olumsuz Etkileyip Etkilemeyeceği Sorunu.....	233
3.4.2.3.2.	Ek Kusurun Sorumluluktan Kurtulmaya ya da İndirim İmkânlarından Yararlanmaya Engel Olup Olmayacağı	234
3.4.2.3.2.1.	Ek Kusurun Nedensellik Bağının Kesilmesine Engel Olup Olmayacağı Sorunu	234
3.4.2.3.2.2.	Ek Kusurun Zarar Görenin Kusurunu Nötralize Edip Etmeyeceği Sorunu	235
3.4.2.4.	Kusursuz Sorumlulukta Tazminat Miktarının Belirlenmesi.....	237
3.4.2.4.1.	Genel Olarak	237
3.4.2.4.2.	Sebepten Sorumlusunun da Zarar Görenin de Kusurunun Bulunmadığı İhtimalde	238
3.4.2.4.3.	Sebepten Sorumlusunun Ek Kusurunun Bulunmadığı ancak Zarar Görenin Kusurunun Bulunduğu İhtimalde.....	238
3.4.2.4.4.	Sebepten Sorumlusunun da Zarar Görenin de Kusurunun Bulunduğu İhtimalde	239
3.5.	MANEVİ TAZMİNATTA KUSURUN ETKİSİ.....	239
3.5.1.	Manevi Tazminatta Kusurun Aranıp Aranmayacağı Sorunu	239
3.5.2.	Kusurun Manevi Tazminat Miktarına Etkisi	241
3.5.2.1.	Manevi Zarar ve Manevi Tazminatın Fonksiyonuna İlişkin Doktrinlerdeki Görüşler	242
3.5.2.2.	Manevi Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Doktrinlerdeki Görüşler ve Kusurun Etkisi	245
3.5.2.3.	Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Önerilen Yöntemler.....	246
3.5.2.4.	Manevi Tazminatta Failin Kusurunun Etkisi.....	247
3.5.2.4.1.	Kusurun Dikkate Alınmaması Gerektiğini Savunan Görüş.....	247
3.5.2.4.2.	Kusurun Dikkate Alınması Gerektiğini Savunan Görüş.....	247
3.5.2.4.2.1.	Genel Olarak	247
3.5.2.4.2.2.	Kusurun Nasıl Dikkate Alınacağı Sorunu	248
3.5.2.5.	Değerlendirme ve Görüşümüz	249
3.5.2.6.	Manevi Tazminatta Zarar Görenin Kusurunun Etkisi	250

3.6. MÜTESELSİL SORUMLULUKTA KUSURUN ETKİSİ	251
3.6.1. Müteseilsil Sorumlulukta Dış İlişkide Kusurun Etkisi	251
3.6.1.1. Genel Olarak.....	251
3.6.1.2. Failin Kusurunun Dış İlişkide İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Sorunu	252
3.6.1.2.1. Eski Borçlar Kanunu Dönemindeki Yaklaşım	253
3.6.1.2.2. İsviçre Hukukundaki Yaklaşım	254
3.6.1.2.3. Türk Borçlar Kanunu Dönemindeki Yaklaşım	255
3.6.2. Müteseilsil Sorumlulukta İç İlişkide Kusurun Etkisi	257
3.6.2.1. Genel Olarak	257
3.6.2.2. Müteseilsil Sorumlulukta İç İlişkide Rücu Sırası	258
3.6.2.2.1. Eski Borçlar Kanunu Döneminde Rücu Sırasına İlişkin Doktrindeki Görüşler	258
3.6.2.2.2. İsviçre Hukukunda Rücu Sırasına İlişkin Yaklaşım	259
3.6.2.2.3. Türk Borçlar Kanunu Döneminde Rücu Sırasına İlişkin Doktrindeki Görüşler	260
3.6.2.2.4. Değerlendirme ve Görüşümüz	262
3.6.2.3. İhtimallere Göre İç İlişkide Kusurun Etkisi.....	263
3.6.2.4. Adam Çalıştıranın Çalışana Rücu Düzenleyen TBK m. 66/4'e İlişkin Olarak	265
SONUÇ.....	267
KAYNAKÇA	283
EK-1 TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU	301
EK-2 TEZ ÇALIŞMASI ETİK KURUL İZİN MUAFİYET FORMU	303

KISALTMALAR

Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheid(e) des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Entscheid des Bundesgerichts
Bkz./bkz.	bakınız
C.	Cilt
D.	Digesta
DCFR	Draft Common Framework of Reference
dn.	Dipnot
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
eBK	818 sayılı eski Borçlar Kanunu
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
FMK	Fransız Medeni Kanunu
FS	Festschrift
HAVE	Haftung und Versicherung
HD	Hukuk Dairesi
KTK	Karayolları Trafik Kanunu
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İFM	İsviçre Federal Mahkemesi
K.	Karar
m.	madde
N./n.	Nummer/numéro (sayı)

OR	(Schweizerisches) Obligationenrecht
PETL	Principles of European Tort Law
pr.	Principium
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
s.	sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
Y.	Yıl
YD	Yargıtay Dergisi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
yy.	yüzyıl
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu m. 49'a göre, kusurlu bir davranışla başkasına hukuka aykırı olarak zarar veren kimsenin, bunu tazmin etmek zorunda olması kuralı, haksız fiilin ilk ve en temel normudur. TBK m. 49'da haksız fiil sorumluluğunun bir unsuru olarak düzenlenen kusur, sadece haksız fiil sorumluluğunun değil sahası neredeyse tüm toplumsal yaşam olan özel hukukun temel sorumluluk ilkesidir. Türk Borçlar hukukunda ise kusur, hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğunun kurucu unsuru olmakla kalmayıp aynı zamanda tazminatın belirlenmesi ve sorumluluğun paylaşılmasında etkileyici rol oynamaktadır.

Bununla beraber kusur, Türk Borçlar Kanununda tanımlanmamış olup kusurun tanımını yapma ödevi doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Ancak bu ödev kendisine bırakılan doktrin ve uygulamada da kusur üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Esasen kusur kavramını tanımlamak da oldukça güçtür. Hukukun en muğlâk kavramlarından biri olan kusur kavramının teorik olarak tanımlaması noktasında derin görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Teorik olarak görüşlerden biri tercih edilip bir tanımlama yapılsa bile, hâlâ bu tanımın içinin doldurulması ve pratikte karşılaşılan sorunlarda kusurun nasıl somutlaştırılacağı sorunu söz konusudur.

Haksız fiil hukukunu, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Hâkim görüşe göre, kural, kusur sorumluluğu bir diğer deyişle, kişinin ancak kusuru (ve aranan diğer şartlar) mevcutsa sorumlu tutulabilmesi iken; teknolojik gelişmeler, tehlikeli faaliyetlerin artması, bu faaliyetlerin vazgeçilemezliği, kazalarda kusurun rolünün azalması, nimet-külfet ilişkisi gibi düşüncelerle kişinin kusuru olmasa da sorumlu tutulmasının gerektiği düşüncesiyle kusursuz sorumluluk, çeşitli sebepler kaynak teşkil etmek üzere, düzenlenmiştir. Buna karşın, kusur hâlâ temel sorumluluk ilkesi olup kusursuz sorumluluk hallerinde de sorumluluğun kapsamını etkiler.

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşemeye aykırılık hallerine de uygulanacağını öngören TBK m. 114/2 hükmü sebebiyle haksız fiil

sorumluluğunda kusura ilişkin yapılan açıklamalar çok daha geniş bir uygulama alanı bulacaktır.

Kusurun sorumluluğun doğumu, kapsamının takdiri ve paylaşılmasında belirleyici ölçüt olması ve uygulama alanının sadece haksız fiil değil neredeyse özel hukukun tamamı olması açısından, kusur kavramının monografik bir incelemeye konu olması ihtiyacı söz konusudur. Bu nedenle bu tez çalışmasında konu “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi” olarak seçilmiştir.

Çalışmanın amacı, haksız fiilin kusur unsurunu hem pozitif (ne olduğu) hem de negatif (ne olmadığı) bir biçimde tanımlayarak, nihayetinde “efradını cami ağıyarını mani” bir şekilde sınırlarını çizmek, somut olaylarda kusura ilişkin uygulanabilir ölçütler vermek, tazminat miktarının belirlenmesi ve sorumluluğun paylaşılmasında kusurun doğurabileceği etkileri ihtimaller dahilinde somutlaştırmaya çalışmaktır. Çalışmamız ana çerçevesini Türk Borçlar Kanununun haksız fiil hükümleri belirlemekle birlikte; haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olduğu nispette, özel kanunlarda öngörülen diğer bazı ilgili düzenlemelere de kusur kavramına ilişkin genel yaklaşıma etkisi bakımından değinilmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kusur ilkesinin sorumluluk hukukundaki tarihi gelişimi betimlenmiş, ardından haksız fiil hukukunda kusur unsuru yönünden özellik arz eden ve Türk/İsviçre hukukundaki gelişmeleri etkileyen ülkelerde ve Avrupa haksız fiil hukuku uyumlaştırma çalışmalarında kusurun düzenlenişi ve sorumluluğa etkisi incelenmiştir. Bunu takiben kusuru açıklayan teorilerin özellikleri, birbirlerinden teorik ve pratik farklılıkları ile bunların değerlendirilmesi suretiyle görüşümüz ifade olunmuştur.

İkinci bölümde, öncelikle kusur ile haksız fiilin diğer unsurları arasındaki ilişki incelenmiş; birbirleriyle iç içe geçmiş olan ve aralarındaki sınırlar belirsiz olan kusur ile hukuka aykırılık ve kusur ile nedensellik bağı ilişkileri üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Ardından kusurun unsurları olan ayırt etme gücü ve örnek davranıştan sapma incelenmiştir. Kusurun belirlenmesinde en önemli nokta örnek davranışın isabetli

şekilde belirlenmesidir. Uygulamada kolaylık sağlması amacıyla örnek davranışın belirlenmesinde başvurulacak ana ve yardımcı kıstaslar ve kuralları içeren bir “kontrol listesi” sunulmaya çalışılmıştır. Daha sonra kusurun dereceleri olan kasıt ve ihmal kavramları ile bunların alt dereceleri incelenmiştir. Bölüm, somut olayda kusuru tespit ederken önem arz eden sorunlar değerlendirilerek; hâkim tarafından kusurun tespitinde dikkate alınması gereken başlıca hususlara dikkat çekilmek istenmiştir.

Kusurun haksız fiil sorumluluğuna etkisinin incelendiği üçüncü bölümde, sorumluluğun doğumunda ve ortadan kalkmasında kusurun etkisinin ardından tazminat miktarının belirlenmesinde kusurun etkisi incelenmiştir. Tazminat miktarının belirlenmesinde failin kusurunun ve zarar görenin kusurunun nasıl dikkate alınacağı, doktrindeki tartışmalar ve kusur derecesine ilişkin ihtimaller dahilinde ele alınarak somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Daha sonra kusursuz sorumlulukta ek kusurun etkisi incelenmiş ve yine ihtimaller dahilinde kusurun kusursuz sorumlulukta nasıl etki doğuracağı ele alınmıştır. Bunu takiben, manevi tazminatta kusur, gerek sorumluluğun doğumu gerekse sorumluluğun kapsamı açısından değerlendirilmiştir. Son olarak müteselsil sorumlulukta kusurun etkisi başlığı altında failin hafif kusurunun dış ilişkide ileri sürülüp sürülemeyeceği sorunu ve kusurun müteselsil sorumlulukta iç ilişkide rücu sırasına etkisi ele alınmıştır.

Çalışmamız, inceleme konumuza ilişkin vardığımız belli başlı sonuçların yer aldığı sonuç bölümü ile tamamlanmıştır.

1. BÖLÜM

KUSURUN TARİHİ GELİŞİMİ, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ VE KUSUR TEORİLERİ

1.1. GENEL OLARAK

Kusur, Türk ve İsviçre hukuklarında, hukuk politikası uyarınca temel bir sorumluluk ilkesi olup sahası tüm toplumsal yaşam olan özel hukukun genel davranış modeline dayanır.

TBK m. 49 ve İBK m. 41'de haksız fiil sorumluluğunun bir unsuru olarak düzenlenmekle beraber kusur, TBK'da tanımlanmamış olup kusurun tanımını yapma ödevi doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır². Aynı şekilde pek çok hukuk sistemi de TBK'da olduğu gibi kusur tanımını yapmaktan kaçınır. Örneğin, başında tanımlar için bir genel bölüm barındıran Alman Medeni Kanununda bile ihmal tanımı yapılmışken (BGB §276) genel, kapsayıcı bir kusur tanımı bulunmamaktadır. Kusur, kanun koyucu tarafından tanımlama ödevi kendilerine bırakılan doktrin ve uygulamada da üzerinde görüş birliği bulunmayan bir kavramdır. Esasen kusur kavramını tanımlamak oldukça güçtür. Kusur, sorumlulukta bir unsur olarak gerekliliği hukuk ilminde genel bir kabule mazhar olsa da üzerinde hemfikir olunan bir tanımının yapılamayışı nedeniyle hukukun en muğlâk kavramlarından biridir³. Kusurun bir değer yargısı içermesi, ahlak kökenli bir kavram olmakla beraber hukuken belirlenmesi gerekliliği, belli belirsiz bir kavram olması, birbirinden çok farklı durumlarda tespiti gerekliliğine karşın bütün durumlarda geçerli, kapsayıcı ve tutarlı bir tanım yapmanın zorluğu, kusuru tanımlamanın güçlüğü'nün sebepleridir⁴.

² Kanunda tanım yapılmamasının sebebinin kanun koyucunun metodolojik ilkelerinden birinin hukuki kavram ve kurumları tanımlamaktan olabildiğince kaçınmak olduğu ifade edilmiştir. **Koçhisarlıoğlu**, Cengiz, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990, s. 3.

³ **İmre**, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 24.

⁴ **Koçhisarlıoğlu**, Kusur, s. 3.

Çalışmamızın konusunu oluşturan haksız fiil sorumluluğunda kusur unsuruna ilişkin tartışmalar halen devam etmekte olup kusur tanımı hususunda bir görüş birliği bulunmamakta, doktrinde çeşitli kusur tanımları yapılmaktadır. Türk hukukunda yaygın olarak kabul edilen bir tanıma göre kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kasıt) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber bu sonucun meydana gelmemesi için failin iradesini yeterli derecede kullanmaması (ihmal) anlamına gelir⁵. Kusur ayrıca hukuk düzeninin tasvip etmediği ve kınanabilir bulduğu davranış olarak da tanımlanmaktadır⁶. Bazı yazarlar kusuru, hukuken eksik bir irade, irade eksikliği olarak nitelendirir⁷. En kısa haliyle kusur, fail hakkında yürütülen bir değer yargısı olarak da tanımlanmıştır⁸. Bunun yanında kusurun, hukuk düzeni tarafından belirlenen bir yükümlülüğü ihlal ettiği için yetersiz olarak nitelendirilen, yapma ya da yapmama biçiminde bir insan davranışı olarak tanımlanabileceği belirtilmiştir⁹. Yapılan diğer bir tanıma göre kusur, kişinin bilip yerine getirebileceği bir yükümlülüğü ihlali ya da bir diğer deyişle, davranışının

⁵ **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: II, İstanbul 2014, s. 53.

⁶ **Giger**, Hans, "Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, Gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffes der Sorgfaltspflichtverletzung", Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, hrsg. im Auftrag der Juristischen Fakultäten der Schweiz von Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier, Fribourg 1982, (s. 369-396) s. 386; **Keller**, Alfred, Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bd.: I, 2002, N. 155; **Tandoğan**, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), (1961 Tıpkı Bası) İstanbul 2010, s. 8; **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 438; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: I, İstanbul 1976, s. 477; **İnan**, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1979, s. 277; **Güven**, Osman Sabri, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri (I)", YD, C.: XX, Y.:1981, (s. 570-588) s. 574; **Özsunay**, Ergun, "Türk Hukukunda İşleten'in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusur'un Etkisi ve Önemi", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980, (s. 67-128) s. 69; **Tekinay**, Selahatin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 492 vd.; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 591; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 14; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 413; **Erdoğan**, İhsan, "Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.: 1990, C.: 3 S.: 1, s. 109-134) s. 117; **Nomer**, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 153; **Gürpınar**, Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006, s. 108.

⁷ **Güven**, Kusur Kavramı-I, s. 574; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2015, N. 9 s. 146; **Erdoğan**, 118. Öte yandan Jaun'a göre, kusuru irade eksikliği olarak nitelendirmek objektif özen ölçüsünün kabul edildiği durumlarda çelişkiye yol açmaktadır, bu nedenle irade eksikliği kusur tanımında terk edilmesi gereken bir kavramdır. **Jaun**, Manuel, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen, Bern 2007, s. 254.

⁸ **Kaneti**, Selim, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980, (s. 29-66) s. 40.

⁹ **Müller**, Christoph, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2012, N. 7; **Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Bd.: Allgemeiner Teil, Zürich 1995, §5 N. 13.

hukuka aykırı sonucunu öngörüp bundan kaçınabilecek durumda iken bunu yapmamasıdır¹⁰.

Kusur, ahlak kökenli bir kavram olmakla beraber sorumluluk hukukunda kusur kavramı, hem ceza sorumluluğundaki hem de ahlaki sorumluluktaki kusur kavramından pek çok açıdan ayrılır ve farklı bir anlama sahiptir. Ahlaki sorumluluk ve hukuki sorumluluk arasındaki temel farklar vardır¹¹: İlk olarak ahlaki sorumluluğun amacı cezalandırma iken hukuki sorumluluğun amacının önleme mi telafi mi ya da her ikisi birden mi olduğu tartışmalı olmakla beraber cezalandırma olmadığı hususunda görüş birliği bulunmaktadır. Ayrıca ahlaki sorumluluk zararın mevcut olmaması halinde de söz konusu olabilir ancak hukuki sorumluluğun doğumu için zarar şarttır. Son olarak ahlaki sorumluluğun doğumu için kasıt gerekli iken; hukuki sorumluluğun doğumu için böyle bir gereklilik bulunmayıp sadece ihmalin varlığında bile sorumluluğun doğması mümkündür. Demek ki kişilerin uymakla yükümlü buldukları hukuki yükümlülükler, ahlaki yükümlülüklerle nazaran daha geniştir.

Yukarıda yapılan kusur tanımlarında kusurun hukuken tasvip edilmeyen, kınanan davranış olarak nitelendirildiği görülmektedir. Kınanabilirlik (ayıplanabilirlik¹²), davranışın uygun görülmemesi anlamına gelir. Kişi kaçınması gereken davranıştan kaçınmadığı, bir diğer deyişle örnek davranıştan saptığı için kendisine toplum tarafından hukuk aracılığı ile sitem edilmekte ve kişi kınanmaktadır¹³. Demek ki, hukuki kınanabilirlik ile kastedilen, hukuk düzeninin ölçütlerine uymamadır. Bir davranışın ahlaken kınanabilir olması hukuki kınanabilirlik için yeterli olmayabileceği gibi ahlaken kınanmasa da hukuken kınanabilir olması mümkündür.

¹⁰ **Yung**, Walter, “Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse”, Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, Basel und Stuttgart 1973, (s. 93-149) s. 124.

¹¹ **Saymen Ferit H./Elbir**, Halid K., Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler Birinci C., İstanbul 1958, s. 391; **Koçhisarhoğlu**, Kusur, s. 119-120.

¹² Koçhisarhoğlu, kusurun az çok objektif tarzda tasarlanması ve ayıplama ifadesinin kınamaya nazaran daha hafif bir sitem edilebilirlik içerdiği düşüncesiyle ayıplanabilirlik kavramını tercih etmektedir. **Koçhisarhoğlu**, Kusur, s. 372.

¹³ **Koçhisarhoğlu**, Kusur, s. 379.

1.2. KUSUR İLKESİNİN SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

1.2.1. Roma Hukukunda Kusur

Roma hukuku, bugün özellikle Kıta Avrupası'nda yer alan pek çok ülkenin özel hukuk sisteminin kaynağıdır. Gerçekten de bugün Almanya, Fransa, İtalya, İsviçre gibi pek çok ülkenin özel hukuk kurallarının büyük bir kısmı Roma hukuku kökenlidir¹⁴. Roma hukukunun iktisabı¹⁵ (batı Avrupa ülkelerinde yeniden geçerli kılınması) 13. yüzyılda başlamış ve 19. yüzyılda her ülkede birbirini izleyen kanunlaştırma (kodifikasyon) hareketini yoğun şekilde etkileyerek sürmüştür¹⁶. Roma hukuku, 18. yüzyılın sonlarından itibaren yapılan birçok kanunlaştırma hareketine temel teşkil etmiş ve bu ülkelerin medeni kanunları Roma hukukundan etkilenecek şekilde hazırlanmıştır. Avusturya, Fransa, Hollanda, İtalya ve diğer Avrupa ülkelerine yayılan ve son olarak Almanya tarafından ortak hukuk olarak benimsenen Roma hukukunun uygulama alanı ve içeriği her ülkenin kendi ulusal hukuklarının direnme gücü ve biçimi gibi koşulların etkisiyle farklı olmuştur¹⁷. Roma hukuku Avrupa'da büyük ölçüde homojen bir hukuk kültürünün oluşmasında entelektüel bir zemin işlevi sağlamıştır¹⁸.

Roma-Cermen hukuk çevresinin bir uzvu olan mehzaz hukukumuz İsviçre Borçlar Kanununda ve dolayısıyla Türk Borçlar Kanununda yer alan haksız fiil kurallarının

¹⁴ **Serozan**, Rona, Roma Hukukunun Günümüz Hukukuna Tuttuğu Işık, Prof. Dr. Bergin Erdoğan'a Armağan, İstanbul 2011, s. 209 vd. Bunun tarihi, siyasal, ekonomik ve kültürel pek çok sebebi bulunduğu ve bu sebeplerin neler olduğu yönünde bkz. **Karadeniz-Çelebican**, Özcan, Roma Hukuku, Ankara 2012, s. 30 vd.

¹⁵ *Digesta* her ne kadar sistematik bir hukuki metin olmayıp içeriğine ilişkin belirsizlikler olsa da Roma hukukunda bulunan hukuki bilgelik,- kavramlar, hukuk kuralları ile ilkeler, sınıflandırmalar ve hukuki argümanlar- o dönemdeki mevcut örf adet hukukundan üstün nitelikte idi. **Zimmermann**, Reinhard, "Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe", Towards a European Civil Code, Nijmegen 2004, (s. 27-53) s. 32.

¹⁶ **Karadeniz-Çelebican**, s. 94.

¹⁷ **Karadeniz-Çelebican**, s. 32. Roma hukuku en geç Almanya'da benimsenmekle beraber Roma hukukunun en köklü biçimde yerleştiği yer burası olmuştur zira 1495 yılında kurulan İmparatorluk Mahkemesi'nin Pandekt hukukuna (Roma hukukunun Alman devletlerinde doktrin ve uygulama yoluyla aldığı biçim) göre karar vereceği öngörülmüş idi. **Karadeniz-Çelebican**, s. 33, 94; **Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğan**, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 108. Almanya'da bu şekilde uygulanması resmen kabul edilen Roma hukuku, Alman Medeni Kanununun 1.1.1900 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar uygulanmıştır.

¹⁸ **Zimmermann**, Harmonisation, s. 52.

Roma hukukuna benzer şekilde düzenlenmesi, Roma hukukunun günümüz Türk- İsviçre borçlar hukukuna kaynak teşkil ettiğinin önemli bir göstergesidir¹⁹. Ayrıca bugün gerek haksız fiil gerek sözleşme sorumluluğunda geçerli olan kusur prensibi ve kusur derecelendirmeleri Roma hukuku kaynaklı olup Türk- İsviçre borçlar hukukuna yansıyan diğer haksız fiil kuralları da bulunmaktadır. Örneğin, ev başkanının sorumluluğunun düzenlendiği TMK m. 367'nin kökeni, Roma hukukunda kölelerinin ve aile evlatlarının işlediği haksız fiillerden aile reislerinin sorumlu tutulmasıdır²⁰. Bir diğer örnek, TBK m. 66 ve m. 116'da yer alan adam çalıştırmanın sorumluluğu ve ifa yardımcısının davranışından sorumluluğun benzerinin Roma hukukunda mevcut olmasıdır. Roma hukukunda da çalışanın (örneğin sütun taşınması sırasında) verdiği zarardan çalıştırana sorumlu tutulmuştur.²¹ Buna işverenin yardımcı şahıs seçmede ve onu iş sırasında gözetlemedeki kusuru gerekçe gösterilmektedir. Benzer şekilde, hayvan bulduranın sorumluluğunun benzerini Roma hukukunda dört ayaklı hayvanların verdiği zararlardan dolayı sorumluluk oluşturmaktadır²². Bir diğer örnek ise, sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafa kusurla verilen zararın tazmin edilmesi prensibi olan *culpa in contrahendo*'dur.

Roma hukukunda, bugün çağdaş hukuk sistemlerinin aksine suç ile haksız fiil arasında bir ayrım gözetilmiyordu. Bütün suçlar aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmekteydi. Ancak bazı suçlar için hem cezai hem medeni yaptırım öngörülmüş iken bazı suçlar için sadece cezai yaptırım öngörülmüş idi²³. Roma hukukunda haksız fiiller için ilk dönemlerde şahsi oç, sonra kısas, daha sonraki dönemlerde ihtiyari diyet (aynı zararın verilmesi yerine tarafların bir miktar para ödenmesi hususunda anlaşması) ve ardından

¹⁹ **Schwarz**, Andreas B., "Türkiye-İsviçre Medeni Hukuku ve Roma Hukuku", Tedris Hayatının Otuzuncu Yıl Dönümü Hatırası Olmak Üzere Üniversite Rektörü ve Hukuk Fakültesi Profesörü Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul 1939, (s. 377-435) s. 393. Özel hukuk kodifikasyonumuzun düşünce şeklini Roma hukukundan ve onun kuramlarından aldığına ve Romanist düşüncenin Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunundaki görünümüne ilişkin daha detaylı açıklama için bkz. **Schwarz**, Bilsel Armağanı, s. 377-436.

²⁰ **Erdoğan**, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s. 26.

²¹ D. 19. 2; 25; 7 (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*) **Erdoğan**, s. 26.

²² **Erdoğan**, s. 27. D. 9.1.1 4 (*Ulpianus libro 18 ad edictum*). Klasik devirde bu sorumluluğun doğumu için kasit aranırken *Iustinianus* hukukunda ihmal yeterli görülmüştür. **Erdoğan**, s. 29-30.

²³ **Karadeniz-Çelebicin**, s. 247-248. Bir diğer deyişle, Roma hukukunda her haksız fiil aynı zamanda suç idi; bu nedenle her haksız fiil için cezai yaptırım söz konusu iken bazı haksız fiiller için medeni yaptırım söz konusu değildi.

zorunlu diyet (kanunun ödenecek para miktarını belirlemesi) sistemine geçilmişti²⁴. Buna göre Roma hukukunda haksız fiil faili, zarar görene karşı borçlansa da bu borç, bugün kabul edildiği gibi bir tazmin borcu değil, bir cezanın ödenmesi (*poena*) borcudur ve burada amaç, zarar görenin uğradığı zararın tazmini değil suçluyu cezalandırmaktır. Bununla beraber, söz konusu cezanın uygulanmasıyla bir diğer deyişle, para cezasının ödenmesiyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen zarar giderilmiş olurdu²⁵.

Roma özel hukukunda bugün pek çok çağdaş hukukun aksine haksız fiil için öngörülen genel bir sorumluluk kuralı bulunmamaktaydı. Bunun yerine, *ius civile*'de (*furtum*-hırsızlık ve mala karşı işlenmiş birçok suçu kapsayan bir kavram, *rapina-gasp*, *damnum iniuria datum*- haksız olarak mala verilen zararlar, *iniuria*²⁶-kişiliğin ihlali) veya *praetor*'larca öngörülen (*dolus-hile*, *metus-ikrah*, *fraus creditorum*-alacaklılara karşı hileli hareketler) ya da özel kanunlarca belirlenen haksız fiil tipleri bulunmaktaydı²⁷. Ancak *ius civile*'nin tanıdığı haksız fiil tiplerinden genel bir haksız fiil kavramı çıkarılmış ve bütün haksız fiillerde ortak olan unsurlar bu şekilde tespit edilebilmiştir²⁸. Bunlar, fiilin hukuka aykırı olması, zarar, nedensellik bağı ve fiili işleyen kimseye bu fiilin yüklenebilmesidir (*imputation*). Kusur kavramının gelişimi açısından önem arz eden haksız fiil unsuru ise sonuncu unsur, bir diğer deyişle, fiili işleyen kimsenin bu fiilden sorumlu tutulabilmesi- yüklenebilirlik- unsurudur.

Fiili işleyen kimsenin sebep olduğu zarardan sorumlu tutulabilmesinde iki ilke söz konusudur²⁹. Objektif sorumluluk veya sonuç sorumluluğu olarak zikredilen ilke uyarınca sadece nesnel (objektif) koşullar, bir diğer deyişle, hukuka aykırı ve zarar doğuran fiilin işlenmiş olması sorumluluk için yeterlidir. Buna karşılık, subjektif

²⁴ **Göneç**, Fulya İlçin, "Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C.: 14 S.: 4, İstanbul 2009, (s. 13-28) s. 19-20; **Karadeniz-Çelebican**, s. 249-250; **Erdoğan**, s.121.

²⁵ **Rado**, Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2013, s. 142. Zaman içinde bu ceza davalarının yanı sıra ayrıca tazminat davası açma olanağı tanınmış, *Iustinianus* döneminde ortaya çıkan karma davalar hem cezalandırma hem de zararı tazmin işlevine sahip olmuştur. Bkz. **Göneç**, s. 21.

²⁶ *Iniuria* aynı zamanda hukuka aykırılığı ifade eden bir terimdir ve hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıslarını koruyan emredici davranış kurallarına aykırılık anlamına gelmektedir. **Karadeniz-Çelebican**, s. 252; **Rado**, s. 143.

²⁷ **Rado**, s. 147 vd.; **Erdoğan**, s. 122 vd.; **Göneç**, s. 22.

²⁸ **Karadeniz-Çelebican**, s. 251 vd.

²⁹ **Karadeniz-Çelebican**, s. 257-258; **Erdoğan**, s. 24.25.

sorumluluk veya öznel sorumluluk olarak zikredilen diğer ilke uyarınca nesnel koşulların yeterli olmadığı, ayrıca kişinin öznel durumunun da dikkate alınması gerekir. Buna göre, kişinin öznel durumları diğer objektif şartlar gerçekleşmiş olsa bile sorumlu tutulmamayı gerektirebilir. Gerçekten de sorumluluğun ahlaki temelinde, sorumlu tutulan kişinin kimseye zarar vermeme (*neminem laedere*) ilkesine tabi olması yatmaktadır. Ancak kişilerin öznel durumları, gerçekten sosyal yaşamın bir gereği olan bu ahlaki temelden sapmayı normal ve kabul edilebilir kılabilir. Bu görüşe göre kişilerin öznel durumlarını dikkate alınarak fiillerinin değerlendirilmesi gerekmekte olup kişinin sorumlu tutulması için başkasına zarar veren hukuka aykırı fiilin ahlaki temelden sapmasını haklı kılacak öznel bir durumun varlığı, bir diğer deyişle, kusurunun bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, bu ilke kusur sorumluluğu olarak da zikredilmektedir³⁰.

Roma'nın en eski devirlerinde haksız fiil sorumluluğunda objektif sorumluluk kuralı geçerli idi. Buna göre sorumluluk için fiille zararlı sonuç arasında objektif neden sonuç ilişkisi yeterliydi³¹. Ancak *praetor*'ların etkisiyle sübjektif sorumluluk esası uygulanmaya başlandı. Klasik hukuk döneminde sübjektif sorumluluk ilkesinin uygulaması daha da artmış, *Iustinianus* zamanında ise sübjektif sorumluluk genel kural niteliğini kazanmış ve objektif sorumluluk istisnai nitelik halini almıştır³². Bir diğer deyişle *Iustinianus* hukukunda kusur ilkesi sorumluluğun temel bir ilkesi olmuştur.

Roma hukukunda haksız fiillerde kusur meselesi ilk defa haksız fiillere ilişkin özel şartlara yer veren ve başkasının malına verilen zararın tazminini düzenleyen *lex Aquilia* kanunu ile düzenlenmiştir³³. Romalıların haksız fiillerde kusuru ifade etmek üzere *culpa Aquiliana* terimini de kullanmaları, bu yüzdendir.³⁴ *Iniuria* kavramı ilk zamanlarda hem hukuka aykırılık hem kusuru kapsayan bir anlam taşımaktayken daha sonra *iniuria* kavramı hukuka aykırılığı, *culpa* da tek başına kusur kavramını ifade edecek biçimde

³⁰ Karadeniz-Çelebican, s. 258.

³¹ Rado, s. 143; Erdoğan, s. 25. Objektif sorumluluğun hâkim olduğu eski devirde dahi kasten adam öldürme ile tesadüfen adam öldürme arasında fark gözetildiği yönünde bkz. Erdoğan, s. 25.

³² Schwarz, Bilsel Aramağanı, s. 411; Karadeniz-Çelebican, s. 258; Erdoğan, s. 25.

³³ Gönenç, s. 26.

³⁴ Rado, s. 144.

birbirinden ayrılmıştır.³⁵ Kusurun *lex Aquilia*'da haksız fiilin bağımsız bir unsuru olduğu sonucu, D. 9.2.5.2 ve D. 9.2.11.pr. metinlerinden anlaşılabilir³⁶.

D. 9.2.5.2 (*Ulpianus libro 18 ad edictum*)

“*Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. cessabit igitur aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. quodsi impubes id fecerit, labeo ait, quia furti tenetur, teneri et aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax.*”

D. 9.2.5.2 (*Ulpianus libro 18 ad edictum*)³⁷

Ve bu nedenle eğer akıl hastası zarar verirse *lex Aquilia*'dan kaynaklanan davanın uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu ortaya çıkar. *Pegasus* bunu reddeder: akıl sağlığı yerinde olmayan birine hangi kusur isnat edilir? Bu görüş son derece doğrudur. *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava uygulama alanı bulmayacaktır, sanki zarara dört ayaklı bir hayvan ya da damdan düşen bir kiremit neden olmuş gibi. Eğer bir *infans* zarar vermişse de aynı şey söylenecektir. Peki, bir *impubes* söz konusu ise, *Labeo* hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davadan da sorumlu olacağını söyler; eğer hukuka aykırılığı kavramaya ehil ise bu kanı doğrudur.

³⁵ Lawson, Frederick H./ Markesinis, Basil, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, Cambridge 1982.

³⁶ Öcal, Bahar, “*Damnum Iniuria Datum*'da *Iniuria* ve *Culpa* İlişkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 2 S.:1 Y.: 2011, (s. 346-386) s. 384.

³⁷ Çeviri Öcal'dan alınmıştır. Öcal, s. 365-366.

D. 9.2.11.pr. (*Ulpianus libro 18 ad edictum*)

“*Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.*”

D. 9.2.11.pr. (*Ulpianus libro 18 ad edictum*)³⁸

Aynı şekilde *Mela* şöyle yazar; birkaç kişi top oynarken biri topa o kadar kuvvetli vurur ki; top bir berberin eline çarpar ve berberin tıraş etmekte olduğu kölenin boğazı kesilirse bunlardan hangisinin kusuru varsa *lex Aquilia*'ya göre <o> sorumludur. *Proculus* kusurun berberde olduğu kanaatindedir. Gerçekten de her zaman oyun oynanan bir yerde ya da çok sık geçilen bir yerde <köleyi> tıraş ediyor idiyse, kusur ona isnat edilebilir. Bununla birlikte tehlikeli bir yere sandalye koyan bir berberde tıraş olmak için kendini riske atanın da kendisinden şikâyet etmesi gerektiği haklı olarak söylenebilir.

Klasik hukuk döneminde soyut ve genel kavramların yabancı olması ve tanım yapmaktan kaçınılması nedeniyle *culpa*, dar ve teknik anlama sahip olmayıp kazuistik olarak çoğunlukla kasti olmayan dikkatsizlik anlamında kullanılmıştır³⁹. Bununla beraber, *culpa*, klasik sonrası hukuk döneminde *dolus*'u dışarıda bırakarak özenli hareketin yokluğu biçimindeki ihmal kavramına özgülenmiştir.⁴⁰ *Culpa*'nın *culpa lata* (ağır ihmal), *culpa levis* (hafif ihmal) ve *culpa levissima* (en hafif ihmal) biçimindeki

³⁸ Çeviri Öcal'dan alınmıştır. Öcal, s. 368-369.

³⁹ Söğütlü-Erişgin, Özlem, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016, s. 187-188.

⁴⁰ Zilelioğlu, Hilal, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD, C.: 39 S.: 1, Ankara 1987, (s. 241-264) s. 255; Söğütlü-Erişgin, s. 189.

ayrımı ve derecelendirilmesi de yine bu dönemde gerçekleşmiştir⁴¹. *Praetor*'ların aldıkları tedbirler ve hukukçuların içtihatları ile Roma hukukunun son devirlerinde *lex Aquilia* kanununun hükümleri genişlemiş ve artık bu hükümler kusurlu bir hareketle mala verilen her türlü zarara uygulanmıştır⁴². Buna göre, *Iustinianus* hukukunda *lex Aquilia*'dan doğan dava, genel tazminat davası niteliğini taşımaktadır⁴³.

Günümüz hukukunda olduğu gibi Roma hukukunda da kusur, tarifi güç ve zor bir kavramdır⁴⁴. Ancak Roma hukukunda kusura ilişkin şunlar aktarılabilir. Kusur, hukuken beklenen davranıştan ayrılmayı, bu yoldaki iradeyi ifade eder ve insan iradesini ilgilendiren psikolojik bir meseledir⁴⁵. Ana kural, borçlunun her türlü kusurundan sorumluluğudur (*omnis culpa*)⁴⁶. Kusurun başlıca iki türü bulunmaktadır: Kasıt ve ihmal. Kasıt, hukukun saptadığı kurallara bilerek ve isteyerek aykırı hareket anlamına gelmektedir⁴⁷. Kasıt kavramını ifade etmek üzere Romalılar *dolus* terimini kullanmışlardır. *Dolus*, önceleri sadece yapma (*facere*) fiillerini kapsamaktayken daha sonra yapmama (*non facere*) suretiyle meydana gelen zararlardan da *dolus* sebebiyle sorumluluk doğacağı kabul edilmiştir⁴⁸. Ariyet alınan atı aç bırakarak ölümüne sebep olma, komşunun bahçesindeki ağaçları kesme, başkasına ait bir mala isteyerek zarar verme, başkasına ait bir malı çalma⁴⁹ halinde kasıt söz konusudur. *Dolus* zamanla hile de dahil olmak üzere *bona fides*'e aykırı her türlü davranışı içermeye başlamıştır⁵⁰. Romalılara göre, *dolus* fiilini meydana getiren kişi hem sahtekarlık yapmış hem de dürüst bir yaşam sürmenin ilkelerinden olan sadakat ilkesini ihlal etmiştir⁵¹. Kastın bir

⁴¹ Söğütlü-Erişgin, s. 189.

⁴² Rado, s. 153.

⁴³ Rado, s.153.

⁴⁴ Lawson/Markesinis, s. 28.

⁴⁵ Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s. 196; Karadeniz-Çelebican, s. 258; Tahiroğlu, Bülent, "Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: 14 S.: 4, İstanbul 2009, (s. 157-170) s. 157.

⁴⁶ Koschaker/Ayiter, s. 198; Erdoğan, s. 35; Tahiroğlu, s. 160; Zilelioğlu, s. 260; Söğütlü-Erişgin, s. 211.

⁴⁷ Honsell, Heinrich, Römisches Recht, Zürich 2015, s. 90; Karadeniz-Çelebican, s. 259; Erdoğan, s. 30; Gönenç, s. 26.

⁴⁸ Söğütlü-Erişgin, s. 161.

⁴⁹ Karadeniz-Çelebican, s. 259; Erdoğan, s. 30, 123.

⁵⁰ Erdoğan, s. 30; Rado, s. 155; Söğütlü-Erişgin, s. 159.

⁵¹ Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, s. 668-669.

türünü oluşturan *dolus eventualis* (dolaylı kasıt) durumunda ise kişi, hukuka aykırı fiili işlemeyi istememekle beraber, hukuka aykırı ve zararlı sonucu göze almaktadır⁵².

İhmal ise zararlı ve hukuka aykırı sonucu istememekle beraber kişinin hukuk kurallarına uygun davranma iradesinin yetersiz kalması, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesidir⁵³. Ariyet aldığı ata yem vermeyi unutma, ameliyat ettiği köleye ameliyat sonrası gerekli bakımı yapmama, vedia aldığı kıymetli malı kilitli kasada saklamama, ihmali davranıştır⁵⁴. Romalılar ihmali ifade etmek üzere de *culpa* terimini –dar anlamda olmak üzere- kullanmışlardır. Roma hukukunun kazuistik karakteri nedeniyle aynı davaya ilişkin pek çok farklılık göze çarpmaktadır. Ancak *culpa*'nın genel bir tanımı şurada yer almaktadır ve öngörülebilirlik, -bugün olduğu gibi- Roma hukukunda da kusur kavramının merkezinde yer almaktadır⁵⁵.

D. 9.2.31 (*Paulus libro decimo ad Sabinum*): “*culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum.*”

D. 9.2.31 (*Paulus libro decimo ad Sabinum*)⁵⁶: kusur, özenli bir kişi tarafından öngörülebilecek olan öngörülmediğinde söz konusu olur.

İhmal de kendi içinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur⁵⁷: Ağır ihmal, her akli başında insanın aynı durum ve koşullar altına göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi anlamına gelmektedir⁵⁸. Romalılar ağır ihmal kavramını ifade etmek üzere *culpa lata* terimini kullanmışlardır.

⁵² Erdoğmuş, s. 30, dn. 61; Gönenç, s. 26, dn. 58.

⁵³ Honsell, s. 90; Karadeniz-Çelebican, s. 259; Erdoğmuş, s. 30; Söğütü-Erişgin, s. 183.

⁵⁴ Erdoğmuş, s. 31.

⁵⁵ Honsell, s. 91.

⁵⁶ Çeviri, Honsell'den alınmıştır. Honsell, s. 91.

⁵⁷ Karadeniz-Çelebican, s. 259; Somer, Pervin, Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul 2008, s. 51: “*Kasıt ile ihmal arasındaki fark ve ihmalin de ağırlığına göre derecelendirilmesi, sadece akdi kusura göredir. Çünkü hukuki kusurda en küçük bir ihmal bile sorumluluğu gerektirir.*”

⁵⁸ Koschaker/Ayiter, s. 196; Erdoğmuş, s. 32.

D. 50.16.213.2 (*Ulpianus libro primo regularum*): “*Lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere, quod omnes intellegunt.*”

D. 50.16.213.2 (*Ulpianus libro primo regularum*)⁵⁹: Ağır ihmal en büyük özensizliktir, bundan, herkesin bildiğini bilmemek anlaşılır.

Ağır ihmale örnek olarak, ameliyatlı hastaya gerekli ilacı vermeme, hasta köleyi zamanında tedavi ettirmeme verilebilir⁶⁰. *Iustinianus* döneminde ağır ihmalin, dolus ile yakınlığı vurgulanarak ağır ihmal, “kasta en yakın ihmal” (*culpa proximo dolo*) olarak tanımlanmış⁶¹, bu durum “ağır ihmal kasıttır” (*magna culpa dolus est*) biçiminde ifade edilmiş ve bu dönemde ağır ihmal ve kasıt aynı hükümlere tabi tutulmuştur⁶².

Hafif ihmal ise dürüst, dikkatli ve tedbirli bir kişinin aynı durum ve şartlar altında göstereceği özenin gösterilmemesi anlamına gelir⁶³. Hafif ihmali ifade etmek için *culpa levis* terimi kullanılmıştır. Bu hususta ölçü, iyi bir aile babasının gösterdiği özendir (*diligentia boni patri familias*)⁶⁴. İyi bir aile babası, namuslu, dürüst ve iyi bir vatandaş tipi olup, dikkatli, düzenli olan, savruk ve kayıtsız olmayan, ne gereğinden fazla titiz ne de istisnai derecede tedbirli, normal, orta seviyede, makul, sağduyulu soyut bir vatandaş temsil eder⁶⁵. Uzaktan gök gürültülerinin duyulduğu bir yerde ariyet alınan atı otlatmak üzere dışarı çıkarma örneğinde hafif ihmal söz konudur⁶⁶. Bu ölçünün belirlenmesinde, soyut olarak dikkatli ve tedbirli bir insanın davranışının esas alınarak objektif bir ölçü kullanıldığı için hafif ihmale, “soyut ihmal” (*culpa in abstracto*) de denmiştir⁶⁷.

⁵⁹ Çeviri Söğütlü-Erişgin'den alınmıştır. **Söğütlü-Erişgin**, s. 191.

⁶⁰ **Erdoğan**, s. 33.

⁶¹ D. 2.13.8.pr. (Ulp.); D. 16.3.7.pr. (Ulp.) **Söğütlü-Erişgin**, s. 192.

⁶² **Koschaker/Ayiter**, s. 197; **Erdoğan**, s. 36; **Tahiroğlu**, s. 158; **Zilelioğlu**, s. 259; **Söğütlü-Erişgin**, s. 192.

⁶³ **Erdoğan**, s. 33; **Söğütlü-Erişgin**, s. 193.

⁶⁴ D. 18.1.35.4 (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*); D. 19.1.54 (*Labeo libro secundo pithanon a Paulo epitomarum*) **Erdoğan**, s. 33; **Hoffmann**, Hans-Joachim, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, Berlin 1968, s. 9; **Koschaker/Ayiter**, s. 196; **Tahiroğlu**, s. 159; **Söğütlü-Erişgin**, s. 193.

⁶⁵ **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 2010, s. 211; **Koschaker/Ayiter**, s. 196; **Söğütlü-Erişgin**, s. 207.

⁶⁶ **Erdoğan**, s. 33.

⁶⁷ **Koschaker/Ayiter**, s. 196; **Karadeniz-Çelebican**, s. 259-260; **Erdoğan**, s. 38.

Bir kusur derecesi olup olmadığı tartışmalı olan⁶⁸ *culpa levissima*'ya (en hafif ihmal) gelince, *damnum iniuria datum* halinde bir diğer deyişle, haksız olarak mala zarar verilmesi durumunda sorumluluk için ilk önceleri failin kastı aranmaktayken daha sonra failin ihmalinin ve hatta en hafif ihmalinin (*culpa levissima*) bile yeterli olduğu kabul edilmiştir⁶⁹.

D. 9.2.44.pr. (*Ulpianus libro 42 ad Sabinum*): “*In lege Aquilia et levissima culpa venit.*”

D. 9.2.44.pr. (*Ulpianus libro 42 ad Sabinum*)⁷⁰: *lex Aquilia*'da en hafif ihmal dahi yeterlidir.

Culpa levissima kavramı olağanüstü özen (*exactissima diligentia*) kavramı ile bağlantılı olup olağanüstü özenin (en yüksek özen) gösterilmemesi ve dolayısıyla en hafif özensizlik anlamına gelmektedir⁷¹. Buna göre *culpa levissima*, *Corpus Iuris Civilis*'te teknik anlamda *culpa*'nın derecelerinden biri olarak yer almamaktadır⁷². Ancak beklenmedik durumları de içine alan ağır bir sorumluluk ölçütüdür⁷³.

Kusur, Roma hukukunda, aynı zamanda bir sözleşme ilişkisinde de söz konusu olabilir. *Dolus*, sözleşme ilişkisinde ifanın istenerek imkânsız kılındığı *bona fides*'e aykırı (güvene aykırı) bütün fiilleri ifade eder⁷⁴. Kural, kişinin her türlü kusurundan sorumlu olması olmakla beraber bugün yarar prensibi olarak zikredilen ilke uyarınca *Iustinianus* hukukunda sözleşmede yararı olmayan tarafın sorumluluğunun, yararı olan tarafa göre

⁶⁸ Hümanist ekolün temsilcilerinden Donellus, *culpa levissima* kavramını reddetmiş ve *culpa lata-culpa levis*, ağır ihmal-hafif ihmal ayrımını kabul etmiş; Fransız hukukunda le Brun, Alman hukukunda J.C. Hasse, Donellus'un bu yaklaşımını desteklemişler ve böylece Donellus kanunlaştırma hareketlerini etkilemiştir. **Nishimura**, Shigeo, “Die Diligentia quam in suis in der Rechtstradition Europas und Japans”, Hundert Jahre Japanisches Zivilgesetzbuch, (s. 217-246) s. 228 vd.

⁶⁹ **Zimmermann**, Roman Foundations, s. 1014, 1027-1028; **Hoffmann**, s. 35 vd.; **Erdoğan**, s. 126.

⁷⁰ Çeviri Söğütü-Erişgin'den alınmıştır. **Söğütü-Erişgin**, s. 194.

⁷¹ **Hoffmann**, s. 16.

⁷² **Hoffmann**, s. 19.

⁷³ **Söğütü-Erişgin**, s. 196.

⁷⁴ **Söğütü-Erişgin**, s. 159.

daha hafif takdir edileceği öngörülmüştü⁷⁵. Buna örnek olarak vedia sözleşmesi verilebilir⁷⁶. Bir malı ücretsiz olarak saklama ve istenildiğinde aldığı zamandaki biçimiyle iade etme borcu altına giren vedia alan, bu sözleşmeden bir yarar elde etmediği için *Iustinianus* döneminde⁷⁷ kasıttan (*dolus*'tan) ve ağır ihmalden (*culpa lata*) sorumlu tutulmuş, *custodia*'dan ise sorumlu tutulmamıştır⁷⁸.

Sözleşme sorumluluğunda ağır ihmal, en asgari düşünceli her borçlunun gösterebileceği dikkat ve özenin gösterilmemesi derecesinde ağır bir özensizliktir⁷⁹. Hafif ihmal ise, dikkatli ve özenli bir borçlunun göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi anlamına gelir⁸⁰. Bununla beraber sözleşme ilişkisinde kişinin yapısı, görev ve sorumluluk duygusu, ciddiyeti, çalışkanlığı ve yeteneklerinin bu şekilde soyut biçimde belirlenen özenin beklenmemesini haklı gösterebilir. Bu durumda kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen (*diligentia quam in suis rebus adhibere solet*) ölçü olarak alınır ve kişi ancak kendi işlerinde gösterdiği özenden daha az özen gösterirse sorumlu olur⁸¹. Dolayısıyla kişinin kendi işlerinde gösterdiği özenin esas alınmasında, ortalama borçluya atıfta bulunarak objektif bir kıstasın yerine subjektif nitelikte somut bir ölçünün esas alınması söz konusudur⁸².

Roma hukukunda, belirli bir neticenin meydana getirilmemesi nedeniyle sorumluluğun öngörüldüğü haller vardır. Kusurun objektifleştirilmesi olarak nitelendirilen bu durumlara *imperitia* (beceriksizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik)⁸³ ve *infirmitas* (zayıflık

⁷⁵ TBK m. 114 ve m. 294 ile karşılaştırınız. **Schwarz**, *Bilsel Aramağani*, s. 411; **Honsell**, s. 91; **Zilelioğlu**, s. 260. Buna karşın, malı ariyet alan borçlu, *Iustinianus* hukukunda, genel kural gereği, bütün kusurlarından sorumludur. Bkz. **Tahiroğlu**, s. 161.

⁷⁶ **Zimmermann**, *Roman Foundations*, s. 205 vd.

⁷⁷ Aslında vedia alan kişi klasik hukuk ve klasik sonrası hukuk döneminde *dolus*'tan sorumlu olup ağır ihmalden sorumlu değildi ancak vedia alan kişinin bir özen gösterme borcu altında olduğu düşüncesiyle kişinin sorumluluğu ağır ihmali içine alacak şekilde genişletilmiştir. **Küçükgüngör**, Erkan, *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)*, Ankara 2002, s. 151.

⁷⁸ **Honsell**, s. 121-122; **Söğütlü-Erişgin**, s. 159; **Küçükgüngör**, s. 57.

⁷⁹ **Söğütlü-Erişgin**, s. 191.

⁸⁰ **Umur**, s. 211; **Söğütlü-Erişgin**, s. 193;

⁸¹ **Honsell**, s. 91; **Karadeniz-Çelebican**, s. 260; **Söğütlü-Erişgin**, s. 193-194; **Erdoğan**, s. 38. Bu kuralın Borçlar Kanunumuzdaki bir yansıması, adi ortaklıkta özen borcunu düzenleyen “*Her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür*” biçimindeki TBK m. 628’dir.

⁸² **Zimmermann**, *Roman Foundations*, s. 210.

⁸³ **Zimmermann**, *Roman Foundations*, s. 1009; **Lawson/Markesinis**, s. 28; D. 50.17.132 (*Gaius libro septimo ad edictum provinciale*): “*Imperitia culpa adnumeratur.*” D. 50.17.132 (*Gaius libro septimo ad*

güçsüzlük)⁸⁴ örnek olarak verilebilir. Bu hallerde sübjektif değil, hukuki işlem hayatında herkesin sahip olması gereken yetenekler olduğu kabulüne dayanan objektif bir ölçü söz konusudur⁸⁵. Bu ölçüye, özellikle eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğuna⁸⁶ ve hekimin sorumluluğuna ilişkin metinlerde rastlanmaktadır⁸⁷.

Borçlunun ağır kusurdan sorumlu olmayacağına dair sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliğine ilişkin TBK m. 115 hükmü de kaynağını Roma hukukunda bulur⁸⁸. Kasıttan sorumlu olunamayacağına ilişkin hiçbir anlaşma geçerli olamaz (*pactum ne dolus praestatur*)⁸⁹. Örneğin, taraflar vedia alanın sorumluluğunu hafif ihmal veya beklenmeyen halden sorumlu olacağını öngörebilirlerdi ancak *dolus*'tan (*Iustinianus* döneminde *dolus* ve *culpa lata*'dan) sorumlu olmayacağını öngöremezlerdi⁹⁰.

Roma hukukunda da bugünkü gibi kusur saptamasının, ancak gerçekleştirdiği fiillerin sonuçlarının bilincine varabilecek insanlar için yapılabileceği kabul edilmekteydi. Hukuk düzeninin kurallarına uyabilme yeteneği bulunan kişiler haksız fiillerinden sorumlu tutulabilirdi. Buna kusur ehliyeti, haksız fiil ehliyeti ya da haksız fiillerden sorumlu tutulma ehliyeti denilmektedir⁹¹. Bu bakımdan Roma hukukunda sübjektif sorumluluk esasının uygulandığı -bir diğer deyişle, kusurun arandığı- durumlarda bugün olduğu gibi ayırt etme gücü aranmaktaydı⁹². Roma'da yedi yaşından küçüklerin ayırt etme gücünün bulunmadığı kabul edildiğinden haksız fiillerinden sorumlu tutulmuyorlardı⁹³. Ancak yedi ila on iki-on dört⁹⁴ yaşları arasında olan çocuklar için –

edictum provinciale): “Yeteneksizlik, beceriksizlik kusur addedilir.” Çeviri Söğütlü-Erişgin'den alınmıştır. **Söğütlü-Erişgin**, s. 197.

⁸⁴ **Erdoğan**, s. 31; D. 9.2.8.1; (*Gaius libro septimo ad edictum provinciale*): “*nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram.*” D.9.2.8.1; (*Gaius libro septimo ad edictum provinciale*): “Zayıflığın kusur olarak değerlendirilmesi haksız görülmez. Çünkü zayıflığın bir başkasını tehlikeye sokacağını bildiği veya bilmesi gerektiği yerde <kişi> bir şeyi yapmaya çalışmamalıdır.” Çeviri Öcal'dan alınmıştır. **Öcal**, s. 379-380.

⁸⁵ **Söğütlü-Erişgin**, s. 199.

⁸⁶ **Honsell**, s. 146.

⁸⁷ **Söğütlü-Erişgin**, s. 199.

⁸⁸ D. 16.3.1.7 (*Ulpianus libro 30 ad edictum*) **Schwarz**, Bilsel Aramağani, s. 412; **Zilelioğlu**, s. 259; **Söğütlü-Erişgin**, s. 167.

⁸⁹ **Erdoğan**, s. 36; **Zilelioğlu**, s. 259; **Tahiroğlu**, s. 158.

⁹⁰ **Küçükgüngör**, s. 152-153.

⁹¹ **Koschaker/Ayiter**, s. 260; **Karadeniz-Çelebican**, s. 260.

⁹² **Lawson/Markesinis**, s. 27; **Karadeniz-Çelebican**, s. 260-261; **Rado**, s. 144.

⁹³ **Karadeniz-Çelebican**, s. 261; **Rado**, s. 144; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 186; **Öcal**, s. 365-366.

ergenlik çağına henüz ulaşmamış çocuklar- haksız fiillerinden sorumlu olup olmadıkları tartışmalı olmakla beraber fiillerinin suç teşkil ettiğini anlayabilecek olanların sorumlu tutulması görüşü hâkimdi⁹⁵. Bununla birlikte on iki-on dört yaşından büyüklerin haksız fiil sorumlulukları konusunda ayırt etme gücü bakımından bir sınırlama bulunmamaktaydı. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Roma hukukunda da ayırt etme gücünden yoksun akıl hastalarının haksız fiillerinden sorumlu tutulamayacakları kabul edilmişti⁹⁶. Roma hukukunda yaş kıstasının çağdaş hukuk sistemlerine göre daha yüksek olması⁹⁷ ve ayırt etme gücünün tek ölçü olarak yeterli bulunmaması, Roma hukukunda tüm haksız fiillerin aynı zamanda suç teşkil etmesi ve cezai yaptırıma bağlanması ile açıklanabilir⁹⁸.

Benzer şekilde zarar görenin kusurunun etkisi hususunda da Roma hukuku günümüz hukukuna kaynaklık etmiştir. “*Kendi kusuruyla zarara uğramış kimse zarara uğramış sayılmaz*”⁹⁹. Bununla beraber, zarar görenin tazminattan mahrum kalması için ne kadar ağır bir kusura gerek olduğu, örneğin *culpa levissima*’nın yeterli olup olmayacağı, net değildir¹⁰⁰. *Culpa compensation* (ihmallerin mahsubu) ilkesine göre, zarar görenin kusuru, failin kusurunu ortadan kaldırır (kompanse eder) ve bu nedenle zarar gören tazminata hak kazanmaz. Buna göre, zararın meydana gelmesinde hem failin hem de zarar görenin bir kusuru mevcutsa ve her ikisi de zarara uğrarlarsa bu durumda her iki tarafın da tazminat sorumluluğu doğmaz; burada adeta bir takas yapılmış olur¹⁰¹. Bugünkü hukukumuzda kabul edildiği üzere karşılıklı kusurların tartılması neticesinde indirimli tazminata hükmedilmesi söz konusu değildi. Ancak fail zarara kasıtlı yol açmışsa, zarar görenin birlikte ihmali söz konusu olmayacaktır. Çünkü kasıttan dolayı

⁹⁴ Ergenlik çağına girmek kişilere göre farklılık gösterdiği için genel bir ölçü koyma zorunluluğu doğmuş ve fizyolojik olgunluk yaşı kızlarda 12, erkeklerde ise 14 olarak kabul edilmiş ve bu görüş *Iustinianus* zamanında kanunlaşmıştır. **Karadeniz-Çelebican**, s. 191; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 187.

⁹⁵ **Karadeniz-Çelebican**, s. 261; **Rado**, s. 144; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 187. D.9.2.5.2.(Ulpianus 18 ad ed.) **Öcal**, s. 365-366.

⁹⁶ **Lawson/Markesinis**, s. 27; **Karadeniz-Çelebican**, s. 261; **Rado**, s. 144; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 190. Zira bu durum damdan kiremit düşmesi veya bir hayvanın hareketi ile verilen zarardan farklı değildir. D.9.2.5.2 (*Ulpianus libro 18 ad edictum*) **Öcal**, s. 365-366.

⁹⁷ Örneğin Türk Ceza Kanununda bu yaş 12 olarak saptanmıştır. (m. 31)

⁹⁸ **Karadeniz-Çelebican**, s. 261.

⁹⁹ D. 50; 17. 203 (*Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium*). **Erdoğan**, s. 28.

¹⁰⁰ **Zimmermann**, Roman Foundations, s. 1030.

¹⁰¹ **İmre**, s. 203. Zarar görenin kusurunun tazminat hakkını ortadan kaldırmasının temelinde zarar görenin kusurlu davranışının tazminata hak kazanmasının engel olduğu mu yoksa sorunun bir nedensellik meselesi mi olduğu tartışmalıdır. **Lawson/Markesinis**, s. 33-34.

sorumluluk her zaman doğacak ve kasıt ile ihmalin mahsubu söz konusu olmayacaktır¹⁰².

Kusurun Roma hukukunda önem arz ettiği ve bugün de izlerini gördüğümüz bir diğer mesele ise *culpa in eligendo*'dur. *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğu, en yüksek seviyeye ulaşmış ve var olan bütün olgular kusura dayandırılmaya çalışılmıştır¹⁰³. Klasik sonrası hukuk dönemi ve *Iustinianus* döneminde *custodia* sorumluluğunun yerini kusur sorumluluğunun alması üzerine, yardımcı kişilerin fiillerinden borçlunun koşulsuz sorumluluğunu düzenleyen *custodia* sorumluluğu da adam çalıştıranın kusurundan sorumluluk olarak değiştirilmiş ve böylece sorumluluk, yardımcı işçi kullanan borçlunun kendi kusuruna dayandırılmıştır¹⁰⁴. Buna göre borçlunun, ya yardımcılarının seçiminde kusurlu (*culpa in eligendo*) ya da yardımcılarının gözetiminde gerekli özenin (*diligentia in custodiendo*) gösterilmemesinden dolayı kusurlu davrandığının kabulüyle kusurlu addedilmiş ve sorumlu tutulmuştur¹⁰⁵.

1.2.2. Kusur İlkesinin Dönüşümü

Kıta Avrupası'nda-özellikle Almanya'da- hukukçular, haklara ve soyut kavramlara 19. yüzyılda gitgide daha fazla önem vermişlerdir¹⁰⁶. Doğal hukuk ekolünün kurucularından Grotius'un şu sözlerinde kusurun yeri görülebilir: “*Kusur, zararı tazmin etme yükümlülüğü doğurur. Haksız fiille, yapma ya da yapmama fiilinden doğan, genel olarak ya da belli bir sebepten ötürü yapılması gerekeni yapmamadan doğan kusurdan doğal olarak zararı tazmin edilmesi yükümlülüğü doğar.*”¹⁰⁷ Doğal hukukçuların çalışmaları, kodifikasyon hareketlerinde kendilerine yer bulmuştur. Prusya Medeni

¹⁰² Somer, s. 54.

¹⁰³ Söğütlü-Erişgin, s. 203-204.

¹⁰⁴ Söğütlü-Erişgin, s. 201.

¹⁰⁵ Zilelioğlu, s. 242, s. 262; Söğütlü-Erişgin, s. 202, 206. Gemiciler, hancılar ve ahırcılar yanlarında çalıştırdıkları kişilerin *furtum* ya da *damnum iniuria datum* ile verdikleri zararlardan, çalıştırdıkları kişileri seçmede kusurları oldukları için kendileri bir haksız fiil işlemiş gibi sorumlu tutulurlardı. Rado, s. 160; Erdoğan, s. 135.

¹⁰⁶ Lawson/Markesinis, s. 37.

¹⁰⁷ Lawson/Markesinis, s. 40-41, dn. 268; Grotius'un çalışmaları ve çalışmalarının haksız fiil hukukunun gelişimine etkisi hakkında detaylı açıklama için bkz. Jansen, Nils, “Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, No. 3, Y.: 2004, (s. 443-469) s. 456-458.

Kanunu (1794), Fransız Medeni Kanunu (1804) ve Avusturya Medeni Kanunu (1811), bu hukuk okulunun büyük ölçüde etkisi altında kalmış¹⁰⁸ ve Kıta Avrupası'nda ülkeler birbiri ardına haksız fiile ilişkin kuralları medeni kanunlarında bir bölüm halinde ve genel nitelikli hükümlerle düzenlemişlerdir. Avusturya Medeni Kanunu §1295, Alman Medeni Kanunu §823 ve İsviçre Borçlar Kanunu m. 41, haksız fiil sorumluluğunda kusur ilkesinin kabul edildiğini gösteren hükümlerdir.

Görüldüğü üzere, 19. yy sonuna gelindiğinde, kusur ilkesi, hâkim ilke idi¹⁰⁹. Kusurun oynadığı bu önemli rol, 19. yy liberalizminin sonucu olarak açıklanmaktadır. Bireysel sorumluluk ancak failin, makul özeni göstermeyerek, öngörülebilir zararı önlemeyerek özgür iradesini gereği gibi kullanmadığı hallerde söz konusu olmalıdır. Ayrıca sorumluluğun kusurlu davranışla sınırlandırılması, özgür girişimciliği de korur ve teşvik eder¹¹⁰.

Kusur ilkesi, bir diğer deyişle “*Kusursuz, sorumluluk olmaz*” ilkesi 18. yüzyıl ve özellikle 19. yüzyılda çok sert bir şekilde uygulanmıştır¹¹¹. Buna göre, sorumluluğu kuran ve haklı gösteren tek sebep kusurdur. Bu nedenle ünlü Alman hukukçusu Jhering’in meşhur deyişi ile, “*Tazminat yükümlülüğünü, zarara sebebiyet verilmesi değil, kusur doğurur. Bu, ‘parlayan şey, ışık değil, havada yanan oksijendir’ kadar basit bir prensiptir.*”¹¹².

Buna göre, kusurun çeşitli rolleri bulunmakla beraber kusurun sorumluluk açısından başlıca iki işlevi bulunmaktadır. İlk işlevi, failin ancak kusurunun bulunması halinde

¹⁰⁸ Lawson/Markesinis, s. 41.

¹⁰⁹ Kötz Hein/Wagner, Gerhard, Deliktsrecht, Münih 2016, N. 24 vd.; Magnus, Ulrich/Seher, Gerhard, “Fault under German Law”, Unification of Tort Law: Fault, The Hague 2005., s. 103, N. 13.

¹¹⁰ “*Kusursuz sorumluluk olmaz*” ilkesi aslında dönemin aşırı liberalizminin isteklerine cevap vermiş ve genç girişimci kapitalizmin menfaatlerine hizmet etmiştir. Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Introduction to Comparative Law, Oxford 1998, s. 608. Fleming’e göre de kusur doktrini, sadece 19.yüzyıl entelektüel iklimine sinmiş olan bireyci ideolojiyi yansıtmakla kalmaz aynı zamanda, gelişmekte olan bir ekonominin, zarar gören lehine gösterilen duygusal hassasiyet nedeniyle ket vurulan ve dolayısıyla layıkıyla gerçekleştiremediği genişletici atılım sürecinin temel ihtiyaçlarına da cevap verir. Fleming, John G., “The Role of Negligence in Modern Tort Law”, Virginia Law Review, Vol.3, No:4, (s. 815-846) s. 818.

¹¹¹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 512. Eren’e göre, “*19. yüzyılda hâkim olan kusur dogması, kusur kavramını en mutlak ve en sübjektif şekilde anlamış, ona Roma hukukunda bile görülmeyen bir anlam vermiştir.*”

¹¹² Jhering, Rudolph, Das Schuldmoment im römischen Recht, Giessen 1867, s. 40.

sorumluluğunun doğması ve tazminat borçlusu olmasıdır¹¹³. İkincisi ise, kusurun bulunmadığı yerde sorumluluğun da doğmamasıdır¹¹⁴.

Roma hukukunda kaynağını bulan *casum sentit dominus* ilkesi uyarınca, tesadüfen meydana gelen zararlı sonuca, bu sonuca maruz kalan kimse katlanır¹¹⁵. Buna göre zarar, failin kusurlu bir davranışı sonucunda meydana gelmemiş, örneğin, kusursuz bir davranış veya bir doğa olayı sonucunda meydana gelmişse, buna, zarar gören katlanmalıdır. İşte haksız fiil hukuku, hangi koşullar altında zarara zarar görenin katlanmayıp bunun bir üçüncü kişiye aktarılacağını düzenler¹¹⁶. Meydana gelen zararın önlenmesi için öngörülen hukuki yükümlülüğün ihlali nedeniyle hukuk düzeni, zararı tazmin borcunu üçüncü kişiye-faile- yükler.

Toplumun geçirdiği dönüşümlere ayak uydurmak ve zarar görenlere daha kapsamlı bir tazminat imkânı sağlayabilmek için kusurun rolü tartışmalara yol açmıştır. Kusur ilkesine çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Kusur ilkesi ilk olarak şu yönden eleştirilmiştir: Failin kusurlu olduğu durumda zararı yüklenerek bunu tazmin etme borcu altında olması gerektiği aşıkardır ancak failin kusurlu olmadığı durumlarda da zarara failin değil de zarar görenin yüklenmesi izah edilemezdir. Zarar, tesadüfi olarak zarara uğrayan pasif durumdaki zarar görene yüklenmemelidir zira adalet herkesin kendi fiillerinin sonucuna katlanmasını gerektirir¹¹⁷. Ayrıca kusur sorumluluğu fikri hukuki sorumlulukta Roma hukukunda ceza- hukuki sorumluluk ayrımının tam yapılmadığı dönemdeki özel cezalar sisteminin canlanmasıdır. Buna göre, kusur sorumluluğu aslında

¹¹³ **İmre**, s. 19; **Feyzioğlu**, s. 460; **İnan**, s. 297.

¹¹⁴ **Jansen**, Nils, “Developing legal doctrine: Fault in the German law of delict”, *The Development and Making of Legal Doctrine*, Cambridge 2010, (s. 96-125) s. 110. Bu iki işlev doktrininde, kusurun olumlu sonucu ve kusurun olumsuz sonucu olarak adlandırılmaktadır. **Fellmann**, Walter/**Kottmann**, Andrea, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bern 2012, N. 514; **İnan**, s. 297; **Tandoğan**, Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara 1981, s. 1; **Eren**, *Borçlar Hukuku*, s. 512.

¹¹⁵ D. 50. 17. 23 (*Ulpianus libro 29 ad Sabinum*) **Zimmermann**, *Roman Foundations*, s. 154; **Mohr**, Jochen, “Rechtswidrigkeit und Verschulden im Deliktsrecht”, *Juristische Ausbildung* 2013 (6), (s. 567-579) s. 567; **İmre**, s. 18; **Eren**, *Borçlar Hukuku*, s. 512.

¹¹⁶ **Müller**, *Handkommentar*, Art 41, N. 4.

¹¹⁷ **Saleilles**, *Etude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de Code civil pour l’empire allemand*, Paris 1925, N.312, dn. 1.

cezai bir kuram olup modern hukuk tarafından reddedilir. Zira modern hukukta sorumluluğun temeli kusur değil, “risk”tir¹¹⁸.

Buna ek olarak, modern teknik süreç ve sosyal ilişki ağı içerisinde gerçekleşen zararlarda kusurun rolü, ya azalmıştır ya da hiç kalmamıştır¹¹⁹. Makinelerin geliştirilip yaygınlaşmasına kadar zararlar genellikle *bonus pater familias*'ın davranışına uymayan insan davranışlarından doğmaktaydı ancak bu durum zamanla değişmiştir¹²⁰. Üstelik bir faaliyetin görülmesinde bütün önlemler alınsa bile kazaların meydana gelmesi, üstelik bu kazaların sık sık gerçekleşmesi ihtimal dahilindedir. Hatta denilebilir ki, zarara uğramak adeta kaçınılmaz bir hal almıştır. Kusur sorumluluğunun dayandığı düşünce, insanın madde üzerinde hâkim olma bilincine sahip olmasıdır. Hâlbuki insan maddeye eskisi gibi hâkim değildir; hâkim olmadığı gibi ancak maddeyi kullanmaya ve maddeden faydalanmaya adeta bağımlı durumdadır¹²¹. Hem kazaların neticesinde zararın meydana gelmesi istatistiksel olarak kaçınılmazdır¹²². Bununla beraber, gerek meydana gelebilecek zararların ağırlığı gerek bu zararların meydana gelme ihtimalinin sıklığı, bu “tehlikeli” faaliyetlerden vazgeçme konusunda herhangi bir teşvik oluşturmazlar zira bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi beraberinde getirmiş oldukları fayda ve kolaylıklar nedeniyle vazgeçilmez niteliktedir.

Makine ve yeni enerji kaynaklarından faydalanma söz konusu olmasa bile, kusurun ağırlığı ile zararın ağırlığı arasında her zaman doğal bir ilişki bulunmamakta, böylece tazminat biçimindeki yaptırım, kusurun ağırlığı ve dolayısıyla ahlaki kınamanın gerekliliği derecesi ile orantılı olmamaktadır¹²³.

¹¹⁸ Risk teorisi 19. yüzyılın sonunda Saleilles tarafından kurulmuş ve ardından Josserand tarafından geliştirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **le Tourneau**, Philippe, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Paris 2010, N. 161.

¹¹⁹ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 514.

¹²⁰ **Tunc**, André, *Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts*, Klein, Frédéric-Edouard (ed.), Basel und Stuttgart 1973, s. 209.

¹²¹ **Savatier**, René, *du Droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, Paris 1945, s. 87. Aktaran: İmre, s. 42.

¹²² **Tunc**, André, “Fondements et fonctions de la responsabilité civile en droit français”, *Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts*, Basel und Stuttgart 1973, (s. 1-45) N. 17.

¹²³ **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 2.

Ayrıca tehlike-menfaat prensibi ya da yarar-zarar/nimet-külfet ilişkisi olarak adlandırılan ilke uyarınca bir menfaat kime aitse bu menfaati elde ettiği faaliyete ilişkin tehlikeyi de o kimse üstlenmelidir. Bu ilkede menfaat ile kastedilen herhangi bir menfaat değil, kendisi için bir zenginlik kaynağı elde ederek başkası için tehlike yaratan bir faaliyette bulunmaktır. Bu ilke Roma hukukundaki “*cujus commoda ejus incommoda*” ilkesidir¹²⁴. Ancak bu ilke, faaliyette bulunan kişilerin, bu faaliyeti gerçekleştirmekten kaçınmalarına yol açabileceği ve menfaatin bulunmadığı yerde sorumluluğun bulunmaması gibi sonuçların doğabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²⁵. Unutulmamalıdır ki, sermaye ve makine karşısında zayıf olan ve emeği ile geçinmek zorunda olan çok sayıda insanın oluşturduğu büyük topluluklar söz konusudur. İşte gücünün karşısında bu zayıf kimselerin korunması ihtiyacı mevcuttur¹²⁶.

Kusur ilkesine getirilen bir diğer eleştiri ise ispat zorluğudur. Haksız fiil sorumluluğunda kural olarak zarar gören, kusuru ispat yükü altındadır. Ancak pek çok durumda failin kusurunu ispat etmesini zarar görenden beklemek aslında onu zararını tazmin ettirme imkânından mahrum bırakmak sonucunu doğurur¹²⁷. Çünkü karmaşık ilişki ve sistemler karşısında, zararı meydana getiren süreç ve etkenler bakımından çoğu zaman bilgisiz zarar gören için kimin, ne derece kusurlu bir davranışta bulunduğunu belirlemek üstesinden gelmesi oldukça güç bir iştir.

Son olarak, işletmelerde çalışan kişiler ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf kişiler olup zararın bu kişilerin kusurlu fiilleriyle meydana gelmesi mümkündür. Zarar görenin zararlarının tazmini için sadece kusur aranması yalnızca bu çalışanlara başvurabilmesine yol açacak, dolayısıyla da muhatabın ekonomik zayıf durumu sebebiyle çoğu zaman zararın tazmin edilememesi sonucunu doğuracaktır.

Bu sebeplerle, kusur ilkesi tatmin edici olmayan sonuçları beraberinde getirecektir. Kusurun objektifleştirilmesi de kusur ilkesini yetersiz kalmaktan kurtaramamış, bir

¹²⁴ **İmre**, s. 64.

¹²⁵ Bu eleştiriler hakkında detaylı bilgi için bkz. **İmre**, s. 65.

¹²⁶ **Tiftik**, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 36; **İmre**, s. 44; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 2.

¹²⁷ **İmre**, s. 42; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 2; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 35.

diğer deyişle, objektifleştirilmiş kusur da eleştirileri cevaplamada yetersiz kalmıştır. Sorumluluk anlayışı, bu düşünceler ışığında yeniden şekillendirilmelidir.

Hem kusur ilkesine getirilen eleştiriler hem de kusur ilkesinin yetersizliği karşısında failin kusursuz da olsa sorumlu tutulabileceği esası kabul edilmiş ve hangi hallerde failin kusursuz da olsa sorumlu olacağı ya özel kanunlarla ya da genel hükümlerde yapılan değişikliklerle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren belirlenmeye başlanmıştır. Devrimsel nitelikteki bu değişimin zaman bakımından 19. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşmesinin nedeni, daha önce teknik araçların henüz tam gelişmemesi ve yaygınlaşmaması nedeniyle kazaların meydana gelmesinin nadir olmasıydı. Önceleri Roma hukukundan gelen kusur prensibi her ne kadar bazı durumlarda zarar görenlerin tazminat alamamalarını gerektirse de çoğunlukla yeterli görülüyordu. Ancak 19. yüzyılın sonunda gerçekleşen teknik gelişmeler ve bu gelişmelerin toplumsal hayata yadsınamaz yoğun etkisi nedeniyle potansiyel zarar gören haline gelen “büyük kitleyi” korumak, artık sosyal bir gereklilik haline gelmişti. Bu sebeple pek çok ülkede özel kanunlar yürürlüğe konulmak suretiyle kusur olmadan da sorumluluğun doğabileceği kabul edilmiş ve kusursuz sorumluluk halleri düzenlenmiştir¹²⁸.

Kusursuz sorumluluk hallerinde failin sorumluluğunun doğması için kusur kurucu bir unsur olarak aranmaz. Sorumluluk kusura değil, kanunun öngörmüş olduğu sorumluluk doğuran olguya bağlanmıştır. Bu olgulara, bir başka kişi veya şeye ilişkin olarak objektif özen ödevinin ihlali, bir şeyi hâkimiyetinde bulundurma ya da tehlikeli bir işletme örnek gösterilebilir. Buna göre, sorumluluğun doğumu için, sorumluluğun dayanağı olarak kanunen öngörülen olgu ile zarar arasında nedensellik bağının mevcut olması yeterlidir. TBK’da kabul edilen kusursuz sorumluluk halleri ise hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu biçimindedir. TBK, özen sorumluluğu kenar başlığı altında adam çalıştıranın sorumluluğu, hayvan bulduranın sorumluluğu ve yapı malikinin sorumluluğunu düzenlemektedir.

¹²⁸ İmre, s. 210; Belirtmek gerekir ki, sorumluluk sigortaları, kusursuz sorumluluk hallerinin kabulünü ve gelişmesini kolaylaştırmıştır. Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 13.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu ve TMK’da düzenlenen ev başkanının sorumluluğu Roma hukukunda kusur karinesinin mevcut olduğu birer kusur sorumluluğu halleriydi. Bugün bu sorumluluk türleri de birer kusursuz sorumluluk hali teşkil ederler ancak kanun koyucu, sorumlu tutulacak kişinin objektif biçimde belirlenecek olan gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulmasına izin verdiği, bir diğer deyişle, kurtuluş kanıtı getirmesine imkân tanıdığı için bu üç sorumluluk hali olağan sebep sorumluluğu; böyle bir kurtuluş kanıtı imkânı tanınmadığı için yapı malikinin sorumluluğu ise ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olarak nitelendirilir¹²⁹.

Kusur sorumluluğu halen kural olma özelliğini sürdürmekle beraber, teknik ve sosyal gelişmeler neticesinde, o kadar çok tehlike ve sebep sorumluluğu hali kabul edilmiştir ki, istisnanın kurala dönüştüğünün söylenip söylenemeyeceği sorunu gündeme gelmiştir. Uyuşmazlıkların çoğunun kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin olması sebebiyle kusurun üstün rolü ve önemine dair bu algının, nicel ve fiili açıdan gerçekte bağdaşıp bağdaşmadığı; bir başka deyişle, bu açıklamalar ışığında gelinen noktada kusur sorumluluğunun hâlâ kural olup olmadığı soruları ele alınmalıdır.

Son yıllarda yürürlüğe konulan özel kanunlara dayalı tehlike sorumluluğu halleri hem kapsam hem de uygulama alanı yönünden kusur sorumluluğunun uygulama alanını oldukça sınırlandırmıştır. Ancak kanaatimizce kusur sorumluluğunun önemini kaybettiği söylenemez; kusur sorumluluğu hâlâ kuraldır, kusurun sorumluluk hukukunda bir ilke olarak terk ve inkâr edilmesine gerek bulunmamaktadır¹³⁰.

Kusur ilkesinin belirtildiği gibi yetersiz kalması neticesinde çeşitli kusursuz sorumluluk halleri kabul edilmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki, bir olgunun kusursuz sorumluluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için sebep olma esası yeterli olmayıp kusur ilkesinden ayrılmaya neden ihtiyaç olduğunu gerekçelendiren başka esaslar da – hakkaniyet,

¹²⁹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 516 vd.

¹³⁰ Aynı yönde bkz. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §1 N. 102; **Widmer**, Pierre, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005, s. 65, N. 1; **Fellmann/Kottmann**, N. 516; **Brehm**, Roland, Berner Kommentar, 2013, Art. 41, N. 166; **İnan**, s. 297; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 3.

yararlanma ve tehlike esası gibi – aranır¹³¹. Böylece, kusur sorumluluğu kural, kusursuz sorumluluk halleri ise, istisna oluşturacak tarzda bir düzenleme yapılmıştır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m. 49’da, kusurlu bir davranışla başkasına hukuka aykırı olarak zarar veren kimsenin, bunu tazmin etmek zorunda olması kuralı, haksız fiilin ilk ve en temel normu olarak düzenlenmiştir. Ayrıca istisnaların dar yorumlanması gerekip kanunda düzenlenen bir kusursuz sorumluluk hali mevcut değilse kişi, ancak kusurundan sorumlu olabilir.

1.3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KUSUR

1.3.1. Kıta Avrupası Hukukunda Kusur

1.3.1.1. Alman Hukukunda Kusur¹³²

Alman haksız fiil hukuku, Alman Medeni Kanununun (BGB) §823-853 hükümleri arasında düzenlenmiş olmakla beraber¹³³, kişinin kendi fiilinden sorumluluğu 3 genel hüküm olan §823 I, §823 II ve §826’da düzenlenmiştir. Esasen BGB §823 I ve §823 II aynı maddenin iki fıkrası olmakla beraber sahip oldukları içerik, arz ettikleri farklılık ve taşıdıkları önem nedeniyle ayrı birer kategori teşkil etmektedirler.

BGB §823 I’e göre, “*Kasten veya ihmalle bir başkasının hayatını, vücudunu, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya diğer bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlal eden kişi, o şahsa karşı, bundan doğan zararı tazminle yükümlüdür.*” BGB §823 II’ye göre “*Aynı yükümlülük, bir başkasını koruma amacı güden yasayı ihlal eden kişi için de mevcuttur.*

¹³¹ **Baçoğlu**, Başak, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl; 2015, C.:6, S.: 2, (s. 29-56) s. 33.

¹³² Alman hukuku, Türk/İsviçre hukukunun gelişiminde büyük bir etkiye sahiptir. Bu sebeple Alman Hukuku bakımından açıklamalar salt bu başlık altında değil, ayrıca çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ilgili alt başlıklarla ilişkilendirilerek yapılacaktır.

¹³³ Fransız, Avusturya, Hollanda ve İsviçre kanunları genel hüküm teşkil eden maddelerle haksız fiil hukukunu düzenlemişlerdir. Ancak Alman Medeni Kanununun daha dar 31 kısa maddeyle daha kapsayıcı olduğu yönünde bkz. **Schrage**, Eltjo J. H., “Negligence: A Comparative and Historical Introduction to a Legal Concept”, Negligence – The Comparative Legal History of the Law of Torts, Berlin 2001, (s. 7-45) s. 17.

*Yasanın içeriğine göre, bu yasayı kusur olmadan da ihlal etmek mümkünse, tazminat yükümlülüğü ancak kusur halinde doğar.*¹³⁴

Alman Medeni Kanununda kusurun kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak BGB §276’da kasıt ve ihmalden sorumluluğun doğacağını belirtmek suretiyle kasıt ve ihmalin kusurun türleri olduğu ifade olunmuştur. Kasıt kavramının BGB’de kanuni bir tanımı bulunmaktaysa da, Türk/İsviçre hukuklarında geçerli olan doğrudan ve dolaylı kasıt tanımları Alman hukukunda da geçerlidir¹³⁵. Buna karşın, Türk/İsviçre hukukundan farklı olarak BGB’de ihmalin kanuni tanımı yapılmıştır. BGB §276’da ihmal, gerekli özenin gösterilmemesi biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, ihmal bakımından objektifleştirilmiş kusur ölçüsü uygulanmaktadır¹³⁶. Kusurun tespitinde fail, aynı dışsal koşullar altındaki farazi bir kimse ile kıyaslanır ve bu tespitte failin kişisel yetersizliklerinin bir önemi bulunmamaktadır¹³⁷.

Alman haksız fiil hukukunda kusur ehliyetine ilişkin olarak, öncelikle, Türk/İsviçre haksız fiil hukukunda olduğu üzere, ayırt etme gücünün varlığı aranır. Bununla beraber, kusur ehliyeti için herhangi bir yaş sınırı öngörmeyen Türk/İsviçre hukukunun aksine, BGB §828, 7 yaşını doldurmamış küçüklerin haksız fiillerinden sorumlu olmadıklarını hükme bağlamıştır. Aynı hükmün ikinci fıkrası uyarınca 7 yaşını doldurmuş olan ancak 10 yaşını doldurmamış küçük, motorlu taşıt, demiryolu ya da asma demiryoluyla bir başkasına kazaen verdiği zarardan sorumlu olmaz. Ancak hükmün metninden de anlaşılacağı üzere, kasten verilen bu tür zararlardan sorumluluk doğar.

Aynı yaştaki küçüklerin normalde haiz olacağı ayırt etme gücünün varlığı karine olarak kabul edilir. Bunun aksi bir durumu, bir diğer deyişle, normalde o yaştaki bir küçüğün

¹³⁴ Her ne kadar “diğer haklar” kavramı, bu hükme genel hüküm niteliğini veriyor gibi gözükse de Alman mahkemelerinin bu ifadeyi hükmü genişletmek üzere yorumlamayıp aksine son derece sıkı koşullarda ve nadir biçimde başvurmuş olması – genel kişilik hakkı ve işletme hakkı-, hükmün genel hüküm niteliğini taşımasının önüne geçmektedir. Her iki hükmün de çevirisi Atamer’den alınmıştır. **Atamer**, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 7.

¹³⁵ **Markesinis**, Basil S./**Unberath**, Hannes, The German Law of Torts, A Comparative Treatise, Oregon 2002, s. 84.

¹³⁶ **Deutsch**, Erwin, “Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht”, Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, Basel und Stuttgart 1973, (s. 47-91) s. 58.

¹³⁷ **Markesinis/Unberath**, s. 814.

sahip olmayacağı ayırt etme gücüne fail küçüğün sahip olduğunu zarar gören ispat yükü altındadır¹³⁸.

BGB §826 uyarınca ahlaka aykırı bir biçimde bir başkasına kasten zarar veren kimse, vermiş olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bu hüküm İBK m. 41/2- TBK m. 49/2'nin mehzaz hükmüdür. Alman hukukunda BGB §826 hükmüne başvurabilmek için dolaylı kasıt yeterli görülmektedir¹³⁹. Bu hükmün uygulanabilmesi için ahlaka aykırı davranma bilinci aranmamaktadır¹⁴⁰.

Alman hukukunda, Türk/İsviçre hukukunda olduğu üzere en hafif kusur dahi sorumluluğun doğumu için yeterlidir. Bununla beraber Alman hukukunda tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının dikkate alınmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla en hafif derecede olsa dahi kusur varsa tam tazminat yükümlülüğü kuraldır. Buna “ya hep ya hiç” anlamına gelen “*Alles-oder Nichtsprinzip*” denilmektedir. TBK m. 51 gibi kusurun ağırlığının tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmasına izin veren ya da tazminat miktarının olayın şartlarına göre indirilmesine ilişkin bir hüküm BGB’de yer almamaktadır. Bunun nedeni alacaklının menfaatinin ön planda tutulması, tazminat hukukunun moral değerlerden uzak tutulması düşüncesi ve hâkimin takdir yetkisine duyulan güvensizliktir¹⁴¹.

Alman hukukunda kusurun en hafif derecesinin dahi tam tazminat yükümlülüğü doğurması, kusurun derecesinin tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacağı sorusuna da olumsuz bir cevap vermeyi gerektirecektir. Zarar veren ve zarar görenin karşılıklı kusurlarının bulunması halinde kusurların tartılarak tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının dikkate alınmasına izin verilmektedir.

¹³⁸ Magnus/Seher, s. 108, N. 36.

¹³⁹ van Dam, Caes, European Tort Law, Oxford 2013, s. 83; Markesinis/Unberath, s. 889.

¹⁴⁰ Buz, Vedat, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, BATİDER, C.: XXIX, S.: 2, Y.: Haziran 2013, (s. 19-57) s. 40, dn. 70.

¹⁴¹ Atamer, Uygun Nedensellik, s. 24.

1.3.1.2. Avusturya Hukukunda Kusur

Avusturya Medeni Kanunu (“ABGB”) §1295’e göre zarar gören, zarar verenden sözleşme ya da sözleşme dışı bir ilişkide kusuruyla sebep olduğu zararın tazminini talep hakkına sahiptir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, kişinin kasten ahlaka aykırı şekilde verdiği zararlardan sorumlu tutulacağı öngörülmüştür¹⁴².

Avusturya hukukunda hâkim görüşe göre, hukuka aykırılık ve kusur arasında bir ayırım yapılır. Hukuka aykırılığın tespitinde sadece objektif faktörler dikkate alınır. Hangi davranışın hukuka uygun bir davranış teşkil ettiğini belirlemede objektif ölçü kullanılır¹⁴³. Buna karşın kusur, kişinin şahsi yetenekleri göz önüne alınarak bir irade eksikliği olarak değerlendirilir. Örneğin, akıl hastası bir kimsenin davranışı hukuka aykırı olabilir ancak kusurlu olamaz. Ayrıca kusur, failin başka şekilde davranmış olmasını gerektirdiğinden; hukuka aykırılık, kusurun ön koşuludur; ABGB §1294’ün bir davranışın kusurlu olarak değerlendirilmesi için bu davranışı hukuka aykırı addetmesinden de bu sonuca varılmaktadır¹⁴⁴. Ancak bu noktada zarar verenin kusuru ile zarar görenin kusuru arasındaki ayırma dikkat çekmek gerekir. Zarar görenin kusurunun değerlendirilmesinde hukuka aykırılık aranmaz zira kişinin kendisine zarar vermesi hukuka aykırı değildir. Bununla beraber, zarar görenin kusurunun belirlenmesinde diğer hususlar bakımından zarar verenin kusuruna ilişkin ölçütler, gerekli özenin gösterilmemesi, ehliyet vb. dikkate alınır¹⁴⁵.

Avusturya hukukunda kusur, hukuka aykırı davranışın şahsa yüklenebilirliğine ilişkindir¹⁴⁶. Failin bir davranışı nedeniyle şahsen kınanması için, davranışın kendisine bir irade eksikliği olarak yüklenebilmesi gerekir¹⁴⁷. Çünkü failin şahsi becerileri ona

¹⁴² Aynı fıkra göre, kişi hakkını başkasına açıkça zarar verme maksadıyla kullanırsa- *hakkın kötüye kullanılması*- bu durumda da kişi sorumlu olur.

¹⁴³ Avusturya’da davranışın hukuka aykırılığı teorisi kabul edilmektedir. Buna göre, kanunun emrettiği davranış kuralının gerektirdiği objektif özen ölçüsünün ihlal edilip edilmediğine bakılır, ihlal varsa hukuka aykırılık vardır. Detaylı bilgi için özellikle bkz. **Karner**, Ernst, Kurzkomentar zum ABGB, Viyana 2010, §1294, N. 2. Hukuka aykırılık tespit edildikten sonra kusurun tespiti aşamasına geçilir.

¹⁴⁴ **Koziol**, Helmut, Österreichs Haftpflichtrecht Bd.: I, Viyana 1997, N. 5/2.

¹⁴⁵ **Koziol**, Haftpflichtrecht I, N. 5/2.

¹⁴⁶ **Koziol**, Haftpflichtrecht I, N. 5/1; **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1294, N. 7.

¹⁴⁷ **Wilburg**, Walter, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg a.d. Lahn 1941, s. 50; **Steininger**, Barbara C., Verschärfung der Verschuldenshaftung, Viyana 2007, s. 53.

başka türlü davranma olanağı tanıdığı takdirde davranış faile irade eksikliği olarak yüklenebilir¹⁴⁸. Bu da zarar verenin kendi şahsi yetenekleri uyarınca hukuka aykırılığı ve zararın meydana gelecek olmasını anlayabilecek ve buna göre hareket edebilecek durumda olmasını gerektirir¹⁴⁹. Buna göre kusur, somut faile ilişkin bir değerlendirmedir ve hâkim görüşüne göre, kusurun tespitinde sübjektif ölçü kullanılır. Dolayısıyla failin kendi bilgi, beceri ve yetenekleri esas alınarak zararı önleyebilecek şekilde davranıp davranamayacağı değerlendirilmesi yapılır¹⁵⁰. Eğer failin kendi becerileri uyarınca başka türlü davranmasının mümkün olduğu sonucuna varılıyorsa bu durumda fail gerekli özeni göstermemiştir ve kusurlu davranmıştır. Zarar verenin şahsi yetenekleri değil de soyut olarak belirlenen kişinin ortalama yetenek ve bilgisine göre objektif olarak belirlenen bir özen ölçüsü kabul edildiği takdirde; esasen bu durumda kusur sorumluluğunun özünden vazgeçilmiş olunur¹⁵¹.

Bununla beraber, ABGB §1294'te yer alan "gerekli dikkat ve özen" ibaresi nedeniyle dolaylı da olsa bu ölçünün bir miktar objektifleştirildiği belirtilmiştir¹⁵². ABGB §1297'de de ortalama yeteneklere göre belirlenen dikkat ve özeni göstermeyen kimsenin sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Burada söz konusu olan objektifleştirme, sadece dikkat ve özene ilişkin olup bilgi, güç, deneyim ve yeteneğe ilişkin değildir¹⁵³. İhmalin sorumlu tutulabilir bilgisizlik (*schuldbar Unwissenheit*) veya gerekli dikkat ya da özenin gösterilmemesi olduğu tanımına yer veren ABGB §1294'te yer alan sorumlu tutulabilir bilgisizlik ifadesinden bu sonuca varılır ve fiziksel ve zihinsel yetersizlikler de bilgisizlik gibi –sübjektif- değerlendirilir¹⁵⁴. Eğer failin eksik beceri ve bilgisi nedeniyle objektif olarak gerekli özeni göstermesi mümkün değilse bu durumda ona kusur atfedilmez¹⁵⁵.

¹⁴⁸ **Koziol**, Haftpflichtrecht I, N. 5/1.

¹⁴⁹ **Ehrenzweig**, Albert, Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht, Viyana 1936, s. 226; **Koziol**, Haftpflichtrecht I, N. 5/35; **Steininger**, s. 53.

¹⁵⁰ **Reischauer**, Rudolf, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§1298 ABGB), Berlin 1975, s. 201-202; **Koziol**, Haftpflichtrecht I, N. 5/35; **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1294, 7. **Steininger**, s. 53.

¹⁵¹ **Steininger**, s. 55.

¹⁵² **Ehrenzweig**, 226; **Koziol**, Helmut, "Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?" Maastricht Journal of European and Comparative Law, C.: 5, S. 2, Y.: 1998, (s. 111-128) s. 117; **Koziol**, Helmut, Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, Viyana 2012, s. 203; **Steininger**, s. 53.

¹⁵³ **Mayrhofer**, Heinrich, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Viyana 1986, s. 295; **Steininger**, s. 53.

¹⁵⁴ **Ehrenzweig**, s. 226-227.

¹⁵⁵ **Steininger**, s. 54.

Çoğu durumda objektif özensizlik aynı zamanda sübjektif özensizlik teşkil eder. Ancak bu ikisinin birbirinden farklı olduğu somut durumlarda sorumluluk irade eksikliğine ilişkin değil, objektif olarak ölçülebilir bir eksikliğe ilişkindir¹⁵⁶. Bu durum sorumluluğun ağırlaştırılması anlamına gelir ve bu ancak ek sorumluluk unsurları mevcut olduğunda meşrudur. Bunun bir örneği, uzmanların sorumluluğudur¹⁵⁷. ABGB §1299 uyarınca özel uzmanlık veya olağandışı özen gerektiren bir yetenek, meslek ya da işi gönüllü biçimde ya da kamuya ilan ederek üstlenen kimse, kendisinin gerekli özen ve bilgiye sahip olduğuna dair kanı uyandırmış olur ve bu beceri ve yeteneğin gösterilmemesinden sorumlu olur. Kısacası, özel bilgi ve yetenek gerektiren bir faaliyette bulunan kişi, bu faaliyetin gerektirdiği niteliklere sahip olmamanın sonucuna katlanır. Bu kimselere örnek olarak sürücüler, mimarlar, hekimler, avukatlar, bankacılar, noterler, vergi denetçileri, yatırım danışmanları, veterinerler, kuaförler vd. verilmektedir¹⁵⁸. Bu kuralın altında yatan düşünce, özel bir bilgi ve yetenek gerektiren işi üstlenen kimsenin bu davranışıyla, bu faaliyetin gerektirdiği niteliklere sahip olduğuna dair üçüncü kişilerde güven uyandırması, sadece sözleşmenin diğer tarafı değil aynı zamanda üçüncü kişiler için de tehlike yaratması ve bu tehlikeyi kontrol altına alma imkânına sahip olup bu işe ilişkin olarak ekonomik menfaatinin bulunmasıdır.¹⁵⁹

Sözleşme sorumluluğunda ise taraflar arasında oluşan özel güven temeli nedeniyle objektif ölçü kabul edilmektedir. Zira sözleşme tarafı söz konusu borcu gönüllü olarak üstlenmektedir¹⁶⁰. Burada üstlenilen edim olağanüstü bilgi ve özeni gerektirse bile, bu işi üstlenen kişi, işin gerektirdiği bilgi ve özen seviyesine sahip olduğunu kabul ve taahhüt etmektedir¹⁶¹.

¹⁵⁶ **Steininger**, s. 55.

¹⁵⁷ **Koziol**, Yardstick, 117.

¹⁵⁸ **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1299 N. 5.

¹⁵⁹ **Steininger**, s. 58; **Koziol**, Germanic Perspective, s. 207; **Koziol**, Helmut, "Fault under Austrian Law", Unification of Tort Law: Fault, The Hague 2005, N. 26-29. Yine aynı maddenin devamında kişinin bilgisizliğini bilerek ya da makul dikkati gösterseydi bilebilecek durumda olan ve buna rağmen işi veren kimsenin-alacaklının- kendi kusurunun da dikkate alınacağı ifade olunmuştur.

¹⁶⁰ **von Caemmerer**, Ernst, "Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 42. Jahrgang 1978, (s. 5-27) s. 16; **Koziol**, Yardstick, 124.

¹⁶¹ **Reischauer**, s. 204.

ABGB §1297’de ayırt etme gücüne sahip herkesin ortalama dikkat ve özen gösterme yeteneğine sahip olduğu karinesi öngörülmüştür. Bu yeteneğe sahip olmadığını failin ispatlaması gerekmektedir¹⁶². Bu durum, normalde zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olan zarar görenin işini, ispat yükünü bir parça tersine çevirmek suretiyle kolaylaştırır¹⁶³.

Avusturya hukukunda doktrin ve mahkeme kararlarında yapılan kusur derecelendirmesi ise, kasıt, dolaylı kasıt, ağır ihmal, hafif ihmal ve mazur görülebilir ihmal¹⁶⁴ biçimindedir. Bununla beraber, tazminatın belirlenmesi açısından asıl önemli ayırım ağır kusur (kasıt ve ağır ihmal) ve hafif ihmal ayırımıdır¹⁶⁵.

Avusturya hukukunun göze çarpan bir özelliği, kanunda hem kasıt hem de ihmal tanımının yapılmış olmasıdır. ABGB §1294’te kusurun kasıt ya da ihmal biçiminde ortaya çıkabileceği; kastın, zararı bilerek ve isteyerek hareket etme; ihmalin de sorumlu tutulabilir bilgisizlik veya gerekli dikkat ya da özenin gösterilmemesi anlamına geldiği düzenlenmiştir. Buna göre, kasıt, failin zararlı sonucun meydana geleceğini bilerek ve isteyerek hareket etmesidir. Dolaylı kasıt da zararın meydana gelmesini göze almadır ve kasıt hükümlerine tabi tutulur¹⁶⁶. Hâkim görüş, kasıtta failin davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmesini- hukuka aykırılık bilincini- aramaktadır¹⁶⁷. İhmalde ise fail zararın meydana gelmesini istememektedir, ancak bunun için gerekli özeni göstermemiştir. Hafif ihmal olağan dikkatsizlik anlamına gelirken; ağır ihmal, olağandışı ve göze çarpan dikkatsizlik olup normal bir kimsenin davranmayacağı şekilde davranmaktır¹⁶⁸. Bu özenin belirlenmesinde durumun tehlikeliliği, tehlikeye atılan menfaatin değeri, failin davranışına ilişkin menfaati ve kendi kişisel becerileri dikkate alınır¹⁶⁹. Kara ve karşıdan

¹⁶² **Reischauer**, s. 202-203.

¹⁶³ **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1294 N. 1.

¹⁶⁴ Terimin orijinali *entschuld bare Fehlleistung* olup bu terim İşverenin Sorumluluğu Kanununda geçmektedir. Terimi mazur görülebilir ihmal olarak çevirmeyi uygun gördük. Avusturyalı hukukçular bu terimi ifade etmek üzere Türkçeye en hafif ihmal olarak çevrilen *culpa levissima*’yı da kullanmaktadır.

¹⁶⁵ **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1294, N. 9.

¹⁶⁶ **Mayrhofer**, s. 294.

¹⁶⁷ **Wilburg**, s. 53; **Koziol**, Haftpflichtrecht I, N. 5/28; **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1294; N. 10; **Welser/ Rudolf/Zöchling-Jud**, Brigitta, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd.: II, Viyana 2015, N. 1417.

¹⁶⁸ **Mayrhofer**, s. 296-297; **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1294, N. 11; **Welser/Zöchling-Jud**, N. 1421.

¹⁶⁹ **Koziol**, Fault, N. 33; **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1294 N. 11.

gelen araca rağmen sollama yapma, hızla giderken ya da virajda şoförün viteste bir şeyler araması, trafik ışığının komutuna 14 saniyelik gecikme, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına konu olmuş ağır ihmalli davranışlardır¹⁷⁰.

Mazur görülebilir ihmal ise işçinin özel ya da kamu hizmetinin ifası sırasında işverene veya üçüncü kişilere verdiği zararın sonuçlarını düzenleyen İşverenin Sorumluluğu Kanununda öngörülmüş olup kendisine özel sonuçlar bağlanmıştır. Örneğin, bu Kanunun 2. maddesinin 3. fıkrasına göre, işçi, işverene mazur görülebilir ihmal ile-en hafif ihmal- zarar verirse bundan dolayı sorumlu olmaz. Buna göre eğer işçi, hizmetin ifası sırasında üçüncü kişiye zarar verirse ve işveren bundan dolayı sorumlu olursa, ancak işçi zarara mazur görülebilir ihmali ile sebep olmuşsa bu durumda işveren işçiye rücuda bulunamaz.¹⁷¹ Ancak işçi bir şekilde zararı tazmin etmişse işverene rücu edebilir¹⁷².

ABGB'ye göre kusur ehliyeti için öncelikle ayırt etme gücünün bulunması gerekir. Akıl hastalığı veya başka bir nedenle ayırt etme gücünden yoksun kimseler haksız fiillerinden sorumlu tutulmazlar. Hakkaniyet sorumluluğu teşkil eden durumlar bu kurala istisnadır. Ayırt etme gücüne ilişkin Avusturya hukukunda haksız fiil sorumluluğunda ilişkin ayırt etme gücünün varlığı karinesi öngörülmüştür. ABGB §176'ya göre 14 yaşını doldurmuş kişinin haksız fiil teşkil eden olaya ilişkin ayırt etme gücünün bulunduğu aksi ispat edilmedikçe kabul edilir. Bununla birlikte tam tersi bir karine de bulunmaktadır. Bu karineye göre 14 yaşını doldurmamış kişinin haksız fiil teşkil eden olaya ilişkin ayırt etme gücü bulunmadığı kabul edilir, ancak zarar gören bunun aksini ispat edebilir¹⁷³. Zira her ne kadar erişkinlere nazaran daha hafif değerlendirilse de, istisnai de olsa, 14 yaşından küçüklerin de kusurlu olduğu durumlar söz konusu olabilir. Örneğin, okul çağındaki çocuklar belli tehlikelerin ve bazı trafik kurallarına uymanın öneminin ayırdındadır¹⁷⁴. Öte yandan, ABGB §1307'ye göre, kendi

¹⁷⁰ **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1294 N. 11.

¹⁷¹ Aynı Kanunun 4. maddesinin 3. fıkrası.

¹⁷² Aynı Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrası.

¹⁷³ **Koziol**, Fault, N. 17; **Koziol**, Germanic Perspective, s. 201.

¹⁷⁴ **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1310 N. 7.

kusuruyla ayırt etme gücünden geçici şekilde yoksun kalan kişiye meydana gelen zarara ilişkin kusur atfedilir ve kişi haksız fiilden sorumlu olur.

ABGB §1324'e göre, tazminat miktarı kusurun derecesine bağlıdır. Fail, hafif ihmalle hareket etmişse kural olarak sadece objektif olarak hesaplanan fiili zarardan sorumlu olur, sübjektif olarak hesaplanan yoksun kalınan kâr ve manevi zarardan sorumlu olmaz¹⁷⁵. Ancak fail, kasıt ya da ağır ihmalle hareket etmişse bu durumda yoksun kalınan kar ve manevi zarardan da sorumlu olur¹⁷⁶. Bununla beraber, vücut bütünlüğünün ihlali durumunda fail, hafif ihmalle hareket etmiş olsa dahi yoksun kalınan kardan ve manevi zarardan sorumlu tutulur¹⁷⁷.

ABGB §1304 uyarınca zarar görenin kusuru da tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Zarar verenin kusuru ve zarar görenin kusuru oransal olarak tazminat miktarına etki eder. Zarar verenin kusuru zarar görenin kusuruna nazaran çok daha ağır ise bu durumda zarar görenin kusuru dikkate alınmaz. Ancak kusurları eşitse ya da oranlar belirlenemiyorsa, ki bu durumda oranlar eşit kabul edilir, zarar, fail ile zarar gören arasında eşit -yarı yarıya- paylaşılır¹⁷⁸. Zarar görenin kusurundan söz edilebilmesi için zarar görenin ayırt etme gücünün bulunması gerekse de hakkaniyet sorumluluğunu düzenleyen ABGB §1310 kıyasen uygulama alanı bulabilir¹⁷⁹. Kusur, müteselsil sorumlular arası iç ilişkide rücu bakımından da önemlidir¹⁸⁰.

¹⁷⁵ **Mayrhofer**, s. 316; **Koziol**, Fault, N. 38; **Danzl**, Karl-Heinz, Kurzkomentar zum ABGB, Viyana 2010, §1324 N. 1; **Welser/Zöchling-Jud**, N. 1432-1435. Bu kuralın istisnaları için bkz. **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1293 N. 3. Ağır kusur halinde tazminatın hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1293 N. 8-10. Avusturya hukukunda fiili zarar ve yoksun kalınan kar kavramları ve zararın hesaplanması için bkz. **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1293.

¹⁷⁶ **Mayrhofer**, s. 321; **Koziol**, Fault, N. 38; **Danzl**, ABGB Kurzkomentar, §1324 N. 1.

¹⁷⁷ **Koziol**, Fault, N. 38; **Danzl**, ABGB Kurzkomentar, §1325 N. 4. Kusurun derecesinin tazminat miktarına etkisi bu örneklerle sınırlı değildir. Ayrıntılar için bkz. **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1293; **Danzl**, ABGB Kurzkomentar, §1325; **Welser/Zöchling-Jud**, N. 1472.

¹⁷⁸ **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1304 N. 4.

¹⁷⁹ **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1304 N. 2.

¹⁸⁰ **Koziol**, Fault, N. 43; **Karner**, ABGB Kurzkomentar, §1302 N. 14.

1.3.1.3. Fransız Hukukunda Kusur

Fransız haksız fiil hukuku, az sayıda, ancak genel nitelikli hükümlerle Fransız Medeni Kanununun (*Code Civil* – “FMK”) 1240 ila 1245. maddeleri arasında düzenlenmiştir ve mahkemeler genel nitelikli bu hükümlerin içini içtihat yoluyla doldurmaktadır¹⁸¹.

Genel olarak kusur, Fransız haksız fiil hukukunda bir unsur olarak kişinin kendi davranışından sorumluluğunda aranır. Kişinin kendi davranışından sorumluluğu FMK m. 1240 ve m. 1241’de düzenlenmiştir. FMK m. 1240’a göre, “*Kişinin kusuru ile başkasına zarar veren her davranışı, onu bu zararı tazmin etmekle yükümlü kılar.*”¹⁸² FMK m. 1241’e göre, “*Kişi sadece kastından dolayı meydana gelen değil aynı zamanda ihmalden ve tedbirsizliğinden dolayı meydana gelen zarardan da sorumludur.*”¹⁸³

Fransız mahkeme kararları ve doktrininde haksız fiil sorumluluğunun unsurları, zarar, nedensellik bağı ve *faute* olarak sayılmaktadır. Türk/İsviçre ve Alman hukuklarında zarar ve nedensellik bağı dışında, hukuka aykırılık ve kusur iki ayrı sorumluluk unsuru olarak nitelendirilip aranırken Fransız hukukunda hukuka aykırılık ve kusur ayrımı

¹⁸¹ Meşhur Fransız Medeni Kanununun sözleşme sorumluluğu hükümleri 2016 yılında kapsamlı bir değişikliğe uğramış ve dolayısıyla kanun madde numaralarında değişiklik olmuştur. Meşhur m. 1382 vd. artık m. 1240 vd.’dir. 1804 tarihli *Code Civil*, Roma hukukunun iktibasında teşkil ettiği örnek açısından önemlidir. Roma hukukunun yeniden keşfi neticesinde doğal hukukçular Roma hukuku düzenlemelerini genel prensipler halinde ifade etmişlerdir. FMK, Roma hukukunda yer alan ilkeleri, genel nitelikli hükümler biçiminde içermesi bakımından önemli bir yere sahiptir. **Wagner**, Gerhard, “Comparative Tort Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, (s. 1003-1041) s. 1007. FMK’daki bu formülasyon büyük ölçüde Fransız hukukçu Jean Domat’ın eseri “*Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel*”e (1689) atfedilebilir. Domat bu eserinde Roma hukukunu sistematik biçimde incelemiş, Roma hukukunu çağın gereklerine uyarlamış ve doğal hukuk görüşü ışığında Fransız hukuk fikirleriyle harmanlamıştır. Domat zararın tazmininin sadece kasıttan değil aynı zamanda özen gerekliliğinin yerine getirilmemesinden doğabileceğini de kabul etmiştir. **Zweigert/Kötz**, s. 616. **Lawson/Markesinis**’e göre, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu m. 1382, fazla sade olmakla beraber 19. ve 20. yüzyılın değişen koşullarına uyum sağlama becerisini göstermiştir. Kusurdan dolayı genel bir sorumluluk öngören bu madde adeta bir manifesto gibidir. Bu Kanun, Kıta Avrupası’nda haksız fiil hukuku bakımından dönüm noktası olup ardından gelen medeni kanunları az ya da çok ama muhakkak etkilemiştir. **Lawson/Markesinis**, s. 41; **Schrage**, s. 8. 1804 tarihli FMK’dan yaklaşık 100 yıl sonra (1900) Alman Medeni Kanununun hazırlanışı sırasında Fransız hukukundaki genel nitelikli bu hükümler, tazminat sorumluluğunun aşırı genişlemesi olarak görülerek tercih edilmemiştir. **Viney**, Geneviève, “Tort Liability”, *Introduction to French Law*, Austin 2008, (s. 237-262) s. 238. Bununla beraber, Fransız hukukunda da zarar, kusur ve nedensellik bağına ilişkin net olmayan (*opaque*) değerlendirmelerle diğer Avrupa hukuklarıyla benzer sonuçlara varıldığı savunulmaktadır. **Jansen**, *Negligence*, s. 444.

¹⁸² “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*” (<https://www.legifrance.gouv.fr>) E.T. 14.03.2019.

¹⁸³ “*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*” (<https://www.legifrance.gouv.fr>) E.T. 14.03.2019.

yapılmayarak zarar ve nedensellik bağı dışında bir üçüncü unsur olarak *faute* aranır¹⁸⁴. *Faute* kelimesi, kusur anlamına gelmekle beraber Türk- İsviçre ve Alman hukuklarında kusur'dan anlaşılardan geniş ve farklı bir anlama sahiptir.

Faute, yazılı hukuk kuralının ya da genel davranış kuralının ihlali anlamına gelir¹⁸⁵. Yazılı hukuk kuralının ihlali, belirli bir davranışı emreden hukuk kuralının ihlali ya da zarar görenin hakkını ihlal biçiminde olabilir. Hukuk kuralının ihlalinin bizatihi kendisi *faute*'un varlığı için yeterlidir¹⁸⁶. Hukuk kuralının zarar göreni korumayı amaçlıyor olması aranmaz. Zira tüm emredici hukuk kurallarının o kuralın ihlalden zarar gören herkesi koruyan mutlak bir kapsamı bulunduğu kabul edilir¹⁸⁷. Alman hukuk geleneğini takip eden ülkelerde kullanılan ve hâkime ihlal edilen hukuk kuralının somut olayda zarar gören kişiyi korumayı amaçlayıp amaçlamadığını araştırma görevi yükleyen normun koruma amacı teorisi (*relativité aquillenne*), bu sebeple Fransız hukukunda uygulanmaz¹⁸⁸. Diğer sorumluluk unsurları olan zarar ve nedensellik bağı mevcutsa sorumluluk doğar. Ayrıca Fransız hukukunda, Anglo-Amerikan hukukundaki gibi taraflar arasında özel bir özen yükümlülüğünün mevcut olması aranmaz, sorumluluk herhangi bir ilişkiden doğabilir¹⁸⁹.

Zarar görenin hakkını ihlal, zarar görenin açık bir şekilde tanımlanmış subjektif hakkının ihlali anlamına gelmektedir¹⁹⁰. Kanun koyucu belli bir davranışı emreden hukuk kuralını öngörmek yerine belirli subjektif hakları tanımlayarak ve bunların korunmasını sağlayarak da aynı sonuca ulaşmaktadır¹⁹¹. Böylelikle kanun koyucu bu hakkı ihlal eden tüm davranışları yasaklamaktadır. Bunlara örnek olarak kişilik hakkı

¹⁸⁴ **Moréteau**, Olivier, "Basic Questions of Tort Law from a French Perspective", Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Viyana 2015, N. 1/141.

¹⁸⁵ **Viney**, Geneviève/**Jourdain**, Patrice/**Carval**, Suzanne, *Traité de Droit Civil Les Conditions de la Responsabilité*, Paris 2013, N. 446 vd.; **le Tourneau**, N. 6716 vd.

¹⁸⁶ **Galand-Carval**, Suzanne, "Fault under French Law", *Unification of Tort Law: Fault*, The Hague 2005, N. 13.

¹⁸⁷ **Viney/Jourdain/Carval**, N. 441; **van Dam**, s. 57, 286.

¹⁸⁸ **Viney/Jourdain/Carval**, N. 441; **van Dam**, s. 286.

¹⁸⁹ **van Dam**, s. 57; **Viney**, s. 248.

¹⁹⁰ **Viney/Jourdain/Carval**, N. 449.

¹⁹¹ **Viney/Jourdain/Carval**, N. 449.

(m. 9) ve mülkiyet hakkı (m. 544) verilebilir. Bu hakların ihlalinin bizatihi kendisi sorumluluğun doğması için yeterlidir; hatta zararın ispatına bile gerek yoktur¹⁹².

Genel davranış kuralının ihlali ise -yazılı olmayan ödevin ihlali-, m. 1241’de yer alan ihmalkâr ve tedbirsiz davranma anlamına gelir. Genel davranış kuralının ihlalinde, özen standardına uymama, aynı dışsal koşullar altında bulunan soyut makul kişi (iyi aile babası - *bonus pater familias*) gibi davranmama söz konusudur¹⁹³. Soyut makul kişi, ne aşırı tedbirli ne de ölçüsüz derecede umursamaz, ne kahraman ne korkak, ne saf egoist ne istisnai derecede diğerkam; aksine bunların arasında, sıradan bir kişidir¹⁹⁴. Makul kişinin davranışından sapma değerlendirmesinde, zararın öngörülebilirliği, faaliyetin doğası ve tehlikeliliği, zararın engellenmesi için alınabilecek önlemlerin uygulanabilirliği, ilgili mesleki ve teknik uygulamalar gibi düzenlemeler dikkate alınır¹⁹⁵. Bununla beraber mahkemeler ihmal ve tedbirsizliği geniş yorumlamaktadır¹⁹⁶. Makul kişinin davranışından sapma değerlendirmesinde en ufak bir sapma (*culpa levissima*), sorumluluğun doğması için yeterlidir; meğerki kanun koyucu özel bir kusur derecesi belirtmiş olsun¹⁹⁷. Sapma, basit bir hata ya da içgüdüsel bir davranıştan (refleks) kaynaklansa bile sorumluluk doğar¹⁹⁸.

Faute kavramının içeriği uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Önceleri *faute*’un yapma ya da yapmama biçiminde hukuka aykırı ve faile yüklenebilir bir fiil olduğu ifade edilmiştir. Buna göre *faute*’un objektif unsur ve sübjektif unsurunun mevcut olduğu; objektif unsurun hukuka aykırılık, sübjektif unsurun ise yüklenebilirlik (*imputabilité*)

¹⁹² le Tourneau, N. 1618; Viney, s. 257.

¹⁹³ Galand-Carval, N. 13. Esasen Fransız Medeni Kanununda iyi aile babası ifadesi (*bon père de famille*) pek çok hükümden zikredilmekte idi ancak cinsiyetçi çağrışımda bulunduğu gerekçesiyle ve kadın erkek eşitliğini gerçek anlamda sağlama hedefiyle 2014 yılında Fransa’da pek çok kanunda değişiklik yapılmış ve FMK’daki “iyi aile babası” ifadesi kaldırılarak yerine “makul kişi” ifadesi getirilmiştir. 04.08.2014 tarihli ve 2014-873 sayılı Kadınlar ve Erkekler Arasında Gerçek Eşitliği Sağlama Amaçlı Kanun [*Loi no. 2014-873 du 4 août 2014 pour l’égalité réelle entre les femmes et les hommes*].

¹⁹⁴ Fabre-Magnan, Muriel, *Droit des Obligations- Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris 2010, s. 89-90.

¹⁹⁵ Galand-Carval, N. 19. Bu kuralların ihlali *faute* anlamına gelebilir ancak bunlara riayet kusursuzluk anlamına gelir denilemez.

¹⁹⁶ Viney, s. 248.

¹⁹⁷ Galand-Carval, N. 4; Viney, s. 248.

¹⁹⁸ Galand-Carval, N. 20.

olduğu savunulmuştur¹⁹⁹. Objektif unsur, dışsal koşullara bir diğer deyişle, kişinin davranışının hukuka aykırılığına; sübjektif unsur ise içsel koşullara bir diğer deyişle, failin kişisel yeteneklerine ilişkindir.

Hukuka aykırılık, bir görüşe göre mevzuata aykırılık ya da önceden mevcut bir ödevin²⁰⁰ (iyi aile babasının davranışının) ihlali anlamına gelmektedir²⁰¹. Bir başka görüşe göre ise, hukuka aykırılık ve kusur arasındaki ayırım ve özellikle hukuka aykırılığı tanımlama çabaları belirsiz, faydasız ve hatta tehlikelidir²⁰². Bu görüşe göre kusur, zararı meydana getiren fail ile aynı “dışsal” şartlar altında bulunan tedbirli bir kişi tarafından sergilenecek davranışın sergilenmemesi anlamına gelir²⁰³. Burada sosyal kusurdan bahsedilir ve bu davranıştan sorumluluk, sırf bu sebeple doğmaktadır.

H. et L. Mazeaud, hukuka aykırılık kavramını, hukuk kurallarına uygun davranan kişinin hiçbir zaman sorumluluğunun doğmayacağı konusunda yanılıya neden olabileceğini savunmak suretiyle eleştirmektedir²⁰⁴. *Marty* de hangi yükümlülüklerin ihlalinin *faute*'un temelini oluşturacağını tam olarak belirlemek imkânsızdır diyerek hukuka aykırılık kavramına karşı çıkmaktadır²⁰⁵. Buna karşılık *Viney/Jourdain/Carval* bu görüşlerin hukuki yükümlülüğe aykırılık ya da emredici hukuk kuralının ihlali anlamına gelen hukuka aykırılık kavramını reddetmede yetersiz kaldıklarını savunur. *Viney/Jourdain/Carval*, hukuka aykırılık kavramına karşı çıkarken davranış kuralından sapmayı önerilmesine dikkat çekmekte ve hukukun, bir davranışı, hukuk kurallarına atıfta bulunmaksızın yaptırıma tabi tutamayacağını altını çizerek davranış kuralından

¹⁹⁹ **Fabre-Magnan**, s. 87 vd.; **Viney/Jourdain/Carval**, N. 442 vd.

²⁰⁰ **Kaneti**, Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s. 59; **İmre**, s. 14.

²⁰¹ **Planiol**, Marcel, “Etudes sur la Responsabilité Civile”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1905, s. 277, 287. Aktaran: **Viney/Jourdain/Carval**, N. 443, dn. 32. Planiol'a göre kusur iki unsurdan oluşmaktadır: Bunlar objektif unsur ve sübjektif unsurdur. Objektif unsur, önceden mevcut bir ödevin ihlali (İmre gibi bunu hukuka aykırılık olarak adlandırmaktayız); sübjektif unsur ise başkasına zarar verdiğini bilmek ya da bilebilecek durumda olmaktır. (İmre gibi bunu kusur olarak adlandırmaktayız). **Planiol**, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, N. 863. Aktaran: **İmre**, s. 14, dn. 28.

²⁰² **Mazeaud**, Henri et Leon/**Tunc**, André, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, C.: 1, Paris 1957, N. 389, 392, 431, 432.

²⁰³ **Mazeaud/Mazeaud/Tunc**, N. 439.

²⁰⁴ **Mazeaud/Mazeaud/Tunc**, N. 389. Yazarlara göre kanun koyucu ya da yetkili merciler bir düzenleme yaptıklarında bununla genellikle belirli tedbir ölçüsü şart koşmakla beraber gerekli tüm tedbirlerin alınması zorunluluğunu saklı tutarlar.

²⁰⁵ **Marty**, Gabriel “Illicéité et responsabilité”, in *Études Juridiques Offertes à Leon Julliot de la Morandière*, Paris 1964, (s. 339-350) s. 344.

sapmanın hukuka aykırı fiil anlamına geldiğini; hukuka aykırılık kavramının sınırlandırılması ve tanımlanmasına ilişkin zorluğun davranış kuralından sapma kavramı için de geçerli olduğunu belirtmektedir²⁰⁶. Buna göre, adına davranış kuralından sapma ya da hukuk kuralının ihlali densin, her iki kavramın da içeriği aynı olup, hukuken öngörülen bir kuralın ihlali, *faute*'un varlığı için gereklidir.

Faute kavramının içeriğine ilişkin asıl tartışma yüklenebilirlik (imputabilité) unsuruna ilişkindir. Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında kusur olarak adlandırılan bu unsur, bir davranışın kişiye haksız fiil olarak yüklenerek (*fautif*-kusurlu) kişinin sorumlu tutulabilmesi için kişinin davranışını anlayabilecek kapasitede ve bilinçte olması anlamına gelmektedir²⁰⁷. Bu yazarlar kimi ahlaki kimi psikolojik olarak nitelendirdikleri bu duygusal içerikle kusurun subjektif unsurunun bulunduğunu ifade etmişlerdir²⁰⁸.

Fransa'da bu görüş H. et L. Mazeaud tarafından temsil edilen objektivist doktrinin güçlü atakları karşısında darbe almıştır. H. et L. Mazeaud'yu, farklılık göstermekle beraber, Marty/Raynaud²⁰⁹, Dejean de la Bâtie²¹⁰, le Tourneau²¹¹ ve diğerleri takip etmiştir. Bu yazarlara göre, davranış kuralından sapma ya da hukuk kuralları ile emredilen yükümlülüğün ihlali, failin akli melekelerini değerlendirmeye gerek olmaksızın tazminat sorumluluğunda *faute*'un tespiti için yeterlidir²¹². Buna göre, *faute*'un varlığı için yüklenebilirlik, gerekli bir unsur değildir. *Faute* subjektif unsur barındırmamaktadır. Bu nedenle tüzel kişi de *faute* şeklinde haksız fiil işlemeye ehildir. Aynı kural küçük çocuk, yaşlı ya da engelli bir kimse gibi zihinsel ya da fiziksel becerileri ağır ölçüde yara almış kişiler için de geçerlidir. Bu görüşü gerekçelendirmek üzere, zarar doğuran fiili gerçekleştiren kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmamasına

²⁰⁶ Viney/Jourdain/Carval, N. 442.

²⁰⁷ Savatier, René, Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français, Civil, Administratif, Professionnel, Procédural, Paris 1951, N. 161 vd.; Rodière, René, La Responsabilité Civile, Paris 1952, N. 1407; Starck, Boris/Roland, Henri/Boyer, Laurent, Obligations 1: Responsabilité Délictuelle, Paris 1991, N. 279-282; Terré/ François/Simler, Philippe/Lequette, Yves, Droit Civil Les Obligations, Paris 2009, N. 722; Fabre-Magnan, s. 94.

²⁰⁸ Viney/Jourdain/Carval, N. 444.

²⁰⁹ Marty, Gabriel/ Raynaud, Pierre, Droit Civil Les Obligations Les Sources, Paris 1988, N. 464.

²¹⁰ Dejean de la Bâtie, Noël, Responsabilité Délictuelle, C.: VI-2, Paris 1989, N. 24.

²¹¹ le Tourneau, N. 6706 vd.

²¹² Viney/Jourdain/Carval, N. 444.

rağmen zarar göreni ve daha genel olarak toplumu koruma ya da risk sorumluluğu gibi çeşitli savlar ileri sürülmüştür²¹³.

Doktrinde savunulan objektif görüş 1968 yılında Fransız Medeni Kanunu m. 489-2'e alınmıştır²¹⁴. Bu hükme göre, bir başkasına akli dengesizlik etkisi altında²¹⁵ zarar veren kimse, yine de bu zararı tazmin etmek zorundadır. Fransız Yüksek Mahkemesi bu hükmün sadece erişkinlere değil aynı zamanda küçüklere de uygulanacağını belirterek hükmün kapsamını genişletmiştir²¹⁶. Fransız Yüksek Mahkemesi 1984 yılında küçük çocuklar için verdiği kararda (*Lemaire*)²¹⁷ yüklenbilirlik unsurunun aranmayacağını ifade ederek sübjektif unsuru terk etmiştir. Bu kimselerin zarar gören olmaları durumunda zarar görenin kusuru değerlendirmeleri de aynı şekilde yapılır²¹⁸.

Böylece Fransız haksız fiil hukukunda *faute*, sosyal bir kavram olarak kabul edilmiş ve sübjektif unsur terk edilmiştir. Sonuç olarak *faute*'un mevcut olup olmadığını belirlemede herkese yeknesak olmak üzere objektif test uygulanmaktadır²¹⁹. Eski yaklaşımla sübjektif unsurun bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulamayacak olan ayırt etme gücünden yoksun kişiler (akıl hastaları, küçüklere vb.) de sadece hukuk kuralının ya da genel davranış kuralının (özen standardının) ihlali (ihmal) nedeniyle sorumlu tutulmaktadır²²⁰. Ayrıca özen standardının belirlenmesi esnasında, Fransız

²¹³ Zarar verenlerin ayırt etme gücünden yoksun olmaları, zarar gören kimselerin, ayırt etme gücünden yoksunların bu eksikliklerine katlanmaları için bir gerekçe oluşturmaz. **Holleaux**, s. 160.

²¹⁴ 2007 yılında FMK'da yapılan değişiklikten önce kanun maddesi 489-2 idi. Ancak değişiklik sonrası madde numarası 414-3 olmuştur.

²¹⁵ “*sous l'empire d'un trouble mental*”

²¹⁶ **Viney/Jourdain/Carval**, N. 591; **Galand-Carval**, N. 4. Bu sistem özellikle çocuklar açısından acımasız gözükabilir ancak çocuğun yanında velinin kusursuz sorumluluğunun bulunması ve her ikisinin de sigortasının bulunması ağır sonuçları engeller.

²¹⁷ Cour de Cassation, Assemblée Plénière 09.05.1984, JCP 1984, II, N. 20255.

²¹⁸ **van Dam**, s. 272; **Galand-Carval**, N. 14; **Viney/Jourdain/Carval**, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin aslında bu kararı tutarlılık uğruna verdiğini ve kararın isabetsiz olduğu kanaatindedir. Yazarlar, bu kuralın -objektif testin- çocukların zarar gören olması durumunda kusurlarının belirlenmesinde uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir. **Viney/Jourdain/Carval**, N. 583 vd. Aynı yönde bkz. **Terré/Simler/Lequette**, N. 732; **Fabre-Magnan**, s. 97; **Bacache-Gibeilli**, Mireille, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, Paris 2016, N. 140.

²¹⁹ **van Dam**, s. 58; **le Tourneau**, , N. 6706: “*La faute, violation d'une norme de conduite, est un comportement anormal. Ainsi entendu, la faute s'écartere considérablement de la faute morale. C'est un concept social.*”

²²⁰ Her ne kadar Fransız hukukunda kusurun objektif biçimde tespit edileceği ve faile ilişkin içsel koşulların kusur değerlendirilmesinde nazara alınmayacağı kabul edilse de Fransız Yüksek Mahkemesi'nin yaş, hastalık ve sakatlık gibi içsel koşulları da dikkate alan kararları bulunmaktadır. Detaylar için bkz. **Bacache-Gibeilli**, N. 148.

hukukunda küçüğün davranışı ve bilgisi, yaşıyla değil; erişkin bir kimseyle kıyaslanır²²¹.

Bugün, Fransız haksız fiil hukukunda zihinsel unsur, esasen ihmalde terk edilmiş olup sadece kasıttır²²². Sorumluluğun doğumu için kusurun derecesi önemsizdir, koşulların gerçekleşmesi durumunda *faute* –kusur- vardır ve sorumluluk doğar. Çoğu durumda ihmal yeterliyken diğer durumlarda zaten kusursuz sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak kanun koyucu bazen özel bir kusur derecesi aramaktadır. Fransız hukukunda kastın nadir örneklerinden birini hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Hngi davranışın hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği tartışmalı olmakla beraber kişinin başkasına zarar verme kastıyla var olan hakkını kullanma iddiası, kötüye kullanma olarak nitelendirilir ve kişinin bundan dolayı meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekmektedir²²³.

Fransız haksız fiil hukukunda kusuru ispat yükü zarar görene aittir. Kusur karinesine nadir başvurulmaktadır. Çünkü mahkemeler zarar göreni korumak istedikleri zaman kusursuz sorumluluğa başvururlar²²⁴. İspat yükünün kapsamı, ne tür bir kusurun mevcut olduğuna göre değişir. Örneğin kişilik hakkının ihlalinde olduğu gibi, zarar görenin hakkını ihlal durumunda sadece ihlalin ispatı yeterlidir.

Haksız fiil sorumluluğunda tazminatın belirlenmesine ilişkin olarak Fransız hukukunda, Türk/İsviçre hukukundaki gibi hâkime tazminattan indirim yetkisi veren bir kanun hükmü (TBK m. 51) bulunmamaktadır. Tazminatın zararı gidermesi amaçlandığından

²²¹ **van Dam**, s. 273; **Terré/Simler/Lequette**, N. 732; **le Tourneau**, N. 1331. Fransız hukukunda haksız fiil sorumluluğunun ağırlaştırılması sadece bu iki madde (m. 1240-1241) açısından değil diğer maddelerde de görülmektedir. Kişinin eşyadan ve başkasının davranışından sorumluluğunun düzenlendiği FMK m. 1242 önceleri bugünkü anlaşıldığı şekliyle bir kusursuz sorumluluk hükmü olarak değil; kusur karinesinin mevcut olduğu bir hüküm olarak anlaşılmakta idi ancak endüstrileşmenin etkisi sonucunda Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 1930 tarihli *Jand'heur* kararı ile kusursuz sorumluluk hükmüne dönüşmüştür.

²²² **Mazeaud/Mazeaud/Tunc**, N. 409; **Marty/Raynaud**, N. 464; **le Tourneau**, N. 6707.

²²³ Fransız Yüksek Mahkemesi istisnai koşullarda, kasıt olmaksızın makul kişinin davranacağı şekilde davranılmayan durumlarda da hakkın kötüye kullanılmasının mevcut olabileceğini kabul etmektedir. **Zweigert/Kötz**, s. 620 vd. Yüksek Mahkeme, ayrıca hakkın olağan kullanım amacı dışında kullanımı halinde de hakkın kötüye kullanımını kabul etmiştir. **Viney**, s. 254; **Bell, John/Boyron, Sophie/Whittaker**, Simon, Principles of French Law, Oxford 2008, s. 374.

²²⁴ **Galand-Carval**, N. 30.

tazminat miktarı zarara denk olmalıdır ve failin kusurunun ağırlığı, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmaz. Ancak hâkimin tazminat miktarının belirlenmesinde takdir yetkisine sahip olduğunu belirtilmektedir²²⁵. Hatta Fransız doktrininde bu açıklamaların teoride geçerli olduğu, uygulamada Hâkimlerin “içimizde yaşayan orantılılık içgüdüsü”nden (*l’instinct de proportionnalité qui habite en nous*) hareketle kusurun ağırlığını, tazminat miktarının belirlenmesinde – özellikle manevi tazminatın dikkate aldığı savunulmuştur²²⁶.

Görüldüğü üzere, Fransız hukukunda hukuka aykırılık ve kusur unsurları iç içe geçmiş hatta Fransız hukukunda kusur anlamına gelen *faute* terimi altında toplanmıştır. Bu nedenle Türk- İsviçre ve Alman hukuklarında hukuka aykırılık unsuruna ilişkin yapılan değerlendirmeler Fransız hukukunda kusur –*faute*- terimi altında yapılmaktadır. Örneğin, hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul edilen zorunluluk hali, haklı savunma, rıza, gibi durumlar, Fransız hukukunda kusuru ortadan kaldıran nedenler olarak görülür.

Bir görüşe göre, objektif kusur görüşünün tercih edilerek ayırt etme gücünün bile aranmaması neticesinde Fransız hukukunda hukuka aykırılık, kusurun tek unsurunu oluşturur ve kusur terimi ile ifade olunan aslında hukuka aykırılıktır²²⁷. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre ise, yüklenebilirlik terk edilmemiştir, hukuka aykırılığın mevcudiyetinin ispatlandığı anda yüklenebilirlik varsayılmaktadır²²⁸. Bu görüşe göre, mülkiyet ya da kişilik hakkı gibi zarar görenin mutlak hakkının ihlal edildiği durumlar hariç olmak üzere- ki bu durumda objektif kusur vardır- *faute* ile hukuka aykırılık anlamına gelir denilemez. Yüklenebilirlik hâlâ m. 1240 ve m. 1241’e göre değerlendirilen davalarda bir unsur olarak yer almaktadır. Dolayısıyla Fransız hukukunda *faute* hukuka aykırılık ve yüklenebilirlik unsurlarını barındırmaya devam

²²⁵ Sage, Yves-Louis, “French Law of Delict : The Role of Fault and the Principles Governing Losses and Remedies”, Victoria University of Wellington Law Review, Vol.: 26, Mayıs 1996, (s. 293-311) s. 8; Winiger, Bénédict, “La gravité de la faute du responsable”, La fixation de l’indemnité Colloque du droit de la Responsabilité civile 2003 – Université de Fribourg, (s. 15-27) s. 15, dn. 2.

²²⁶ Bell/Boyron/Whittaker, s. 415; Carbonnier, Jean, Droit civil, tome 4, 2000, s. 510. Aktaran: Winiger, s. 16, dn. 6.

²²⁷ le Tourneau, N. 6705, 6716; Fabre-Magnan, s. 98.

²²⁸ Moréteau, N. 155.

etmektedir. Yüklenebilirlik terk edilmemiştir ya kasıt anlamına gelmektedir ya da pek çok davada varsayılan ihmal anlamına gelmektedir.

Fransız doktrinde Fransız sorumluluk hukukunun bu dönüşümünün sorumluluk sigortasının yaygınlaşması sayesinde mümkün olduğu belirtilmektedir²²⁹. Sorumluluk sigortası, hukuki sorumluluğun hızlı gelişiminin aynı zamanda hem sebebi hem de sonucudur. Sorumluluk sigortalarının gelişimi, ayrıca mahkemelerin kusursuz sorumluluk hallerinde yüksek meblağlarda tazminat hükmetmelerine teşvik eden önemli bir faktördür.

1.3.1.4. İsviçre Hukukunda Kusur

1.3.1.4.1. Mevcut Yasal Düzenleme

Eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 51’de kusur kavramını sübjektif olarak ele almaktaydı²³⁰. Ancak *Burckhardt* 1903 yılında yayımladığı bir makalede kusurun tespitinde sübjektif ölçünün kullanılabilir olmadığını, buna karşın ortalama bir ölçüyü ifade eden “*diligens pater familias*”ın (özenli aile babası) esas alınması gerektiğini savunmuştur²³¹. *Burckhardt*’ın kusurun tespitinde objektifleştirilmiş kusur görüşünün kullanılması gerektiğine ilişkin bu yaklaşımı, öğretilerde büyük destek görmüş ve bugüne dek hâkim görüş olarak kalmayı başarmıştır²³². Ancak objektifleştirilmiş kusur görüşünün İsviçre’de tam kabul gördüğü söylenemez. Objektifleştirilmiş kusur teorisi, öğretinin ve yargı kararlarının büyük bölümünde kabul edilen görüş olmakla beraber sübjektif kusur teorisinin de önemli temsilcileri bulunmaktadır.

Mevcut İsviçre Borçlar Kanunu m. 41/1’e göre, gerek kasten gerek ihmalen hukuka aykırı biçimde bir başkasına zarar veren kimse, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

²²⁹ Sage, s. 16. Aynı yönde bkz. **Borghetti**, Jean- Sébastien, “The Culture of Tort Law in France”, *Journal of European Tort Law*, Y.: 2012, C.: 3, S.:2, (s. 158-182), s. 167.

²³⁰ **Fellmann**, Walter, “Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht”, *ZSR* 106/1987, (s. 339-366) s. 346.

²³¹ **Fellmann**, s. 347-348; **Burckhardt**, Carl Christoph, *Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht*, *ZSR NF* 22, 1903, s. 520 vd. Aktaran: **Fellmann**, s. 348, dn. 30.

²³² **Fellmann**, s. 348.

İsviçre Borçlar Kanunu m. 41/2'ye göre ise, kasten²³³ ve ahlaka aykırı biçimde bir başkasına zarar veren kimse, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere İsviçre Borçlar Kanununda da bir kusur tanımı yapılmamakta, ancak objektifleştirilmiş kusur teorisi doktrin ve içtihatlarda hâkimiyetini sürdürmektedir.

1.3.1.4.2. Widmer/Wessner Ön Tasarısında Kusur

İsviçre'de, Pierre Widmer ve Pierre Wessner başkanlığında hazırlanan “Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine Yönelik Ön Tasarı²³⁴” (“Ön Tasarı”) 2000 yılında tartışılmaya açılmış ancak 2009'da kadük olmuştur. 2012 tarihli Türk Borçlar Kanununda her ne kadar esasen eski Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeler büyük ölçüde muhafaza edilmiş olsa da yeni Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin yeni düzenlemelerinin neredeyse tamamı Ön Tasarıdan alınmıştır²³⁵.

Ön Tasarıda sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi ile haksız fiil sorumluluğunun ortak esaslara tabi tutulduğunun altının çizilmesi gerekir.

Ön Tasarı m. 41/1'e göre, herkes bir başkasına verdiği zararı, hukuka aykırı fiil kanun uyarınca kendisine yüklenebilir olduğu ölçüde tazmin etmekle yükümlüdür. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, hukuka aykırı olarak verilen zarar, özellikle, kusurlu bir davranışıyla zarara sebep olan kimse, yardımcı kişi kullanan kimse ve önemli ölçüde tehlikeli faaliyetten faydalanan kimselere yüklenebilir niteliktedir.

Ön Tasarıda hukuka aykırılık unsuru da tanımlanmıştır. Ön Tasarı m. 46 uyarınca, hukuk düzeni tarafından korunan bir hakkın ihlali neticesinde bir zararın meydana gelmesi hukuka aykırıdır. Hukuk düzeninin öngördüğü emir ve yasakların, dürüstlük kuralının ya da borca aykırılığın ihlalden doğan zararlar hukuka aykırıdır²³⁶.

²³³ Fıkra kullanılarak ifade “*absichtlich*”dir.

²³⁴ *Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-f.pdf>. E.T. 03.02.2019.

²³⁵ Ön Tasarının Türk Borçlar Kanunu üzerindeki etkisine ilişkin açıklama için bkz. **Buz**, s. 20.

²³⁶ Objektif hukuka aykırılık teorisinin bu hükümle kanuni bir dayanağa kavuştuğu yönünde ve hukuka aykırılık tanımına getirdiği yenilikler için bkz. **Çağlayan Aksoy**, Pınar, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s. 261 vd.

Kusur sorumluluğunun düzenlendiği m. 48'e göre, bir başkasına gerek kasten gerek ihmalen kusurlu davranışıyla zarar veren kimse, bu zararı tazminle yükümlüdür. İhmal tanımının yapıldığı Ön Tasarı m. 48a'ya göre, koşulların ve kişisel durumunun gerektirdiği özeni göstermeyen kimse ihmali davranmıştır. Gösterilmesi gerekli özen, failin yaşı, eğitim durumu, bilgisi ve diğer yetenek ve nitelikleri dikkate alınarak belirlenir.

Ön Tasarı m. 48a'da ihmalin belirlenmesinde subjektif ölçüye dönülmesine- kusurun yeniden subjektifleştirilmesi- dair bu öneri elbette tartışmalıdır. Ancak bu değişikliğin gerekçesi, yine Ön Tasarıda yer alan tehlike sorumluluğu (m. 50) ve organizasyon sorumluluğu (m. 49a) hükümleriyle kusursuz sorumluluğa dair iki genel hükmün getirilmiş olmasıdır²³⁷. Zira bu iki genel hüküm, bugüne kadar kusur kavramının saptırılarak kullanılması suretiyle çözülen uyuşmazlıkları kapsayacak ve artık objektifleştirilmiş kusur kavramına gereksinim duyulmayacaktır.

Ön Tasarıda subjektif kusur ölçüsünün tercih edilmesi İsviçre hukuk doktrininde eleştirilmiştir. *Gauch*'a göre, kusurun objektifleştirilmesi bir tesadüf değil, hukukun zarar göreni korumak yönünde değişen bakış açısının bir yansımasıdır²³⁸. Ayrıca kanun koyucu, ihmal kavramının gelişimini, toplumun dönüşümüne ve değişen algılara uyum sağlama becerisine sahip olan doktrin ve içtihadı bırakmalıdır çünkü zaman içerisinde haksız fiilde ya da sözleşme sorumluluğunda farklı bir ihmal kavramına ihtiyaç duyulabilir ve gerekli anlamın belirlenmesini o dönemin hukuk aktörlerine bırakmak, daha isabetli bir çözümdür²³⁹. *Werro* da, Ön Tasarıda kusurun yeniden subjektifleştirilmesini bir gerileme olarak görmektedir²⁴⁰. Yazara göre, subjektif kusurun kabul edilmesi, haksız fiil hukukunun amacını tehlikeye atması, uyuşmazlıkların çözümünün zorlaşacak olması nedeniyle hukuk güvenliğini zedelemesi ve Avrupa genelinde kabul edilen kusur anlayışından uzaklaşmış olunması

²³⁷ **Widmer**, Pierre, "Fault under Swiss Law", Unification of Tort Law: Fault, The Hague 2005, s. 285.

²³⁸ **Gauch**, Peter, "Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung", ZSR 116/1997, (s. 315- 341) s. 328.

²³⁹ **Gauch**, Die Vereinheitlichung, s. 328.

²⁴⁰ **Werro**, Franz, "Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR", ZSR 116 (1997), I. Halbband, (s. 343-386) s. 373.

sebepleriyle kabul edilemezdir²⁴¹. Ayrıca yazar, Ön Tasarıda tehlike sorumluluğunun genel hükümle düzenlenmesinin kusurun sübjektifleştirilmesi için yeterli gerekçe teşkil etmeyeceğini, zira böyle bir durumda hâlâ bir kimsenin kişisel eksiklikleri nedeniyle sorumlu tutulamamasının bir açıklaması olmadığı kanaatindedir²⁴².

Kusuru ispat yüküne ilişkin olarak, Ön Tasarıda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ön Tasarı m. 56d'ye göre, zarar ve nedensellik bağına zarar gören ispat yükü altındadır. Hükümde kusura ilişkin bir ibare olmadığından ispat yüküne ilişkin İsviçre Medeni Kanunundaki düzenleme devreye girecek ve kusuru da zarar görenin ispatlaması gerekecektir. Ön Tasarıda sözleşme sorumluluğunda kusuru ispat yükünü ters çeviren bir hüküm de yer almamaktadır. Bu durum doktrinde haksız fiil ve sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin yeknesaklaştırılması arzusu ya da özen eksikliğinin zaten borca aykırılık kapsamında alacaklı tarafından ispatlanacağı argümanlarıyla açıklanamayacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir²⁴³.

Son olarak, kusurun tazminat miktarına etkisine ilişkin olarak Ön Tasarıda hüküm bulunmaktadır. Ön Tasarı m. 52'ye göre, hâkim, tazminatın kapsamını tüm koşulları dikkate alarak belirler. Hâkim, özellikle, kusurun ağırlığını, hem sorumlu kişi hem de zarar görene yüklenebilen karakteristik riskin yoğunluğunu ve zararı önlemek ya da azaltmak için alınan tedbirleri dikkate alır.

1.3.1.4.3. OR 2020 Tasarısında Kusur

İsviçre'de Claire Huguenin ve Reto M. Hilty başkanlığında Borçlar Kanunu Genel Hükümler projesi çalışmalarına başlanmış ve bu çalışmanın sonucunda İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı²⁴⁴ ("OR 2020 Tasarısı") hazırlanmıştır.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 49'a karşılık gelen hükmü m. 46'ya göre, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın genel davranış yükümlülüğünün ihlali neticesinde bir

²⁴¹ Werro, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 373.

²⁴² Werro, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 374.

²⁴³ Gauch, Die Vereinheitlichung, s. 326.

²⁴⁴ Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil.

zarara sebebiyet veren kimse, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Buna göre, haksız fiil sorumluluğunun unsurları, genel davranış yükümlülüğünün ihlali, zarar ve bunlar arasındaki nedensellik bağıdır²⁴⁵.

Genel davranış yükümlülüğünün ihlali, yazılı bir hukuk kuralının ihlali ya da fail ile aynı şartlar altında bulunan makul bir kişinin göstereceği özenin gösterilmemesi anlamına gelir²⁴⁶. Bu bakımdan genel davranış yükümlülüğünün ihlali, objektif ve somut olarak öngörülebilir bir zararın meydana gelmemesi için gerekli ve makul önlemlerin alınmaması anlamına gelmektedir²⁴⁷. Somut olayın koşulları altında failin yükümlülüğünün içeriğini hâkim belirleyecektir.

OR 2020 Tasarısında, hukuka aykırılık ve kusur unsurları birleştirilmiştir. Böylece kusur ve hukuka aykırılık unsurlarına ayrı ayrı yer veren Romanist hukuk geleneğinden (ABGB §1295, BGB §823) ayrılarak hukuka aykırılık ve kusur kavramlarını içinde barındıran *faute* kavramına yer veren Fransız Medeni Kanununa yaklaşılmıştır.

Hukuka aykırılık- kusur ayrımı perspektifinden bakılacak olursa, OR 2020 Tasarısının kabul ettiği sistem uyarınca, özen yükümlülüğünün ihlali, genel davranış yükümlülüğünün ihlalinin tespitinde bir diğer deyişle, hukuka aykırılık unsurunda araştırılacak, kusur sadece sübjektif unsur ile, bir diğer deyişle, ayırt etme gücü ile sınırlı olarak değerlendirilecektir.

Bu tercihin gerekçeleri İsviçre Federal Mahkemesi'nin koruma normunun bulunmaması nedeniyle sorumluluğu reddettiği haller ile güven sorumluluğunun mevcut olduğunu belirtilerek sorumluluğun doğduğunu kabul ettiği haller arasındaki belirsizliğin verdiği rahatsızlık, mutlak hak ihlali ile malvarlığı ihlali arasındaki ayrımın artık meşru

²⁴⁵ OR 2020'nin hazırlık sürecinde önerilen hukuka aykırılık ve kusur tanımları ve bu hükme ilişkin olarak yine grup içerisinde yöneltilen eleştiriler için bkz. **Chappuis**, Christine, "La distinction entre l'illécitité et la faute: n'est-il pas temps de renoncer?", *Haftpflicht-und Versicherungsrecht/ Droit de la Responsabilité civile et des assurances Liber amicorum Roland Brehm*, (s. 83-95) s. 91-92. OR 2020'de kabul edilen hukuka aykırılık yaklaşımının objektif hukuka aykırılık ve sübjektif hukuka aykırılık teorilerinin tam ortasında yer aldığına ilişkin açıklama için bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 273.

²⁴⁶ **Fellmann**, Walter/**Müller**, Christoph/**Werro**, **Franz**, *Schweizer Obligationenrecht 2020- Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/ Code des obligations suisse 2020- Projet relatif à une nouvelle partie générale* (eds. Huguenin, Claire/Hilty, Reto M.), Zürich 2013, Art. 46, N. 7.

²⁴⁷ **Fellmann/Müller/Werro**, OR 2020, Art. 46, N. 8.

görülmemesi, hukuka aykırılık ve ihmâl kavramları arasındaki ayrımın belirsizliğinin sebep olduğu karışıklık ve kusurun yeniden sübjektifleştirilmesi çabalarına ket vurulmasıdır²⁴⁸.

Hükümde yer alan hukuka aykırılık anlayışı, genel davranış yükümlülüğü kavramının şeffaflık ve belirlilikten yoksun olduğu, sorumluluğun sınırsız hale gelmesi riskini barındırdığı, hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği zedelediği gerekçeleriyle eleştirilmektedir²⁴⁹. Öyle ki, hukuka aykırılık ve kusur kavramlarını içinde barındıran *faute* kavramını esas alan Fransız hukukunun bu kavramla pek çok problem yaşadığı ve OR 2020 Tasarısında yer alan hukuka aykırılık anlayışının gerileme teşkil edeceği savunulmuştur²⁵⁰. Bu eleştirilere karşın, sorumluluğun tüm unsurlarının aynı endişeye sebebiyet verebileceği ve somutlaştırmaya ihtiyaç duyulduğu, sorumluluk hukukunun tarafların menfaatleri arasında adil bir denge kurmak suretiyle toplumsal olarak kabul edilebilir olacağı şeklinde cevap verilmiştir²⁵¹.

Kusura ilişkin olarak TBK m. 49/2'ye karşılık gelen bir hüküm OR 2020 Tasarısında yer almamaktadır²⁵². Yürürlükteki İsviçre hukukunun aksine kavramsal sebeplerden ötürü kusurun tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacağına dair bir hüküm de bulunmamaktadır²⁵³. Zira temel sorumluluk normu olan ve mevcut m. 41'e karşılık gelen OR 2020 m. 46'ya göre, genel davranış yükümlülüğünün ihlali sorumluluk doğurur. OR 2020 m. 54'e göreyse, hâkim tazminatın biçimini ve kapsamını, olayın tüm koşullarını dikkate alarak belirler. Buna göre hâkim, tazminatın belirlenmesinde, davranış normunun ihlalinin ağırlığı da dahil olmak üzere tüm koşulları dikkate almak zorundadır.

²⁴⁸ **Chappuis**, La Distinction, s. 92-93.

²⁴⁹ Detaylı açıklama için bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 279 vd.

²⁵⁰ **Çağlayan Aksoy**, s. 279 vd.

²⁵¹ **Chappuis**, La Distinction, s. 93.

²⁵² Tasarıda bu hükme yer verilmemesinin eleştirisi için bkz. **Topuz**, Murat, "İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (C.: III), C.: 22, S.: 3, Y.: 2016, (s. 2693-2714) s. 2697.

²⁵³ **Huguenin**, Claire, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil Zürich 2014, N. 1886 dn. 90.

1.3.2. Anglo-Amerikan Hukukunda Kusur

Kıta Avrupası, Roma hukukundaki haksız fiil tiplerini incelemiş ve bunlardan genel bir haksız fiil sorumluluğu ilkesi çıkarmıştır²⁵⁴. Buna karşın, Anglo-Amerikan hukukunda, Kıta Avrupası kanunlarının aksine haksız fiil sorumluluğuna ilişkin tek bir ilke bulunmamaktadır²⁵⁵. Çünkü bu hukuk sistemi, bütünlük bir yapıda gelişmemiştir²⁵⁶. Haksız fiilin unsurlarını içeren genel bir tanım bulunmadığından, söz konusu durumun, bu hukuk sisteminin haksız fiil türü olarak kabul ettiği durumlardan birine tekabül edip etmediği, söz konusu durumun haksız fiil türleri arasında yer alıp almadığına bakılır²⁵⁷. Bu durum, teknik açıdan gereksiz zorluklara yol açma riski taşımakla beraber, her bir haksız fiil tipinin özelliklerinin dikkatli bir şekilde incelenerek değerlendirilmesi sonucunu da beraberinde getirir; ki, bu Anglo-Amerikan haksız fiil hukukunun güçlü yönü olarak gösterilmektedir²⁵⁸. Haksız fiil olarak nitelendirilen her fiil, farklı ihlal teşkil eden değişik davranışlar olup değişik hukuki menfaatleri koruyan ve kendi kurucu unsur ve hukuka uygunluk nedenlerine sahip fiillerdir²⁵⁹.

Anglo-Amerikan hukukundaki bu haksız fiil tiplerinden Kıta Avrupası hukukunda haksız fiilden anlaşılan ve kusur sorumluluğu olarak zikredilen dar anlamda haksız fiile en benzer olan, ihmalden doğan haksız fiildir (negligence)²⁶⁰. İngiliz haksız fiil hukuku, (1) ihmalden doğan haksız fiil ve (2) belirli bir hakkın ihlalden kaynaklanan haksız fiil

²⁵⁴ **Zweigert/Kötz**, s. 605.

²⁵⁵ **Zweigert/Kötz**, s. 605; **Kaye**, Peter, *An Explanatory Guide to the English Law of Torts*, Chichester 1996, s. 9. Hatta İngiliz hukukunda haksız fiil tiplerinin tümü bir araya gelse bile Fransız ve Alman hukuklarındaki genel hükümlerin kapsayıcılığına erişemeyeceği ifade edilmektedir. **Youngs**, s. 371.

²⁵⁶ **Nolan**, Donal/ **Davies**, John, "Torts and Equitable Wrongs", *English Private Law*, Oxford 2013, (s. 927-1030) s. 929.

²⁵⁷ **von Bar**, Christian, *The Common European Law of Torts Volume One*, Oxford 1996, N. 254; **Gordley James/ Von Mehren**, Arthur Taylor, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law*, Cambridge 2006, s. 240.

²⁵⁸ **Zweigert/Kötz**, s. 610. Wagner'e göre, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukunun haksız fiile ilişkin farkları abartılmamalıdır zira İngiliz hukukunda pek de kullanımı olmayan gereksiz nispette kasti haksız fiiller terk edildiği takdirde iki sistem pekâlâ kolaylıkla bileştirilebilir. Buna karşılık, salt malvarlığı zararları ve kişilik hakkına ilişkin olarak iki sistem arasında konsensüs bulunmamaktadır. **Wagner**, *Comparative*, s. 1010, 1013.

²⁵⁹ **Zweigert/Kötz**, s. 605, 623.

²⁶⁰ **Özden-Merhacı**, Selin, "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2012/4, 2012, (s. 180-206) s. 183.

olmak üzere çift odaklıdır (*bifocal*)²⁶¹. İkinci grupta yer alan haksız fiil tiplerinde de tipe bağlı olarak kusur aranabilir.

İhmalden doğan haksız fiil, haksız fiil sorumluluğu tipleri içerisinde en geniş kapsamlı olanıdır²⁶². Zira mahkemeler *ihmal* haksız fiil tipini çeşitli hukuka aykırı ve zararlı davranışları kapsayacak bir yelpazede tanımlamışlardır²⁶³. Bu haksız fiil tipi, belirli bir hakka ya da korunan menfaate yönelik olmayıp bir sorumluluk ölçüsünü tarif eder²⁶⁴. Bu nedenle, İngiliz haksız fiiller hukukunun genel olarak kusura bağlı olduğu önermesi pratik anlamda doğrudur²⁶⁵.

Kasıt, kullanıldığı bağlamda anlamı az çok değişiklik göstermekle beraber, Anglo-Amerikan hukukunda da failin, hukuk düzeni tarafından yasaklanan ancak öngörmüş olduğu sonucu meydana getirme isteğiyle hareket etmesidir. Anglo-Amerikan hukukunda kasıttan söz edebilmek için failin haksız fiil teşkil eden fiili bilerek ve isteyerek işlemesi yeterli olup hukuka aykırılık bilinci aranmaz²⁶⁶. Ayrıca burada kişi, yapma veya yapmama biçimindeki fiilin farkında olduğu sonuçlarını meydana getirme niyetine sahiptir. Ancak asıl amacından başka sonuçlar meydana gelmesi kişinin kasıtlı davrandığı sonucuna varılmasını engellemez. Buna göre, kasıt failin fiilini gerçekleştirmesinde aranır, yoksa zararlı sonuçta aranmaz²⁶⁷. Kasıtın arandığı haksız fiil tiplerine örnek olarak, saldırı tehdidi (*assault*), saldırı (*battery*) ve yanlış mahkûmiyet (*false imprisonment*) verilebilir.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bazı yazarlar kusuru, kötüniyet (*malice*), kasıt (*intention*) veya ihmal (*negligence*) biçiminde sınıflandırmaktadır²⁶⁸. Buna göre kötüniyet, (1) makul bir mazeret olmaksızın kasıtle hukuka aykırı bir fiili meydana getirme veya (2) bir tür ek ya da yersiz bir saikle davranma anlamına gelir. Haksız fiil hukukunda kötüniyet esasen birinci anlamda kullanılır çünkü kötüniyet başlı başına bir

²⁶¹ Nolan/Davies, s. 930.

²⁶² Nolan/Davies, s. 930.

²⁶³ Goldberg, John C.P./Zipursky, Benjamin C., The Oxford Introductions to U.S. Law- Torts, Oxford 2010, s. 75.

²⁶⁴ Nolan/Davies, s. 930.

²⁶⁵ Rogers, W.V. Horton, "Fault under English Law", Unification of Tort Law: Fault, The Hague 2005, (s. 89-100) s. 65.

²⁶⁶ Gordley/von Mehren, s. 340.

²⁶⁷ Cooke, Philip, Law of Tort, Münih 2015, s. 11.

²⁶⁸ Cooke, s. 9.

haksız fiil meydana getirmez. Ne de olsa kural olarak bir kimsenin bir davranışı gerçekleştirme hakkı varsa saiki önemsizdir. Kanaatimizce, *malice*'i kusurun üçüncü bir türü olarak değil; kastın yoğunluklu bir hali olarak nitelendirmek daha yerinde olur. Kasıt gibi kötüniyet de ilgili haksız fiil tipinde arandığı hallerde, örneğin, kötüniyetle dava açma- *malicious prosecution*) ya da kendisine özel sonuç bağlandığı hallerde, örneğin karalama davasında –*defamation*- veya hukuka uygunluk iddiasının reddi hallerinde dikkate alınır²⁶⁹.

İhmal ise (1) haksız fiil tipi olarak ihmal ve (2) özensiz davranış anlamına gelir²⁷⁰. Haksız fiil tipi olarak ihmal, teknik anlamda Anglo-Amerikan hukukundaki çeşitli haksız fiil tiplerinden biri olarak ihmalden doğan haksız fiili ifade etmektedir. Özensiz davranış ise, hem ihmalden kaynaklanan haksız fiil tipinde hem de ihmalin sorumluluk şartlarından sadece birini teşkil ettiği diğer haksız fiil tiplerinde aranabilir. Buna göre özensiz davranış anlamına gelen ihmal, haksız fiilde kusur sorumluluğunun genel ölçütü olup Fransız hukukundaki *faute* ve Roma hukukundaki *culpa*'ya tekabül etmektedir²⁷¹. İngiliz haksız fiil hukukunda başlı başına bir kavram olarak ağır ihmal ya da hafif ihmal kavramı bulunmamaktadır. Zira aslolan, ihmal kavramıdır. Öte yandan, zarar görenin kusurunun etkisi ya da haksız fiil faileri arasında sorumluluğun paylaşılması gibi takdirin devreye girdiği hususlarda kusurun ağırlığı dikkate alınır²⁷². Bununla beraber, Amerikan hukukunda sorumluluğun belirlenmesinde, kişinin başkalarını hiç umursamaksızın ciddi bir zarara uğratma riski doğurduğu, olağan ihmal seviyesinden çok daha üst bir seviyede ancak kasten hareket etmediği – umursamazca hareket ettiği (*recklessness*)- durumlar, dikkate alınır²⁷³. Kıta Avrupası'ndaki bir kusur ayrımı olan dolaylı kasıta, irade unsuru (*volitional element*), *recklessness*'a nazaran daha fazla olmakla beraber, her ikisinde de fail umursamazca hareket etmektedir²⁷⁴. Her iki kusur derecesinde de fail, fiilini gerçekleştirmemek yerine muhtemel sonuçları öngörerek

²⁶⁹ **Cooke**, s. 9-10; **Rogers**, Fault, s. 77.

²⁷⁰ **Deakin**, **Simon/Johnston**, Angus/**Markesinis**, Basil, **Markesinis and Deakin's Tort Law**, Oxford 2013s. 105; **Zweigert/Kötz**, s. 608; **Cooke**, s. 11; **Goldberg/Zipursky**, s. 83-84.

²⁷¹ **Nolan/Davies**, s. 933.

²⁷² **Rogers**, Fault, s. 77.

²⁷³ **Baez**, H. Beau, **Tort Law in the United States**, Alphen aan den Rijn 2014, N. 48.

²⁷⁴ **Damar**, Duygu, **Wilful Misconduct in International Transport Law**, Berlin 2011, s. 289.

fiiline devam etmektedir. Dolayısıyla *recklessness* ile dolaylı kasıt kavramları örtüşmektedir²⁷⁵.

“İhmal”ın en çok atıfta bulunulan tanımı, Blyth v. Waterworks Co. davasında (1856) Hâkim Alderson tarafından şu şekilde yapılmıştır²⁷⁶: “*İhmal, insan ilişkilerinde gerçekleştirilen günlük davranışa ilişkin genel kanı çerçevesinde hareket eden makul kişinin yapacağını yapmamak ya da tedbirli ve makul kişinin yapmayacağını yapmaktır.*”

İhmal haksız fiil tipinin belkemiğini oluşturan “özen yükümlülüğü” kavramının ilk izleri 17. yüzyıla dayansa da; bir dönüm noktası olan 1932 yılında Donoghue v. Stevenson kararında yer alan “*komşuluk testi*” (neighbour test) kabul gören ilk genel teoridir²⁷⁷. Bu ilke uyarınca, bir kimse, davranışlarından yakından ve doğrudan etkilenen kişilerin - komşularının- söz konusu yapma veya yapmama biçimindeki fiillerinden zarar görme olasılığını makul şekilde öngörebildiği ölçüde buna ilişkin makul özen göstermelidir. Bu dava ile özen yükümlülüğünün ihlalinden doğan haksız fiil, bir haksız fiil tipi olarak –*ihmal haksız fiili (negligence)*- kabul edilmiştir.

Bugün gelinen noktada ihmalden doğan haksız fiil sorumluluğunun şartları, (1) özen yükümlülüğünün mevcudiyeti, (2) bu yükümlülüğün ihlali ve (3) bu ihlalden dolayı bir zararın meydana gelmesidir²⁷⁸. Anglo- Amerikan hukukunun özellik arz ettiği nokta, özensiz davranışın failin zarar görene karşı sahip olduğu özel özen yükümlülüğünü ihlal etmesi koşuludur²⁷⁹. Çalışmamız açısından önem taşıyan husus özen yükümlülüğü ve bunun ihlalinden neyin anlaşılması gerektiğidir.

²⁷⁵ Damar, s. 289.

²⁷⁶ Rogers, Fault, s. 70.

²⁷⁷ Nolan/Davies, s. 935; Schrage, s. 9; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 100; von Bar, The Common European Law of Torts, N. 277; Cooke, s. 34.

²⁷⁸ Giliker, Paula/Beckwith, Silas, Tort, London 2011, s. 22; Nolan/Davies, s. 934; Zweigert/Kötz, s. 609.

²⁷⁹ Zweigert/Kötz, s. 610.

Özen yükümlülüğünün şartları, (1) öngörülebilirlik (*foreseeability*), (2) yakınlık (*proximity*) ve (3) adil ve makul olmadır (*fair, just and reasonable*)²⁸⁰. Öngörülebilirlik, davalının, ihmalkâr davranışını gerçekleştirdiği esnada, davranışının davacıya zarar verebileceğini öngörebilmesi anlamına gelir²⁸¹ ve bu değerlendirme, makul bir üçüncü kişi perspektifinden yapılır²⁸². Ayrıca davalının fiiliyatta neyi öngörmüş olduğu değil; makul olarak neyi öngörmüş olması gerektiği önemlidir²⁸³. Davalının, zararın bireysel olarak davacıya zarar vermesini öngörmüş olması aranmaz. Buna göre, davacının zarara uğraması makul olarak öngörülebilir değilse, o zaman özen yükümlülüğünden söz edilemez.

Yakınlık ölçütü, muğlak olması nedeniyle çeşitli olaylarda birbirinden farklı anlamda kullanılmakla beraber genelde, zararın meydana gelmesinden önce taraflar arasında bulunan bir tür haksız fiil öncesi ilişkidir²⁸⁴. Yakınlık, coğrafi değil soyut olarak anlaşılır²⁸⁵. Özetle, yakınlık özen yükümlülüğü doğuran hukuki bağlantı kuracak bir ilişki olarak tanımlanabilir²⁸⁶. Adil ve makul olma ise, faile özen yükümlülüğünün yüklenmesinin adil ve makul olması anlamına gelmektedir. Adil ve makul olma unsuruna, öngörülebilirlik ve yakınlık unsurlarının olayda mevcut olduğu ancak kamu makamlarının sorumluluklarının sınırlandırılması, dağıtıcı adalet vb. düşüncelerle mahkemelerce kamu düzeni gereği sorumluluğunun reddi gerektiği düşünülen hallerde başvurulmaktadır²⁸⁷. Böylelikle hukuk düzeni, özen yükümlülüğü tanımak suretiyle zarar görenin ihlal edilen menfaatini ihmali davranış ile ihlal edilmesine karşı hukuki bakımdan korunmaya değer bulmaktadır.

Özen yükümlülüğünün ihlali, failin aranan standardın altında özen gösterdiği ya da hiç özen göstermediği anlamına gelmektedir²⁸⁸. Zira ihmal, bir zihinsel durumu değil, *ex post* değerlendirme ile belirlenen gerekli özen standardını sağlamayan davranışı ifade

²⁸⁰ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 112-113; Nolan/Davies, s. 937; Cooke, s. 47; Giliker/Beckwith, s.33.

²⁸¹ Cooke, s. 49.

²⁸² Özden-Merhacı, s. 186-187.

²⁸³ Giliker/Beckwith, s. 34.

²⁸⁴ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 113.

²⁸⁵ Nolan/Davies, s. 938.

²⁸⁶ Özden-Merhacı, s. 189.

²⁸⁷ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 114; Nolan/Davies, s. 939.

²⁸⁸ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 198.

eder²⁸⁹. Özen yükümlülüğünün ihlalinin tespitinde objektif ölçüt kullanılır²⁹⁰. Bu ölçüte göre, özen standardının belirlenmesinde aynı koşullar altında bulunan makul ve tedbirli kişi dikkate alınır²⁹¹. Makul kişi, esasen Kıta Avrupası'ndaki iyi aile babasının *-diligens paterfamilias-* Manş Denizi'nin diğer tarafındaki ifade edilmiş biçimidir²⁹². Haksız fiil hukuku sigorta temelli bir tazminat sistemine dönüştükçe makul kişi, daha tedbirli ve sağlıklı hale gelmiştir²⁹³.

Fail, mesleki bir uzmanlık ya da başka bir özel beceri sahibi bir kimse ise bu durumda, söz konusu bilgi ve beceriye sahip soyut makul kişinin gösterebileceği özenin gösterilip gösterilmediğine bakılır²⁹⁴. Şu halde, ilgili meslek grubunun fiilin işlendiği sıradaki olağan icrası ve meslek kuruluşlarının bu husustaki ilkeleri göz önünde bulundurulur. Ancak bunlar ihmal sonucuna varmada yardımcı ölçüt olup kararı verecek olan hâkimdir²⁹⁵. Bununla beraber, fail bir çocuk ise bu durumda o yaştaki bir çocuktan makul olarak göstermesi beklenen özeni gösterip göstermediğine bakılır²⁹⁶. Buna karşılık bir çocuk, araba kullanmak gibi normalde erişkin kimseler tarafından gerçekleştirilen bir fiili gerçekleştirirse bu durumda erişkin kimselerin tabi olduğu özen standardına tabi olur²⁹⁷. Fail, davranışlarının sonucunun ayırdında olamayacak derecede akıl hastalığından muzdarip ya da başka bir sebeple ayırt etme gücünden kalıcı şekilde yoksunsa bu durumlarda sorumlu tutulmaz²⁹⁸.

Makul özenin belirlenmesinde, söz konusu faaliyetin zararı meydana getirme olasılığı, zararın muhtemel büyüklüğü, tehlikenin önlenmesinin zorluğu ve masrafı ile

²⁸⁹ Nolan/Davies, s. 934; Cooke, s. 11.

²⁹⁰ Nolan/Davies, s. 941; Cooke, s. 11; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 198; Goldberg/Zipursky, s. 85.

²⁹¹ Goldberg/Zipursky, s. 89.

²⁹² Wagner, Comparative, s. 1024.

²⁹³ Nolan/Davies, s. 941.

²⁹⁴ Nolan/Davies, s. 943; Rogers, Fault, s. 73; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 198, 205. Amerikan hukukunda aynı yönde bkz. Üçüncü *Restatement*, Fiziksel ve Manevi Zarardan Sorumluluk, §12.

²⁹⁵ Rogers, Fault, s. 75.

²⁹⁶ Rogers, Fault, s. 71; Baez, N. 79, 165.

²⁹⁷ İngiliz mahkeme kararları için bkz. Deakin/Johnston/Markesinis, s. 203. Amerikan mahkeme kararları için bkz. Baez, N. 80.

²⁹⁸ Nolan/Davies, s. 941; Deakin/Johnston/Markesinis, s. 205; Rogers, Fault, s. 71-72: Örneğin, fail, akıl hastalığının muhtemel etkilerine ilişkin olarak önceden uyarılmış olmasına rağmen araba kullanmışsa bu durumda her ne kadar zarar veren fiili gerçekleştirme anında ayırt etme gücü bulunmasa da, bu uyarıya rağmen bizatihi araba kullanması ihmali davranış teşkil eder ve bundan dolayı sorumlu tutulur.

gerçekleştirilen faaliyetin topluma faydasına bakılır²⁹⁹. İlk üç koşul “*Learned Hand Formülü*” olarak anılan Amerikalı hâkim Learned Hand’in bir davada kullanmış olduğu formülünden gelmektedir. Bu formüle göre, zararın meydana gelme olasılığı ile zararın büyüklüğü çarpılır (PxL), eğer bu sonuç özen yükümlülüğünü gösterme masrafından (B) büyük ise (PxL>B) bu durumda, özen yükümlülüğünün ihlali söz konusudur. Bu formül daha sonra geliştirilmiş ve belirli bir riskin ortadan kaldırılmasından elde edilen fayda ile marjinal maliyetin kıyaslanması gerektiği ifade edilmiştir³⁰⁰. Buna göre mahkemeler, fail mevcut özen derecesi göz önünde tutularak ne kadar ek özen gösterseydi kazayı önleyebilirdi sorusunun cevabını araştırmalıdır. İngiliz mahkemeleri de bu şekilde ifade etmemekle beraber bu hususları nazara almaktadır³⁰¹.

Aşırı sayıda dava açılması korkusu ve bunun sonucunda riskten kaçınmaya yönelik davranış ihtimaline vurguda bulunan bir hükümet raporu sonrasında Birleşik Krallık’ta Tazminat Kanunu çıkarılmış ve bu kanunun ilk maddesinde, “*İhmal ya da kanuni yükümlülüğün ihlaline ilişkin bir uyuşmazlık önüne gelen mahkeme, davalının özen standardını karşılamak üzere (riski engellemek için önlem almak gibi) belirli davranışları göstermesine gerek olup olmadığını belirlerken, bu davranışı gerçekleştirmenin arzu edilen faaliyeti tamamen ya da bir ölçüde engelleyip engellemeyeceğine veya arzu edilen faaliyetin gerçekleştirilmesinde caydırıcı bir etki doğurup doğurmayacağına bakabilir.*” denilmiştir³⁰². Bu hüküm doktrinde, hükmün emredici değil yedek hüküm olması ve mahkemelerin hâlihazırda önlem maliyetlerini dikkate almakta olduğundan mevcut hukuka herhangi bir yenilik getirmediğinden bahisle eleştirilmiştir³⁰³.

Amerikan hukuku açısından bahsetmek gereken bir husus ise şudur: Her ne kadar içtihat hukuku sistemi geçerli olsa da, 1923 yılında kurulan ve Amerikalı yargıç, avukat ve öğretim üyelerinden oluşan Hukukun Geliştirilmesi İçin Daimi Teşkilat Kurulmasına

²⁹⁹ Nolan/Davies, s. 944; Kaye, s. 252.

³⁰⁰ Landes ve Posner tarafından yapılan bu önerme için bkz. Deakin/Johnston/Markesinis, s. 210. Learned Hand formülü ve kusur kavramını hukuk ve ekonomi öğretisinin ele alışına ilişkin detaylı açıklama için bkz. Sanlı, Kerem Cem, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007, s. 190 vd.

³⁰¹ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 210.

³⁰² <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/part/1> E.T. 03.04.2019.

³⁰³ Deakin/Johnston/Markesinis, s. 214.

Dair Komite tarafından hazırlanan ve yargı kararlarında kabul edilmiş olan ilkelerin sistematize edilmiş biçimini oluşturan *Restatement*'lara değinmek gerekir. *Restatement*'lar kanun niteliğinde olmasa da sistematik yapıları ve kuralların soyut olarak yazılış biçimi ile medeni kanunlara benzemektedir³⁰⁴.

Haksız fiil hukukuna ilişkin Üçüncü *Restatement*'da “*Fiziksel ve Manevi Zarardan Sorumluluk*” başlıklı bölümünde kasıt, kişinin sonucu meydana getirme amacıyla ya da bu sonucun kesin meydana geleceğinin bilincinde hareket etmesi (§1); ihmal ise, kişinin mevcut koşullar altında makul özeni göstermemesi olarak tanımlanmıştır (§3). İhmal tanımının ardından ayrıca *Learned Hand* formülünde yer alan koşullara yer verilmiştir (§3). Ayrıca fail, fiziksel engelli bir kişi ise bu durumda aynı şekilde engelli ve makul özen sahibi kimse dikkate alınır (§11(a)). Fail ayırt etme gücünü aniden yitirirse bu durumda ihmal ancak bu ihtimalin kendisi için makul olarak öngörülebilir olması durumunda söz konusudur (§11 (b)). Çocuklar istisna olmak üzere, failin zihinsel ya da duygusal engeli ihmal değerlendirmesinde dikkate alınmaz (§11 (c)). Çocukların davranışlarının değerlendirilmesinde öncelikle beş yaşından küçük çocukların ihmal ehliyetlerinin bulunmadığı kabul edilir. Bunun dışında çocuğun ihmalden sorumluluğunun belirlenmesinde aynı yaş, zekâ ve deneyimdeki makul özenli çocuğun davranışı kıstastır. Ancak bu kural, genel olarak erişkinler tarafından gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetler için uygulanmaz (§10).

1.3.3. Avrupa Haksız Fiil Hukuku Uyumlaştırma Çalışmalarında Kusur

Her ne kadar her bir kavramsal mesele ya da politika tercihi, bir hukuk sisteminin kendi içinde bile hararetli biçimde tartışmalı olsa da³⁰⁵; bu durum Avrupa’da özel hukukun uyumlaştırılması hususunda şevke engel olmamış ve bu uğurda çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Haksız fiilin kusur unsuru bağlamında bahsedilmesi gereken çalışmalar Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (Principles of European Tort Law) ve Ortak Referans Çerçevesi Taslağı’dır (Draft Common Frame of Reference).

³⁰⁴ Oğuz, Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 300.

³⁰⁵ Zimmermann, hukuka aykırılık ve kusur kavramlarının bu hususta öne çıkan kavramlar olduğunu, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğun kapsamlarının da yine bu tartışmalarda önemli yer teşkil ettiğini belirtmektedir. Zimmermann, Europeanization, s. 553.

1.3.3.1. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nde (PETL) Kusur

Avrupa Haksız Fiil Hukuku Grubu tarafından 2005 yılında “Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri” (Principles of European Tort Law- “PETL”)³⁰⁶ yayınlanmıştır. Grup, ilkelerin hazırlanması sırasında belli ülkelerin kanunlarından yola çıkmak gibi bir yola gitmeyip geniş uluslararası katılım sağlamış ve ilkeleri karşılaştırmalı bir yaklaşımla hazırlamıştır³⁰⁷. Ayrıca ilkelerin hazırlanmasında kuralların kısa, genel ve kolaylıkla anlaşılır olmasına özen gösterilmiştir. Bu ilkelerin, haksız fiil hukukunun gelecekteki gelişiminde ulusal mahkemelerde de rol oynaması hedeflenmiştir³⁰⁸.

PETL m. 2:101’de hukuken korunan bir menfaatin ihlali neticesinde ortaya çıkan maddi ya da manevi zararların tazmin edileceği; PETL m. 2:102’deyse korunan bu menfaatlerin kapsamı detaylandırılmıştır. PETL m. 2:102/1’e göre, bir menfaatin koruma kapsamı, menfaatin niteliğine, menfaatin değerinin büyüklüğüne ve tanımının belirginliğine göre belirlenir.

Böylece PETL açıkça “hukuka aykırı” ifadesine yer vermeksizin, zararın tazmini için hukuka aykırılığı aramış ve hukuka aykırılıktan ne anlaşılacağına ilişkin ölçütleri sağlamıştır³⁰⁹.

PETL’de kusur sorumluluğu, 4. bölümde düzenlenmiştir. Kusur sorumluluğunun şartlarının zikredildiği PETL m. 4:101’e göre, kasten veya ihmalen gerekli davranışı sergilemeyen kimse, kusurundan dolayı sorumlu tutulur. Buna tanıma göre, PETL’de kusurun dereceleri kasıt ve ihmal olarak zikredilmiştir.

³⁰⁶ European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law: Text and Commentary (2005). <http://www.egtl.org> E.T. 03.04.2019.

³⁰⁷ Zimmermann, Europeanization, s. 565.

³⁰⁸ 2007’de İspanya Yüksek Mahkemesi’nin üç kararında İspanyol hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde PETL’i açıkça zikretmesiyle bu hedefin gerçekleştirildiği görülmüştür. **Oliphant**, Ken, Comparative Remarks, in European Tort Law 2007, Tort and Insurance Law Yearbook, Viyana 2008, (s. 617-631) s. 620.

³⁰⁹ Çağlayan Aksoy’a göre de, her ne kadar “hukuka aykırılık” ifadesi açıkça zikredilmemiş olsa da “hukuken korunan menfaatler” ifadesi hukuka aykırılık unsuruna işaret etmektedir. Yazara göre “Zira hukuken korunan ve korunmayan menfaatler arasındaki sınırın çizilmesi ve bu bağlamda haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması hukuka aykırılık unsurunun görevidir.” Çağlayan Aksoy, s. 133.

PETL’de gerekli özenin belirlenmesine ilişkin kıstaslar da verilmiştir. “*Gerekli davranışın ölçüsü başlıklı*” PETL m. 4:102’e göre gerekli davranış standardı, aynı şartlar altında bulunan kişinin sergileyeceği davranış olup özellikle korunan menfaatin niteliği ve değeri, faaliyetin tehlikeliliği, faaliyette kişinin sahip olması gereken uzmanlık, zararın öngörülebilirliği, ilgililer arasındaki ilişkinin yakınlığı ya da aralarındaki özel güven ve zararın meydana gelmemesi için önleyici ya da alternatif yöntemlerin mevcut olup olmadığı ve bu yöntemlerin maliyeti biçiminde örnek kabilinden sayılan kıstaslar uyarınca belirlenir³¹⁰. (PETL m. 4:102/1)

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu ölçünün yumuşatılabileceği belirtilmiştir. PETL m. 4:102/2 hükmüne göre, yukarıda belirtilen kıstaslar, kişinin yaşı, zihinsel ya da fiziksel engeli ya da kişiden söz konusu ölçüye uygun davranmasının beklenemeyeceği olağanüstü bir duruma uygun olarak ayarlanabilir. Bu hükümle kusurun tespitinde isnat edilebilirlik için failin dikkate alınacak özellikleri, bir diğer deyişle içsel kıstaslar belirlenmiştir.

PETL m. 4:102/3 hükmüne göre ise, gerekli davranış ölçüsünün belirlenmesinde belirli bir davranışı emreden ya da yasaklayan kurallar dikkate alınmalıdır. Bu kurallara riayet edilmesi, kusurun bulunmadığı-kusursuzluk- sonucuna mutlaka varmayı gerektirmez³¹¹. Benzer şekilde de bu kurallara riayet edilmemesi, mutlaka kusurun bulunduğu sonucuna varmayı gerektirmez, ancak kusurun bulunduğuna dair bir gösterge teşkil eder³¹².

PETL m. 4:102/2’de açıkça yer verilmemekle beraber kusur değerlendirmesinde bulunabilmek için ayırt etme gücünün varlığının aranacağı hususunda tereddüt yoktur³¹³.

³¹⁰ Hukuka aykırılıktan ne anlaşıldığına göre hukuka aykırılık ve kusur arasında ayırım silikleşmektedir. Dolayısıyla kabul edilen görüşe göre PETL’in bu hükmünde yer alan kıstasların hukuka aykırılık mı yoksa kusur unsuru içinde mi değerlendirileceğine dair farklı sonuca varılabilecektir. Çağlayan Aksoy, bu aşamanın hem Alman hem de İsviçre hukukundaki davranışın hukuka aykırılığı ile Anglo-Amerikan hukukundaki özen yükümlülüğünün ihlaliyle örtüştüğü kanaatindedir. **Çağlayan Aksoy**, s. 137. Kabul ettiğimiz hukuka aykırılık ve kusur yaklaşımları doğrultusunda bu kıstasları kusur unsurunda değerlendiriyoruz.

³¹¹ **Widmer**, Commentary, s. 82, N. 21.

³¹² **Widmer**, Commentary, s. 82, N. 21.

³¹³ Zira zihinsel engel ve yaş, kusur değerlendirmesinde dikkate alınmaktadır. Aynı görüşte bkz. **Widmer**, Pierre, “Les principes des Principes ou: Les fondements de la responsabilité selon les ‘Principes de droit

PETL’de kabul edilen kusur ölçüsü, Avrupa ülkelerinde hâkim yaklaşım olan objektifleştirilmiş kusur ölçüsüdür³¹⁴. *Widmer*’e göre, PETL’de esas alınan “makul kişi”, Roma hukukundaki “*bonus pater familias*”ın modernize edilmiş hali olup, Anglo-Amerikan hukukundaki “*reasonable man*”, iktisadi açıdan “*homo ekonomikus*” ya da çizgi romanlardaki meşhur “*superman/supergirl*” aynı kişiyi ifade eder³¹⁵. PETL’de sübjektif kusur anlayışına yaklaşıldığı da ifade edilmiştir³¹⁶. *Widmer*’e göre, bu görüş isabetli değildir. Zira m. 4:102/2, m. 401/1’in tamamlayıcısı niteliğinde olup ancak ikincil ve istisnai bir özellik arz etmektedir³¹⁷. PETL m. 4:102/1 ve PETL 4:102/2’de kusurun objektif ve sübjektif yönlerinin bu şekilde birleştirilmesi, Avrupa haksız fiil hukukunun uyumlaştırılması yolunda ideal bir yöntem olarak desteklenmiştir³¹⁸.

Kolaylıkla görülebileceği üzere PETL’da öngörülen kusur yaklaşımı Türk/İsviçre hukukunda kabul edilen kusur yaklaşımı ile örtüşmektedir. Çünkü bizim hukukumuzda da kusurun belirlenmesinde bu kıstaslar ile mevzuatta öngörülen davranış kuralları dikkate alınmaktadır.

Kusurun derecesinin önemi ve etkisi bakımından, korunan menfaatlerin düzenlendiği 102. maddenin 4. fıkrasına göre salt malvarlığı menfaatlerinin ya da sözleşmesel menfaatlerin koruma kapsamı daha sınırlı olabilir. Ancak yine aynı fıkroda failin zararı meydana getireceğinin bilincinde olduğu durumlarda koruma, daha kapsamlı olacaktır³¹⁹. Doktrinde failin zararın meydana geleceğinin bilincinde olmasının *dolus eventualis* anlamına geldiği savunulmuştur³²⁰. 102. maddenin 5. fıkrasında menfaatin kasten ihlal edilmiş olması halinde daha kapsamlı bir koruma sağlanacağı ifade edilmiştir.

européen de la responsabilité civile’(PETL)”, Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l’honneur de Pierre Wessner, Bâle 2011, (s. 241-263) s. 252.

³¹⁴ **Graziano**, Thomas Kadner, Digest of European Tort Law Vol.3: Essential Cases of Misconduct (eds. Oliphant, Ken/Karner, Ernst/Winiger, Benedict), Berlin 2018, s. 99, N. 4-5; **Widmer**, Commentary, s. 65, N. 3.

³¹⁵ **Widmer**, Commentary, s. 76, N. 4-5; **Widmer**, Les principes, s. 250.

³¹⁶ **Çağlayan Aksoy**, s. 137.

³¹⁷ **Widmer**, Commentary, s. 68, N. 8.

³¹⁸ **Widmer**, Les principes, s. 251-253.

³¹⁹ Detaylar için bkz. PETL m. 2:102/4.

³²⁰ **Widmer**, Commentary, s. 70, N. 7; **Graziano**, s. 102, N. 13.

Kusurun ispatı konusundaysa PETL de genel ispat kuralları çerçevesinde iddia sahibinin iddiasını ispatla yükümlü olduğunu kabul etmişse de “*kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi*” başlıklı m. 4:201’e göre, kusuru ispat yükü, faaliyetin arz ettiği tehlikenin ağırlığı ışığında ters çevrilebilir.

PETL’de m. 8:101’de zarar görenin zarara katkıda bulunan davranışı ya da fiilinin, failin sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da hafifleten bir etki doğurabileceği kabul edilmiştir³²¹. Her ne kadar madde başlığında zarar görenin kusuru ifadesine bilinçli olarak yer verilmemiş olsa da³²² maddenin ilk fıkrasında birlikte kusur ifadesi kullanılmıştır.

Kusurun hafifliğinin tazminatta indirim sebebi teşkil edip etmeyeceğine ilişkin olarak, tazminatta indirimi düzenleyen PETL m. 10:401’de kusurun hafifliği açıkça bir indirim sebebi olarak zikredilmemiştir. Ancak maddede zikredilen indirim sebeplerinden “*sorumluluğun temeli*” (PETL m. 1.101.) ve “*menfaatin koruma kapsamı*” (PETL m. 2.102.) sebepleri uyarınca kusurun ağırlığının tazminat miktarına ikincil de olsa etkide bulunacağı sonucuna varılabilir. Ayrıca bu hükmün uygulanabilmesi için failin, kasıtlı ya da ağır ihmelli davranmamış olması aranır³²³.

Manevi tazminata gelince, manevi tazminatın belirlenmesinde esas kıstas, (zarar görenin hakkını) ihlalin ağırlığı olmakla beraber, PETL m. 10:301/2 uyarınca failin kusurunun ağırlığı, ancak zarar görenin çektiği sıkıntıyı³²⁴ önemli ölçüde arttırması durumunda dikkate alınacaktır. Kusur ayrıca müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkinin belirlenmesinde de dikkate alınacaktır. (PETL m. 9:102/2)

³²¹ Detaylar için bkz. PETL m. 8:101.

³²² **Martin-Cassals**, Miquel, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005, s. 131, N. 8.

³²³ **Widmer**, Commentary, s. 73, N. 16. Widmer, kusurun derecesinin aynı zamanda m. 3:201 kapsamında da dikkate alınabileceği kanaatindedir. **Widmer**, Commentary, s. 66, N. 4, s. 71, N. 10.

³²⁴ Madde metninde kullanılan ifade “*grievance*” olup bunun esasen zarar anlamına geldiği ifade olunmuştur. **Rogers**, W.V. Horton, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005, s. 172, N. 3.

1.3.3.2. Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nda (DCFR) Kusur

Haksız fiilde kusur unsuruna ilişkin olarak ele alınması gerekli bir diğer çalışma “Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları - Ortak Referans Çerçevesi Taslağı”dır (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference- “DCFR”)³²⁵. Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu (Study Group on a European Civil Code) ve Mevcut Avrupa Topluluğu Özel Hukuku Araştırma Grubu (Research Group on Existing EC Private Law -the Acquis Group) tarafından hazırlanan taslağın nihai metni, 2009 yılında tamamlanmıştır. DCFR'nin amacı Avrupa Medeni Kanunu teşkil etmek değil, Avrupa Birliği nezdinde ve ulusal kanun yapma faaliyetlerinde esas alınabilecek bir referans metin işlevi görmektir³²⁶.

DCFR'nin Sözleşme Dışı Sorumluluk Esasının düzenlendiği 6. kitabında haksız fiile ilişkin temel norm olan m. VI-1:101 hükmüne göre, hukuken tazmini uygun görülen bir zarara (*legally relevant damage*) uğrayan kişi, kasten ya da özen yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle ya da zararın kendisine yüklenebileceği diğer herhangi bir şekilde kendisine zarar veren kişiden zararın tazminini talep edebilir. Aynı kitabın “*Yüklenebilirlik*” başlıklı 3. bölümünün “*Kasıt ve İhmal*” başlıklı 1. kısmında söz konusu kavramların tanımları yapılmıştır³²⁷.

“*Kasıt*” başlıklı DCFR m. VI. – 3:101' göre, bir kimse meydana gelen türde bir zararı istemişse ya da bu zararın ya da bu türden bir zararın mutlaka ya da neredeyse mutlaka meydana geleceğini bilerek hareket etmişse kasıt söz konusudur. Kasıttan söz edebilmek için failin meydana gelecek zararın hukuken tazmini uygun bir zarar

³²⁵ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference, Outline Edition, (ed. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke), Münih 2009.

³²⁶ von Bar, Christian, “A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities”, Electronic Journal of Comparative Law, Y.: Mayıs 2008, Vol. 12.1, s. 1-10. <http://www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>, (E.T. 20.05.2019) s. 3; Yazara göre “...herhangi bir hukuki formatta özel hukukta ortak bir zeminde buluşmayı hukukçuları ikna etmek istiyorsak, mutlaka “Avrupa Medeni Kanunu” kavramından kaçınmamız gerekir, zira bu kavram şu anda üstesinden gelmesi imkânsız duygu ve korkulara yol açmaktadır.”

³²⁷ PETL'de kasıt tanımı yapılmamıştır.

olduğunu bilmesi aranmaz ancak fail “yanlış” davrandığının bilincinde olmalıdır³²⁸. Hükümün (b) bendinde görüldüğü üzere *dolus eventualis*-dolaylı kasıt da DCFR’de kasıt kapsamındadır.

“İhmal” başlıklı m. VI. – 3:102’e göre, kişinin davranışı, zarar gören kişiyi o zarardan korumayı amaçlayan kanuni düzenlemede öngörülen özel özen ölçüsüne uymadığı takdirde ya da kişinin davranışı, aynı koşullar altında bulunan makul ve dikkatli bir kimseden beklenebilecek olan özeni göstermemiş olması halinde zarara ihmalen sebebiyet vermiştir.

Görüldüğü üzere, DCFR’de kabul edilen ihmal ölçüsü *bonus pater familias* ya da Anglo-Amerikan hukukundaki *reasonable man* (makul kişi)’dir³²⁹. PETL’in aksine DCFR’de özen ölçüsünün belirlenmesinde dikkate alınacak etkenler –örnek niteliğinde bile- sayılmamıştır. Hatta madde şerhinde bunun bilinçli bir tercih olduğu belirtilmiştir. Buna göre, her bir somut olayın şartları altında özenli davranışın neye tekabül ettiğini, sınırlı sayım yapmak mümkün olmayan pek çok etken bir araya gelerek belirler³³⁰. İhmalin belirlenmesi, her olayda farklı etkenleri göz önünde bulundurması gerekebilecek olan hâkimin takdirine kalmıştır³³¹. Bununla beraber, madde şerhinde, özen ölçüsünün belirlenmesinde, önleyici tedbirlerin maliyet ve faydası, fail ile zarar gören arasındaki ilişki, ilgili riskin önceden bilinebilir olup olmadığı gibi dikkate alınabilecek kıstaslar örneklendirilmiştir³³². Demek ki, hem PETL hem de DCFR, kusur sorumluluğuna ilişkin olarak münferit durumlarda ortaya çıkacak olan çeşitli fiili koşulları esnek bir şekilde kapsayacak kadar açık uçlu hükümler içermektedir³³³.

Kusur ehliyetine ilişkin olarak, DCFR m. VI. – 3:103’te on sekiz yaşından küçüklerin haksız fiillerinden ilgili yaş grubuna bakılarak belirlenecek olan özen ölçüsü uyarınca sorumlu tutulabileceği ancak yedi yaşından küçüklerin kusur ehliyetlerinin bulunmadığı düzenlenmektedir.

³²⁸ DCFR Commentary, m. VI.– 3:101, Comment C, s. 3264.

³²⁹ DCFR Commentary, m. VI.–3:102, Comment A, s. 3275.

³³⁰ DCFR Commentary, m. VI.–3:102, Comment C, s. 3278.

³³¹ DCFR Commentary, m. VI.–3:102, Comment C, s. 3279.

³³² DCFR Commentary, m. VI.–3:102, Comment C, s. 3279.

³³³ **Oliphant**, Ken, “Rival Perspectives on European Tort Law (A Comparative Analysis)” in: European Tort Law 2009, European Tort Law Yearbook, Berlin 2010, (s. 666-694) s. 683.

DCFR m. VI. – 5:102’de zarar görenin kusuru düzenlenmektedir. Buna göre, tazminatta zarar görenin kusuru-esaslı olmamak kaydıyla oranında indirim yapılacaktır³³⁴. Burada esaslı olmayan kusurun hangi kusur derecesine tekabül ettiği akla gelecektir. Maddenin yorumunda çok hafif kusurun tazminatta indirime sebep olmayacağı belirtilmiştir³³⁵.

DCFR m. VI. – 6:202’ye göre, zarara kasten sebebiyet verilmediği hallerde, zarar verenin kusuru ya da zararın miktarı veya zararı önleyici tedbirlere nazaran tam tazminat yükümlülüğü orantısızlık oluşturuyorsa söz konusu yükümlülük, adil ve makul olmak koşuluyla kısmen veya tamamen kaldırılabilir. Bu hüküm ülkeler arasında çekişmeye konu olan bir hüküm olmuş ancak tazminatta indirim sebeplerini kabul eden ülkelerin yaklaşımı yönünde madde metni kaleme alınmıştır³³⁶.

1.4. KUSURU AÇIKLAYAN TEORİLER

Failin kusurlu olup olmadığını tespit için çeşitli ölçüler öne sürülmüş olup bu başlık altında bu teoriler açıklanacak ve ardından katıldığımız görüşe yer verilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu teoriler esasen kusurun derecelerinden ihmale ilişkindir. Zira kasıt durumunda fail bilerek ve isteyerek hareket ettiğinden daima sübjektif bir değerlendirme söz konusudur. Buna karşın ihmalin tespiti hususunda sübjektif, objektifleştirilmiş ve objektif olmak üzere üç farklı ölçü savunulmaktadır.

1.4.1. Sübjektif Kusur Teorisi

Bu teorinin savunucularına göre, her ne kadar hukuk ile ahlak şüphesiz birbirlerinden farklı olsalar da; kusur kavramı az ya da çok ahlaki bir kavramdır. Bir kimseden yapabileceğinden fazlasını istemek ve bunu yapamadığı için kınamak, kusurun ve sorumluluğun ahlaki niteliğine aykırıdır³³⁷. Ahlaki temellerinden tamamen koparılmış

³³⁴ Zarar görenin kusurunun mevcudiyetine rağmen indirim yapılamayacak diğer durumlar da bulunmaktadır. Bunlar için bkz. DCFR m. VI. – 5:102.

³³⁵ DCFR Commentary, m. VI.–5:102, Comment C, s. 3478.

³³⁶ DCFR Commentary, m. VI.–6:302, Comments, s. 3616.

³³⁷ **Kaneti**, Kusur, s. 53-54; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 29.

bir kusur tanımı, terminolojik isim değişikliğinden başka bir şey olmayıp bu durumda kusur kavramı ile ifade olunan esasında hukuka aykırılıktır³³⁸.

Ayrıca ahlaki sorumluluk gibi hukuki sorumluluğun da kökeninde insanın özgür bir varlık olduğu düşüncesi yatar. Demek ki, hukuki sorumluluk, ahlaki sorumluluktan farklı bir kavram olmakla beraber, her ikisi de bireyin sorumluluğuna ilişkin olduklarından pek çok ortak noktaya sahiptirler ve bu ortak noktaların da en önemlisini özgürlük oluşturmaktadır³³⁹. İnsan özgür bir varlık olarak değerlendirildiği için davranışlarından sorumlu olduğu kabul edilebilir. Kişinin özgür olduğundan ve dolayısıyla davranışlarından sorumlu tutulabilirliğinden söz edebilmek için de davranışlarını yönlendirebilme gücünün bulunması gerekir. Zira davranışlarını yönlendirebilme gücü –ki bu da ayırt etme gücü anlamına gelmektedir- bulunan kişinin davranışı kendisine yüklenebilir³⁴⁰ ve bunun sonucunda kişi sorumlu tutulabilir. Davranışın kişiye yüklenebilmesi için de kişinin soyut olarak ayırt etme gücüne sahip olması yetmez. Aynı zamanda davranışın ona somut biçimde yüklenebilmesi de gerekmektedir.

Sübjektif teoriye göre kusur esasen faildeki bir irade zayıflığı, bir irade eksikliğidir. Çünkü failin bir davranışı nedeniyle şahsen kınanması için, davranışın kendisine bir irade eksikliği olarak yüklenebilmesi gerekir³⁴¹. Davranış faile, failin şahsi becerileri, ona başka türlü davranma olanağı tanıdığı takdirde irade eksikliği olarak yüklenebilir³⁴². Örnek davranışa uygun hareket edemeyeceğinin bilincinde olmayan bir kimsenin, bu davranışa uygun hareket edememesi kınanacak bir durum teşkil etmez. Bu nedenledir ki, örnek davranıştan sapma, ancak bunun bilincinde olanlar bakımından kusur addedilebilir. Demek oluyor ki, zarar verenin şahsi yetenekleri değil de soyut olarak belirlenen kişinin ortalama yetenek ve bilgisine göre objektif olarak belirlenen bir özen ölçüsü kabul edildiği takdirde, esasen kusur sorumluluğunun özünden vazgeçilmiş

³³⁸ **Koçhisarlıoğlu**, Kusur, s. 157.

³³⁹ **Koçhisarlıoğlu**, Kusur, s. 183.

³⁴⁰ Yüklenebilirlik, meydana gelen bir sonucun bir kişiye mal edilmesi, onun davranışıyla söz konusu sonuca yol açmış olması nedeniyle bu sonucun ona yüklenmesi imkânını ifade eder. Yüklenebilirlik aynı zamanda atfedilebilirlik, isnat kabiliyeti anlamına da gelmektedir. **Koçhisarlıoğlu**, Kusur, s. 320.

³⁴¹ **Wilburg**, s. 50; **Steininger**, s. 53; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 24.

³⁴² **Koziol**, Haftpflichtrecht I, N. 5/1.

olunur³⁴³. Ayrıca kusur araştırmasında ayırt etme gücünün bulunmaması ve dolayısıyla kusurun da mevcut olmadığı tespiti sübjektif değerlendirmeye yapılırken ayırt etme gücünün varlığı halinde, bu tespitin ardından sonraki safhada örnek davranışı esas olarak objektif değerlendirme yapmak, tutarsızlık teşkil eder³⁴⁴.

Sübjektif kusur teorisinin savunucularına göre kusur, kasten ya da ihmalen, zarar veren kimsenin bir davranışta bulunarak ya da gerekli tedbirleri almayarak, zararın öngörülebilir olması ve söz konusu kişinin gerekli davranışı sergileyebilecek ya da belirli bir davranıştan kaçınabilecek fiziksel ve zihinsel somut durumda bulunması kaydıyla, zarara yol açtığı için kınanmasıdır³⁴⁵. Bir kınama olarak kusur, fail ile zarar arasında makul bir bağ kurar. Kusur ilkesi her ne kadar kesinlik içermeyen bir araç olsa da, sosyal gereklilikleri ve hâkim ahlaki anlayışı göz önüne alarak hukuki sorumluluğu makul sınırlar içinde tutar³⁴⁶. Bu amaç için de sübjektif ölçüye başvurulması gerekmektedir. Buna göre kusur, meşru bir isnat kriteridir. Bu yönüyle, sorumluluğun sebebi olma ve ilgili sorumluluğun sınırlarını belirleme olmak üzere iki işlevi vardır³⁴⁷.

Ortalamanın altında yeteneğe sahip kişiler, bu özellikleri nedeniyle bir tehlike arz ederler. Ancak bu kişilere ilişkin olarak sırf bu nedenle sorumluluğun doğmasını haklı gösteren, sorumluluk sebebi niteliğinde bir tehlikeden söz edilemez. Tehlikeliliğin bir sorumluluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için, tehlikenin kişinin kendi lehine ve kendisine yüklenebilir bir biçimde ortaya çıkması veya kişinin tehlike kaynağını elinde bulundurması gerekir. Ancak ortalamanın altında yetenekte bir kişiden bahsederken ne söz konusu tehlikenin kendisine yüklenebilirliğinden ne de ortalamanın altındaki yetenekten bir fayda olarak söz edilebilir. Her ne kadar ortalamanın altındaki kişiler herkesin sahip olduğu haklardan yararlanmakta olsalar da sadece varlıkları ve günlük yaşama katılmaları, sorumluluk sebebi ya da sorumluluğun söz konusu olmadığı bir yaşam sürmelerine yol açmamalıdır³⁴⁸.

³⁴³ **Steininger**, s. 55.

³⁴⁴ **Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton K./**Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, Zürich 2000, §24 N. 43.

³⁴⁵ **Widmer**, Fault, s. 284.

³⁴⁶ **Yung**, s. 146.

³⁴⁷ **Widmer**, Fault, s. 284.

³⁴⁸ **Steininger**, s. 56.

Sübjektif ölçünün uygulandığı Avusturya hukukundan *Koziol/Koziol*'a göre ise, objektif ölçünün uygulandığı Almanya gibi ülkelerde failin ayırt etme gücü ve yaşı dikkate alınarak failin kıyaslanacağı grup oluşturulurken nasıl ki bu özellikler dikkate alınmaktadır, aynı zamanda failin fevri, basiretsiz ya da gergin biri olması gibi kişisel özellikleri de dikkate alınmalıdır.³⁴⁹ Ayrıca yazarlar, sübjektif ölçüye karşı kusurun ispatının zorluğuna ilişkin olarak öne sürülen gerekçeleri yetersiz bularak bu endişelerin, ispat yüküne ilişkin kurallar suretiyle bertaraf edilebileceğini savunmakta ve buna, failin yaşının gerektirdiği olgunluğa erişmeyerek gerekli ayırt etme gücüne sahip olmadığını kendisinin ispatlaması kuralını örnek vermektedirler³⁵⁰.

Fellmann da objektif kusur sorumluluğunun sözleşme sorumluluğunda mümkün olabileceğini, ancak haksız fiilin yapısının buna müsait olmadığını savunmaktadır³⁵¹. Yazara göre haksız fiil ilişkisinin aksine, sözleşme ilişkisinde tarafların ilişkisi tesadüfi nitelikte değildir. Borçlu, taahhüt ettiği edimi yerine getirmek için zorunlu olan her şeyi yapmalıdır ve borçlunun sergilemesi gereken davranış, bu sebeple objektif kriterlere tabi tutulabilir. Dolayısıyla sözleşme sorumluluğunda borçlunun kusurunu belirlemede objektif ölçü kullanılmalıdır. Buna karşın, haksız fiilde kusuru belirlemede sübjektif ölçü kullanılmalıdır³⁵². Zira sözleşme sorumluluğunda temeldeki güven unsurundan kaynaklı objektifleştirilmiş kusur anlayışı kabul edilmeli iken; haksız fiil hukukunda böyle güven temeli oluşturan bir ilişki bulunmamaktadır³⁵³.

Doktrinde yukarıda zikredilen gerekçelerle kusurun tespitinde sübjektif ölçünün esas alınması gerektiği savunulmaktadır³⁵⁴. Buna göre kusur değerlendirmesi, failin kendi

³⁴⁹ **Koziol**, Gabriele/ **Koziol**, Helmut, Austrian Private Law, Viyana 2017, N. 93.

³⁵⁰ **Koziol/Koziol**, N. 93.

³⁵¹ **Fellmann**, Verschuldensbegriff, s. 365.

³⁵² **Fellmann**, Verschuldensbegriff, s. 365.

³⁵³ **Fellmann**, Verschuldensbegriff, s. 358, 365.

³⁵⁴ **Sübjektif kusur teorisi taraftarları: Savatier**, Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, Klein, Frédéric-Edouard (ed.), Basel und Stuttgart 1973, s. 160; **Yung**, s. 124 vd. **Fellmann**, Verschuldensbegriff, s. 365; **Widmer**, Fault, s. 284; **Steininger**, s. 53 vd.; **Bosshard**, Erich, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Zürich 1988, s. 116, 120; **Guhl/Koller**, §24 N. 43; **Wilburg**, s. 50; **Koziol**, Haftpflichtrecht I, N. 5/1; **Koziol/Koziol**, N. 93; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 29; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 59; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 153; **Şen Doğramacı**, Hayriye, "Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğünün Sorumluluk Hukukundaki Yeri ve Önemi", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.: 2013, Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, (s. 55-65) s. 63.

şartlarına göre yapılır ve bir davranışın faile kusur olarak yükletilebilmesi için onun, haksız fiili teşkil eden fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve fiziksel şartlar, kişisel yetenekleri, yetişme, eğitim ve öğretim düzeyi, fiziksel güçleri ve meslek becerileri dikkate alınır. Buna göre, fail, zararlı sonucun meydana gelmemesi için başka türlü davranma imkânına sahipken bu şekilde davranmamıştır ve işte tam da bu nedenle kusurludur. Bir diğer deyişle kusur, kişinin zararı önleyebilecek durumda olmasına rağmen, zarar doğuran davranışını gerçekleştirmiş olmasıdır.

Bu görüşe göre, kusur ve hukuka aykırılık unsurlarının ayırt edilmesi de kolaydır. Zira kusur, hukuka aykırılık unsurundan ayırt edilirken dikkat edilmesi gereken husus şudur: Hukuka aykırılık, zarar verici fiile ilişkin iken; sübjektif şekilde belirlenen kusur, failin iradi ve zihni yapısına ilişkindir.

Özetle sübjektif teori uyarınca kusur, failin bireysel özellikleri, kişisel yetenekleri ve mesleki becerilerine göre mümkün olan özeni gösterip somut olayda davranışının zararlı sonuçlarını öngörüp bundan kaçınabilecekken bunu yapmamasıdır. Bununla beraber, bir kişinin yetersizliğini bilecek durumda iken bir işi üstlenmesi halinde, örneğin mesleki bilgi ya da özel yetenek gerektiren bir durumda bu yeteneğe sahip olmayan birinin bu işi üstlenmesi halinde, kişinin bizatihi bu üstlenme biçimindeki davranışı kusur teşkil eder³⁵⁵. Bu durum *üstlenme kusuru - Übernahmeverschulden* olarak ifade edilir³⁵⁶.

Sübjektif kusur teorisini eleştirenler, bu görüş yerine ya objektifleştirilmiş ya da objektif kusur teorisini savunmuşlardır. Her iki teorinin sübjektif kusur teorisine karşı ortak itirazları özetlenerek ifade olunmuştur, her bir teorinin argümanları ilgili alt başlıkta ayrıca incelenecektir.

Sübjektif kusur teorisini eleştiren yazarlara göre, öncelikle toplumsal yaşamda güven düşüncesi, kişisel yeteneklere bakılmaksızın herkesten davranışlarında asgari derecede belirli bir özen gösterilmesini gerektirir³⁵⁷. İnsan, ahlaki, fikri ve fiziki nitelikler ile

³⁵⁵ Oğuzman/Öz, C.:II, s. 59.

³⁵⁶ Bu kavram, objektifleştirilmiş kusur teorisi taraftarlarınca da kullanılan bir kavram olup yine bu teori uyarınca da böyle bir fiil, kusur – üstlenme kusuru – teşkil eder.

³⁵⁷ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 51; Özsunay, s. 73.

cismani becerileri ve mesleki ve teknik yeteneklerin ortalama bir toplamını garanti etmek zorundadır³⁵⁸.

Ayrıca hukuk, her bir kişinin kendi özellik ve olanaklarını ayrı ayrı dikkate alarak davranış kuralı öngörmemelidir. Davranış kuralının gereği gibi saptanması halinde zaten insanların genel itibariyle uyabileceği bir ölçü söz konusu olacaktır. Kusuru belirlemek için kullanılacak ölçüye gelince bu ölçü, toplumda yaşamakta olan bireylerin çoğunluğu için geçerli bir ölçü olmalı ve tedbir ve özen kurallarının belirlenmesinde tüm insanların ortak yetersizlikleri dikkate alınmalıdır³⁵⁹. Bu şekilde belirlenen kuralların ihlali durumunda kusurun varlığından söz etmek adaletle son derece uygun olur. Zira hiç kimsenin uyamayacağı bir ölçünün genel davranış kuralı olarak belirlenmesi kabul edilemez. Aksi takdirde insan, sorumluluk tehdidi altında kalıp tam bir hareketsizliğe mahkûm edilmiş olur³⁶⁰.

Esasen kusurun tespitinde subjektif ölçünün kullanılması imkânsızdır. Hâkim de dahil olmak üzere hiç kimse, bir başka kimse ya da fiilleri hakkında ahlaki bir değer yargısına hükmetme yeteneğine sahip olmadığı gibi böyle bir görevle de yüklenmemiştir³⁶¹. Hem subjektif kusur, keyfi değerlendirme ve dolayısıyla hukuk güvenliğini ve eşitlik ilkesini zedeleme riski barındırır³⁶².

Kusur sorumluluğunun amacı, zarar veren ve zarar görenin menfaatleri arasında denge kurmak olduğundan subjektif kusur görüşünün bu dengeyi sağlamaya elverişsiz tabiatı gereği de bu teorinin kabul edilmesi mümkün değildir³⁶³. Failin subjektif zayıflıklarına neden zarar görenin katlanması gerektiği görüş taraftarlarınca açıklanamamaktadır³⁶⁴. Ayrıca subjektif kusur teorisinin kabul edilmesi halinde, bilgisiz fail tarafından zarara uğratılan zarar gören, bilgili bir fail tarafından zarara uğratılan zarara göre kıyasla daha

³⁵⁸ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §5, N. 76.

³⁵⁹ **Dejean de la Batie**, I, N. 18.

³⁶⁰ **Dejean de la Batie**, I, N. 18.

³⁶¹ **Tunc**, N. 18.

³⁶² **Baysal**, Başak, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, İstanbul 2012, s. 109-110.

³⁶³ **Werro**, *Sorgfaltspflichtverletzung*, s. 373; **Honsell**, Heinrich/**Isenring**, Bernhard/**Kessler**, Martin A., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2013, §6 N. 20.

³⁶⁴ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §5, N. 79.

elverişli bir konumda olacaktır. Zararın tazmini amacını güden haksız fiil sorumluluğunda böyle farklı bir sonuç kabul edilemez³⁶⁵.

1.4.2. Objektifleştirilmiş Kusur Teorisi

Kusurun belirlenmesinde subjektif ölçünün kabul edilmesi durumunda her somut olayda failin irade ve zekasının, yeteneklerinin, bilgisinin göz önünde tutulması ve failin hukuka aykırı sonucu öngörüp öngöremeyeceği ve önleyip önleyemeyeceğinin araştırılarak tespit edilmesi gerekir, böylelikle de kusur bir irade zaafı olarak ortaya çıkar. Bu durumda kusur kavramı ahlaki bir temele dayandırılmış olur. Objektifleştirilmiş kusur teorisine göre de kusur, elbette ahlaki temeli olan bir kavramdır. Ancak bu görüşün savunucularına göre, hukuki kavramların hukuki ilkeler ışığında ve hukuki bir yöntemle incelenmesi gerekmekte olup bu durum kusur kavramının doğasının bozulması anlamına gelmemektedir³⁶⁶. Hem kişinin tüm subjektif özelliklerinin hâkim tarafından dikkate alınması son derece güç³⁶⁷; hatta bazılarında göre imkânsızdır³⁶⁸.

Bu teoriye göre kusurun belirlenmesinde, subjektif bir unsur olarak ayırt etme gücü tamamen, failin kişisel özellikleri ise belli bir ölçüde dikkate alınmalıdır. Failin subjektif birtakım özelliklerinin belirli bir nispette objektifleştirilerek dikkate alındığı objektifleştirilmiş kusur teorisi³⁶⁹, Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüşdür³⁷⁰.

³⁶⁵ **Werro**, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 372.

³⁶⁶ **Koçhisarhoğlu**, Kusur, s. 153-154.

³⁶⁷ **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 199.

³⁶⁸ **Tunc**, N. 18.

³⁶⁹ Bu teori, bazı yazarlarca objektif kusur olarak da nitelendirilmektedir ancak kanaatimizce bu teoriyi objektifleştirilmiş kusur biçiminde ifade etmek daha isabetlidir. Bunun nedenlerinden ilki, bu görüşe göre kusurun hem objektif hem de subjektif yönünün bulunması, kusurun subjektif yönünü oluşturan ayırt etme gücünün doğal olarak subjektif biçimde değerlendirilmesidir. Dolayısıyla bu görüşün tamamen objektif nitelik taşıdığı söylenemez; ki bu bizi bu görüşün objektifleştirilmiş kusur teorisi biçiminde nitelendirilmesini haklı gösteren bir diğer nedene yönlendirir. Buna göre, kusurun tamamen objektif biçimde değerlendirildiği, failin kusurlu olarak addedilmesi için ayırt etme gücünün bile aranmasının gerekli olmadığını iddia eden bir görüş objektif kusur teorisi olarak adlandırılmaktadır. Aynı yönde ayırım için bkz. **Koçhisarhoğlu**, Kusur, s. 141, 155, 167 vd.; **Altınok Ormancı**, Pınar, Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul 2016, s. 86. Nart da üçlü ayırımı kabul etmekte ancak objektifleştirilmiş-objektif kusur teorileri ifadeleri yerine; objektif- tamamen objektif kusur teorileri ifadelerini kullanmaktadır. **Nart**, Serdar, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Ankara 2014,

Bu teorinin savunucuları da kusurlu davranışın ancak özgür bir iradenin varlığı halinde mevcut olabileceğini kabul ederler. Buna göre, kişi ancak yönlendirebilme imkânının bulunduğu davranışlarından sorumlu tutulmalıdır. Dolayısıyla ayırt etme gücü kusur değerlendirmesinde vazgeçilebilir bir unsur değildir³⁷¹. Ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin kusur ehliyetleri bulunmamaktadır.

Bu görüşe göre, kişinin göstermesi gereken özenin biçim ve derecesi, somut olayın koşullarına bağlıdır. Ancak bu özen, kişiden kişiye değişebilen bir özen değildir ve failin kişisel konumuna bağlı değildir. Çünkü kusur değerlendirmesine esas teşkil eden tip, fail değil, soyut bir tiptir³⁷². Kişilerin toplum içinde yaşama zorunluluğu düşünüldüğünde, toplum yaşamının güvenlik içerisinde aksaklık olmadan devam edebilmesi için kişilerin, davranışlarında belirli ortak bir standart çerçevesinde bir uyum yakalaması gerekir. İşte davranış modeli bakımından referans teşkil eden bu soyut tip, (standart) ortalama tiptir³⁷³. Bu tip, sübjektif kusur teorisinden farklı olarak, failin bizatihi kendisi değil, failin mensup olduğu sosyal veya mesleki gruba ait, aynı şartlar altında yaşayan, makul, dürüst ve orta zekalı bir insan tipidir³⁷⁴. Bu ortalama tipin davranışı, örnek (model) davranıştır. Ortalama tipin davranışından sapan fiil, kusurlu olarak değerlendirilir. Ayrıca bu görüşe göre kusur ölçüsünün tespitinde belirleyici

s.137. 139. Aksi görüş için bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2011, s. 59.

³⁷⁰ **Türk hukukunda: İmre**, s. 28 vd.; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 50-54; **Erdoğan**, s. 130 vd.; **Gümüş**, s. 102; **Baysal**, s. 107-110; **Altınok Ormancı**, s. 89; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 594, 599; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 56; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 416; **Schwarz**, Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri I. C., İstanbul 1948, s. 112; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 31; **Koçhisarhoğlu**, Kusur, s. 192-196; **Tunçomağ**, s. 443; **Demircioğlu**, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 251; **Antalya**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.:II, İstanbul 2018, s. 31; YHGK E. 2003/11-756, K. 2003/743, T. 10.12.2003 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. **İsviçre hukukunda: Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 63 vd. **Gauch**, Peter, "Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts", recht 1996, (s. 225- 239) s. 235; **Keller**, N. 120; **Huguenin**, N. 1978; **Kessler**, Martin A. Basler Kommentar, 2013, Art 41, N. 48a; **Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2016, N. 22.15; **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 169 vd.; **Werro**, Franz, Commentaire romand, 2012, art. 41, n. 59 vd. Alman hukukunda da objektifleştirilmiş kusur ölçüsü uygulanmaktadır.

³⁷¹ **Tandoğan**, Mes'uliyet; s. 50.

³⁷² Oğuzman/Öz bunu örnek (model) davranış teorisi olarak zikretmektedir. **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 59.

³⁷³ **Deutsch**, Colloquium, s. 50 vd.; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 592; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 31.

³⁷⁴ **İmre**, s. 28 vd.; **Tandoğan**, Mes'uliyet; s. 50-54; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 592; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 416; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 31; **Baysal**, s. 107; **Gümüş**, s. 102; **Erdoğan**, s. 130 vd.

husus, işlem hayatının güveninin dayandığı yükümlülüklerin objektif olarak üstlenilip üstlenilmediğidir³⁷⁵.

Kusurun ve ileride açıklanacağı üzere, ihmalin belirlenmesinde başvuru bu soyut ve ortalama tip, esasen ortalama zekâda dikkatli ve makul insandan, bir diğer deyişle, Roma hukukunda ihmalin belirlenmesinde başvuru *bonus pater familias*'tan başkası değildir³⁷⁶.

Belirli bir yaştaki ve meslekteki bir insanın, ilgili durumda beklenebilecek dikkat ve beceriyi ifade eden örnek davranışı sergilemesi beklenir³⁷⁷. Kusurun objektifleştirilmesi, failin somut olaydaki fiilini değil, ortalama tipin aynı şartlar altındaki örnek davranışını esas alır. Bu nedenle fail, elinden geleni yapsa, ahlaki yönden kınanabilir olmasa ve bir irade eksikliği bulunmasa bile, failin davranışının örnek kişinin davranışından daha alt düzeyde kalarak ondan sapması, hukuki açıdan kusur değerlendirmesi için yeterlidir³⁷⁸. Buna göre failin mizacı, görev duygusu, ciddiyeti, yetenekleri, çalışkanlığı yönünden nasıl hareket etmek alışkanlığında olduğu dikkate alınmaz³⁷⁹. Zarar veren kişinin o anda özel bir yüke maruz kalması, stres gibi salt sübjektif hususlar dikkate alınmaz³⁸⁰. Somut olayda dikkat ve özenin gösterilmemesinin genel bir alışkanlık olduğu ve ihmal teşkil etmediği yönünde bir argüman öne sürülemeyeceği gibi bir tedbirsizliğin, sorumlunun ait bulunduğu çevrede hoşgörü ile karşılanması savunması da kusurun belirlenmesinde kabul edilmez³⁸¹.

Öte yandan kusur değerlendirmesinde, failin kişisel özelliklerinin dikkate alınmamasının hakkaniyete aykırı sonuç doğurabileceği ileri sürülmüştür. Bu, fail için ağır bir sonuç gibi gözükmeyle beraber toplum yaşamının güvenlik içinde sürmesi için toplum yaşamına katılan kişilerin asgari bazı yetenek ve nitelikleri haiz olması

³⁷⁵ **Deutsch**, Colloquium, s. 60.

³⁷⁶ **Schwarz**, Borçlar Hukuku, s. 112; **İmre**, s. 28 vd.; **Tunçomağ**, s. 443; **Tandoğan**, Mes'uliyet; s. 51; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 31; **Baysal**, s. 107.

³⁷⁷ **Keller**, N. 120.

³⁷⁸ **İmre**, s. 30; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 599.

³⁷⁹ **Schwarz**, Borçlar Hukuku, s. 112; **Tunçomağ**, s. 443.

³⁸⁰ **Keller**, N. 120.

³⁸¹ **Tunçomağ**, 443.

gerekmektedir ve bu durum daha adilane sonuçlar doğurur³⁸². Herhangi bir faaliyetin gerçekleştirilmesinde herkesin orta zekalı, makul bir kişinin sahip olduğu fiziksel ve zihinsel becerileri göstermesi, belirli bir işin görülmesi durumunda, herkesin bu iş için gerekli orta düzeydeki mesleki ve teknik beceriyi sağlaması gerekir³⁸³. Buna göre insan, ahlaki, fikri ve fiziki nitelikler ile cismani becerileri ve mesleki ve teknik yeteneklerin ortalama bir toplamını garanti etmek zorundadır³⁸⁴. Hem haksız fiil hukukunda adil ve hakkaniyete uygun bir zarar dağılımını sağlama hem de herkesin belli bir ölçünün üzerinde bilgi ve beceriye sahip olduğuna dair bireylerde hâlihazırda var olan haklı güveni koruma düşünceleri, bu teorinin temellendirilmesinde ön plandadır³⁸⁵.

Ayrıca hukuk, makul bir çaba ile uygulanabildiği takdirde işlevini yerine getirir. Tespit edilemeyen veya zaman ve masraf isteyen araştırmalar gerektiren kriterler üzerine inşa edilen teoriler, bu açıdan kıymetsizdir³⁸⁶. Bu nedenle sübjektif kriterler esas alınmamalıdır. Ancak ayırt etme gücünde durum farklıdır. Çünkü ayırt etme gücü, uygulanabilir bir koşul olup kusurun objektifleştirilmesinin sınırını oluşturur³⁸⁷. Üstelik, objektifleştirilmiş kusurda, her halükârda kusur ehliyeti için asgari olarak ayırt etme gücü aranmaktadır ki bu da adaletsiz bir sonucun doğmasını önler.

Bunlara ek olarak, kusurun objektifleştirilmesinin meşruiyetinde önemli bir husus, ortalama davranışın pek çok sayıda insanın değer yargısına uygun şekilde belirlenmesidir. Bu ise, ancak değerler hiyerarşisinin doğru biçimde kurulması ile gerçekleştirilebilir; örneğin yaşam ve vücut bütünlüğü en önemli değerdir.

³⁸² Oftinger/Stark'a göre, toplum halinde, birlikte yaşama ve genel olarak mevcut olan olumlu yetenek ve becerilere güvenebilme ihtiyacı, bu kusur yaklaşımını tercih etmeyi gerektirir. **Oftinger/Stark**, s. 210, N. 80. Eren'e göre, "*Hukuk düzeni, her şeyden önce bir toplum düzenidir. Toplum içinde yaşayan kişiler birbirleriyle ilişkilerinde belirli bir davranış biçimine uygun hareket etmek zorundadırlar. Bu belirli davranış sosyal bir çevreye veya herhangi bir meslek gurubuna mensup makul (normal) kişilerin, birbirlerine zarar vermeden uyum içinde yaşamak için göstermek zorunda oldukları özen ve çabadan oluşan ortalama, örnek (model) bir davranış biçimidir. Hukuk düzeni, herkesten bu davranış biçimine göre yaşamasını, hareketlerini buna uydurmasını ister.*" **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 591-592; Aynı yönde bkz. **Atamer**: "...gün geçtikçe tehlikelileşen hayat tarzımız herkesin, karşısındakinden belli bir standart davranışı bekleyebilme konusundaki haklı güvenin korunmasını ön plana çıkarmıştır." **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 31.

³⁸³ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 599.

³⁸⁴ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 76.

³⁸⁵ **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 20.

³⁸⁶ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 67

³⁸⁷ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 67.

Objektifleştirilmiş kusur teorisi şu yönlerden eleştirilmektedir: Öncelikle *Oğuzman/Öz*'e göre, ayırt etme gücü bulunmayanların haksız fiillerinden sorumlu olmayacağını Türk Medeni Kanununda öngörülmesi kusurun objektifleştirilmesinin kabul edilmediği manasına gelir³⁸⁸. Ayrıca kusurun objektifleştirilmesi, kusur kavramı ile bağdaşmaz. Zira objektifleştirme halinde kusur olmadan kusura dayanan sorumluluk söz konusu olur³⁸⁹. Zira objektifleştirilen ve esnetilen kusur kavramının bu suretle içi boşaltılmaktadır.

Nomer de, örnek davranıştan sapma, ancak bunun bilincinde olanlar bakımından değerlendirilir diyerek kusurun objektifleştirilmesi görüşünün kanunun düzenlemesine uygun düşmediğini savunmaktadır³⁹⁰.

Kaneti de bu görüşü, kusur kavramının yapısına aykırı olduğunu söyleyerek reddetmektedir. Ayrıca bu teorinin kabulü halinde ihmalden ileri gelen sorumluluğun bir kusur sorumluluğu değil, tehlike sorumluluğu niteliği kazanacağını ileri sürmektedir³⁹¹. Bununla birlikte, yazara göre ancak istenilen bilgi ve nitelikleri haiz kişilerin göstermek zorunda oldukları özenin ölçüsü bakımından bu görüşe değer verilir ve kıstas şu şekilde tespit olunur: Bir kişinin kendi bilgi ve tecrübelerini taşıyan bir başka kişiden genel görüş uyarınca aranılan özeni göstermediği için ihmalinin bulunduğu tespiti yapılabilir. Herkesten istenilen özenin ölçüsü bir değerdir ve soyut bir ölçüye başvurmak kusur kavramının özüne uymaz³⁹².

Yung'a göre de objektifleştirilmiş kusur teorisi, kınanabilirlik unsurunu içeren kusur kavramıyla bağdaşmaz. Zira bu durumda, kanunun emrettiği ortalama davranışı sergilemek için elinden gelen her şeyi yapan bir kişinin hangi gerekçeyle kınanabileceği

³⁸⁸ *Oğuzman/Öz*, C.:II, s. 59.

³⁸⁹ *Oğuzman/Öz*, C.:II, s. 59. Bununla birlikte subjektif kusur teorisini savunan *Oğuzman/Öz*, kusuru imkânsızlaştırarak şekilde yorumlanmaması gerektiğinin altını çizer.

³⁹⁰ *Nomer*, Borçlar Hukuku, s. 153: “*Model davranışa uygun hareket edemeyeceğinin bilincinde olmayan bir kimsenin, model davranışa uygun hareket edememesi kınanacak bir durum değildir. Model davranıştan sapma ancak bunun bilincinde olanlar bakımından kusur addedilebilir. Bu açıdan kusurun objektifleştirilmesi görüşü, kusuru bir unsur olarak arayan kanunun düzenlemesine uygun düşmemektedir.*”

³⁹¹ *Kaneti*, Hukuka Aykırılık, s. 29.

³⁹² *Kaneti*, Hukuka Aykırılık, s. 30.

açıklanamamaktadır³⁹³. Hem objektifleştirilmiş kusur teorisi sadece fail için değil, aynı zamanda zarar gören için de adaletsizlik teşkil etmektedir. Çünkü zarar görenin kusurunu tespitinde de bu ölçüye başvurulacaktır³⁹⁴. Ancak Yung'un bu ölçünün zarar gören için de adaletsizlik teşkil edeceğine dair bu argümanına karşın, objektifleştirilmiş kusur teorisinin esasen zarar gören aleyhine olmadığı, aynı zarar görenin başka bir bağlamda aynı bağışıklıktan yararlanacağı savunulmuştur³⁹⁵. Yung'un objektif teoriye diğer bir eleştirisi ise yükümlülük ihlalinin biri hukuka aykırılık, diğeri kusur unsurunda olmak üzere iki defa incelendiğidir³⁹⁶.

İsviçre'de son zamanlarda daha yüksek sesle savunulan sübjektif kusur teorisinin savunucularından Widmer de objektifleştirilmiş kusur teorisine bir başka açıdan farklı bir eleştiri getirmektedir. Objektifleştirilmiş kusur teorisine göre, kişinin yetenekleri ortalamanın üzerinde ise bu yüksek standarda göre değerlendirilir. Yazara göre, *“demek oluyor ki, sorumluluğun değerlendirilmesinde daha sıkı olunacaksa o zaman kusurun kişisel ‘sübjektif’ değerlendirilmesi kabul edilmektedir. Bu fikir, ilke olarak son derece yerindedir. Ancak bu ilkenin ters istikamette de uygulanması gerekmektedir. Kişi fazlasıyla nitelikli olduğu zaman sübjektif hususları dikkate alırken kendi kabahati olmaksızın objektif olarak yerinde davranamayacakken sübjektif hususları göz ardı etmek mantık dışıdır³⁹⁷.”* Yine yazara göre, zaten objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca örnek davranış belirlenirken soyut tip bazen o kadar detaylı belirlenir ki, somut failin kendisine tekabül eder³⁹⁸.

1.4.3. Objektif Kusur Teorisi

Sübjektif ölçünün reddedilmesi gerektiğini savunan objektif kusur teorisi de objektif bir ölçüye başvurulması gerektiğini savunur ancak ayırt etme gücünün arandığı objektifleştirilmiş kusur teorisinden farklı olarak objektif kusur teorisinde ayırt etme gücü aranmaz. İki teori arasındaki en önemli fark bu olmakla beraber, aralarındaki tek

³⁹³ Yung, s. 126.

³⁹⁴ Yung, s. 194.

³⁹⁵ Deutsch, Colloquium, s. 58.

³⁹⁶ Yung, s. 125-126.

³⁹⁷ Widmer, Fault, s. 292.

³⁹⁸ Widmer, Fault, s. 292.

fark bu değildir. Bu iki teori arasındaki bir diğer fark, objektifleştirilmiş kusur teorisinde failin özelliklerinin dikkate alınması suretiyle belirlenen soyut ve ortalama tipin örnek davranışı esas alınırken; objektif kusur teorisinde fail, her halükârda ayırt etme gücüne sahip ve tamamen objektif olarak belirlenen bir üçüncü kişi ile kıyaslanır. Örneğin, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir küçük ya da erişkin kimse, objektif kusur teorisi uyarınca sorumlu tutulabileceği gibi, ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün kusurlu davranıp davranmadığını belirlemede aynı yaştaki bir çocuk değil, erişkin bir kimse esas alınır. Bu bakımdan objektifleştirilmiş kusur teorisine göre, failin davranışı makul ve dürüst davranan herhangi bir üçüncü kişi ile kıyaslanmaz; uygulanacak ölçüyü tespitte failin dahil olduğu kişi çevresi ve onların uzmanlık ve bilgi seviyesinin dikkate alınır, bu da objektifleştirilmiş kusur teorisini mutlak objektiflikten ayırır³⁹⁹.

Objektif kusur teorisi savunucularının⁴⁰⁰ argümanlarına gelince, belirtmeli ki objektifleştirilmiş kusur teorisinin ayırt etme gücünün gerekliliği hariç olmak üzere öne sürdüğü argümanlar, objektif kusur teorisi için de geçerlidir.

Buna ek olarak, objektif kusur teorisine göre, kusurun etik değil tamamen toplumsal nitelikte bir kavram olduğu kabul edilmelidir⁴⁰¹. İnsanın davranışları, toplumsal ölçütlere göre değerlendirilmeli ve buna göre kusur, objektif ve toplumsal bir biçimde anlamlandırılmalıdır. Kusur kriteri, ahlaki değil tamamıyla sosyal karakterdedir zaten hâkim de sosyal bakış açısıyla hüküm veren pozisyonundadır⁴⁰². Buna göre ahlaki kınanabilirlik, hukuki açıdan kusur söz konusu olduğunda yerini, objektif bir bakış açısı ile değerlendirilen soyut kınanabilirliğe bırakılmalıdır. Çünkü bireysel bir ölçütün kabulü, toplumun bireylerinden her birine karşı duyduğu güvenin sarsılması anlamına gelir ve başkalarının haklı güvenini yanıltan her davranış, sorumluluk doğurmalıdır⁴⁰³.

Ayrıca objektif kusur teorisinin ahlaki temelden yoksun olduğu görüşü isabetsizdir. Zira toplumsal ahlak, herkesin başına gelebilecek talihsizlik halinde dayanışmayı

³⁹⁹ **Mohr**, s. 574.

⁴⁰⁰ **Tunc**, N. 18; **Mazeaud/Mazeaud/Tunc**, N. 421; **Holleaux**, s. 160; **Marty/Raynaud**, N. 464; **Dejean de la Bâtie** N. 24; **le Tourneau**, N. 6706 vd.

⁴⁰¹ **Tunc**, N. 18.

⁴⁰² **Tunc**, N. 18.

⁴⁰³ **Koçhisarlıoğlu**, Kusur, s. 578, dn. 96.

gerektirir⁴⁰⁴. Bu bağlamda objektif kusur teorisine göre hukuki sorumluluk, insanları yargılamak ile değil, ortaya çıkan zararın tazmini ile uğraşır ve bu çerçevede sorumluluk hukukunda kusur, tazminat yükümünü belirlemeye yaramaktadır⁴⁰⁵. Bir diğer deyişle, hukuki sorumluluk, sorumluluğun toplumsal organizasyonu ile uğraşmaktadır. Zararların toplumun değişik bireylerine dağıtılarak yoğunluğun azalmasını emreden toplumsal dayanışma fikri de kusurun objektif şekilde tespit edilmesi görüşünü haklı göstermektedir.

İlaveten, insan doğası gereği, bir kimsenin hatalı tepki göstermemesi zor, hatta olanaksızdır. Bu nedenle kazaların meydana gelmesi istatistiksel olarak kaçınılmazdır⁴⁰⁶. Üstelik günümüzde bir başkasına zarar vermemek için düşünüp taşınma süresi de çok azdır. İstatistiksel olarak kaçınılmaz biçimde başkasına zarar veren yorulma, yanılma, yanlış bir tepkide bulunma vb. biçimde tezahür eden hatalı davranıştan sorumluluğun belirlenmesinde subjektif teori tercih edilerek kişinin sorumlu olmayacağı sonucu yerine; kusur, tamamen objektif bir biçimde değerlendirilmeli ve sorumluluğun doğduğu kabul edilmelidir. Zira önemli bir sayı teşkil eden bu tür davranışlardan meydana gelecek zararların tazmin edilmemesi, hukuk politikasınca kabul edilmemelidir. Çünkü böyle bir durumda zarar görenler, tazminat almaksızın zarara katlanmak durumunda kalırlar.

Bu teoriye göre kusur, fail ile aynı “dışsal” koşullar altında bulunan tedbirli bir kişinin sergileyeceği davranıştan sapma anlamına gelir⁴⁰⁷. Kusurun varlığı, failin iç durumu ve kişisel özelliklerine bağlı değildir. Bir hâkimden failin vicdanını araştırmasını istemek, ondan imkânsız beklemek anlamına gelir⁴⁰⁸. Ayrıca unutulmamalıdır ki, hâkim de dahil olmak üzere hiç kimse, bir başka kimse ya da fiilleri hakkında ahlaki bir değer yargısına hükmetme yeteneğine sahip olmadığı gibi, böyle bir görevle de yüklenmemiştir⁴⁰⁹. Hem bir failin ihmali davranıp davranmadığını belirlerken, failin ruh halini araştırma adı ve görüntüsü altında, aslında (fiilen) failin davranışı, benzer koşullar altındaki bir kişinin

⁴⁰⁴ Tunc, N. 19.

⁴⁰⁵ Koçhisarlıoğlu, Kusur, s. 171.

⁴⁰⁶ Tunc, N. 17.

⁴⁰⁷ Mazeaud/Mazeaud/Tunc, N. 439.

⁴⁰⁸ Mazeaud/Mazeaud/Tunc, N. 421.

⁴⁰⁹ Tunc, N. 18.

davranışıyla kıyaslanacaktır⁴¹⁰. Elbette failin kendisine ilişkin olmayan, -örneğin, meydana geldiği yer ve zaman gibi- dışsal durum ve koşullar örnek davranışın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Bu teorinin savunucularına göre, kusurun tamamen objektif bir biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir. Kusurun belirlenmesinde, yer ve zaman başta olmak üzere aynı dışsal şartlar altında bulunan, ilgili davranışı gerçekleştiren makul bir kişiden beklenen davranış tespit edilecektir. Ancak bu soyut ve örnek davranışın tespitinde yaş ve cinsiyet gibi faile ilişkin kişisel özellikler dikkate alınmamalıdır⁴¹¹.

Kusuru belirlemek için kullanılacak ölçüye gelince bu ölçü, toplumda yaşamakta olan bireylerin çoğunluğu için geçerli bir ölçü olmalı, bu tedbir ve özen kurallarının belirlenmesinde tüm insanların ortak yetersizlikleri dikkate alınmalıdır⁴¹². Demek ki, davranış kuralının gereği gibi saptanması halinde zaten insanların genelde uyabileceği bir ölçü söz konusu olacaktır. Bu şekilde belirlenen kuralların ihlali durumunda kusurun varlığından söz etmek adalete son derece uygun olur. Zira hiç kimsenin uyamayacağı bir ölçünün genel davranış kuralı olarak belirlenmesi kabul edilemez. Aksi takdirde insan, sorumluluk tehdidi altında kalıp tam bir hareketsizliğe mahkûm edilmiş olur⁴¹³.

Özetle objektif kusur teorisi uyarınca, *neminem laedere* (başkasına zarar vermeme) ilkesi esas olup kişi, bir başkasına hukuka aykırı davranışı neticesinde zarar vermişse bunu tazminle yükümlü olur. Failin zarardan sorumlu tutulması için ayırt etme gücü

⁴¹⁰ **Mazeaud/Mazeaud/Tunc**, N. 421.

⁴¹¹ **Mazeaud/Mazeaud/Tunc**, N. 432. İsviçre hukuk doktrininde *Werro* ve *Achtari*, kusurun tespitinde kanunun açıkça öngördüğü üzere ayırt etme gücünün aranacağını belirtmekle beraber, objektifleştirilmiş kusur ölçütünde başvuru ve failin çeşitli özelliklerinin dikkate alınması suretiyle oluşturulan ortalama kişinin değil; objektif kusur teorisine benzer biçimde soyut tipin ayırt etme gücü hariç olmak üzere tamamen objektif bir biçimde belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. *Werro*'ya göre, faile ilişkin olarak dikkate alınabilecek tek kişisel özellik ayırt etme gücüdür. Sübjektif ölçüye ise ancak failin kişisel özelliklerinin dikkate alınacağı kanunda açıkça öngörüldüğü takdirde başvurulacaktır. Kusurun belirlenmesinde, yer ve zaman başta olmak üzere aynı şartlar altında bulunan, ilgili davranışı gerçekleştiren makul bir kişiden beklenen davranış tespit edilecektir. Ancak bu soyut ve örnek davranışın tespitinde yaş ve cinsiyet gibi faile ilişkin kişisel özellikler dikkate alınmamalıdır. **Werro**, *Sorgfaltspflichtverletzung*, s. 355 vd.; **Werro**, *Commentaire romand*, art. 41, n. 64; **Achtari**, *Annick*, *Le devoir du lésé de minimiser son dommage*, Zürich 2008, N. 315-319, özellikle N. 317. 318.

⁴¹² **Dejean de la Batie**, I, N. 18.

⁴¹³ **Dejean de la Batie**, I, N. 18.

aranmaz, zira zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi gerekip onlardan bu zarara katlanmaları beklenemez. Bu durumda zarara, tesadüfi olarak zarara uğrayan ve pasif durumdaki zarar gören yüklenmemelidir. Çünkü adalet, herkesin kendi fiillerinin sonucuna katlanmasını gerektirir⁴¹⁴. Zarar verenlerin ayırt etme gücünden yoksun olmaları, zarar gören kimselerin, ayırt etme gücünden yoksunların bu eksikliklerine katlanmaları için bir gerekçe oluşturmaz⁴¹⁵. Hem haksız fiil sorumluluğunun amacı, insanları yargılamak değil; zararın giderilmesidir⁴¹⁶.

Objektif kusur teorisi yukarıda açıklandığı üzere mağdur odaklı Fransız haksız fiil hukukunda kabul görmüş olup hâlihazırda uygulanmaktadır⁴¹⁷. Fransız kanun koyucusu, izlediği hukuk politikası gereği objektif kusur teorisini benimsemiş ve kusurun varlığı için ayırt etme gücünün aranmayacağını öngörmüştür. Fransız Medeni Kanunu m. 414-2 (eski m. 489-2) uyarınca Fransız hukukunda bir kimsenin hakız fiil sorumluluğunun doğumu için ayırt etme gücü aranmamaktadır.

1.4.4. Değerlendirme ve Görüşümüz

Öncelikle kişinin özgür bilinç ve iradesinden doğan ve yönlendirebilme yeteneğinin olduğu davranışları kendisine yükletilip böyle bir yeteneğin – ayırt etme gücünün – bulunmaması durumunda bu davranışlardan sorumlu olmadığı sonucuna varılmalıdır. Medeni Kanunumuz da ayırt etme gücünden yoksun kimselerin fiillerinin sonuç doğurmayacağını öngören hükmüyle bu yönde ve bizce isabetli bir hukuk politikası tercihinde bulunmuştur. Buna göre Türk Medeni Kanununun istisnalar hariç olmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiillerinin sonuç doğurmayacağına ilişkin 15. maddesi karşısında olan hukuk bakımından (*de lege lata*) objektif kusur teorisinin kabulü mümkün değildir.

⁴¹⁴ Saleilles, N.312, dn. 1.

⁴¹⁵ Holleaux, s. 160.

⁴¹⁶ Tunc, N. 16.

⁴¹⁷ Bkz. 1.3.1.3. Alman hukukunda olduğu üzere “zarar gören” ya da İngiliz hukukunda olduğu üzere “davacı” yerine Fransız hukukçularının “mağdur” ifadesini tercih etmelerinin dikkat çekici olduğu ve bu ifade tercihinin bile haddizatında zarar gören lehine yaklaşımın bir göstergesi olduğu yönünde bkz. Borghetti, s. 173, dn 48.

Olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) da objektif kusur teorisinin kabulü mümkün değildir. Çünkü kanaatimizce objektif kusur teorisinin kabulü esasen kusur kavramının terk edilmesi anlamına gelmektedir. Bu teori çerçevesinde kusur kelimesi lafız olarak zikredilmenin ötesine geçmemektedir. Fransız hukukunda kusur başlığı altında açıklandığı üzere, böyle bir görüşün kabulü halinde esasen kusur, hukuka aykırılık anlamına gelmekte ve bu hukuk sisteminin kabul ettiği hukuka aykırılık görüşü çerçevesinde adeta bir kusursuz sorumluluk mevcut olmaktadır. Buna göre, söz konusu hukuk düzeninde hukuka aykırılıktan ne anlaşılıyorsa, hukuka aykırı fiilin, zararın ve zararlar hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağının mevcudiyeti halinde haksız fiil meydana gelmiştir ve sorumluluk -fiilen kusur unsuru aranmaksızın- doğar.

Ayrıca bu görüşün ancak haksız fiil sorumluluğunun amacının ve işlevinin tam sosyal koruma sağlamak olduğunda kabul edilmesi mümkündür. Halbuki haksız fiil sorumluluğunun işlevi, objektif kusur teorisinin ileri sürdüğü gibi zarar görenlere koşulsuz ve tam bir koruma sağlanması değildir. Kanunun gerekli hukuki korumayı sağladığı durum ve miktarlarda zarar görenin zararının giderilmesidir. Bizim hukuk düzenimiz gerek sorumluluğun doğumu için ayırt etme gücünü araması gerekse her zarar türünün tazmin edilmesine olanak vermeyişiyle (bkz. salt malvarlığı zararları ile ilgili tartışmalar⁴¹⁸) zarar görenlere koşulsuz ve tam bir koruma sağlamamaktadır. Bununla beraber, hakkaniyet sorumluluğu öngörmek suretiyle ayırt etme gücünden yoksun kişilerin de istisnai de olsa zarardan sorumlu tutulmasını öngörmüş ve böylelikle ayırt etme gücünden yoksun kimselerin zarar verdiği kimseleri tamamıyla korumasız bırakmamıştır.

Sübjektif kusur ve objektifleştirilmiş kusur teorilerinden hangisinin daha üstün tutulması gerektiğine gelince, hem sübjektif kusur hem de objektifleştirilmiş kusur teorisine göre fail, davranışının zararlı sonucunu öngörüp bundan kaçınma, bir diğer deyişle, başka türlü davranma imkânına sahipken gerekli davranışı sergilemediği için kusurludur. Bu sonuca kusurun genel tanımından varmak mümkün ve kolaydır. Kusura ilişkin olarak cevaplanması gereken zor soru, ne zaman failin zararlı sonucu öngörüp

⁴¹⁸ Bu konuda bkz. **Çağlayan Aksoy**, Pınar, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.

bundan kaçınma imkânı varken kaçınmadığı sonucuna varılabileceği, bu sonuca varmak için esas alınması gereken kıstasın ne olduğudur. Sübjektif teori, burada failin kendi içinde bulunduğu fiziki ve psikolojik şartları ve failin kişisel özellikleri ile yeteneklerini dikkate alırken; objektifleştirilmiş teori ise fail ile benzer şartlar altında ve aynı sosyal gruba ait ortalama bir insan tipinin şartları, yetenek ve mesleki becerilerini esas alır.

Kanaatimizce haksız fiil hukukunun amacı aslen zararı giderme (tazminat); ikincil olarak da zararı önlemedir. Buna göre, tercih edilen hukuk politikasınca tazmine layık görülen zararlar tazmin edilmeli ve zararın daha ortaya çıkmadan önlenmeye çalışılması gerekmektedir. Hem faili zararı tazmin yükümlülüğü altına sokmanın meşru olabilmesi hem de haksız fiil hukukunun önleyici işlevinin uygulanabilir olması için failden uyması beklenen örnek davranışın objektif ölçülerle belirlenmesi ve örnek davranıştan sapmanın öngörülebilir ve önlenbilir nitelikte olması gerekmektedir.

Ayrıca haksız fiil hukukunda ortada yer yer birbirine zıt düşen menfaatler bulunmakta olup bu menfaatler arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Hem zarar verenin hem zarar görenin hem de toplumun menfaatleri gözetilmek suretiyle bu denge kurulmalıdır. Zarar görenin menfaati, kusurun objektif(leştirilmiş) biçimde tespit edilmesi yönünde iken; zarar verenin menfaati kusurun sübjektif biçimde tespit edilmesi yönündedir. Üstelik unutulmamalıdır ki, kişi bir olayda hem zarar veren hem de zarar gören olabilir. Bu nedenle taraflardan sadece birinin öne çıkarılarak bir sonuca varılması, tatmin edici olmaktan uzak sonuçları beraberinde getirecektir⁴¹⁹. Hem zarar veren ve zarar gören hem de potansiyel zarar veren ve zarar görenler ile bunların yakınlarını içinde barındıran toplumun menfaatleri – ki toplumun dirlik ve düzen içinde yaşama yönünde menfaati bulunmaktadır – dikkate alındığında; tüm ilgililerin menfaatlerine en uygun görüşün, objektifleştirilmiş kusur görüşü olduğu görülmektedir⁴²⁰. Objektifleştirilmiş kusur kavramı günümüzdeki anlayışa uygundur ve rüştünü ispatlamıştır⁴²¹.

Sübjektif kusur teorisi taraftarları, ayırt etme gücünün kişinin soyut olarak örnek davranışı gösterebilme yeteneğini ifade ettiğini ancak bunun yanında failin somut

⁴¹⁹ Fransız haksız fiil hukukunun mağdur odaklı yaklaşımının eleştirisi için bkz. **Borghetti**, s. 174 vd.

⁴²⁰ Aynı görüşte bkz. **Koçhisarhoğlu**, Kusur, s. 191.

⁴²¹ **Keller**, N. 120.

olayda örnek davranışı gösterebilme yeteneğinin de kendi kişisel özellikleri dikkate alınarak araştırılması gerektiğini ifade ederler. Ayırt etme gücü nispi bir kavram olup somut olayın şartları bakımından ayrı ayrı incelenir. Failin somut olay bakımından ayırt etme gücünün bulunduğu tespitini aslında failin somut olayda davranışının sonuçlarını öngörebileceğine dair bir ilk adım teşkil eder. Zaten Türk/İsviçre hukukunda da ayırt etme gücünün aranmasının nedeni, örnek davranıştan sapmanın faile yüklenebilmesine olanak tanınmasıdır.

Objektifleştirilmiş kusur teorisinin ya da sübjektif kusur teorisinin tercih edilmesi, esasen beklenenin aksine uygulamada büyük bir fark yaratmayacaktır⁴²². Çünkü sübjektif kusur teorisiyle objektifleştirilmiş kusur teorisinin vardığı sonuçlar bir noktaya kadar birleşir⁴²³. Şöyle ki, bazen objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca örnek davranış belirlenirken soyut tip o kadar detaylı belirlenir ki, failin kendisine tekabül eder⁴²⁴. Nasıl ki objektifleştirilmiş kusur ölçüsü sübjektif kusur ölçüsüne yaklaşmakta ise; aynı durum tam tersi için de söz konusudur. Bazı sübjektif kusur teorisi taraftarları, objektifleştirilmiş kusur ölçüsüne yakın bir ölçü kullanılabilceğini, sübjektifliğin kusuru imkânsızlaştıracak şekilde yorumlanmaması gerektiğinin altını çizer ve örnek davranış teorisine yakın bir ölçüt kullanmanın mümkün olduğunu ifade eder⁴²⁵.

Sübjektif kusur teorisi uygulanmasına rağmen, kusurun belirlenmesinde ibrenin objektifleştirilmiş kusur ölçüsüne kaydığına dair pratik bir örneği Avusturya haksız fiil hukukunda gözlemlemek mümkündür. Sübjektif kusur ölçüsünün uygulandığı Avusturya hukukunda, ABGB §1294'te yer alan "*gerekli dikkat ve özen*" ibaresi nedeniyle dolaylı da olsa bu ölçünün bir miktar objektifleştirildiği ifade olunmaktadır⁴²⁶. ABGB §1297'de de ortalama yeteneklere göre belirlenen dikkat ve özeni göstermeyen kimsenin sorumlu tutulacağı kabulü, objektif kıstaslara açılmış

⁴²² **Schwenzer**, N. 22.19. **Mohr**, s. 574.

⁴²³ **Nomer**, Haluk Nami, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 199, s. 88. Yazar sübjektif kusur görüşünden yanadır.

⁴²⁴ **Widmer**, Fault, s. 292.

⁴²⁵ **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 59.

⁴²⁶ **Ehrenzweig**, 226. **Koziol**, Yardstick, 117. **Koziol**, Germanic Perspective, s. 203; **Steininger**, s. 53.

bir diğer kapıdır⁴²⁷. Ayrıca ABGB §1299 uyarınca özel uzmanlık veya olağandışı özen gerektiren bir yetenek, meslek ya da işi gönüllü biçimde ya da kamuya ilan ederek üstlenen kimse; kendisinin gerekli özen ve bilgiye sahip olduğuna dair kanı uyandırmış olur ve bu beceri ve yeteneğin gösterilmemesinden sorumlu olur. Demek oluyor ki, kusur noktasında teorik olarak farklı anlayışları ifade eden bu iki teori, uygulamaya gelindiğinde birbirine denk düşen tespitler yapmaktadır.

İki teori arasında uygulamaya gelindiğinde teorik çerçeveleri nispetinde bir fark doğmayacak olmasının bir diğer nedeni, sübjektif kusur görüşü tercih edildiği takdirde, pek çok durumda üstlenme kusuru kavramına başvurulacak olmasıdır⁴²⁸. Üstlenme kusuru, bir kişinin gerekli nitelik ve yeteneğe sahip olmadığı halde, örneğin bir mesleki bilgi ya da özel yetenek gerektiren bir işi, yetersizliğini bilebilecek durumda iken üstlenmesi nedeniyle kusurlu addedilmesidir. Buna göre failin fiili gerçekleştirmeye kalkışması bizatihi kusur teşkil edecektir. Örneğin, aşırı yorgunluğu nedeniyle ameliyat esnasında hatalı müdahalede bulunan hekim, yorgunluğuna rağmen ameliyata girmesi nedeniyle kusurlu olarak addedilecektir⁴²⁹.

Kanaatimizce, toplum düzeninin gereklerini ve hukukun gerçekçiliğini göz önüne alması ve hâlihazırda hukukun pek çok değerlendirmesinde esas alınan *bonus pater familias*'ın bir görünümü olan ve failin içinde bulunduğu sosyal gruba dâhil olan aynı şartlar altındaki orta zekâda, makul ve dürüst davranan ortalama tipe dayanması itibariyle hakkaniyete en uygun sonucu verecek objektifleştirilmiş kusur teorisi tercih edilmelidir. Sübjektif kusur teorisi taraftarlarınca savunulan sübjektif ölçünün tercih edilmemesi halinde kusur sorumluluğunun özünden vazgeçilmiş olunacağı vb. eleştiriler, failin kusurlu olup olmadığını tespit etmede esas alınacak örnek davranışın

⁴²⁷ Sübjektif kusur görüşünün kabul edildiği Avusturya hukukuna göre de, faaliyetin niteliği gibi objektif faktörler kusurun tespitinde göz önünde bulundurulur. Örneğin, faaliyet ne kadar zor, tehlikeli veya yararsız ise failin göstermesi gereken özen derecesi o kadar yüksektir zira bir başkasına zarar verme tehlikesi arttıkça beklenen özen derecesi de artar. **Koziol**, *Fault*, N. 5. Buna göre, tehlikelilik, hukuk düzeni tarafından emrolunan özenin somut failin şahsi beceri ve bilgisinden bağımsız olarak belirlenmesinde dikkate alınır. **Steininger**, s. 54.

⁴²⁸ **Schwenzer**, N. 22.19; **Roberto**, Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002, N. 222.

⁴²⁹ **Schwenzer**, N. 22.19.

doğru tespit edilmesi halinde kendiliğinden giderilmiş olunacaktır. Objektifleştirilmiş kusur görüşünün özünde örnek davranışın doğru tespit edilmesi yer almaktadır.

2. BÖLÜM

KUSURUN HAKSIZ FİİL HUKUKUNDAKİ YERİ VE KUSURUN BELİRLENMESİ

2.1. GENEL OLARAK

TBK m. 49 uyarınca, “*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.*” Kusur sorumluluğunun unsurlarının düzenlendiği bu hükümde, sorumluluğun doğumu için kusur kurucu unsur olarak zikredilmiş ancak kusur tanımı yapmaktan kaçınılarak bu görev, doktrin ve içtihadı bırakılmıştır. Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş, kusurun belirlenmesinde objektifleştirilmiş kusur ölçüsüne başvurulması yönündedir.

Kusur sorumluluğunun düzenlendiği, eski Borçlar Kanunu m. 41 ise “*Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur. Ahlâka muğayir bir fiille başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.*” biçimindeydi. Bu hükümle eski Borçlar Kanununda kusurun dereceleri olan kasıt ve ihmal zikredilmişse de yine de bir kusur tanımı yapılmamış ve bu tanımı yapma işi doktrin ve içtihadı bırakılmıştı.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanununun ilk taslağında farklı bir düzenleme mevcuttu. TBK tasarısında şöyle bir düzenleme bulunmaktaydı (m. 59): “*Kusur, bir davranışın hukuk düzenince kınanacak biçimde kasten veya ihmal suretiyle gerçekleşmesidir. Kast, zararlı sonucun doğumunu öngörerek ve isteyerek davranmaktır. İhmal, zararlı sonucu istememekle beraber doğmaması için durumun gerektirdiği ve kendisinden beklenen özeni göstermemektir.*” Ancak daha sonra, bu düzenleme Tasarıdan çıkarılmıştır. TBK m. 49, eBK m. 41’e kıyasla, kusurun derecelerini zikretmeden sadece kusur ifadesine yer vermiştir. Bunun dışında iki hüküm

arasında kusur ölçüsü açısından farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirecek bir değişiklik bulunmamaktadır⁴³⁰.

2.2. KUSUR İLE HAKSIZ FİİLİN DİĞER UNSURLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

2.2.1. Genel Olarak

Haksız fiil sorumluluğu kusur sorumluluğundan doğabileceği gibi, kanunda şartları ayrı ayrı düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinden de doğabilir. Kusur sorumluluğunun şartları, fiil, hukuka aykırılık, zarar, nedensellik bağı ve kusurdur. Buna karşın, kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluğun doğumu için kusur aranmadığı gibi, sorumluluğun doğumu, kanunun varlığını aradığı özel bir olguya bağlanmıştır.

Haksız fiilde kusur unsurunun incelendiği bu çalışmada, kusur unsurunun hem pozitif (ne olduğu) hem de negatif (ne olmadığı) bir biçimde tanımlanabilmesi ve nihayetinde “efradını cami ağıyarını mani” bir şekilde sınırlarının çizilebilmesi için kusurun haksız fiilin diğer unsurları ile olan ilişkisi ortaya konulmalıdır. Bu amaçla önce kusurun iç içe geçmiş olduğu hukuka aykırılık ve nedensellik bağı unsurları ele alınacak⁴³¹ ve ardından kusurun zarar ve fiil unsurlarıyla arasındaki ilişki değerlendirilecektir.

2.2.2. Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki

2.2.2.1. Genel Olarak

Kusur ile hukuka aykırılık unsurları, haksız fiilin birbirleri ile çok yakın ilişki içinde bulunan iki unsurdur. Öyle ki, Fransa’da olduğu üzere bazı hukuk sistemlerinde kusur ve hukuka aykırılık unsurları farklı unsurlar olarak düzenlenmemiştir. Kusur ve hukuka aykırılık unsurlarına ilişkin olarak ele alınması gereken iki husus vardır. Bunlardan ilki,

⁴³⁰ Madde gerekçesine göre, “Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırmalar dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.” <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>. E.T. 29.03.2019.

⁴³¹ Hukuka aykırılık, kusur ve nedensellik bağı kavramları birbirleriyle iç içe geçmiş olup (Roberto, N. 4.), haksız fiilin bu unsurları aralarındaki sınırların belirsizliği nedeniyle sorumluluk hukukunun “Bermuda Şeytan Üçgeni” olarak nitelendirilmektedir Çağlayan Aksoy, s. 240.

hukuka aykırılığın kusurun ön koşulu olup olmadığı sorundur. İkincisi ise, hukuka aykırılıktan ne anlaşıldığıdır. Hukuka aykırılık kavramının içeriğine göre, kusur kavramının da içeriği değişecek, belki iki unsur arasındaki ayırım silikleşecek ve hatta ortadan kalkabilecektir. Bu nedenle, önce hukuka aykırılığın kusurun ön koşulu olup olmadığı, ardından hukuka aykırılık teorileri ve farklı teorilerin kusur kavramını nasıl değiştirdiği incelenecektir. Yapılacak açıklamalar neticesinde hangi hukuka aykırılık teorisinin tercih edilmesi ve tercihle bağlantılı olarak kusurdan ne anlaşılması gerektiği konusunda görüşümüz açıklanacaktır.

2.2.2.2. Hukuka Aykırılığın Kusurun Ön Koşulu Olup Olmadığı Sorunu

Hukuka aykırılık ve kusur ayrımı öteden beri irdelenmiştir. Ancak 19. yüzyılın başında Johann Christian Hasse, "hukuka aykırılık" kavramının objektif nitelikte olduğunu, davranışın dışsal boyutu anlamına geldiğini ve hukuka aykırılık tespitinin soyut bir perspektiften yapılacağını; buna karşın "kusur"un ise sübjektif ölçüt teşkil ettiğini, davranışın içsel boyutu anlamına geldiğini ve bu yönüyle, bir insan davranışına sonuç bağlandığını belirterek iki kavramı, başarılı bir biçimde ayırmıştır⁴³². Bu yaklaşıma göre kusur değerlendirmesi için ilk önce hukuka aykırı bir fiilin mevcut olması gerekmektedir. Hasse'nin teorisi önce Almanya'da kabul edilmiş ve bu ayırım günümüze kadar gelmiştir⁴³³.

Türk/İsviçre hukuk sistemlerinde de kusur, hukuka aykırılık unsurundan bağımsızdır. Zira TBK m. 49/İBK m. 41'de de kusur ve hukuka aykırılık iki ayrı unsur olarak nitelendirilerek bu madde uyarınca sorumluluğun kurulması için ikisinin de mevcut olması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre haksız fiil sorumluluğu için hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının somut olayda ayrı ayrı araştırılması gerekir⁴³⁴.

⁴³² Jansen, Developing legal doctrine, s. 115-116.

⁴³³ Jansen, Developing legal doctrine, s. 116.

⁴³⁴ Brehm, Berner Kommentar, Art. 41, N. 52a.

Türk/İsviçre hukukundaki klasik görüşe göre, haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık haksız fiilin objektif, kusur ise sübjektif unsurdur⁴³⁵. *Oğuzman/Öz*'e göre, hukuka aykırılık ile kusur birbiriyle karıştırılmamalıdır. Hukuka aykırılık unsuru, fiilin hukuka aykırı olduğuna ilişkin objektif bir değerlendirmeyken; kusur, failin fiiline ilişkin iradesi sebebiyle fiilin kınanabilirliğini ifade eder⁴³⁶. Fiilin ne zaman kınanabilir olduğu sorusu, failin hukuka aykırı fiilden kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmış sayılıp sayılmayacağı sorusudur ve bu, cevaplanması zor bir sorudur⁴³⁷.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop ise kusur ile hukuka aykırılık ilişkisini ve farkını şu şekilde açıklamaktadır⁴³⁸: “*Hukuk düzeni, işlenen bir fiilin kendisini, yani dış âleme yansıyan görünüşünü beğenmediği ve kötü gözle gördüğü takdirde hukuka aykırılık; bu fiilin psikolojik etkenlerini beğenmeyip kötü gözle gördüğü takdirde ise kusur vardır.*”

Tunçomağ'a göre ise, hukuka aykırılık, bir durumun veya fiilin hukuka uygun bulunmadığını, hukuka aykırı olduğunu anlattığından dış olayla ilgili iken; kusur terimi

⁴³⁵ **Oftinger**, Colloquium, 184; **Saymen/Elbir**, s. 392; **İnan**, s. 277; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 492; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 413. Gürpınar'a göre davranışın kendisinin hukuk düzeni tarafından onaylanmaması hukuka aykırılık unsurunu; davranışın ruhsal ve zihinsel etkenlerinin onaylanmıyor olması kusur unsurunu sağlamakta; bu bakımdan kusur, haksız fiilin sübjektif unsurunu oluşturmaktadır. **Gürpınar**, s. 108; Bu husus kimi yazarlarca hukuka aykırılığın fiil açısından objektif, kusurun ise, fail açısından sübjektif bir değerlendirme teşkil ettiği biçiminde ifade olunmaktadır. Bu yönde bkz. **Feyzioğlu**, s. 477. **Nart**, s. 121.

⁴³⁶ **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 54.

⁴³⁷ *Oğuzman/Öz*'e göre bu sorunun temelinde insanın fiillerinin ne ölçüde kendi özgür iradesinin ne ölçüde şartların zorunlu sonucu olduğu yönündeki tartışma yatar ve özgürlük-determinizm skalasında nerede durulursa ona göre verilecek cevap değişecektir. **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 54. Tam determinist görüşe göre, insan tamamen kendi serbest iradesiyle davranışta bulunur ve insanın tüm davranışları açıkça bir neden-sonuç ilişkisi içerisinde açıklanabilir. Bu nedenle manevi bir nedensellik ve dolayısıyla ayıplanabilirlik ve yüklenebilirlik kabul edilebilirdir; yalnız unutulmamalıdır ki, iradenin olmadığı yerde kusur yoktur. Buna karşın mutlak determinizm görüşüne göre, insanın iradesi serbest değildir. İnsanın davranışları bakımından madden bir nedensellik ilişkisi kurulabilir olmakla beraber, insanın iç dünyasına ilişkin değerlendirmelerde bulunulabilmesi mümkün değildir. Bu incelemeler hem olanaksız hem de gereksizdir. Ahlak da davranışların maddiliği olduğundan dolayı bir davranışın kişiye yüklenebilmesi için serbest irade aranmaz. **Koçhisarlıoğlu**, *Kusur*, s. 387-390. Kanaatimizce, burada sosyal bilimlerin tümünü ilgilendiren temel sorunsallardan biri olan yapı-fail düalizmi söz konusudur. Felsefi ve sosyolojik boyutlarına burda girilmeksizin şunu belirtmek gerekir ki, insanın irade ve eylemlerini yönlendirme yeteneğini yok sayan mutlak determinist bir 'yapı', sadece kusur kavramının değil, tüm hukuk sisteminin gerekliliğini tartışmaya açar. Öte yandan kabul etmek gerekir ki; insan, bir 'fail' olarak etrafındaki değişkenlerin çok kısıtlı bir kısmına ve kısmen mukteldir. Bir başka deyişle, insan sınırlı ölçüde özgür olup; davranışlarına ve çevresindeki varlıklara ilişkin hâkimiyeti önceden belirlenmiş bir çerçeve dahilindedir. Buna göre, her insan davranışından bilinen ve bilinmeyen, hâkimiyet kurabileceği ya da kuramayacağı şeyler vardır. İşte bu öngörülebilir ve hâkimiyet kurmak suretiyle önlenilen olaylar bakımından kişi ayıplanabilir.

⁴³⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 492.

failin hukuken reddolunan ahlaki bir davranışını anlatmak için kullanılır ve buna göre iç olayla ilgilidir⁴³⁹. Kişinin fiilinin hukuka aykırı olup olmaması ile kişinin fiili nedeniyle kınanabilecek durumda olup olmaması birbirinden ayrı sorunlardır. Bir hareketin dış yönden (objektif) ölçülmesiyle, iç yönden (sübjektif) ölçülmesi arasında yapılan bu kesin ayırım Alman hukukunda ortaya atılmış, oradan İsviçre hukukuna ve nihayet hukukumuza geçmiştir.

Kaneti'ye göre ise, kişinin kusurlu olup olmadığı hukuka uygun davranma imkânının bulunmasına rağmen hukuka aykırı davranmış olmasına göre belirlenir⁴⁴⁰. Buna karşın, bir davranışın hukuka aykırılığı, başka türlü davranma imkânının varlığına bağlı değildir.

Eren'e göre ise, bir diğer fark da şudur: Hukuka aykırılığın konusu kusurun aksine sadece insan davranışları olmayıp koruma normlarını ihlal eden ve bir kimseye yükletilebilen her türlü olgudur⁴⁴¹.

Hukuka aykırılığın kusurla sık sık karıştırıldığını belirten *Keller* ise bu unsurları ayırt etmede şöyle bir örnek vermektedir⁴⁴²: “*Bilerek yanlış beyanda bulunulması hukuka aykırıdır. Eğer bu yolla sebep olunabilecek zarar öngörülebiliyorsa bu kusur teşkil eder. Güvenlik önlemi alma yükümlülüğünün ihlali ise hukuka aykırılık teşkil eder. Bunun ihmalen gerçekleşip gerçekleşmediği kusur meselesidir.*”

Brehm'e göre, her ne kadar hukuka aykırılık ile objektif kusur arasındaki sınırı çizmek güç olsa da ayırım şurada belirginleşir: Hukuka aykırılık “davranışın sınırlarını”, objektif kusur ise “davranışın ölçütünü” belirler⁴⁴³.

Hukuka aykırılık - kusur ilişkisinde tartışmalı olan bir husus, hukuka aykırılığın kusurun ön koşulu olup olmadığıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, kusurdan

⁴³⁹ **Tunçomağ**, s. 438.

⁴⁴⁰ **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 34.

⁴⁴¹ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 635.

⁴⁴² **Keller**, N. 107.

⁴⁴³ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 178c.

bahsedebilmek için öncelikle hukuka aykırı bir fiilin mevcut olması gerekir⁴⁴⁴. Buna göre, kusurlu olan bir davranış daima hukuka aykırı bir fiil olup hukuka aykırılık, kusurun ön koşuludur. Kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması düşünülemez. Fiil hukuka uygun olunca kusurun varlığı konusunda bir tartışma yapılmasına zaten gerek yoktur. Çünkü fail hukuka uygun davranmışken failin başka türlü davranmasının mümkün olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Hukuk düzeninin hukuka uygun bir davranışta bulunan kişiyi kınaması için hiçbir neden bulunmamaktadır. Zira kusur, hukuka aykırı bir fiil işleyen failin subjektif durumu hakkında yürütülen bir değer yargısıdır.

Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, kişinin fiilinin kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için fiilinin hukuka aykırı olması şart değildir⁴⁴⁵. Kusur, hukuka aykırılık incelemesinden bağımsız olarak, kişinin hukuk düzeninin kendisinden makul olarak beklediği, gereken özenin gösterilmemesi anlamına gelir⁴⁴⁶. Zira kusurun mevcut olup hukuka aykırılığın mevcut olmadığı durumlar söz konusu olabilir. Buna örnek olarak refleksif davranışla verilen zararlar ya da salt malvarlığı zararları verilmektedir⁴⁴⁷.

2.2.2.3. Hukuka Aykırılığı Açıklayan Teoriler Uyarınca Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki

Kusur ile hukuka aykırılık unsuru yakın ilişki içinde olup kusur unsurunun tanımlanabilmesi için hukuka aykırılığın da ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu maksada yönelik olarak, hukuka aykırılık unsuruna ilişkin önerilen teoriler çalışmanın kusur kavramı odaklı amacıyla sınırlı olarak incelenecektir⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 34; **Koçhisarlıoğlu**, Kusur, s. 89, 493; **Öztan**, Bilge, İmalatının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 101; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 591, **Nart**, s. 134;

⁴⁴⁵ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 37 ve N. 140; **Gümüş**, s. 58; **Kırca**, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 58,

⁴⁴⁶ **Baysal**, s. 104.

⁴⁴⁷ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 52b.

⁴⁴⁸ Kusurun tespitinde hukuka aykırılık bilincinin aranıp aranmayacağı hususu ise kasıt ve ihmal başlıklarında incelenmiştir.

2.2.2.3.1. Türk/İsviçre Hukukunda Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki

Hukuka aykırılık kavramının ne anlama geldiği bir “açık norm” (*Blankettnorm*) olan İBK m. 41/TBK m. 49’da açıklanmamıştır. Bu kavramın içeriğinin belirlenmesi, doktrin ve yargıya bırakılmıştır. Hukuka aykırılık kavramını tanımlamak üzere Türk/İsviçre hukukunda çeşitli teoriler öne sürülmüştür. Bunlar sübjektif hukuka aykırılık teorisi, objektif hukuka aykırılık teorisi ve üçüncü hukuka aykırılık teorisidir.

2.2.2.3.1.1. Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisi

Yetki kavramını esas alan sübjektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca zarara neden olan kişi, bu hususta açıkça yetkili kılınmaksızın zarara sebebiyet vermişse bu durumda, fiili hukuka aykırıdır⁴⁴⁹. Bu görüşü 1892 tarihli “*die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund*” isimli teziyle ortaya koyan Rensing’dir⁴⁵⁰. Sübjektif hukuka aykırılık teorisi, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından açıkça reddedilmiş olmakla beraber⁴⁵¹ doktrinde hâlâ güçlü savunucuları bulunan bir teoridir⁴⁵².

⁴⁴⁹ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 32; **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 33e; **Keller**, N. 107; **Müller**, Handkommentar Art. 41, N. 43; **Bosshard**, s. 46; **Schwenzer**, N. 50.04; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2013, s. 61; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 77 vd. **İnan**, s. 267. **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 606; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 14; **Antalya**, s. 40; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 25; **Nart**, s. 122.

⁴⁵⁰ **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 25, dn. 129. Görüşün savunucuları (Rensing, Ernst, Gmür, W. Burckhardt, C. Chr. Burckhardt) hakkında açıklama için bkz. **Gabriel**, Bruno, Die Widerrechtlichkeit 1987 in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Entlebuch 1987, N. 280 vd., özellikle N. 284.

⁴⁵¹ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 32; (BGE 115 II 15, 18) **Cartier**, Michael, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Doktora Tezi, Universität St. Gallen, Eschen FL 2007, s. 31, N. 86.

⁴⁵² Teori yakın zamanda Gabriel tarafından yeniden İsviçre hukukuna kazandırılmaya çalışılmıştır. **Gabriel**, Bruno, Die Widerrechtlichkeit 1987 in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Entlebuch 1987. Gabriel, sübjektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuk düzenine aykırılık aranmayacağına dair bir yanlışlığı bulunduğunu, halbuki bu teori uyarınca da hukuk düzenine aykırılığın aranacağını ancak hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça her zararın hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir. **Gabriel**, N. 281. **Görüşün Türk hukukundaki savunucuları**: Türk hukukunda Birsen, “*fiilin hukuka aykırı olmasından maksat bir şahsın, hukukan haiz olduğu yetkileri tecavüz ederek bir diğerine zarar vermesidir*” diyerek sübjektif teoriyi benimsemektedir. **Birsen**, Kemaleddin, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1967, s. 190, N. 215. Gürpınar da sübjektif hukuka aykırılık teorisinin üstün tutulması gerektiği görüşündedir. **Gürpınar**, s. 105 vd. Hatemi, kural olarak her zarar doğuran eylemin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek suretiyle sübjektif teorisinin sağlayacağı faydaya eriştiğini ifade etmekte ancak bazı açılardan objektif görüşe yaklaştığını belirtmektedir. **Hatemi**, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976, s. 17-18.

Bu teorinin savunucuları, 1881 tarihli eski İBK m. 50a'nın Almanca metninde “hukuka aykırı” anlamına gelen “*widerrechtlich*” ifadesi kullanılmış olmasına karşın, Fransızca metninde “haksız bir surette⁴⁵³- hakkı olmaksızın” anlamına gelen “*sans droit*” ifadesinin kullanılması, pozitif dayanak olarak gösterilmiştir⁴⁵⁴. Bu görüşe göre TBK m. 49'da “*neminem laedere*” bir diğer deyişle, genel bir “zarar vermeme” emri (zarar verme yasağı) bulunmaktadır.

Objektif hukuka aykırılık ve subjektif hukuka aykırılık teorileri arasındaki fark en kısa şekliyle, şu şekilde özetlenmektedir: Subjektif görüşe göre, açıkça izin verilmeyen her fiil yasak; objektif görüşe göre, açıkça yasaklanmayan her fiil caizdir⁴⁵⁵. Subjektif hukuka aykırılık teorisinde hukuka aykırılığın belirlenmesinde objektif hukuka aykırılık görüşündeki gibi zarar görenin ihlal edilen menfaatlerinden yola çıkılmaz. Aksine failden yola çıkılarak onun bu fiili gerçekleştirme hususunda yetkili olup olmadığına bakılır⁴⁵⁶. Böyle bir zararı verme konusunda yetkili olduğunu ispat yükü faile düştüğünden bu teori, zarar gören lehinedir. Subjektif hukuka aykırılık teorisinin en önemli pratik sonucu ise salt malvarlığı zararlarının tazminine olanak tanıyor olmasıdır⁴⁵⁷.

Bu teori çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bunlardan bazıları, bu teorinin çok belirsiz olduğu⁴⁵⁸; bu teorinin hukuka aykırılık unsurunun içini boşalttığı ve sorumluluğun sınırlandırılması işlevini yeterince yerine getirmediği ve dolayısıyla sorumluluğun sınırlarını aşırı genişlettiği⁴⁵⁹; zarar veren kişiyi hukuka uygunluk sebebini ispatlamakla

⁴⁵³ 818 sayılı eski Borçlar Kanunumuzun 41. maddesinde yer alan ifade “haksız bir surette” idi. 6098 sayılı yürürlükteki Türk Borçlar Kanunumuzun bu maddeyi karşılayan 49. maddesinde “hukuka aykırı bir fiille” ifadesi yer almaktadır.

⁴⁵⁴ **Bosshard**, s. 46; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 78; **Kılıçoğlu**, Basın, s. 61; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 25; **Çağlayan Aksoy**, s. 216; **Akçura Karaman**, Tuba, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.: 2004, S.: 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, (s. 553-583) s. 560. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda ise “hukuka aykırı bir fiile” anlamına gelen “*d'une manière illicite*” ifadesine yer verilmiştir.

⁴⁵⁵ **Widmer**, Pierre, “Privatrechtliche Haftung”, Schaden-Haftung-Versicherung, Fünfter Bd, (Ed. Peter Münch/Thomas, Geiser), Basel 1999, (s. 7-93) s. 37, N. 2.46.

⁴⁵⁶ **Gabriel**, N. 288; **Çağlayan Aksoy**, s. 218.

⁴⁵⁷ **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 33g; **Çağlayan Aksoy**, s. 221.

⁴⁵⁸ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 32.

⁴⁵⁹ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 32.

yükümlü kılarak ispat hukuku kurallarını ve ispat yükü dağılımını ters yüz ettiği⁴⁶⁰ ve bu teorinin uygulanabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin bir sistematüğün kurgulanması zorunluluğunun doğacağıdır⁴⁶¹.

Ancak sübjektif hukuka aykırılık teorisi savunucularına göre bu argümanlar ve eleştiriler isabetli değildir. Öncelikle, eBK m. 41'in lafzı hukuka aykırılık teorilerinden hangisinin tercih edilmesi gerektiği hususunda kesin bir sonuca götürmek için belirleyici ve yeterli değildir⁴⁶². Ayrıca salt malvarlığı zararlarının tazminine olanak tanımak için objektif hukuka aykırılık teorisi çerçevesinde ortaya atılan çözümler, sübjektif teorinin kabul ettiği sonuca ulaşmanın dolambaçlı bir yolu olup bu bakımdan objektif teori, tatmin edici olmaktan uzaktır⁴⁶³. Son olarak, sorumluluğun sınırlarının aşırı genişletildiği eleştirisi de yersiz olup böyle bir tehlike mevcut olsa bile bu tehlike, haksız fiilin diğer unsurları ve kanunun diğer hükümleri vasıtasıyla bertaraf edilebilecektir⁴⁶⁴.

2.2.2.3.1.2. Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş olan ve Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilen⁴⁶⁵ objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca⁴⁶⁶ hukuka

⁴⁶⁰ Çağlayan Aksoy, s. 222-223.

⁴⁶¹ Gauch, Grundbegriffe, s. 233, dn. 87.

⁴⁶² Gürpınar, s. 105.

⁴⁶³ Gabriel, N. 278; Gürpınar, s. 106.

⁴⁶⁴ Gürpınar, s. 106.

⁴⁶⁵ YİBGK E. 2017/5, K. 2018/7, T. 6.7.2018. BGE 123 III 306, 312; BGE 122 III 176, 192; BGE 119 II 127. Kessler, Basler Kommentar, Art. 41, N. 31. Keller'e göre, "İFM'nin ifadesiyle (123 III 312, 122 III 192), genel kanuni yükümlülüğün ihlaliyle bir zarara sebebiyet verme hukuka aykırılıdır. Bu durum gerek zarar görenin mutlak hakkının ihlali (sonucun hukuka aykırılığı) gerek ilgili koruma normunun ihlaliyle salt malvarlığı zararına yol açma (davranışın hukuka aykırılığı) biçiminde gerçekleşebilir. Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin yazılı ya da yazılı olmayan davranış kuralının ihlali durumunda söz konusu olur. (121 III 354) Böylece Federal Mahkeme, çok eskiden beri (82 II 28 ve orada bahsi geçen kararlar) ve haklı olarak objektif hukuka aykırılık görüşünü tercih etmektedir". Keller, N. 107; Gauch, Grundbegriffe, s. 232; Guhl/Koller, §24 N. 4; İmre, s. 15; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 18; Feyzioğlu, s. 483; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 95; İnan, s. 267. Eren, Borçlar Hukuku, s. 607. Demircioğlu, s. 105; Çağlayan Aksoy, s. 322.

⁴⁶⁶ Objektif hukuka aykırılık görüşünün Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş olmasında Alman hukukunun etkisi oldukça büyüktür. Bu konuda bkz. Schwenger, N. 50.04; Akçura Karaman, s. 564. Türk/İsviçre hukukundaki sonucun hukuka aykırılığı ve davranışın hukuka aykırılığı kavramları, Alman hukukundaki sonucun hukuka aykırılığı ve davranışın hukuka aykırılığı teorileriyle birebir örtüşmez. Detaylı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 162.

aykırılık, adından da anlaşılacağı üzere bir davranışın hukuka aykırı olmasını, hukuk düzeninin ihlalini ifade etmektedir. Buna göre, hukuk düzeninin öngörmüş olduğu yazılı veya yazılı olmayan emir ve yasakları ihlal eden davranışlar⁴⁶⁷ hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılıktan söz edebilmek için belirli bir şekilde davranılmasını emreden bir davranış kuralının ihlal edilmiş olması gerekmektedir⁴⁶⁸. Ancak bu koşul gerçekleştiği takdirde, bir tazminat talebi doğar. Zira verilen her zarar hukuka aykırı değildir, bir başkasının malvarlığında azalmaya yol açan pek çok durum hukuk düzeninin sınırları içinde gerçekleşir⁴⁶⁹. İş hayatında kendi lehine hareket ederek kar elde eden kimse, bunu genellikle başkasının maliyetine olacak şekilde gerçekleştirir. Bu durum, izin verilen yöntemlerle gerçekleştirilmişse sorumluluk doğmaz. Bu nedenle meşhur “*neminem laedere*” ilkesi, “*neminem illicite laedere*” biçiminde anlaşılmalıdır⁴⁷⁰.

Bu teoriye göre, objektif hukuka aykırılık, herhangi bir objektif hukuk kuralının ihlali değil, başkalarını bir zarardan koruma amacı güden bir davranış kuralının ihlali anlamına gelmektedir⁴⁷¹. Hukuka aykırılığa temel teşkil eden davranış kuralı, özel hukuk ya da kamu hukuku kökenli olabilir⁴⁷². İhlal edilen davranış kuralı, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruyan bir kural, ki buna davranış kuralı denir- olmalıdır⁴⁷³. Buna göre, sadece toplumu, onun düzenini ve mevcudiyetini bir bütün olarak koruyan kuralların – teşkilat kuralları- ihlali, TBK m. 49 bağlamında hukuka aykırılık anlamına gelmez⁴⁷⁴.

Bir mutlak hakkın ihlali hukuka aykırılık için yeterli olup hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması dışında (davranış kuralının ihlal edilip edilmediği gibi) ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek yoktur⁴⁷⁵. Zira hakkın niteliği gereği, herkes mutlak hak

⁴⁶⁷ Kessler ve Schwenger bunu “*genel bir kanuni yükümlülüğün ihlali*” biçiminde ifade etmektedirler. **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 31; **Schwenger**, N. 50.04.

⁴⁶⁸ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 18; **Nart**, s. 123.

⁴⁶⁹ **Keller**, N. 106.

⁴⁷⁰ **Keller**, N. 106. Buna göre “zarar vermeme” ilkesi, “hukuka aykırı olarak zarar vermeme” ilkesi olarak anlaşılmalıdır.

⁴⁷¹ **Akçura Karaman**, s. 558.

⁴⁷² **Müller**, Handkommentar Art. 41, N. 43; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 33c; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 610; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 373; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 25.

⁴⁷³ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 19; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 610.

⁴⁷⁴ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 19; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 610.

⁴⁷⁵ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 35 b. **Müller**, Handkommentar Art. 41, N. 44; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 25; **Kırca**, Bilgi Verme, s. 15; **Buz**, s. 33. Akçura Karaman bu durumu şu şekilde

sahibinin bu hakkına riayet etmekle yükümlüdür. Ayrıca bir mutlak hak söz konusu olduğu zaman, kişilere böyle bir hak (temel koruma normu) tanınmak suretiyle esasen diğer kişilerin uyması gereken davranış kuralları menfi olarak, bir diğer deyişle, yapmama biçiminde tespit edilmiştir⁴⁷⁶. Mutlak hakkın ihlal edilmiş olması biçiminde bir sonucun hukuka aykırılık için yeterli olması nedeniyle bu durum, sonucun hukuka aykırılığı olarak ifade edilmektedir⁴⁷⁷.

Mutlak hak ihlalinin, hukuka uygunluk nedeni olmadıkça kendiliğinden hukuka aykırı olarak nitelendirilen hâkim görüş uyarınca, mutlak hak dışında kalan bir hakkın ihlali (örneğin nisbi haklar, salt malvarlığı menfaatleri⁴⁷⁸) ancak bu hakkı korumaya yönelik bir davranış kuralının ihlali (özel koruma normunun ihlali) söz konusu ise hukuka aykırı olacaktır. Bu durum, davranışın hukuka aykırılığı olarak ifade edilmektedir⁴⁷⁹. Özel koruma normları ise, haksız fiil mağdurunu somut olaydaki türden bir ihlalden korumak amaçlı yazılı ya da yazılı olmayan davranış kurallarıdır⁴⁸⁰.

Hukuka aykırılık için hukuk düzeninin bir emrinin ya da yasağının ihlal edilmesi gerektiği kuralı uyarınca, bir yapmama fiilinin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için hukuk düzeninin faile belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü yüklemiş olması gerekmektedir⁴⁸¹. Bir başkasının lehine hareket etme yönünde genel nitelikli bir hukuki yükümlülük yoktur. Ancak belirtmek gerekir ki, kanunun bizzat bir davranış sergilemeyi emrettiği durumlarda hareketsiz kalma (yapmama fiili), kendiliğinden tazminat yükümlülüğü doğurmaz. Bir davranış sergileme yükümlülüğü, muhtemel zarar

ifade etmektedir: “*hukukun genel ilkelerinden doğan başkasının mutlak hakkına zarar vermeme yönünde bir davranış kuralının mevcut olduğu kabul edilmektedir.*” **Akçura Karaman**, s. 563.

⁴⁷⁶ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 21.

⁴⁷⁷ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 35; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 31; **Schwenzer**, N. 50.28; **Müller**, Handkommentar Art. 41, N. 44; **Gauch**, Grundbegriffe, s. 232; **Çağlayan Aksoy**, s. 162.

⁴⁷⁸ Zira mutlak hak niteliği taşımayan malvarlığı, mülkiyet veya sınırlı ayni haklar dışında başlı başına koruma kapsamında değildir. **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 38b. **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 26. Malvarlığını korumayı amaçlayan yazılı hukuk kurallarına özellikle ceza hukuku, sigortacılık ve bankacılık mevzuatında rastlanır. **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 39. **Keller**, N. 107-108.

⁴⁷⁹ **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 38b. **Schwenzer**, N. 50.28-50.30; **Keller**, N. 108; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 31; **Gauch**, Grundbegriffe, s. 232; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 618; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 26; **Buz**, s. 33.

⁴⁸⁰ **Müller**, Handkommentar Art. 41, N. 45; **Schwenzer**, N. 50.19; **Çağlayan Aksoy**, s. 173.

⁴⁸¹ **Keller**, N. 108; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 123; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 371; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 25.

görenler lehine öngörölmüş koruyucu bir hükümden çıkarılıyor olmalıdır⁴⁸². Böyle bir hükme örnek olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “*Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*” kenar başlıklı 98. maddesinde yer alan “*yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” hükmü verilebilir⁴⁸³.

Bu kural, mutlak haklar için de geçerlidir. Mutlak hakkın ihlalinin bizatihi hukuka aykırılık anlamına geleceği kuralı, ihlalin yapma biçimindeki fiillerle gerçekleştirilmesi halinde geçerlidir. Mutlak haklara ilişkin olarak yapmama biçimindeki bir fiilin hukuka aykırı nitelik taşıması için de hukuk düzeninin bir koruma normu ile aktif bir davranış – yapma biçiminde bir fiil- sergileme yükümlülüğü öngörmüş olması gerekir. Demek oluyor ki, mutlak hakların yapmama fiili ile ihlalleri bakımından sonucun değil, davranışın hukuka aykırılığına başvurulacaktır. Özetle objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca hukuka aykırılık, bir mutlak hakkın ihlali ya da meydana gelen zararı önlemeye yönelik özel koruma normunun ihlali anlamına gelir.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisi ile objektif hukuka aykırılık teorisi arasında önemli farklar mevcuttur. İlk olarak sübjektif hukuka aykırılık teorisinde, zararlı sonucun bizatihi kendisi, hukuka aykırılığın mevcudiyetine ilişkin bir karine oluşturur ve bu durumda failin, hukuka uygunluk nedenini ispat ederek kendini sorumluluktan kurtarması gerekmektedir. Ancak objektif hukuka aykırılık teorisinde bu durum sadece mutlak hak ihlalleri için geçerli olup mutlak hak ihlali dışında bir zararlı sonucun varlığı halinde zarar görenin, failin davranışının hukuka aykırılık teşkil ettiğini ispatlaması gerekmektedir. Sonuç olarak iki teori arasındaki pratik ayrım ispat yükü bakımındandır. Zarar verme konusunda yetkili olduğunu ispat yükü faile düştüğünden sübjektif teori, zarar gören lehinedir çünkü sübjektif hukuka aykırılık teorisi zarar görenin durumunu kolaylaştırmakta ve failin durumunu ağırlaştırmaktadır. Objektif hukuka aykırılık teorisi

⁴⁸² Keller, N. 108.

⁴⁸³ Hukuka aykırı özellik taşıyan yapmama fiili örnekleri için bkz. **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 123-130.

ise failin durumunu kolaylaştırmakta ve zarar görenin durumunu ağırlaştırmaktadır⁴⁸⁴. Kanaatimizce objektif hukuka aykırılık teorisinde de bizatihi mutlak hakların ihlali başka bir araştırmaya gerek kalmaksızın hukuka aykırılık kabul edildiğinden mutlak hakların ihlali hususunda iki teori aynı sonuca ulaştığından mutlak haklar bakımından aralarında bir fark bulunmamaktadır. Teorik olarak sübjektif hukuka aykırılık ve objektif hukuka aykırılık teorileri arasındaki esas fark, salt malvarlığı zararlarının tazminine ilişkindir. Çünkü ilk bakışta objektif hukuka aykırılık teorisi bu zararların tazminine çok zor -istisnaen- olanak sağlarken sübjektif hukuka aykırılık teorisi, bir zararın varlığı halinde hukuka aykırılığı kural olarak kabul ettiğinden salt malvarlığı zararlarının tazminine kolaylıkla olanak sağlayacaktır⁴⁸⁵.

Öte yandan, hukuka aykırılık teorileri uygulamada teoride belirtildiği şekilde uygulanmadığından bu tartışmalar, sanıldığı gibi pratik öneme sahip değildir. Objektif hukuka aykırılık teorisiyle sübjektif hukuka aykırılık teorisi arasındaki farkların abartılmaması gerekir. Zira objektif hukuka aykırılık teorisinde koruma normları cömert bir şekilde tanınırken; sübjektif hukuka aykırılık teorilerinin temsilcileri, haksız fiil sorumluluğunun sınırsız bir hal almasını önlemek için sürekli yeni hukuka uygunluk nedeni bulmaya çalışmaktadır⁴⁸⁶. Bir diğer deyişle, objektif hukuka aykırılık teorisi, salt malvarlığı zararlarının tazmini olanaklarının çerçevesini genişletmeye çalışırken, sübjektif hukuka aykırılık teorisi, uçsuz bucaksız tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkacağına dair kaygıları gidermeye çalışmaktadır⁴⁸⁷.

2.2.2.3.1.3. Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisi

Her ne kadar objektif hukuka aykırılık teorisi, hâkim görüş olarak kabul görmüş ve uygulanmakta ise de, doktrinde bazı yazarlarca, hukuka aykırılığın tespitinde mutlak hakların ihlali doğrudan hukuka aykırı sayan yaklaşım eleştirilmekte ve mutlak

⁴⁸⁴ **Aeppli**, Viktor, “Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR”, SJZ 93/1997, (s. 405-409) s. 406-407.

⁴⁸⁵ Üçüncü hukuka aykırılık teorisi ise, sübjektif hukuka aykırılık teorisi kadar kolaylıkla olmasa da, objektif hukuka aykırılık teorisine nazaran bu zararların tazminine daha kolay olanak sağlar.

⁴⁸⁶ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 32; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 33g.

⁴⁸⁷ Sübjektif hukuka aykırılık teorisi taraftarları, bu kaygıların kusur ve nedensellik bağı unsurlarının yorumu ve TBK m. 51-52 yardımıyla giderilebileceğini ifade ederler. Detaylı açıklama için bkz. **Buz**, s. 39-42.

hakların ihlalinde de davranış kuralının ihlal edilmiş olup olmadığının araştırılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁸⁸. Bu yazarlara göre, hukuk düzeni ancak belirli bir şekilde davranılmasını emredebilir, belirli bir sonucun meydana gelmesini yasaklayamaz⁴⁸⁹.

Ayrıca İBK m. 41/TBK m. 49'da hukuka aykırılık tanımlanmadığı gibi, Alman hukukunun aksine hukuken korunan menfaatler hususunda hiyerarşik ve sınırlandırıcı bir sayım da bulunmamaktadır. TBK m. 49, BGB §823'e nazaran genel norm niteliği taşımaktadır. Bu nedenle hukuka aykırılığın mutlak hakların ya da özel koruma normlarının ihlaliyle sınırlı olması için herhangi bir pozitif dayanak ya da sınırlama bulunmamaktadır.

İlaveten, objektif hukuka aykırılık teorisi, bir mutlak hakkın ihlali durumunda doğrudan hukuka aykırılık sonucuna varılması -sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı- bir fiilin sonuca göre hukuka aykırı, bir başka fiilinse hukuka uygun olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurabileceği, bu durumun hukuk güvenliğini zedeleyeceği ve sonucun hukuka aykırılığı tespitinin geçmişe yönelik bir değerlendirme olması nedeniyle yapmama fiillerinde yetersiz kalacağı yönlerinden de eleştirilmektedir⁴⁹⁰. Buna göre, bir mutlak hakkın ihlali tek başına hukuka aykırılık nitelendirmesi için yeterli değildir; ancak bu yönde güçlü bir gösterge niteliğindedir. Hukuka aykırılıktan söz edebilmek için mutlak hakkın korunmasına yönelik bir davranış kuralının da ihlal edilmiş olması gerekmektedir⁴⁹¹. Dolayısıyla, hukuka aykırılığın belirlenmesinde hukuk düzeninin emrettiği davranış kurallarının ihlalinin mevcut olup olmadığına bakılmalıdır. Hukuka aykırılığın temelinde bir mutlak hakkın ya da özel koruma normunun ihlali değil, genel bir davranış yükümlülüğünün ihlali yer almaktadır⁴⁹². Öte yandan, sonucun hukuka

⁴⁸⁸ **Portmann**, Wolfgang, "Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?", SJZ 93/1997, (s. 273-279) s. 277; **Schwenzer**, N. 50.31.

⁴⁸⁹ **Portmann**, s. 273.

⁴⁹⁰ **Portmann**, s. 275-276. Yazara göre, sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının yetersizliğini hekimin sorumluluğu göstermektedir. Eğer hekimin fiilinin hukuka aykırılığının tespitinde bu yaklaşım tercih edilecek olursa, yeterli aydınlatma ve rıza üzerine yapılan bir müdahalede sonucun sağlanmaması ya da daha önce söz konusu olmayan bir sağlık probleminin ortaya çıkması durumunda her seferinde hekimin davranışının hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması gerekecektir. Halbuki yazara göre, İFM de hukuka aykırılıktan söz edebilmek için tıbbi özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın mevcut olup olmadığını incelemek suretiyle açıkça zikretmeden sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımından ayrılmaktadır.

⁴⁹¹ **Schwenzer**, N. 50.31; **Portmann**, s. 278.

⁴⁹² **Schwenzer**, N. 50.29-50.31; **Werro**, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 346. Kessler, bu teoriyi açıklarken, görüşün temelinde objektif olarak makul olmayan bir davranışın varlığının yer aldığını belirtmektedir. **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 32a.

aykırılığı ve davranışın hukuka aykırılığı ayrımlarının reddedilerek yeni bir hukuka aykırılık teorisinin kabulü gerektiğini ileri süren yazarlar, hukuka aykırılığın temelinde yer alan davranış yükümlülüğünün ihlalinin ne anlama geldiği hususunda görüş birliğine varamamışlardır.

Hukuka aykırılık ile objektifleştirilmiş kusur arasındaki ayrımı gereksiz bulan *Werro*'ya göre, TBK m. 49 uyarınca sorumluluğun doğumu için, bir mutlak hak ihlali yeterli olmayıp objektif özen yükümlülüğünü ihlal eden bir davranışın bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır⁴⁹³. Yazara göre, önemli olan mutlak hak ihlali değil, failin somut olayda kendisinden beklenen makul biçimde davranıp davranmadığıdır. Objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmeyen, buna uygun davranış ise makul üçüncü kişinin somut koşullar altında sergileyeceği davranıştır. Makul kişinin zararın meydana gelebileceğini öngörüp somut olayın failinden daha dikkatli davranması söz konusuysa, bu durumda zarara sebebiyet veren kişi, özen yükümlülüğünü ihlal ettiği tespitine varılarak objektif olarak kusurlu addedilecektir. Bir sonraki aşamada ise failin, faile subjektif olarak isnat edilip edilemeyeceği araştırılacak ve bu noktada failin zararın gerçekleşmesi için gerekli entelektüel ve iradi yeteneklere sahip olup olmadığı belirlenecektir⁴⁹⁴. Yazara göre, burada kastedilen ayırt etme gücü olup ancak ayırt etme gücünden yoksunluk makul davranıştan sapmanın faile isnat edilmesine engel olabilecektir. Üçüncü aşamada ise somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığı araştırılacaktır. Zira madde metninde geçen “hukuka aykırı” ifadesi “hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın” anlamına gelmektedir⁴⁹⁵. Yazara göre, hâkim görüş kabul edilecek olursa, önce hukuka aykırılık objektif biçimde, ardından kusur sırasıyla objektif ve sonra subjektif biçimde incelenecektir. Halbuki yazarın önerdiği sistem olan önce objektif özen yükümlülüğünün ihlali sonra da failin faile subjektif olarak isnat edilebilirliği araştırılacak olursa, objektif ve subjektif sorumluluk koşulları birbirinden net biçimde ayrılmış olacaktır⁴⁹⁶. Bununla beraber, yazar, İsviçre hukukundaki mevcut uygulamanın kendi önerdiği sistemle büyük ölçüde örtüştüğünü kabul etmektedir⁴⁹⁷.

⁴⁹³ **Werro**, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 347. Aynı görüşte **Achtari**, N. 315-319, özellikle N. 317. 318.

⁴⁹⁴ **Werro**, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 355.

⁴⁹⁵ **Werro**, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 355-357.

⁴⁹⁶ **Werro**, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 372.

⁴⁹⁷ **Werro**, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 357, dn. 33.

Werro'nun önerdiği bu hukuka aykırılık ve kusur anlayışının, hâkim görüş tarafından savunulan objektif hukuka aykırılık ve objektifleştirilmiş kusur bileşiminden nasıl bir farklılık arz ettiğine gelince, öncelikle, *Werro*'nun önerdiği sistemin Anglo-Amerikan hukukundaki “özen yükümlülüğü- *duty of care*” kavramından başka bir şey olmadığı, *Werro*'nun kusur ve hukuka aykırılık unsurlarını birleştirdiği ifade olunmuştur⁴⁹⁸. Bunun yanı sıra *Werro*'nun savunduğu üç aşamalı bu sistemin pratikte subjektif hukuka aykırılık teorisinin objektifleştirilmiş kusur görüşüyle beraber uygulamasının meydana getirdiği bileşimden bir farkı olmadığı savunulmuştur⁴⁹⁹. Ayrıca haksız fiil sorumluluğunun temeline özen yükümlülüğünü koyan *Werro*'nun görüşü, hukuka aykırılık ve kusur unsurları arasındaki ayrımı silikleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bazı yazarlara göre, *Werro*'nun önerdiği sistem haksız fiil sorumluluğunun genel teorisine ve hukuk sistemimize ters düşmektedir. Zira haksız fiil sorumluluğu sistemi statükoyu korumaya hizmet eder nitelikte olup amacı, bireylerin ekonomik geleceklerini garantiye almak değil –ki, bu daha çok sözleşme hukukunda mevzu bahis olur- bireylerin mevcut şahsi ve maddi varlıklarını korumaktır⁵⁰⁰. Son olarak objektifleştirilmiş kusur teorisinin kusur tespitinde esas aldığı soyut ve ortalama tipin örnek davranışı anlamına gelen özen yükümlülüğünün ihlali, *Werro*'nun önerdiği özen yükümlülüğünün ihlali kavramıyla özdeştir. Bu nedenle *Werro*'nun yaklaşımında özen yükümlülüğünün ihlali araştırması hem hukuka aykırılık hem de kusur tespitinde iki defa göz önünde tutulur⁵⁰¹.

Honsell/Isenring/Kessler'e göre ise, objektifleştirilmiş kusurda aranan özen yükümlülüğünün ihlali, esasında hukuka aykırılık unsuruna ilişkindir. Bu durum, objektif hukuka aykırılık başlığı altında mutlak hak ve koruma normu ihlali ayrımı yapılması nedeniyle üstü örtülüdür⁵⁰². Esasında hukuka aykırılık, başkalarının zarar görmemesi için gerekli güvenlik önlemlerini alma yükümlülüğünü daima barındırmaktadır. Hal böyle olunca özen yükümlülüğü ihlalini önce hukuka aykırılık unsurunda, daha sonra ise kusur unsurunda araştırmak hem teorik hem de sistematik

⁴⁹⁸ **Chappuis**, La Distinction, s. 90.

⁴⁹⁹ **Çağlayan Aksoy**, s. 235. *Werro*'nun fiilen subjektif hukuka aykırılık teorisini benimsemiş olduğu yönünde açıklama için ayrıca bkz. **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 52b.

⁵⁰⁰ **Akçura Karaman**, s. 576.

⁵⁰¹ **Çağlayan Aksoy**, s. 231.

⁵⁰² **Honsell/Isenring/Kessler**, §6 N. 21.

açından isabetsizdir. Aslında bu tekerrür, hukuka aykırılık ile kusurun çakışması ve kusurun objektifleştirilmesinden kaynaklanmaktadır⁵⁰³. Yazarlar, hukuka aykırılıkta aranan özen ölçüsünün kusur unsurundaki özen ölçüsüne kıyasla daha soyut ve katı olacağına ilişkin savunmaları yetersiz bulmaktadır⁵⁰⁴. Yazarlara göre, özen yükümlülüğü ihlali sadece hukuka aykırılık unsurunun tespitinde değerlendirilmeli, kusur tespiti ise sadece ayırt etme gücünün varlığının araştırılmasından ibaret olmalıdır. *Bosshard*'a göre ise hukuka aykırılık, objektifleştirilmiş özen yükümlülüğüne riayet etmemek suretiyle bir hukuk kuralının ihlali anlamına gelmektedir⁵⁰⁵. Kusurda objektifleştirilmiş özen ölçüsünün kabulü, aslında kusur incelemesinin sadece ayırt etme gücünün, bir diğer deyişle, fiilin kişisel olarak kınanabilirliğinin aranması anlamına gelmektedir. Kusur tespitinin bu şekilde sadece ayırt etme gücünün varlığı araştırmasına indirgenmesi ise kusur kavramının iinin boşaltılması anlamına gelir. Zira sadece ayırt etme gücünün aranması, çoğu durumda failin kusurlu addedilmesi sonucunu doğuracaktır ve kusur sorumluluğu, neredeyse sebep sorumluluğu haline gelecektir⁵⁰⁶. Bu gerekçelerle *Bosshard*, ihmal kavramının salt ayırt etme gücünden ibaret kalmaması için sübjektif ölçüyü kabul etmektedir⁵⁰⁷.

Objektif hukuka aykırılık görüşünün yetersiz kaldığını belirten bir diğer yazar olan *Schönenberger*'e göre hukuka aykırılık, koruma yükümlülüklerinin ihlaline göre belirlenmelidir⁵⁰⁸. Yazar, hukuka aykırılık unsurunu incelemede özen yükümlülüğün ihlalini araştırmanın isabetsiz olduğunu, bu durumun hukuka aykırılık ve kusur arasındaki sınırları belirsizleştireceğini, sonuçta ya özen yükümlülüğünün hem hukuka aykırılık hem de kusur unsurlarında tekerrür eden biçimde inceleneceğini ya da kusurun ayırt etme gücü araştırmasına indirgeneceğini belirterek bu görüşü reddetmektedir⁵⁰⁹. Ayrıca hukuka aykırılık ve kusurun haksız fiilin iki ayrı unsuru olduğunu ve bu unsurların iç içe geçemeyeceğini, buna müsaade eden bir hukuka aykırılık anlayışının

⁵⁰³ **Honsell/Isenring/Kessler**, §6 N. 21. Yazarlar bu görüşün objektif olarak doğru olduğunu ancak hâkim görüş tarafından kabul görmeyeceğini ifade ettikten sonra açıklamalarına hâkim anlayış çerçevesinde devam etmişlerdir.

⁵⁰⁴ **Honsell/Isenring/Kessler**, §6 N. 22. Bu hususta bir sebep sorumluluğu olan ürün sorumluluğu örnek gösterilmektedir.

⁵⁰⁵ **Bosshard**, s. 115 vd.

⁵⁰⁶ **Bosshard**, s. 119.

⁵⁰⁷ **Bosshard**, s. 115, 118, 120.

⁵⁰⁸ **Schönenberger**, Beat, "Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie", HAVE 2004, (s. 3-12) s. 12.

⁵⁰⁹ **Schönenberger**, s. 9.

kabul edilemeyeceği kanaatindedir⁵¹⁰. Kusur açısından objektifleştirilmiş kusur görüşünü savunan yazar, böylelikle kusur unsurunun objektif ve sübjektif unsurlarının - hem özen yükümlülüğünün ihlali hem de ayırt etme gücü- işlev ve önemlerinin devam edeceğini savunmaktadır.

Hukuka aykırılığın belirlenmesine ilişkin olarak *Roberto* da davranış kuralının ihlalinin aranması gerektiğini ifade etmektedir⁵¹¹. Yazara göre, objektifleştirilmiş kusur görüşünde değerlendirilen özen yükümlülüğüne aykırılık, kusur unsurunda değil, hukuka aykırılık unsurunda incelenmelidir⁵¹². Özen yükümlülüğünün ihlalinin kusurda araştırılması aynı unsurun ikinci kere araştırılması anlamına gelecektir⁵¹³. Ancak *Roberto*, *Werro*'nun aksine özen yükümlülüğünün soyut-genel biçimde değil; somut olay gruplarına göre belirlenmesi gerektiği kanaatindedir. Yazar buna örnek olarak kişinin ait olduğu meslek ve yaş gruplarını vermektedir.

Özetle, bu teori uyarınca hukuka aykırılık, Anglo-Amerikan hukukundaki ihmal haksız fiil tipinin mevcudiyeti için aranan unsurlardan biri olan özen yükümlülüğüne (*duty of care*) paralel olarak, zarar verenin zarar görene karşı somut olayda göstermesi gereken özen veya koruma yükümlülüğünün ihlali olarak tanımlanmaktadır⁵¹⁴. Bununla beraber, objektif hukuka aykırılık teorisi ile üçüncü hukuka aykırılık arasındaki farkın da sadece belirli detaylardan ibaret olduğu ifade edilmiştir. Objektif hukuka aykırılık teorisinde de yazılı olmayan ve genel hukuki ilkeler koruma normu olarak dikkate alınır. Üçüncü hukuka aykırılık teorisince davranış yükümlülüklerinin hâkim tarafından tespit edileceğinden yola çıkılsa bile; günümüzde olduğu gibi, gittikçe artan şekilde ilgili davranış yükümlülüklerinin ayrıntılı bir şekilde tespit edilmesi, söz konusu farkın belirsizleşmesine sebebiyet verir⁵¹⁵. Ayrıca her ne kadar malvarlığını koruma işlevi bulunan bir normun ihlali aranmayıp sadece özen yükümlülüğü arandığı için üçüncü hukuka aykırılık teorisinde malvarlığı koruması ilk bakışta daha fazla gibi gözükür,

⁵¹⁰ **Schönenberger**, s. 11.

⁵¹¹ **Roberto**, N. 40.

⁵¹² **Roberto**, N. 220-221, 227.

⁵¹³ **Roberto**, N. 231.

⁵¹⁴ **Werro**, Sorgfaltspflichtverletzung, s. 346; **Schwenzer**, N. 50.04; **Schönenberger**, s. 6-7; **Buz**, s. 35.

⁵¹⁵ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 32b.

ancak üçüncü hukuka aykırılık teorisinde de hukuka aykırılık, ihlal edilen koruma normunun koruma amacı dikkate alınarak belirlenmelidir⁵¹⁶.

2.2.2.3.2. Alman Hukukunda Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki

Alman hukukundaki hukuka aykırılık tartışmaları İsviçre hukukundaki ve dolayısıyla Türk hukukundaki hukuka aykırılık anlayışını etkilediği için Alman hukukundaki hukuka aykırılık- kusur ilişkisinin açıklanması önemlidir.

Alman hukukunda bazı hak ve menfaatlerinin diğerlerine kıyasla üstün olduğu ve bu nedenle daha üstün bir koruma altına alınması suretiyle sözleşme dışı sorumluluk hukukunun uygulama alanı daraltılmak istenmiştir. İşte hukuka aykırılık bu nedenle haksız fiilin ayrı bir unsuru olarak açıkça düzenlenmiştir⁵¹⁷. Her ne kadar Alman kanun koyucusu bu şekilde bilinçli bir tercihle Fransız hukukunun aksine daha sınırlayıcı bir hüküm öngörmüş olsa da BGB’de öngörülen sınırlayıcı hükümlere nazaran Fransa ve İsviçre’de genel hükümler nedeniyle ortaya çıkan zorlukların daha az olduğu ileri sürülmüştür⁵¹⁸.

Alman hukukunda hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için BGB §823 I’de sayılan hukuki değerlerden birinin ihlal edilmiş olmasının tek başına yeterli olup olmadığı tartışmalıdır⁵¹⁹. Bir görüşe göre, BGB §823 I’de sayılan hukuki değerlerden birinin ihlal edilmiş olması bizatihi yeterlidir⁵²⁰. Hukuka aykırılık, sonuçtan yola çıkılarak

⁵¹⁶ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 32b. **Schwenzer**, N. 50.30; **Roberto**, §4 N. 40.

⁵¹⁷ **Çağlayan Aksoy**, s. 41.

⁵¹⁸ **Yung**, s. 118.

⁵¹⁹ BGB §823 I’e göre, “*Kasten veya ihmalle bir başkasının hayatını, vücudunu, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya diğer bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlal eden kişi, o şahsa karşı, bundan doğan zararı tazminle yükümlüdür.*” BGB §823 II’ye göre “*Aynı yükümlülük, bir başkasını koruma amacı güden yasayı ihlal eden kişi için de mevcuttur. Yasanın içeriğine göre, bu yasayı kusur olmadan da ihlal etmek mümkünse, tazminat yükümlülüğü ancak kusur halinde doğar.*” Her iki hükmün de çevirisi Atamer’den alınmıştır. **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 7. BGB §823 II’nin ihlali durumunda kusur karinesi söz konusudur. **Markesinis/Unberath**, s. 886; **van Dam**, s. 286. Hatta bu durum bu hükmün zarar görenin daha lehine olması sonucunu doğurabilmektedir. **Markesinis/Unberath**, s. 886.

⁵²⁰ **Larenz**, Karl, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, vom Deutchen zum Europäischen Recht Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963, s. 169 vd.

açıklandığı için, buna sonucun hukuka aykırılığı da denilmektedir⁵²¹. Buna göre, bu fıkra da yer alan hukuki değerlerin ihlali, bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olmaması halinde hukuka aykırı olacaktır. Sonucun hukuka aykırılığının kabul edilmesiyle, hukuka aykırılık için BGB §823 I'de yer alan haklardan birinin ihlalinin bizatihi yeterli olacağından hukuka aykırılık ve kusur ayrımı kolaylıkla yapılacaktır. Buna göre bu haklardan birinin ihlali ile hukuka aykırılık tespiti yapılacak; özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği ise bir sonraki aşama olan kusur araştırması esnasında yapılacaktır⁵²².

Buna göre, sonucun hukuka aykırılığı teorisi kabul edilecek olursa, mutlak hakların doğrudan ihlali durumunda hukuka aykırılık ve kusur unsurlarında bir çakışma meydana gelip gelmediği endişesine gerek kalmayacaktır. Ancak mutlak hakların yapmama fiiliyle ya da dolaylı ihlali halinde, güvenlik önlemi alma yükümlülüklerinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde başvurulacak özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin davranış kuralı ile objektifleştirilmiş kusur uyarınca özen yükümlülüğünün ihlalinin çakışıp çakışmadığı gündeme gelecektir⁵²³.

Buna karşılık, temeli *Nipperdey* tarafından atılan davranışın hukuka aykırılığı görüşüne göre ise⁵²⁴, BGB §823'te sayılan hukuki değerlerden birinin ihlal edilmiş olması bizatihi yeterli değildir. Hükümde korunan değerlerin açıkça belirtilmesinin yanı sıra bunlardan birinin ihlalinin “hukuka aykırı” olması gerektiği yer aldığına göre kanun koyucu bu değerlerden birinin bizatihi ihlalinin hukuka aykırılık için yeterli görmemiş ayrıca failin, toplumsal düzenin gerektirdiği özeni göstermemiş olmasını aramaktadır. Bu görüşe göre

⁵²¹ **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 10; **van Dam**, s. 80; **Kötz/Wagner**, N.104; **Markesinis/Unberath**, s. 80. Bu görüşün eskiden hâkim görüş niteliğinde olup günümüzde bu özelliğini yitirdiği yönünde bkz. **Wagner**, Gerhard, Münchener Kommentar 2017, §823 N. 5.

⁵²² **van Dam**, s. 80, 232; **Markesinis/Unberath**, s. 81.

⁵²³ BGB §823 I'deki hukuki menfaatlerin ihlalinin hukuka aykırılığın tespitinde doğrudan ve dolaylı ihlal ayrımı yapılabilir ve bu ayırım meşruyetini yapmama fiillerinin hukuka aykırılığının tespitinden alır. **Larenz**, FS Dölle 1963, s. 194. Türk/İsviçre hukukundan farklı olarak BGB'de ihmalin kanuni tanımı yapılmıştır. BGB §276'da ihmal, gerekli özenin gösterilmemesi biçiminde tanımlanmıştır. Buna göre, Alman hukukunda objektifleştirilmiş ölçü uygulanmaktadır. Kusurun tespitinde özen ölçüsü objektif olarak belirlenir; fail, aynı dışsal koşullar altındaki farazi bir kimse ile kıyaslanır ve bu tespitite failin kişisel yetersizliklerinin bir önemi bulunmamaktadır. **Deutsch**, Colloquium, s. 58.

⁵²⁴ **Nipperdey**, Hans Carl, “Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht”, Neue Juristische Wochenschrift 1957, Heft: 48, (s. 1777-1782) s. 1777 vd. **Wagner**, Münchener Kommentar, §823 N. 6. **Markesinis/Unberath**, s. 81-82.

ihlalin mevcudiyetinin yanı sıra failin davranışı bu yönde bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu özen ölçüsü, BGB §276'da yer alan özen ölçüsüdür ve gerek somut olayda özen yükümlülüğünün mevcut olup olmadığını gerek bunun kapsamını, hukuk politikası belirler⁵²⁵. Davranışın hukuka aykırılığı görüşünde de, eğer fail kasıtlı hareket etmişse o zaman bu fıkra da yer alan haklardan birinin ihlali başlı başına hukuka aykırılık için yeterli olup özen yükümlülüğünün ihlali araştırmasına doğal olarak gerek kalmayacaktır⁵²⁶.

Davranışın hukuka aykırılığı görüşü ile kusur unsuru arasındaki ilişkiye gelince, özen yükümlülüğünün ihlalinin hukuka aykırılık unsurunda araştırılması kabul edilirse, bu durumda, esasen ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği anlamına gelen ihmal kavramına ne olacağının netleştirilmesi gerekir. *Nipperdey*, objektif ihmal kavramı ile savunduğu görüş uyarınca hukuka aykırılığın çakıştığını kabul etmektedir. Ancak *Nipperdey*, kusurun tespitinde subjektif görüşün kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵²⁷. *Nipperdey* gibi davranışın hukuka aykırılığı görüşünü savunan bazı yazarlar ise yine *Nipperdey* gibi gerekli özenin gösterilmemesinin hukuka aykırılık aşamasında incelenmesi gerektiğini ifade etmekte ancak subjektif ölçüyü savunan *Nipperdey*'den farklı olarak kusur incelemesinin sadece ayırt etme gücünden ibaret olmasını savunmaktadırlar⁵²⁸.

Bu görüşü savunan bir başka grup yazar ise, hukuka aykırılık ve kusur arasındaki ayrımın mevcudiyetini koruduğunu, hukuka aykırılığın dış özen ihlali, kusurun ise iç

⁵²⁵ **Markesinis/Unberath**, s. 81. Ayrıca bu görüşe göre, failin sergilemesi gereken davranış -davranış kuralı- belirlenirken sosyal uygunluk standardı göz önünde bulundurulur. Davranışın sosyal uygunluğu ile kastedilen, bir yandan davranışın insan ilişkileri bakımından doğru ve hukuka uygun olması; diğer yandan zarar vermeye ilişkin olarak sosyal yaşamda kabul edilen doğrulara uygun olmasıdır. Davranış kuralına aykırı bir davranış, tarihsel olarak mevcut ortak yaşamın sosyal düzeni içerisinde “yapılmak zorunda hissedilerek yapılmışsa” davranış hukuka uygundur. **Nipperdey**, s. 1779; **Markesinis/Unberath**, s. 81; **Gümüş**, s. 68, dn. 289; **Akçura Karaman**, s. 566. Sosyal uygunluk kavramının İsviçre öğretisinde kabul edilen objektifleştirilmiş kusur görüşünce hâlihazırda kusur araştırmasında yapılmakta olduğu, dolayısıyla hukuka uygunluk nedeni olarak kendisine ihtiyaç duyulmadığı gerekçesiyle reddedildiği yönünde bkz. **Gümüş**, s. 68, dn. 289. Ancak yazar, sosyal uygunluğu hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir.

⁵²⁶ **Markesinis/Unberath**, s. 81. Aksi görüş için bkz. **Kötz/Wagner**, N. 111.

⁵²⁷ **Nipperdey**, s. 1780-1781.

⁵²⁸ Bu görüşte bkz. **Wagner**, Münchener Kommentar, §823 N. 58.

özen ihlali anlamına geldiğini belirtmektedirler⁵²⁹. Bu yazarlara göre, özen kavramı esasen iç özen ve dış özen olmak üzere iki tür özeni içermektedir. Dış özen, tehlikenin önlenmesine yönelik bir davranış kuralının ihlali anlamına gelirken; iç özen, bir normun entelektüel bakımdan algılanıp davranışın normlara uygunluk teşkil edecek biçimde yönlendirilebilmesi anlamına gelir⁵³⁰. Böylelikle, kusurda özen yükümlülüğü kavramının halen bir yerinin bulunduğu savunulmaktadır. Alman Federal Mahkemesi de, dış özenden hukuka aykırılık, iç özenden ise kusur değerlendirilmesinde olmak üzere bu kavramlardan yararlanmışır⁵³¹. Ancak Alman Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında belirttiği üzere dış özenin ihlali, iç özenin ihlaline işaret etmektedir. İkisinin çakışmadığı durumlar son derece istisnaidir. Dolayısıyla bu ayrımın pratikte bir önemi bulunmamaktadır⁵³². Doktrinde de bu ayrımın Alman haksız fiil hukukunda daha fazla karışıklığa sebebiyet verdiği⁵³³; iç özen ve dış özenin sadece teorik olarak ekstrem durumlarda birbirinden ayırt edilebilir olduğu⁵³⁴, bu nedenlerle bu ayrımın terk edilmesi gerektiği savunulmuştur⁵³⁵.

Sonucun hukuka aykırılığı görüşünü savunan ve davranışın hukuka aykırılığı görüşünü eleştiren *Larenz*'e göre, kanun koyucu BGB §823 I hükmünü öngörmek suretiyle bu hükümde zikredilen hukuki değerleri diğer menfaatlere nazaran üstün tutmuş ve daha kapsamlı bir koruma sağlamıştır. Kanun, hem hukuka aykırılık hem de –kasıtlı ya da ihmal suretiyle olmak üzere- kusur unsurlarını zikretmek suretiyle her iki unsurun da aranması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, kusuru hukuka aykırılık unsuruna dahil etmek sadece kanunun lafzıyla değil, aynı zamanda kanunun amacıyla da çelişmektedir⁵³⁶.

⁵²⁹ **Çağlayan Aksoy**, s. 57. Esasen ihmal, dış özen ve iç özenin ihlali olarak tanımlanmakla beraber, hukuka aykırılık unsurunda özen yükümlülüğünün ihlalinin araştırılacağı durumlar bulunması sebebiyle dış özen ve iç özen ihlali araştırmasının hangi unsurda nasıl yapılacağı, dış özen ve iç özen ayrımı taraftarları arasında da net değildir. **Wagner**, Münchener Kommentar, §823 N. 31.

⁵³⁰ **Deutsch**, Erwin, “Die Sorgfalt als Rechtsbegriff”, Verischerungsrecht, Haftungs-und Schadensrecht, Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag, Karlsruhe 2014, (s. 575-587) s. 580. Dış özen-iç özen ayrımını yapan Deutsch, iç özeni entelektüel-duygusal süreç (*intellektuell-emotionalen Vorgang*) olarak tanımlar.

⁵³¹ **Kötz/Wagner**, N.120; **Wagner**, Münchener Kommentar, §823 N. 31.

⁵³² **Kötz/Wagner**, N.120; **Magnus/Seher**, s. 106, N. 24.

⁵³³ **Kötz/Wagner**, N.120.

⁵³⁴ **Fabarius**, Maria Elisabeth, Äussere und innere Sorgfalt, Berlin 1991, s. 148.

⁵³⁵ **Kötz/Wagner**, N.120; **Fabarius**, s. 148; **van Dam**, s. 232, dn. 26. **Roberto**, N. 227.

⁵³⁶ **Larenz**, FS Dölle 1963, s. 194.

Günümüzde doktrin §823 I'deki hakların doğrudan ihlalinin sonucun hukuka aykırılığı teorisine göre çözümleneceği; ancak bu hükümde yer alan hukuki değerlerin dolaylı ihlali ya da yapmama fiili ile ihlali durumunda özen yükümlülüğünün ihlali araştırması yapılacağı konusunda uzlaşmıştır. Ancak doğrudan ve dolaylı ihlal ayrımı halen tartışmalıdır⁵³⁷. Bu fıkra da yer alan değerlerden birinin dolaylı ihlali söz konusu ise bu durumda, diğer kimselerin zarar görmemesi için güvenlik önlemi alma yükümlülüğünden söz edilebilecek ve fail, bu yükümlülüğü ihlal etmişse hukuka aykırı davranmış addedilecektir⁵³⁸. Buna göre, zararlı sonucun ortaya çıkmasının yanı sıra failin zararlı sonucun gerçekleşmesi ihtimalini öngörüp bu zararlı sonucu engellemek için gerekli özeni gösterip göstermediği – objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği- incelenmelidir⁵³⁹. Bununla beraber eğer fail kasıtlı hareket etmişse o zaman, bu fıkra da yer alan haklardan birinin ihlali başlı başına hukuka aykırılık için yeterli olup özen yükümlülüğünün ihlali araştırmasına doğal olarak gerek kalmayacaktır⁵⁴⁰.

Sonuç olarak, Alman haksız fiil hukukunda kusur unsuru, kusur sorumluluğunun ayrı bir unsuru olarak mevcudiyetini korumaktadır. Bununla beraber Türk/İsviçre hukukunda tehlike ilkesinin ihlali halinde yapılan özen yükümlülüğü araştırmasının hukuka aykırılık mı yoksa kusur unsurunda mı yapılacağı tartışmalarına paralel bir tartışma Alman hukukunda güvenlik önlemi alma yükümlülükleri⁵⁴¹ bakımından yapılmaktadır. Güvenlik önlemi alma yükümlülüklerinin sürekli artması ile hukuka aykırılık ve kusur ayrımının gittikçe belirsizleştiği savunulmaktadır. Alman Federal Mahkemesi de aynı kıstası, hem hukuka aykırılık hem de kusur için kullanmıştır⁵⁴².

⁵³⁷ **Wagner**, Münchener Kommentar, §823 N. 7.

⁵³⁸ **Kötz/Wagner**, Deliktsrecht, N. 108; **van Dam**, s. 232; **Wagner**, Münchener Kommentar, §823 N. 7.

⁵³⁹ **van Dam**, s. 232; **Markesinis/Unberath**, s. 82.

⁵⁴⁰ **Markesinis/Unberath**, s. 81; Aksi görüş için bkz. **Kötz/Wagner**, N. 111.

⁵⁴¹ Yapmamanın haksız fiil teşkil edip etmeyeceği hususunda Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht*), “*BGB yapmama halinde sözleşme dışı sorumluluk öngörmekte midir?*” sorusunu cevaplarken *lex Aquilia*'ya başvurmuştur. Modern hukukun Roma hukukundan daha kısıtlayıcı olamayacağını belirterek soruyu olumlu şekilde cevaplamış ve hangi yapmama hallerinin sorumluluk doğuracağını belirlemede sistem *Verkehrs(sicherungs)plichten* kavramını geliştirmiştir. Buna göre, her kim eylemlerinde tehlike yaratırsa diğer kişileri ve mutlak hakları korumak için uygun tüm önlemleri almakla yükümlüdür. **Schrage**, s. 26.

⁵⁴² **Magnus/Seher**, s. 105-106, N. 23.

2.2.2.3.3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Hukuka aykırılık kavramından ne anlaşıldığına göre hukuka aykırılık ve kusur arasındaki ayırım, kolaylıkla yapılabileceği gibi silikleşebilir de. Zira hukuka aykırılık yaklaşımı kusur kavramının içeriğini etkileyecektir.

Öncelikle kusur unsuru perspektifi açısından bakacak olursak, denilebilir ki, sübjektif kusur teorisi uygulanacak olursa, hukuka aykırılığın tespitinde sübjektif hukuka aykırılık, objektif hukuka aykırılık ya da üçüncü hukuka aykırılık teorilerinden hangisinin tercih edildiği, sübjektif olarak belirlenmesi planlanan kusurun tespiti açısından bir farklılık meydana getirmez. Zira ister hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça verilen her zarar hukuka aykırıdır denilsin, ki bu sübjektif hukuka aykırılık teorisidir; ister mutlak hak ihlali hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça kendiliğinden hukuka aykırıdır denilsin, ki bu objektif hukuka aykırılık teorisinin bir görünümüdür, ister mutlak hak ihlali dışındaki hakların ihlalinde bir davranış kuralının ihlali aransın, ki bu objektif hukuka aykırılık teorisinin bir diğer görünümüdür; ister mutlak hakların ihlali kendiliğinden hukuka aykırı sayılmayarak hukuka aykırılık için genel davranış kuralının ihlali aransın, ki bu üçüncü hukuka aykırılık teorisidir; her halükarda öncelikle hukuka aykırılık tespit edilecektir. Hukuka aykırılığın tespitinin ardından failin bireysel özellikleri dikkate alınarak hukuka aykırı fiilin faile isnat edilebilir olup olmadığı, failin kusurlu davranıp davranmadığı belirlenecektir. Demek ki, sübjektif kusur teorisinin tercih edilmesi halinde hangi hukuka aykırılık teorisinin tercih edildiği sübjektif olarak tespit edilen kusur açısından bir farklılık meydana getirmez.

Öte yandan objektifleştirilmiş kusur teorisi kabul edildiği takdirde, hukuka aykırılıktan ne anlaşıldığı kusuru doğrudan etkileyecektir. Zira objektifleştirilmiş kusur teorisine göre, kusurun tespitinde öncelikle ayırt etme gücü aranacak, ardından da failin davranışının, soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapma gösterip göstermediği incelenecek, failin davranışı soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapma gösteriyorsa kusurlu addedilecektir. Bu durumda, objektifleştirilmiş kusur teorisinde aranan örnek davranıştan sapma, bir diğer deyişle, özen yükümlülüğünün ihlalinin

hukuka aykırılık unsuru içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, dolayısıyla bir kıstasın iki defa incelenip incelenmeyeceği meselesi gündeme gelecektir.

Öncelikle, objektifleştirilmiş kusur görüşü ve sübjektif hukuka aykırılık teorisi birlikte uygulandığı takdirde bu husus açısından bir çakışma, tekerrür meydana gelmeyecektir. Buna karşın objektifleştirilmiş kusur teorisi ile objektif hukuka aykırılık teorisi birlikte ya da objektifleştirilmiş kusur teorisi ile üçüncü hukuka aykırılık teorisi birlikte uygulandığı takdirde durum farklılaşacaktır. Objektifleştirilmiş kusur teorisi ile objektif hukuka aykırılık teorisi birlikte uygulanacak olursa, mutlak hak ihlali söz konusu ise bu durumda da bir çakışma olmaz. Zira mutlak hak ihlali, hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça hukuka aykırılığın tespiti için yeterli olacak, objektif(leştirilmiş) özen yükümlülüğüne aykırılık da kusur unsurunda incelenecektir. Ancak objektif hukuka aykırılık görüşü uyarınca mutlak hak ihlali dışındaki hak ve menfaatlerin ihlalinin hukuka aykırı olup olmadığını tespit ve objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapmayı tespit aynı unsurun -objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin- haksız fiilin iki unsurunda tekerrür eden biçimde araştırılıp araştırılmayacağı sorunu gündeme gelecektir.

Aynı sorun üçüncü hukuka aykırılık teorisi bakımından da geçerlidir: Hukuka aykırılığın sadece genel davranış kuralının ihlali anlamına geldiğini iddia eden üçüncü hukuka aykırılık teorisinin, objektifleştirilmiş kusur teorisi ile birlikte uygulanması halinde hukuka aykırılık unsurunun tespitinde ve objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapmanın tespitinde, bir diğer deyişle, kusurun tespitinde aynı unsurun -objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin- iki kere araştırılıp araştırılmayacağı sorunu gündeme gelecektir.

Bu soruya cevap vermeden evvel tercih ettiğimiz hukuka aykırılık ve kusur anlayışlarını açıklayalım. Kusur kavramına ilişkin olarak objektifleştirilmiş kusur görüşünü üstün tuttuğumuzu ifade etmiştik. Hukuka aykırılığa gelince, sübjektif hukuka aykırılık görüşünü hem sorumluluğun sınırlarını aşırı genişlettiği hem de hukuka aykırılık kavramının içini boşalttığı gerekçeleriyle reddediyoruz. Kanaatimizce mutlak haklara hukuk sistemimizde büyük bir koruma bahşedilmiştir. Mutlak hakların ihlali –hukuka

uygunluk nedeni bulunmadığı müddetçe- başka herhangi bir ek koşula gerek kalmaksızın kural olarak hukuka aykırıdır. Bu sebeple hukuka aykırılığın tespitinde mutlak haklara tanınan bu üstün korumanın diğer hak ve menfaatlerin ihlali halinde kabul edileceğine ilişkin bir genel normun bulunmayışı nedeniyle hukuka aykırılık bakımından mutlak hak-diğer hak ve menfaatler ayrımı yapılmasını uygun buluyoruz. Üstelik yapmama biçiminde bir fiilin -ihlal edilen hak mutlak hak olsa bile- hukuk düzenince hukuka aykırı addedilebilmesi için belli bir davranış yükümlülüğünün varlığı gerektiğinden mutlak haklara aşırı bir korumanın bahşedildiğinden söz edilemez. Dolayısıyla hukuka aykırılığın tespitinde objektif hukuka aykırılık teorisinin tercih edilmesi gerektiği kanaatineyiz.

Hukuka aykırılığın tespitinde bir davranış kuralının ihlalinin arandığı durumlarda hukuka aykırılık ile kusur arasındaki sınırın tespitine ilişkin olarak ilk önce TBK m. 49 uyarınca sorumluluk doğması için hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının kümülatif olarak belirlenmiş olduğunu belirtmek gerekir. Bir davranış kuralının ihlali de TBK m. 49'un unsurlarından birinde ya da diğerinde aranacak ve aranan bu kıstasın mevcudiyeti halinde TBK m. 49 uyarınca sorumluluk (kusur sorumluluğu) doğacaktır. Ancak bu durum kıstasın hangi unsurda arandığının önemi bulunmadığı sonucuna yöneltmemelidir. Öncelikle böyle bir yaklaşım hukuk mantığı açısından isabetsizdir. Ayrıca hukuka aykırılıktan ne anlaşıldığı, özellikle başkalarının fiilinden sorumluluk doğmasına yol açan kusursuz sorumluluk hallerinde -adam çalıştırmanın sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu gibi- fiilinden kusursuz olarak sorumlu olunacak kişinin fiilinin hukuka aykırı olmasının gerekmesi nedeniyle hukuk pratiği açısından da önem arz etmektedir⁵⁴³. Demek ki bu husus, sadece teorik bir mesele olmayıp aynı zamanda pratik sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bunlara ek olarak, hukuka aykırılık ve kusur gibi temel sorumluluk unsurlarının ne anlama geldiğinin netleştirilmesi pratik sonuçlar doğurmakla beraber, bu gibi temel hukuki kavramların yeniden tanımlanmasının ne zaman beklenmeyen sonuçlara yol açacağı önceden bilinemez. Bu nedenle bu kavramların tanımlanması sistematik ve teorik açıdan çok önemlidir⁵⁴⁴.

⁵⁴³ Yung, s. 192; Portmann, s. 274.

⁵⁴⁴ Larenz, FS Dölle 1963, s. 174.

Özen yükümlülüğünün ihlalinin hukuka aykırılık unsurunda mı yoksa kusur unsurunda mı tespit edileceğinin hem hukuk mantığı hem de haksız fiil sisteminin bütünü bakımından arz ettiği önemi gördükten sonra yukarıdaki soruna dönülecek olursa; gerçekten de objektifleştirilmiş kusurun tespitinde başvurulacak olan örnek davranışın ihlalinin, esasında hukuka aykırılığın tespitinde başvurulacak olan davranış kuralının ihlali ile çakışıp çakışmadığı ve dolayısıyla aynı kıstasa iki defa başvurulup başvurulmayacağı sorunu gündeme gelecektir.

Bu soruya kimi yazarlarca olumlu yönde cevap verilmiş ve bunun hukuk tekniği bakımından kabul edilemez olduğu ileri sürülmüş, ancak yazarlarca bu duruma farklı çözümler önerilmiştir.

Müller'e göre, objektifleştirilmiş kusur anlayışı kabul edilirse bu durumda, kabul edilen hukuka aykırılık anlayışına göre hukuka aykırılık-kusur ayrımı o kadar da kolay olmayacaktır. Kusurun bu şekilde objektifleştirilmesi (objektifleştirilmiş kusur görüşü), kusurun hukuka aykırılıktan ayırt edilmesini zorlaştırır. Çünkü sadece hukuka aykırılık tespitinde değil, aynı zamanda kusur tespitinde de ideal davranış ile kıyas yapılır⁵⁴⁵.

Akçura Karaman'a göre de, mutlak hak ihlali bizatihi hukuka aykırılık için yeterli olmayıp ayrıca özen yükümlülüğü ihlalinin hukuka aykırılık unsuru içinde aranması, haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırılık ve kusur unsurları arasındaki ayrımı silikleştirmektedir⁵⁴⁶.

Sübjektif kusur teorisini savunan *Widmer*'e göre, davranışın hukuka aykırılığı kabul edilirse bu durumda hukuka aykırılık ile kusurun objektif unsuru çakışacak; buna karşın sonucun hukuka aykırılığı kabul edilirse; kusur ayrı bir unsur olarak isnat (*imputation*) kriteri işlevini kolaylıkla koruyacaktır⁵⁴⁷.

Gabriel'e göre ise, objektif hukuka aykırılık kavramı ile objektifleştirilmiş ihmal kavramı içerik olarak birbirine çok yakın olup birbiri ile karıştırılması çok muhtemeldir.

⁵⁴⁵ *Müller*, Handkommentar, Art. 41, N. 11.

⁵⁴⁶ *Akçura Karaman*, s. 575.

⁵⁴⁷ *Widmer*, Fault, s. 286. Yazar sübjektif kusur teorisi taraftarıdır.

Yazar, subjektif hukuka aykırılık teorisi taraftarıdır ve kusur kavramına ilişkin olarak da objektifleştirilmiş kusur görüşünün tercih edilmesi gerektiği kanaatindedir⁵⁴⁸.

Larenz/Canaris'e göre ise⁵⁴⁹, hukuka aykırılık unsuru içinde incelenecek olan “özen yükümlülüğü” kavramı ile ihmalin tespitinde başvurulacak olan “özen yükümlülüğü” kavramları özdeş olmayıp hukuka aykırılığın tespitinde başvurulacak olan özen yükümlülüğünün ölçüsü daha soyut ve ağırdır. Bu nedenle kusurun objektifleştirilmesi halinde aynı kavramın iki kez incelendiği eleştirisi isabetli değildir. *Portmann* da, hem hukuka aykırılığın hem kusurun beklenen davranıştan sapmayı ifade etmesinden dolayı iki kavram arasında önemli ölçüde yakınlık bulunduğunu, ancak iki kavram arasında farkın baki olduğunu belirtmektedir. Yazara göre hukuka aykırılık, koruma işlevi bulunan genel ve soyut bir davranış kuralının öngördüğü davranıştan sapmayı ifade eder. Buna göre, hukuka aykırılıktan söz edebilmek için failin somut olayda davranış kuralında öngörülen davranışı sergilememiş olması yeterli olup öngörülen davranışın icra edilebilirliği önemli değildir⁵⁵⁰. Örneğin, bir hemşirenin öldürücü dozda ilacı hastaya enjekte etmesi, hemşirenin bu doza ilişkin hatadan haberdar olmaması ve olamayacak durumda olmasından bağımsız olarak hukuka aykırıdır. İhmalin belirlenmesinde ise, failin fiili, hukuka aykırılığın tespitinde olduğu üzere soyut olarak hukuk normlarında öngörülen davranışla değil, aynı somut koşullar altındaki ortalama tipin sergileyeceği farazi davranış ile kıyaslanır.

Brehm'e göre de, objektifleştirilmiş kusur ile hukuka aykırılık arasındaki sınırı çizmek kolay olmamakla beraber ayırım şu şekilde ifade edilebilir:⁵⁵¹ Hukuka aykırılık davranışın sınırlarını belirlerken; objektifleştirilmiş kusur davranışın ölçütlerini belirler. Kanaatimizce, hukuk düzeninin sergilenmesi gereken davranışı somut olayın koşullarına göre belirlediği durumlarda hukuka aykırılığın ve ihmalin tespitinde kullanılacak ölçütler çakışabilir. Ancak bu, her zaman böyle bir çakışmanın meydana geleceği anlamına gelmez; kavramsal ayırımın kaldırılmasına ilişkin argümanlar isabetli değildir. Bu nedenlerle, her ne kadar hem hukuka aykırılık unsurunda hem de kusur

⁵⁴⁸ **Gabriel**, N. 668 vd.

⁵⁴⁹ **Larenz**, Karl/**Canaris**, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.: II/2, München 1994, s. 369.

⁵⁵⁰ **Portmann**, s. 279.

⁵⁵¹ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 178c.

unsurunda davranış kuralından sapma aranabilecek olsa da ve somut durumda uyulması gereken davranış kuralına ilişkin olarak çakışma ihtimali bulunsa da, teorik olarak ayırım muhafaza edilmelidir. Buna göre, somut olayın koşullarında objektifleştirilmiş kusur ölçüsü uyarınca tespit edilecek olan soyut ve örnek davranışın, hukuka aykırılığın tespitinde başvurulacak olan davranış kuralı ile çakışması mümkündür. Ancak belirttiğimiz üzere bu durum aynı kıstasın haksız fiilin iki unsurunda araştırılmasının teorik olarak uygun görüldüğü anlamına gelmemekte; sadece kusur ölçüsünün objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca farklı şekilde belirlenebilmesi ihtimalinden kaynaklanabilecek olan pratik bir sonuç teşkil etmektedir⁵⁵².

2.2.2.4. Tehlike İlkesi Bağlamında Kusur ile Hukuka Aykırılık Arasındaki İlişki

2.2.2.4.1. Tehlike İlkesine İlişkin Genel Olarak

Almanca orijinali “*Gefahrensatz*” olan terim, Türk doktrininde çeşitli şekillerde ifade edilmektedir. Bunlar “tehlikeyi önleme yükümlülüğü”⁵⁵³, “tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğü”⁵⁵⁴, “tehlike kuralı”⁵⁵⁵, “tehlike esası”⁵⁵⁶ ve bizim de kullanmayı uygun gördüğümüz “tehlike ilkesi”⁵⁵⁷dir.

Tehlike ilkesine göre, bir zorunluluk bulunmadığı halde ya da izin verilmiş fiiliyle bir başkasının zarar görmesi riskini barından tehlikeli bir duruma sebebiyet veren kişi, bu zararın meydana gelmemesi için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür⁵⁵⁸. İşte bu

⁵⁵² Öte yandan, doktrinde özen yükümlülüğünün hukuka aykırılık unsurunda mı yoksa kusur unsurunda mı değerlendirilmesi gerektiği tartışmasının, akıtılan mürekkep ile doğru orantılı bir öneme sahip olup olmadığına dikkat çekilmiştir. **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 14.

⁵⁵³ **Kırca**, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 104; **Şen Doğramacı**, s. 58.

⁵⁵⁴ **Öztan**, s.100. Yargıtay da bu ifadeyi kullanmaktadır. YHGK E. 2002/4-114, K. 2002/84, T. 13.2.2002 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁵⁵⁵ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 611; **Antalya**, s. 59.

⁵⁵⁶ **Başoğlu**, Başak, “Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, (s. 163-184) s. 164, dn. 5; **Buz**, s. 41, dn. 74.

⁵⁵⁷ Aynı yönde bkz. **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 27. **Çağlayan Aksoy**, s. 193.

⁵⁵⁸ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht, I §3 N. 55; **Keller**, N. 108; **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 44; **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 10, BGE 126 III 123; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 27. **Chappuis**, La Distinction, s. 87; **Schwenzer**, N. 50.32; **Honsell/Isenring/Kessler**, §4 N. 32; **Huguenin**, N. 1983; **Fellmann/Kottmann**, N. 579; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 20-21.

önlemleri alma yükümlülüğüne tehlike ilkesi, alınması gereken önlemlere ise güvenlik önlemi alma yükümlülükleri denilmektedir⁵⁵⁹.

Tehlike ilkesi uyarınca kişinin sorumlu tutulmaması için tehlikeli faaliyetin meşru bir menfaat için yapılmış olması, faaliyette bulunanın bu faaliyetin gerektirdiği güç ve beceriye sahip olması ve başkalarının zarara uğramaması için gereken bütün tedbirler alınmış olması şartları aranmaktadır⁵⁶⁰. Tehlike ilkesi, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihat yolu ile yaratmış olduğu, yazılı olmayan bir davranış kuralıdır⁵⁶¹. Yargıtay da 1996 tarihli tüp imalatçıları ile ilgili Hukuk Genel Kurulu kararı ile tehlike ilkesini benimsemiştir⁵⁶².

2.2.2.4.2. Doktrindeki Görüşler

Tehlike ilkesinin ihlalinin, bir diğer deyişle, güvenlik önlemi alma yükümlülüğüne aykırılığın hukuka aykırılık mı yoksa kusur tespitinde mi kullanılacağı tartışmalıdır. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi'nin tutumu açık değildir⁵⁶³. Federal Mahkeme, bazı kararlarında hem hukuka aykırılık hem de kusurdan bahsederek tehlike ilkesinin ihlal edildiğini belirtmiştir⁵⁶⁴. Mahkeme yaratılan tehlike karşısında gerekli önlemlerin alınmamış olmasını hem hukuka aykırılık hem de ihmal unsurunun mevcudiyetine ilişkin delil olarak değerlendirmiştir. Bazı kararlarında hukuka aykırılık unsurunu belirlerken tehlike ilkesine başvurmuş ve objektif özen ölçütünden yararlanmışır. Mahkemenin bu yaklaşımı hukuka aykırılık ve kusur arasındaki sınırı belirsizleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁶⁵. Federal Mahkeme başka bazı kararlarında ise tehlike ilkesine kusurun tespitinde başvurmuştur.

⁵⁵⁹ **Roberto**, N. 264. Almanca orijinali *Verkehrssicherungspflichten* olan kavram Türk doktrininde güvenliği sağlama kaidesi/ güvenlik önlemleri alma yükümleri/ (**Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 139. **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 17) ya da tehlikeyi önleme yükümlüğü (**Şen Doğramacı**, s. 58) olarak çevrilmektedir. "Güvenlik önlemi alma yükümlülükleri" tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

⁵⁶⁰ **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 21, dn. 28.

⁵⁶¹ **Akçura Karaman**, s. 578.

⁵⁶² **Akçura Karaman**, s. 579. YHGK, E. 1996/4-588, K. 1996/831, T. 27.11.1996 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁵⁶³ **Chappuis**, La Distinction, s. 88.

⁵⁶⁴ **Chappuis**, La Distinction, s. 88.

⁵⁶⁵ **Akçura Karaman**, s. 580.

Tehlike ilkesinin hukuka aykırılığın mı yoksa kusurun mu tespitinde kullanılacağı hususunda doktrinde de görüş birliği bulunmamaktadır. Tehlike ilkesinin hukuka aykırılığın tespitinde başvurulabilecek bir kıstas olduğunu savunan görüşe göre⁵⁶⁶, hukuka aykırılıktan söz edebilmek için ihlal edilecek yükümlülükler yazılı ya da yazılı olmayan hukuk kurallarından kaynaklanabilir. Bu görüşe göre, mutlak hakkın yapmama biçiminde bir fiille ihlalini hukuka aykırı olarak nitelendirebilecek yazılı olmayan hukuk kurallarından birisi de tehlike ilkesidir⁵⁶⁷.

Bu görüşe karşılık diğer bir görüşe göre ise, bu ilke hukuka aykırılığa değil; kusura ilişkindir⁵⁶⁸. Hukuka aykırılık, tehlike ilkesinin ihlalinden dolayı değil; bir mutlak hakkın ya da koruma normunun ihlal edilmesinden ya da kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesinden kaynaklanır⁵⁶⁹. Ayrıca tehlikeli bir durum yaratmak yasaklanmış değildir. Tehlikeli bir durum yaratan ancak zararın doğmaması için gerekli önlemleri almayan kişi, kusurlu davranmıştır.

Brehm'e göre, bir kimse, başka kişiler için zararlı sonuç doğurma riski taşıyan bir faaliyette bulunur ancak zararın doğmaması için gerekli önlemleri almazsa, somut olayın gerektirdiği özeni göstermemiştir ve kusurlu davranmıştır⁵⁷⁰. Yazara göre, tehlike ilkesinin her türlü ihlalinin kusur anlamına geldiği ve hatta bu ihlalin yanlış biçimde hukuka aykırılık biçiminde nitelendirildiği söylenebilir⁵⁷¹. Ayrıca yazar, bir patlama görevlisinin patlamada gerekli güvenlik önlemlerini almamasının ağır ihmal (BGE 112 II 131/137), bir yarış aracını ilk defa kullanan kişinin aşırı hızını ağır kusur (BGE 117 II 547/549), şantiyede hiçbir güvenlik tedbiri almayan işverenin ağır kusurlu (BGer 4C.407/1994 v. 19.12.1995 E. 1/b), deneyimsiz ve yeterince talimat verilmemiş bir çalışana, emniyeti bozuk ve tehlikeli bir makineyi kullandırtan işverenin ağır kusurlu olarak değerlendirildiği (BGer 4A_132/2010 v. 5.5.2011, E. 3.3) Federal Mahkeme

⁵⁶⁶ **Schwenzer**, N. 50.33; **Roberto**, N. 269; **Şen Doğramacı**, s. 63; **Çağlayan Aksoy**, s. 199; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 612.

⁵⁶⁷ **Schwenzer**, N. 50.33.

⁵⁶⁸ **Stark**, Emil W., *Ausservertragliches Haftpflichtrecht Skriptum*, Zürich 1988, N. 458; **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §3 N. 55, II/1, §16 N. 26. **Brehm**, *Berner Kommentar Art. 41*, N. 45; **Widmer**, *Commentary*, s. 77, N. 9; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 20-21; **Öztan**, s. 103.

⁵⁶⁹ **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 21.

⁵⁷⁰ **Brehm**, *Berner Kommentar Art. 41*, N. 45.

⁵⁷¹ **Brehm**, *Berner Kommentar, Art. 41*, N. 201.

kararlarını tehlike ilkesinin ihlalinin kusur teşkil etmesine ilişkin örnekler olarak sunmuştur.

Widmer'e göre, tehlike ilkesi, kusur unsuruna ilişkin olup bu ilkenin hukuka aykırılık ya da nedensellik bağı unsurlarında değerlendirilmesi kusur değerlendirmesini zedeler. Bu da kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasındaki diyalektik ilişkiyi bozar ve ikisi arasındaki sınırı tehlikeli bir biçimde silikleştirir⁵⁷².

Müller'e göre de bu ilke uyarınca kişi, bir yandan tehlikeli durumu meydana getirdiği ve/veya muhafaza ettiği için, diğer yandan gerekli güvenlik önlemlerini almadığı için kusurludur⁵⁷³.

Bir görüşe göre ise, bu ilkenin ihlali hem hukuka aykırılık hem de kusur ölçütü olarak kullanılır⁵⁷⁴. Zararlı duruma sebebiyet verme hem hukuka aykırılık unsurunda hem de kusur unsurunda dikkate alınır⁵⁷⁵.

Werro'ya göre ise, bu ilkenin ihlalinin hukuka aykırılık mı yoksa kusur unsurunda mı inceleneceği tartışması esasen iki unsur arasındaki ikna edici olmayan ayırmadan kaynaklanır⁵⁷⁶.

2.2.2.4.3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Hukuka aykırılık ve kusur unsurlarında yeni bir yaklaşımın kabul edilmesi halinde tehlike ilkesinin ihlalinin nerede inceleneceği değişkenlik gösterecektir. Buna göre, kusuru salt ayırt etme gücüne indirgeyen ve özen yükümlülüğünün ihlalini sadece hukuka aykırılık unsurunda arayan hukuka aykırılık ve kusur yaklaşımları kabul edilecek olursa tehlike ilkesinin ihlali elbette hukuka aykırılık unsurunun ihlalinde incelenecektir. Bununla beraber, İsviçre Federal Mahkemesi, tehlike ilkesine mutlak

⁵⁷² *Widmer*, Commentary, s. 77, N. 9.

⁵⁷³ *Müller*, Handkommentar, Art 41, N. 10.

⁵⁷⁴ *Keller*, N. 120; *Fellmann/Kottmann*, N. 581. Türk hukukunda aynı yönde bkz. *Antalya*, s. 33.

⁵⁷⁵ *Keller*, N. 120.

⁵⁷⁶ *Werro*, Commentaire romand, art. 41, n. 81.

hakların doğrudan ya da dolaylı ihlallerinde hukuka aykırılığın tespitinde başvurulabileceğini ancak salt malvarlığı zararlarının hukuka aykırı nitelik taşıyıp taşımadığını belirlemede başvurulamayacağını belirtmektedir⁵⁷⁷. Federal Mahkeme'ye göre sadece mutlak hakların bir yapmama fiili ile ihlali durumunda, somut olayda özel bir koruma normu bulunmuyorsa, hukuka aykırılıktan söz edebilmek için tehlike ilkesinden yararlanılabilmesi mümkün olup salt malvarlığı zararları bakımından böyle bir imkân bulunmamaktadır⁵⁷⁸.

Kanaatimizce, mutlak hakkın bir yapmama fiili ile de ihlal edilmesi mümkündür. Ancak bir yapmama fiilinin hukuka aykırı nitelik taşıması için hukuk düzeninin faile belirli bir şekilde davranış sergileme yükümlülüğü öngörmüş olması gerekmektedir. Bu davranış sergileme yükümlülüğü yazılı hukuk kurallarında yer alabileceği gibi, yazılı olmayan hukuk kurallarından olan genel hukuk ilkelerinden de doğabilir. Doktrin ve Federal Mahkeme'ye göre tehlike ilkesi, bu tür bir yazılı olmayan hukuk kuralıdır. Bu bakımdan tehlike ilkesinin hukuka aykırılığın tespitinde kullanılması kanaatimizce isabetlidir. Bu noktada bu kıstasa -tehlike ilkesine- kusurun tespitinde de başvurulup başvurulmayacağı akla gelebilir. Katıldığımız objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca failin kusurlu olup olmadığını tespitte fail ile aynı şartlar altında bulunan ve fail ile aynı özellikleri taşıyan makul üçüncü kişinin davranışından sapma, kusur olarak değerlendirilecektir. Hukuka aykırılığın belirlenmesinde başvurulacak olan soyut ve genel davranış kuralının aksine, bizim kanaatimize göre tespit edilecek olan kusur kıstası, somut olaya özgü biçimde belirlenecektir. Dolayısıyla teorik olarak bir çakışma bulunmayacak ve aynı kıstasın -tehlike ilkesine aykırılığın- hem hukuka aykırılık hem de kusur tespitinde değerlendirilmesi gibi hukuk mantığı açısından kabul edilemez bir durum söz konusu olmayacaktır. Hukuka aykırılık teorilerine ilişkin görüşümüzde belirttiğimiz üzere, somut olayın koşullarında objektifleştirilmiş kusur ölçüsü uyarınca tespit edilecek olan soyut ve örnek davranışın, hukuka aykırılığın tespitinde başvurulacak olan davranış kuralı ile çakışması mümkündür. Ancak belirttiğimiz üzere bu durum aynı kıstasın haksız fiilin iki unsurunda araştırılmasının teorik olarak uygun görüldüğü anlamına gelmemekte; sadece kusur ölçüsünün objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca farklı

⁵⁷⁷ Schwenzler ve Guhl/Koller de bu görüştedir. **Schwenzler**, N. 50.33; **Guhl/Koller**, §24 N. 16.

⁵⁷⁸ Bger. Urteil vom. 3.8.2012; (4A_104/2012). Karar ve açıklama için bkz. **Buz**, s. 41, dn. 74.

şekilde belirlenebilmesi ihtimalinden kaynaklanabilecek olan pratik bir sonuç teşkil etmektedir.

2.2.3. Kusur ile Nedensellik Bağı Arasındaki İlişki

2.2.3.1. Genel Olarak

Haksız fiilin diğer bir unsuru, fiille zarar arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Nedensellik bağına açıklamak üzere çeşitli teoriler öne sürülmüştür. Bunlardan şart teorisi uyarınca, fail meydana gelmesinde fiilin zorunlu unsur (*conditio sine qua non*) niteliğini taşıdığı bütün sonuçlardan sorumludur⁵⁷⁹. Buna göre, bir zararın meydana gelmesi bakımından zorunlu olan şartlara, (onsuz olmaz şartlara) dahil olan herkes sorumludur. Şart teorisi sorumluluğu aşırı genişletmesi ve adil olmayan sonuçlara sebebiyet verecek olması nedeniyle yetersiz kalmıştır⁵⁸⁰. Günümüzde, eksikliklerine ve yoğun eleştirilere maruz kalmasına rağmen nedensellik bağına ilişkin olarak hâkim görüş, uygun nedensellik bağı teorisinin uygulanması yönündedir⁵⁸¹. Uygun nedensellik bağı teorisi mahkemelere geniş bir takdir yetkisi sağlar. Yargı, bu terimi ve teoriyi benimsemiştir⁵⁸².

2.2.3.2. Uygun Nedensellik Bağı Teorisi

Bugün kabul edilen nedensellik bağı anlayışı, uygun nedensellik bağıdır. Uygun nedensellik bağı teorisine göre, bir fiil, niteliği gereği olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, somut olayda meydana gelmiş olan zarar türünden bir zararı doğurabilecek nitelikte ve buna elverişli ise o fiille zarar arasında uygun nedensellik

⁵⁷⁹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 74-75; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 21; **Feyzioğlu**, s. 508; **İnan**, s. 292; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 407.

⁵⁸⁰ Şart teorisi taraftarı olan Kaneti'ye göre bu eleştiriler isabetsizdir. Yazara göre, bu eleştirileri dile getirenler nedensellik bağı ile sorumluluğun ve zararı tazmin ödevinin sınırlarının tayinini karıştırmaktadır. Hâkim, sorumluluğun mevcudiyetini kusura, sorumluluğun sınırını ise eBK m. 43/TBK m. 51 uyarınca duruma ve kusurun ağırlığına göre belirleyecektir. **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 22-23.

⁵⁸¹ Uygun nedensellik bağı teorisine yöneltilen eleştiriler ve daha iyisi önerilmediği için kullanılmaya devam edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 150 vd, N. 163;

⁵⁸² **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 163; **Huguenin**, N. 1922.

bağı bulunmaktadır⁵⁸³. Bu teori hem Türk/İsviçre hem de Alman hukukunda sorumluluk kuramı olarak kabul görmektedir⁵⁸⁴. Bu teorinin hem sorumluluğu kurma hem de sorumluluğu sınırlandırma işlevi bulunmaktadır⁵⁸⁵.

Uygun nedensellik değerlendirmesinde hâkim, öncelikle söz konusu fiil ya da olayın, zararlı sonucun zorunlu şartı teşkil edip etmediğini; ardından bu sebebin sonucun uygun sebebi olup olmadığını araştırır. Fiilin zararın olağan/uygun sebebini oluşturup oluşturmadığı, bir diğer deyişle sebebin/fiilin zararlı sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığını (elverişliliği) tespitinde çeşitli teoriler öne sürülmüştür⁵⁸⁶.

Sübjektif olarak önceden tahmin teorisine göre elverişlilik, fiilin işlendiği sırada fail tarafından bilinmesi mümkün şartlara göre belirlenmelidir⁵⁸⁷. Buna karşılık, objektif olarak önceden tahmin teorisine göre elverişlilik, fiilin işlendiği sırada fail tarafından bilinmesi mümkün şartlara göre değil, fiilin işlendiği sırada ortalama tip tarafından bilinmesi mümkün şartlara göre belirlenmelidir⁵⁸⁸. Her iki teori de, ne kadar objektifleştirilse objektifleştirilsin dayandıkları öngörme ve tahminin esasında kusur kavramının bir unsuru olduğundan bahisle, nedensellik bağı sorununu kusur sorunuyla karıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁸⁹. Zira elverişlilik ile öngörülebilirlik birbirinden farklı kavramlar olup nedensellik bağının kalbinde elverişlilik yatar. Zararın öngörülebilirliği, kusur ile ilgili bir kavram olup zararın failin öngörüsünün üzerinde

⁵⁸³ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §3, N. 15; **Stark**, N. 210; **Gauch**, Grundbegriffe, s. 229. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 121; **Müller**, Handkommentar, Art. 41, N. 37; **Huguenin**, N. 1916; **Honsell/Isenring/Kessler**, §3 N. 6; **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 45; **Saymen/Elbir**, s. 483; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 77; **Tunçomağ**, s. 451; **Feyzioğlu**, s. 509; **İnan**, s. 292; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 33; **Eren**, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 52; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 45; **Erişgin**, Nuri, "Tehlike Bağı", AÜHFD, Y.: 2000, C.: 49, S.: 1, s. 137-154, s. 139.

⁵⁸⁴ **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 59; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 161.

⁵⁸⁵ **Eren**, Uygun İlliyet, s. 54; **Erişgin**, s. 139.

⁵⁸⁶ Teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Eren**, Uygun İlliyet, s. 87 vd.; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 52 vd.

⁵⁸⁷ **Eren**, Uygun İlliyet, s. 87; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 52.

⁵⁸⁸ **Eren**, Uygun İlliyet, s. 89. Bu teoride de fail yerine ortalama tipin mi yoksa üstün yetenekli ideal bir kişinin mi esas alınacağı hususunda farklı görüşler savunulmuştur. Detaylar için bkz. **Eren**, Uygun İlliyet, s. 89-92.

⁵⁸⁹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 78; **Eren**, Uygun İlliyet, s. 88, 92; Bununla beraber, kusurla sebebiyet verilen bir davranışta, fail zararlı sonucun meydana gelme olasılığını öngörmüşse, fiil hemen hemen her zaman zararın uygun sebebini oluşturacaktır. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §3 N. 31; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 124b.

olması, uygun nedenselliğin varlığını etkilemez, sadece sorumluluğun/tazminatın belirlenmesinde rol oynayabilir⁵⁹⁰.

Doktrinde ve uygulamada hâkim görüş olan objektif olarak sonradan değerlendirme teorisine göre elverişlilik, hâkim tarafından sonradan tespit edilebilen şartlara göre - fiilin işlendiği sırada bilinmeyecek (ideal bir kişi tarafından da fiil anında bilinmesi mümkün olmayan) şartlar da dahil olmak üzere- belirlenmelidir⁵⁹¹. Demek ki, günümüzde kabul edilen uygun nedensellik bağı anlayışına göre, nedensellik hâkim tarafından objektif biçimde sonucun meydana gelmesinden sonra (*ex post*) tespit edilir⁵⁹². Nedensellik bağı değerlendirmesinde fiilin gerçekleştirildiği esnada mevcut olmasına rağmen fail tarafından bilinmeyen ve bilinmesi gerekmeyen olaylar da dikkate alınır. Önemli olan failin sonucu öngörmesi değil, olayların normal akışına göre fiilin zararı doğurmaya elverişliliğinin objektif olarak kabul edilmesidir.

2.2.3.3. Uygun Nedensellik Bağı ile Kusur Arasındaki İlişki

2.2.3.3.1. Genel Olarak

Nedensellik bağı ile kusurun haksız fiilin iki ayrı unsuru olup birbiriyle karıştırılmaması gerektiğine dikkat çekilmelidir. Bir davranışın zararlı sonucun sebebi olması için kusurlu olup olmaması önem taşımaz⁵⁹³. Kusur ve nedensellik bağı, sorumluluğun kurulması bakımından iki ayrı unsur olmakla beraber uygun nedensellik bağı teorisi, isnat edilebilirlikten soyutlanamayan bir teori olduğundan kusur ve nedensellik bağı, iç içe geçmiş unsurlardır⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ **Baysal**, s. 157, dn. 556.

⁵⁹¹ **Eren**, Uygun İlliyet, s. 92-97; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 78; **Tunçomağ**, s. 451; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 46; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 146. **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 151; **Baysal**, s. 157.

⁵⁹² **Feyzioğlu**, s. 511; **İnan**, s. 293; Yargıtay da uygun nedensellik bağının tespitinde *ex post* yaklaşımı kabul etmektedir. YHGK 24.6.1964 508/481 sayılı karar için bkz. **Feyzioğlu**, s. 511-512, dn. 104; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 46. **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 78; **Baysal**, s. 157. **Stark**, N. 212; **Gauch**, Grundbegriffe, s. 229. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 122b. **Kessler**, Basler Kommentar Art. 41, N. 16. Ancak bu husus da herkesin kazadan sonra daha akıllı olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. **Honsell/Isenring/Kessler**, §3 N. 11-12; **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 43.

⁵⁹³ **Baysal**, s. 159.

⁵⁹⁴ **Baysal**, s. 162.

2.2.3.3.2. Öngörülebilirlik Unsuruna İlişkin Olarak

Öngörülebilirlik haksız fiilin hem nedensellik bağı hem de kusur unsurunda mevcuttur. Bununla beraber, nedensellik bağındaki öngörülebilirlik ile kusurdaki öngörülebilirlik belirli açılardan farklıdır⁵⁹⁵. Öncelikle nedensellik bağındaki öngörülebilirlik *ex post*, kusurdaki öngörülebilirlik ise *ex ante* değerlendirilir⁵⁹⁶.

Ayrıca nedensellik bağında öngörülebilirlik tek başına değerlendirilir ve olasılık skalasında sabit bir noktaya tekabül eder⁵⁹⁷. Ancak kusurda öngörülebilirlik, bir değişken olup diğer değişkenlerle içinde bulunduğu etkileşim göz önünde bulundurularak değerlendirilir. Örneğin, önlemlerin maliyeti, zararın ağırlığı gibi.

2.2.3.3.3. Nedensellik Bağının Kesilmesine İlişkin Olarak

2.2.3.3.3.1. Doktrindeki Yaklaşım

Kusur ile nedensellik bağı unsurlarının çakışma ihtimali bulunan bir diğer nokta ise nedensellik bağıının kesilmesidir. Normal şekilde gerçekleşseydi, bir zararı meydana getirebilecek nitelikteki bir sebebin gerçekleşmesinden sonra, diğer bir sebep gerçekleşir ve birinci sebep zararlı sonucu meydana getirir, bu ikinci sebep zararlı sonucu meydana getirirse, buna nedensellik bağıının kesilmesi denir⁵⁹⁸. Nedensellik bağıının kesilmesi için, olaylardan birinin elverişli (uygun) sebep olma bakımından yoğunluğunun, diğerlerini önemsiz hale getirmesi gerekmektedir⁵⁹⁹. Bir diğer deyişle, sonucu doğuran etkenlerden birinin o sonucu doğurmaya elverişlilik derecesi diğer

⁵⁹⁵ Widmer'e göre, her ne kadar öngörülebilirliğin objektif olarak nedensellik bağı unsurunda değerlendirilmesi gerektiği savunulsa da kusurun objektifleştirildiği göz önüne alındığında aradaki fark teorik kalmaktadır. **Widmer**, Commentary, s. 71, N. 9.

⁵⁹⁶ **Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Bd.: Besonderer Teil - Erster TeilBd.: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, Zürich 1995, §16 N. 38, dn. 55; **Koçhisarlıoğlu**, Kusur, s. 695, dn. 227.

⁵⁹⁷ **Oliphant**, Ken, Digest of European Tort Law Vol.3: Essential Cases of Misconduct (eds. Oliphant, Ken/Karner, Ernst/Winiger, Benedict), Berlin 2018, s. 481.

⁵⁹⁸ **Müller**, Handkommentar, Art. 41, N. 38; **Kessler**, Basler Kommentar Art. 41, N. 16. **Huguenin**, N. 1926; **Saymen/Elbir**, s. 485; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 79. **İnan**, s. 293; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 577.

⁵⁹⁹ **Stark**, N. 218; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 121; BGE 116 II 519/524; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 94; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 152.

etkenleri önemsiz kılıyorsa, o zaman diğer etkenler ile sonuç arasındaki nedensellik bağı kesilmiş demektir.

Nedensellik bağının kesilmesi durumunda, birden çok sebep aynı zararı meydana getirmeye elverişlidir. Ancak zararı bunlardan sadece biri meydana getirmiştir. Zira öne çıkan sebep, diğer sebepler ile zarar arasındaki nedensellik bağı koparır. İşte zararı meydana getiren sebebe gerçek sebep, gerçek sebep olmasa idi zararı meydana getirmeye elverişli sebebe ise farazi sebep adı verilir. Fiili birinci sebep teşkil eden fail, nedensellik bağı kesilene kadar meydana gelen zararlardan sorumlu olur⁶⁰⁰.

Nedensellik bağının kesilmesi meselesine ilişkin dikkat çekmek istediğimiz iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki kavramın bizatihi kendisine ilişkindir. Doktrinde zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep nedensellik bağı kesen sebepler olarak kabul edilmektedir⁶⁰¹. Ancak kanaatimizce “nedensellik bağının kesilmesi” kavramı isabetsiz ve terk edilmesi gereken bir kavramdır⁶⁰². Bu durumda “nedensellik bağı kesen” biçiminde ifade edilen olgular, aslında gerçek nedensellik bağının kurulduğu olgulardır. *Hatemi/Gökyayla*’nın dediği gibi, “*kesildiği söylenen illiyet bağı görünürde illiyet bağı gibi görünen ve aslında var olmayan bir görünümünden ibarettir.*”⁶⁰³

⁶⁰⁰ **Saymen/Elbir**, s. 485.

⁶⁰¹ **Eren**, Uygun İlliyet, s. 174 vd.; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 579 vd. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 413; İsviçre doktrin ve uygulamasında da bu üç sebebin nedensellik bağı kesen sebepler olarak zikredildiği yönünde bkz. **Müller**, Handkommentar, Art. 41, N. 38; **Kessler**, Basler Kommentar Art. 41, N. 16. **Stark**, N. 227. **Huguenin**, N. 1926. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §3 N. 151. Ağır kusurdan anlaşılması gereken kasıt ya da ağır ihmaldir, bunlar dışındaki kusur derecesi yeterli olmayacaktır.

⁶⁰² Aynı yönde bkz. **Honsell/Isenring/Kessler**, §3 N. 37. **Huguenin**, N. 1929. **Schwenzer**, N. 20.03-20.05; **Brehm**’e göre de, “*Nedensellik bağının kesilmesine yol açan gerekli yoğunluk için zarar görenin kusurunun ağır kusur olmasına gerek yoktur. Nedensellik bağının kesilmesi için ağır kusur aranması koşulu, en azından kusur sorumluluğu çerçevesinde, çok katı olur zira mevzuatta nedensellik bağının kesilmesi için ağır kusur sadece tehlike sorumluluğunda aranmaktadır. (Örneğin, SVG m. 59/1) Kusur sorumluluğu ve tehlike sorumluluğunun aynı kefeye konulması ratio legis’e aykırı olur. Zarar görenin orta ağırlıktaki kusuru da -kusur sorumluluğunda- nedensellik bağı kesebilir.*” **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 139.

⁶⁰³ **Hatemi/Gökyayla** N. 11 s. 139. Tandoğan, nedensellik bağı kesilmesi ifadesinin mecazi anlamda kullanılan bir ifade olduğunu ifade etmektedir. **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 80. Eren ise, bu terimin esasında doğru olmayan bir terim olduğunu, ancak doktrindeki yerleşik kullanımı nedeniyle yeni karışıklıklara meydan vermemek için, yanlış veya çelişkili olmasına rağmen illiyet bağının kesilmesi terimini mecazi anlamda kullanmaya devam edeceğini, burada kesilenin esasen nedensellik bağı değil sebeple sonuç arasındaki uygunluk olduğunu belirtmektedir. **Eren**, Uygun İlliyet, s. 174. Stark’a göre nedensellik bağının kesilmesi ifadesi alışlagelmiş olup kolay anlaşılabilir niteliktedir. **Stark** N. 220.

İsviçre doktrininde şuna işaret edilmektedir⁶⁰⁴: “*Federal Mahkeme'nin de belirttiği üzere, 'esasen nedensellik bağının kesilmesi mümkün değildir zira uygun nedensellik bağı ya yoktur ya da diğer ortak sebeplere rağmen mevcuttur ve kesilememiştir.'* (BGE 86 IV 153/156). *Hâkim görüş de bu yöndedir. Bununla beraber pratik olduğu için betimleyici bu ifade kullanılmaya devam etmektedir.*⁶⁰⁵”

Schwenzer de nedensellik bağının kesilmesi kavramının terk edilmesi gerektiği ve zarar görenin ağır kusuru durumunda İBK m. 44/ TBK m. 52'nin faili tazminat yükümlülüğünden kurtarabileceğini, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep hallerinde ise normun koruma amacının (*Schutzzweck der anwendbaren Norm*) devreye girebileceği kanaatindedir⁶⁰⁶.

Nedensellik bağının kesilmesi kavramına ilişkin olarak dikkat çekmek istediğimiz ikinci nokta, doktrinde nedensellik bağı kesen sebep olarak zikredilen zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuruna ilişkindir. Objektif bir değerlendirme olduğu belirtilen uygun nedensellik değerlendirmesinde kusurun yeri hakkında ifade edilenlerin ne derece doğru olduğu, ayırt etme gücünden yoksun kişinin fiilinin nedensellik bağı kesip kesemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, ayırt etme gücünden yoksun kişinin davranışı kusurlu olarak addedilemeyeceğinden ayırt etme gücünden yoksun zarar görenin davranışı nedensellik bağı kesemez⁶⁰⁷. Bu görüşe göre, ayırt etme gücünden yoksun kişilerde olayları doğru bir şekilde değerlendirme bilinci ve buna uygun davranma iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kişilerin sorumluluk ve nedensellik bağının kesilmesine dayanak teşkil eden serbest iradelerinden söz edilemez. Ayırt etme gücünden yoksun kişinin teknik

Kanaatimizce bunlar zorlama birer çözüm olup nedensellik bağı objektif değerlendirilmesi gereken bir kavram, nedensellik bağının kesilmesi de bu objektif yaklaşımla değerlendirilmesi gereken bir meseledir.

⁶⁰⁴ **Stark**, N. 220; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 136.

⁶⁰⁵ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 136. Aynı yönde bkz. **Roberto**, N. 82.

⁶⁰⁶ **Schwenzer**, N. 20.03-20.05. Ancak **Brehm**, mahkemeyi teleolojik araştırma yapmaya yönlendirecek olan normun koruma amacının esasen daha kolay olduğu konusunda şüphelidir. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 136b.

⁶⁰⁷ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §3 N. 155; **Stark**, N. 221; **Eren**, Uygun İlliyet, s. 196.

anlamda fiilinden değil ancak vücut hareketinden söz edilebilir⁶⁰⁸. Ayrıca kusursuz sorumluluk, sorumlu kişi bakımından söz konusu olup zarar gören söz konusu olduğunda daima kusur aranacak, kusurlu olmayan davranışın nedensellik bağına kestiği kabul edilemeyecektir⁶⁰⁹. Bununla beraber, nedensellik bağının kesilmesi için ayırt etme gücünün aranacağını savunan bu görüş, TBK m. 65'in kıyasen uygulama alanı bulabileceğini, böylece zarar gören ayırt etme gücüne sahip olmasa da sorumluluğun doğmayabileceğini ifade etmektedirler⁶¹⁰. Nedensellik bağının kesilmesi için ayırt etme gücünü arayan yazarlar aynı zamanda kusurun, ağır kusur (kasıt ve ağır ihmal) derecesinde olmasını ararlar⁶¹¹.

Bu görüşe karşılık, bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca, nedensellik bağının kesilmesi tespitinde zarar görenin/üçüncü kişinin kusuru değil, zarar görenin/üçüncü kişinin fiili esas alınmalıdır. Zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışının nedensellik bağına kestiğinden söz edebilmek için, davranışının kaçınılmaz zararın inhisari sebebi olması gerekir⁶¹². Buna göre ayırt etme gücünden yoksun kişinin davranışı gerekli yoğunluğa ulaşmışsa nedensellik bağına kesebilir⁶¹³. Zira nedensellik bağı değerlendirilmesinde objektif bir değerlendirme olup failin subjektif özellikleri bu değerlendirmede dikkate alınmaz. Zarar görenin/üçüncü kişinin davranışının ayırt etme gücünün bulunup bulunması ya da kusurlu olarak nitelendirilebilip nitelendirilememesi de nedensellik bağına araştırmasına etki etmez. Aksi görüşün kabulü halinde uygun nedensellik bağının aranmadığı yeni bir sorumluluk türü yaratılmış olacaktır⁶¹⁴. Özetle bu görüşe göre, kusursuz davranışlar da nedensellik bağına kesebilir. Buna göre, zarar görenin ya da üçüncü kişinin kusurunun nedensellik bağına kesmesi için, zarar

⁶⁰⁸ **Eren**, Uygun İliyet, s. 197. Ancak yazar insan davranışının mücbir sebep olabileceğini kabul ettiğini belirterek zarar görenin davranışının bu yoğunluğa erişmesi halinde nedensellik bağının kesilebileceğini ifade etmektedir. **Eren**, Uygun İliyet, s. 197, dn. 200.

⁶⁰⁹ **Eren**, Uygun İliyet, s. 197.

⁶¹⁰ **Eren**, Uygun İliyet, s. 198.

⁶¹¹ **Stark**, N. 221; **Eren**, Uygun İliyet, s. 199. Nedensellik bağının kesilmesi için doktrinde hemen hemen oybirliğiyle ağır kusur arandığı yönünde bkz. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 139c.

⁶¹² **Baysal**, s. 173; **Kurt**, Leyla Müjde, "Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti", AÜHFD, Y.: 2015, C.: 64, S.:3, (s. 775-814) s. 804. Bu hususta detaylı açıklama için bkz. **Kurt**, s. 804 vd. Keller'e göre de, zarar görenin ya da üçüncü kişinin kusursuz davranışı da nedensellik bağına kesebilir ancak kusursuz davranışın nedensellik bağına kesmesi için kusurluya nazaran çok daha akıl almaz olması gerekir. **Keller**, s. 94;

⁶¹³ **Aral**, Fahrettin, "Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu", BATİDER, Y.: 1980, C.: 10, S.: 3, (s. 733-758) s. 743; **Baysal**, s. 173; **Nart**, s. 219.

⁶¹⁴ **Aral**, s. 744.

görenin/üçüncü kişinin fiili belli bir yoğunluğa ulaşmış olmalı, bu fiil kusur ögesinden bağımsız değerlendirilmeli ve zarar görenin fiilinin zararın inhisari nedeni olup olmadığına bakılmalıdır⁶¹⁵. Zarar görenin fiili nedensellik bağına kesecek yoğunlukta değilse bu durumda, -diğer şartların da mevcudiyeti halinde- failin sorumluluğu doğar. Ancak zarar görenin kusuru tazminattan indirim sebebi teşkil eder.

Bununla beraber, nedensellik bağına kesilmesi için zarar görenin ağır kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusurunu arayan yazarlar dahi, sadece zarar görenin kusurunun değil zarar görenin davranışının da yeterli yoğunluğa eriştiği takdirde nedensellik bağına kesebileceğini kabul ederler⁶¹⁶. Belirtmek gerekir ki, nedensellik bağına kesilmesi için zarar görenin ağır kusurunun ve dolayısıyla ayırt etme gücünün aranacağını savunan başka bazı yazarlarsa, zarar görene yükletilebilecek bazı sebeplerin, sorumlu kişinin hâkimiyeti altında bulunan eşya ya da işletme tehlikesi gibi, nedensellik bağına kesebileceğini kabul etmek suretiyle aynı sonuca varmaktadırlar⁶¹⁷.

2.2.3.3.3.2. Değerlendirme ve Görüşümüz

Nedensellik bağına kesilmesi için zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ya da mücbir sebebin aranacağı ve de ek kusurun nedensellik bağına kesilmesine engel olacağı yaklaşımlarının temelinde KTK m. 86 hükmü yer almaktadır. Kanaatimizce KTK m. 86'nın iki özelliği unutulmamalıdır: Birincisi, KTK m. 86, özel kanunda yer alan bir hükümdür. Türk Borçlar Kanununda bu tür bir sınırlamayı öngören bir hüküm bulunmamaktadır. İkincisi, KTK, tehlike sorumluluğuna ilişkin bir kanundur. Tehlike sorumluluğu, en ağır kusursuz sorumluluk hali olup gerek hukuka aykırılık unsuru gerek nedensellik bağı unsuru bakımından farklı özellikler arz eden bir sorumluluktur.

⁶¹⁵ **Baysal**, s. 173.

⁶¹⁶ **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 47. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §3, N. 158. Zarar görenin ağır kusurunun ya da üçüncü kişinin ağır kusurunun pratikte hemen her zaman nedensellik bağına keseceğini ancak ayırt etme gücünün bulunmaması durumunda sorumluluktan kurtarma işlevi gösteremeyeceğini ifade eden **Oftinger/Stark** da, zarar gören ya da üçüncü kişinin davranışının istisnai nitelikte de olsa, nedensellik bağına kesecek yoğunlukta olması durumunda ve böylelikle ilk sebeple zarar arasında uygun nedensellik bağına bulunmaması durumunun söz konusu olabileceğini kabul etmektedir.

⁶¹⁷ **Eren**, Uygun İlliyet, s. 200; **Altınok Ormancı**, s. 125.

Bir diğer deyişle, nedensellik bağının kesilmesi meselesi, tehlike sorumluluğunda özellik arz eder⁶¹⁸.

Koruma amacını yerine getirebilmesi için tehlike sorumluluğunda nedensellik bağının kesilmesinde daha fazla yoğunluk ve daha sıkı koşullar aranır⁶¹⁹. Kanaatimizce, tehlike sorumluluğunda nedensellik bağının kesilmesine ilişkin olarak iki husus önem arz etmektedir. Öncelikle özel kanunlarda öngörülen tehlike sorumluluğuna ilişkin her bir düzenlemede o düzenlemeye konu tehlike sorumluluğuna ilişkin olarak hangi sebeplerin nedensellik bağını kesebileceği özel olarak düzenlenmiştir⁶²⁰. Örneğin, KTK m. 86⁶²¹'da yer alan nedensellik bağını kesen sebepler zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebeptir. KTK'daki bu üç sebebin nedensellik bağı unsuru bakımından haksız fiilin tamamı için genel olarak geçerli olduğu, dolayısıyla bu üç sebebin nedensellik bağını kesen genel sebepler olduğu eskiden beri zikredilmektedir. Öte yandan TBK m. 71 ile getirilmiş olan genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinde hangi sebeplerin nedensellik bağını kesebileceğine ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hükümle getirilmiş olan genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinde hangi sebeplerin nedensellik bağını kesebileceği tartışmalıdır⁶²².

⁶¹⁸ Tehlike sorumluluğunda sadece nedensellik bağının kesilmesi değil, bizatihi nedensellik bağı da tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bkz. **Erişgin**, s. 137-154; **Yücel**, Özge, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014, s. 154 vd.; **Çekin**, Mesut Serdar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016, s. 217 vd.

⁶¹⁹ **Pelloni**, Giovanni, "Die Grobfahrlässigkeit- Bedeutung in der Schadenpraxis", HAVE 2002, (s. 262-275) s. 267.

⁶²⁰ Örneğin, 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu m. 137'de zarar görenin kusurlu fiilinin nedensellik bağını kesebileceği kabul edilmiştir.

⁶²¹ KTK m. 86'ya göre, "İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur."

⁶²² Doktrinde bir görüş zarar görenin ya da üçüncü kişinin yeterli yoğunluğa ulaşan ağır kusurlu fiillerinin tehlike sorumluluğunda nedensellik bağını kesebileceği yönündedir. Bkz. **Tiftik**, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005, s. 37 vd. **Yücel**, s. 167 vd. Baysal ise, tehlike sorumluluklarında zarar görenin fiilinin nedensellik bağını kesmesi için ayrıca kusurlu olmasına gerek olmadığı, çok zor da olsa zararın inhisari nedeni olmasının yeterli olduğunu savunmaktadır. Yazar mücbir sebebin tehlike sorumluluklarında sorumluluktan kurtarıcı etki doğurmayacağı kanaatindedir. **Baysal**, s. 275-276. Başoğlu'na göre de, tehlike sorumluluğunda mücbir sebebin nedensellik bağını keseceği kabul edilemez çünkü mücbir sebebin sorumluluğu kaldırıcı etkisi tehlike sorumluluğu ile bağdaşmaz. **Başoğlu**, Erman Armağanı, s. 172, dn. 38. Keller' e göre, nedensellik bağının kesildiğinden söz edebilmek için ilk sebebin niteliği ve gücü çok önemlidir; bazı işletme tehlikeleri o kadar büyüktür ki üçüncü kişi nedensellik bağını kesemez. **Keller**, s. 96. Roberto'ya göre ise, uygun nedensellik bağı teorisinin uygulanabilirliği belirsiz olup bu teorisinin tehlike sorumluluğunda uygulama alanı zaten sınırlıdır. Çünkü öngörülebilir işletme tehlikesi mevcut ise, objektif uygun

Kanaatimizce tehlike sorumluluklarının düzenlenme gerekçeleri ve cevap vermeye çalıştığı ihtiyaç düşünüldüğünde, tehlike sorumluluklarında nedensellik bağının kesilmesine ilişkin sınırlayıcı bu düzenlemeler tüm haksız fiil sorumluluğuna- hem kusur sorumluluğuna hem de kusursuz sorumluluk hallerine- teşmil edilmemelidir.

Nedensellik bağı objektif bir değerlendirme teşkil etmektedir. Bu nedenle kusur sorumluluğu ya da tehlike sorumluluğu dışındaki kusursuz sorumluluk hallerinde mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru nedensellik bağı evleviyetle kesebilir. Ancak zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusur derecesinde olmayan kusurlu fiilleri veya ayırt etme gücünden yoksun zarar gören ya da üçüncü kişinin fiili de nedensellik bağı kesebilir. Tehlike sorumluluklarına ilişkin olarak, özel düzenlemeye tabi tehlike sorumluluğu hallerinde sadece bu düzenlemelerde belirtilen sebeplerin nedensellik bağı kesebileceği/sorumluluktan kurtarıcı etki doğurabileceği kabul edilmelidir. Örneğin, KTK m. 86 uyarınca zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep, nedensellik bağı kesebilir. TBK m. 71’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğu düzenlemesi uyarınca tehlike sorumluluğunda nedensellik bağının kesilmesine ilişkin olarak yine genelleme yapmaktan kaçınmak gerektiği, tehlike sorumluluğu doğuran olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.3.3.3. Kusur ile Zarar Arasındaki İlişki

Haksız fiil sorumluluğunda tam tazmin ilkesi geçerli olup⁶²³ sorumluluğun doğumu için gereken koşulların mevcudiyeti halinde meydana gelen tüm zararların tazmin edilmesi esastır. Burada iki hususa dikkat çekmek gerekir: İlk olarak, haksız fiilde kusur sorumluluğunun doğumu için kusurun herhangi bir derecesi yeterli olup hafif ihmal dahi tam tazmin ilkesinin uygulanması neticesinde kural olarak zararın tamamının tazminini gerektirecektir. Bununla beraber, TBK m. 49/2 uyarınca ahlaka aykırı şekilde

nedensellik bağı her zaman mevcuttur. Yazara göre, tehlike sorumluluğunda belirleyici olan zararın öngörülebilirliği ya da istatistiksel olasılığı değil, ilgili işletme tipi ile bağlantılı tehlikedir. **Roberto**, N. 85.

⁶²³ TBK m. 49/İBK m. 41’de tam tazmin ilkesinin kabul edildiği yönünde bkz. YHGK E. 2012/4-107, K. 2012/326, T. 30.5.2012 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. **Merz**, Hans, Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, Klein, Frédéric-Edouard (ed.) Basel und Stuttgart 1973, s. 190; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 76; **Guhl/Koller**, §10 N. 72; **Werro**, Commentaire romand, art. 43, n. 11; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 63; **Baysal**, s. 326.

verilen zararların tazmin edilebilmesi için kusurun kasıt derecesinde olması aranır. İkinci olarak, kusurun derecesi tazmin edilecek zararın niteliği ve kapsamında bir değişikliğe sebebiyet vermez. Buna karşın sözleşme sorumluluğunda, sorumluluğun doğumu için belirli bir kusur derecesinin arandığı hükümler bulunduğu gibi⁶²⁴ kusurun varlık ve derecesinin tazmin edilecek zarar türleri bakımından değişiklik getirdiği hükümler⁶²⁵ bulunmaktadır. Buna karşın, haksız fiil sorumluluğunda kural tam tazmin ilkesi olup takip eden zararlarda sorumluluk doğup doğmayacağı meselesi de uygun nedensellik sorunudur⁶²⁶. Ancak doğaldır ki, kusur ne kadar ağırsa, sorumluluğun kapsamı da bir o kadar geniş olacaktır.

Esasen haksız fiil sorumluluğunda hangi zararların tazmin edileceğini hukuka aykırılık unsuru belirler⁶²⁷. Yukarıda açıklandığı üzere, hukuka aykırılık unsuruna ilişkin teoriler hangi zararların tazmine layık bulunduğu-özellikle de salt malvarlığı zararlarının tazmin edilip edilemeyeceğine- ilişkindir⁶²⁸. Hukuka aykırılık ve kusur unsurları arasındaki sınır belirsizleştikçe kusurun zarar unsuru ile ilişkisinin önem kazandığından söz edilebilir. Demek oluyor ki, kusurun derecesi tazmin edilecek zararın türü ve kapsamına etki etmez ancak tazminat miktarının belirlenmesine etkiler. Bununla beraber, kusurun yakın ilişki içinde bulunduğu haksız fiilin diğer unsurları olan hukuka aykırılık ve nedensellik bağı böyle bir etki doğurur.

2.2.3.3.3.4. Kusur ile Fiil Arasındaki İlişki

Fiil, insan davranışı anlamına gelip hem bir şey yapmayı ifade eden olumlu davranışı hem de bir şey yapmamayı ifade eden olumsuz davranışı kapsamaktadır⁶²⁹. Buna göre, kusurlu davranış yapma ya da yapmama biçiminde bir fiille gerçekleşebilir. Yapmama biçiminde bir fiilin kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için, failin, hukuken bir

⁶²⁴ Örneğin, TBK m. 294 uyarınca, bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmuş ise bağışlanana karşı sorumlu olur.

⁶²⁵ Örneğin, TBK m. 217 uyarınca satış sözleşmesinde tam zapt halinde kusurun mevcudiyeti tazmin edilecek zarar türleri bakımından etki doğurur.

⁶²⁶ **Widmer**, Fault, s. 287.

⁶²⁷ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/1, §16 N. 41.

⁶²⁸ Bkz. 2.2.2.3.1.

⁶²⁹ **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 18; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 538; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 13; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 371.

davranışta bulunma, bir diğer deyişle, yapma biçiminde bir fiil gerçekleştirme yükümlülüğü altında bulunması gerekir⁶³⁰. Zira kişinin yapması gerekeni yapmaması da bir fiil teşkil eder. Burada önemli olan husus, hukuk düzeninin yapmama biçimindeki fiili hukuka aykırı olarak nitelendirmesidir⁶³¹. İşte yapmama biçiminde bir fiilin hukuka aykırı olduğunun tespitinden sonra bu fiilin, aynı zamanda kusurlu bir diğer deyişle, kasıtlı ya da ihmali olup olmadığı değerlendirmesinde bulunulabilir. Kişi, yapma ödevinin mevcut olduğu bir durumda kasten ya da ihmalen hareketsiz kalarak yapmama biçiminde bir fiil gerçekleştirebilir.

Kusur-fiil ilişkisinde akla gelebilecek bir soru, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hareketlerinin fiil niteliği taşıyıp taşımayacağıdır. Bir görüşe göre, bir hareketin fiil olarak nitelendirilebilmesi için o davranışın irade ürünü olması aranır, örneğin refleks hareketler, bilinç kaybı esnasında ya da maddi cebir altında yapılan hareketler vücut hareketi olmakla beraber irade ürünü olmadığından hukuken insan davranışı sayılmazlar⁶³². *Eren*'e göre, iradeden yoksun davranış, beklenmedik durum teşkil eder⁶³³. Buna karşın *Larenz*'e göre, istemeyerek ve bilmeyerek yapılan bir vücut hareketi de fiil niteliğini taşıyacaktır. Hukuk alanındaki fiil kavramı ile felsefe alanındaki fiil kavramı örtüşmez. Felsefe alanında fiil kavramı, sadece belirli amaca yönelmiş ruhi davranış anlamına gelirken; hukuk alanında fiilden söz edebilmek için vücut hareketinin, iradenin hâkim olabileceği alan içinde bulunması yeterlidir⁶³⁴. Kanaatimizce ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hareketleri de ikinci görüş uyarınca fiil kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak bu kimselerin haksız fiil sorumluluğunun doğumu için ya kusur sorumluluğunun ya da kusursuz sorumluluk hallerinden birinin şartlarının mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Kusur sorumluluğunun doğumu için, kişinin davranışlarının sonuçlarını algılayabilme ve

⁶³⁰ **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 10, BGE 126 III 113; **Stark**, N. 235; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 13; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 371.

⁶³¹ Böyle bir hükme örnek olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” kenar başlıklı 98. maddesinde yer alan “yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmü verilebilir.

⁶³² **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 17; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 539.

⁶³³ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 539.

⁶³⁴ **Larenz**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.: I, Allgemeiner Teil, München und Berlin 1960, §65, I a. Aktaran: Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 16, dn. 52.

davranışlarını buna göre yönlendirebilme yeteneği anlamına gelen ayırt etme gücü arandığından ve ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin kusurundan söz edilemeyeceğinden kusur sorumlulukları doğmaz. Buna karşın, şartları varsa kanunda öngörülen kusursuz sorumluluk hallerinden biri mevcut olup bu kimselerin haksız fiil sorumlusu olmaları mümkündür. Zaten kusursuz sorumluluk hallerinden biri olan ve TBK m. 65'te düzenlenen ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hakkaniyet uyarınca sorumlu tutulabilmeleri için, haksız fiilin diğer unsurları olan fiil, hukuka aykırılık, nedensellik bağı ve zararın mevcut olması yeterli olup kusurlu olmaları aranmaz⁶³⁵.

2.3. KUSURUN BELİRLENMESİ

2.3.1. Genel Olarak

Kusurun tespit edilebilmesi için öncelikle kusurun ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekir. Bunun içinse kusurun unsurlarının incelenmesi gerekmektedir. Bu başlık altında öncelikle kusurun unsurları incelenecektir. Kusurun sübjektif ve objektif unsuru olmak üzere iki unsuru vardır. Kusurun sübjektif unsuru, kusur ehliyeti için gerekli olan ayırt etme gücünü ifade ederken; kusurun objektif unsuru soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapma anlamına gelmektedir. Sorumluluğun ve tazminatın belirlenmesi bakımından önemine binaen kusurun derecelerinin de incelenmesi gerekir. Bu amaçla, çeşitli kusur derecelendirmelerine yer verilerek, kasıt ve ihmal kavramları ile bunların alt dereceleri üzerinde özellikle durulacaktır.

2.3.2. Kusurun Unsurları

Katıldığımız objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca kusurun tespitinde ayırt etme gücüne sahip, fail ile aynı mesleği icra eden, aynı yer ve zamanda, aynı koşullar altında bulunan ortalama tipin sergileyeceği farazi davranış esas alınır. Bu tanım uyarınca failin sorumlu tutulması için ayırt etme gücüne sahip olması ve davranışının soyut ve ortalama tipin davranışından sapması gerekir. Bu bakımdan ayırt etme gücü kusurun

⁶³⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 430; Oğuzman/Öz, C.:II, s. 187.

sübjektif unsuru; soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapma ise kusurun objektif unsuru olarak ifade edilir⁶³⁶.

Ayırt etme gücünden yoksunluk söz konusu ise, bu durumda zaten kusurun sübjektif unsuru mevcut değildir. Böyle bir durumda, kusurun tespiti için ilk aşama olan ayırt etme gücünün varlığı bulunmadığından örnek davranışla kıyaslanma aşamasına geçilmeyecektir.

2.3.2.1. Kusurun Sübjektif Unsuru (Ayırt Etme Gücü)

2.3.2.1.1. Genel Olarak

Failin sorumlu tutulabilmesi için failinin kendisine yükletilebilmesi; bunun içinse fail ile fiil arasında sübjektif bir bağın kurulması, bir diğer deyişle kusur ehliyetinin bulunması gerekir. Kusur ehliyeti⁶³⁷, zarar ihtimalinin idrakini ve zarar veren veya tehlikeli davranıştan kaçınabilmeyi sağlayan irade gücünün mevcudiyeti anlamına gelir⁶³⁸. Kısacası, kusur ehliyeti, kişinin sorumlu tutulabilme hususunda ehil olup olmasını ifade eder. Kusur ehliyetinin bulunup bulunmadığı, failin ayırt etme gücüyle ilgilidir. İşte bu nedenle ayırt etme gücü, kusurun sübjektif unsurudur. Türk Medeni Kanunu 15. maddesinde “*Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.*” diyerek bir kimsenin kusur ehliyetinin bulunması için ayırt etme gücünün mevcut olması gerektiğini açıkça düzenlemiştir⁶³⁹. Katıldığımız objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca da, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin fiili, ona kusur olarak yükletilemez.

⁶³⁶ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §5, N. 40; **Müller**, *Handkommentar*, Art 41, N. 9. **Honsell/Isenring/Kessler**, §6, N. 4; **Huguenin**, N. 1974; **Schwenzer**, N. 22.03. YHGK E. 2003/11-756, K. 2003/743, T. 10.12.2003 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁶³⁷ *Deliktsfähigkeit* kavramını ifade etmek üzere Türk hukukunda çeşitli ifadeler kullanılmaktadır. Haksız fiil ehliyeti (**Saymen/Elbir**, s.403), sorumluluk ehliyeti (hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumluluk ehliyeti ifadesi için bkz. **Özsunay**, s. 77), kusur ehliyeti (**Schwarz**, *Borçlar Hukuku*, s. 115; **Tunçomağ**, s. 439; **Kaneti**, *Kusur*, s. 50) gibi. “Kusur ehliyeti” terimini tercih ediyoruz.

⁶³⁸ **Brehm**, *Berner Kommentar*, Art. 41, N. 180.

⁶³⁹ Yukarıda açıklandığı üzere objektif kusur görüşünün kabul edilerek uygulandığı Fransa’da failin kusurlu sayılması için ayırt etme gücü aranmaz iken; bizim kanun koyucumuz ayırt etme gücünün aranacağını açıkça ifade etmiştir. Bkz. 1.3.1.3.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseler Türk özel hukukundaki ehliyet gruplandırmaları bakımından tam ehliyetsiz olarak nitelendirilir. Tam ehliyetsiz kişinin ne hukuki işlem ehliyeti ne de kusur ehliyeti bulunmaktadır⁶⁴⁰. Diğer ehliyet gruplarının ise ayırt etme gücü bulunduğu için kusur ehliyetleri vardır. Demek ki sınırlı ehliyetsiz olarak nitelendirilen ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlıların da kusur ehliyeti bulunmaktadır. Bu durum, TMK m. 16/2’de “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.*” biçiminde açıkça ifade edilmiştir.

Öte yandan, kusursuz sorumlulukta kusur, sorumluluğun kurucu şartı olmadığından, sorumlu kişinin ayırt etme gücünü haiz olup olmadığına bakılmaksızın ilgili kusursuz sorumluluk tipi için aranan diğer şartların mevcudiyeti halinde sorumluluk doğar. Bu nedenle, kusurun aranmadığı kusursuz sorumluluk hallerinde kusur ehliyeti ve dolayısıyla ayırt etme gücü aranmaz.

2.3.2.1.2. Ayırt Etme Gücü Kavramı

Ayırt etme gücü, TMK m. 13’te olumsuz şekilde şöyle tanımlanmıştır: “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*” Ayırt etme gücü, failin kendi şahsı hakkında bilinç sahibi olması, hafızasının yerinde olması, kavramlar ve olaylar arasında irtibat kurabilmesi, bunlara dair değerlendirmede bulunabilmesi, zaman ve yer itibarıyla hareket tarzını, durum şartlarını dikkate alarak tayin edebilme gibi melekeleri ifade eder⁶⁴¹.

Kısaca ayırt etme gücü, olumlu şekilde, kişinin işlem ve fiillerinin niteliklerini ve sonuçlarını değerlendirip bu değerlendirme uyarınca davranabilme yeteneği olarak tanımlanabilir. Fiillerini idrak edip yönlendirebilme yeteneği olmayan kimselerin,

⁶⁴⁰ Ayırt etme gücü bulunmayanların haksız fiillerinden sorumlu tutulamayacağı kuralının istisnasını TBK m. 65’te düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu oluşturmaktadır.

⁶⁴¹ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 56.

fiillerini yönlendirememelerinden dolayı kınanmaları ve kusurlu sayılmaları mümkün değildir.

Kişinin işlem ve fiillerinin, bir diğer deyişle, davranışlarının kapsamını, niteliklerini ve sonuçlarını değerlendirebilme yeteneği, ayırt etme gücünün zihni unsuru; bu değerlendirme uyarınca davranışını yönlendirebilme ise ayırt etme gücünün iradi unsurudur⁶⁴². Buna göre zihni unsur/bilinç, bir kimsenin benlik bilincine sahip olması, davranışlarına esas teşkil eden saikleri doğru değerlendirebilmesi, kişinin belirli bir davranışının anlamını, yerindeliğini ve kapsamını makul bir biçimde değerlendirme yeteneğidir. İrade ise kişinin yapmış olduğu değerlendirmeye dayanarak özgürce hareket edebilmesi yeteneği biçiminde tanımlanmaktadır⁶⁴³. Ayırt etme gücünün varlığından söz edebilmek için kişinin belirli duruma ilişkin çeşitli hususlar arasında bir seçim yaparak bir karara varabilecek kudrette olması gerekmektedir⁶⁴⁴.

Unutulmaması gereken bir husus, ayırt etme gücünün nispi bir kavram olduğudur⁶⁴⁵. Failin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı her olay için ayrı değerlendirilir ve bu değerlendirme esnasında fiilin işlendiği sırada failin zihni olgunluğu, zarar veren fiilin niteliği ve arz ettiği tehlike gibi somut olayın özellikleri göz önünde tutulur. Dolayısıyla bir kimse için bir olay bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu, bir başka olay bakımındansa ayırt etme gücüne sahip olmadığı sonucuna varılması

⁶⁴² **Dähler**, Manfred, “Kind als Täter und Opfer – Das Verschulden bei der Haftungsbegründung, Schadenersatzbemessung und als Entlastungsgrund”, HAVE 2014, (s. 15-35) s. 21; **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 52; **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 12; **Huguenin**, N. 1989; **Werro**, Franz La responsabilité civile, Bern 2011, n. 272; **Fellmann/Kottmann**, N. 571; **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku C.: II Kişiler Hukuku, İstanbul 2016, s. 57 vd.; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 595-596.

⁶⁴³ **Aral**, s. 734; **Helvacı**, İlhan, “Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine”, İÜHFMD, Y.: 1997, C.: 55, S.: 4, (s. 145-171) s. 146, dn. 2-3.

⁶⁴⁴ **Helvacı**, s. 146, dn. 3.

⁶⁴⁵ **Pedrazzini**, Mario M./**Oberholzer**, Niklaus, Grundriss des Personenrechts, Bern 1993, s. 64; **Guhl/Koller**, §24 N. 42; **Schwenzer**, N. 22.06; **Honsell/Isenring/Kessler**, N. 8; **Huguenin**, N. 1990; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, N. 118; **Stark**, N. 497; **Roberto**, N. 241; **Werro**, La responsabilité civile, n. 275; **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 65; **Fellmann/Kottmann**, N. 573; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 180a; **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 52; **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 12; **Schwarz**, Borçlar Hukuku, s. 116; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 57; **Dural/Öğüz**, s. 60; **Akipek**, Jale/Akıntürk Turgut/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, s. 289; **Oğuzman M. Kemal/Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2015, s. 58; **Özsunay**, s. 76; **Koçhisarhoğlu**, Cengiz, “Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi”, AÜHFMD, Y.: 2004, C.: 53, S.: 4, (s. 1- 17) s. 15; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 596; **Helvacı**, s. 148; **Aral**, s. 738; **Tunçomağ**, s. 440; **Erdoğan**, 119; **Kaneti**, Kusur, s. 51; **Antalya**, s. 24.

mümkündür⁶⁴⁶. Failin ayırt etme gücünün araştırılacağı an ise haksız fiili işlediği andır⁶⁴⁷. Ayrıca Türk/İsviçre hukukunda bir kimsenin hangi yaştan itibaren ayırt etme gücüne sahip olacağına dair bir düzenleme bulunmadığından kusur ehliyetine ilişkin olarak bir yaş sınırı bulunmamaktadır⁶⁴⁸.

2.3.2.1.3. Ayırt Etme Gücünün Derecelendirilmesi Tartışması

İsviçre doktrininde ayırt etme gücünün derecelendirilip derecelendirilemeyeceğine ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre, kusur gibi, ayırt etme gücü de derecelendirilebilir⁶⁴⁹. Hem -yaşlarına göre- çocuklar hem de akıl hastaları günlük hayatın şartlarını az çok isabetli biçimde değerlendirip buna uygun davranışı seçebilir. Bu yazarlara göre, özellikler çocuklar düşünüldüğünde, kısmi bir kusur ehliyetinden söz etmek mümkündür ve buna göre kusurun derecesinin ve tazminatın belirlenmesi, haksız fiil failinin ayırt etme gücünün derecesine göre belirlenecektir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ayırt etme gücünün derecelendirilmesini kabul ettiği kararları mevcuttur⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 52; **Schwenzer**, N. 22.06. **Guhl/Koller**, §24 N. 42.

⁶⁴⁷ **Akipek/ Akıntürk/Ateş**, s. 289 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 60; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 596.

⁶⁴⁸ **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 12; **Helvacı**, s. 146, dn. 5. Yukarıda belirtildiği üzere, kusur ehliyeti için herhangi bir yaş sınırı öngörmeyen Türk/İsviçre hukukunun aksine, Alman hukukunda BGB §828 uyarınca, 7 yaşını doldurmuş küçükler haksız fiillerinden sorumlu olmazlar. Aynı hükmün ikinci fıkrası uyarınca 7 yaşını doldurmuş olan ancak 10 yaşını doldurmamış küçük, motorlu taşıt, demiryolu ya da asma demiryolunda bir başkasına kazaen verdiği zarardan sorumlu olmaz. Ancak hükmün metninden de anlaşılacağı üzere, kasten verilen bu tür zararlardan sorumluluk doğar. Bkz. 1.3.1.1.

⁶⁴⁹ **Bucher**, Eugen "Verschuldensfähigkeit und Verschulden" Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, hgg. im Auftrag der Juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen von Ernst Brem et al., Bern 1990, (s. 287-312) s. 312; **Stark**, N. 500; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, s. 224 N. 123; **Keller**, N. 118; **Werro**, La responsabilité civile, n. 276; **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 66; İsviçre'de hâkim görüş ve uygulama bu yöndedir. **Honsell/Isenring/Kessler**, N. 9. Türk hukukunda bu görüşte bkz. **Antalya**, s. 25.

⁶⁵⁰ Diana Regotz Kararı: İsviçre Federal Mahkemesi, bu kararda okula yetişmek için karşıdan karşıya geçerken arabanın önüne fırlayan bir çocuğun ayırt etme gücünün kısmi (*verminderte Urteilsfähigkeit*) olduğunu belirterek derecelendirmeyi kabul etmiştir. BGE 102 II 363/368: "Ayırt etme gücüne sahip kişi kural olarak kusur ehliyetine sahiptir ve bunun aksi de geçerlidir. Buna karşın, haksız fiilin sonuçlarının değerlendirilmesinde, sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde kullanılan kusurun derecesi gibi ayırt etme gücünün ölçüsü de dikkate alınır." Karar Brehm'den alınmıştır. **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 181a.

Bizim de katıldığımız, ayırt etme gücünün derecelendirilmesini reddeden görüşe göre⁶⁵¹, söz konusu fiilde ayırt etme gücü ya vardır ya da yoktur. Ayırt etme gücünün herhangi bir ara derecesi bulunmamaktadır. Ayırt etme gücünün varlığının kabulü halinde tazminatta indirim, kusur derecesine göre yapılacaktır.

Ayırt etme gücünün derecelendirilmesi ile varılacak sonuçlara hâlihazırda yapılmakta olan kusur ve özellikle ihmal derecelendirilmesi ile zaten varılabilmektedir. Üstelik ayırt etme gücünün derecelendirilebileceğini savunan yazarlar da böyle bir derecelendirmenin haksız fiil sorumluluğunda söz konusu olabileceğini, hukuki işlemlerde ayırt etme gücünün ya varlığından ya da yokluğundan bahsedilebileceğini kabul ederler⁶⁵². Halbuki ayırt etme gücü, fiil ehliyetinin temeli olduğundan sorumluluğun türüne göre farklı ayırt etme gücü değerlendirmesine varılması gereksiz karışıklıklara yol açabilecektir. Buna göre, ayırt etme gücü “*ya var ya da yok*” biçiminde tespit edilecek, ardından kusurun ağırlığı belirlenerek gerekirse tazminatta indirime gidilecektir. Bütün bu nedenlerle, ayırt etme gücüne ilişkin olarak böyle kategorik bir farklılaştırma hem gereksiz hem de isabetsizdir.

Ayırt etme gücünün derecelendirilebilir olup olmadığına ilişkin tartışma, esasen sorumluluk hukukunda büyük bir önem taşımamaktadır zira iki görüş arasında pratikte bir fark bulunmamaktadır⁶⁵³. Her halükârda mahkeme, hafif kusuru tazminatta indirim sebebi olarak kabul edebilir. Önemli olan, tazminatın takdirinde her iki etkenin iki farklı indirim sebebi olarak kümülatif şekilde dikkate alınmaması gerektiğidir⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ **Huguenin**, N. 1996; **Guhl/Koller**, §24 N. 44; **Merz**, Hans, ZBJV 1978, s. 134-136. Aktaran: Bucher, s. 291; **Wessner**, Pierre, SJZ 1983 333-338. Aktaran: Bucher, s. 291. Merz ve Wessner, ayırt etme gücünün derecelendirilmesi suretiyle ayırt etme gücü ve kusur kavramlarının karıştırıldığı kanaatindedir. Koçhisarlıoğlu da, ayırt etme gücünün derecelendirilmesi önerisini, objektifleştirilmiş kusur anlayışı benimsenmiş iken, kusurun sübjektifleştirilmesine dönüleceği anlamına geleceği gerekçesiyle eleştirmekte (Bkz. **Koçhisarlıoğlu**, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 7 vd.) ve bu gücün derecelendirilmesinin terim düzleminde bile bir çelişkiyi ifade ettiğini belirtmektedir (**Koçhisarlıoğlu**, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 15). Derecelendirme yaklaşımının detaylı incelemesi ve eleştirisi için bkz. **Koçhisarlıoğlu**, Kusur İşleme Ehliyeti, C.: 53, S.: 4, s. 1- 17.

⁶⁵² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, N. 118, dn. 140. Bunun sebebinin, hukuki işlemlerin akıbetinin ya geçerli ya da geçersiz olacağı, ama haksız fiillerde farklı derecelerde hukuki etkinin doğması, tazminatta indirim yapılması imkânının bulunması olduğu yönünde bkz. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 86; **Bucher**, Eugen/**Aebi-Müller**, Regina E., Berner Kommentar, 2017, Art. 16 ZGB, N. 7.

⁶⁵³ **Schwenzer**, N. 22.09; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 181b.

⁶⁵⁴ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 181b. Her iki unsur da etkileşim içindedir- kısmi ayırt etme gücü, hafif kusura yol açar- ancak bunlar birbirine eklenebilir nitelikte değildir.

2.3.2.1.4. Ayırt Etme Gücü Karinesi ve Çocuklarda Ayırt Etme Gücü

Türk/İsviçre hukukunda erişkinler için ayırt etme gücünün varlığı karinesi bulunmaktadır⁶⁵⁵. Haksız fiil iddiasında bulunabilmek için zarar görenin failin kusurunu ispatlaması gerekmektedir. Failin kusurunun bir unsuru da ayırt etme gücüdür. Ancak erişkinler için ayırt etme gücüne sahip oldukları yönünde bir karine mevcut olduğundan zarar görenin ayrıca failin ayırt etme gücüne sahip olduğunu ispatlaması da aranmaz. Bu noktada fail ayırt etme gücünden sürekli şekilde yoksun ise bu durumu; geçici şekilde yoksun ise ayırt etme gücünü kendi kusuruyla kaybetmediğini ispatlaması gerekmektedir.

Küçükler, akıl hastaları ve akıl zayıflarına ilişkin olarak ayırt etme gücünün varlığı bakımından nasıl bir ispat kuralının söz konusu olduğuna gelince; öncelikle, akıl hastaları ve akıl zayıflarına ilişkin olarak, bu kişilerin ayırt etme gücünden yoksun olduğuna dair ayırt etme gücünün bulunmadığı yönünde kanunda bir adi karine kabul edilmiştir⁶⁵⁶. Bu kimselerin akıl hastası veya akıl zayıf olduklarını ispat etmeleri durumunda ayırt etme güçlerinin bulunmadığına ilişkin karine devreye girecektir, bu kimselerin ayırt etme gücünün bulunduğunu, bunu iddia edenin ispatlaması gerekir.

Çocuklara ilişkin olarak, bu soruya kategorik bir cevap vermek mümkün değildir. Türk/İsviçre sorumluluk hukukunda çocukların hangi yaşta ayırt etme gücüne sahip olduklarına ilişkin bir yaş sınırı öngörülmemiştir. Burada söz konusu durumun makul bir davranış için gerektirdiği şartlar ile ilgili çocuğun yaş, tecrübe ve benzeri bakımdan gelişimi önem arz eder⁶⁵⁷. Bu nedenle her bir olayda tüm koşullar dikkate alınmak suretiyle ayırt etme gücü belirlenmelidir. Kibritle oynamak ya da araba kaportalarının çizilmesi gibi basit yasakların ihlaline ilişkin ayırt etme gücü, çocuğun gelişimine bağlı olarak okul çağında ya da bu çağdan önce bile mevcut olabilir⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 52; **Huguenin**, N. 1991; **Dähler**, s. 25. Ayırt etme gücünün varlığına ilişkin bu karine kanunda düzenlenmiş değildir. Bu karine, hayat tecrübelerinden kaynaklanıp karinenin geçerliği hayat tecrübeleriyle sınırlıdır. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 769.

⁶⁵⁶ **Nart**, s. 39.

⁶⁵⁷ **Keller**, N. 117.

⁶⁵⁸ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 182; **Honsell/Isenring/Kessler**, §6, N. 11.

Bununla beraber, aynı yaştaki küçüklerin normalde haiz olacağı ayırt etme gücünün varlığı karineten kabul edilir⁶⁵⁹. Aksi durumu, bir diğer deyişle, normalde o yaştaki bir küçüğün sahip olmayacağı ayırt etme gücüne fail küçüğün sahip olduğunu, zarar gören ispat yükü altındadır. Ancak çocuk ne kadar küçükse ayırt etme gücü karinesi de o kadar zayıflar ve hatta ortadan kalkar⁶⁶⁰. Çocuk ne kadar küçük olursa tecrübesizliğinden ve olgun olmadığından dolayı yetişkinler için geçerli olan kıstaslara göre kendisine kusur isnadında bulunulması ihtimali o kadar azdır. Çocuklara ilişkin olarak ayırt etme gücü sadece tehlikeleri algılama ve tanıma anlamına gelmez; aynı zamanda buna uygun davranma yetisi ve gücü anlamına da gelir⁶⁶¹.

Çocuklar için ortalama gelişimleri dikkate alınarak buna uygun olarak yaş grupları oluşturulmuştur⁶⁶². Ancak bu gruplandırma belirleyici olmayıp ayırt etme gücü değerlendirmesine esas teşkil eden husus yaş değil, her zaman kişinin somut yetenekleridir⁶⁶³. Bu yaş grupları bağlayıcı olmamakla beraber gösterge niteliğindedir. Okul çağına gelmemiş çocukların ayırt etme gücü nadiren kabul edilir⁶⁶⁴. Ayırt etme gücünün derecelendirilmesini kabul edilen yazarlarca 7/8 ile 14 yaş arası çocuklarınsa kısmi ayırt etme gücünün bulunduğu kabul edilir⁶⁶⁵. 14 ila 16 yaş arasındaki çocuklar basit meselelere ilişkin olarak büyük ölçüde erişkinler gibi muamele görür⁶⁶⁶.

12 yaşında bir faile ilişkin olarak Federal Mahkeme, eğer haksız fiil anında, davranışının tehlikeliliğinin ayırında olabilecek durumda ise, çocuğun haksız fiilden sorumlu olacağını, çocuğun akla gelebilecek bütün sonuçları gözden geçirebilecek durumda olmasının gerekli olmadığını bir zarara sebebiyet verme ihtimalinin farkında olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir⁶⁶⁷.

⁶⁵⁹ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 41, N. 52.

⁶⁶⁰ **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 12; **Kaneti**, Kusur, s. 51.

⁶⁶¹ **Keller**, N. 117.

⁶⁶² **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 52.

⁶⁶³ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 52 (BGE 123 III 06, 313).

⁶⁶⁴ **Schwenzer**, N. 22.08. Schwenzer 12 yaşından büyük çocukların ayırt etme gücünün içtihadta hemen hemen her zaman kabul edildiğini ifade etmektedir.

⁶⁶⁵ **Bucher/Aebi-Müller**, Berner Kommentar, Art. 16, N. 146.

⁶⁶⁶ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 52.

⁶⁶⁷ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 180.

Ayrıca Federal Mahkeme bir başka kararında 12 yaşındaki bir erkek öğrencinin yüksek gerilim direğinin contasını gevşetmesinden dolayı daha sonra direğin fırtınada devrilmesinde öğrencinin ayırt etme gücüne sahip olduğunu kabul etmiştir (BGE 90 II 9/12)⁶⁶⁸.

Ayırt etme gücünün varlığının tespiti, tam tazminat yükümlülüğü anlamına gelmez. Ayırt etme gücünün varlığının yanı sıra kusurun diğer unsuru olan soyut ve örnek davranıştan sapmanın incelenmesi ve kusur derecesinin tespit edilmesi gerekir. Özellikle çocukların zarar veren pozisyonunda bulunduğu durumlarda mahkemeler, hafif kusur nedeniyle tazminatta indirim yapma eğilimindedir⁶⁶⁹.

2.3.2.1.5. Ayırt Etme Gücünden Geçici Yoksunluk

TBK m. 59 uyarınca, “*Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.*” Buna göre TBK m. 59’da ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenin aleyhine kusur karinesi kabul edilmiştir⁶⁷⁰. Eski Borçlar Kanununun bu hükmü karşılayan m. 54/2 hükmü şu şekildeydi: “*Temyiz kudretini muvakkaten ızaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki, kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat eder ise mesul olmaz.*” Ancak eBK zamanında “*kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğu*” ibaresi ayırt etme gücünden yoksun kişinin kusurundan söz edilemeyeceğinden bahisle eleştirilmekte idi. Bu nedenle bu hükmün mehz İsviçre Borçlar Kanunu ve şimdiki Borçlar Kanunumuzda olduğu üzere, “*kendi kusuru olmaksızın ayırt etme gücünü kaybetmiş olduğunu ispat ederse sorumlu olmaz*” biçiminde anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktaydı⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 187.

⁶⁶⁹ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 183a.

⁶⁷⁰ **Fellmann/Kottmann**, N. 583; **Saymen/Elbir**, s. 405; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 60; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 154; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 63.

⁶⁷¹ **Schwarz**, Borçlar Hukuku, s. 118; **Saymen/Elbir**, s. 406, dn. 47; **İnan**, s. 285; **Aral**, s. 741; **Helvacı**, s. 165; **Erdoğan**, s. 122.

Kişinin ayırt etme gücünü kendi kusuruyla kaybetmemesinin arandığı bu durumda kişinin kusurunun, sübjektif mi yoksa objektifleştirilmiş ölçüye göre mi belirleneceğine gelince, kanaatimizce objektifleştirilmiş ölçüye başvurulacaktır. Örneğin, aldığı ilaç kutusu üzerindeki uyarıyı fark etmeksizin ayırt etme gücünü geçici olarak yitiren ve araç kullanırken kazaya sebebiyet veren kişinin ayırt etme gücünden yoksunluğa ilişkin savunması, aynı koşullar altındaki soyut ve ortalama kişinin, bu uyarıyı fark etmesinin gerekip gerekmediği sorusunun cevabına göre kabul edilebilecektir⁶⁷². Kısacası ayırt etme gücünü geçici olarak yitiren kişi iki hususu ispatlamalıdır. Bunlardan ilki, fiil anında ayırt etme gücünün bulunmadığı; ikincisi ise anında ayırt etme gücünü yitirmesinin kendi kusuru olmaksızın gerçekleştiğidir.

2.3.2.2. Kusurun Objektif Unsuru

2.3.2.2.1. Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği üzere, katıldığımız teori olan objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca kusurun objektif unsurunu, failin davranışının soyut bir tipin davranışından sapma oluşturur⁶⁷³. Failin kıyaslanacağı davranış, bizim deyişimizle “soyut ve ortalama tipin örnek davranışı”dır. Buna verilen klasik örnek, fail bir tamirci ise, özenli bir tamirci ile laboratuvarında deney yapan bir kimyacı ise yine aynı durumdaki özenli bir kimyacı ile kıyaslanacak olmasıdır.

Kusurun tespiti, haksız fiilin meydana gelmesinden önce mevcut olan şartlara göre yapılmalıdır (*ex ante* değerlendirme)⁶⁷⁴. Zira herkes kazadan sonra daha akıllıdır. Buna göre, daha sonradan değerlendirildiğinde engellenebilir olduğu anlaşılan bir olayın ve zararın meydana gelmiş olması, tek başına, bahsi geçen davranışın kusurlu olduğu anlamına gelmez. Buna göre, failin davranışının örnek davranıştan saptığı ve kusurlu olduğu tespiti, hâkim tarafından daha sonradan içinde bulunulan fiili koşullara göre yapılmaz. Kusur tespitinde asıl belirleyici olan, belirli bir anda bir eylemde bulunmak

⁶⁷² **Graziano**, s. 1056, N. 3.

⁶⁷³ YHGK E. 2003/11-756, K. 2003/743, T. 10.12.2003 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. Bkz.1.4.4.

⁶⁷⁴ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 175a.

ya da bulunmamak biçiminde karar vermek suretiyle harekete geçmesi gereken makul failin durumla ilgili ne düşünmesi ve nasıl herekte geçmesi gerektiğidir. Zira bir faaliyeti gerçekleştiren kişilerden ne aşırı bir dikkat ne de bir faaliyete girişmek isteyenlerin endişeye kapılıp bu faaliyetten vazgeçmesi istenir⁶⁷⁵.

Kusurun belirlenmesine ilişkin kıstas yukarıdaki gibi genel bir biçimde ifade edilmektedir. Bununla beraber, soyut ve ortalama tipin örnek davranışını belirlemede tam olarak hangi hususların göz önünde bulundurulacağını net bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

2.3.2.2.2. Örnek Davranışın Belirlenmesinde Başvurulacak Kıstaslar

2.3.2.2.2.1. Örnek Davranışın Belirlenmesinde Başvurulacak Ana Kıstaslar

2.3.2.2.2.1.1. Dışsal Kıstaslar

Örnek davranışın belirlenmesinde öncelikle dışsal kıstaslar göz önünde bulundurulur. Dışsal kıstasların belirlenmesinde doktrinde ve yargı kararlarında yer verilen kıstasların yanı sıra Avrupa ülkelerinde başvuru kıstaslarının ve özellikle karşılaştırmalı haksız fiil hukukunun önemli bir çalışması olan, Avrupa'nın uzman haksız fiil hukukçularının uzun yıllar üzerinde çalışarak biçim verdikleri Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri - PETL'de yer alan kıstasların da dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, failin davranışının kusurlu olup olmadığını belirlemede kullanılacak soyut ve ortalama tipin örnek davranışının tespitinde başvurulacak başlıca dışsal kıstaslar şunlardır:

- olayın gerçekleştiği yer ve zaman (zamansal ve mekânsal koşullar)
- faaliyetin türü, özellikle faaliyetin tehlikeliliği
- faaliyette bulunan kişinin sahip olması gereken uzmanlık
- ilgililer arasındaki ilişkinin yakınlığı ya da aralarındaki özel güven
- zararın meydana gelmemesi için önleyici ya da alternatif yöntemlerin mevcut olup olmadığı ve bu yöntemlerin maliyeti

⁶⁷⁵ İmre, s. 29.

Bu noktada vurgulanması gereken en önemli husus, örnek davranışı belirlemede, hiçbir kıstasın tek başına belirleyici olmadığı, kıstasların (yer, zaman, yaş vd.) hepsinin bir arada ve her bir kıstasın bir diğeri ile olan ilişkisi göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiğidir.

2.3.2.2.2.1.1.1. Zamansal ve Mekânsal Koşullar

Örnek davranışın tespitinde, öncelikle olayın gerçekleştiği yer ve zaman (zamansal ve mekânsal koşullar) dikkate alınır⁶⁷⁶. Örneğin taşıt kullanılan yerin şehirlerarası yol mu yoksa dar bir sokak mı ya da gündüz mü yoksa gece mi taşıt kullanıldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, söz konusu zamansal ve mekânsal koşullar altında kendisinden beklenebilecek özeni göstermeyen fail kusurlu addedilebilir.

2.3.2.2.2.1.1.2. Faaliyetin Türü

Gerçekleştirilen faaliyetin türü de örnek davranışın belirlenmesinde önemli rol oynar. Gerçekleştirilen faaliyet ne kadar zor, tehlikeli veya yararsız ise failin göstermesi gereken özen derecesi o kadar yüksektir zira bir başkasına zarar verme tehlikesi arttıkça beklenen özen derecesi de artar⁶⁷⁷. Örneğin, patlayıcı maddelerle uğraşan kişilerin yürüttükleri iş başkalarını zarara uğratma konusunda büyük risk taşıdığı için bu kimselerin daha çok özen göstermeleri gerekmektedir. Ayrıca tehlikenin derecesi ile uyarının ciddiyeti arasında bir ölçülülük bulunmalıdır. Tehlike ne kadar fazlaysa, o kadar ciddi şekilde uyarı yapılmalıdır.

2.3.2.2.2.1.1.3. Faaliyette Bulunan Kişinin Sahip Olması Gereken

Uzmanlık

Aynı kural gerçekleştirilen faaliyetin nitelikli bir faaliyet olması durumunda da geçerlidir. Nitelik ve uzmanlık gerektiren mesleklerin icrasında gösterilmesi gereken

⁶⁷⁶ Keller, N. 119.

⁶⁷⁷ Koziol, Fault, N. 5; Kessler, Basler Kommentar, Art 41, N. 48a; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 53; Eren, Borçlar Hukuku, s. 600.

özen derecesi daha yüksektir. Bu noktada hekimlik, avukatlık, noterlik ve mimarlık meslekleri akla gelir. Bir kimsenin yetenek ve niteliklerini fazla görerek ya da göstererek hareket etmesi veya bir işi üstlenmesi bizatihi kusurlu davranış –üstlenme kusuru-teşkil eder⁶⁷⁸. Bu durumda kişi, uzman kıstasına tabii olacaktır. Ancak belirli bir nitelik gerektiren işin hangi şartlar altında üstlenildiği de önemlidir. Örneğin çıkan yangını söndürmede görev alan profesyonel itfaiyeci ile itfaiye gönüllüsü farklı kıstaslara tabi olacaktır.

2.3.2.2.2.1.1.4. İlgililer Arasındaki İlişkinin Yakınlığı

İlgililer arasındaki ilişkinin yakınlığı ya da aralarındaki özel güven de kusurun tespitinde dikkate alınacak kıstaslar biridir. Zira fail ile zarar gören arasındaki özel bir ilişkinin mevcudiyeti, failin göstermesi gereken özen derecesini arttırır.

2.3.2.2.2.1.1.5. Önleyici ya da Alternatif Yöntemler

Zararın meydana gelmemesi için alternatif davranışın ya da önlemlerin fayda/maliyet oranı da örnek davranışın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer tüm faktörler gibi önlemlerin makul olup olmadığına ilişkin olarak da kategorik bir cevap vermek mümkün değildir. Bu hususta, teknik olarak elverişli alternatif tedbirlerin neler olduğu ve bunların maliyeti, failin gerçekleştirdiği faaliyetin değeri ve potansiyel zararın büyüklüğü incelenir⁶⁷⁹. Bu değerlendirmede, ihlal edilen değer ne olduğu çok önemli olup özellikle vücut bütünlüğüne zarar verilmesi durumunda bu tespit için çok dikkatli olunmalıdır. Ayrıca önlemlerin maliyeti dikkate alınırken aynı zamanda potansiyel zarar görenlerin kendileri için alacakları önlemlere dair failin meşru beklentisi de nazara alınır.

⁶⁷⁸ **Huguenin**, N. 1982; **Brehm**, Berner Kommentar Art. 41, N. 171; **Kötz/Wagner**, N.117; **Winiger**, **Bénédict/Campi**, **Arnaud/Duret**, **Caroline/Retamozo**, *Jaliya, Digest of European Tort Law Vol.3: Essential Cases of Misconduct* (eds. Oliphant, Ken/Karner, Ernst/Winiger, Benedict), Berlin 2018, s. 838, N. 19.

⁶⁷⁹ **Graziano**, s. 617, N. 7.

2.3.2.2.2.1.2. İçsel Kıstaslar

Kusurun belirlenmesinde esas alınacak örnek davranışın tespitinde başvurulacak dışsal kıstasların yanında failin herhangi bir özelliğinin ya da özelliklerinin dikkate alınıp alınmayacağına gelince, failin kişisel özelliklerinin kusurun tespitinde dikkate alınıp alınmayacağı doktrinde tartışmalıdır. *Werro*'ya göre, objektifleştirilmiş kusur görüşü çerçevesinde ayırt etme gücü dışındaki sübjektif özelliklerin dikkate alınması halinde fail niteliksiz ise zarar gören dezavantajlı, fail üstün nitelikli ise zarar gören avantajlı durumda bulunacaktır. Bu sonuç ise zararın tazmini amacını güden haksız fiil sorumluluğunda kabul edilemez⁶⁸⁰

Kanaatimizce örnek davranışın tespitinde dikkate alınacak olan failin özellikleri hususunda dikkatli davranılmalıdır. Bize göre, failin egemen olamayacağı gerek fiziksel gerek zihinsel özellikleri ile failin sahip olduğu uzmanlığı, örnek davranışın belirlenmesinde dikkate alınır. Buna göre, kişinin yaşı, hastalığı, fiziksel engeli, mesleki uzmanlığı gibi özellikleri ortalama tipin ve dolayısıyla örnek davranışın belirlenmesinde dikkate alınır.

Yukarıda belirtildiği üzere, faaliyetin niteliği örnek davranışın belirlenmesinde zaten dikkate alınacaktır. Özel bir beceri ya da bilgi gerektiren bir faaliyet gerçekleştiren kimse, gerekli niteliklere sahip olmalıdır. Buna paralel olarak, failin özel bilgi ve beceri sahibi olması, bir uzmanlığı bulunması durumunda bu husus da örnek davranışın tespitinde dikkate alınır. Uzman, hususi olarak daha yüksek bir özen göstermekle yükümlüdür. Ayrıca bir kimsenin uzman olup olmaması bir yana, bir uzmanın

⁶⁸⁰ **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 59. *Werro*'ya göre de, kusurun objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönü bulunup (n. 60) sübjektif kusur, failin özen yükümlülüğüne riayet etmemek için ayırt etme gücünü kullanmaması anlamına gelirken (n. 63); objektif kusur, failin içinde bulunduğu koşullar, yer ve zamanda kendisinden makul olarak beklenebilen özenin ihlalidir (n. 61). Bu çerçevede kusurun belirlenmesinde ayırt etme gücü dışında faile ilişkin hiçbir sübjektif özellik dikkate alınmayacak ancak zarara yol açan olayın özellikleri, tehlikenin meydana gelme olasılığı ve tehlikenin ağırlığı, fail tarafından alınabilecek önlemlerin mevcudiyeti ve maliyeti, güvenliği sağlamak üzere konulan kurallar dikkate alınacaktır (n. 61). Kusur ayrımlarını yaparken objektif kusur görüşünde ayırt etme gücünün aranmadığını belirttiğimizden *Werro*'yu objektifleştirilmiş kusur taraftarı olarak nitelendiriyor ancak ayırt etme gücünün varlığı dışında faile ilişkin hiçbir sübjektif özelliğin dikkate alınmaması gerektiğini savunması nedeniyle objektifleştirilmiş kusurun diğer taraftarlarından ayrıldığını belirtiyoruz.

gerçekleştirdiği faaliyeti üstlenip üstlenmemiş olması da belirleyici olabilir. Bu durumda kişi, uzman kıstasına tabii olacaktır.

Örnek davranışın belirlenmesinde failin yaş, fiziksel engel ve zihinsel engel gibi diğer kişisel özelliklerinin nazara alınması noktasında dikkat edilmesi gereken birkaç husus vardır:

Kişinin örnek davranışı sergilemesine engel teşkil eden zihinsel ya da fiziksel yeteneksizliğinin bir mazeret olarak kabul edilebilmesi için bu durumun failin kendi davranışından kaynaklanmaması gerekir⁶⁸¹. Fail, kişisel engeli nedeniyle gerekli özeni gösteremediğini, bu engel tamamıyla öngörülemez ve önlenemez olmadığı sürece ileri süremez⁶⁸². Örneğin, araç sürücüsü, görme yeteneğine ilişkin yetersizliğinin farkında olması gereken bir durumda ise, bu durumu mazeret olarak ileri süremez. Aynı kural, yaş ve yaşlılık için de geçerlidir. Demek ki, failin kişisel özelliklerini, varsa engellerini, nazara alarak hareket etmesi gerekmektedir. Zira bir kimsenin bir faaliyeti ya da işi gereği gibi yürütmek için gerekli niteliklere sahip olmamasına rağmen üstlenmesi, bizatihi kusur teşkil eder.

Eğer fail fiziksel engelli bir kimse ise ve bir faaliyeti gerçekleştirdiği takdirde başkalarına zarar verme ihtimali bulunduğunu göz önünde bulundurması gereken bir durumda ise, bu hususu dikkate alarak gerekli özeni göstermelidir. Eğer engeli bu faaliyeti gerekli özeni göstererek gerçekleştirmesine engel olacak nitelikteyse, bu faaliyeti gerçekleştirmekten imtina etmek zorundadır⁶⁸³. Örneğin, bir süredir sağlık problemi yaşayan failin araba kullanırken bayılması durumunda bayılma riskinin öngörülebilir olup olmadığına bakılarak kusurlu olup olmadığı belirlenir. Bu bakımdan bir kimse gerektiği halde örneğin araç kullanmaktan kaçınmazsa kusurlu addedilecektir. Buna göre, failin kusurunun tespitinde salt sübjektif sebepler-mazeretler- dikkate alınmaz. Dikkate alınmayacak bu sübjektif özelliklere örnek olarak alışkanlıklar,

⁶⁸¹ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 178a.

⁶⁸² **Kötz/Wagner**, N.119; **Magnus**, Ulrich, Digest of European Tort Law Vol.3: Essential Cases of Misconduct (eds. Oliphant, Ken/Karner, Ernst/Winiger, Benedict), Berlin 2018, s. 948, N. 4.

⁶⁸³ **Graziano**, s. 968, N. 4.

bilgisizlik, deneyimsizlik, karakter farklılığı, yorgunluk, dalgınlık, stres, eksik bilgi, unutkanlık, özel ya da mesleki kaygılar verilebilir⁶⁸⁴.

Deneyimsizliğin ya da yeteneksizliğin kusurun değerlendirilmesinde dikkate alınmasının mümkün olup olmadığına gelince, esasen, deneyimsizlik ya da yeteneksizlik mazeret olarak kabul edilmez. Ancak bir faaliyetin gönüllü olarak üstlenilmesi ile aciliyet nedeniyle üstlenilmesi farklıdır. Somut olayın koşullarında bir iş aciliyet nedeniyle üstlenildiği zaman deneyimsizlik ileri sürülebilir. Örneğin, yardım etme aciliyetinin bulunduğu bir durumda itfaiye gönüllüsü kişi, profesyonel itfaiyeci ile aynı kıstasa tabi olmayacaktır. Veyahut 60 saat çalıştıktan sonra eve giderken yoldaki kazayı gören genç asistan doktorun yaralıya yardım ederken hata yapması durumunda kusurunun belirlenmesinde deneyimsizliğin dikkate alınıp alınmayacağı değerlendirilebilir. Esasen deneyimsizlik mazeret olarak kabul edilemez ancak somut olayın koşullarında yardımcı olabilecek kimsenin bulunmaması ve yardım etme aciliyeti nedeniyle deneyimsizlik mazeret olarak kabul edilebilir⁶⁸⁵.

Soyut ve ortalama tipin davranışının belirlenmesinde yaşın oynayacağı role ilişkin olarak, öncelikle hatırlatalım ki, kusur ehliyetinden söz edebilmek için ayırt etme gücünün mevcut olması gerekmektedir. Çocuklar söz konusu olduğunda, o yaş gurubundaki çocukların sahip olduğu ayırt etme gücünün mevcudiyeti karineten kabul edilir. Ancak bunun aksini ayırt etme gücüne sahip olmadığını ileri süren çocuk ispat edecektir. Örnek davranışın belirlenmesinde yaşın etkisine gelince, yaş küçüklüğü dikkate alınır. Soyut ve ortalama tip belirlenirken failin yaşı hesaba katılır.

Doktrinde bir görüşe göre, kusurun varlığını ve kusurun ağırlığını belirlemede yaş önemli bir rol oynar. Objektif olarak değerlendirildiğinde ağır kusur teşkil edecek bir

⁶⁸⁴ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §5, N. 84; **Müller**, *Handkommentar*, Art. 41, N. 11; **Brehm**, *Berner Kommentar*, Art. 41, N. 178; **Kessler**, *Basler Kommentar*, Art 41, N. 48a (BGE 88 II 448, 453; BGE 137 III 539, 544.); **Eren**, *Borçlar Hukuku*, s. 600; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 52. Şoförün hastanedeki karısının ölüm tehlikesi altında olmasından dolayı acı duyarak dikkatini toplayacak durumda olmaması ve kazaya sebebiyet vermesi durumunda ihmal mevcuttur. Örnek için bkz. **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 52. Doktrinde mazeret olarak kabul edilmeyen diğer kişisel sebeplere verilen örnekler şunlardır: baş ağrısı, migren, işverenle ya da eşle kavga, aşırı iş yükü. **Honsell/Isenring/Kessler**, §6, N. 18.

⁶⁸⁵ Aynı görüşte bkz. **Graziano**, s. 1080, N. 5; **Widmer**, *Commentary*, s. 80, N. 16.

davranış, çocuklar söz konusu olduğunda erişkinlere göre daha hafif değerlendirilir ve çocuklar erişkinlere göre subjektif olarak daha mazur görülebilir durumdadır⁶⁸⁶. Kanaatimizce, elbette çocuklar yaş küçüklüğü nedeniyle bu durumları dikkate alınmak suretiyle kusur değerlendirmesine tabi tutulmalıdır. Bununla beraber bu durum, kusura ilişkin olarak belirlemiş olduğumuz prensiplerden ayrılmayı gerektirmediği gibi böyle bir izlenime kapılmaya da gerek bulunmamaktadır. Fiiliyatta, erişkin bir kimse tarafından sergilenecek davranış, bir çocuk tarafından sergilendiğinde daha hafif kusurlu hatta kusursuz olarak nitelendirilebilir. Ancak bunun sebebi, çocuklar söz konusu olduğunda objektifleştirilmiş kusur ölçüsünden ayrılınması değil, bilakis objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca failin kıyaslanacağı soyut ve ortalama tip belirlenirken failin yaş küçüklüğünün de dikkate alınmasıdır. Bu nedenle, objektifleştirilmiş kusur ölçüsü çocuklar söz konusu olduğunda da uygulanmakta adaletli sonuçların ortaya çıkmasına hizmet etmektedir.

Soyut ve ortalama tipin davranışını belirlenmesinde yaşlılık da (senilite) dikkate alınacaktır. Yaşlılık, insan yaşamının normal seyrinin bir parçası olup göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durum özellikle senilitenin failin zar zor öngörebileceği şekilde ortaya çıktığı ve nazara alınamayacağı hallerde geçerlidir. Bununla beraber yaşı nedeniyle becerileri körelen kimse, örneğin görme ya da duyma zorluğu çeken veyahut reaksiyon verme hızı düşen kimse, bunu bilir ve bir davranış sergilerken bu durumu dikkate almak zorundadır, aksi takdirde kusurludur. Ancak bu değerlendirmede bulunurken dikkatli olunmalıdır zira yukarıda belirtildiği üzere yaşlılık, hayatın doğal akışının bir parçasıdır. Yaşlanan kimse için öngörülen özen ölçüsü yaşamını sınırlayacak kadar yüksek olmamalıdır. Aynı kural yaş ile ilgili olmayan engeller için de geçerlidir. Örneğin görme engelli birinin tek başına sokakta karşıdan karşıya geçmesinin yasaklanması uygulanabilir değildir.

Soyut ve ortalama tipin davranışının belirlenmesinde cinsiyetin dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin olarak cinsiyet, fiziksel performansın tartışma konusu olduğu

⁶⁸⁶ **Dähler**, s. 28. Yine bu görüşe göre, çocuğun kusuru erişkinlere göre daha hafif değerlendirildiğinden çocuğun zarar gören olduğu durumlarda, kural olarak zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağıını kesmesi söz konusu olmayacaktır. **Dähler**, s. 31.

kusur değerlendirmelerinde dikkate alınmalıdır. Ancak aynı uzmanlık gerektiren işlerin uzman olmayan kişilerce üstlenilmesinde olduğu gibi, kadının, fizyolojik yapısına uygun olmayacak derecede ciddi güç gerektiren bir faaliyeti üstlenmesi ve bu yolla zarara sebebiyet vermesi halinde üstlenme kusurundan bahsedilebilir⁶⁸⁷.

Görüldüğü üzere soyut ve ortalama tipin örnek davranışını belirlemede, failin bazı kişisel özellikleri belirli bir dereceye kadar dikkate alınabilirken (örneğin yaş), bazı özellikleri belirli koşullar altında (örneğin, fiziksel engel), bazı kişisel özellikleri ise ancak istisnai durumlarda (örneğin, deneyimsizlik) dikkate alınabilir.

Objektifleştirilmiş kusur kavramının amacına hizmet etmesi, hakkaniyete uygun sonuç doğurması ve arzu edilmeyen sonuçların meydana gelmemesinde hâkimin takdir yetkisi önemli bir rol oynar. Kusur tespitinde esas alınacak soyut ve ortalama tipin örnek davranışının, hâkim tarafından dikkatle belirlenmesi gerekir. Hâkim, kusuru belirlerken değişmez ölçütlere göre değil, insan doğasına ilişkin bilgi ve deneyimlerine göre karar verecek, gösterilmesi gereken özenin derecesini ampirik ölçülere göre belirlemeye çalışacaktır⁶⁸⁸. Bunun için hâkim, örnek davranışı belirlemede, dışsal ve içsel etkenlerden hiçbirini tek başına belirleyici olarak esas almayacak; tüm etkenleri (yer, zaman, faaliyetin niteliği, failin fiziksel engeli vd.) bir arada ve her bir etkenin bir diğeri ile olan etkileşimini göz önünde tutarak bir değerlendirmede bulunacaktır.

2.3.2.2.2.1.3. Somut Koşullar

Örnek davranışın belirlenmesinde failin içinde bulunduğu somut koşullar dikkate alınmalıdır. Örneğin, mazeret olarak kabul edilmeyecek olan deneyimsizlik, somut olayın koşulları altında- acil durumda iş üstlenme zorunluluğu sebebiyle- mazeret olarak kabul edilebilir.

Somut koşulların dikkate alınmasına bir diğer örnek ise, failin ani karar vermesini gerektiren durumların dikkate alınabilecek olmasıdır. Fail, kendisini hiç beklenmedik

⁶⁸⁷ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §5, N. 93.

⁶⁸⁸ **Özsunay**, s. 73.

bir şekilde ve kendi hatası bulunmaksızın tehlikeli bir durum içerisinde bulabilir (örneğin trafikte) ve bazen göz açıp kapayıncaya kadar tepki vermesi gerekebilir. Böyle durumlarda kişinin en iyi kararı verip vermediği, genellikle sonradan anlaşılır⁶⁸⁹. Buna göre, fail, ani ve beklenmedik durumda (ekstrem koşullarda), en ideal şekilde davranmamış olabilir. Bir başkasının kurala aykırı davranışı sebebiyle kendisini tehlikeli bir durumda bulan sürücünün çeşitli olası tedbirler içerisinde sonradan düşünüldüğünde objektif açıdan amaca en uygun olduğu anlaşılan tedbiri almamış olması mazur görülebilir⁶⁹⁰. Ani korkudan kaynaklanan anlık tereddüt kusur olarak değerlendirilmez⁶⁹¹. Bu nedenle, bir köpeğin aniden sıçraması üzerine yürüyüş yapan kişi, aslında farklı bir yöne kaçması daha mantıklı olmasına rağmen sorumlu tutulmamıştır⁶⁹².

Acele (uzun süre düşünmeden) hareket edilmesi gereken bir duruma aniden düşen ve o sırada daha sonradan değerlendirildiğinde en iyi hareket tarzını sergilememiş bulunan bir kimse, sırf bu sebeple ihmalli davranmıştır denilemeyecektir⁶⁹³. Bu *ex ante* değerlendirme kuralının da bir sonucudur.

Öte yandan bu sorumluluktan kurtulma/muafiyet kuralına son derece sınırlı bir biçimde başvurulabilir. Faile düşünme imkânı tanımayan bu spesifik fiili durumlara, istisnaen müsaade edilir. Yanlış tepki üç koşul yerine getirilmiş ise mazur görülebilir⁶⁹⁴: Öncelikle, fail hiç beklemediği, sürpriz bir durumla karşılaşmış olmalıdır. Örneğin motosiklet sürücüsünü uzaktan görebilecek durumda olan araç sürücüsünün orta şeride geçtiği bir olayda bu unsur sağlanmamıştır⁶⁹⁵. İkincisi, verilen tepkinin amaca uygun olmamasına müsaade edilse de; tepki tamamıyla mantıksız olmamalıdır⁶⁹⁶. Son olarak,

⁶⁸⁹ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 175a.

⁶⁹⁰ Federal Mahkeme bu hususu kararlarında defaten tekrarlamıştır: BGE 83 IV 84; BGE 61 I 432; BGE 63 I 59; BGE 66 I 320; BGE 81 IV 89 ve BGE 68 II 127.

⁶⁹¹ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 175a. BGE 68 II 116/127; BGE 103 IV 101/105; BGE 102 II 232/239.

⁶⁹² **Keller**, N. 121; BGE 102 II 240 f.

⁶⁹³ **Keller**, N. 120-121; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 175a. Bu durum “*right to false action*” olarak ifade edilir. **Widmer**, Fault, s. 293, N. 46.

⁶⁹⁴ **Keller**, N. 121; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 175b.

⁶⁹⁵ BGE 107 IV 47, **Keller**, N. 121.

⁶⁹⁶ **Keller**, N. 121; BGE 83 IV 85: Sürücünün 100 metrelik mesafede sadece frene basmak yerine tretuvara çıkması mantıksızdır.

kişi aniden ortaya çıkan tehlikeli duruma, kendi kusuruyla düşmemiş olmalıdır. Buna göre, tepkiden evvel hâlihazırda ilgili kişinin kendi hatalı davranışı, zararlı sonuca sebebiyet vermiş ya da zararlı sonucu kolaylaştırmış ise, bu durumda muafiyetten söz edilemez⁶⁹⁷. Örneğin, geçiş hakkına riayet etmeyerek tehlikeli duruma kendisi sebebiyet veren sürücü, bu ani tehlikeli duruma kendisi sebebiyet verdiği için dolayı kusurludur⁶⁹⁸. Veyahut önündeki araç ile yeterli mesafe bırakmayan sürücüyü ya da yayayı görür görmez frene basmayan sürücü, her ne kadar kendisini aniden ortaya çıkan tehlikeli bir durum içinde bulsa da ani tehlike anında gereği gibi hareket etmekte olmadığı için kusursuzluk iddiası reddolunur.

2.3.2.2.2.2. Örnek Davranışın Belirlenmesinde Yardımcı Kıstaslar

2.3.2.2.2.2.1. Genel Olarak

Örnek davranışın belirlenmesinde kullanılacak kıstaslar konusunda doktrinde çeşitli öneriler bulunmaktadır. Bu öneriler ifade edilmiş biçimleri farklı olmakla beraber içerikleri az çok aynıdır⁶⁹⁹. Örnek davranışın belirlenmesinde başvurulacak yardımcı kıstaslar şu şekildedir:

Öncelikle belirtmeli ki, örnek davranışın belirlenmesinde duruma göre farklı kurallar uygulanabilir. Kusurun belirlenmesi için failin sergilemesi gereken davranışı, kanuni düzenlemeler tasvir etmiş olabilir. Bu nedenle öncelikle kanuni düzenlemeler kusurun

⁶⁹⁷ **Stark**, N. 461; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 175b.

⁶⁹⁸ BGE 90 IV 39, **Keller**, N. 121. Bir başka Federal Mahkeme kararına göre ise; BGE 106 IV 395: Sürücü, sokaktaki kişiyi görür görmez frene basmayarak yayanın sağından geçip gitmek istemiş ancak sokaktaki yaya da aynı yönde kaldırma doğru kaçmıştır. Sürücü, yayayı görür görmez frene basmadığından dolayı kusurludur. **Keller**, N. 121-122.

⁶⁹⁹ **Keller**, N. 115; **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 10; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 173. **Keller**'e göre, somut olayda esas alınacak davranış -örnek davranış- belirlenirken öncelikle zararı önlemeye yönelik (1) kanuni düzenlemeler, ardından (2) mesleki kurum ve kuruluşlar tarafından çıkarılan direktifler daha sonrasında (3) bir meslekte ya da işletmede riayet edilen davranış kuralları ve teamüller ve son olarak (4) mevcut tehlike ve alınabilecek muhtemel tedbirler nazara alınarak gösterilmesi gereken özen belirlenir ve kusur tespiti buna göre yapılır. **Keller**, N. 115; **Müller**'e göre ise, failin davranışının kusurlu olup olmadığını belirlemede, (1) kanuni düzenlemeler, (2) mesleki kurum ve kuruluşlar tarafından çıkarılan direktifler ve (3) içtihat tarafından geliştirilen kurallar dikkate alınır. Yazara göre, bu kuralların en önemlisi tehlike ilkesidir (*Gefahrensatz*). **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 10; **Brehm**'e göre ise, öncelikle (1) kanuni düzenlemeler, bunların bulunmaması halinde (2) mesleki kurum ve kuruluşlar tarafından çıkarılan direktifler, bunların da bulunmaması halinde ise (3) genel tedbir kuralları dikkate alınır. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 173.

tespitinde faydalı olur. Ayrıca mesleki kurum ve kuruluşlarca belirlenen, o meslek mensuplarının tabi olduğu etik, ilke, standart ve davranış kurallarını gösteren talimat ve yönergeler (*privatrechtliche Richtlinien*), sergilenmesi gereken davranışı tasvir ediyor olabilir. Kanuni düzenleme ya da mesleki kurum ve kuruluşlarca belirlenen talimat ve yönergeler ya da bir meslekte ya da işletmede riayet edilen davranış kuralları ve teamüller gibi kuralların bulunmaması halindeyse, genel tedbir kuralları devreye girecektir. Bütün bu teknik düzenlemeler ve kurallar, “özen yükümlülüğünün kodifikasyonu” olarak adlandırılır⁷⁰⁰. Bu kural ve tedbirler, toplumsal düzenin sorunsuz işlemesi için öngörülmüş olup oynadıkları rolün önemi sebebiyle yakından incelenmelidir.

2.3.2.2.2.2. Kanuni Düzenlemeler

Kazaları önlemeyi ve güvenliği sağlamayı amaçlayan kanuni düzenlemelerin ihlali, kusur teşkil edebilir. Buna örnek olarak trafik kurallarının ihlali verilebilir. Ancak kuralların ihlali tek başına kusur tespiti için yeterli değildir. Zira kusurun tespitinde somut olayın koşulları da dikkate alınmalıdır. Ancak kolluk düzenlemeleri (*polizeilichen Vorschriften*) kanun koyucu tarafından öngörülen örnek davranışı tasvir etmekte olduğundan bu davranıştan sapma, kusurun bir göstergesi niteliğindedir⁷⁰¹.

Bununla beraber, bir davranışın kanuni düzenlemelere uygun olması, kusursuzluk anlamına gelmez çünkü kanuni düzenlemede boşluk bulunabilir⁷⁰². Aynı çekinceler, resmi makamların kararları, izin ve icazetleri için de söylenebilir⁷⁰³. Bu makamların öngördüğü düzenlemeler zaten genellikle asgari standardı ifade etmektedir⁷⁰⁴.

Bu tür düzenleme ve talimatlara riayet edilmemesi, kusur göstergesidir. Ancak bunun istisnası olarak şu örnek verilmektedir⁷⁰⁵: İlgili kurallar yakın zamanda değiştirilmişse ve fail, bu değişiklikten haberdar olabilecek durumda değilse veya davranışını ya da

⁷⁰⁰ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §5, N. 98.

⁷⁰¹ **Brehm**, *Berner Kommentar*, Art. 41, N. 173; **Kessler**, *Basler Kommentar*, Art. 41, N. 48b.

⁷⁰² **Keller**, N. 123.

⁷⁰³ **Keller**, N. 123. Bu yönde İFM kararlarından örnekler için bkz. **Keller**, N. 124.

⁷⁰⁴ **Schwenzer**, N. 22.16.

⁷⁰⁵ **Magnus/Seher**, s. 111, N. 57.

işletmesini bu yeni durum uyarınca adapte edecek vakte sahip değilse bu durumda kusurlu addedilmez.

Yargıtay da bu düzenlemelerin kişilerin uyması gereken davranış kuralını belirttiğini ve bunlara uymamanın kusur göstergesi anlamına geldiğini belirtmiş ancak kuralın ihlaline rağmen ağır kusur sonucuna varılamayabileceğine dikkat çekmiştir⁷⁰⁶: “*Karayolları Trafik Kanununda ve Tüzüğünde, karayolundan yararlanan motorlu araç sürücüleri, yayalar ve hayvan güdücülerin hal ve hareketleri belli kurallara bağlanmıştır. Bu kurallar kusurun belirlenmesinde önemli bir unsur olup, bunlara aykırı davranış, sorumluluk hukuku açısından kusurlu davranış olarak kabul edilir...Yukarıda da açıklandığı gibi, trafik kurallarının büyük çoğunluğu, karayolundan yararlanan sürücü ve yayalara belli durumlarda kesin olarak belirlenmiş (objektif nitelikte bir hareket tarzı emreder. Bu kurallar karşısında kişinin bir takdir ve değerlendirme hakkı yoktur. Ne emredilmişse ona uymak zorunluluğu vardır; özenin ölçüsü kuralın kendisidir. Ancak kusurun derecelendirilmesinde somut olayın özelliği de gözetilmelidir, belli bir hareket tarzını emreden mutlak nitelikteki bir trafik kuralı ihlal edilmesine rağmen, ağır kusur kavramından ayrılmak gerekebilir. Açıklanan bu ihmal, Yasa anlamında bir asli kusuru gösterse de, ağır kusur anlamına gelmemektedir*⁷⁰⁷... *Karayolları Trafik Kanununun koyduğu kurallara uyulması zorunludur. Ancak bu kuralların her türlü ihlali, sürücünün, kasta yakın bir kusuru olduğunu göstermemektedir. Anılan Kanunun 84. maddesinde belirtilen asli kusur hallerinin hepsinin, aynı zamanda ağır kusur olarak nitelendirilmesini gerektiren bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır... Dolayısıyla, sırf kırmızı ışıkta geçtiği için herhanqi bir olayda asli*

⁷⁰⁶ YHGK E. 2003/11-756, K. 2003/743, T. 10.12.2003 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁷⁰⁷ KTK m. 84'te “asli kusur” ifadesi geçmektedir ancak kararda belirtildiği üzere Yargıtay asli kusur teşkil ettiği belirtilen davranış kuralının ihlalinin somut olayda ağır kusur anlamına gelmeyebileceğini belirtmektedir. Ancak kararın karşı oyunda şu ifadeler yer verilmiştir: “*Olağan yaşam kurallarına göre: ilkokula yeni başlayan bir çocuğun dahi " kırmızı ışıkta geçilmez",kuralını ve genelde de bu kurala uyulmasının zorunlu olduğunu bildiği tartışmasız kabul edilmekteyken; insan nüfusu yoğun olan İstanbul'da, zor ve kalabalık trafik akışı içinde insan taşıyan İEET otobüslerinin görevinde uzman sayılan sürücülerin "kırmızı ışıkta" geçmiş olmasındaki kusurun "ağırılık" derecesi ne olabilir? Az yukarıda açıklandığı gibi, "kırmızı ışıkta geçilmez" kuralı, emredici nitelikte olup; bu kurala uymama, bir "ağır kusurlu" davranıştır. Çünkü, HAREKET TARZI EMREDEDEN bu kurala uymamış olmakla sürücü, tam bir aldırma sergilemiştir. Bu kuralın ihlali, en ilkel (basit) bir dikkat ve özenin gösterilmediğinin kanıtı olup, kasta yakın derecede ağır kusurlu bir davranıştır. Hatta, haksız eylemi işleyen zararlı bir sonuç doğması olasılığına karşı ilgisiz kalması, kasıtlı bir tutulmaktadır. Çünkü sürücü, meydana gelecek sonuca aldırış etmemiştir (Prof. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet,-Rafet Özdenur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1987, sayfa 104).”*

kusurlu kabul edilmesi gereken bir sürücü, buna rağmen, o olayın kendi özel yapısı içerisinde ağır kusurlu kabul edilmeyebilir.”

2.3.2.2.2.3. Mesleki Kurum ve Kuruluşlarca Belirlenen Talimat ve Yönergeler

Mesleki kurum ve kuruluşlarca belirlenen talimat ve yönergeler, olağan olarak gerekli görülen özen ölçüsünü ifade etmekte olduğundan bunların ihlali de kusur teşkil edebilir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, İsviçre Kayak Alanlarında Kazaların Önlenmesi Komisyonu tarafından hazırlanan yönergelerin belirttiği davranış kurallarının mevzu hukuk teşkil etmediği ve dolayısıyla bağlayıcı olmadığını, ancak güvenlik önlemi alma yükümlülüklerinin içeriğinin belirlenmesine ilişkin olarak önemli bir somutlaştırma işlevini yerine getirdiğini ve bu yönüyle, kusurun tespitinde kullanıldığını ifade etmiştir⁷⁰⁸.

Örneğin kayak ya da snowboard yapan kimselerin uyması gereken ve kayakçıların zarar vermeme “*neminem laedere*” genel yükümlülüğünü somutlaştıran Uluslararası Kayak Federasyonu’nun belirlemiş olduğu kurallar her ne kadar gayriresmi olsa da, teamül kurallarının bir tezahürü olarak dikkate alınır⁷⁰⁹. Bu değerlendirme, bu kimselerin zarar gören olmaları halinde de, bir diğer deyişle zarar görenin kusurunu tespitinde geçerlidir⁷¹⁰. Bu kuralların ihlali de kusur göstergesi niteliğinde olup bu kurallara riayet edilmesi, kusursuzluk anlamına gelmez.

2.3.2.2.2.4. Genel Tedbir Kuralları

Sergilenmesi gereken davranışı ve özen yükümlülüğünü belirleyen kuralların kaynağı, kazaların önlenmesine ve güvenliğe hizmet eden kanuni düzenlemeler olabileceği gibi

⁷⁰⁸ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 174; BGE 130 III 193/196 f.

⁷⁰⁹ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 174a.

⁷¹⁰ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 174a. BGER 4a_22/2008 v. 10.4.2008, E. 10.2: “*Kendi imkân ve yeteneklerini, mevcut hava ve arazi koşullarını yanlış değerlendirerek ya da sinyal kurallarını dikkate almayarak kayak yapan, düşen ve bu nedenle kaza yapan pist kullanıcısının hatalı davranışı kişinin kendi sorumluluğundadır*”.

özel ya da yarı kamusal bir kuruluş tarafından çıkarılan ve herhangi bir hukuk normu niteliği taşımayan ancak genel olarak kabul görmüş davranış kuralları da olabilir⁷¹¹. Buna göre, her ne kadar somut olayda belirli bir davranışı emreden ya da yasaklayan bir tedbir kuralı ihlal edilmemiş olsa da, failin genel tedbir kurallarına uyup uymadığı incelenmelidir. Böyle bir tedbir kuralı, özellikle belirli bir tehlike riski barındıran araçlarla uğraşılması halinde mevcuttur. Zarar veren, böyle bir yükümlülüğü ihlal ettiği takdirde bu durumda soyut ve ortalama tip gibi davranmamıştır ve kusurludur. Tedbir kurallarının uygulanması için bir kazanın gerçekleşmesinin beklenemeyeceği açıktır.

2.3.2.2.2.5. Yardımcı Kıstaslara İlişkin Olarak Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Bu noktada vurgulanması gereken husus, yukarıda belirtilen kuralların failin sergilemesi gereken asgari davranışı gösterdiğidir. Buna göre, bu kurallara riayet etmemek, gerekli özenin gösterilmediğine; dolayısıyla kusurun mevcut olduğuna dair bir gösterge (kusur göstergesi) anlamına gelir. Ancak bu kurallara riayet etmek, kusursuzluk anlamına gelmez⁷¹². Bu tür düzenlemeler çeşitli durumları kapsayan genel ölçüler öngördüğünden, hâkimin her bir somut uyuşmazlıkta detaylı değerlendirmede bulunması gerekmektedir.

Herkesin, diğer kimselerin alışılmış davranışı sergileyeceğine ilişkin haklı ve meşru bir güveni vardır. Buna, güven prensibi denir⁷¹³. Bu ilkeye, özellikle trafikte başvurulur. Bununla beraber, çocuklarda güven prensibinden söz edilemez. Öte yandan, alışılmış olmayan pek çok nedensel durumun gerçekleşmesi imkân dahilindedir. Örneğin, herkes başkalarının hız sınırını aşabileceğini bilir. Buna karşın, yanlış davranışa dair fark edilebilir işaretler mevcutsa, bir başkasının doğru şekilde davranacağına güvenilemez.

⁷¹¹ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 48b; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 175.

⁷¹² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 98; **Stark**, N. 471-472; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 173; **Keller**, N. 123; **Schwenzer**, N. 22.16. **Huguenin**, N. 1984; **Widmer**, Fault, s. 293, N. 47; **Pelloni**, s. 265; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 54.

⁷¹³ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 71-72.

2.3.2.2.2.6. Kusursuzluk İddiasına Temel Teşkil Edemeyecek Hususlar

Sorumluluktan kurtulmak için fail, çoğu zaman kusursuz olduğu iddiasını bir kazanın meydana gelmemiş olduğuna, yerleşik uygulamalara uygun davranıldığına, resmi bir makamdan izin alınmış olduğuna ve işletme düzenine riayet edildiğine dayandırmaya çalışabilir. Ancak bu savunmalar, tek başlarına kusursuz kılma gücüne sahip değildir. Bir kazanın henüz meydana gelmemiş olduğu savunması her şeyin (bir davranışın) yolunda olduğunu ispat etmek için kullanılmaya çalışılır⁷¹⁴. Halbuki bu yaklaşım isabetli değildir. Daha önce bir kazanın meydana gelmemiş olması, kusursuzluk anlamına gelmez⁷¹⁵. Her ne kadar henüz bir kazanın meydana gelmemiş olması, failin lehine bir durum olsa da, fail için her şeyin yolunda olduğunun kanıtı değildir çünkü bir eksiklik duruma göre etkisini daha sonradan gösterebilir. Federal Mahkeme özellikle işletmeleri değerlendirirken bu ilkeye başvurmuştur⁷¹⁶.

Yerleşik uygulamalara uygun bir hareketin mevcut olduğu iddiası da kusursuzluk için yeterli değildir. Eğer bir davranış, zarar meydana getirmeye yatkınsa, bu davranışın bir alışkanlık ya da yerleşik uygulama olması, kusurlu olarak değerlendirilmesine engel değildir⁷¹⁷. Zira tekrarlanan yanlış davranış, bir mazeret değildir. Çünkü kanun, alışılmış olan özenin gösterilmesini değil gerekli tüm özenin gösterilmesini arar. Üstelik yerleşik uygulama, hâlihazırda yanlış uygulama teşkil etmekte olabileceği gibi, zamanla çağın gereklerinin gerisinde de kalabilir. Federal Mahkeme, buz hokeyi maçında izleyicilerin korunmasına ilişkin bir kararında, olağan koruma tedbirlerinin alınmasının yeterli olmadığını, tekniğin güncel durumuna uygun koruma tedbirlerinin alınması gerektiğini ifade etmiştir⁷¹⁸. Ayrıca çığ tehlikesinin önlenmesine ilişkin verdiği bir kararında Federal Mahkeme her ne kadar düzenli olarak kullanılsa ve yıllardan beri bir kaza meydana gelmiş olmasa da bir yöntemin kusurlu olarak nitelendirilebileceğini kabul etmiştir⁷¹⁹. Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir diğer uyuşmazlıkta⁷²⁰ ise davalı

⁷¹⁴ Keller, N. 122.

⁷¹⁵ Stark, N. 463.

⁷¹⁶ Keller, N. 122; BGE 88 II 422; BGE 72 II 51; BGE 61 II 136 f.

⁷¹⁷ Keller, N. 123; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 53.

⁷¹⁸ BGE 79 II 69. Keller, N. 123.

⁷¹⁹ Keller, N. 123. BGE 115 IV 189

⁷²⁰ BGE 89 II 118/121.

çiftçi tarla üzerinde traktör kullanmaktadır. Römorkun kullanıldığı yolda bir sürü çukur bulunmaktadır. Davalı, alışılmış bir şekilde 15 km/saat hızla gitmektedir ancak bu hız, böyle çukurlu bir yol için çok yüksektir. Bir çalışan römorktan düşer ve ağır şekilde yaralanır. Kusurlu sürücü, kendi sürüş biçiminin alışılmış olduğunu söyleyerek sorumluluktan kurtulamaz. Tekrarlanan yanlış davranış bir mazeret değildir.

Bunlara ek olarak, resmi makamların izin ya da icazeti de kusur isnadından kurtarmayabilir⁷²¹. Bir işletmenin faaliyete başlamasında ya da faaliyet devam ederken yapılan kontrollerde idari makamlarca onay almış olması ya da faaliyetlerin uygun görülmesi, gerekli özenin gösterilip gösterilmediğini takdir etmede hâkimi bağlayıcı rol oynamaz⁷²².

Son olarak, aynı şekilde işletme düzenlemelerine riayet edildiğine dayanılması da faili sorumluluktan kurtarmaz⁷²³.

2.3.2.2.2.3. Örnek Davranışın Sınırları Olarak Önlenebilirlik ve Öngörülebilirlik

Örnek davranıştan sapmanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken diğer iki husus, öngörülebilirlik ve önlenebilirliktir. Kişinin kusurlu addedilebilmesi için davranışın bir zarar meydana getirme ihtimalinin objektif olarak öngörülebilir ve zararın önlenebilir olması gerekmektedir. Buna göre, öngörülemezlik ve önlenemezlik, kusurun sınırını oluşturur.

Kusurun varlığının tespitinde, soyut ve ortalama tipin örnek davranışın zararlı sonuçlarını öngörebilecek durumda olup olmaması, özellikle belirleyicidir⁷²⁴. Öngörülebilirlik, davranışın bir zarar meydana getirme ihtimalinin failin içinde

⁷²¹ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 102; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 177; **Schwenzer**, N. 22.16. Bununla beraber, kusur değerlendirmesinde, resmi makamların onayına duyulan güven de nazara alınmalıdır. **Huguenin**, N. 1984.

⁷²² **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 54.

⁷²³ BGE 72 II 255/258.

⁷²⁴ **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 11.

bulunduğu koşullara göre *-ex ante-* ancak objektif bir biçimde tespit edilmesidir. Öngörülebilirlikten ne anlaşıldığı, kabul edilen kusur görüşüne göre değişecektir. Öngörülebilirliğin tespitinde, subjektif kusur görüşü faili esas alırken objektifleştirilmiş kusur görüşü, soyut ve ortalama tipi esas alır⁷²⁵. Katıldığımız objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca, failin zararı kişisel olarak öngörüp öngöremeyeceği/fiilen neyi öngörüp öngörmediği önem taşımaz. Önemli olan, soyut ve ortalama tipin, fiil anında böyle bir zararı öngörüp öngöremeyecek durumda olmasıdır. Öngörülebilirliğin belirlenmesinde mutlaka failin fiili gerçekleştirdiği an esas alınır⁷²⁶. Zararlı sonucun fiil anında makul kişi için öngörülebilir olması gerekmektedir.

Öngörülebilirlikten söz edebilmek için zarar görenin kimliğinin bilinmesi gerekmez. Ayrıca zararın tam miktarının öngörülmesi de gerekmemektedir; belirli bir zararın değil herhangi bir zararın öngörülebilirliği yeterlidir⁷²⁷. Öngörmenin kesin olması şart değildir, muhtemel olması yeterlidir⁷²⁸.

Örnek davranışın bir diğer sınırını ise zararın meydana gelmesinin önlenabilir olması oluşturur. Örnek davranıştan sapmanın önlenebilir olup olmadığı, soyut ve ortalama tipin fiil anında içinde bulunduğu şartlara göre belirlenir⁷²⁹. Zaten bir davranışın öngörülebilir ve önlenebilir olmaması halinde ortada bir tesadüfi hal/kaza söz konusudur ve fail böyle bir durumdan sorumlu tutulamaz⁷³⁰.

⁷²⁵ Subjektif kusur anlayışını savunan Widmer'e göre, objektif öngörülebilirlik de kusur kavramının içini boşaltmaktadır. **Widmer**, *Fault*, s. 287.

⁷²⁶ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht II/1*, §16 N. 38, dn. 55; **Widmer**, *Commentary*, s. 78, N. 11; **Graziano**, s. 478, N. 4.

⁷²⁷ **Eren**, *Borçlar Hukuku*, s. 601.

⁷²⁸ **Eren**, *Borçlar Hukuku*, s. 601.

⁷²⁹ **Koçhisarlıoğlu**, *Kusur*, s. 452.

⁷³⁰ Koçhisarlıoğlu'na göre, böyle bir durumda tesadüfi hal vardır ve zaten örnek davranıştan sapma kişinin kendi davranışı bile sayılmaz. **Koçhisarlıoğlu**, *Kusur*, s. 451.

2.3.3. Kusurun Dereceleri

2.3.3.1. Genel Olarak

Eski Borçlar Kanunu m. 41’de ihmal ifadesinin yanında “özen göstermeme, kayıtsız kalma” anlamına gelen “*teseyyüp*” ile “*tedbirsizlik*” ifadeleri kullanılmakta idi. Teseyyüp, özen göstermeme, kayıtsız kalma biçimindeki ihmali; tedbirsizlik ise tedbir almama biçiminde ihmali ifade ettiğinden eski Borçlar Kanunu döneminde de bu kavramlar, ihmalin görünümüleri olarak anlaşılmıştır. Bu nedenle eski Borçlar Kanunu döneminde bu ifadelerin gereksiz bir tekrardan ibaret olduğu belirtilmekte idi⁷³¹. TBK m. 49’da ise kasıt ve ihmali kapsar şekilde sadece kusur ifadesine yer verilmiştir.

Türk özel hukuk doktrini kusur kavramını, kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayırır. Kasıt ve ihmal de kendi arasındaki çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Türk Borçlar Kanunu ise kusurun çeşitlerine ilişkin olarak kasıt ve ihmal terimlerinin yanı sıra, ağır kusur ve hafif kusur ayırımına yer verir⁷³². Doktrinde yapılan genel tanıma göre ağır kusur, kasıt ve ağır ihmali ifade ederken hafif kusur ise, hafif ihmali ifade eder⁷³³.

TBK m. 49/1’da düzenlenen kusur sorumluluğunun doğumu için kural olarak kusurun her derecesi yeterlidir. Bu hüküm çerçevesinde sorumluluğun doğumu için kusur derecelerinin bu ayrımı hiçbir rol oynamaz. Sorumluluğun kurulması için kusurun varlığı aranır ve kusurun, kasıt ya da ihmal derecesinde olması sorumluluğun kurulması açısından bir fark yaratmaz. Hatta fail, en hafif derecede kusurluysa bile haksız fiil sorumluluğu doğar. Kusurun ağırlığı tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.

⁷³¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 493; Belirtelim ki İsviçre Borçlar Kanunu m. 41’in Fransızca ve İtalyanca metinlerinde bir üçüncü terim olarak “*tedbirsizlik*”- “*imprudence*”- “*imprudenza*” ifadesi yer almaktadır. Fakat bu ifadelerin pratikte herhangi bir anlam taşımadığı ve sadece ihmalin görünümünü ifade ettiği yönünde bkz. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 191.

⁷³² Atamer “*hukuk terminolojisinde kusur üst başlıktır ve kasıt ve ihmal, ihmal de ağır ihmali ve hafif ihmali olarak ayrımlara tabidir*” diyerek TBK’da geçen ağır kusur ve hafif kusur ifadelerini eleştirmektedir. **Atamer**, Yeşim, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, N.6, (s. 8-37) s. 10. Başpınar da TBK’da ağır kusur kavramına yer verilmesini eleştirmektedir. **Başpınar**, Veysel, “Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, (s. 215-237), s. 227.

⁷³³ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 191; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 417; **Antalya**, s. 38.

Kusur sorumluluğunun doğumu için kusurun herhangi bir derecesinin yeterli olması nedeniyle kasıt –ihmal ayrımı, pek çok suç tipinin ancak kasten işlendiği (hırsızlık, dolandırıcılık gibi) ceza hukukunda taşıdığı büyük önemi, sorumluluk hukukunda taşımamaktadır. Hatta ağır ihmal, çoğu kez kasıtle aynı kurallara tabi tutulduğundan asıl önem taşıyan ayrım, ağır ihmal-hafif ihmal ayrımıdır⁷³⁴.

Bununla beraber haksız fiil sorumluluğunun doğumu için kusurun herhangi bir derecesinin yeterli olması kuralının istisnası TBK m. 49/2'dir. TBK m. 49/2 uyarınca zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlü olabilir ancak bu yükümlülüğün doğması için kusurunun kasıt derecesinde olması gerekmektedir⁷³⁵.

2.3.3.2. Kasıt- İhmal Ayrımı

Yukarıda belirtildiği üzere, her ne kadar kanun koyucu ağır kusur- hafif kusur ayrımına da yer vermişse de doktrin ve uygulamada yerleşmiş bulunan ve kanunun da yer yer başvurduğu ayrım, kasıt-ihmal ayrımıdır. Bu ayrıma göre kusur, kasıt ya da ihmal derecesinde ortaya çıkabilirken; kasıt ve ihmal de kendi içinde ayrımlara tabi tutulabilir. Zaten ağır kusur-hafif kusur kavramları da kasıt ve ihmal ile ihmalin dereceleri ışığında açıklandığından esas önem arz eden kusur derecelendirmesi, kasıt-ihmal ayrımıdır.

⁷³⁴ **Schwenzer**, N. 22.11.

⁷³⁵ Sözleşme sorumluluğunda kanun koyucu bazı durumlarda sorumluluğun doğumu için ağır kusur aramış ya da kusurun ağır kusur derecesinde olmasına özel sonuçlar bağlamıştır. Buna dair örneklerden bazıları şu şekildedir: TBK m. 294'e göre, bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmak kaydıyla, bağışlanana karşı sorumlu olur. TBK m. 220'ye göre hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmişse veya ağır kusuru varsa ayıptan sorumludur. TBK m. 225'e göre ağır kusurlu olan satıcı, satılardaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz. TBK m. 115'e göre borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Buna göre ağır kusur hali için sorumsuzluk anlaşması yapılamaz ancak aynı maddenin 3. fıkrasındaki istisnalar saklı kalmak üzere hafif kusur için sorumsuzluk anlaşması yapılabilir. TBK m. 231, m. 244 ve m. 478'de olduğu üzere ağır kusur halinde daha uzun zamanaşımı süresi uygulanır. Gabın, aldatma ve korkutma içinse kasıt aranır.

2.3.3.2.1. Kasıt

2.3.3.2.1.1. Kasıt Tanımı

Kusur gibi, kastın tanımı da Türk Borçlar Kanununda yapılmamıştır. Kastın tanımını yapma görevi kanun koyucu tarafından doktrin ve yargıya bırakılmıştır. Kasıt, zararlı sonucun fail tarafından bilinmesini ve istenmesini ifade eder⁷³⁶. Kasıtta failin iradesi, hukuka aykırı sonuca yönelmiştir ve hukukça korunan değer istenerek ihlâl edilmektedir. Buna göre, kasıtta fail, davranışının zarara yol açacağını bilir ve zararın meydana gelmesini ister. Fail, sonucun meydana geleceği öngörüsüyle hareket etmektedir. Görüldüğü üzere kasıt, faile ilişkin sübjektif değerlendirmedir⁷³⁷.

Kasıtta hukuka aykırı bir fiil tasarlanmakta ve istenmektedir. Buna göre, kasıt, tasarlama/tasavvur ve isteme unsurlarından oluşur. Tasavvur unsuru, zararlı sonucun fail tarafından tasavvur edilmesini, tasarlanmasını, bilinmesini, bilincinde olunmasını; isteme unsuru ise, bu sonucun fail tarafından istenmesini ya da göze alınmasını ifade eder. Buna göre kasıtta fail; hem fiili hem de zararlı sonucu ya istemekte ya da göze almaktadır.

2.3.3.2.1.2. Kasıt Türleri

2.3.3.2.1.2.1. Doğrudan Kasıt

Failin, zararlı sonucu isteyerek hareket etmesine doğrudan kast (dolus directus) denir⁷³⁸. Doğrudan kasıtta, kişi zarar vermek istemektedir ancak zarara yol açan fiil, sırf bu zararı

⁷³⁶ **Honsell/Isenring/Kessler**, §6, N. 30; **Roberto**, N. 235; **Schwenzer**, N. 22.12; **Fellmann/Kottmann**, N. 559; **Bieri**, Reto, "Sittenwidrige Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR Einblick in eine "Mauerblümchen"-Bestimmung des Haftpflichtrechts", Aktuelle Juristische Praxis 2008, (s. 549-559) s. 552; **Saymen/Elbir**, s. 393; **İmre**, s. 26; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 46; **Güven**, Kusur Kavramı-I, s. 585; **Erdoğan**, 125; **Feyzioğlu**, s. 478; **İnan**, s. 278; **Özsunay**, s. 71; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 493; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 415; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 55; **Hatemi/Gökyayla** s. 146; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 596; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 153; **Antalya**, s. 28; **Baysal**, s. 131; **Gürpınar**, s. 109. YHGK E. 2003/11-756, K. 2003/743, T. 10.12.2003 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁷³⁷ **Guhl/Koller**, §24 N. 39.

⁷³⁸ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 45; **Fellmann/Kottmann**, N. 561; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/1, §16 N.23; **Stark**, N. 451; **Saymen/Elbir**, s. 393; **Erdoğan**, s. 126; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 597; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 55; **Antalya**, s. 29.

meydana getirmek amacıyla gerçekleştirilmemektedir⁷³⁹. Bir kasıt türü olup olmadığı tartışmalı olan ve aşağıda ele alınan salt zarar verme kastının aksine doğrudan kasıta, zarar veren davranışın kendisi amaç değil, ancak amaca ulaşmak için bir araçtır⁷⁴⁰. Örneğin, bir arabanın içindekileri almak için arabaya zarar verilmesi buna örnektir. Zira hırsızlık yapmak için hırsız evvela camı kırmak zorundadır⁷⁴¹.

2.3.3.2.1.2.2. Salt Zarar Verme Kastı

Eğer davranış sırf bu zararlı sonuca ulaşmak uğruna gerçekleştirilmişse bu durumda salt zarar verme kastı (*Absicht*) söz konusudur⁷⁴². Buna göre, salt zarar verme kastı, fiilin gerçekleştirilmesindeki başlıca amacın bir başkasına zarar verilmesi anlamına gelir. *Absicht* kavramının Türkçe karşılığı olarak ceza hukukundaki taammüt⁷⁴³, özel kasıt⁷⁴⁴ ve yalın kasıt⁷⁴⁵ ifadeleri kullanılmıştır. Kavramın Türkçe karşılığı olarak salt zarar verme kastı ifadesini kullanmayı tercih ettik. Örneğin, zarar vermekten zevk duyduğu için bir kimsenin mağazanın camını kırması buna örnek olarak verilmektedir⁷⁴⁶.

Türk hukukunda taammüt, hukuka aykırı sonucu önceden tasarlayarak, planlayarak ve isteyerek bir fiili gerçekleştirmek anlamına gelir. Kasıta ise fiilin istenerek gerçekleştirilmesi yeterli olup ayrıca hukuka aykırı sonucu önceden tasarlayarak planlama unsuru aranmaz⁷⁴⁷.

Salt zarar verme kastının, sorumluluk hukukunda ve dolayısıyla haksız fiil sorumluluğunda bir kasıt türü teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, doğrudan kastın yeterli görülmesi nedeniyle ceza hukukunun bir kavramı olan taammüdün sorumluluk hukukunda yeri bulunmamaktadır. Buna göre, kanunun kasıt aradığı

⁷³⁹ Keller, N. 118.

⁷⁴⁰ Fellmann/Kottmann, N. 561.

⁷⁴¹ Fellmann/Kottmann, N. 561; Keller, N. 118; Brehm, Berner Kommentar, Art. 41, N. 194.

⁷⁴² Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/1, §16 N. 23; Keller, N. 118; Huguenin, N. 1976; Brehm, Berner Kommentar, Art. 41, N. 193; Fellmann/Kottmann, N. 560; Barlas, Nami, "Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.: 1, İstanbul 2010, (s. 415-440) s. 424.

⁷⁴³ Feyzioğlu, s. 479; Güven, Kusur Kavramı-I, s. 586.

⁷⁴⁴ Kapancı, Kadir Berk, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 f. 2), İstanbul 2016, s. 29.

⁷⁴⁵ Gürpınar, s. 109, 123.

⁷⁴⁶ Brehm, Berner Kommentar, Art. 41, N. 193.

⁷⁴⁷ Feyzioğlu, s. 479; Güven, Kusur Kavramı-I, s. 586.

yerlerde doğrudan kasıt anlamına gelen kasıt yeterli olup taammüt/salt zarar verme kastı sorumluluk hukukunda aranmaz. Bu nedenle bu kavramın kastın nitelikli hali olarak nitelendirilmesine sorumluluk hukukunda gerek yoktur. Zira sorumluluk hukukunda doğrudan kasıt bir diğer deyişle, failin fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi yeterlidir⁷⁴⁸. Buna göre *Absicht* ve *Vorsatz* ifadeleri, ceza hukukunun aksine, sorumluluk hukukunda aynı anlama gelir⁷⁴⁹. Taammüden/salt zarar verme kastıyla zarar verme, kusur derecesi bakımından kasta tekabül etmekle beraber, tazminat miktarının tayininde fail aleyhine dikkat alınacak bir husustur⁷⁵⁰. Buna karşın bir diğer görüşe göre, *Absicht* ifadesinin yer aldığı İBK m. 41'deki bu ifade kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olup burada salt zarar verme kastının aranacaktır⁷⁵¹. İleride detaylı olarak inceleneceği üzere TBK m. 49/2'nin uygulanması için doğrudan kastın yeterli olmadığını ileri süren bu yazarlar, salt zarar verme kastının (*Absicht*) aranacağını ileri sürmektedirler.

2.3.3.2.1.2.3. Dolaylı Kasıt

Failin, fiilinin hukuka aykırı sonucunu doğrudan istememekle beraber bu zararın meydana gelmesini umursamayarak bunu göze almasına, buna razı olmasına dolaylı kasıt (*dolus eventualis*) denir⁷⁵². Fail tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini şansa bırakırsa bu durumda dolaylı kasıtle işlenmiş bir fiil söz konusu demektir. Buna göre, dolaylı kasıtle fail, sonucun meydana gelme ihtimalinin farkında olup sonucu istememiş olsa bile meydana gelebilecek muhtemel sonuçları göze almaktadır⁷⁵³.

⁷⁴⁸ **Schwenzer**, N. 22.13.

⁷⁴⁹ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 45; **Roberto**, N. 235; **Schwenzer**, N. 22; 13; **Keller**, N. 118; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/I, §16 N. 219-220.

⁷⁵⁰ **Feyzioğlu**, s. 479.

⁷⁵¹ **Brehm**, Berner Kommentar Art, 41, N 243; **Fuhrer**, Stephan, "Computerviren und Haftung", SJZ 87/1991, (s. 129-135) s. 132.

⁷⁵² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/I, §16 N. 23; **Stark**, N. 453; **Honsell/Isenring/Kessler**, §6, N. 30; **Huguenin**, N. 1976; **Schwenzer**, N. 22.06, N. 22.12; **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 45; **Fellmann/Kottmann**, N. 562; **Keller**, N. 119; **Schwarz**, Borçlar Hukuku, s. 109; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 47; **Saymen/Elbir**, s. 394; **Feyzioğlu**, s. 479; **İnan**, s. 279; **Tunçomağ**, s. 441; **Güven**, Kusur Kavramı-I, s. 585; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 493; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 597; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 55; **Antalya**, s. 30; **Hatemi/Gökayla** s. 146; **Barlas**, s. 428; **Gürpınar**, s. 109; **Kapancı**, Ahlaka Aykırısı, s. 27.

⁷⁵³ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 195.

Failin, hasmını öldürmek suretiyle silahını onun üzerine ateşlemesi doğrudan kasta; bir kimsenin, aslında sadece hasmının evini yakmak isterken bu yangın esnasında birinin ölebileceğini göze alarak evi ateşe vermesi dolaylı kasta⁷⁵⁴; yine bir araç sürücüsünün arabayı bir kimseye zarar vermek üzere onun üzerine sürmesi doğrudan kasta, acelesi olan bir sürücünün yetişmek için diğer araç ve kişilere zarar verme ihtimalini göze alarak zarara sebebiyet vermesi dolaylı kasta⁷⁵⁵ örnek olarak verilebilir. Benzer şekilde, imal ettiği konservelerin, tüketicileri zehirleyebileceğini bilen imalatçının bu konserveleri piyasaya sürmesi dolaylı kasıt olarak değerlendirilir⁷⁵⁶. Geçiş önceliğine sahip bir yayanın, tepki göstermek amacıyla yumruğuyla bir arabanın kapısına vurarak zarar vermesi de dolaylı kasıt olarak nitelendirilmiştir⁷⁵⁷. Veyahut gerekli yeteneği haiz olmadığını bildiği halde bir ameliyata kalkışan cerrahın bizatihi üstlenme kusuru söz konusudur ve kusur, dolaylı kasıt derecesinde nitelendirilebilir⁷⁵⁸.

Dolaylı kasıt ile bilinçli ihmal ayrımı hem cezai hem de hukuki sorumluluk bakımından önem arz eden bir ayrımdır. Failin, hukuka aykırı bir sonucun meydana gelebileceği ihtimalini öngörmesine rağmen, bunun gerçekleşmeyeceği düşüncesiyle zararlı sonucu önleyecek gerekli ve yeterli tedbirleri almamasına, bilinçli ihmal denir.⁷⁵⁹ Bilinçli ihmal ile dolaylı kasıt birbirine benzemekle beraber aralarında şöyle bir fark bulunmaktadır: Dolaylı kasıta zararın meydana gelmesi göze alınırken, bilinçli ihmalde zararın meydana gelmeyeceği umulmaktadır.⁷⁶⁰ Her ne kadar hem bilinçli ihmalde hem de dolaylı kasıta zararın meydana geleceği hesaba katılmakta ise de, bilinçli ihmalde dolaylı kasıttan farklı olarak zararın meydana gelmeyeceği umulmakta, zararın meydana geleceği kesin ise failin bu davranıştan vazgeçecek olduğu kabul edilir⁷⁶¹. Buna göre bilinçli ihmalde, fail sonucu istememekte ve zararı önleyebileceği düşüncesiyle hareket

⁷⁵⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s. 597.

⁷⁵⁵ Oğuzman/Öz, C.:II, s. 55.

⁷⁵⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493, dn. 2.

⁷⁵⁷ BGer 6S.169/2003 v. 21.11.2003, E. 2; Brehm, Berner Kommentar, Art. 41, N. 195.

⁷⁵⁸ Schwarz, Borçlar Hukuku, s. 113.

⁷⁵⁹ Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, §5, N. 110; İmre, s. 27; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 49; Feyzioğlu, s. 481; İnan, s. 280; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 495; Eren, Borçlar Hukuku, s. 602; Gürpınar, s. 109.

⁷⁶⁰ Koziol, Fault, N. 35; Koziol, Haftpflichtrecht I, N. 5/27; Schwarz, Borçlar Hukuku, s. 111; İnan, s. 280; Erdoğan, s. 127.

⁷⁶¹ Keller, N. 119.

ederken; dolaylı kasıttaki bunu dolaylı da olsa istemekte ve göze almaktadır; dolayısıyla hukuka aykırı sonuca razı olmaktadır⁷⁶².

Bilinçli ihmale örnek olarak taze olmayan yemeğin, buzdolabında saklandığı için zarar vermeyeceği umularak müşteriye sunulması verilebilir⁷⁶³. Benzer şekilde, bir yüklenici daha fazla kar hırsıyla kötü veya eksik malzeme kullanır ve hiç istememekle beraber bu binanın ileride çökebileceğini bilerek hareket ederse dolaylı kasıt vardır⁷⁶⁴.

Haksız fiil sorumluluğunun doğumu için kusurun herhangi bir derecesi yeterli olup kusur derecelerinden ağır kusur-hafif kusur ayrımı önemlidir. Hem dolaylı kasıt hem de bilinçli ihmal ağır kusur kategorisine girdiğinden ayrım, bu açıdan önem taşımayacaktır. Bununla beraber, haksız fiil sorumluluğunda TBK m. 49/2'nin uygulanması için dolaylı kastın yeterli olduğu görüşünün kabul edilmesi durumunda ayrım, bu hükmün uygulanmasında önem taşıyacaktır.

Belirtmek gerekir ki, esasen ceza hukukunun bir kavramı olan bilinçli ihmal, doğal olarak sübjektif şekilde tanımlanır. Ancak bu husus, sorumluluk hukukunda ihmalin objektifliğine halel getirmemektedir. Şöyle ki, bilinçli ihmal teşkil eden davranış, sorumluluk hukukunda ağır ihmali davranışa tekabül eder ve bu yönüyle objektif olarak tanımlanır. Ancak bir davranışın bilinçli ihmal mi yoksa dolaylı kasıt mı teşkil ettiği sübjektif olarak belirlenir. Sorumluluk hukukunda kasıt da sübjektif olarak tanımlandığı için bunda bir sakınca bulunmamaktadır.

⁷⁶² Honsell/Isenring/Kessler'e göre, bu ayrım optimist ve pesimist bir kimse arasındaki farka tekabül eder, dolayısıyla adeta, bardağa yarı dolu ya da yarı boş demek gibidir. Bu nedenle hukuki sonuç açısından işe yarar bir ayrım olmayıp kasıt ve ihmal kavramları zaten hukuk etiği ve psikolojik bakımdan kıyaslanabilir değildir. **Honsell/Isenring/Kessler**, §6, N. 31. Roberto da Honsell/Isenring/Kessler ile aynı görüşte olup bu ayrımın abartılmaması gerektiğini belirtmektedir. **Roberto**, N. 238. Öte yandan Oğuzman/Öz'e göre, dolaylı kasıt ile bilinçli ihmal arasındaki ayrım, failin göze aldığı başkasına zarar verme olasılığının somut olaydaki yükseklik derecesine göre yapılır. Örneğin, her an birinin yola çıkabileceği bilinen bir yolda son sürat araba kullanan kişinin sebebiyet verdiği kazada kişinin bilinçli ihmali söz konusu iken; insanların yolda olduğunu görmesine rağmen araba kullanan kişinin dolaylı kastı mevcuttur. **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 58.

⁷⁶³ Örnek için bkz. **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 49.

⁷⁶⁴ Örnek için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 495.

2.3.3.2.1.3. Kastın Belirlenmesinde Önem Taşıyıp Taşımadığının Belirlenmesi Gereken Hususlar

2.3.3.2.1.3.1. Failin Saiki

Kasıttan bahsedebilmek için failin zararlı sonuç meydana getirmeye dair bir tasavvur ve isteğinin bulunması gerekir. Ancak failin kasten hareket etmiş sayılması için hukuka aykırı bir fiili neden işlediğine önem verilmez.⁷⁶⁵ Örneğin, bir kişinin bir başkasını intikam hissi ya da acı ve ızdıraptan kurtarmak için öldürmesi halinde kişi, bu fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmişse kasıt vardır. Kişinin bu fiili neden işlediği –saiki- önemsizdir. Bununla beraber, salt zarar verme kastı, bir kasıt türü olarak kabul edilecek olursa, bu durumda, saik zarar vermenin bizatihi kendisi olduğundan salt zarar verme kastı nitelendirmesinde bulunabilmek için saik göz önünde bulundurulacaktır. Buna karşılık, failin saiki her halükârda, TBK m. 51 uyarınca tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak olan “durum ve koşullar” arasında yer alır.

2.3.3.2.1.3.2. Failin Hukuka Aykırılığın Bilincinde Olması

Bir görüşe göre⁷⁶⁶, failin kastından söz edebilmek için failin fiilinin hukuka aykırı nitelik taşıdığını bilmesi aranır. Bu görüş, kasıt için failde bir hukuk kuralını ihlal bilincinin bulunması gerektiğini, buna göre failin hem zararlı sonuç hem de hukuka aykırılık bilincinde olması arar. Buna karşılık, bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, kasıttan bahsedebilmek için failin fiilinin hukuka aykırı olup olmadığını bilmesi aranmaz. Hukuka aykırılık bilincinin kasıttaki yeri bulunmamaktadır⁷⁶⁷. Önemli olan failin hukuk düzeninin tasvip etmediği fiili bilerek ve isteyerek ya da en azından göze alarak gerçekleştirmiş olmasıdır. Fail, ihlal ettiği kuralın varlığını bilmesede dahi, failin isteyerek meydana getirdiği sonucu doğuran fiili hukuka aykırı ise kastın varlığı kabul edilir. Örneğin kişi, gerçekleştirdiği fiilin dolandırıcılık suçu teşkil ettiğini bilmesede bile

⁷⁶⁵ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 48; **Güven**, Kusur Kavramı-I, s. 588; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 493; **Erdoğan**, 125.

⁷⁶⁶ **Tunçomağ**, s. 442; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 598.

⁷⁶⁷ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 45; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 55-56.

kasıt mevcuttur⁷⁶⁸. Belirtelim ki biz, hukuka aykırılık bilincini aramadığımızdan, kasıt tanımı yaparken ve kasta ilişkin açıklamalarda bulunurken “hukuka aykırı sonuç” değil, “zararlı sonuç” ifadesini kullandık.

2.3.3.2.1.3.3. Hukuki Durumda Yanılgı-Fiili Durumda Yanılgı

Failin hukuki durumda yanılması, bir diğer deyişle, fiilinin hukuka aykırı olmadığı konusunda yanılgıya düşmesi ile fiilini hukuka aykırı kılan vakıalara ilişkin olarak yanılgıya düşmesi birbirinden farklıdır. Birincisi “hukuki durumda yanılgı”; ikincisi ise “fiili durumda yanılgı” teşkil eder.

Fail, hukuki durumda yanılgı nedeniyle fiilinin hukuka aykırılığını tanıyamamışsa ve dolayısıyla hukuka aykırılık bilinci mevcut olmasa bile kasıt mevcuttur⁷⁶⁹. Fiili durumda yanılgı ise kastı bertaraf eder⁷⁷⁰. Örneğin, kişinin başkasına ait malı kendisinin zannederek zarar vermesi durumunda böyle bir durum söz konusudur⁷⁷¹. Aynı şekilde kişi haklı savunma durumunda olduğunu düşünerek zarara sebebiyet vermişse bu durumda da kasıttan söz edilemez⁷⁷². Bununla beraber kişi, gerekli dikkati gösterse idi fiili yanılgıya düşmeyecek ve malın kendisine değil de başkasına ait olduğunu anlayabilecek idiye o zaman, kişinin ihmali mevcut olacak ve ihmalden sorumluluğu doğacaktır.

2.3.3.2.1.3.4. Zararın Kapsamı

Kasıttan bahsedebilmek için failin zararlı sonucu öngörmesi ve bunu tasvip etmesi yeterlidir. Kasıttan dolayı sorumluluğun doğması için failin meydana gelecek zararın biçimini ve kapsamını bilmesi aranmaz. Demek ki failin bu fiil sonucunda meydana

⁷⁶⁸ Oğuzman/Öz, C.:II, s. 55-56.

⁷⁶⁹ Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/1, §16 N. 25. Aksi görüş için bkz. Güven, Kusur Kavramı-I, s. 587.

⁷⁷⁰ Kessler, Basler Kommentar, Art 41, N. 47. Eren’e göre, “Hata, geniş anlamda, gerçeği bilmemdir. Kasıt ise bilmeyi gerektirir. Bu nedenle, maddi ve fiili hususlarda hataya düşen failin kastından bahsedilemez.” Eren, Borçlar Hukuku, s. 598.

⁷⁷¹ Kessler, Basler Kommentar, Art 41, N. 47; Eren, Borçlar Hukuku, s. 598.

⁷⁷² Tunçomağ, s. 442.

gelecek tüm zararları öngörüp istemesine gerek yoktur⁷⁷³. Zira fail tarafından asıl istenilen zararın yanı sıra başka zararların meydana gelmesi halinde de kasıt mevcuttur. Fail baştan arzu etmiş olmasa bile, kasıtlı davranışı neticesinde meydana gelen diğer zararlardan da- hukuka aykırı fiille bunlar arasında uygun illiyet bağı bulunmak kaydıyla- sorumlu olur.

Bununla beraber bir görüşe göre, kasten meydana getirilen zararlarda failin fiili ile zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağı bulunmasa bile, tabii nedensellik bağının bulunduğu durumlarda sorumluluk doğar⁷⁷⁴. Buna göre, kasten verilen zararlarda, fail kötü iradesi nedeniyle uygun illiyet bağı içinde olmayan ek zararları da tazmin etmek zorundadır⁷⁷⁵. Arzu ettiği hukuka aykırı sonucu fiili neticesinde meydana getiren kişi, hayatın olağan akışına uygun olmadığı ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır⁷⁷⁶. Öte yandan bu yaklaşım, bizim de katıldığımız karşı görüş uyarınca, nedensellik bağının bulunmamasına rağmen sorumluluğun doğacağını kabul etmek suretiyle hukuk güvenliği ilkesine ters düştüğü gerekçesiyle eleştirilmekte ve reddedilmektedir⁷⁷⁷. Fiilin niteliği gereği olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, somut olayda meydana gelmiş olan zarar türünden bir zararı doğurmaya elverişli nitelikte olmasına, (fiille zarar arasında) uygun nedensellik bağı denilmektedir. Kanaatimizce, bu şekilde tanımlanan ve her ne kadar *ex post* değerlendirilen ve objektif bir kavram olsa da değer yargısı içeren uygun nedensellik bağının kapsamı, kastın varlığı halinde doğal olarak ve hatta kaçınılmaz şekilde daha geniş olacaktır. Dolayısıyla bu noktada uygun nedensellik bağı teorisinden ayrılmayı gerektiren bir sebep bulunmamaktadır ve uygun nedensellik bağı bulunmasa bile meydana gelen zararların tazmin edileceği yönündeki görüş isabetli değildir. Bununla beraber, nedensellik bağının varlığı tartışmalarını dikkate almaksızın

⁷⁷³ **Schwarz**, Borçlar Hukuku, s. 109; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 47; **Tunçomağ**, s. 442; **Güven**, Kusur Kavramı-I, s. 587; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 56; **Atamer**, Uygun Nedensellik, s. 31; **Barlas**, s. 426.

⁷⁷⁴ **Gauch**, Grundbegriffe, s. 229; **Koziol/Koziol** N. 125. Yazarlara göre, uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı kuramlarının sınırları katı olmayıp bu sınır, sorumluluğun kurulmasında söz konusu olan tüm faktörlerin ağırlığına göre belirlenmelidir. Buna göre, örneğin hafif ihmal söz konusu ise uygunluk ve normun koruma alanı dar bir şekilde yorumlanır ancak fail kasten hareket etmişse en uzak zararı bile tazmin etmelidir. Türk hukukunda Eren bu görüştedir. **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 598. Yazara göre, “kusur sorumluluğunda fail, zararlı sonuca kasten sebebiyet vermişse sorumluluk olayların normal akışına uymayan, anormal sonuçlar için de kabul edilecek, “elverişlilik”, “uygunluk” kavramları “yeni tecrübelerle göre” değerlendirilecektir.” Yazara göre, common law’da geçerli olan “istenilmiş sonuç hiçbir zaman çok uzak sayılmaz.” ilkesi uygulama bulacaktır. **Eren**, Uygun İlliyet, s. 120.

⁷⁷⁵ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 598.

⁷⁷⁶ **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 56 dn. 144’te zikredilen yazarlar.

⁷⁷⁷ **Baysal**, s. 168, dn. 606.

tüm zararların tazmin edileceği sonucuna fiiliyatta varılacak olması sebebiyle iki görüşün sonucu örtüşecektir.

2.3.3.2.1.3.5. Zarar Görenin Kimliği

Kasıttan söz edebilmek için fiilin belirli bir kişiye yönelik olması aranmaz. Failin zararın meydana gelebileceğini, zarar görenin dahil olduğu kişi çevresi bakımından öngörmüş olup bu zararın meydana gelmesini göze alması yeterlidir. Zira fail bu durumda belirli bir kişi çevresinin zarar görmesi tehlikesinin bilincinde hareket etmiştir. Bu nedenle zarar verme kastı mevcuttur⁷⁷⁸. Buna paralel olarak, failin zarar görenin kişinin kimliğini bilmesi gerekmez⁷⁷⁹.

2.3.3.2.1.4. TBK m. 49/2 Hükümünde Aranan Kasıt

2.3.3.2.1.4.1. TBK m. 49/2 Hükümüne İlişkin Genel Olarak

TBK m. 49/2'ye göre, “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” TBK m. 49/2'ye karşılık gelen 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m. 41/2 hükmü şu şekildeydi: “Ahlaka mugayir bir fiille başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.” Hükümde “kasten” ifadesi yerine “bilerek” ifadesi yer almaktaydı. Bu noktada bilmenin yanı sıra isteme unsurunu da içeren kasıt ifadesine karşın “bilerek” ifadesinin kullanılmasının failin sadece fiilin zararlı sonuç doğuracağını bilmesinin yeterli olup kastın bir diğer unsuru olan isteme unsurunun aranmamakta olduğu anlamına gelip gelmediği akla gelebilir. Eski Borçlar Kanunu döneminde kanunda geçen “bilerek” ifadesinin bilinçli bir tercihten kaynaklanmadığı, mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanununun çevirisinde yapılan bir hata olduğu ifade olunmakta ve bu hükümde yer alan bilerek ifadesinin

⁷⁷⁸ Çağlayan Aksoy, s. 387.

⁷⁷⁹ Barlas, s. 426.

bilme ve isteme unsurlarını bir arada barındıran kasıt anlamına geldiği söylenmekteydi⁷⁸⁰.

TBK m. 49/1 gereği, kusur sorumluluğunun doğumu için kusurun kasıt derecesinde olması aranmaz. TBK m. 49/1 uyarınca haksız fiil sorumluluğunun doğumu için kusurun herhangi bir derecesi yeterli olup kastın varlığı şart değildir. Bununla beraber kusurun kasıt derecesinde olması tazminat miktarını belirlemede ve sorumluluğun paylaşılmasında dikkate alınır. Buna karşılık, TBK m. 49/2 gereği ahlaka aykırılığın bir haksız fiil teşkil ederek sorumluluğun doğması için, kasıt, kurucu unsur olarak aranır. Hükümde, kasıt derecesinde kusurun aranması, ahlak kavramının sorumluluğun sınırlarını aşırı şekilde genişletme tehlikesini bertaraf edici bir işleve sahiptir⁷⁸¹.

TBK m. 49/2’de aranan ahlaka aykırılık, belirli bir toplumda hâkim olan objektif ahlâka aykırılık anlamına gelir⁷⁸². Belirli bir toplumda hâkim olan objektif ahlâk ise, toplumdaki değişim ve dönüşümler ışığında belirli bir zaman ve mekândaki hâkim adalet ve hakkaniyet duygularını ifade eder⁷⁸³. Türk/İsviçre hukukunda ahlaka aykırılığın mevcudiyetinin hâlihazırda kabul edildiği olay grupları, başkasını sözleşmeyi ihlale teşvik etme, ihale sürecinde yapılan anlaşmalar, hak arama hakkının kötüye kullanılması ve haklı bir sebep bulunmadığı halde sözleşme yapmaktan kaçınmadır⁷⁸⁴.

Failin kasıtlı olduğunun tespiti için hukuka aykırılık bilincinin aranmadığını yukarıda açıklanmıştı⁷⁸⁵. TBK m. 49/2’nin uygulanması için ahlaka aykırılık bilincinin aranıp aranmayacağına ilişkin olarak, doktrindeki hâkim görüş, failin toplumdaki yerleşik genel ahlak anlayışından farklı bir ahlak anlayışına sahip olmasının her zaman mümkün

⁷⁸⁰ **Barlas**, s. 424.

⁷⁸¹ **Çağlayan Aksoy**, s. 373.

⁷⁸² **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 99; **Müller**, Handkommentar Art. 41, N. 55; **Fellmann/Kottmann**, N. 397-398; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 622; **Barlas**, s. 422; **Çağlayan Aksoy**, s. 350; **Kapancı**, Ahlaka Aykırı, s. 14-15.

⁷⁸³ **Bieri**, s. 551; **Çağlayan Aksoy**, s. 350; **Kapancı**, Ahlaka Aykırı, s. 12, dn. 39. Ateş, genel ahlâki “belli bir yerde ve zamanda o topluma (ya da topluluğa) ait sosyolojik kurallar ile ahlak kurallarından temel alan, kamusal vicdanda benimsenen; dürüst, namuslu, makul insanlara ait asgari, sosyal ve hukuki ahlak kuralları” biçiminde tanımlamaktadır. **Ateş**, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, s. 87.

⁷⁸⁴ **Schwenzer**, N. 51.05-51.09; **Müller**, Handkommentar Art. 41, N. 56. **Huguenin**, N. 1960.

⁷⁸⁵ Bkz. 2.3.3.2.1.3.2.

olması ve bu durumda failin sorumluluktan kurtulmasının kabul edilemez olduğu gerekçesiyle ahlaka aykırılık bilincinin aranmayacağını ifade etmektedir⁷⁸⁶.

Kasıt, zararlı sonucu tasavvur etme ve isteme anlamına geldiğine göre kastın olduğu her yerde ahlaka aykırılığın mevcut olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Failin fiili gerçekleştirmedeki amacının başkasına zarar vermek olduğu ve bazı yazarlarca kastın en üst derecesi olarak nitelendirilen salt zarar verme kastının varlığı durumunda kasıt ve ahlaka aykırılık, beraber (bir madalyonun iki yüzü gibi) mevcuttur⁷⁸⁷. Ancak diğer kasıt türleri için böyle bir genelleme (statement) isabetli değildir. Bu nedenle diğer kasıt türlerinde kasıt ve ahlaka aykırılık ayrı ayrı araştırılacaktır⁷⁸⁸.

2.3.3.2.1.4.2. Salt Zarar Verme Kastının Aranıp Aranmayacağı Sorunu

TBK m. 49/2'nin mehzaz hükmü olan İBK m. 41/2'de *Absicht* ifadesi yer almaktadır. Madde hükmünde yer alan *Absicht* ifadesinin bilinçli bir tercih olup failin fiili gerçekleştirmekteki amacının başkasına zarar vermesi –salt zarar verme kastı- anlamına mı geldiği, yoksa *Absicht* ifadesinin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmayıp doğrudan kasıt anlamına gelen *Vorsatz* anlamına mı geldiği hususu İsviçre doktrinine tartışmalıdır.

Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre bu husus, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi değildir ve hükümde yer alan *Absicht* ifadesinden *Vorsatz* anlaşılmalıdır⁷⁸⁹. Zaten İBK m. 41/2'nin gerekçesinde mehzaz hükmü olduğu açıkça belirtilen Alman Medeni Kanunu BGB §826 hükmünde, *Absicht* değil *Vorsatz* ifadesi yer almaktadır. Buna göre, yukarıda belirtildiği üzere, kanunun kasıt aradığı yerlerde doğrudan kasıt anlamına

⁷⁸⁶ **Barlas**, s. 428; **Çağlayan Aksoy**, s. 379; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 175. Aksi görüş için bkz. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 243a.

⁷⁸⁷ Aynı yönde bkz. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/1, §16 N. 198.

⁷⁸⁸ Bununla beraber failin ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesine sebebiyet veren olguların bilinmesinin, ahlaka aykırılık unsurunun mu yoksa kasıt unsurunun mu bileşeni olduğu husus tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 380.

⁷⁸⁹ **Honsell/Isenring/Kessler**, §7 N. 7; **Stark**, N. 275; **Bieri**, s. 551-552; **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 42, 45; **Roberto**, N. 235; **Schwenzer**, N. 22, 13; **Keller**, N. 118; **Huguenin**, N. 1959; **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 100; **Barlas**, s. 425; **Altop**, Atilla, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul 1996, s. 102.

gelen kasıt yeterli olup salt zarar verme kastı sorumluluk hukukunda aranmaz. Buna göre *Absicht* ve *Vorsatz* ifadeleri, ceza hukukunun aksine, sorumluluk hukukunda aynı anlama gelir⁷⁹⁰. Ayrıca salt zarar verme kastının aranacağıın kabulü halinde, ağır şartları nedeniyle hâlihazırda nadiren uygulama alanı bulan TBK m. 49/2 hükmü işlevsiz hale gelecektir⁷⁹¹.

Oftinger/Stark'a göre de, kanun koyucunun burada teknik anlamda *Absicht* aramayıp kastın her türünü yeterli gördüğü İsviçre Borçlar Kanununun diğer maddelerindeki tercihlerinden de çıkarılabilir. Örneğin İBK m. 100/1 ile m. 248/1'de *Absicht* ile ağır ihmalin aynı sonuçları doğuracağı kabul edilmiştir. Bu nedenle *Absicht* kavramının kullanıldığı bir yerde doğrudan veya dolaylı kastın dahil olmayacağı düşünülemez⁷⁹².

Diğer bir görüşe göre ise, kanun metninde geçen *Absicht* ifadesinin başka bir yorumu izin vermemektedir; dolayısıyla burada salt zarar verme kastının aranacaktır⁷⁹³. Her ne kadar TBK metninde, İsviçre Borçlar Kanununda olduğu üzere salt zarar verme kastına ilişkin bir ifade yer almayıp sadece kasıt aranmakta ise de, mehz kanun bakımından yapılan tartışmalar Türk hukukuna da yansımış, TBK m. 49/2 bakımından da salt zarar verme kastının aranması gerektiği savunulmuştur⁷⁹⁴. Bu görüşe göre, ancak bu sayede istisnai olarak öngörülmüş olan ve aslında çok geniş bir uygulama alanına sahip olma riskini barındıran bu fıkra, dar kapsamda ve kontrollü olarak uygulanabilecektir⁷⁹⁵. Doktrinde bazı yazarlar bu tartışmadan bahsetmemiş, ancak bu hükümde zararın kasten verilmesinden maksadın bir zararın meydana gelmesinin istenmesi ve fiilin bu maksatla gerçekleştirilmiş olması anlamına gelmesi olduğunu ve bu fıkranın uygulanabilmesi için zarara uğratma isteğinin/zarar verme kastının aranacağını ifade ederek TBK m. 49/2'de salt zarar verme kastı aranacağı yönünde görüş bildirmişlerdir⁷⁹⁶.

⁷⁹⁰ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 45; **Roberto**, N. 235; **Schwenzer**, N. 22; 13; **Keller**, N. 118.

⁷⁹¹ **Barlas**, s. 425.

⁷⁹² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/1, §16 N. 220.

⁷⁹³ **Brehm**, Berner Kommentar Art, 41, N 243; **Fuhrer**, s. 132.

⁷⁹⁴ **Kapancı**, Ahlaka Aykırı, s. 31.

⁷⁹⁵ **Kapancı**, Ahlaka Aykırı, s. 12.

⁷⁹⁶ **Schwarz**, Borçlar Hukuku, s. 109; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 47; **Saymen/Elbir**, s. 394, 413; **İnan**, s. 268, 279; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 175; **Güven**, Kusur Kavramı-I, s. 587; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 493.

Bununla beraber, bir kimsenin bir başkasına zarar verme amacıyla hareket etmesi, zaten davranışını ahlaka aykırı kılacaktır. Bir diğer deyişle, bir başkasına zarar verme amacıyla hareket edilmesi, fiile ahlaka aykırı niteliğini veren husus olacaktır⁷⁹⁷. Bu durumda, başkasına zarar verme amacıyla hareket edildiğinin ispatı, hem ahlaka aykırılık hem de kasıt unsurunun ispatı için yeterli olacaktır. Bu durumda bu fıkra aranılan kastın türü bakımından yapılan tartışmaların büyük bir etkisi bulunmayacaktır. Doktrinde bu fıkra başvuru hallerin “ezici” çoğunluğunda zarar verme amacının ön planda olduğu vurgulanmıştır⁷⁹⁸. Buna karşın, failin başkasına zarar vermek amacıyla hareket etmemekle beraber fiilinin ahlaka aykırı nitelik taşıdığı durumlarda bu tartışmanın etkisi görülecektir.

2.3.3.2.1.4.3. Dolaylı Kastın Yeterli Olup Olmayacağı Sorunu

TBK m. 49/2'nin uygulanması için dolaylı kastın yeterli olup olmayacağı, yoksa doğrudan kastın mı aranacağı doktrinde tartışmalı olup bir görüşe göre, dolaylı kasıt yeterli değildir⁷⁹⁹. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, hükümde kastın türleri arasında ayırım yapılmadığından TBK m. 49/2'de yer alan kasıt kavramı doğrudan kastın yanı sıra failin zararlı sonucun meydana gelmesini göz alması anlamına gelen dolaylı kastı da kapsamaktadır⁸⁰⁰.

TBK m. 49/2'nin uygulama alanı bulması için dolaylı kastın yeterli bulunmasını eleştiren bazı yazarlar, bu durumda dolaylı kasıt ile bilinçli ihmal arasındaki muğlak sınırın beraberinde getireceği tehlikelere dikkat çekmekte ve uygulamada ikisi arasında

⁷⁹⁷ Ateş, s. 191; Oğuzman/Öz, C.:II, s. 66.

⁷⁹⁸ Kapancı, Ahlaka Aykırı, s. 34.

⁷⁹⁹ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Oğuzman/Öz, C.:II, s. 66 dn. 180. Bu hükümde kastın en üst derecesi olan salt zarar verme kastının (*Absicht*) mevcudiyetini arayan İsviçreli yazarlara göre dolaylı kasıt, bu hükmün uygulama alanı bulması için elbette yeterli olmayacaktır.

⁸⁰⁰ Honsell/Isenring/Kessler, §7 N. 8; Fellmann/Kottmann, N. 400; Keller, s. 151; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/I, s. 69, N. 220; Werro, Commentaire romand, art. 41, n. 100; Oğuzman/Öz, C.:II, s. 66; Barlas, s. 429; Altop, s. 101- 102; Çağlayan Aksoy, s. 375; Gürpınar, s. 123. Gürpınar, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde vermiş olduğu eserinde, salt zarar verme kastına ilişkin tartışmalara yer vermiş ancak eBK m. 41/2'de geçen “bilerek” ifadesinin konuya İsviçreli yazarlardan farklı yaklaşma imkânını sağladığını belirterek bilme unsurunun kastın her türü için geçerli olduğunu ve kastın her türünün bu fıkranın uygulanmasında yeterli olacağını belirtmiştir. Alman hukukunda da BGB §826'nın uygulanmasında dolaylı kastın yeterli olduğu yönünde bkz. Kötz/Wagner, N.268; Wagner, Münchener Kommentar, §826, N. 23, 26.

sağlıklı bir ayırım yapılmasının mümkün olmayacağını ve TBK m. 49/2'nin sınırlı olması gereken uygulama alanını çok fazla genişleteceğini savunmaktadırlar⁸⁰¹.

2.3.3.2.2. İhmal

2.3.3.2.2.1. Genel Olarak

Kusurun tespitinde soyut ve ortalama tipin örnek davranışının esas alınacağını ve bu soyut tipin belirlenmesinde kullanılacak kıstasları yukarıda açıklamıştık⁸⁰². Failin davranışı bu soyut tipin farazi davranışından sapma gösteriyorsa bu durumda fail, kusurludur. Bununla beraber, failin kusur derecesinin ne ölçüde olduğunun belirlenmesi gerekir. Ne de olsa kusurun derecesi başta sorumluluğun doğumunda olmak üzere sorumluluk miktarında ya da rücu ilişkisi gibi pek çok açıdan sorumluluk hukukunda büyük önem arz etmektedir.

Öncelikle, zararlı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için durum ve koşulların gerekli kıldığı tedbirlerin alınmamasına ve özenin gösterilmemesine ihmal denir⁸⁰³. İhmalde fail, söz konusu fiili isteyerek gerçekleştirmektedir. Ancak failin zararlı sonucu istemesi ya da göze alması söz konusu değildir. İhmalen zarar vermeye kasıtlı zarar vermeye nazaran daha fazla rastlandığından dolayı ihmal daha fazla hukuki probleme konu olur.

Yukarıda açıklandığı üzere kusur ayırmaları kasıt- ihmal ayırımı ve bunların da kendi alt ayırmaları biçiminde ya da ağır kusur- hafif kusur biçiminde yapılmaktadır.

⁸⁰¹ **Kapancı**, Ahlaka Aykırı, s. 32.

⁸⁰² Bkz. 2.3.2.2.2.

⁸⁰³ **Fellmann/Kottmann**, N. 563; **Saymen/Elbir**, s. 394; **İmre**, s. 26; **Tunçomağ**, s. 442 vd.; **Feyzioğlu**, s. 479; **Özsunay**, s. 71; **İnan**, s. 280; **Erdoğan**, s. 126; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 598; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 56; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 415; **Hatemi/Gökyayla** s. 147; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 153; **Baysal**, s. 131; YHGK E. 2003/11-756, K. 2003/743, T. 10.12.2003 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

2.3.3.2.2.2. İhmalin Belirlenmesinde Özellik Arz Eden Durumlar

Kasıtta olduğu üzere, ihmalin belirlenmesinde özellik arz edip etmediğinin belirlenmesi gereken durumlar vardır. Bunlar, fiili durumda yanılığ, hukuki durumda yanılığ, hukuka aykırılık bilinci ve failin saikidir.

Yukarıda belirtildiği üzere, fiili durumda yanılığ, kastı bertaraf eder, ancak ihmali bertaraf etmez⁸⁰⁴. Örneğin kişi, gerekli dikkati gösterse idi fiili yanılığa düşmeyecek ve zarar verdiği malın kendisine değil de başkasına ait olduğunu anlayabilecek idiyse o zaman kişinin ihmali mevcut olacak ve ihmalden sorumluluğu doğacaktır. Hukuki durumda yanılığ da kural olarak faili ihmalden dolayı sorumluluktan kurtarmayacaktır⁸⁰⁵.

Hukuka aykırılık bilincine gelinecek olursa, failin davranışını toplumda yerleşik kurallara aykırı olarak değerlendirmesi yeterlidir⁸⁰⁶. Failin hukuka aykırılığın bilincinde olması şart değildir.

İhmalin belirlenmesinde, failin saikinin dikkate alınıp alınmayacağına gelinecek olursa, failin fiili meydana getirmeye ilişkin saikleri ihmalin derecesini belirlemede dikkate alınabilir⁸⁰⁷. Örneğin fazla hızlı araba kullanımı nedeniyle meydana gelmiş kazada şoförün spor amacıyla hızlı araba kullanmasındaki kusuru, ağır bir hastaya yetişmek için hızlı araba kullanan şoförüne nazaran daha ağır takdir olunur. Bununla birlikte saikin kusur değerlendirmesinde dikkate alınmayacağı da doktrinde savunulmuştur⁸⁰⁸. Bu görüşe göre saik -örneğin acil bir hastaya yetişmek gibi- ne kusuru belirlemede ne de kusurun derecelendirilmesinde dikkate alınır⁸⁰⁹.

⁸⁰⁴ Bkz. 2.3.3.2.1.3.3.

⁸⁰⁵ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 180.

⁸⁰⁶ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 176.

⁸⁰⁷ **Antalya**, s. 28.

⁸⁰⁸ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 105 dn. 118.

⁸⁰⁹ **Koçhisarlıoğlu**, Kusur, s. 505-506.

2.3.3.2.2.3. İhmal Ayrımları

Roma hukukundan gelen ve doktrin ve uygulamada da yerleşmiş bulunan yaklaşım kusuru kasıt ve ihmal olarak, ihmali de kendi içinde ağır ihmal ve hafif ihmal biçiminde alt ayrımlara tabi tutmaktadır. İhmalin kendi içinde ağır ihmal-hafif ihmal biçiminde ayrıma tabi tutulmasını yetersiz bulan yazarlarca, bir de orta ihmal derecesine ihtiyaç vardır. İhmalle ilgili doktrin ve uygulamada bu ayrımların yanı sıra bilinçli- bilinçsiz ihmal ayrımı da yapılmaktadır.

2.3.3.2.2.3.1. Bilinçli İhmal- Bilinçsiz İhmal Ayrımı

Failin, hukuka aykırı bir sonucun meydana gelebilmesi ihtimalini öngörmesine rağmen bunun gerçekleşmeyeceği düşüncesiyle zararlı sonucu önleyecek gerekli ve yeterli tedbirleri almamasına, bilinçli ihmal denir.⁸¹⁰ Bilinçsiz ihmalde ise fail, sırf dikkatsizliği nedeniyle hukuka aykırı sonuca sebebiyet vermiş olup bilinçli ihmalde olduğu gibi bilinçli bir şekilde zararı öngörme ya da zararın gerçekleşmeyeceği ümidi gibi unsurlar bulunmamaktadır⁸¹¹.

Objektifleştirilmiş kusur ölçüsünün kabulüyle denilebilir ki, bilinçli ihmal-bilinçsiz ihmal ayrımının hukuki sorumlulukta bir önemi bulunmamaktadır⁸¹². Tanımlarından da anlaşılacağı üzere bilinçli –bilinçsiz ihmal ayrımları subjektif ölçüye göre yapılır ve objektifleştirilmiş kusur ölçüsünün uygulandığı sorumluluk hukukunda uygulama alanı bulamaz. Hukuki sorumlulukta önemli olan kasıt-ihmal ayrımı olduğuna göre, bilinçli ihmal ve bilinçsiz ihmal kavramlarının hukuki sorumlulukta ne anlama geldiğine bakılmalıdır. Bilinçli ihmalin, ağır ihmal-hafif ihmal derecelendirmesinde ağır ihmale tekabül ettiği aşıkardır⁸¹³. Bununla beraber bilinçsiz ihmalin ağır ihmal anlamına

⁸¹⁰ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §5, N. 110; **Pelloni**, s. 265; **İmre**, s. 27; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 49; **Feyzioğlu**, s. 481; **İnan**, s. 280; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 495.

⁸¹¹ **Pelloni**, s. 265; **Schwarz**, *Borçlar Hukuku*, s. 111; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 49; **İnan**, s. 280; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 495; **Erdoğan**, s. 127.

⁸¹² **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §5, N. 111.

⁸¹³ **Keller**, N. 119; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 58. Hatta bilinçli ihmal en ağır ihmaldir. Aynı yönde bkz. **Brehm**, *Berner Kommentar*, Art. 41, N. 197a. **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 58.

gelmeyeceği çıkarımı direkt yapılamaz⁸¹⁴. Buna göre, bilinçsiz ihmal ağır ihmal ya da hafif ihmale tekabül edebilir.

Buna göre bu kavramlar, sorumluluk hukukunda uygulanan objektifleştirilmiş kusur ölçüsü ile bağdaşmadığı gibi, bir fiilin bilinçli ya da bilinçsiz ihmal olarak nitelendirilmesine ayrıca lüzum da yoktur. Ancak yukarıda “Kasıt” başlığı altında incelendiği üzere bilinçli ihmalin dolaylı kasıttan ayırt edilmesi özellik arz eder ve buna dikkat edilmelidir⁸¹⁵.

2.3.3.2.2.3.2. Ağır İhmal –Orta İhmal- Hafif İhmal Ayrımı

2.3.3.2.2.3.2.1. Genel Olarak

Roma hukukundan gelen ve doktrin ve uygulamada sıklıkla başvurulanan ağır ihmal – hafif ihmal ayrımı uyarınca ihmal, ağırlık derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır: Doktrinde ve uygulamada yapılan klasik ağır ihmal ve hafif ihmal tanımlarına göre, fail ile aynı şartlar altında bulunan makul herkesin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesine ağır ihmal⁸¹⁶ denir. Faille aynı şartlar altında bulunan herkesin değil; dikkatli kişilerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesine ise hafif ihmal denir⁸¹⁷.

İhmal dereceleri arasındaki ayırım, hukuk düzenine aykırılığın ağırlığına göre değil, zararın öngörülebilirliğine dayanan özen yükümlülüğü ihlalinin ağırlığına göre yapılır⁸¹⁸. Zararın ne olduğunun etkisi, gösterilmesi gerekli özenin düzeyinin belirlenmesinde kendini gösterir. Ayrıca kusurun ağırlığı, birinin öldürülmesi ya da eşya

⁸¹⁴ **Keller**, N. 119; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 197a; **Pelloni**, s. 265; **Stark**, N. 1001.

⁸¹⁵ Bkz. 2.3.3.2.1.

⁸¹⁶ **Schwenzer**, N. 22. 22; **İmre**, s. 27; **Saymen/Elbir**, s. 395; **Tunçomağ**, s. 444; **Güven**, Osman Sabri, “Kusur Kavramı ve Çeşitleri (II)”, YD, C.: XX, Y.:1981, (s. 154-186) s. 161; **Feyzioğlu**, s. 480; **İnan**, s. 281; **Erdoğan**, s. 128; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 495; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 602; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 57; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s.416; **Hatemi**, Sorumluluk Hukuku, §7, N. 16; **Hatemi/Gökyayla** s. 147; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 153.

⁸¹⁷ **İmre**, s. 27; **Saymen/Elbir**, s. 395; **Tunçomağ**, s. 444; **Güven**, Kusur Kavramı-II, s. 161; **Feyzioğlu**, s. 481; **İnan**, s. 281; **Erdoğan**, s. 128; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 602; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 57; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 416; **Hatemi/Gökyayla** s. 147; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 153.

⁸¹⁸ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 35.

zararı olmasına göre belirlenmez⁸¹⁹. İhmal dereceleri arasında açık ve kesin bir sınır çizmek esasen oldukça güçtür.

2.3.3.2.2.3.2.2. Ağır İhmal

2.3.3.2.2.3.2.2.1. Ağır İhmal Kavramı

Failin en temel dikkat kurallarını ihlal etmesi ve böylece aynı yerde ve aynı koşullar altında bulunan her makul kişinin fark edeceği hususları dikkate almaması durumunda ağır ihmal söz konusu olur⁸²⁰. Ağır ihmal tanımında en önemli ifade “herkesin” ifadesidir. Herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemek, gösterilebilecek asgari özeni göstermemek anlamına gelir. Ağır ihmalde, failin davranışının soyut ve ortalama tipin örnek davranışından saptığı aşıkardır.

Temel bir davranış kuralının ihlali tek başına ağır ihmalin bulunduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. İhmalin derecesinin belirlenmesinde sadece ihlal edilen davranış kuralı esas alınmaz⁸²¹. İhmalin derecesi bağlama göre belirlenir⁸²². Örneğin, sebebiyet verilen tehlike oranı artmakla beraber alınması gereken somut güvenlik önlemleri alınmadıkça ihmalin ağırlığı da, bir o kadar artar⁸²³. Ayrıca kusur değerlendirmesinde, sebep (kusur) ve sonuç (zarar) ayrımı net bir şekilde yapılmalıdır. Ağır zarar, her zaman ağır kusurdan kaynaklanmayabilir⁸²⁴.

Ağır ihmal hem bir yapma fiili hem de bir yapmama fiilinde söz konusu olabilir. Bir kompresörün 15 yaşındaki oğlu tarafından kurulumu esnasında babanın herhangi bir gözetimde bulunmayarak oğlunu kontrol etmemesi buna örnektir⁸²⁵.

⁸¹⁹ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 35.

⁸²⁰ BGE 95 II 573/578, 95 II 630/637. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 107. **Brehm**, Berner Kommentar, N. 197A; **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 49; BGE 108 V 306, 115 II 287, 119 II 448; **Honsell/Isenring/Kessler**, §6 N. 26; **Huguenin**, N. 1986; **Schwenzer**, N. 22.22; **Fellmann/Kottmann**, N. 564; **Özsunay**, s. 71.

⁸²¹ **Brehm**, Berner Kommentar, N. 197A. BGER 4C.286/2003 v. 18.2.2004, E. 3.1.

⁸²² **Keller**, N. 127.

⁸²³ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 49. BGE 112 II 138; BGE 93 II 345, 352.

⁸²⁴ **Brehm**, Berner Kommentar, N. 197A.

⁸²⁵ BGER 2C_ 676/2011 v. 16.12.2012, E. 2; **Brehm**, Berner Kommentar, N. 197A.

Çocuklar, kendi yaş grubundaki çocuklarla kıyaslanmak üzere kusur değerlendirilmesine tabi tutulduklarından erişkinlerde ağır ihmal teşkil eden bir durum çocuklarda farklı şekilde değerlendirilebilir⁸²⁶.

İhmalin derecesini belirlemek esasen güçtür. Somut olayın şartlarına bakılması gerektiğini belirten *Keller* şöyle bir yardımcı formül önermektedir⁸²⁷: “*Bu olabilir/gerçekleşebilir denilen olay*” (Das kann passieren), hafif ihmal anlamına gelirken; “*Bu olamaz/gerçekleşemez denilen olay*” (Das darf nicht passieren) ağır ihmal anlamına gelir. Öte yandan *Roberto*'ya⁸²⁸ göre bu formül, şüphelidir. Zira bu formül, fiilden ziyade ihlal edilen menfaate ilişkindir. Üstelik hafif ihmali fiille sebebiyet verilen ağır bedensel zarar ya da ölüm hallerinde “*bu olabilir*” denilemez.

Sonuç olarak, ağır ve hafif ihmal ayrımı hâkimin takdir yetkisini kullanarak vereceği bir karardır. Öte yandan, mahkemeler ağır ihmal sonucuna kolay kolay varmazlar, bunun için özellikle özen yükümlülüğünün ciddi ihlalini ararlar⁸²⁹.

2.3.3.2.2.3.2.2.2. Ağır İhmalin Başlıca İşlevleri

Haksız fiil sorumluluğun doğumu için -TBK m. 49/2 dışında- kusurun herhangi bir derecesi yeterli olmakla beraber failin ağır ihmali olması, çeşitli sonuçlar doğuracaktır⁸³⁰. Bunlardan en önemlisi, ağır ihmalin tazminat miktarının belirlenmesinde oynadığı roldür⁸³¹. Kural olarak ağır ihmal, TBK m. 51'e göre tazminatta indirim yapılmasına engel olur⁸³². Tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de gerektirmesi halinde indirim yapılabilmesini öngören TBK m. 52/2 hükmüne başvurulamaz. Buna ek olarak, ağır ihmalin, üçüncü

⁸²⁶ *Keller*, N. 128.

⁸²⁷ *Keller*, N. 127; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, §5, N. 107, dn. 121'de *Keller*'in formülünü etkileyici bularak desteklemektedir.

⁸²⁸ *Roberto*, N. 237.

⁸²⁹ *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I, §5, N. 108.

⁸³⁰ Sözleşme sorumluluğunda kanun koyucu sorumluluğun doğumu için bazı hallerde en az ağır ihmal aramaktadır. Örneğin, “*Bağışlayanın Sorumluluğu*” kenar başlıklı TBK m. 294/1'e göre, bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir.

⁸³¹ *Keller*, N. 127; *Brehm*, Berner Kommentar, N. 197B.

⁸³² *Pelloni*, s. 266; *Brehm*, Berner Kommentar, N. 197B.

kişinin ya da zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağıını kesmesine engel olabileceği savunulmaktadır⁸³³. Ayrıca ağır ihmale ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüzdür. Zira ağır ihmalli bir fiilden dolayı sorumluluğun doğmayacağına ilişkin yapılan anlaşmalar geçersizdir. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde belirleyici olan ihlalin ağırlığı olmakla beraber, kusurun ağır ihmal derecesinde olması da tazminat miktarını arttırıcı etkide bulunur⁸³⁴.

2.3.3.2.2.3.2.3. Ağır İhmalin Kabul Edildiği Yargı Kararları

- Etrafına bakınmadan çok fazla aracın bulunduğu bir yola koşan kimse, ağır ihmal konusunda verilen meşhur örnektir⁸³⁵. Yaya, yaya geçidi üzerinde bulunuyor olmasına rağmen ağır ihmalli olarak nitelendirilmiştir⁸³⁶.
- Bir binek aracının 80 yaşın üzerindeki sürücüsü, fren ve gaz pedalını birbirine karıştırmıştır⁸³⁷. Gaz pedalı ve frenini karıştırılması ağır kusur teşkil eder ve ileri yaş bu durumu mazur göstermez. Özel yetenek gerektiren bir faaliyeti icra eden ancak ilerlemiş yaşı nedeniyle yetenekleri azalan bir kimse, bu durumun bilincindedir ve bu durumu dikkate almak zorundadır.
- Bir patlama görevlisinin patlamada gerekli güvenlik önlemlerini almaması⁸³⁸.
- İşverenin şantiyede hiçbir güvenlik tedbiri almaması⁸³⁹.
- İşverenin deneyimsiz ve yeterince talimat verilmemiş bir çalışana, emniyet sistemi bozuk ve tehlikeli bir makineyi kullandırması⁸⁴⁰.
- Hareket halindeki bir trene binmeye çalışmak⁸⁴¹
- Dikkatsizce ve aşırı hızla, geçiş hakkını dikkate almadan kavşağa giren ağır ihmallidir⁸⁴².

⁸³³ Keller, N. 127; Brehm, Berner Kommentar, N. 197B.

⁸³⁴ Pelloni, s. 268.

⁸³⁵ Keller, N. 128.

⁸³⁶ BGE 115 II 287.

⁸³⁷ BGer 4C.286/2003 v. 18.2.2004, E. 4.3. Brehm, Berner Kommentar, N. 197A.

⁸³⁸ BGE 112 II 131/137. Brehm, Berner Kommentar, N. 201.

⁸³⁹ BGer 4C.407/1994 v. 19.12.1995 E. 1/b. Brehm, Berner Kommentar, N. 201.

⁸⁴⁰ BGer 4A_132/2010 v. 5.5.2011, E. 3.3 Brehm, Berner Kommentar, N. 201.

⁸⁴¹ BGE 102 II 367. Keller, N. 128.

⁸⁴² BGE 84 II 220. Keller, N. 129.

- Okul çocukları tarafından oyun alanı olarak kullanılan açıktaki bir alanda boş benzin bidonlarının istiflenmesi benzinin yanıcılığından ötürü ağır ihmaldir⁸⁴³.

2.3.3.2.2.3.2.3. Orta İhmal

Orta ihmalde fail, en temel, her makul kişinin riayet etmekle yükümlü olduğu özen yükümlülüğünü ihlal etmekle beraber, ihmalin alt sınırını da az bir farkla aşmış da değildir. Bir diğer deyişle fail, en temel dikkat kuralını ihlal etmemiştir ancak fail ile aynı koşullar altında bulunan kişiden somut olarak beklenen özen ölçüsüne de riayet etmemiştir⁸⁴⁴. Buna göre, orta ihmal ne ağırdır ne de hafiftir⁸⁴⁵.

Önceleri orta ihmali bir kusur derecesi olarak reddeden Federal Mahkeme, 1974 yılında verdiği bir karar ile orta kusur (orta ihmal) derecesini açıkça kabul etmiştir⁸⁴⁶. Federal Mahkeme, orta ihmal derecesini, davranışın ağır ihmali olmadığı ancak hafif ihmali de olmadığı bir durumda İBK m. 44/2'yi (TBK m. 52/2) uygulayabilmek için kabul etmiştir⁸⁴⁷. Olayda 11 yaşındaki 3 çocuk Bengal kibriti ile oynarken bir köylünün evlerine gitmeleri uyarısı üzerine evlerine gitmeyip bir ahıra girmişler ve kibritle oyun sonucunda ahırda yangın çıkmıştır⁸⁴⁸. Federal Mahkeme, olayda ihmalin orta ihmal derecesinde olduğunu belirtmiştir. Federal Mahkeme kararına göre⁸⁴⁹, “*Böylece alt derece mahkemesi, isabetli olarak doktrinde sıklıkla karşılaşılan ve hafif olmayan kusuru ağır kusur olarak nitelendirerek kusuru ikiye ayıran görüşü reddetmiştir. Bu ayırım, yaşam tecrübelerine göre kusurun derecesinin hafif ya da ağır olmayıp çok sıklıkla orta ağırlıkta olduğunu göz ardı etmektedir. Belirli kanun metinlerinin ağır ya da hafif kusura hukuki sonuç bağlamış olması kusurun başka bir ara derecesi olmadığı anlamına hiçbir şekilde gelmez.*” Ayrıca Federal Mahkeme orta ihmali reddetmenin hayat deneyimlerine aykırı olduğunu da ifade etmiştir.

⁸⁴³ BGE 66 II 114. **Keller**, N. 129.

⁸⁴⁴ **Kessler**, Basler Kommentar, Art 41, N. 50.

⁸⁴⁵ **Brehm**, Berner Kommentar, N. 198; **Huguenin**, N. 1988; **Fellmann/Kottmann**, N. 565.

⁸⁴⁶ BGE 100 II 332/338; **Winiger**, s. 24. İsviçre hukukunda orta ihmal ve orta kusur tabirleri ile hafif ihmal ve hafif kusur tabirleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Ayrıca bazı yazarlarsa orta ihmal derecesini ya açıkça bir kusur derecesi olarak reddetmekte ya da bu dereceden hiç bahsetmemektedirler.

⁸⁴⁷ **Huguenin**, N. 1988.

⁸⁴⁸ **Huguenin**, N. 1988.

⁸⁴⁹ **Brehm**, Berner Kommentar, N. 198; BGE 100 II 332/338.

Yaya geçidinde caddeyi geçmek üzere olan iki öğrenciye dikkat etmeyen sürücü⁸⁵⁰; helikopterin düştüğü bir kazada olumsuz hava koşullarını dikkate almayan ve önceden olay yerinde inceleme yapmayan pilot da yine orta ihmali olarak nitelendirilmiştir⁸⁵¹. İsviçre hukukunda hâkim görüş, orta ihmalin bir ihmal derecesi olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir⁸⁵². İBK’da tek bir kusur kategorizasyonu bulunmamaktadır; dolayısıyla başka kusur derecelerinin de kabulü mümkündür. Kanunda orta ihmal ifadesinin geçmemesi, orta ihmalin bir kategori olarak kabulüne engel değildir çünkü ikili ayırım bu kategorilerin fazla genel olmasından dolayı davranışı nitelendirmede yetersiz kalabilir⁸⁵³.

Ancak aksi görüşte olan ve orta ihmal derecesini reddeden yazarlar da bulunmaktadır⁸⁵⁴. *Keller’e* göre fiilleri ağır ya da hafif ihmal olarak derecelendirmede zorluk yaşandığından bahisle bir üçüncü derece olarak orta ihmal ortaya çıkmıştır. Ancak yazara göre, ağır olmayan ihmal, hafif ihmaldir ve dolayısıyla hafif kusur anlamına gelir⁸⁵⁵. *Antalya’ya* göre de, böyle bir kusur derecesinin kabulü kanuni dayanağı olmayan bir ara derecenin yaratılması anlamına gelir⁸⁵⁶. Ancak Türk hukukunda orta ihmali kabul eden yazarlar da bulunmaktadır⁸⁵⁷. Yargıtay da kararlarında ihmalin, ağır ihmal, orta ihmal ve hafif ihmal olmak üzere üçe ayrıldığını belirtmek suretiyle bu ihmal derecesini kabul etmektedir⁸⁵⁸. Ancak orta ihmal derecesi, hukukumuzda yaygın olarak kullanılmamaktadır.

⁸⁵⁰ BGer 6S.754/2000 v. 15.6.2001, E. 3c/aa.

⁸⁵¹ BGer 4C.10/2001 v. 7.8.2001, E. 3c.

⁸⁵² **Honsell/Isenring/Kessler**, §6 N. 24, 28; **Müller**, Handkommentar, Art 41, N. 15; **Huguenin**, N. 1985; **Guhl/Koller**, §24 N. 41; **Rüetschi**, David, “Aurea mediocritas- Gedanken zum Begriff der mittleren Fahrlässigkeit”, HAVE 2009, (s. 137-144), s. 137 vd.

⁸⁵³ Rüetschi, açıkça, lafzi, sistematik ve tarihi yorumun ikili ayırım yönünde olduğunu kabul etmekle beraber, amaçsal yoruma başvurulduğu takdirde farklı bir sonuca varılabileceğine dikkat çekmektedir. İFM, kanunun ağır ihmal-hafif ihmale bağladığı sonuçların uygun görünmediği durumların bulunduğunu belirtmiş ve bir boşluk bulunduğunu kabul etmiştir. Yazara göre bu durumda teleolojik redüksiyon yapılmalıdır yoksa farklı durumlara aynı muamele yapılmış olur bu da haksızlık sonucunu doğurur. Böylelikle, hafif ihmal ve ağır ihmalin alanı daralır ve kanunun açık bir düzenleme öngörmediği durumlar ortaya çıkar. Teleolojik redüksiyon örtülü boşluğa yol açar, bu boşluk TMK m. 1’de hâkimin hukuk yaratma yetkisi uyarınca doldurulmalıdır. İşte İFM de orta ihmal kategorisini yaratarak bu boşluğu doldurmuştur. **Rüetschi**, s. 141.

⁸⁵⁴ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5, N. 105; **Keller**, N. 119.

⁸⁵⁵ **Keller**, N. 119.

⁸⁵⁶ **Antalya**, s. 37.

⁸⁵⁷ Bkz. **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 153; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 602.

⁸⁵⁸ Yargıtay 9. HD, E. 2014/33535, K. 2016/10473, T. 26.4.2016. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

Kanaatimizce de bir ihmâl derecesi olarak orta ihmâl kavramının kabulü isabetlidir ve bu kavrama başvurulması bir gerekliliktir. Failin davranışının tam olarak hangi kusur derecesine tekabül ettiğinin tespitinin büyük önem arz ettiği durumlar bulunmaktadır. Bu durumlara örnek olarak, tazminat miktarının belirlenmesi, birden fazla failin davranışlarının kusurluluk derecesi bakımından bir sıralamaya tabi tutulması ve müteselsil borçlular arası iç ilişkinin düzenlenmesi verilebilir. Bu nedenle kusur derecesinin mümkün olan en net biçimde belirlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Bu noktada İsviçre doktrininde ve yargı kararlarında kullanılan orta ihmâl kavramı yardımcı olacak ve önemli bir işlev gösterecektir. Buna göre, ihmâlin hafif-orta-ağır biçiminde derecelendirilmesi, tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının gereği gibi dikkate alınmasını sağlayacaktır.

“Orta ihmâl” terimini ve derecesini kabul etmekle beraber, orta kusur ifadesini isabetli bulmuyoruz. Zira TBK’da kanun koyucunun yapmış olduğu ayırım ağır kusur- hafif kusur ayırımı olup hafif kusur ağır olmayan kusur anlamına gelmektedir. Buna göre, orta ihmâl kanunun benimsemiş olduğu ağır kusur-hafif kusur ayırımında hafif kusura tekabül edecektir. Buna göre kanun koyucunun hafif kusura sonuç bağladığı TBK m. 52/2 hükmü orta ihmâlin varlığı halinde de uygulanabilecektir.

2.3.3.2.2.3.2.4. Hafif İhmâl

Faille aynı şartlar altında bulunan herkesin değil; dikkatli kişilerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesine hafif ihmâl denir⁸⁵⁹. Hafif ihmâlde, fail esasında dikkat ve özen göstermiş ancak kendisinden beklenen derecede dikkat ve özen göstermemiştir. Failin davranışı ile soyut ve ortalama tipin örnek davranışı arasındaki fark azdır⁸⁶⁰. Fail, küçük bir dikkatsizlikle hareket etmiştir. Hafif ihmâl, yukarıda açıklanmış olan kusur tiplerinden daha az ağırdır.

⁸⁵⁹ Orta ihmâl kavramına hiç yer vermeyen ya da bu kavramı açıkça reddeden yazarlarca hafif ihmâl, ağır olmayan ihmâl biçiminde tanımlanmaktadır. **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht* I, §5, N. 109; **Keller**, N. 119; **Tandoğan**, *Mes’uliyet*, s. 55; **Özsunay**, s. 72.

⁸⁶⁰ **Huguenin**, N. 1987; **Fellmann/Kottmann**, N. 566.

Hafif ihmal, kanunun benimsemiş olduğu ağır kusur-hafif kusur ayrımında hafif kusura tekabül etmektedir. Zira hafif kusur, ağır kusur teşkil etmeyen kusurdur. Buna göre hafif ihmalin mevcudiyeti halinde kanun koyucunun hafif kusura sonuç bağladığı hükümlere (örneğin TBK m. 52/2 ve TBK m. 115/3) başvurulabilir.

2.3.3.3. Ağır Kusur- Hafif Kusur Ayrımı

Doktrin ve uygulamada yerleşmiş olan ve alışlagelmiş kusur ayrımı kasıt-ihmal ayrımıdır⁸⁶¹. Bununla beraber kanun koyucu, kusurun ağırlığına göre uygulanacak hükümler bakımından ağır kusur-hafif kusur ayrımı yapmıştır. Bu kavramların ne anlama geldiğinin netleştirilmesi gerekmektedir.

Ağır kusur, kasıt ve ağır ihmali ifade eder⁸⁶². Ağır kusur ifadesi kasıt ve ağır ihmali kapsadığından ağır kusuru sadece ağır ihmal anlamında kullanmak isabetli değildir⁸⁶³. Hafif kusur ise ağır kusur teşkil etmeyen kusuru ifade eder. Orta ihmali, bir ihmal derecesi olarak ele almayan ve ihmal ayrımını sadece ağır ihmal-hafif ihmal biçiminde yapan yazarlar, hafif kusuru hafif ihmal olarak nitelendirmektedir⁸⁶⁴. Biz, orta ihmali de bir ihmal derecesi olarak kabul ettiğimizden ve hafif kusuru, ağır olmayan kusur olarak tanımladığımızdan hafif kusuru, sadece hafif ihmal değil, orta ihmal ve hafif ihmal olarak nitelendirmeyi uygun görmekteyiz. Buna göre, hafif kusur, hafif ihmali ve orta ihmali ifade etmektedir.

2.3.3.4. Değerlendirme

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında ihmal derecelendirmesine ilişkin olarak şunlar söylenebilir:

⁸⁶¹ TBK'da ağır kusur ve hafif kusur ayrımına yer verilmiş olması doktrinde eleştirilmiştir. **Atamer**, Değerlendirme, s. 10; **Başpınar**, s. 227.

⁸⁶² **Saymen/Elbir**, s. 395. **Hatemi**, Sorumluluk Hukuku, §7, N. 16.

⁸⁶³ Aynı yönde bkz. **Saymen/Elbir**, s. 395; **Baysal**, Zarar Görenin Kusur, s. 132. Öte yandan Feyzioğlu'na göre, "Bununla beraber, ağır kusur deyimi geniş anlamda kastı da kapsar. Çünkü kast, kusurun en ağır şeklidir. Şu var ki kast sözcüğü, kendi muhtevasını rahatlıkla belirttiği için ağır kusuru, ağır ihmal ile eş anlamda kullanmakta hata olduğu söylenemez." **Feyzioğlu**, s. 480, dn. 56a.

⁸⁶⁴ **Saymen/Elbir**, s. 395.

Öncelikle yapılan klasik tanıma göre ağır ihmal, herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemek; hafif ihmal ise dikkatli ve özenli kişinin göstereceği özeni göstermemektir. Ancak bazen kişinin davranışının ne derece ihmali olduğunu belirlemek o kadar kolay olmayabilir. Ayrıca “herkes” ve “dikkatli kişi” ölçütleri yanıltıcı olabilir. Bu nedenle kusur derecesinin belirlenmesine ilişkin olarak bazı hususların altını çizmek istiyoruz.

Kanaatimizce, kişinin kusurunun “herkesin” ya da “dikkatli kişinin” göstereceği özenden sapma gösterdiği konusunda hiçbir tereddüt bulunmuyorsa bu durumda, kusur derecesi elbette bu şekilde tespit edilebilir. Buna göre, bir olayda ihmalin derecesini tespitinde kişinin davranışı kolaylıkla bu iki tanım uyarınca nitelendirilebiliyorsa bu nitelendirme yapıp kişinin ağır ihmali mi yoksa hafif ihmali mi olduğu sonucuna varılabilir.

Ancak kusur derecesi tespitini yapmanın zor olduğu durumlarda ya da bu tespitte yanılma riskini bertaraf etmek için hâkim, yukarıda belirtmiş olduğumuz kıstaslar uyarınca soyut ve ortalama tipi ve bu tipin örnek davranışını belirlemeli ve failin fiili ile soyut tipin farazi davranışını kıyaslamalıdır. Failin fiili, soyut tipin davranışından ne derece sapma gösteriyorsa fail o derecede kusurludur.

2.4. SOMUT OLAYDA KUSURUN TESPİTİ

2.4.1. Genel Olarak

Somut olayda kusurun gereği gibi tespit edilebilmesi için açıklanması ve dikkat edilmesi gereken belirli hususlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kusuru ispat yükü ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir uyumsuzlukta kusuru ispat yüküne ilişkin kurallardır. Bir diğeri ise, hukuk hâkiminin bağımsızlığı ilkesi ve hukuk hâkiminin ceza hukuku kuralları ve ceza mahkemesi kararları karşısında bağımsızlığı anlamına gelen hukuk hâkiminin bağımsızlığı ilkesidir. Ayrıca kusurun belirlenmesinde bilirkişinin rolü ve ülkemizde bilirkişiye başvuruda yapılan yanlışlara da dikkat edilmelidir. Son olarak,

somut olayda hâkim tarafından kusurun tespitinin gereği gibi yapılabilmesi için dikkat edilmesi gereken başlıca hususlara yer verilmiştir.

2.4.2. Kusuru İspat Yükü

TMK m. 6'ye göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. TBK m. 41 uyarınca öne sürülen tazminat taleplerinde de bu hüküm uygulanır. Zaten bu durum TBK m. 50'de açıkça “*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.*” biçiminde ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin, haksız fiilin rastlantısal bir durumdan doğması dikkate alınırsa son derece akla uygun olduğu savunulmaktadır⁸⁶⁵. Çünkü burada hem zarar gören hem de zarar veren kazaya yol açan koşulları ispatlama bakımından eş durumdadır⁸⁶⁶. Bu nedenle bir iddiayı ileri süren tarafın bu iddiasını ispat edememesi durumunda bunun sonuçlarına katlanması meşrudur.

Genellikle fiilin mahiyetinden kusurun varlığı hakkında fiili bir karine çıkarılabilir⁸⁶⁷. Örneğin failin bir kimseyi dövmesi halinde ya da aracını hız limitinin çok üzerinde kullanmış olması halinde zarar görenin, failin kusurunun varlığını ayrıca ispatlamasına gerek yoktur⁸⁶⁸. Ancak hâkim bu hususta çok dikkatli davranmalıdır.

Kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi, esasen zarar gören için oldukça avantajlı bir durum meydana getirir. Ancak *Widmer*'e göre, İsviçre mahkemeleri bu sonuca kusuru ispat yükünü yer değiştirerek değil de, kusurun objektifleştirilmesi, özen ölçüsünün ağırlaştırılması ile varmaktadır⁸⁶⁹.

Kusuru ispat yükünde bahsedilmesi gereken bir nokta TBK m. 59/2'deki ispat silsilesine ilişkindir. Bu hükme başvurulması durumunda öncelikle zarar gören, failin ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun olduğunu ispatlamalıdır. Bu, failin ayırt etme

⁸⁶⁵ **Schwenzer**, s. 22.29.

⁸⁶⁶ **Schwenzer**, s. 22.29.

⁸⁶⁷ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 62; **İnan**, s. 285.

⁸⁶⁸ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 62; **İnan**, s. 285.

⁸⁶⁹ **Widmer**, Fault, s. 297, N. 61.

gücünü kaybetmede kusurlu olduğuna ilişkin adi kanuni karineye yol açar⁸⁷⁰. Bunun ardından fail, ayırt etme gücünden kalıcı olarak yoksun olduğunu ya da ayırt etme gücünü kusuru olmaksızın kaybettiğini ispatlamalıdır⁸⁷¹.

2.4.3. Hukuk Hâkiminin Bağımsızlığı İlkesi

2.4.3.1. Genel Olarak

Bazı fiiller hem ceza hukuku bakımından suç hem de özel hukuk bakımından haksız fiil teşkil ederler. Bu durumda bu fiillerin nasıl değerlendirileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Farklı hukuk alanlarında ortak kavramlar bulunmakla beraber bunların ifade ettikleri anlamlar birbirinden farklı olabilir. Demek ki, farklı hukuk alanlarındaki kavramlar ve koşullar her zaman örtüşmez. Bu nedenle bir başka hukuk alanından elde edilen çıkarımlar kesin şekilde sorumluluk hukuku alanına aktarılamaz⁸⁷².

Bunun önemli bir örneğini ceza hukuku ve sorumluluk hukuku teşkil etmektedir. Bu iki hukuk dalı arasında ortak bir kavram olmakla beraber kusur, iki hukuk dalında farklı kıstaslara tabi tutulmaktadır. Ceza hukukunda sübjektif kusur ölçüsü kabul edilmiş iken; sorumluluk hukukunda objektifleştirilmiş kusur ölçüsü egemendir⁸⁷³. Buna göre sorumluluk hukukundaki kusur ölçüsü daha katıdır. İki hukuk dalının kusur ehliyeti bakımından yaklaşımları da birbirinden farklıdır. Sorumluluk hukukunda ayırt etme gücü açısından herhangi bir yaş sınırı öngörülmemiş iken; ceza hukukunda TCK m. 31 uyarınca fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış kimse hakkında ceza verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁸⁷⁴. Demek ki bir kimse, yaş bakımından da ceza hukuku

⁸⁷⁰ Fellmann/Kottmann, N. 592.

⁸⁷¹ Fellmann/Kottmann, N. 592-593.

⁸⁷² Keller, N. 125.

⁸⁷³ Ceza hukukundaki manevi unsur, fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için kusurlu olarak işlenmesi anlamına gelip, kasıt ya da taksir görünümünde olabilir. Kasıt, neticeyi bilerek ve isteyerek fiilin işlenmesi; taksir ise failin gerekli özeni göstermemesi nedeniyle neticenin meydana gelmesidir.

⁸⁷⁴ Ceza hukukunda kademeli kusur ehliyeti söz konusudur. TCK m. 31 hükmüne göre, “*Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve*

bakımından isnat yeteneğinden yoksun kabul edilirken sorumluluk hukukunda zararı tazminle yükümlü tutulabilir. Ayrıca ceza hukukunda ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulmayacağı mutlak iken sorumluluk hukukunda, TBK m. 65 uyarınca hakkaniyet gereği ayırt etme gücünden yoksun kişi sorumlu tutulabilmektedir. Ceza hukukunda kural olarak kasıtlı suç işlenebilmesi; taksirle işlenen suçların istisnai nitelikte olup özel düzenlemeyi gerektirmesi; buna karşılık sorumluluk hukukunda sorumluluğun doğumu için kural olarak kusurun herhangi bir derecesinin yeterli olması hatta bazı durumlarda kusurun aranmaması iki hukuk dalı arasındaki kusur anlayışına dair önemli farkı göstermektedir.

Ceza hukuku ile sorumluluk hukukunun amaçlarının; haksız fiille suçun unsurlarının, her iki hukuk dalındaki yargılama usulü ile delillerin değerlendirilmesinin birbirinden farklı olmaları ve kavramların birebir örtüşmemesi, hukuk hâkiminin bağımsızlığı ilkesini doğurmuştur⁸⁷⁵.

TBK m. 74 ile, hukuk hâkiminin ceza hukuku kuralları ve ceza mahkemesi kararları karşısında bağımsızlığı hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre, “*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*”

sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.”

⁸⁷⁵ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 133; **Stark**, N. 429-430; **Guhl/Koller**, §24 N. 48; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 349; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, C.: 29, S.: 3, Y.: 1973, (s. 185-224) s. 192-193; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 601 vd.; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 850; **Nart**, s. 49.

Bağımsızlık ilkesinin iki uygulama alanı bulunmaktadır. Birincisi ceza hukuku kuralları karşısında bağımsızlık, ikincisi ise ceza mahkemesi kararları karşısında bağımsızlıktır.

2.4.3.2. Ceza Hukuku Kuralları Karşısında Bağımsızlık

Ceza hukuku kuralları karşısında bağımsızlığa ilişkin olarak çalışmamızın konusunu oluşturan kusur ve ayırt etme gücünün tespiti. Ceza hukukunda sübjektif kusur ölçüsü kabul edilmiştir. Buna karşın sorumluluk hukukunda objektifleştirilmiş kusur ölçüsü geçerli olup hukuk hâkimi, aynı zamanda suç teşkil eden bir haksız fiilde failin kusurlu olup olmadığını belirlerken ceza hukukunun kusurla ilgili kurallarıyla bağlı değildir. Aynı bağımsızlık ilkesi, ayırt etme gücünün tespiti bakımından da geçerlidir. Ceza hukukunda cezai ehliyet yaşa göre belirlenmiş olup TCK m. 31 uyarınca fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış kimse hakkında ceza verilemez. Ancak sorumluluk hukukunda ayırt etme gücü bakımında bu şekilde bir asgari yaş sınırı öngörülmemiştir. Ayrıca yaş küçüklüğü ya da başka bir sebeple ceza hukuku kuralları uyarınca fiili kendisine isnat edilmeyen kimsenin cezai sorumluluğunun doğumu mümkün değildir ancak TBK m. 65 uyarınca hakkaniyet gereği ayırt etme gücünden yoksun bulunmayan kimselerin tazminat sorumluluğu doğabilir.

2.4.3.3. Ceza Mahkemesi Kararları Karşısında Bağımsızlık

Ceza mahkemesinin kararları karşısında bağımsızlık ise, beraat ve mahkûmiyet kararları bakımından ikiye ayırarak incelenmelidir.

TBK m. 74'te açıkça zikredildiği üzere, hukuk hâkimi ceza mahkemesinin vermiş olduğu beraat kararıyla bağlı değildir. Bu kuralın altında yatan sebep, her iki hukuk dalında delillerin değerlendirilmesi bakımından mevcut farklılıktır⁸⁷⁶. Ceza hâkimi, suçun sabit sayılması için tazminat davasında aranılana nazaran daha kuvvetli delillere ihtiyaç duyduğu halde, hukuk hâkimi aynı iddiayı daha az kuvvetteki delillerle sabit görebilir.

⁸⁷⁶ Kılıçoğlu, Haksız Fiil, s. 197.

Ancak bu kural ikiye ayrılarak incelenmelidir⁸⁷⁷: Ceza hâkiminin suçun işlendiğini sabit saymaya yetecek delil bulunmamasına dayanarak vermiş olduğu beraat kararı hukuk hâkimi için bağlayıcı değildir. Buna karşılık, ceza hâkiminin yapmış olduğu inceleme sonunda suçun işlenmediğine kesin olarak kanaat getirilmesine dayanarak verilen beraat kararları hukuk hâkimini bağlar. Hukuk hâkimi, ceza davasında mahkûmiyet kararı verilen davalıyı kusursuz addedemez zira ceza hukukundaki kusur kavramı sorumluluk hukukundakine nazaran daha dardır⁸⁷⁸. Ancak hukuk hâkimi, kusurun ağırlığı ve zararın miktarının tayini konusunda ceza mahkemesinin kararıyla bağlı değildir⁸⁷⁹. Zira hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinde kesinleşen maddi olgu ile bağlıdır⁸⁸⁰. Bunun altında yatan sebep, ceza hâkiminin delillerin toplanması hususunda hukuk hâkiminden çok daha geniş imkânlarla sahip olmasıdır⁸⁸¹. Ancak maddi olguya göre belirlenen kusur oranı, hukuk hâkimi için bağlayıcı değildir⁸⁸².

Kusurun ve ayırt etme gücünün mevcut olmadığına ilişkin beraat kararları hukuk hâkimini bağlamaz⁸⁸³. Her ne kadar ceza hâkimi ayırt etme gücünün bulunmayışı nedeniyle cezalandırmaktan kaçınsa bile hukuk hâkimi, ayırt etme gücünün varlığını ve sorumluluğun doğumunu kabul edebilir⁸⁸⁴. Hukuk mahkemesi ile ceza mahkemesi kusurun varlığı hususunda aynı görüşte olsa bile kusur derecelendirmesinde aynı görüşte olmayabilir⁸⁸⁵. Demek ki hukuk mahkemesi kusur meselesini bağımsız bir biçimde değerlendirmeli ve bunu kendi kararında açıklamalıdır⁸⁸⁶.

Özetle ceza hukuku ile sorumluluk hukukundaki kavramlar birebir örtüşmediğinden dolayı hukuk hâkimi, özellikle kusur ve ayırt etme gücü konusunda ceza hâkiminin

⁸⁷⁷ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 353; **Kılıçoğlu**, Haksız Fiil, s. 198.

⁸⁷⁸ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 352; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 226, dn. 743'te yer alan kararlar.

⁸⁷⁹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 352.

⁸⁸⁰ YHGK E. 2018/17-142, K. 2018/1625, T. 6.11.2018 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

Tandoğan, Mes'uliyet, s. 353; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 233.

⁸⁸¹ **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 233; **Kılıçoğlu**, Haksız Fiil, s. 208.

⁸⁸² **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 226, dn. 742'de yer alan kararlar.

⁸⁸³ **Kılıçoğlu**, Haksız Fiil, s. 200.

⁸⁸⁴ **Keller**, N. 125.

⁸⁸⁵ Bununla beraber, YHGK'a göre, "Davalı olay dolayısıyla ceza mahkemesince yargılanmış ve tam kusuru saptanarak hükümlendirilmiştir. Ceza Mahkemesi'nde belirlenen olgu Hukuk Mahkemesince delillerle değiştirilmediğine göre davalının tam kusurlu olduğu benimsenerek sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken kusur ölçüsünün daha aza indirilerek tazminattan indirim yapılması bozma nedenidir." YHGK E. 1997/4-224, K. 1997/428, T. 14.5.1997 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁸⁸⁶ **Keller**, N. 125.

kararı ile bağılı değildir. Hukuk hâkimi, hangi tespitlerden yola çıktığını belirterek, kusuru bağımsız bir biçimde belirlemek zorundadır.

2.4.3.4. Kusurun Belirlenmesinde Bilirkişinin Rolü

Özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, hâkim şahsi bilgisi ile kusur hakkında sonuca varamaz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu “*Bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hâller*” kenar başlıklı m. 266 uyarınca, “*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.*” Buna göre teknik konularda elbette hâkim bilirkişiye başvurabilecektir. Bununla beraber, uygulamada, hâkimin takdir yetkisi yerine bilirkişinin takdir yetkisi geçmektedir⁸⁸⁷. Mahkemeler kusur oranlarının belirlenmesinde bilirkişi raporlarına dayanmaktadır⁸⁸⁸. Unutulmamalıdır ki, tazminat miktarını belirleme görevi ve yetkisi hâkime aittir. Sadece kusurun belirlenmesine ilişkin olarak değil, tazminat yükümlülüğünde yapılacak indirim oranının belirlenmesi de, hâkim tarafından hukuki bilgisi ve takdir yetkisiyle çözümlenmesi gerekli bir konudur.

Hâkim, bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder, bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa bilirkişiden ek rapor alabileceği gibi, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Hâkim bir kez bilirkişiye gittikten sonra, bundan dönerek teknik bilgi gerektiren bir konudaki uyuşmazlığı, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki ve mesleki bilgi ile çözümleyemez⁸⁸⁹. Buna göre, mahkemeler bilirkişi raporlarıyla bağılı olmayıp gerekli gördükleri takdirde yeni bilirkişi heyeti oluşturarak kusur incelemesini tekrarlatırabilir. Kusur incelemesini iki defa yaptıran ve iki raporda farklı kusur oranlarıyla karşılaşan hâkimin bu raporlardan birine dayanarak hüküm kurmasını

⁸⁸⁷ YHGK 04.02.2009, E. 2008/4-823, K. 2009/50 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁸⁸⁸ Nomer, Borçlar Hukuku, s. 225.

⁸⁸⁹ YHGK E. 2012/17-1476, K. 2013/564, T. 17.4.2013 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

Yargıtay bozma nedeni olarak görmekte, üçüncü bir bilirkişi raporu edinilerek çelişkinin giderilmesini vurgulamaktadır⁸⁹⁰. Uygulamada mahkemeler genellikle ilk kusur incelemesini üç kişilik teknik heyete yaptırmakla yetinmektedir⁸⁹¹.

Uygulamada kusur tespiti genellikle dosya üzerinden yapılmaktadır. Ancak doktrinde bilirkişilerin olay yerini fiilen görmelerinin sağlanmasının gerektiği ifade olunmuştur⁸⁹². Bununla beraber kaza bölgesinde bilirkişi bulunamadığından dosyaların büyükşehir merkezlerine gönderilerek kusur tespitinin dosya üzerinden yapılması kaçınılmazdır⁸⁹³. Ancak dosya üzerinde yapılan inceleme ve tespitin sağlıklı olabilmesi için mümkün olduğunca bütün detayları gösteren bilgi ve belgelere yer verilmesi çok önemlidir.

2.4.3.5. Hâkim Tarafından Kusurun Tespitinde Dikkate Alınması Gereken Başlıca Hususlar

TBK m. 50 metninde zarar görenin zarar verenin kusurunu ispatlayacağı ifade edilmişse de, ancak vakıalar ispatın konusunu teşkil edebilir. Olumlu ya da olumsuz yönde yapılan bir kusur nitelendirmesi, esasında hâkimin ispatlanan vakıalar üzerine vardığı bir hükümdür⁸⁹⁴. Demek ki hem kusurun varlığı hem de kusurun derecesi bir vakıa değil, bir nitelendirme. Ancak kusur değerlendirmesi vakıalarla çok yakın ilişki içinde bulunduğundan bu değerlendirmeyi esasen ilk derece mahkemesi yapar. Bununla beraber kusur değerlendirmesi, üst mahkemenin denetimine tabidir⁸⁹⁵. Yargıtay takdir yetkisinin kanunun öngördüğü sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığını, tazminatta indirim yapan kararın kanunun amacına uygun olup olmadığını, objektif ölçülere dayanıp dayanmadığını, gerekçeleri incelemek suretiyle tespit eder⁸⁹⁶.

⁸⁹⁰ **Akın**, Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, s. 143, dn. 133'te yer alan kararlar.

⁸⁹¹ **Akın**, s. 144.

⁸⁹² **Akın**, s. 144.

⁸⁹³ **Akın**, s. 144.

⁸⁹⁴ **Widmer**, Commentary, s. 91, dn. 4; **Widmer**, Fault, s. 296, N. 58.

⁸⁹⁵ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 44, N. 9; **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 17; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 64; dn. 8. Yargıtay'ın kusur oranlarının yerindeliğini denetlediği kararlarından örnekler için bkz. **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 225, dn. 739.

⁸⁹⁶ **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 143.

Yargı kararlarında kusurun niteliği, unsur ve koşulları, kısacası kusurun ne olduğu belirtilmeksizin, somut olay değerlendirilerek kusur işlenip işlenmediği tespitinde bulunmaktadır⁸⁹⁷. Bu durum, yargı kararlarının gerekçeli olma gerekliliğine aykırıdır. Somut olayda kusurun tespitinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, norma aykırılığın, bir diğer deyişle, gerek kanuni düzenlemelerin gerek mesleki kurum ve kuruluşlarca belirlenen o meslek mensuplarının tabi olduğu etik, ilke, standart ve davranış kurallarını gösteren talimat ve yönergelerin, gerekse genel tedbir kurallarının ihlali, kusur anlamına gelmeyebileceğidir. Yukarıda da açıklandığı üzere her ne kadar norm ihlali, kusur göstergesi teşkil etse de tek başına kusur anlamına gelmez⁸⁹⁸. Kusuru belirlemede tüm kıstaslar bir arada değerlendirilmelidir. Kusuru tespitinde sadece norma aykırı davranış değil, dışsal kıstaslar, içsel kıstaslar ve somut koşullar dikkate alınmalıdır. Kusurun belirlenmesi sadece normun ihlaline bakılarak yapılamaz.

Halbuki bilirkişi, raporunu hazırlarken norma aykırı davranışı tespit edip ona göre değerlendirme yapar. Bununla beraber, hâkim, hem kusuru değerlendirmede serbesttir hem de tüm kıstasları ve somut koşulları dikkate alma görev ve yetkisiyle donatılmıştır. Bu nedenle hâkim, salt norma aykırı davranışa göre kusur tespitinde bulunmamalıdır. Somut olayda kusurun tespitinde dikkat edilmesi gerekli bir diğer husus, uygulamada “kusur” ifadesinden ihlal türü ya da zararın sebebinin anlaşılmasıdır. Bilirkişi raporlarındaki kusur dağılımı esasen nedensellik bağı dağılımıdır. Uygulamada kusur tespiti bilirkişi heyetleri tarafından yüzde üzerinden rakamla ifade olunarak yapılmaktadır. Kusur dağılımı adı altında zarar görene %30, zarar verene %30 ve beklenmedik olaya %40 pay verilmek gibi bir paylaşım yapılarak tazminat belirlenmektedir. *Nomer*'in haklı olarak belirttiği üzere aslında bu dağılım, kusur dağılımı değildir. Kusur sorumlu kişiler, zarar gören ve beklenmedik olayın hepsi bakımından söz konusu olabilecek ortak bir kavram değildir⁸⁹⁹. Sorumlu kişiler, zarar gören ve beklenmedik olayda mevcut olan ve tazminatın belirlenmesinde dikkate alınabilecek ortak kavram nedenselliklidir. Kusur dağılımı adı altında yapılan bu dağılım,

⁸⁹⁷ Koçhisarlıoğlu, Kusur, s. 689, dn. 36.

⁸⁹⁸ Bkz. 2.3.2.2.2.5.

⁸⁹⁹ *Nomer*, Maddi Tazminat, s. 91.

esasen zararlı sonucun doğumuna etkide bulunan etkenlerin her birinin (diğerlerine kıyasla) hangi oranda bu zararlı sonuca sebebiyet verdiğini ifade etmektedir⁹⁰⁰.

Zaten kusur esasen halk arasında 2 şekilde kullanılmaktadır. Birincisi kınanabilirliğe ilişkindir. “*Benim kusurum yok, kabahatim yok*” derken kişi, kendisi fiili gerçekleştirmiş olsa bile kendisinin kınanamayacağını, fiilinden sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir. İkincisi ise nedenselliğe ilişkindir. İşte uygulamada kusur adı altında yapılan esasen nedensellik dağılımıdır.

Hâkim, tarafların zarara sebebiyet vermedeki rollerini bilirkişi aracılığıyla tespit ettirmelidir⁹⁰¹. Aksini gerekçelendirmek suretiyle nedensellik bağı bakımından bu dağılımı esas alır. Ancak hâkim, raporlarda geçen kusur ifadesinden bağımsız olarak kusur değerlendirmesini yapmalı ve farklı bir sonuca varıyorsa bu sonuç uyarınca zarar dağılımını belirlemelidir.

Hâkim tarafından kusurun tespitine ilişkin olarak önem arz eden bir diğer husus, TBK m. 51 uyarınca hâkimin, kusurun derecesini re’sen dikkate alacak olmasıdır⁹⁰². Buna göre zarar gören, failin kusurunu, zararı ve failin fiili ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispatlar. Ancak zarar görenin kusur derecesini ispatlamasına gerek yoktur. Zaten kural tam tazminat yükümlülüğüdür. Bununla beraber, hâkim hukuku re’sen uyguladığından kusur derecesi tespitini yapıp gerekli görürse m. 51 uyarınca indirim yapacaktır.

⁹⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 91.

⁹⁰¹ **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 134.

⁹⁰² **Werro**, Commentaire romand, art. 43, n. 12; **Rüetschi**, s. 144.

3. BÖLÜM

KUSURUN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

3.1. GENEL OLARAK

Sorumluluğun doğumu için kusurun aranmadığı kusursuz sorumluluk hallerinin artması ve tehlike sorumluluğunun genel bir hükümle düzenlenmesi neticesinde kusur kavramı, eski önemini yitirmiş gibi görünse de bu bir yanılgıdır. Zira kusur, halen haksız fiil hukukunun temelinde yer almaya devam etmektedir. Kusursuz sorumluluk hallerinin ancak sıkı koşullara bağlı olarak çeşitli tipler biçiminde düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda kusur sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğunun doğumundaki yeri kolaylıkla fark edilecektir. Ayrıca kusur sadece sorumluluğun doğumu bakımından, bir diğer deyişle, kusur sorumluluğu ile sınırlı değil, aynı zamanda sorumluluğun doğumu için kusurun aranmadığı kusursuz sorumluluk halleri bakımından da önemlidir. Zira kusur, kusur sorumluluğunda isnat kriteri işlevinin yanı sıra hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumluluk hallerinde tazminat miktarının belirlenmesinde gerek sorumlu kişinin kusuru olarak gerekse zarar görenin kusuru olarak ayrıca önem taşımaktadır⁹⁰³.

Kusurun önemini anlamak için kusurun rollerine bir göz atmak yeterli olacaktır: Kusur, TBK m. 49'da yer alan kusur sorumluluğunun çekirdeğidir. Kusur sorumluluğunun doğumu için kusurun herhangi bir derecesi bir diğer deyişle, kasıt ya da ihmal yeterlidir. Kusur, gerek kusur sorumluluğu gerek kusursuz sorumluluk hallerinde hem maddi tazminat hem de manevi tazminat miktarının belirlenmesinde önemli rol oynar. İlâveten kusur, müteselsil borçlular arasındaki rücu ilişkisinde belirleyici rol oynar. Bazı kusursuz sorumluluk hallerinde ek kusur, sorumluluktan kurtulmayı önler. (KTK m. 86). Bunlara ek olarak, üçüncü kişinin ya da zarar görenin ağır kusuruna, bazı sebep sorumluluklarında özel sonuçlar bağlanmıştır. Örneğin, KTK m. 86'ya göre zarar görenin ağır kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusuru, hükümde aranan diğer şartların

⁹⁰³ İspat yükü yer değiştirmiş olmakla beraber kusur, sözleşme sorumluluğunun temelinde de yer alır.

mevcudiyeti halinde kurtuluş kanıtı olarak dikkate alınır. Ayrıca doktrinde kusurun “tazminatın biçimini belirlemede” de rol oynadığı savunulmuştur⁹⁰⁴. Hâkim, somut olayın niteliğini ve kusurun ağırlığını dikkate alarak aynen tazmine hükmedebilir. Özellikle, aynen tazmin ile nakden tazmin arasında, sorumlu kişiye yüklenen yük bakımından bir fark bulunuyorsa, kusurun ağırlığı önem taşır. Failin kusurunun daha ağır olduğu durumlarda hâkim, fail bakımından daha ağır bir yük getiren tazminat biçimine karar verebilir. Örneğin, haksız fiil sonucunda zarar görmüş manevi değeri yüksek bir malın tamir bedelinin malın piyasa değerinden yüksek olması durumunda hâkim, failin kusurunun ağırlığını dikkate alarak aynen tazmine karar verebilir.

3.2. SORUMLULUĞUN ORTAYA ÇIKMASINDA KUSURUN ETKİSİ

3.2.1. Sorumluluğun Doğumu Açısından Kusurun Etkisi

Kusurun çeşitli rolleri bulunmakla beraber kusurun, kusur sorumluluğu açısından başlıca iki işlevi bulunmaktadır. Bu işlevlerin ilki, failin ancak kusurunun bulunması durumunda sorumluluğunun söz konusu olarak tazminat borçlusuna olacak olmasıdır⁹⁰⁵. İkincisi ise, kusurun bulunmadığı yerde sorumluluğun doğmasıdır⁹⁰⁶. Bu iki işlev, doktrinde, kusurun olumlu sonucu ve kusurun olumsuz sonucu/etkisi olarak adlandırılmaktadır⁹⁰⁷. TBK m. 49 hükmü genel haksız fiil sorumluluğu hükmü olup kusur sorumluluğu olarak adlandırılmaktadır.

3.2.2. Sorumluluğun Ortadan Kalkması Açısından Kusurun Etkisi

Daha önce belirtildiği üzere, doktrinde zarar görenin ağır kusurunun ve üçüncü kişinin ağır kusurunun nedensellik bağına keseceği dolayısıyla sorumluluğu ortadan kaldıracağı

⁹⁰⁴ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 50; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 547. Aynen tazminat ve nakden tazmin kavramlarına ilişkin olarak açıklama için bkz. **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 39 vd.

⁹⁰⁵ **İmre**, s. 19; **Feyzioğlu**, s. 460; **İnan**, s. 297.

⁹⁰⁶ **Jansen**, Developing Legal Doctrine, s. 110.

⁹⁰⁷ **Fellmann/Kottmann**, N. 514; **İnan**, s. 297; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 1; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 512.

savunulmaktadır⁹⁰⁸. Biz, yine yukarıda belirtildiği üzere, nedensellik bağının objektif bir değerlendirme teşkil ettiğini, tehlike sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelerde yer alan nedensellik bağını kesen bu sebeplerin kusur sorumluluğu ya da tehlike sorumluluğu dışındaki kusursuz sorumluluk hallerinde nedensellik bağını evleviyetle keseceğinin kabul edilmesi gerektiğini savunuyoruz⁹⁰⁹. Ancak bu sebeplerin nedensellik bağı unsuru bakımından genel olarak geçerli olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bir diğer deyişle, tehlike sorumluluklarında nedensellik bağının kesilmesine ilişkin sınırlayıcı bu düzenlemeler, tüm haksız fiil sorumluluğuna teşmil edilmemelidir. Bununla beraber KTK m. 86'da olduğu üzere, tehlike sorumluluğuna ilişkin özel düzenleme belirli bir kusur derecesi arayabilir. Bu durumda ilgili hükümde belirtilen diğer şartların da mevcudiyeti halinde üçüncü kişinin ağır kusuru ya da zarar görenin ağır kusuru sorumluluğu ortadan kaldıran bir etki doğuracaktır.

3.3. TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİNDE KUSURUN ETKİSİ

3.3.1. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Failin Kusurunun Etkisi

3.3.1.1. Tazminat Miktarına İlişkin İlkeler

3.3.1.1.1. Genel Olarak

Tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin olarak kanun koyucu hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bununla beraber hem hukuk güvenliğine hizmet etmek hem de hâkime kolaylık sağlamak üzere tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin çeşitli ilkeler mevcuttur.

Sorumluluğun doğduğunun tespitinin ardından tazminatın belirlenmesine geçilir. Sorumluluk hukukumuzun kabul ettiği sistem uyarınca tazminatın belirlenmesinde önemli ilkelerden ilki, zararın miktarının tazminatın üst sınırını teşkil etmesidir⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ Bkz. 2.2.3.3.3.1.

⁹⁰⁹ Bkz. 2.2.3.3.3.2.

⁹¹⁰ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 25. Bu ilkenin temelinde haksız fiil hukukunun amacının zararın giderilmesi/telifisi olması yatmaktadır. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 545.

Diğer bir önemli ilke ise, tam tazmin ilkesi olarak adlandırılan, sorumluluğun doğumu için gerekli unsurların bulunduğu -sorumluluğun doğduğu- durumlarda sorumlu kişinin zararın tamamından sorumlu olmasıdır⁹¹¹.

Tazminatın belirlenmesinde bir diğer önemli ilke ise şudur: Tazminatın belirlenmesinde birbirinden ayırt edilmesi ve riayet edilmesi gereken iki aşamalı bir sıra bulunmaktadır⁹¹². Buna göre, öncelikle zarar hesaplanmalı (*Schadensberechnung*); ardından tazminat belirlenmeli, takdir edilmelidir (*Schadenersatzbemessung*). Tazminatın belirlenmesi, zarar görenin uğradığı zararın ne kadarının sorumlu kişi tarafından karşılanacağı, ne kadarınınsa indirim sebeplerinin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi suretiyle zarar görenin üzerinde kalacağını belirlenmesi anlamına gelmektedir⁹¹³.

Bunun için öncelikle sorumlu kişinin kusur derecesi belirlenir. Ardından zarar görenin kusur tespiti yapılır. Bunun ardından tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşüp düşmeyecek olması ve hakkaniyetin gerektirmesi sebebiyle TBK m. 52/2 uyarınca indirim yapıp yapılmayacağı belirlenir⁹¹⁴. Bu sıraya dikkat edilmesi gerektiği, sıranın karıştırılması halinde tazminatın takdirinde yanlış sonuçlara varılabileceği belirtilmiştir⁹¹⁵.

Son olarak, hâkim tazminatta indirim yaparken somut olayın hangi özelliğini dikkate aldığını belirtmek zorundadır⁹¹⁶

⁹¹¹ TBK m. 49/İBK m. 41'de tam tazmin ilkesinin kabul edildiği yönünde bkz. YHGK E. 2012/4-107, K. 2012/326, T. 30.5.2012. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr. **Merz**, Colloquium, s. 190; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 76; **Guhl/Koller**, §10 N. 72; **Werro**, Commentaire romand, art. 43, n. 11; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 63; **Baysal**, s. 326. Türk/İsviçre hukuk sisteminin ya hep ya hiç çözümünü benimseyen Alman hukukundan bu noktada ayrıldığı belirtilmektedir. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 11.

⁹¹² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §2 N. 80; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 29.

⁹¹³ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §2 N. 80; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 63. Zararın belirlenmesi tamamen objektif biçimde yapılır; ancak tazminat miktarının takdirinde subjektif özellikler dikkate alınabilir.

⁹¹⁴ **Baysal**, s. 98.

⁹¹⁵ **Baysal**, s. 98.

⁹¹⁶ **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 223.

3.3.1.1.2. Tazminatın Belirlenmesinde Kusurun Ağırlığının Kabulü

Tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının rol oynayıp oynamaması gerektiği tartışmalıdır. Tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlık derecesinin dikkate alınması gerektiğini savunan görüşe göre, bu durum, kusur sorumluluğunun temelindeki prensiple, sorumluluğun doğumundaki meşruiyeti kusurun kazandırdığı prensibiyle, uyum halindedir⁹¹⁷. Ayrıca bu görüş savunucularına göre, failin hafif kusurlu olmasına rağmen tam tazminata hükmedilmesi, insanlarda korkuya sebep olacak, insanlar arasındaki ilişkileri olumsuz etkileyecektir⁹¹⁸. Üstelik kusurun ağırlığının dikkate alınması hakkaniyete aykırı değil; aksine hakkaniyetin gereğidir.

Tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının dikkate alınması, hâkim görüş haline gelmiş ve kodifikasyon hareketleri de bundan etkilenmiştir. 1794 tarihli Prusya Medeni Kanunu⁹¹⁹ tazminat miktarının belirlenmesinde kusurun derecesini dikkate alan ilk kanun olup haksız fiilden sorumluluğun düzenlendiği 6. başlığında kasıt, ağır kusur, orta kusur ve hafif kusur olmak üzere dört kusur derecesine yer vermiştir. Kasıt ve ağır kusur, tam tazminat yükümlülüğü doğururken diğer hallerde dereceli bir indirim vardır⁹²⁰ (§10-15). 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu ise aynı sistemi biraz sadeleştirmiş ve kusuru kasıt-ağır ihmal-hafif ihmal olmak üzere üç dereceye ayırmıştır⁹²¹.

Türk Borçlar Kanununda tazminatın kusurun ağırlığına göre belirleneceği kuralı, son kanuni düzenleme ile TBK m. 51’de hüküm altına alınmıştır⁹²². Bu hüküm uyarınca,

⁹¹⁷ Oğuzman/Öz, C.: II, s. 117.

⁹¹⁸ Nomer, Maddi Tazminat, s. 71.

⁹¹⁹ *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*.

⁹²⁰ İmre, s. 20.

⁹²¹ Prusya ve Avusturya Medeni Kanunlarında bu şekilde kusur ile tazminat miktarının orantılı olarak derecelendirilmesi kazıist olması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu yönde bkz. İmre, s. 20.

⁹²² Eski Borçlar Kanunu m. 43’te yer alan “hata” sözcüğünün bir çeviri yanlışlığı olduğu ve bu ifadenin kusur olarak anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktaydı. Tandoğan, Mes’uliyet, s. 315, dn. 2; Nomer, Maddi Tazminat, s. 72. Bazı yazarlar kusurun ağırlığının tazminat miktarına etki etmemesi yönünde görüş bildirmiş ve kanunu bu yönden eleştirmişlerdir: Saymen/Elbir’e göre, “Adalet bakımından bu doğru ise de, teknik bakımdan zayıftır; zira tazminatın esasını kusur değil, fakat zarar teşkil eder. Kusuru nazara alarak tazminatı tayin etmek, mağdurun mamelekine değil, fakat failin hareket tarzına göre hükmetmek olur ki, böyle bir düşünce tazminat fikrinden ayrılıp ceza fikrine yaklaşır.” Saymen/Elbir, s. 498.

hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. TBK m. 51 uyarınca tazminatın belirlenmesinde durumun gereğinin ve kusurun dikkate alınması, hâkim için hem bir yetki hem de bir görevdir⁹²³. Esasen bu hüküm, hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ayrıca TBK m. 51, TBK m. 49’u hafifleten bir hükümdür⁹²⁴. Zira TBK m. 49 tek başına ele alındığında kusurlu failin mutlaka tam tazminatla yükümlü olacağı sonucuna varılacaktır.

TBK m. 51 hükmünde, “*durumun gereği*” ifadesine ek olarak, “kusurun ağırlığı”nın da hâkim tarafından dikkate alınacağına yer verilmesine dair şuna dikkat çekilmektedir⁹²⁵: Kusurun ağırlığı, esasen “durumun gereği” üst başlığı altında ele alınacak “durum”lardan biridir. Bununla beraber “kusurun ağırlığı”nın, “durumun gereği”nin yanında ayrıca belirtilmesi, tazminatın belirlenmesinde kusurun rolüne dair tarihi gelişmelerle açıklanmaktadır. Buna göre, mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 43’e kaynak teşkil eden 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu, tazminatın kusurun ağırlığına göre belirleneceğini öngören ilk kanunlardan biri olup, söz konusu kanunun 51. maddesinde vurgu amacıyla “kusurun ağırlığı” ibaresine ayrıca yer verilmiştir.

Günümüzde TBK m. 51’de tazminat miktarının belirlenmesinde kusurun ağırlığının dikkate alınması şu düşünceyle açıklanmaktadır⁹²⁶. Kusur sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda “kusur” ve “kusursuzluk” arasındaki sınır belirsiz olup somut olayda çok hafif kusurun mu yoksa kusursuzluğun mu söz konusu olduğunu belirlemek güçtür. Kusursuzluğun sorumluluğun doğmamasına, çok hafif kusurun ise tam tazminat yükümlülüğüne yol açacak olması, bu belirlemenin güç olduğu durumlarda adalet duygusunun zedeler. Bu nedenle kanun koyucu, tazminat miktarının belirlenmesinde kusurun ağırlığının dikkate alınacağını öngörmüştür.

⁹²³ **Winiger**, s. 20; **Pelloni**, s. 263; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 47. Brehm’e göre, bunun hem bir yetki hem de bir ödev olduğu hem hâkimler hem de taraflarca göz ardı edilmektedir.

⁹²⁴ **Winiger**, s. 19; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 24.

⁹²⁵ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 65.

⁹²⁶ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 26.

3.3.1.1.3. Tazminatın Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Kusur Ölçüsü

Sorumluluğun doğumunda kusurun belirlenmesinde sübjektif ölçünün kabul edilmesi gerektiğini savunan görüş, kusurun ağırlığının tazminat miktarına etkisinin belirlenmesinde de kusur ölçüsü olarak sübjektif ölçünün kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, tazminatın belirlenmesinde uygulanacak kusur ölçüsü sübjektif olup kusurun ağırlığı da failin özelliklerine göre belirlenmelidir.

Türk hukukunda *Nomer*, sorumluluğun doğumunun da sübjektif kusur ölçüsüne göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmekte, bununla beraber, hâkim görüş olan objektifleştirilmiş kusur görüşünün kabulü halinde her ne kadar sorumluluğun doğumunda objektifleştirilmiş kusur ölçüsü kullanılacak da olsa tazminat belirlenirken karşılıklı kusurların tartılmasında failin kişisel özelliklerinin dikkate alınabileceğine ilişkin Alman hukukundaki görüşü örnek göstererek Türk/İsviçre hukukunda tazminatın belirlenmesinde sübjektif ölçünün esas alınabileceğini savunmaktadır⁹²⁷.

Kanaatimizce, sorumluluğun doğumunda objektifleştirilmiş kusur ölçüsü kabul edilmişken hukukumuz açısından tazminatın takdirinde bu ölçüden ayrılmayı gerektiren bir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle kusurun ağırlığı kişinin sübjektif özelliklerine göre belirlenmez.⁹²⁸ Örneğin zarar gören küçük olduğu için kusurunun erişkine nazaran daha hafif değerlendirileceğine dair bir yaklaşım, kabul ettiğimiz objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca zaten gereksizdir. Çünkü zarar gören küçüğün davranışı bu kusur görüşü uyarınca bir erişkinle değil aynı yaştaki bir küçükle kıyaslanacaktır.

Bununla beraber, TBK m. 51 “*durumun gereği*”nin dikkate alınmasına izin vermek suretiyle hâkime somut olayın koşullarını -duruma ilişkin sübjektif hususları- dikkate alma yetkisi tanımıştır. “Durumun gereği” kapsamında, hâkimin nazara almasına izin verildiği belirtilen hususlara; hayatın normal akışı, yaşları, zararın derpiş olunamayan fevkalade genişliği, zarar görenin diğer bir yolla zararını telafi imkânını bulmuş olması, tarafların ekonomik durumları; zararın mağdura yapılan yardım esnasında gerçekleşmiş

⁹²⁷ *Nomer*, Maddi Tazminat, s. 88, 96.

⁹²⁸ *Koçhisarlıoğlu*, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 10; *Baysal*, s. 137.

olması, beklenmedik durum, üçüncü kişinin fiili, tarafların ekonomik durumları örnek gösterilmektedir⁹²⁹.

Görüldüğü üzere TBK m. 51 hükmünün tazminatın belirlenmesinde hâkime tanıdığı geniş takdir yetkisi karşısında, tazminatın takdirinde objektifleştirilmiş kusur ölçüsünden ayrılmayı gerektiren fiili bir sebep de bulunmamaktadır.

3.3.1.2. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Failin Kusurunun Nasıl

Dikkate Alınacağı Sorunu

3.3.1.2.1. Genel Olarak

Tazminatın belirlenmesinde failin kusurunun ağırlığını dikkate almak hem hâkimin yetkisi hem de görevidir. Bu nedenle, kusurun ağırlığının tazminatın belirlenmesinde ne şekilde dikkate alınacağına ilişkin ilkelerin ortaya konulması gerekmektedir. Kanunda bu hususa ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta farklı görüşler dile getirilmiştir.

3.3.1.2.2. Doktrindeki Görüşler

3.3.1.2.2.1. Kusurun Ağırlığı ile Orantılı Olarak Tazminata

Hükmedilmesi Gerektiğini Savunan Görüş

Kusurun ağırlığı ile orantılı olarak tazminata hükmedilmesi gerektiğini savunan görüş savunucularına göre, kusurun varlığını veya yokluğunu belirlemenin güç olduğu sınır davalar vardır⁹³⁰. İşte kusur ile tazminat arasında orantılılık ilkesi (*Grundsatz der Proportionalität zwischen Verschulden und Haftpflicht*) hâkime tam tazminat ya da sıfır tazminat dışında bir orta yol bulma imkânı tanır⁹³¹. Ya hep ya hiç ilkesi, vakıaların

⁹²⁹ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 35, 52, 55, 62 vd.; **Winiger**, s. 19-20; **Saymen/Elbir**, s. 499; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 66.

⁹³⁰ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 11; **Stark**, N. 521; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 88-89.

⁹³¹ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 11; **Stark**, N. 521.

belirlenmesi ve kusur sorumluluğunun değerlendirilmesindeki zorluklar dikkate alınarak yumuşatılmıştır. Ayrıca kusur ile sorumluluk arasında bir denge olmalıdır. Bunları dikkate alan İBK m. 43/1-TBK m. 51/1, hâkime kusurun ağırlığını dikkate almasını emretmektedir. Buna göre, zarar görenin kusuru mevcut olmasa bile, failin hafif kusurlu olması durumunda kısmi sorumluluk söz konusu olacaktır⁹³². Eğer zarar görenden kaynaklanan bir indirim sebebi mevcutsa, failin kusuru ile tazminat arasında orantılılık ilkesinin uygulanmasına yer olmayıp bu ihtimalde bu sebeple değil; zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılacaktır⁹³³. Her ne kadar tazminat bir ceza olmasa da haksız fiil failine bir ceza gibi tesir edecektir⁹³⁴.

Orantı görüşü savunucularına göre, tazminat miktarının kusurun ağırlığına göre belirlenmesi, matematik kurallarına göre bir orantının yapılacağı anlamına gelmektedir⁹³⁵. Kusur ne kadar ağırsa zarar o kadar tazmin edilecek; bir diğer deyişle, ne kadar hafifse hâkim de o oranda indirim yapacaktır⁹³⁶. Bununla beraber bu görüş taraftarlarının kusur derecelendirmesine ilişkin farklı yaklaşımları, kusurun ağırlığının orantılı olarak tazminat miktarına etkisinde farklılık gösterir: Kusur derecelendirmesinde ağır kusur – hafif kusur biçiminde ikili ayrımı kabul eden görüş, hâkimin sadece hafif kusurun varlığı halinde indirime gidebileceğini söylerken, kusur derecelendirmesinde orta kusur derecesini kabul eden görüş, orta kusurun varlığı halinde de indirime gidilebileceğini belirtir⁹³⁷.

Orantının uygulanması gerektiği görüşündeki yazarlar bile, zarar verenin kusurunun ağırlığının hâkimin tazminatı belirlemede dikkate alacağı pek çok unsurdan sadece birisi olması sebebiyle salt kusurla orantılı bir değerlendirme yapmanın hemen hemen imkânsız olduğuna dikkat çekmektedirler⁹³⁸. Örneğin, orta ihmalle hareket etmiş olan fail, başka sebeplerin de yardımıyla normalde alacağı indirimden daha fazla bir

⁹³² **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §7 N. 11. Bu, özellikle hafif kusurun yanı sıra beklenmedik durumun söz konusu olduğu hallerde akla gelir.

⁹³³ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §7 N. 12 dn. 22.

⁹³⁴ **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 316; **Tiftik**, *Maddi Tazminat*, s. 89.

⁹³⁵ **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 72.

⁹³⁶ **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 316; **Tiftik**, *Maddi Tazminat*, s. 88-89; **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 75; **Nomer**, *Borçlar Hukuku*, s. 223.

⁹³⁷ Bu yönde görüş için bkz. **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 73; **Tiftik**, *Maddi Tazminat*, s. 91-92.

⁹³⁸ **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 74.

indirimden yararlanabilir ya da aksine, zarar verenin hafif ihmalinin bulunmasına karşın, olayın diğer özellikleri, normalde alacağı indirimden daha az bir indirim almasını ya da hiç indirim yapılmamasını gerektirebilir.

Sonuç olarak bu görüşe göre, somut olayın özellikleri aksini haklı göstermedikçe, hâkimin, failin kusurunun hafifliği oranında indirim yapma mecburiyeti bulunmaktadır. Hâkim, hafif kusura rağmen indirim yapmamış ya da kusurun hafifliği oranında tazminat yükümlülüğünde indirime gitmemişse, bunu gerekçelendirmelidir⁹³⁹.

3.3.1.2.2.2. Sadece Çok Hafif İhmalde İndirim Yapılabileceğini Savunan Görüş

Deschenaux/Tercier'e göre, tazminatın zarar verenin kusurunun ağırlığı ile orantılı olarak hesaplanması söz konusu değildir. Buna göre, zarar veren zararı tam olarak tazminat etmekle yükümlüdür. Öte yandan, zarar verenin kusurunun meydana gelen zarara nazaran çok hafif olması durumunda kusur tazminatın belirlenmesinde dikkate alınabilir⁹⁴⁰.

3.3.1.2.2.3. Failin Kusurunun Ağırlığının Dikkate Alınmaması Gerektiğini; Sadece Zarar Görenin Kusuru Mevcutsa İndirim Yapılabileceğini Savunan Görüş

Kusur ve tazminatın makul bir ilişki içinde olduğunu öne süren görüşün⁹⁴¹ aksine bazı yazarlar, kural olarak failin kusurunun tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynamaması gerektiğini ileri sürerler⁹⁴². Bu yazarlara göre tazminatta zarar görenin haksız fiilin olumsuz etkilediği malvarlığını bu haksız fiil hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı duruma getirme düşüncesi ön plandadır. Bu sebeple zarar görenin tüm zararı

⁹³⁹ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 75.

⁹⁴⁰ **Deschenaux**, Henri/**Tercier**, Pierre, La Responsabilité civile, Bern 1982, §28, N. 15.

⁹⁴¹ **Fellmann/Kottmann**, N. 2418; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 11; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 26.

⁹⁴² **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 3; **Roberto**, Vito/**Schister**, Roman, "Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund" HAVE 2014, (s. 431-434) s. 432.

tazmin edilmelidir. Ancak zararın meydana gelmesinde zarar görenin de sorumluluğu varsa failin kusuru, tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynayabilir⁹⁴³.

Roberto/Schister'e göre, hâkim görüş taraftarları hukuk uygulamasında hafif kusur nedeniyle indirim yapıldığı izlenimini yaratırlar. Ancak yazarlar, hafif kusur nedeniyle indirim yapıldığı öne sürülen Federal Mahkeme kararları incelendiği zaman failin hafif kusuru nedeniyle indirim yapılabileceği sonucuna varılamayacağı kanaatindedir⁹⁴⁴. Yazarlara göre, doktrinde uyandırılan izlenimin aksine uygulamada hafif kusurun indirim sebebi olarak kayda değer önemi bulunmamaktadır.

Uygulamadaki durumu inceledikten sonra hafif kusur nedeniyle indirim yapılmasının yerinde olup olmayacağını tartışan *Roberto/Schister* bu yaklaşımı teorik olarak da isabetsiz bulmaktadır. Yazarlara göre, kusur ile tazminat arasındaki orantı düşüncesi eski bir düşünce olup terk edilmesi gerekmektedir. *Oftinger/Stark*'ın hafif kusurun çok fazla zarara sebebiyet vererek çok yüksek bir tazminat yükümlülüğü doğurmasının haksızlık olabileceği düşüncesine⁹⁴⁵ karşılık *Roberto*, böyle bir durumda zararın bir kısmına hiçbir kusuru olmayan zarar görenin katlanmasının beklenmesinin daha büyük haksızlık olduğunu savunmaktadır⁹⁴⁶. Ayrıca, kusurun hâlâ indirim sebebi olarak kabul edilmesi ceza ve tazminat arasındaki tarihi ortaklıktan ileri gelir ve ceza hukuku ile sorumluluk hukuku arasındaki ayırım, tazminatın belirlenmesinde kusur derecesinin etkisinin terk edilmesi ile sağlanır⁹⁴⁷. Buna göre, tazminat cezalandırıcı düşüncelerden ari olmalıdır. Buna ek olarak, hiçbir kusuru bulunmayan zarar görenden zararın bir kısmına katlanmasını beklemek anlaşılır değildir. Eğer haksızlığa ilişkin bir endişe varsa, özen yükümlülüklerini gevşetmek, hafif kusur olarak nitelendirip tazminatta indirim yapmaktan daha amaca uygundur⁹⁴⁸.

⁹⁴³ *Roberto/Schister*, s. 432. Alman hukukundaki yaklaşım da bu yöndedir.

⁹⁴⁴ *Roberto/Schister*, s. 432.

⁹⁴⁵ *Oftinger/Stark*, *Haftpflichtrecht* I, §7 N. 11.

⁹⁴⁶ *Roberto*, N. 830.

⁹⁴⁷ *Roberto*, N. 831.

⁹⁴⁸ *Roberto/Schister*, s. 434.

Roberto'nun eleştirilerini inceleyen *Fellmann/Kottmann*'a göre ise, kanun koyucunun İBK m. 43'te hafif kusur nedeniyle indirimi kabul ettiği gözden kaçmamalıdır⁹⁴⁹. Böylelikle kanun koyucu, haksız fiil hukukunda somut olay adaletine, önleyicilik işlevine nazaran daha büyük önem atfetmektedir⁹⁵⁰.

Kessler'e göre de, İBK m. 43'ün lafzı, kusurun derecesini dikkate almayı emretmektedir. Ancak somut koşullar hafif kusura rağmen indirim yapılmamasını gerektirebilir. Aksi takdirde indirim yapılacaktır⁹⁵¹.

3.3.1.2.2.4. Kural Olarak Tam Tazmine Hükmedilmesi Gerektiği Ancak Hâkimin-Takdiri Olarak- Hafif İhmal Durumunda İndirim Yapabileceğini Savunan Görüş

Hâkim görüş olan bu görüşe göre, her ne kadar Türk/İsviçre Borçlar Kanunu kusurun ağırlığına özel önem atfetmiş ve hâkime bu hususta takdir yetkisi tanıdıysa da doktrin ve yargı kararlarında tam tazmin ilkesine riayet edilmektedir⁹⁵². Bununla beraber, hafif kusurlu bir fiil, büyük bir zarara sebebiyet verebilir. Üstelik hafif kusur ile kusursuzluk arasındaki sınır gerçekten de belirsizdir⁹⁵³. Eğer hâkim “ya hep ya hiç” kararı verecek olursa, bu çok katı bir anlayışa işaret eder⁹⁵⁴. Çünkü bu durumda ya zarar veren ağır bir sorumluluk altına girecek ya da zarar gören zarara kendisi katlanmak zorunda kalacaktır⁹⁵⁵.

Bu görüşe göre, hâkimin kusurun ağırlığı ile orantılı olarak indirim yapma mecburiyeti bulunmamaktadır⁹⁵⁶. Bir diğer deyişle, hâkim, hafif kusur halinde tazminatta indirim yapmak zorunda değildir. TBK m. 51 uyarınca tazminatın belirlenmesinde durumun

⁹⁴⁹ **Fellmann/Kottmann**, N. 2422.

⁹⁵⁰ **Fellmann/Kottmann**, N. 2422.

⁹⁵¹ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 43, N. 8.

⁹⁵² **Baysal**, s. 133.

⁹⁵³ **Yung**, s. 131; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 11; **Fellmann/Kottmann**, N. 2418; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 26.

⁹⁵⁴ **Fellmann/Kottmann**, N. 2418.

⁹⁵⁵ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 11.

⁹⁵⁶ **Yung**, s. 128; **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 69; **Fellmann/Kottmann**, N. 2421; **Guhl/Koller**, §10 N. 72; **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 117; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 786.

gereğini ve kusurun ağırlığını nazara almak, hâkiminin görevi olduğu gibi, aynı zamanda hâkime tanınan bir yetkidir. Hâkim diğer hal ve şartları da nazara alarak takdir yetkisini kullanacaktır. Hâkim bu yetkisini nasıl kullanacağı hususunda serbesttir. Bu nedenle en ağır kusurda en fazla tazminat, en hafif kusurda en az tazminat savunulamaz. Böyle bir yaklaşım, ceza hukukunun aksine cezalandırma amacı taşımayan sorumluluk hukukunun mantığı ile bağdaşmaz. Bunların yanı sıra somut olayın koşulları hafif ihmale rağmen indirim yapılmamasını haklı gösteriyor olabilir. Zikredilen bu nedenlerle, her hafif kusur durumunda tazminatta indirim yapılacağı sonucuna varılamaz⁹⁵⁷. Buna karşın hangi kusur derecesinde indirime gidilebileceği hususunda bu görüş savunucuları arasında da fikir ayrılıkları bulunmaktadır.

Uygulamada kusurun ağırlığı sebebiyle indirime gidildiği hallerde kusurun hafif olduğu görülmektedir. Bunun iki sebebi bulunmaktadır. Birincisi, hafif kusur ile kusurun yokluğu arasında çizginin çok ince olması ve bu nedenle tam sorumluluk ile sorumsuzluk arasındaki ayrımın da buna göre belirlenmesi gerekliliğidir. İkincisi ise, somut olayda hafif kusur mevcutsa, zararın meydana gelmesinde büyük ihtimalle sadece failin değil beklenmedik durumun da zarara katkıda bulunmuş olmasıdır⁹⁵⁸. Bütün bu nedenlerle hâkim, TBK m. 51'in de kendisine verdiği yetkiyle kusurun hafifliği nedeniyle tazminatta indirim yapabilecektir. İsviçre uygulamasında mahkemeler, zarar görenin kusuru ya da müteselsil sorumluluk bulunmadıkça tazminattan indirimi hafif kusurla sınırlandırmaktadır⁹⁵⁹.

3.3.1.2.2.5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Tazminat miktarının belirlenmesinde failin kusurunun nasıl dikkate alınacağına ilişkin tartışmanın temelinde TBK m. 51/İBK m. 43 hükmünde kanun koyucunun orantı uygulama konusunda bir direktif mi verdiği (emir) yoksa hâkime kusurun ağırlığını dikkate alma hususunda bir yetki mi tanıdığı (takdir) konusundaki belirsizlik

⁹⁵⁷ **Werro**, Commentaire romand, art. 43, n. 18; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 49.

⁹⁵⁸ **Yung**, s. 131.

⁹⁵⁹ **Winiger**, s. 24. Yazar bu uygulamayı, failin, kusurun ağırlığı ile hiçbir ilgisi bulunmayan koşulların, failin alacağı indirim miktarını etkilemesi ve kanunda hiçbir dayanağı bulunmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir. **Winiger**, s. 25.

yatmaktadır. Kanaatimizce hâkim, kusurun ağırlığını dikkate almak zorundadır. Ancak bu durum, hâkimin indirim yapma mecburiyetinde olduğu anlamına gelmez. Kanun koyucu hâkime, tazminatın takdirinde kusurun ağırlığını dikkate alma konusunda orantı uygulama değil, kusurun derecesini dikkate alma biçiminde bir direktif vermiştir. Bu sonuca TBK m. 52/2 hükmünün yardımıyla da varılabilir. TBK m. 52/2’de failin hafif kusuruyla zarara sebebiyet vermesi halinde yoksulluk ve hakkaniyet ek koşullarını da aramak suretiyle hâkime indirime gidebilme ve hatta tazminata hiç hükmetmeme yetkisi verilmiştir. Eğer TBK m. 51 uyarınca hafif kusur durumunda mutlaka indirim yapma zorunluluğu olsaydı TBK m. 52/2’de hâkimin tazminatta indirim yapabileceğine ayrıca yer vermeye gerek olmazdı. Ancak kanun koyucu TBK m. 52/2’de indirim yetkisi tanıdığına göre TBK m. 51’de hafif kusur durumunda indirim zorunluluğu öngörmemiştir. Hâkim, somut olayın diğer koşullarını da dikkate alarak indirime gidebilir. Bu nedenle kusurun derecesi ile tazminat miktarı arasında orantı bulunması gerektiği görüşüne katılmıyoruz.

Failin ancak çok hafif ihmali hareket etmesi durumunda tazminatta indirime gidilebileceğine savunan görüşe gelince, kanun koyucu, tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının dikkate alınacağına yer vermekle beraber dikkate alınacak-indirimi haklı gösterecek- kusur ağırlığını çok hafif ihmal ile sınırlandırmamıştır. Bu nedenle bu görüşe de katılmıyoruz. Benzer şekilde failin kusurunun ağırlığının esasen tazminatın takdirinde dikkate alınmaması gerektiğini; sadece zarar görenin kusuru ya da karşılık kusurlar mevcutsa, indirim yapılabileceğini savunan görüşe de katılmıyoruz. TBK m. 51 hükmü ile kanun koyucu hâkime kusurun derecesine göre indirim yapma zorunluluğu öngörmemiş olmakla beraber, kusurun ağırlığını dikkate alma görevi yüklemiş ve hâkimi bu yetkiyle donatmıştır. Bu nedenle kusurun ağırlığının dikkate alınmaması gerektiğini savunmak, kanuna karşı yorumdur (*contra legem*). Ayrıca, sadece zarar görenin kusurunun bulunması halinde karşılıklı kusurların tartılması aşamasında failin kusurunun dikkate alınması gerektiği görüşü, ya hep ya hiç ilkesini benimseyen ve TBK m. 51/İBK m. 43 gibi hâkime hareket alanı tanıyan bir hüküm barındırmayan Alman haksız fiil hukukunda, hâkime böyle bir alan tanıma işlevine sahiptir. Dolayısıyla bu görüşün Türk/İsviçre hukukunda uygulama yeri olmadığı gibi böyle bir yaklaşıma ihtiyaç da bulunmamaktadır.

Hâkim görüşe katılarak tazminatın belirlenmesinde tam tazmin ilkesine sadık kalınması gerektiğini, ancak somut olayın şartları gerektiriyorsa failin hafif kusurlu olması durumunda indirim yapılabileceği kanaatindeyiz. Orta ihmali de bir ihmal derecesi olarak kabul ettiğimizden hafif kusur ile hafif ihmal ve orta ihmali kastetmekteyiz. Ancak salt kusur derecesine göre indirim yapılmasının uygun bulunduğu durumlarda orta ihmalde, hafif ihmale nazaran daha az indirim yapılacaktır. Ancak belirtelim ki bu durum, orantı görüşünün kabul edildiği anlamına gelmez. Zira hâkim, hafif kusur durumunda indirim yapma mecburiyetinde olmayıp sadece bu yetkiyle donatılmıştır.

3.3.1.2.3. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Failin Kusurunun Nasıl Dikkate Alınacağına İlişkin Genel İlkeler

3.3.1.2.3.1. Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Genel Olarak

Zararlı sonuca failin ve zarar görenin kusurlu davranışlarının yanı sıra kusursuz sorumluluk doğuran olaylar ile beklenmedik olaylar da yol açabilir. Bütün bunların beraber ele alınarak tazminatın belirlenmesi gerekmektedir. Hâkim somut olayın tüm koşullarını, örneğin failin kusurunun ağırlığı, zarar görenin kusuru, zarar görene izafe edilebilen haller, zararın hatır işi sırasında meydana gelmesi, beklenmedik durum vb. dikkate alarak tazminatın biçim ve miktarını belirlemelidir.

Bu değerlendirmeyi gerçekleştirebilmeyi sağlayacak ölçüt ise her bir olayın değerine nazaran zarar vermeye ne oranda elverişli olduğudur⁹⁶⁰. Zarara elverişlilik kıyaslamasının nasıl yapılacağına gelince, bu tespit, hâkimin yapacağı hukuki bir değerlendirmedir. Hâkim bunu yaparken somut olayın koşullarını zararın meydana gelmesindeki ağırlık derecelerine göre konumlandırmalıdır⁹⁶¹. Bu yaklaşıma göre zarar, adeta taraflar arasında paylaşılması gereken bir pasta olup bölüştürülecektir⁹⁶². Payların nasıl dağıtılacağına gelince, bir sonucun meydana gelmesinde bütün sebepler

⁹⁶⁰ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 24; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 94.

⁹⁶¹ **Winiger**, s. 24.

⁹⁶² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 21; **Keller**, s. 378; **Guhl/Koller**, §10 N. 78.

eşit öneme sahiptir ve aralarında bir kıdem bulunmamaktadır⁹⁶³. O zaman hukuk düzeni başka bir kıstas bulmalıdır. Payların belirlenmesinde, bir sebebe hukuki değerlendirmede atfedilen öneme bakılmalıdır. Bu önem sorumluluk sebebinin ağırlığı, bir diğer deyişle zararın meydana gelme olasılığı, sebebin zararı meydana getirmeye elverişliliğidir⁹⁶⁴. Buna göre, failin kusuru, ek kusur, işletme tehlikesi gibi her bir sebebe ağırlığına göre pay verilir⁹⁶⁵.

3.3.1.2.3.2. Kusur Derecesine İlişkin Çeşitli İhtimaller

3.3.1.2.3.2.1. Fail Kasıtlı Hareket Etmiş ise

Kastın varlığı halinde kural olarak tazminattan indirim yapılamaz⁹⁶⁶. Ancak burada, failin kastının zararın kendisine mi, yoksa haksız fiile mi yönelik olduğu ayrımı yapılır. Fail, yukarıda *Absicht*'in karşılığı olarak ifade ettiğimiz salt zarar verme kastı⁹⁶⁷, bir diğer deyişle, sırf zarar vermek amacıyla fiili gerçekleştirmişse bu durumda, meydana gelen tüm zararlardan sorumlu olur. Ayrıca bu halde, doğal olarak uygun nedensellik bağının kapsamına girecek zararlar da artacaktır. Fail, umulmadık ölçüde zararın doğduğunu ileri sürerek indirime gidilmesini talep edemeyecektir.

Failin salt zarar verme kastıyla değil de doğrudan ya da dolaylı kasıtlı hareket etmesi durumunda da tam tazmin yükümlülüğü kuşkusuz bulunmaktadır. Ancak bu hallerde çok istisnai de olsa TBK m. 51 uyarınca, “durumun gereği” başlığı altında değerlendirilebilecek bir sebeple indirime gidilmesini gerektiren bir durum söz konusu olabilir. Örneğin, failin fiili kendi menfaatine değil de başkasının menfaatine işlemiş olması durumunda fail, kasıtlı hareket etmiştir ancak somut olayın bu özelliği indirime gidilmesini haklı gösterebilir⁹⁶⁸. Dikkat edilmesi gereken nokta, burada failin kusurunun derecesinin kasıt olduğu hususunda bir şüphe bulunmaması, ancak TBK m. 51 uyarınca somut olayın bir özelliğinin kasta rağmen indirim yapılmasını haklı göstermesidir.

⁹⁶³ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §7 N. 23.

⁹⁶⁴ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §7 N. 24.

⁹⁶⁵ **Keller**, s. 378.

⁹⁶⁶ **Kessler**, *Basler Kommentar*, Art. 43, N. 9.

⁹⁶⁷ Bkz. 2.3.3.2.1.2.2.

⁹⁶⁸ **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 74. Yazar bu duruma örnek olarak ötanaziyi vermektedir.

3.3.1.2.3.2.2. Fail Ağır İhmalle Hareket Etmiş ise

Hâkim görüşe göre, ağır ihmal, kural olarak, TBK m. 51'e göre tazminatta indirim yapılmasına engel olur⁹⁶⁹. Hâkim görüş ve içtihat, kusur bakımından sadece hafif kusurun tazminatta indirimi haklı göstereceği yönündedir⁹⁷⁰.

Bununla beraber, ağır ihmale rağmen, indirimi haklı gösteren kusurdan bağımsız sebepler-beklenmedik durum gibi-, mevcutsa ağır ihmal durumunda bile tazminattan indirim yapılabilir⁹⁷¹. Ancak ağır ihmal durumunda indirimi haklı gösteren başka sebeplerin mevcut olma ihtimali oldukça düşüktür⁹⁷².

3.3.1.2.3.2.3. Fail Orta İhmalle Hareket Etmiş ise

Her ne kadar kusurun derecesi ile tazminat miktarında yapılacak indirim arasında mutlaka bir orantı söz konusu olmasa da, somut olayın koşulları aksini haklı göstermedikçe, kusur derecesi arttıkça yapılacak indirim oranının azalacağını söylemek mümkündür. Orta ihmalin de hafif ihmal gibi tazminatta indirimi haklı gösteren bir gerekçe teşkil edip etmeyeceğine gelince, kanaatimizce, orta ihmal, ağır kusur- hafif kusur skalasında hafif kusura tekabül etmektedir. Orta ihmal durumunda hafif ihmal durumunda olduğundan az olmakla beraber, tazminatta indirimle gidilebilir. İsviçre doktrininde de bazı yazarlar, sadece hafif ihmalin değil; aynı zamanda orta ihmalin de tazminatın belirlenmesinde dikkate alınabileceği kanaatindedir⁹⁷³.

⁹⁶⁹ **Pelloni**, s. 266; **Keller**, s. 144; **Werro**, Commentaire romand, art. 43, n. 17; **Schwenzer**, N. 16.03; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, N. 197B; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 91.

⁹⁷⁰ **Fellmann/Kottmann**, N. 2420; **Huguenin**, N. 1888; **Pelloni**, s. 266; **Keller**, s. 144; **Werro**, Commentaire romand, art. 43, n. 17; **Schwenzer**, N. 16.02; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 91; **Baysal**, s. 134. Aksi görüş için bkz. **Antalya**, s. 456. Winiger de bu yaklaşımı, failin meşru menfaatlerini göz ardı ederek zarar görenin korunması yönünde bir tercihte bulunduğu, failer arasında bir ayrıma sebebiyet verildiği, kanunun esneklik tanımına rağmen Fransız ve Alman hukuklarındaki ya hep ya hiç ilkesine yaklaşıldığı, üstelik sorumluluk sigortalarının çok yaygın hatta bazı durumlarda zorunlu olması neticesinde zararı sigortacının ödeyeceği bilincinin bu yaklaşımı desteklediği gerekçeleriyle eleştirmektedir. **Winiger**, s. 25-26.

⁹⁷¹ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 75.

⁹⁷² **Brehm**, ağır ihmal halinde tazminattan indirimin eski kararlarda rastlanılabilen nadir bir uygulama olduğuna dikkat çekmektedir. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 75.

⁹⁷³ **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 29. **Huguenin**, N 1896; **Rüetschi**, s. 138; **Werro**, Commentaire romand, art. 43, n. 79; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 79. Yukarıda belirtildiği üzere, İsviçre hukukunda orta ihmal ve orta kusur tabirleri eş anlamlı, hafif ihmal ve hafif kusur tabirleri eş anlamlı

3.3.1.2.3.2.4. Fail Hafif İhmalle Hareket Etmiş ise

Yukarıda belirtildiği üzere, hâkim mecbur olmamakla beraber failin hafif ihmali olması durumunda tazminatta indirim gidebilecektir. Burada cevaplanması gereken soru, TBK m. 51’de hâkimin tazminat miktarında yapabileceği indirim miktarına ilişkin olarak bir oran belirtilmemişken; hâkimin failin hafif ihmali olmasına dayanarak hiç tazminata hükmetmeme (sıfır tazminat) yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Kanaatimizce, hâkime hiç tazminata hükmetmeme (sıfır tazminat) yetkisi veren TBK m. 52’in aksine TBK m. 51’de hâkime böyle ekstrem bir yetki tanınmamıştır⁹⁷⁴. Buna göre, zarar görenin kusurunun bulunmadığı ve failin hafif ihmali hareket ettiği bir ihtimalde, hâkim sadece hafif ihmale dayanarak tazminata hükmetmeme yetkisine sahip değildir, ancak tazminattan indirim yapabilir.

3.3.2. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Zarar Görenin Kusurunun Etkisi

3.3.2.1. Zarar Görenin Kusuru

3.3.2.1.1. Kavram

3.3.2.1.1.1. Tanım

Zarar görenin, zararın ortaya çıkmaması ya da zararın kötüleşmesini önlemek için makul önlemler almamasına zarar görenin kusuru denir⁹⁷⁵. Zarar görenin kusuru, potansiyel sorumluyu aşırı yüksek zarar tehlikesi konusunda uyarmama örneğinde

olarak kullanılmaktadır. Ayrıca hatırlatalım ki bazı yazarlar orta ihmali derecesini ya açıkça bir kusur derecesi olarak reddetmekte ya da bu dereceden hiç bahsetmemektedirler. Bkz. 2.3.3.2.2.3.2.

⁹⁷⁴ Aynı görüşte bkz. **Pelloni**, s. 266; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 87. TBK m. 51’e dayanarak tazminata hiç hükmedilmemesi gerekebileceğinin doktrinde savunulmadığı yönünde bkz. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 49.

⁹⁷⁵ **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 44, N. 7. Werro, zarar görenin kusurunu, zararın ortaya çıkmasına ya da zararın artmasına katkı biçiminde tanımlamaktadır. **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 25.

olduğu gibi sorumluluk doğuran olaydan öncesine ilişkin ya da sorumluluk doğuran olayla eş zamanlı veya bu olaydan daha sonrasına ilişkin olabilir⁹⁷⁶.

Zarar görenin kusuru, TBK m. 52’de düzenlenmektedir. Bu hükme göre, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir⁹⁷⁷. Zarar görenin kusuru, ağırlığına göre tazminattan indirim ya da sorumluluğu kaldırma sonucunu doğurabilir. Zarar görenin kusurunun tazminattan indirim sebebi olmasındaki mantık şudur: Tazminat talebinde bulunan kişi, zarara katkıda bulunmamış olmalıdır. Kimse engelleyebileceği ve engellemesi gereken zararın tazminini isteyemez. Herkes kendi ihmalkarlığının sonuçlarına katlanmalıdır. Dürüstlük kuralı-çelişkili davranış yasağı bunu gerektirir⁹⁷⁸.

Zarar görenin kusurundan söz edebilmek için, zarar görenin davranışı ile kaçınılabilir zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır⁹⁷⁹. Esasen TBK m. 52’de zarar görene ilişkin olarak indirim sebebi teşkil edebilecek durumlar, bir diğer deyişle zarar görene izafe edilebilecek durumlar, kusurdan daha geniştir⁹⁸⁰. Ayrıca bu maddede kusur ifadesine de yer verilmemiştir. Bununla beraber, TBK m. 52’de zarar görenden kaynaklanan indirim sebebi teşkil edebilecek durumlar çoğunlukla aynı zamanda zarar görenin kusuru anlamına gelecektir.

⁹⁷⁶ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 138.

⁹⁷⁷ Doktrinde Nomer, eBK. m. 44’te zarar görenin fiilinden söz edilmesinin yeterli kapsayıcılıkta olmadığını belirterek eleştiriyor ve bu hususta “zarar görenin sorumlu olduğu durumlar” ifadesini içeren mehaz kanunu örnek gösteriyordu. **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 82. Saymen/Elbir ise hükümde yer alan ve doktrinde kullanılan “müterafik kusur” ifadesini dar bularak eleştirmiş ve bu ifade yerine “müterafik sebep olma” ifadesinin tercih edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Bu görüşe göre, esasen zarar görenin kusuru ile ifade olunmak istenen, zarar görenin zarara etkide bulunan bir hareketi ya da zarar görene izafe edilebilen bir durumdur. **Saymen/Elbir**, s. 501.

⁹⁷⁸ YHGK E. 2017/3-1524, K. 2018/1442, T. 16.10.2018 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 139; **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 10; **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 25; **Widmer**, Fault, s. 289; **Pichonnaz**, Pascal, “Le devoir du lésé de diminuer son dommage”, La fixation de l’indemnité Colloque du droit de la responsabilité civile 2003 - Université de Fribourg, Bern 2004, (s. 109-134) s. 115; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 108; **Antalya**, s. 461.

⁹⁷⁹ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 19a. BGE 101 II 257/265; BGE 126 III 192/197; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 137; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 322; **Kurt**, s. 800.

⁹⁸⁰ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 43; **İmre**, s. 202. Zarar görene izafe edilebilen ve bu sayede TBK m. 52 uyarınca indirim sebebi teşkil eden hallere ilişkin detaylı açıklama için bkz. **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 112 vd.; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 101 vd.

3.3.2.1.1.2. Zarar Görenin Kusurunun Teknik Anlamda Kusur Teşkil Edip Etmediği Tartışması

Zarar görenin kusurunun teknik anlamda kusur teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bu sorunun cevabı, kusur kavramının içeriğine göre değişecektir. Eğer hukuka aykırılık, kusurun ön koşulu olarak değerlendirilirse bu durumda kişinin kendisine zarar vermesi durumunda mecazi kusurdan söz edilebilir. Buna karşın, hukuka aykırılık, kusurun ön koşulu olarak görülmezse teknik anlamda kusurdan söz edilir.

İşte bu açıklamalara paralel olarak, bir görüşe göre, teknik anlamda kusur, başkasına zarar veren ve bu nedenle hukuk düzeni tarafından hoş görülmeleyen bir davranışın niteliğidir⁹⁸¹. Buna göre, ancak başkasına zarar veren bir davranış kusurlu olarak nitelendirilebilir. Kişinin kendisine zarar vermeme yükümlülüğünden söz edilemeyeceği için zarar görenin kusuru, esasen teknik anlamda kusur teşkil etmez⁹⁸². Bu görüşün savunucularına göre kusur, ancak hukuka aykırı fiiliyle zarara sebep olan kişi hakkında yürütülen bir değer yargısıdır. Zarar görenin kusuru, bu nedenle gerçek ve teknik anlamda bir kusur olmayıp, mecazi anlamda bir kusurdur⁹⁸³. Esasen bu davranış şekli zarar gören açısından kusur değil, külfettir⁹⁸⁴. Zarar görenin kusuru, teknik kusur değildir ama zarar verenin kusuruna ilişkin kurallar, kıyasen zarar görenin kusuruna da uygulanır⁹⁸⁵.

Bir başka görüşe göre ise kusur, hukuk düzeninin kişiden makul olarak beklediği gereken özeni göstermemesidir. Kusurlu davranışın ayrıca hukuka aykırı olmasına

⁹⁸¹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 318; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 107.

⁹⁸² **Weber**, Stephan, "Die Schadenminderungspflicht- eine metamorphe Rechtsfigur", Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, St. Gallen 1999, (s. 133-177) s. 160; **Widmer**, Fault, s. 288; **Aral**, s. 742; **Erdoğan**, s. 132; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 107; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 86; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 603; **Antalya**, s. 464.

⁹⁸³ **Schaer**, Roland, "Das Verschulden bei gefahrpräventiven Obliegenheiten, verhaltensbezogenen Deckungsausschlüssen und bei der Schadenminderung", Das Verschulden im Wandel des Privatsicherungs-Sozialversicherungs-und Haftpflichtrechts, Basel 1992, (s. 163-220) s. 178; **Özsunay**, s. 102; **Nart**, s. 217.

⁹⁸⁴ **Weber**, s. 160; **Pichonnaz**, s. 117; **Schaer**, s. 177; **Magnus/Seher**, s. 107, N. 30; **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 13; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 48; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 85-86.

⁹⁸⁵ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 110; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 86; **Antalya**, s. 466.

gerek yoktur⁹⁸⁶. Bir diğer deyişle hukuka aykırılık kusurun ön koşulu değildir. Zarar görenin davranışının hukuka aykırı olmadığından bahisle kusurlu addedilemeyeceği sonucuna varmaya da gerek yoktur. Bu nedenle zarar görenin kusuru teknik anlamda kusurdur⁹⁸⁷. Teknik anlamda kusur olduğu için de kusurla ilgili ilkeler zarar görenin kusuruna doğrudan uygulanır.

3.3.2.1.1.3. Ayırt Etme Gücünün Zarar Görenin Kusurunun Bir Unsuru

Olup Olmadığı Sorunu

Zarar görenin kusurundan söz edebilmek için ayırt etme gücü aranır⁹⁸⁸. Zarar görenin kusurunun teknik anlamda kusur teşkil etmediğini ancak failin kusuruna ilişkin kuralların kıyasen zarar görenin kusuruna uygulanacağı görüşündeki yazarlar, “ayna prensibi” uyarınca, failde aranan ayırt etme gücünün zarar görende de aranacağını ifade ederler⁹⁸⁹. Zarar görenin kusurunun teknik anlamda kusur teşkil ettiği görüşündeki yazarlar da ayırt etme gücünün kusurun bir unsuru olması sebebiyle zarar görenin kusurunda da aranacağını ifade ederler⁹⁹⁰.

Buna göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar görenin davranışı, kural olarak tazminattan indirim sebebi teşkil etmez⁹⁹¹. Buna karşın, sorumluluğa sadece sorumlu kişinin katlanması hakkaniyete aykırı olabileceği durumlar bulunmaktadır. Bu durumda TBK m. 65 kıyasen uygulanabilir⁹⁹². Sorumlu kişi, diğer koşulların yanı sıra

⁹⁸⁶ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 37, 140; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 18; **Gümüş**, s. 58; **Baysal**, s. 104; **Altınok Ormancı**, s. 91.

⁹⁸⁷ **Baysal**, s. 105; **Altınok Ormancı**, s. 91; **Kurt**, s. 797-798; **Achtari**, N. 190-192.

⁹⁸⁸ Zarar görenin kusurundan söz edilebilmesi için ayırt etme gücü aranacağı görüşündeki yazarlar: **Deschenaux/Tercier**, §7, N. 50; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 23; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 163; **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 16; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 44, N. 7; **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 14; **İmre**, s. 203; **Özsunay**, s. 102; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 122; **Baysal**, s. 114.

⁹⁸⁹ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/1, §18 N. 100.

⁹⁹⁰ **Baysal**, s. 114.

⁹⁹¹ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 128.

⁹⁹² **Deschenaux/Tercier**, §7 N. 50; **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 16; **Guhl/Koller**, §10 N. 78; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 44, N. 7; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 165, §7 N. 31; **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 14; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 33; **İmre**, s. 203; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 325; **Aral**, s. 744; **Özsunay**, s. 102; **Erdoğan**, s. 134; **Helvacı**, s. 156; **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 122; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 124; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 128-129; **Baysal**, s. 116; **Kurt**, s. 798, dn. 97 ve s. 807.

zarar görenin kusursuz davranışının da zararın meydana gelmesinde etki doğurması riskini taşımaktadır⁹⁹³. Buna göre, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olmadığı durumlarda kusurundan söz edilemez ancak TBK m. 65 uyarınca sorumlu kişinin tazminat yükümlülüğünde indirim yapılabilir ya da sorumlu kişi sorumluluktan tamamen kurtulabilir. Yargıtay da bu hususu kararlarında dile getirmiştir⁹⁹⁴. Demek oluyor ki, zarar görenin herhangi bir kusursuz sorumluluk hükmü kapsamına girmeyen davranışı, failin davranışıyla zarar arasındaki uygun nedensellik bağına kesmedikçe, zararın doğumuna ya da artmasına ne kadar katkıda bulunmuş olursa olsun TBK m. 52 uyarınca indirim sebebi teşkil etmeyecektir⁹⁹⁵.

Widmer'e göre ise, zarar görenin kusurunda ayırt etme gücü aranmamalıdır⁹⁹⁶. Çok sarhoş ya da akıl hastası bir yaya kendisini bir aracın önüne atarsa bu durumda, zarar görenin ayırt etme gücünden bağımsız olarak, zarar görenin katkıda bulunan davranışından ötürü fail sorumlu tutulmamalıdır⁹⁹⁷.

Kanaatimizce, zarar görenin kusuru kavramından söz edebilmek için ayırt etme gücünün aranması, zarar görenin fiilinin nedensellik bağına kesmesi ya da zarar görene izafe edilen hallerin tazminatta indirim sebebi olmasından farklıdır. Savunduğumuz görüş uyarınca nedensellik bağı objektif değerlendirmeye tabi bir mesele olup zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde bile zarar görenin fiili gerekli yoğunluğa eriştiği takdirde nedensellik bağına kesilmesi mümkündür. TBK m. 52'de zarar görene ilişkin olarak indirim sebebi teşkil edebilecek durumlar, bir diğer deyişle zarar görene izafe edilebilecek durumlar, çoğunlukla zarar görenin kusurlu fiili biçiminde tezahür edecek olmakla beraber, kusurdan daha geniştir. Bu nedenle TBK m. 52 uyarınca tazminatta indirim sebebi olan zarar görenin kusuru ya da zarar görene izafe edilebilen bir hal varsa, indirim yapılacaktır, aksi takdirde indirim yapılmayacaktır. Bu kabul TBK m. 65'e başvurmaya gerek duyulmayacaktır. Üstelik TBK m. 51, hâkime

⁹⁹³ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §7 N. 31.

⁹⁹⁴ Yargıtay 4. HD., E. 1981/1247, K. 1981/3013, T. 11.03.1981: "*Temyiz gücünden yoksun olan kimse, bu güce sahip olsaydı, kendi kusuru sayılacak bir harekette bulunmuş ise, BK. 54/I kıyas yolu ile uygulanır ve hakkaniyet gerektiriyorsa, tazminattan indirim yapılır.*" Karar için bkz. www.kazanci.com.tr

⁹⁹⁵ **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 123-124.

⁹⁹⁶ **Widmer**, *Fault*, s. 289.

⁹⁹⁷ **Widmer**, *Fault*, s. 289.

“durumun gereği” kapsamında tarafların ekonomik durumunu dikkate alma yetkisini - istisnaen kullanılması gerekse de- tanımıştır.

3.3.2.1.2. Zarar Görenin Kusurunun Belirlenmesinde Başvurulacak Ölçü

Zarar görenin kusurunun belirlenmesinde başvurulacak ölçü doktrinde tartışmalıdır.

3.3.2.1.2. 1. Doktrindeki Görüşler

Failin kusurunun belirlenmesinde sübjektif ölçünün esas alınması gerektiğini savunan yazarlar, doğal olarak, failin kusurunda olduğu gibi zarar görenin kusurunun belirlenmesinde de sübjektif ölçüye başvurulması gerektiğini savunmaktadırlar.

Bununla beraber doktrinde bir grup yazarca, her ne kadar failin kusurunun tespitinde objektifleştirilmiş ölçüye başvurulmakta ise de zarar görenin kusurunun tespitinde sübjektif ölçüye başvurulması gerektiği savunulmaktadır⁹⁹⁸. Bu görüşe göre, zarar görenden failden beklenildiği gibi asgari nitelik ve yeteneklere sahip olması beklenemez. Zarar görenin zararı azaltma külfetini belirlemede ilgili hukuki menfaatlerin ne olduğu göz önünde bulundurulur⁹⁹⁹. Tıbbi tedavi görme, meslek değiştirme gibi kişiliği ilgilendiren durumlarda, zarar görenin zararı azaltma külfetini ihlal edip etmediğini belirlemede zarar görenin endişeleri, dini inanışı gibi kişisel özellikleri dikkate alınacaktır¹⁰⁰⁰. Böyle bir durumda zarara katlanma riskini fail taşır¹⁰⁰¹.

Zarar görenin kusurunun tespitinde sübjektif ölçünün esas alınması gerektiğini savunan görüş, objektif değerlendirme yapılırken somut olayın özelliklerinin dikkate alınacağı ve bu nedenle sübjektif ölçüye başvurulmasına gerek olmayacağı, ayrıca sübjektif ölçünün kabul edilmesinin zarar görenin bile bilemeyeceği bir kişisel özelliği nedeniyle

⁹⁹⁸ **Weber**, s. 160; **Pichonnaz**, s. 123. Nomer, failin kusurunun belirlenmesinde sübjektif ölçüye başvurulması gerektiğini savunmakta ancak failin kusurunun belirlenmesinde objektifleştirilmiş ölçüye başvurulacak olsa bile, Alman hukukuna atıfta bulunmak suretiyle zarar görenin kusurunun tespitinde sübjektif ölçüye başvurulması gerektiğini savunmaktadır. **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 88-89.

⁹⁹⁹ **Pichonnaz**, s. 123-125.

¹⁰⁰⁰ **Weber**, s. 160-161; **Pichonnaz**, s. 123-125.

¹⁰⁰¹ **Weber**, s. 160; **Pichonnaz**, s. 123-125.

ortaya çıkan zarara failin katlanmasının adil olmayacağı¹⁰⁰², hatta subjektif ölçünün kabulü halinde zarar görenin kusurunun mevcut olmadığı sonucuna varılabileceği¹⁰⁰³ gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, zarar görenin kusurunun tespitinde, failinin kusurunun tespitinde başvurulmuş ölçüden ayrılmayı gerektiren bir sebep bulunmamaktadır¹⁰⁰⁴. Zarar görenin kusurunun belirlenmesinde objektifleştirilmiş kusur ölçüsüne başvurulmalıdır. Doktrindeki hâkim görüş ve yargı kararları da bu yöndedir¹⁰⁰⁵. Bu görüşe göre, zarar görenden beklenen davranış, zarar görenin bulunduğu yer ve zamanda bulunan ve zarar görenin yaş, meslek vd. yönlerden mensup olduğu çevredeki normal ve makul bir insandan göstermesi beklenen davranıştır. Bu şekilde belirlenecek olan soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapan zarar görenin davranışı, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilecektir.

Zarar görenin kusurunun belirlenmesinde başvurulacak ölçünün objektif mi yoksa subjektif mi olduğuna ilişkin argümanlar, failin kusurunun belirlenmesinde ne derece objektif bir ölçüye başvurulacağına ilişkin benimsenen yaklaşım göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Örneğin, failin kusurunu tespit etme failine ilişkin subjektif unsur olarak sadece ayırt etme gücünün esas alınacağını savunan *Achtari*, gerekli ek sebeplerin varlığı halinde zarar görenin kişiliğine bağlı subjektif koşulların dikkate alınabileceğini ifade etmekte ve zarar gören söz konusu olduğunda esas alınacak kusur ölçüsünü fail için kabul edilecek ölçüye nazaran subjektif olarak

¹⁰⁰² **Baysal**, s. 111. Zarar görenin kusurunun belirlenmesinde objektif ölçüden ayrılmaya gerek olmadığı yönünde detaylı açıklama için bkz. **Baysal**, s. 111-113.

¹⁰⁰³ **Altınok Ormancı** s. 79.

¹⁰⁰⁴ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 18; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 143; **Altınok Ormancı** s. 79.

¹⁰⁰⁵ **Dähler**, s. 28; **Pelloni**, s. 266; **Roberto**, N. 882; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 146; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 18; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320; **Özsunay**, s. 102; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 604; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 109-110; **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, s. 242; **Baysal**, s. 114; **Kurt**, s. 799-800; **Altınok Ormancı** s. 78. Yargıtay da zarar görenin kusurunun objektif ölçüye göre belirleneceği görüşündedir. YHGK E. 2017/3-1524 K. 2018/1442 T. 16.10.2018: “Zararla sonuçlanan hukuka aykırı bir davranışta bu maddenin (44. madde) uygulanabilmesi için öncelikle ortak kusurun belirlenmesi gerekir. Bunun için de zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçütlerle (kusurun objektifleştirilmesi) bir kusur sayılıp sayılamayacağı ve bu kusurun zararın meydana gelip gelmemesinde bir payı (illiyet bağı) olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.” Karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

nitelendirmektedir¹⁰⁰⁶. Ancak failin kusurunu tespitte faile ilişkin (yaş gibi) kişisel özelliklerin de dikkate alınacağını kabul eden hâkim görüş niteliğindeki objektifleştirilmiş kusur ölçüsünü nazara aldığımızda, zarar görenin kusurunun ölçüsü ile failin kusurunun ölçüsü arasında büyük bir fark bulunmadığı gözlemlenebilecektir. Bütün bu açıklamalar ışığında, zarar görenin kusuruna ilişkin olarak izlenmesi gereken yöntemi kısaca şu şekilde izah edebiliriz¹⁰⁰⁷: Zararı azaltma külfetini belirlemede zarar görenin alması gereken makul önlemlerin neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Hâkim öncelikle, zararı azaltmaya yönelik tedbirlerin elverişliliği, maliyet, piyasa koşulları gibi somut olayın objektif koşullarını tespit edecektir. Ardından hâkim ihlal edilen hukuki menfaati dikkate alarak somut olayda zarar görenin kişiliğine ilişkin subjektif ölçütlere başvurmanın gerekliliğini değerlendirmelidir. Zarar görenin alması gereken önlem, tedavi görme, meslek değiştirme gibi kişiliğine müdahale teşkil ettiği ölçüde, hâkim zarar görenin kişiliğine bağlı subjektif ölçütleri dikkate alacaktır. Bununla beraber, zarar görenin bir eşya zararı söz konusu ise, ikame eşya temini ya da tamir gibi tedbirlerin zarar görenden beklenebilirliği tespit edilirken tedbirin maliyet ve gerekliliği gibi objektif ölçütler ön plana geçecektir. Burada vurgulanması gereken husus, zarar görenin kişisel değerlendirmelerinin dikkate alınmayacak olmasıdır, aksine zarar görenle aynı kişisel, ailevi ve mesleki koşullar altında bulunan makul kişinin ne yapacağını belirlenecektir¹⁰⁰⁸. Örneğin, zarar görenin kişisel değerlendirmesi neticesinde tedbiri gereksiz bulması, tecrübesizliği, yorgun, stresli, öfkeli olması kusursuzluk sebebi olarak kabul edilmeyecektir.

3.3.2.1.2. 2. Zarar Görenin Küçük Olmasının Zarar Görenin Kusuru Tespitinde Bir Değişiklik Meydana Getirip Getirmeyeceği Sorunu

Bir görüşe göre, zarar gören küçük ise kusurunun belirlenmesinde daha ihtiyatlı davranılmalıdır¹⁰⁰⁹. Kanaatimizce, objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca ortalama ve

¹⁰⁰⁶ **Achtari**, N. 327.

¹⁰⁰⁷ **Achtari**, N. 327 vd. Türk hukukunda aynı yönde bkz. **Kurt**, s. 780 vd. **Altınok Ormancı** s. 78 vd.

¹⁰⁰⁸ **Achtari**, N. 334.

¹⁰⁰⁹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320: “Gençliğin tehlikeler karşısında lakaydlığı da kusurun daha az şiddetle takdiri için bir sebeptir.” Bu yönde İFM kararı: BGE 123 III 306. Aynı yönde bkz. **Antalya**, s. 467.

soyut tip zaten yaş dahil olmak üzere aynı fiziksel özelliklere sahip zarar görenin mensup bulunduğu çevre göz önüne alınarak belirleneceğinden bu hususta herhangi bir istisna öngörmeye gerek bulunmamaktadır¹⁰¹⁰. Bununla beraber, doğaldır ki çocuğun yaşı küçüldükçe ayırt etme gücü ve kusurunun bulunabileceği olaylar azalacaktır. Ancak çocuklar için zarar görenin kusuruna ilişkin olarak bir yaş sınırı bulunmayıp çocuk zarar görenin kusurunun tespiti somut olayın koşulları çerçevesinde yapılacaktır.

3.3.2.1.3. Zarar Görenin Kusurunda Derecelendirme

3.3.2.1.3.1. Genel Olarak

Kusurun dereceleri hakkında söylenenler zarar görenin kusuru için de geçerli olup ortalama tipin davranışından sapma derecesi, zarar görenin kusur derecesini ifade eder. Zarar görenin kusuru kasıt ya da ihmali biçiminde olabilir¹⁰¹¹. Zarar gören, zararlı sonucu – zararın meydana geleceğini ya da zararın artacağını biliyor ve istiyorsa bu durumda kasıtlıdır¹⁰¹². Zarar görenin kasıt derecesindeki kusuru doğrudan ya da dolaylı kasıt biçiminde olabilir. Örneğin, düelloya katılan kişinin dolaylı kasıtı vardır¹⁰¹³. Öte yandan, zarar görenin zararını kasten azaltmaması veya arttırması durumunda, davranışı kaçınılabilir zarara sebep olma bakımından o kadar şiddetli bir yoğunluk gösterir ki, kaçınılabilir zarar ile failin haksız fiili arasındaki nedensellik bağını kesecektir¹⁰¹⁴.

Zarar gören, zararlı sonucu – zararın meydana gelmesini ya da zararına artmasını istememekle beraber, bu durumu engellemek için durumun gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemişse ihmali hareket etmiştir¹⁰¹⁵. Zarar görenin kusuru ağır ihmali ve hafif ihmali biçiminde de olabilir¹⁰¹⁶. Zarar görenin, kaçınılabilir zararı önlemek için, aynı

¹⁰¹⁰ Aynı yönde bkz. **Baysal**, s.120.

¹⁰¹¹ **Chappuis**, Christine “La faute concomitante de la victime”, La fixation de l’indeminité, Bern 2004, (s. 29-87) s. 33; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 153; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 320; **Baysal**, s. 134; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 604; **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 121; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 110.

¹⁰¹² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 153; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 604; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 110; **Kurt**, s. 798.

¹⁰¹³ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 320.

¹⁰¹⁴ **Kurt**, s. 806.

¹⁰¹⁵ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 604; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 110; **Kurt**, s. 798.

¹⁰¹⁶ **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 16; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 110. Savunduğumuz ihmali ayrımı uyarınca orta ihmali biçiminde de olabilir.

şartlar altında bulunan her makul kişinin göstereceği özeni göstermemesi, alması gereken en basit tedbirleri almaması, ağır ihmâl; ancak dikkatli kişilerin göstereceği özeni göstermemesi, alması gereken tedbirleri almaması hafif ihmâl teşkil eder.

3.3.2.1.3.2. Zarar Görenin Çok Hafif İhmâl Derecesinde Kusuru

İsviçre hukukunda kusurun derecelerinde bir kategori daha bulunmaktadır: Federal Mahkeme, zarar görenin %10'dan daha düşük olan kusurunun hâkim tarafından göz ardı edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁰¹⁷. Federal Mahkeme'ye göre, zarar görenin kusurunun bu kadar az olması durumunda, zararın meydana gelmesinde o kadar tali niteliktedir ki; %10'dan az pay atfedilen zarar görenin çok hafif kusuru nazara alınmayabilir.

3.3.2.2. Zarar Görenin Kusurunun Tazminat Miktarının Belirlenmesinde

Nasıl Dikkate Alınacağı Sorunu

Zarar görenin kusurunun zararın belirlenmesinde mi yoksa tazminat miktarının hesaplanmasında mı dikkate alınacağı önemli bir sorundur. Zarar görenin kusuru zararın belirlenmesinde dikkate alınacak olursa zarar gören kaçınılabılır zarara tek başına katlanacaktır. Halbuki, tazminatın hesaplanması aşamasında dikkate alınacak olursa kaçınılabılır zarar, sorumlu kişi ve zarar gören arasında paylaşılacağından zarar gören kaçınılabılır zarara tek başına katlanmayacak, belki de zararının neredeyse tamamının tazminine imkân bulacaktır¹⁰¹⁸.

Zarar görenin davranışı bazen zararın belirlenmesinde bazen ise tazminat miktarının hesaplanmasında dikkate alınır. Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş ve uygulama bu

¹⁰¹⁷ BGE 132 II 249, 256. **Roberto**, N. 883; **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 11; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 44, N. 9; **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 18. **Winiger/Campi/Duret/Retamozo**, s. 28, N. 8. Bu hususta verilen örnekler şunlardır: kask giymeyen motorcu, emniyet kemeri takmama, yol çalışması nedeniyle kapalı yolu kullanma. **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 11.

¹⁰¹⁸ Tartışmalar ve doktrinde ileri sürülen görüşlere ilişkin detaylı açıklama için bkz. **Altınok Ormancı** s. 110 vd.

yöndedir¹⁰¹⁹. Bu görüşe göre, zarar görenin kusuru esasen tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacaktır. Ancak zarar görenin davranışı, artan zararın tek sebebi olup (kaçınılabılır) zarar ile failin fiili arasındaki nedensellik bağına kesecek nitelikte olabilir. Bu durumda zarar görenin davranışı zararın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmış olacaktır. Bununla beraber zarar görenin davranışı nedensellik bağına kesecek yoğunlukta değilse, kaçınılabılır zarar bakımından ortak sebep olup bu duruma hem sorumlu kişinin hem de zarar görenin katlanması gerekmektedir¹⁰²⁰. Bu haldeyse zarar görenin kusurlu davranışı tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmış olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi de, zarar görenin davranışının zararı doğuran fiille zarar arasındaki nedensellik bağına kesip kesmediğini değerlendirmiş, zarar görenin nedensellik bağına kesecek ağırlıkta olmayan davranışının tazminatta indirim yol açacağını belirtmiştir¹⁰²¹.

Zarar görenin kusuru esasen iki türlü ortaya çıkabilir: Zararın meydana gelmesinden önceki zarar görenin kusurlu davranış, zararın ortaya çıkmasına katkı –ortak sebep-teşkil eder ve tazminatta indirim sebebi olarak dikkate alınır. Buna karşın, zararın meydana gelmesinden sonraki zarar görenin kusurlu davranışı, zararı azaltma külfetinin ihlalini ifade eder ve zararın belirlenmesinde dikkate alınır¹⁰²². Bu durumda zararın mevcut mu yoksa müstakbel zarar mı olduğuna bakılmaktadır. Zarar, mevcut zarar ise kural olarak tazminat miktarının belirlenmesi; müstakbel zarar ise kural olarak zararın belirlenmesi aşamasında dikkate alınır. Kaçınılabılır zarar faile yüklenemez.

3.3.2.3. Hem Zarar Veren Hem de Zarar Görenin Kusurunun Bulunduğu Durumlarda Tazminat Miktarının Nasıl Belirleneceği Sorunu

¹⁰¹⁹ **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 26; **Dähler**, s. 29; **Pelloni**, s. 266; **Schwenzer**, N. 16.14-16.20; **Baysal**, s. 175-178; **Kurt**, s. 804; **Altınok Ormancı**, s. 125. Yargıtay da bu görüştedir. YHGK E. 2017/3-1524, K. 2018/1442, T. 16.10.2018: “*O hâlde, ortak kusur, haksız fiilde, zarar gören kişinin zararın doğumuna ya da artmasına neden olan kusurlu davranışlarını ifade eder. Zarar görenin ortak kusur teşkil eden davranışları, zararın doğumuna ya da artmasına ilişkin olabileceği gibi sorumlunun durumunu ağırlaştırır ortak kusur da olabilir.*” Karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹⁰²⁰ **Achtari**, N. 582; **Kurt**, s. 803.

¹⁰²¹ **Altınok Ormancı**, s. 122, dn. 420’de geçen kararlar.

¹⁰²² **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 29; **Achtari**, N. 591.

3.3.2.3.1. Kural

Roma hukukundaki *culpakompensation* ilkesi, bir diğer deyişle, zarar görenin kusurlu olması halinde tazminata hak kazanamayacağı ilkesi Pandekt hukukunda kimin kusuru ağırsa zarara onun katlanması gerektiği kuralına dönüşmüştür. Buna göre, zarar gören failden daha ağır ya da onunla eşit kusurlu ise bu durumda tazminata hak kazanamaz¹⁰²³. Ancak bu yaklaşımın adil görülmemesi ve eleştirilmesi üzerine tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesi ve zarar görenin kusuru varsa zarar verenin kusuruyla tartılması gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır¹⁰²⁴. Demek oluyor ki, hem zarar verenin hem de zarar görenin kusurlu olması durumunda, ikisinin birbirini kompanse edeceği, etkisizleştireceği kabul edilemez¹⁰²⁵.

Bu durumda zarar, adeta taraflar arasında paylaştırılması gereken bir pasta olup bölüştürülecektir¹⁰²⁶. Payların nasıl dağıtılacağına gelince, bir sonucun meydana gelmesinde bütün sebepler eşit öneme sahiptir ve aralarında bir kıdem bulunmamaktadır¹⁰²⁷. O zaman hukuk düzeni başka bir kıstas bulmalıdır. Payların belirlenmesinde, bir sebebe hukuki değerlendirmede atfedilen öneme bakılmalıdır. Bu önem sorumluluk sebebinin ağırlığı, bir diğer deyişle zararın meydana gelme olasılığı, sebebin zararı meydana getirmeye elverişliliğidir. Buna göre, failin kusuru, ek kusur, işletme tehlikesi gibi her bir sebebe ağırlığına göre pay verilir¹⁰²⁸.

Hem failin hem de hem de zarar görenin kusuru varsa, ikisi birbiri ile kıyaslanır ve her birine ağırlıklarına göre bir pay verilir¹⁰²⁹. Demek ki, hâkim, failin kusurunu ve zarar görenin kusurunu tartar ve zararı ona göre bölüştürür¹⁰³⁰. Ancak olayda sebep sorumluluğu varsa hâkim, sebep sorumluluğu doğuran olayı da payları belirlerken

¹⁰²³ **Zimmermann**, Roman Foundations, s. 1030.

¹⁰²⁴ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 71.

¹⁰²⁵ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 21, §9 N. 17; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 96; **Baysal**, s. 137.

¹⁰²⁶ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 21; **Keller**, s. 378; **Guhl/Koller**, §10 N. 78.

¹⁰²⁷ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 23.

¹⁰²⁸ **Keller**, s. 378.

¹⁰²⁹ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 23.

¹⁰³⁰ **Huguenin**, N. 1889; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 44, N. 9; **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 16; **Guhl/Koller**, §10 N. 78; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 20; **Kurt**, s. 807.

dikkate alınmalıdır¹⁰³¹. Örneğin, zarar görenin kusurunun mevcut olduğu sorumlu kişinin ek kusurlu bir sebep sorumlusu olduğu bir durumda, sebep sorumlusuna hem kusursuz sorumluluk hali hem de ek kusurdan dolayı pay düşer. Bu da doğal olarak zarar görene düşen payı azaltır.

3.3.2.3.2. Çeşitli İhtimaller

3.3.2.3.2.1. Failin ve Zarar Görenin Kusurları Eşit ise

Failin ve zarar görenin kusurları eşitse bu durumda tarafların kusurlarının birbirini etkisiz hale getirerek failin sorumluluktan kurtulacağı sonucuna varılamaz¹⁰³². Bu durumda hâkim, kaçınılabılır zararı zarar gören ve zarar veren arasında yarı yarıya paylaşırabilir¹⁰³³. Ancak kusursuz sorumluluk hali ya da beklenmedik durum gibi nazara alınacak başka bir etken varsa duruma göre başka bir oran da öngörebilir.

3.3.2.3.2.2. Kusurlardan Biri Diğerine Nazaran Ağır ise

Kusurlardan bir diğerine nazaran ağır ise, nedensellik bağı kesilmediği sürece hafif de olsa ilgili tarafın kusuru dikkate alınmaya devam edilir.

Zarar görenin kusuru, failin kusurundan daha fazla ise bu durumda, failin sorumluluktan kurtulacağı ve zarar görenin zararının tazmin edilmeyeceği sonucuna varılamaz. Zarar görenin kusuru arttıkça, kural olarak tazminatta yapılacak indirim artacaktır¹⁰³⁴. Bununla beraber, TBK m. 52 hükmü uyarınca hâkim, zarar görenin ağır kusurlu olması durumunda tazminata hükmetmeme (sıfır tazminat) yetkisine sahiptir¹⁰³⁵.

¹⁰³¹ **Dähler**, s. 30. Sebep sorumluluğu doğuran olaya daha büyük pay verilir. **Guhl/Koller**, §10 N. 78.

¹⁰³² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §9 N. 17; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 134; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 96; **Baysal**, s. 137.

¹⁰³³ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 20; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 136; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 96; **Baysal**, s. 137; **Kurt**, s. 807.

¹⁰³⁴ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 96; **Baysal**, s. 137. Brehm böyle bir durumda tazminatın, kural olarak, zararın %50'sinden az olacağını belirtmektedir. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 20.

¹⁰³⁵ Zarar görenin kusuru nedeniyle tazminatta indirim yapılabilmesini özel olarak düzenleyen KTK m. 86/2'de hâkimin sadece indirim yapma yetkisi bulunmakta olup nedensellik bağının kesilmesine ilişkin koşullar gerçekleşmediği sürece sıfır zarar görenin kusuruna dayanarak tazminata hükmetmeme yetkisi bulunmamaktadır.

Failin kusuru zarar görenin kusurundan daha fazla ise zarar görenin kusuru yine de dikkate alınır¹⁰³⁶. Ancak failin zarar görenin kusurundan daha fazla olan kusuru, zarar görenin kusurunun göstereceği tesiri etkiler. Ancak belirtmek gerekir ki, sırf zarar görenin kusuru bulunduğu için hâkimin indirim yapma mecburiyeti bulunmamaktadır ve hâkim tam tazminata hükmedebilir. Özellikle zarar görenin hafif kusurlu olması durumunda indirim yapıp yapılmayacağına hâkim, bütün koşulları dikkate alarak karar verir. Eğer zarar görenin hafif kusuru ile failin ağır kusuru arasında orantısızlık varsa kural olarak tam tazmin yükümlülüğü vardır¹⁰³⁷.

3.3.2.3.2.3. Zarar Görenin Kusuru Mevcut Ama Failin Kusuru Kasıt

Derecesinde ise

Yukarıda failin kusurunun zarar görenin kusurundan daha ağır olmasının, zarar görenin kusurunun dikkate alınmayacağı anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştik. Bu noktada failin kusurunun kasıt derecesinde olmasının bu kuraldan ayrılmayı gerektirip gerektirmeyeceği akla gelecektir.

Bir görüşe göre, fail kasıtlı hareket etmişse, dürüstlük kuralı uyarınca zarar görenin zararı azaltma külfeti bulunmamaktadır¹⁰³⁸. Buna karşın bir başka görüşe göre¹⁰³⁹, zarar verenin haksız fiili kasten işlemiş olması, tek başına zarar görenin zararı azaltma külfetini ortadan kaldırmaz. Ancak bu durumda hakkaniyet ilkesi, haksız fiilin ihmalle işlendiği hallerde nazarın, zararı azaltma tedbirleri belirlenirken zarar görene daha yumuşak yaklaşılmasını gerektirir.

Kanaatimizce de, böyle bir genelleme yapmak isabetsizdir. Failin kastına rağmen somut olayın koşullarında çok istisnai de olsa, örneğin, failin kasıtlı olduğu ancak fiili başkasının menfaatine işlediği bir durumda, indirim yapılabileceğini belirtmiştik. Benzer şekilde, fail kasıtlı, zarar gören ağır ihmalli ise hâkim zarar görenin kusuru

¹⁰³⁶ **Achtari**, N. 347; **Altınok Ormancı**, s. 60.

¹⁰³⁷ **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 17.

¹⁰³⁸ **Pichonnaz**, s. 116.

¹⁰³⁹ **Achtari**, N. 347. Kurt böyle bir genelleme yapmanın isabetsiz olduğunu belirtmekte ancak failin haksız fiili kasten işlediği, zarar görenin kusurunun hafif ihmal derecesinde olduğunu durumlarda hâkimin tazminattan indirim yapmayarak, tam tazminata da hükmedebileceğini ifade etmektedir. **Kurt**, s. 807.

nedeniyle indirim yapabilir. Buna karşın, fail kasıtlı ancak zarar görenin kusuru hafif ihmâl derecesinde ise, indirim yapılmaz¹⁰⁴⁰. Buna göre, fail kasıtlı zarar gören ihmâli hareket etmişse, zarar görenin hafif ihmâl derecesindeki kusuru değerlendirmede nazara alınmaz ve tam tazminata hükmedilir.

3.3.2.3.2.4. Kusursuz Sorumlulukta Zarar Görenin Kusuru

Kusur sorumluluğunun söz konusu olduğu bir durumda hem fail hem de zarar gören kusurlu ise failin ve zarar görenin kusurları tartılıp karşılaştırılacak ve buna göre sorumluluk paylaşılacaktır.¹⁰⁴¹ Kusursuz sorumluluk hallerine gelince; olağan sebep sorumluluğu hallerinde, zarar görenin kusuru ile sebep sorumlusunun sorumluluğunu doğuran sebep; tehlike sorumluluğunda ise zarar görenin kusuru ile tehlikenin büyüklüğü karşılaştırılır¹⁰⁴². Bu ise şu anlama gelmektedir: Fail, sebep sorumlusuysa ve zarar görenin kusuru mevcutsa, bu durumda, sorumluluk doğuran olaya düşen pay ile zarar görenin kusurlu fiiline düşen pay tartılır¹⁰⁴³. Ancak sebep sorumlusunun ek kusuru varsa ona düşen pay daha da artacaktır.

3.3.2.3.2.5. Taraflar Hem Zarar Veren Hem de Zarar Gören Sıfatına

Sahipse (Karşılıklı Sorumluluk)

Bu durumda karşılıklı kusurlar birbirini etkisizleştirmez; her bir kişinin diğerinden alacağı tazminat ayrı ayrı hesaplanır. Benzer şekilde aynı ağırlıktaki kusur ya da işletme tehlikesi de etkisizleştirme sonucunu doğurmaz¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴⁰ Aynı yönde bkz. **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 17; **Guhl/Koller**, §10 N. 81; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 323; **Feyzioglu**, s. 535; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 135.

¹⁰⁴¹ **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 16; **Chappuis**, La faute concomitante, s. 36; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 20; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 26; **Achtari**, N. 477; **Deschenaux/Tercier**, §28, N. 27. Deschenaux/Tercier'e göre kusur bir bütün olarak değerlendirilir ve fail ile zarar gören arasında pay edilir. **Baysal**, s. 134; **Altınok Ormancı**, s. 59.

¹⁰⁴² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 26; **Achtari**, N. 477; **Chappuis**, La faute concomitante, s. 36; **Altınok Ormancı**, s. 59.

¹⁰⁴³ **Deschenaux/Tercier**, §28, N. 28.

¹⁰⁴⁴ **Guhl/Koller**, §10 N. 79. Etkisizleştirme yaklaşımının ancak o da belki, taraflar aynı miktarda zarara uğramışlarsa doğru sonuç verebileceği yönünde bkz. **Guhl/Koller**, §10 N. 79.

Karşılıklı sorumluluk halinde öncelikle özel bir düzenleme (örneğin KTK) varsa ona gidilir; aksi takdirde TBK m. 52'ye başvurulur¹⁰⁴⁵. Böyle bir düzenleme yoksa, hukuken önem arz eden tüm sebepler nazara alınarak bunların hepsi ile bir pasta oluşturulur ve her bir sebebe ağırlığına göre pay vermek suretiyle zarar bölüştürülür. Örneğin sebep sorumlusunun ek kusuru varsa o zaman ona daha fazla pay verilir bu da, karşı tarafın payının azalmasına sebebiyet verir¹⁰⁴⁶.

Karşılıklı sorumluluğa yol açan olayda her iki taraf da kusur sorumlusu ise, her birinin kusur derecesi diğer tarafın tazmininde (TBK m. 51) kendi zararının tazmini bakımından da zarar görenin kusuru (TBK m. 52) olarak dikkate alınır¹⁰⁴⁷. (Örneğin, iki bisikletlinin çarpışması) Karşılıklı sorumluluğa yol açan olayda bir taraf kusur sorumlusu diğeri sebep sorumlusu ise, kusur sorumlusu kusur sorumluluğu, sebep sorumlusu, ilgili kusursuz sorumluluk hükümlerine tabi tutulur. Bu durumda kusur sorumlusu diğer tarafın zararını kusur sorumluluğu hükümleri uyarınca tazmin edecektir ancak diğer tarafın zararın meydana gelmesindeki etkisi sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alınır. (Örneğin, bisikletli ve otomobil çarpışması) Buna karşın her iki taraf da sebep sorumlusu ise, her biri diğerinin zararını kendisinin tabi olduğu kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin eder. Taraflardan her birinin zararın meydana gelmesindeki etkisi kendisi bakımından indirim sebebi teşkil eder¹⁰⁴⁸. Ayrıca yaratılan tehlikenin derecesi ve ek kusur da indirim sebebi olarak nazara alınır.

¹⁰⁴⁵ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §9 N. 10.

¹⁰⁴⁶ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §8 N. 28. Hatta bu azalma *quantité negligeeable* bile teşkil edebilir (*minima non curat Praetor*).

¹⁰⁴⁷ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §9 N. 25a; **Oğuzman/Öz**, C.:II, s. 302.

¹⁰⁴⁸ İki motorlu aracın karayolunda çarpışması –iki işletenin tehlike sorumluluğu- KTK m. 89'da özel olarak düzenlenmiştir.

3.4. KUSURSUZ SORUMLULUKTA KUSURUN ETKİSİ

3.4.1. Kusursuz Sorumluluk- Kusur Sorumluluğu İlişkisi

3.4.1.1. Genel Olarak

TBK’da kabul edilen kusursuz sorumluluk halleri, hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olmak üzere üç grupta toplanabilir¹⁰⁴⁹. Hakkaniyet sorumluluğu, ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hakkaniyet uyarınca sorumlu tutulmasını düzenlerken; TBK’da öngörülen özen sorumluluğu halleri adam çalıştırmanın, hayvan bulunduranın ve yapı malikinin sorumluluğudur. Son olarak TBK m. 71 ile genel tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir.

Sebeb sorumluluğunun kapsamının genişlemesi, kusur sorumluluğunun uygulama alanını daraltmaktadır. Bu nedenle kusur sorumluluğu- sebep sorumluluğu arasındaki esas-istisna ilişkisi halen geçerli olmakla beraber zayıflamıştır.

3.4.1.2. Olağan Sebep Sorumluluğu Hallerinin İspat Yükü Ters Çevrilmiş Kusur Sorumluluğu Olup Olmadığı Sorunu

Bir görüşe göre, olağan sebep sorumlulukları, esasında ispat yükünün ters çevrilmiş olduğu kusur sorumluluğundan başka bir şey değildir¹⁰⁵⁰. Buna karşın, bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, olağan sebep sorumlulukları kanunda öngörülen “objektif özen ihlali”ne dayanan kusursuz sorumluluk halleridir¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ Bu yönde ayırım için bkz. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 426-427; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 636 vd.

¹⁰⁵⁰ **Schwenzer**, N. 22.33; **Huguenin**, N. 1973; **Honsell/Isenring/Kessler**, §1 N. 23.

¹⁰⁵¹ **Stark**, N. 565; **Fellmann/Kottmann**, N. 783; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s.53; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 43; **Gümüş**, s. 53. Başoğlu’na göre, kusur sorumluluğu ile özen sorumluluğu arasındaki ayırım çoğu zaman sadece sözde kalmaktadır. Yazara göre, beklenen özenli davranışın yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesinde, failin kişisel özellikleri önem taşımayacak, failin makul bir insandan beklenen özeni gösterip göstermediği dikkate alınacaktır. Buna göre, makul bir insandan beklenen özen ölçütünün objektif bir kriter olduğunu ve dolayısıyla esasında kusur sorumluluğu ile objektif sorumluluk arasında bir fark bulunmadığını söylemek mümkündür. **Başoğlu**, Tehlike Sorumluluğu, s. 39, dn. 30.

Kusurun daha fazla objektifleştirilmesinin, kusur sorumluluğu ile olağan sebep sorumluluğunun arasındaki farkı fiiliyatta azalttığı doğrudur¹⁰⁵². Bununla beraber, olağan sebep sorumluluklarındaki kurtuluş kanıtı, niteliği itibariyle bir kusursuzluk kanıtı olmayıp, sorumluluktan kurtulma kanıtıdır¹⁰⁵³. Bir diğer deyişle, kurtuluş kanıtı, durum ve koşulların gerektirdiği tüm özenin gösterildiği anlamına gelip kusursuzluk kanıtı anlamına gelmez. Ayrıca kusur sorumluluğundaki kusursuzluk kanıtı, olağan sebep sorumluluğundaki kurtuluş kanıtından daha az katıdır¹⁰⁵⁴. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi kurtuluş kanıtı, gerekli tüm özenin gösterilmesidir ve bu objektif kıstaslara tabidir. Hatta doktrin ve uygulamada bu hususta gittikçe daha sıkı koşullar aranmıştır¹⁰⁵⁵.

Buna göre, olağan sebep sorumluluklarına ilişkin kurtuluş kanıtında aranan özen ile ihmal tanımında aranan özen eş değildir. Kusur sorumluluğunda kusurun belirlenmesinde, kabul ettiğimiz objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca, failin kusurlu davranıp davranmadığını tespit etmede fail ile aynı özelliklere sahip ve onunla aynı yer ve zamansal koşullar altında bulunan soyut bir tip esas alınır. Ancak olağan sebep sorumluluklarında failin durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiğini ispatlaması gerekmektedir ve bu noktada gösterilecek özenin belirlenmesinde failin özellikleri dikkate alınmaz, tamamen objektif olarak belirlenen bir özen ölçüsü söz konusudur¹⁰⁵⁶. Burada, işin niteliği ve tehlikelilik derecesi gibi somut şartlara göre beklenebilecek en yüksek ölçüdeki özenin gösterilmiş olduğunun ispatlanması gerekir.

Kusur değerlendirmesinde faili mazur gösterebilecek sebepler burada dikkate alınmaz¹⁰⁵⁷. Örneğin, kişi, hastalık ya da ayırt etme gücünün yokluğu gibi sebeplerle zararın önlenmesi için güvenlik tedbiri alabilecek durumda değilse bile, olağan sebep sorumluluklarında sebep sorumlusunun sorumluluğu doğar¹⁰⁵⁸. Veyahut adam

¹⁰⁵² Müller, Handkommentar, Art 41, N. 17.

¹⁰⁵³ Eren, Borçlar Hukuku, s. 649.

¹⁰⁵⁴ Müller, Handkommentar, Art 41, N. 17.

¹⁰⁵⁵ Fellmann/Kottmann, N. 783. Aynı açıklama hayvan bulunduranın sorumluluğu bakımından da geçerlidir. Fellmann/Kottmann, N. 882.

¹⁰⁵⁶ Eren, Borçlar Hukuku, s. 649; Gümüş, s. 55.

¹⁰⁵⁷ İmre, s. 140. BGE 39 II 536.

¹⁰⁵⁸ Müller, Handkommentar, Art 41, N. 17.

çalıştırmanın ayırt etme gücüne sahip olması ya da çalışanın fiilinin kusurlu olması aranmaz.

Olağan sebep sorumluluklarının ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu değil de, başlı başına birer kusursuz sorumluluk hali olarak nitelendirilmesinin pratik sonuçları vardır. Bunlar, objektif özen yükümlülüğünün ihlali sorumlu kişi açısından kusur teşkil etmese bile sorumluluğun doğması, sorumlu kişinin ayırt etme gücü bulunmasa bile sorumlu tutulabilecek olması, davranışından sorumlu tutulan kişi objektif özen yükümlülüğünü ihlal ederse ve bu durum sorumlu kişi açısından kusur teşkil etmese bile sorumluluğun doğmasıdır. Bütün bu nedenlerle, olağan sebep sorumlulukları, sorumluluğun doğması ve temeli bakımından kusur sorumluluğundan farklıdır.

Bu noktada ev başkanının sorumluluktan kurtulması için başvurabileceği kurtuluş kanıtında yer alan “*alışılmış...mutad...*” ifadeleri düşünülerek ev başkanının sorumluluğunun ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu olup olmadığı sorusu bir daha akla gelebilir. Bu sorunun cevaplanabilmesi için öncelikle bu sorumluluk türünde aranan özen ölçüsünün adam çalıştırın ve hayvan bulduranın sorumluluğunda olduğu üzere tamamen objektif mi yoksa sübjektif mi olduğu sorusu cevaplandırılmalıdır. Bir diğer deyişle kanun koyucunun “*alışılmış*” ifadesini kullanarak aslında sübjektif ölçüye mi yer vermek istediği belirlenmelidir.

Gümüş'e göre kanun koyucu burada öncelikle sübjektif, sonrasında ise objektif ölçüye dayanan aşamalı bir sorumluluk ölçüsü getirmiş, sübjektif ölçüye de yer vermek suretiyle diğer olağan sebep sorumluluklarına nazaran kusur sorumluluğuna daha yakın bir sorumluluk hali tesis etmiştir¹⁰⁵⁹.

İmre, ev başkanının sorumluluğundaki kurtuluş kanıtının daha hafif olduğu kanaatindedir¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁹ *Gümüş*, s. 55, dn. 234.

¹⁰⁶⁰ *İmre*, s. 161.

Eren, buradaki özen ve gözetim ödevinin objektif olduğu kanaatindedir. Yazara göre bu yükümlülük mutlak olmayıp alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği bir özen ve gözetim görevidir¹⁰⁶¹. Burada iki faktöre bakılır: Bunlardan ilki, gözetime muhtaç kişinin kişiliğidir. Bu kapsamda kişinin yaşı, cinsiyeti, karakteri, fiziki ve ruhi gelişimi, eğitimi, sağlık durumu dikkate alınır. İkincisi ise, gözetime muhtaç kişinin yapacağı faaliyet türüdür.

Stark'a göre, hükümde geçen “alışılmış” ifadesinden dolayı ev başkanın sorumluluğundaki kurtuluş kanıtında aranan özen, adam çalıştırmanın sorumluluğu ya da hayvan bulunduranın sorumluluğundakine nazaran daha gevşek gibi gözükse de esasında öyle değildir¹⁰⁶². Bununla beraber yazar, mahkemelerin akıl hastası ve akıl zayıfları söz konusu olduğunda daha sıkı, küçükler söz konusu olduğunda daha gevşek değerlendirmede bulunduğunu ifade etmektedir.

Kanaatimizce ev başkanının sorumluluğundaki kurtuluş kanıtı, “alışılmış” ifadesi nedeniyle adam çalıştırmanın ya da hayvan bulunduranın sorumluluğuna nazaran bir miktar hafifletilmiş gibi gözükse de özen ölçüsünün belirlenmesinde tamamen objektif bir ölçü söz konusudur. Burada gösterilmesi gereken özenin belirlenmesinde sebep sorumlusuna değil, esasen gözetime muhtaç kişiye ilişkin- yaşı, cinsiyeti, karakteri, fiziki ve ruhi gelişimi, eğitimi, sağlık durumu gibi kişisel özellikleri ile gözetime muhtaç kişinin yapacağı faaliyet türü gibi-özellikler dikkate alınmaktadır. Hükümde geçen “durum ve koşulların gerektirdiği” ifadesi gereğince, yaşanan çevre, tarafların eğitim ve kültür durumları, aynı çevrede bu konuda alınan önlemler, başkanlığa tabi kişinin somut tehlikelilik durumu ölçü olarak alınacaktır¹⁰⁶³. Kurtuluş kanıtının içeriğinin belirlenmesinde sebep sorumlusunun hiçbir özelliği, soyut bir tip yaratılmak suretiyle de olsa dikkate alınmamaktadır. Bu nedenle subjektif ölçüye yer verildiğinden söz edilemez.

¹⁰⁶¹ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 664.

¹⁰⁶² **Stark**, N. 671.

¹⁰⁶³ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 459.

3.4.2. Kusursuz Sorumlulukta Kusur (Ek Kusur)

3.4.2.1. Genel Olarak

Kusursuz sorumlulukta, sorumlu kişinin sorumluluğunun doğması için kusuru aranmamaktadır. Sorumlu kişi, hiçbir kusuru olmasa bile zararın tamamından sorumludur. Sorumlu kişinin kendisinin ya da fiili nedeniyle sorumlu tutulduğu failin kusurunun ağır ya da hafif olması veyahut kusursuz olması durumunda, kusursuz sorumluluk düzenlemeleri uyarınca sorumlu tutulan kişi tüm zararı evleviyetle tazmin etmekle yükümlüdür. Demek ki, sebep sorumlusunun sorumluluğunun kapsamı kusurun (kendisinin ya da fiilinden dolayı sorumlu olduğu failin kusurunun) ağırlığına bağlı değildir. Kusursuzluk ya da hafif kusur, sebep sorumluluğunda asla indirim sebebi değildir. Bununla beraber, gerek Türk gerek İsviçre hukuk uygulamasında bu temel ilkenin göz ardı edildiği kararlara rastlanılmaktadır¹⁰⁶⁴.

3.4.2.2. Ek Kusur

3.4.2.2.1. Kavram

Ek kusur ya da bir diğer adıyla munzam kusur, hakkında kusursuz sorumluluk hali öngörülmüş olan kişinin-sebep sorumlusunun- kusurlu olmasına verilen addır. Ek kusur da, kusur derecelendirilmesine tabi olup ağır ya da hafif olabilir. Buna göre, ek kusur, kasıt, ağır ihmal, orta ihmal ya da hafif ihmal biçiminde olabilir.

¹⁰⁶⁴ İsviçre hukuk uygulamasında bu ilkenin mahkemelerce göz ardı edildiği yönünde bkz. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 41. İFM'nin hem bu kuralı tekrarladığı hem de bu prensibe ters düşen kararları da bulunmaktadır.

3.4.2.2.2. Genel İlkeler

3.4.2.2.2.1. Hem Ek Kusurun Hem de Failin Kusurunun Hafifliğinin ya da Kusurunun Bulunmamasının Sebep Sorumlusu Açısından İndirim Sebebi Teşkil Etmeyeceği

Uygulamada yargı kararlarında görülmektedir ki, kusursuz sorumluluğun özünün anlaşılmararak hiçbir kusuru olmadığı halde kural olarak tam tazminle yükümlü olan sebep sorumlusunun, kusurunun bulunmaması ya da kusurunun hafif olmasından bahisle tazminat miktarında indirimde gidilmektedir. Bunun kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır. Sorumlu kişinin ek kusurunun hafifliği ya da kusurunun bulunmaması indirim sebebi olamaz¹⁰⁶⁵.

Başkasının fiilinden dolayı kusursuz sorumluluk halinde, fiilinden dolayı sorumlu tutulan kişinin –failin- kusuru bulunmasa bile, haksız fiilin diğer unsurlarının ve ilgili kusursuz sorumluluk sebebinin mevcut olması halinde, sorumlu kişi, zarar görenin zararını tazmin borcu altındadır. Adam çalıştıranın sorumluluğunda, çalışanın kusuru olmasa bile, bu sorumluluk tipinde aranan unsurların mevcudiyeti halinde adam çalıştıran, zarar görene karşı sorumludur. Aynı şekilde ev başkanının sorumluluğu halinde, ev başkanı, sorumluluğuna yol açan kimsenin kusuru bulunmasa bile bu sorumluluk tipinde aranan unsurların mevcudiyeti halinde zarar görene karşı sorumlu olacaktır. Çalışanın ya da gözetim altındaki kişinin kusurunun hafif olması sebep sorumlusu açısından indirim sebebi teşkil etmeyecektir.

¹⁰⁶⁵ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 41; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 12a; **Huguenin**, N. 1898; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 317; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 76; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 92; **Antalya**, s. 456. Bu kural kusursuz sorumluluk hükümleri uyarınca manevi tazminatın söz konusu olduğu durumlarda da geçerlidir. **Ertaş**, Postacıoğlu Armağanı, s. 101.

3.4.2.2.2. Olağan Sebep Sorumluluğu Hallerinde Kurtuluş Kanıtının Getirilmemesinin Ek Kusur Anlamına Gelip Gelmediği Sorunu

Olağan sebep sorumluluğunun doğumu için kusur aranmaz. Olağan sebep sorumluluğu hallerinde kanun koyucu belirli bir özen yükümlülüğünün ihlalini karineten kabul etmiş, ancak sebep sorumlusuna gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı tanımıştır. Olağan sebep sorumluluğunda sebep sorumlusunun gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak kurtuluş kanıtı getirmemesinin, kusur-ek kusur- teşkil edip etmeyeceği akla gelebilir. Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Başkasının fiilinden sorumluluk hallerinde (adam çalıştıranın, ev başkanının) sorumluluğun doğması için sebep sorumlusunun kusurlu olması ya da ayırt etme gücüne sahip olması aranmaz. Ancak bunun aksinin gerçekleşmesi de pekâlâ mümkündür. Gerekli özenin gösterilmemesi, somut olayın koşullarında kusur –ek kusur- teşkil edebilir.

3.4.2.2.2.3. İhlal Edilen Özen Yükümlülüğünün Ağırlığının Derecesinin Tazminat Miktarına Etki Edip Etmeyeceği Sorunu

Olağan sebep sorumluluğu hallerinde sebep sorumlusunun özen yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispatlayamaması ek kusur anlamına gelmez. Sebep sorumlusunun ek kusuru bulunmamakla beraber, ihlal edilen özen yükümlülüğünün ağırlık derecesinin tazminat miktarına etkide bulunacağı; bir diğer deyişle, sebep sorumlusunun ihlal edilen objektif özen yükümlülüğünün derecesine göre bir indirim yapılmasını isteme imkânının bulunmasının mümkün olması gerektiği doktrinde savunulmuştur¹⁰⁶⁶. Ancak bu görüş, ayırt etme gücünden yoksunların sorumlu tutulmasının halen mümkün olması hariç tutulmak üzere, sebep sorumluluğunun doğasıyla bağdaşmayacağı ve kusursuz sorumluluk hallerini kusur sorumluluğuna dönüştüreceğinden bahisle eleştirilmiştir¹⁰⁶⁷. Kanaatimizce de, kanunen varsayılan özen yükümlülüğünün ihlalinin hafif derecede olmasının tazminatta indirim sağlayacağı kabul edilemez. Kanun koyucu bu yönde bir

¹⁰⁶⁶ **von Wattenwyl**, Robert, *Ausserkontraktliche Haftung des Aufsichtpflichten*, Bern 1926, s.128. Yazara göre, adam çalıştıran, hayvan bulunduran ve ev başkanının sorumluluğunun kapsamı özen yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin ağırlık derecelerine göre belirlenmelidir.

¹⁰⁶⁷ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §7, N. 12a dn. 23; **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 317; **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 79.

düzenleme öngörmediği gibi, sorumluluktan kurtulmak için gerekli tüm özenin gösterilmesini arar. Dolayısıyla bu yorum, bizce, kanuna karşı yorum (*contra legem*) teşkil eder.

3.4.2.3. Ek Kusurun Rollerini

3.4.2.3.1. Ek Kusurun İndirim İmkânlarından Yararlanmayı Olumsuz

Etkileyip Etkilemeyeceği Sorunu

Kusursuz sorumluluk hallerinde, kural olarak sebep sorumlusunun zararı tam tazminle yükümlü olduğunu, bu yükümlülüğünün doğumu için kusurun aranmadığını, ayrıca sorumlu kişinin hafif kusurlu olması durumunda da tam tazmin yükümlülüğünün evleviyetle bulunduğunu yukarıda açıklamıştık. Bununla beraber, kuşkusuz kusursuz sorumluluk hallerinde de sorumlu kişinin zarar görenin kusuru gibi diğer indirim imkânlarından yararlanma imkânı bulunmaktadır.

Ek kusurun varlığı halinde, ek kusurun sebep sorumlusunun indirim imkânlarından yararlanmasına etkide bulunmasına ilişkin olarak iki ihtimal akla gelmektedir: Birincisi, ek kusurun, sebep sorumlusunun indirim imkânlarından yararlanabilmesini olumsuz etkileyip etkilemeyeceğidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, doğal olarak, ek kusur sebep sorumlusunun indirim imkânlarından yararlanabilmesini olumsuz etkiler¹⁰⁶⁸. Zira zarar taraflar arasında paylaşılacak bir pasta gibi düşünüldüğü zaman, zarar paylara bölüştürülerek dağıtılacaktır. Paylar, sebep sorumlusunun sorumluluğunu doğuran sebep, ek kusur, zarar görenin kusuru, beklenmedik durum vb. olmak üzere dağıtılır. Görüldüğü üzere, ek kusurun mevcudiyeti halinde sebep sorumlusuna düşen pay artacak, zarar görene düşen pay azalacak böylelikle sebep sorumlusu indirim imkânlarından daha az yararlanacaktır¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁸ Roberto, N. 889.

¹⁰⁶⁹ Aynı yönde bkz. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 5.

3.4.2.3.2. Ek Kusurun Sorumluluktan Kurtulmaya ya da İndirim İmkânlarından Yararlanmaya Engel Olup Olmayacağı

Ek kusurun sebep sorumlusunun indirim imkânlarından yararlanmasına etkide bulunup bulunmayacağına ilişkin olarak akla gelen ikinci ihtimalse, ek kusurun nedensellik bağının kesilmesine engel olmak suretiyle sorumluluktan kurtulmaya ya da ek kusurun zarar görenin kusurunu nötralize etmek suretiyle indirim imkânlarından yararlanmaya engel olup olmayacağıdır.

3.4.2.3.2.1. Ek Kusurun Nedensellik Bağının Kesilmesine Engel Olup Olmayacağı Sorunu

Bir görüşe göre ek kusurun mevcudiyeti, sorumlu kişinin, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ya da mücbir sebebe dayanarak nedensellik bağının kesilmesine ve sorumluluktan kurtulmasına engel olur. Çünkü ek kusurun mevcudiyeti halinde zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep nedensellik bağının kesecek yoğunluğa erişemez¹⁰⁷⁰.

Hatırlatalım ki, kanaatimizce, nedensellik bağının tespiti objektif bir mesele olup nedensellik bağının kesilmesi için zarar görenin fiili ya da üçüncü kişinin fiilinin zararın inhisari sebebi olması -doktrinde yerleşmiş ifadeyle nedensellik bağını kesecek yoğunluğa erişmesi- ve bu nedenle sorumluluk doğuran olay ile zarar arasındaki nedensellik bağının ortadan kalkması yeterlidir. Buna paralel olarak, ek kusurun mevcudiyeti halinde de nedensellik bağının objektif bir biçimde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ek kusur, mücbir sebebin haricilik ve kaçınılmazlık unsurları ile bağdaşmadığından kusurun bulunduğu yerde mücbir sebep, mücbir sebebin bulunduğu yerde kusur söz konusu olmaz¹⁰⁷¹. Ek kusurlu bir davranışın mevcudiyeti halinde, zarar görenin ağır kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusuru (bizim

¹⁰⁷⁰ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 5; **Pelloni**, s. 267.

¹⁰⁷¹ **Eren**, Uygun İlliyet, s. 185.

yaklaşımımıza göre fiili) nedensellik bağının kesilmesi ihtimalini azaltabilir ama bu otomatikman nedensellik bağının kesilmeyeceği sonucuna varılmasını haklı göstermez. Nedensellik bağının kesilmesi için zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ya da mücbir sebebin aranacağı görüşünde olduğu üzere, ek kusurun nedensellik bağının kesilmesine engel olacağı görüşünün temelinde de KTK m. 86 hükmü yer almaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki, KTK m. 86 özel kanunda yer alan bir hüküm olup TBK’da bu tür bir sınırlamayı öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca KTK, nedensellik bağı unsuru bakımından farklı özellikler arz eden bir sorumluluk olan tehlike sorumluluğuna ilişkin bir kanundur. Kaldı ki, nedensellik bağının kesilmesine ilişkin olarak tehlike sorumluluklarını düzenleyen özel kanunlarda bu yönde özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenlerle nedensellik bağının kesilmesine ilişkin sınırlayıcı bu düzenleme, tüm haksız fiil sorumluluğuna- hem kusur sorumluluk hem de kusursuz sorumluluk hallerine- teşmil edilmemelidir. Nedensellik bağı objektif biçimde değerlendirilmeli ve ek kusurun nedensellik bağına keseceği biçiminde bir genellemeden kaçınılmalıdır.

3.4.2.3.2.2. Ek Kusurun Zarar Görenin Kusurunu Nötralize Edip Etmeyeceği Sorunu

Sebeplere sorumluğunun ek kusurunun zarar görenin kusurunu nötralize edip etmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Nötralizasyon şu anlama gelir¹⁰⁷²: Zarar görenin kusuru, ek kusurdan ne kadar az ya da ona eşitse, zarar görenin kusuru o ölçüde etkisizleşir. Buna göre, sorumlu kişinin ek kusuru, zarar görenden fazla ya da ona eşitse zarar görenin kusuru nötralize olur.

Bir görüşe göre, sebep sorumluğunun ek kusuru, zarar görenin kusurunu nötralize eder (etkisizleştirir)¹⁰⁷³. Buna karşın bir diğer görüşe göre ise, ek kusurun varlığı elbette zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirimi azaltır. Ancak ek kusurun zarar

¹⁰⁷² **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 27.

¹⁰⁷³ **Guhl/Koller**, §10 N. 74; **Honsell/Isenring/Kessler**, §9 N. 26; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 318. Tandoğan (s.324) nötralizasyon için ek ağır kusur aramaktadır. **Eren**, Uygun İlliyet, s. 132; **Özsunay**, s. 70; **Tiftik**, Maddi Tazminat, s. 139.

görenin kusurunu nötrale etmesi yüzünden zararın tamamına sorumlu kişinin katlanacağı gibi bir sonuca varılamaz¹⁰⁷⁴.

Öncelikle tazminatın belirlenmesinde zararın meydana gelmesine yol açan bütün etkenlerin dikkate alınması gerekir. Halbuki nötralizasyon çok şematik olup hâkimin tarafların kusurlarını ve varsa zararın meydana gelmesinde etkili diğer faktörleri dikkate almasına engel olur¹⁰⁷⁵. Zarar bölüştürülmesi gereken bir pasta gibi düşünüldüğünde, tazminatın belirlenmesinde tüm etkenlere pastadan pay verilir. Aynı ağırlıktaki faktörlerin birbirini götüreceği (etkisizleştirileceği) söylenemez¹⁰⁷⁶. Örneğin kusurlu araç sürücüsünün (A), kusurlu bir bisikletliye (B) çarptığı durumda, ikisinin kusur dereceleri aynı ise, nötralizasyon teorisine göre, A'nın ek kusuru, zarar görenin (B) kusurunu etkisizleştirileceğinden tüm zarara A katlanacaktır. Ancak pasta yöntemine göre, kanunen sorumluluk doğuran tüm sebepler kendi ağırlık derecelerine göre dikkate alınacaktır. Dolayısıyla bu örnekte B'nin payı azalacaktır ve A tüm zarara katlanmayacaktır.

Nötralizasyon yaklaşımının isabetsiz sonuç doğuracağı karşılıklı sorumluluk hallerinde de görülebilir. Tarafların hem zarar veren hem de zarar gören konumunda oldukları karşılıklı sorumlulukta, eğer nötralizasyon kabul edilecek olursa, yaklaşık aynı ağırlıkta olan sebepler karşılıklı olarak silinecek, zarara silinmeden sonra payı baki kalan taraf katlanacaktır¹⁰⁷⁷.

Nötralizasyonun kabul edilmemesine ilişkin bir diğer gerekçe ise, nötralizasyonun kabul edilmesi durumunda küçük bir kusur derecesi farkının büyük ekonomik sonuçlar doğurabilecek olmasıdır. Bu gibi durumlar ise hukuk düzeni tarafından mümkün olduğunca reddedilmelidir. İlâveten, kanunun nazara alınmasını emrettiği bir sebebi nazara almamanın kabul edilemez olması nedeniyle de nötralizasyon

¹⁰⁷⁴ **Roberto**, N. 889; **Keller**, s. 380; **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 20; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §9 N. 20; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 39a-39b; **Schwenzer**, N. 16.19; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 100.

¹⁰⁷⁵ **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 20.

¹⁰⁷⁶ **Keller**, s. 380.

¹⁰⁷⁷ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §9 N. 25. Örneğin, iki tehlikeli işletmenin karşılıklı sorumluluğunun mevcut olduğu bir durumda birinin kusurlu olması durumunda, nötralizasyon kabul edilecek olursa işletme tehlikeleri birbirini kompanse edecek ve tüm zarara kusurlu işletme katlanacaktır. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §9 N. 15 dn. 19.

reddedilmelidir¹⁰⁷⁸. Bütün bu nedenlerle, ek kusurun zarar görenin kusurunu nötrale edeceği gibi bir genelleme isabetsiz olup bu yaklaşım terk edilmelidir.

3.4.2.4. Kusursuz Sorumlulukta Tazminat Miktarının Belirlenmesi

3.4.2.4.1. Genel Olarak

Yukarıda ek kusurun nedensellik bağının kesilmesine engel olmak suretiyle sorumluluğun doğmasına engel olacağı ve ek kusurun zarar görenin kusurunu nötrale edeceği genellemelerinin terk edilmesi gerektiğini açıkladık. Bununla beraber yine yukarıda belirtildiği üzere, ek kusur, sebep sorumlusunun indirim imkânlarından yararlanmasını azaltır ve sebep sorumlusunun durumunu ağırlaştırır. Ek kusura ilişkin olarak incelenmesi gereken hususlardan birisi de ek kusurun kusursuz sorumlulukta tazminat miktarına yapacağı etkidir.

Kusursuz sorumlulukta, zararın ne oranda sorumluluğu doğuran olaya atfedileceği- ki bu arz ettiği tehlike ve sebebiyet verme derecesi demektir- ne oranda zarar görene atfedileceği belirlenir¹⁰⁷⁹. Sebep sorumlusunun ek kusuru varsa, objektif olarak sorumluluğu doğuran olayın yanı sıra bu kusurun da zarara sebebiyet vermede oynadığı rol göz önünde bulundurulur¹⁰⁸⁰. Kısacası kusursuz sorumlulukta tazminat miktarı, – varsa- tarafların kusurlarının ağırlıkları ile kusursuz sorumluluğa yol açan olayların zarara elverişlilikleri her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmek suretiyle belirlenecektir.

¹⁰⁷⁸ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §9 N. 17.

¹⁰⁷⁹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 324.

¹⁰⁸⁰ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 324.

3.4.2.4.2. Sebep Sorumlusunun da Zarar Görenin de Kusurunun Bulunmadığı İhtimalde

Yukarıda defaten belirtildiği üzere zarar, adeta taraflar arasında paylaştırılması gereken bir pasta olarak bölüştürülecektir¹⁰⁸¹. Sorumluluk doğuran sebebin türü ve olayda varsa indirim sebepleri göz önünde bulundurularak tazminat hâkim tarafından takdir edilecektir. İndirimi haklı gösteren bir sebep bulunmadığı takdirde sebep sorumlusu tam tazminatla yükümlüdür.

3.4.2.4.3. Sebep Sorumlusunun Ek Kusurunun Bulunmadığı ancak Zarar Görenin Kusurunun Bulunduğu İhtimalde

Sebep sorumluluğunu doğuran olayın zararı doğurmaya elverişliliğinin büyüklüğüne ya da zarar görenin kusurunun ağırlığına göre hangi tarafın zarara daha fazla katlanacağı değişkenlik gösterecektir¹⁰⁸². Olağan sebep sorumluluğu, kusur sorumluluğuna göre daha ağır bir sorumluluk türü olduğu için olağan sebep sorumluluğunda zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim, kusur sorumluluğundakine nazaran daha azdır¹⁰⁸³. Tehlike ve olağan sebep sorumlulukları birbiriyle kıyaslandığında da aynı sonuca varılır. Tehlike sorumluluğunda sorumluluğu doğuran olayın zararı meydana getirmeye elverişliliği olağan sebep sorumluluklarına nazaran çok daha fazla olduğundan, zarar görenin kusuru tehlike sorumluluğunda, olağan sebep sorumluluğu durumuna nazaran daha az indirim yapılmasına yol açacaktır¹⁰⁸⁴. Örneğin tehlike sorumlusunun ek kusuru bulunmadığı; zarar görenin hafif kusurlu olduğu bir ihtimalde sorumluluğun çoğu tehlike sorumlusunda kalacaktır.

¹⁰⁸¹ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §7 N. 21; **Keller**, s. 378; **Guhl/Koller**, §10 N. 78.

¹⁰⁸² **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 98.

¹⁰⁸³ **Brehm**, *Berner Kommentar*, Art. 44, N. 22a.

¹⁰⁸⁴ **Brehm**, *Berner Kommentar*, Art. 44, N. 22b; **Tiftik**, *Maddi Tazminat*, s. 138; **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 99. Nomer'e göre, olağan sebep sorumluluklarına tehlike sorumluluğuna verilen ağırlığın yarısını vermek gerekir. **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 99, dn. 170.

3.4.2.4.4. Sebep Sorumlusunun da Zarar Görenin de Kusurunun Bulunduğu İhtimalde

Hâkim, tazminatın belirlenmesinde, sebep sorumlusunun sorumluluk sebebi, ek kusuru ve zarar görenin kusuru da dahil olmak üzere tazminatın belirlenmesinde durumun tüm özelliklerini dikkate alacaktır. Örneğin tehlike sorumlusunun da zarar görenin de hafif kusurlu olduğu bir ihtimalde, hâkim tam tazminata hükmedebileceği gibi, tazminatta indirim yapabilir de. Ancak her halükarda, sorumluluğun büyük kısmı tehlike sorumlusunda kalacaktır. Tehlike sorumlusunun ve zarar görenin de ağır kusurlu olduğu bir ihtimalde ise sorumluluğun büyük kısmı tehlike sorumlusunda kalacaktır¹⁰⁸⁵. Nötralizasyon görüşü kabul edilmiş olsaydı her iki ihtimalde de zararın tamamı tehlike sorumlusu üzerinde kalırdı. Bununla beraber, sorumlu kişinin ek kusurunun ağırlığı ya da kusursuz sorumluluğa yol açan olayın tehlikeliliği, sorumluluğun paylaşılmasında zarar görenin kusurunun dikkate alınmamasını gerektirebilir¹⁰⁸⁶.

3.5. MANEVİ TAZMİNATTA KUSURUN ETKİSİ

3.5.1. Manevi Tazminatta Kusurun Aranıp Aranmayacağı Sorunu

Kusur sorumluluğunun doğumu için aranan koşullardan biri olan “kusur” unsuru, manevi tazminatı düzenleyen TBK m. 58’de zikredilmemektedir. Bu durumda manevi tazminat talebi için kusurun aranıp aranmayacağı belirlenmelidir.

Eski Borçlar Kanunundaki ilgili düzenlemenin bu sorunun yöneltmesinde önemli bir katkısı vardır. Eski Borçlar Kanununun 49. maddesinin 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metninde manevi tazminata ilişkin hükümde “*kusurun özel ağırlığı*” ifadesi yer alıyordu. 3444 sayılı Kanun ile değişiklik öncesi eBK m. 49: “*Şahsi menfaati haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icap ettiği surette manevi zarar namiyle bir meblağ itasını dava edebilir.*” biçiminde

¹⁰⁸⁵ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 39.

¹⁰⁸⁶ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 100.

idi¹⁰⁸⁷. Kusurun özel ağırlığı şartının 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda yer alması, bu kanunun hazırlığı sırasında basın çevrelerinin kanun koyucu üzerindeki etkisi ile açıklanmaktaydı¹⁰⁸⁸. Bununla beraber, bu düzenlemeye kitle iletişim araçları yoluyla kişilik hakkının ihlalinin artışına dikkat çekilmiş, maddi tazminat için kusurun ağırlığı şartı aranmazken manevi tazminat için böyle bir şart aranmasının tutarsız olduğu, kişilerin maddi varlıklarına oranla şeref ve haysiyetlerinin daha az korunmasının açıklanamayacağı eleştirileri yöneltmiştir¹⁰⁸⁹. İsviçre kanun koyucusu da gerçekleştirmiş olduğu kanun değişikliğiyle kusurun özel ağırlığı koşulunu hükümden çıkarmıştır.

3444 sayılı Kanun ile değişiklik öncesi eBK döneminde de “*kusurun özel ağırlığı*” ifadesi ile neyin kastedildiği doktrinde tartışmalıydı. Bu dönemde bir görüş, duruma göre alelade bir kusurun da önemli ölçüde ihlale uğratma tehlikesini barındırabileceğinden bahisle mutlaka ağır ihmalin aranmayacağını belirtirken¹⁰⁹⁰; bir başka görüş ise, “kusurun özel ağırlığı”nın, kasıt ve ağır ihmal, bir diğer deyişle “ağır kusur” anlamına geldiğini savunmuştur¹⁰⁹¹.

“*Kusurun özel ağırlığı*” ifadesi 3444 sayılı Kanunla eBK m. 49’dan çıkarılmış, ancak şimdiki kanun döneminde olduğu gibi kusur ifadesine yer verilmemişti. Bu dönemde manevi tazminat talebinde bulunabilmek için kusur şartının aranıp aranmayacağına ilişkin olarak, doktrindeki hâkim görüş, bu hükmün, (dar anlamda) haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen eBK m. 41/TBK m. 49’un bir uygulama alanı olduğunu belirterek eBK m. 41’in uygulanması neticesinde manevi tazminata hükmedilebilmesi için kusur unsurunun aranacağı yönündeydi¹⁰⁹². 3444 sayılı Kanunla yapılması

¹⁰⁸⁷ Hata kelimesi ile kastedilen “kusur”dur.

¹⁰⁸⁸ **Oğuzman**, M. Kemal, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, (s. 7-54) s. 33; **Ünal**, Mehmet, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, AÜHFD 1978, C.: 35, S.: 1, (s. 397-437) s. 420; **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 255.

¹⁰⁸⁹ **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 255; **Oğuzman**, s. 33; **Ünal**, s. 420.

¹⁰⁹⁰ **Ünal**, s. 421.

¹⁰⁹¹ **Gürsoy**, Kemal Tahir, Manevi Zarar ve Tazmini, AÜHFD, Y.: 1973, C.: 30, S.:1, s. 7-56, s. 27.

¹⁰⁹² **Oğuzman**, s. 34-37; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, (s. 103-110) s. 107.

düşünülen bir değişiklikse, hukuka aykırı saldırının basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde manevi tazminat davası açmak için kusur şartına gerek olmadığına ilişkin bir fıkra eklenmesiydi. Ancak bu fıkra, kanunlaşan metinde yer almamıştır¹⁰⁹³.

TBK m. 58 bakımından eBK dönemindeki hâkim görüş bugün de destek görmekte ve uygulanmaktadır. Hükümde kusur ifadesinin yer almıyor olması, kusurun aranmadığı anlamına gelmeyecektir. Kusur sorumluluğunun şartları TBK m. 49’da düzenlenmiş olup kusur, bu sorumluluğun doğumu için aranan unsurlardan biridir. Buna göre kusur sorumluluğunun doğumu için kusur unsuru aranacaktır. Buna karşılık, kusursuz sorumluluk doğuran bir olay gerçekleşmişse kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığından manevi tazminat için kusur unsuru aranmayacaktır¹⁰⁹⁴.

TBK m. 58’e nazaran özel hüküm niteliğinde olan TBK m. 56 bakımından da aynı sonuca varılabilir. Buna göre, kusur sorumluluğu söz konusu ise kusur unsuru aranacak; kusursuz sorumluluk söz konusu ise sorumluluğun koşulu olmadığından manevi tazminat talebinde bulunabilmek için kusur aranmayacaktır¹⁰⁹⁵. Aynı şekilde İsviçre hukukunda da mehz İBK m. 47 ve 49 hükümlerinin bağımsız birer sorumluluk normu olmadığı; sadece başka düzenlemeler uyarınca manevi tazminatın nasıl belirleneceğine ilişkin hüküm ifade ettikleri kabul edilmektedir¹⁰⁹⁶.

3.5.2. Kusurun Manevi Tazminat Miktarına Etkisi

Kusurun manevi tazminat miktarına nasıl etkiye bulunacağı, manevi zarar ve manevi tazminatın fonksiyonuna ilişkin olarak hangi görüşün tercih edileceğine göre değişir. Bu

¹⁰⁹³ **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 255.

¹⁰⁹⁴ **Atlan**, Hülya, Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul 2015, s. 164-165; **Genç Arıdemir**, Arzu, “Türk Borçlar Kanunu’nun Manevi Tazminat ile İlgili Hükümlerinin (TBK md. 56 ve 58) Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, (s. 45-59) s. 54; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 817; **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 256; **Keskin**, A. Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016, s. 235-236. Aynı sonuç kusur ifadesine yer vermeyen İBK m. 47 ve 49 bakımından da kabul edilmektedir. Bkz. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 49, N. 5; Art. 47, N. 18; **Honsell/Isenring/Kessler**, §10 N. 7; **Huguenin**, N. 1902; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 47, N. 15; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §8 N. 28.

¹⁰⁹⁵ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 813.

¹⁰⁹⁶ **Roberto**, N. 912; **Huguenin**, N. 1902; **Werro**, Commentaire romand, Intro. art. 47-49, n. 6.

nedenle manevi zarar ve manevi tazminatın fonksiyonuna ilişkin görüşler çalışmanın amacıyla sınırlı olmak üzere açıklanacaktır.

3.5.2.1. Manevi Zarar ve Manevi Tazminatın Fonksiyonuna İlişkin

Doktrindeki Görüşler

Sorumlu kişinin kusurunun manevi tazminatın miktarına etkisi, manevi zarar ve manevi tazminatın fonksiyonuna ilişkin benimsenen yaklaşma göre değişkenlik gösterecektir. Manevi zararın sübjektif manevi zarar mı yoksa objektif manevi zarar mı olarak anlaşılması gerektiği, manevi tazminatın fonksiyonunun denkleştirme, tatmin, özel hukuk cezası, önleme veya telafi olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Manevi zararı, kişilik hakkının ihlali neticesinde meydana gelen acı, elem, ızdırap, bedensel ve ruhsal acı, ruhsal dengede meydana gelen bozulma olarak açıklayan sübjektif manevi zarar görüşüne karşılık¹⁰⁹⁷; objektif manevi zarar görüşü manevi zararı, bir kişinin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlar¹⁰⁹⁸. Objektif manevi zarar görüşüne göre, manevi zarardan söz edilebilmesi için acı, elem, ızdırap çekilmesi aranmaz; bu nedenle ayırt etme gücünden yoksun kişiler ve tüzel kişiler de manevi tazminat talebinde bulunabilirler¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ Kusurun manevi tazminat miktarı üzerindeki bu etkisinin temelinde manevi tazminatın tatmin fonksiyonunun tercih edilmiş olduğu yönünde bkz. **Erlüle**, Fulya, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2015, s. 39; **Atlan**, s. 48. **Bu görüşün savunucuları**: **Saymen**, Ferit H., Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940, s. 16; **Genç Arıdemir**, Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008, s. 184; **Erlüle**, s. 39, dn. 52'de zikredilen yazarlar. Bu görüşün hem İsviçre hem de Türk hukukunda hâkim görüş olduğu yönünde bkz. **Genç Arıdemir**, Manevi Tazminat, s. 177.

¹⁰⁹⁸ **Bu görüşün savunucuları**: **Gurzeler**, Beatrice, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung: unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Zürich 2005, s. 86-87; **Kırca**, Çiğdem, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", YD, C.: 25, S.:3, Temmuz 1999, (s. 242-270) s. 253; **Erlüle**, s. 63; **Atlan**, s. 55; **Keskin**, s. 110. İki görüşü birbiriyle bağdaştırmaya çalışan karma görüş için bkz. **Antalya**, s. 156.

¹⁰⁹⁹ Kişinin bu ihlal nedeniyle acı elem ızdırap çekmesi durumunda bunun ikinci bir manevi zarar kalemi oluşturup oluşturmayacağı objektif manevi zarar görüşü savunucuları arasında tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bkz. **Kırca**, Manevi Tazminat, s. 254-255.

Sübjektif manevi zarar görüşü savunucularının bir kısmına göre, manevi tazminatın fonksiyonu, kişilik hakkı ihlal edilen zarar görenin acı, elem ve ızdırabının bir miktar para vasıtasıyla giderilmesi, denkleştirilmesidir (denkleştirme fonksiyonu görüşü)¹¹⁰⁰. Manevi tazminatın öncelikli işlevi, kişilik hakkı ihlal edilen zarar görenin esenliğinin arttırılmasıdır. Denkleştirme fonksiyonu uyarınca failin kusurunun derecesi manevi tazminat miktarına etkide bulunacaktır. Zira failin kasıtlı hareket ettiği durumlarda ihlal ve zarar, ihmalle hareket ettiği durumlara nazaran daha ağırdır¹¹⁰¹.

Sübjektif manevi zarar görüşünü savunan başka bazı yazarlar ise, manevi tazminatın fonksiyonunun zarar görenin şahıs varlığı değerlerinin ihlalinden dolayı duyduğu öfkenin teskin edilerek duygusal tatmininin sağlanması (tatmin fonksiyonu görüşü) olduğu kanaatindedir¹¹⁰². Tatmin fonksiyonunun kabulü halinde, failin kusuru, manevi tazminat miktarı üzerinde belirleyici olacaktır. Failin kusuru ne kadar ağır ise, işlemiş olduğu fiilin zarar gören üzerindeki etkisi de o kadar ağır olur. Kusurun derecesi arttıkça zarar görenin tatmin edilme ihtiyacı o derece artacağından manevi tazminat miktarı da buna paralel olarak artacaktır¹¹⁰³.

Manevi tazminata ilişkin olarak ileri sürülen bir diğer görüş ise, özel hukuk cezası fonksiyonudur. Buna göre, kusurlu fail manevi tazminata hükmedilmek suretiyle özel hukuk uyarınca cezalandırılmaktadır¹¹⁰⁴. Bu görüşe göre, manevi tazminat talebinin kabul edilmesi ve tazminat miktarının belirlenmesinde zarar değil, failin kusuru esas

¹¹⁰⁰ **Görüşün savunucusu: Genç Arıdemir**, Manevi Tazminat, s. 13. Görüşle ilgili detaylı açıklama için bkz. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 9; **Kırca**, Manevi Tazminat, s. 245-246; **Erlüle**, s. 77; **Genç Arıdemir**, Manevi Tazminat, s. 11; **Keskin**, s. 133. Sübjektif manevi zarar görüşüne dayanan denkleştirme görüşünün hem İsviçre hem de Türk hukukunda hâkim görüş olduğu yönünde bkz. **Erlüle**, s. 77; **Genç Arıdemir**, Manevi Tazminat, s. 13; **Atlan**, s. 62.

¹¹⁰¹ **Keskin**, s. 130.

¹¹⁰² **Görüşün savunucusu: Saymen**, s. 92. Görüşle ilgili detaylı açıklama için bkz. **Kırca**, Manevi Tazminat, s. 247-249; **Atlan**, s. 58; **Keskin**, s. 127.

¹¹⁰³ **Ertaş**, Postacıoğlu Armağanı, s. 100. Ertaş'a göre, manevi tazminatta failin kusurun derecesinin dikkate alınmasını gerektiren ikinci sebep hakkaniyettir zira failin hafif kusurda ve ağır kusurda aynı miktarda tazminata mahkûm edilmesi hakkaniyete aykırıdır. **Ertaş**, Postacıoğlu Armağanı, s. 100.

¹¹⁰⁴ Görüşle ilgili detaylı açıklama için bkz. **Kırca**, Manevi Tazminat, s. 250; **Erlüle**, s. 73; **Atlan**, s. 56; **Keskin**, s. 132; **Saymen**, s. 83 vd.; **Genç Arıdemir**, Manevi Tazminat, s. 8-9.

alınmalıdır¹¹⁰⁵. Ayrıca bu görüş kabul edilecek olursa kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminat talep edilemez.

Objektif manevi zarar görüşünden hareket eden yazarlarsa manevi tazminatın amacının tatmin ya da ceza olamayacağını, bu görüş çerçevesinde belirlenen zararın giderilmesi, telafisi olduğunu savunurlar (telafi fonksiyonu görüşü)¹¹⁰⁶. Telafi görüşü, maddi tazminat ile manevi tazminat arasında esaslı bir fark bulunmadığını kabul eder. İki tazminat türü arasındaki fark, maddi tazminatın, malvarlığı ya da kişilik değerlerinin ihlalden doğan maddi zararın; manevi tazminatın ise kişilik değerlerinin ihlalden doğan manevi zararın giderilecek, telafi edilecek olmasıdır¹¹⁰⁷. Telafi fonksiyonunun kabulü halinde, manevi tazminat miktarı açısından belirleyici olan sorumlu kişinin kusuru değil, manevi zararın ağırlığı olacaktır¹¹⁰⁸. Bu görüşün kabulü halinde kusurun manevi tazminata etkisi tartışmalıdır.

Bunlara ek olarak, doktrinde manevi tazminatın asıl fonksiyonunun denkleştirme, tatmin ya da telafi fonksiyonu olduğu tartışmalı olmakla beraber, bu görüşlerden hangisi tercih edilirse edilsin manevi tazminatın ikincil olarak önleme ve caydırma fonksiyonunun da bulunduğu savunulmuştur¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁵ Görüşle ilgili detaylı açıklama için bkz. **Kırca**, Manevi Tazminat, s. 251; **Atlan**, s. 56; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi Y.: 1984, S.: 1,(s. 15-21) s. 15.

¹¹⁰⁶ **Bu görüşün savunucuları: Gurzeler**, s. 167; **Kırca**, Manevi Tazminat, s. 252; **Erlüle**, s. 84; **Atlan**, s. 70; **Keskin**, s. 141. Denkleştirme görüşünde de manevin zararın giderilmesi amaçlanmaktadır ancak telafi görüşü ile denkleştirme görüşü arasındaki fark, telafi görüşünde objektif manevi zarar yaklaşımınca belirlenen zarar giderilecek iken; denkleştirme görüşünde sübjektif manevi zarar yaklaşımınca belirlenen zararın giderilecek olmasıdır. Aynı yönde bkz. **Kırca**, Manevi Tazminat, s. 253; **Atlan**, s. 70.

¹¹⁰⁷ **Genç Arıdemir**, Manevi Tazminat, s. 8.

¹¹⁰⁸ **Keskin**, s. 330.

¹¹⁰⁹ **Kırca**, Manevi Tazminat, s. 265; **Atlan**, s. 70. Kırca ve Atlan telafiye ek olarak manevi tazminatın böyle bir fonksiyonu bulunduğunu ifade eder. Serozan ise tatmin fonksiyonu görüşünü eleştirmekte (s. 85) ancak telafiye ek olarak caydırıcı önleyici etkinin bulunduğunu ifade etmektedir. **Serozan**, Rona, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatrasına Armağan, Ankara 1990, (s. 67-101) s. 88.

3.5.2.2. Manevi Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Doktrindeki Görüşler ve Kusurun Etkisi

Failin kusur derecesi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Bununla beraber, manevi tazminatın belirlenmesinde failin kusur derecesinin mi yoksa zararın ağırlığının mı belirleyici ölçüt olması gerektiği doktrinde tartışmalıdır¹¹¹⁰.

İsviçre hukuk doktrini ve uygulamasına göre, manevi tazminat miktarının takdiri yönünden belirleyici faktör kusurun derecesi değil, manevi zararın ağırlığıdır¹¹¹¹. Bu görüşün savunucuları, diğer görüş olan kusurun derecesinin manevi tazminatın takdirinde belirleyici faktör olarak ele alınması görüşünün temelinde yatan mantığın, manevi tazminatın amacının tatmin olduğu, buna göre failin kusuru arttıkça tatmin edilme ihtiyacının o ölçüde arttığı, halbuki manevi tazminatın amacının telafi olduğu görüşünün kabul edilmesi halinde önemli olanın, zararın giderilip denkleştirilmesi olacağından belirleyici faktörün failin kusuru değil, manevi zararın ağırlığı olması gerektiğini ileri sürerler¹¹¹². Bu görüşe göre, failin kusuru manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Ancak birincil olarak manevi zararın ağırlığı, ikincil olarak failin kusuru nazara alınacaktır¹¹¹³.

Buna karşın başka bir görüşe göre failin kusuru manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Zaten kusur ne kadar ağırsa ihlal de o kadar ağırdır¹¹¹⁴. Buna göre, kusurun ağırlığı ile uğranılan zarar arasında doğru oran vardır.

Yargıtay kusurun derecesini manevi tazminatın belirlenmesinde belirleyici faktör olarak ele almaktadır. Yargıtay kararları uyarınca, zarar verenin kusuru ne kadar ağır ise tazminat miktarı o ölçüde artacaktır¹¹¹⁵.

¹¹¹⁰ Bu hususta detaylı açıklama ve doktrindeki görüşler için bkz. **Erlüle**, s. 362 vd.

¹¹¹¹ **Roberto**, N. 923. Ayrıca **Erlüle**, s. 368, dn. 109'da zikredilen yazarlar.

¹¹¹² **Guhl/Koller**, §10 N. 12; **Erlüle**, s. 370-371.

¹¹¹³ **Guhl/Koller**, §10 N. 12; **Honsell/Isenring/Kessler**, §10 N. 16; **Erlüle**, s. 413.

¹¹¹⁴ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §8 N. 28; **Ünal**, s. 422.

¹¹¹⁵ Kusurun manevi tazminat miktarı üzerindeki bu etkisinin temelinde manevi tazminatın tatmin fonksiyonunu tercih edilmiş olması yönünde bkz. **Erlüle**, s. 412.

Türk hukuk doktrininde yeni eğilim, manevi zararın objektif manevi zarar şeklinde anlaşılması gerektiği ve manevi tazminatın fonksiyonunun telafi olduğu yönündedir. Buna göre, manevi tazminatın takdirinde manevi zararın ağırlığı belirleyici rol oynamalıdır¹¹¹⁶. Ancak bu yazarlar da sorumlu kişinin kusurunun manevi tazminatın miktarının tespitinde dikkate alınacağı, ancak sorumlu kişinin kusuruna yüklenen anlamın sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır¹¹¹⁷.

3.5.2.3. Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Önerilen Yöntemler

Manevi tazminatın hesaplanmasında çeşitli yöntemler önerilmiştir. Banlar tarife yöntemi, emsal kararların karşılaştırılması yöntemi, geleneksel yöntem ve iki aşamalı yöntemdir¹¹¹⁸. Bu yöntemlerin başlıcaları geleneksel yöntem ve iki aşamalı yöntemdir. Geleneksel yöntem uyarınca, manevi tazminat, hâkim tarafından emsal kararların ışığında somut olayın özellikleri dikkate alınarak takdir yetkisi çerçevesinde hakkaniyete göre belirlenir¹¹¹⁹. Geleneksel yöntemin ayırt edici özelliği, manevi zararın tespiti ve tazminatın takdiri aşamaları arasında bir ayırım yapılmayarak bunların örtüşmesidir¹¹²⁰. Manevi zarar, maddi zarar gibi para ile ölçülemediğinden ancak takdir edilebilir¹¹²¹.

Geleneksel yöntemi eleştiren doktrinindeki yeni eğilim, iki aşamalı yöntemin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. İki aşamalı yöntem uyarınca, ilk aşamada ihlalin objektif ağırlığının parasal değerine denk gelen bir taban tazminat miktarı tespit edilir; ikinci aşamada ise, manevi tazminat miktarına etki edebilecek zarar görenin kusuru gibi koşullar taban tazminat miktarına etki eder¹¹²². Failin kusuru da bu koşullardan biridir¹¹²³.

¹¹¹⁶ **Erlüle**, s. 371; **Atlan**, s. 106; **Keskin**, s. 318.

¹¹¹⁷ **Erlüle**, s. 371, 413.

¹¹¹⁸ Yöntemler ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **Atlan**, s. 108; **Keskin**, s. 306 vd.

¹¹¹⁹ **Gurzeler**, s. 266-267.

¹¹²⁰ **Erlüle**, s. 432; **Atlan**, s. 124; **Keskin**, s. 310.

¹¹²¹ **Erlüle**, s. 432; **Keskin**, s. 310.

¹¹²² **Huguenin**, N. 1910; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 47, N. 20b; **Landolt**, Hardy, "Stand und Entwicklung des Genugtuungsrechts", HAVE 2009, (s. 125-136) s. 131; **Gurzeler**, s. 267-269; **Werro**, Commentaire romand, art. 41, n. 59; **Atlan**, s. 130; **Keskin**, s. 315.

¹¹²³ **Huguenin**, N. 1910; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 47, N. 20b; **Atlan**, s. 130.

3.5.2.4. Manevi Tazminatta Failin Kusurunun Etkisi

3.5.2.4.1. Kusurun Dikkate Alınmaması Gerektiğini Savunan Görüş

Bir görüşe göre, failin kusuru, sadece kusur sorumluluğunun söz konusu olduğu bir durumda manevi tazminatın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmede dikkate alınır¹¹²⁴. Manevi tazminatın miktarının tek ölçüsü, manevi zararın ağırlığı olup kusur derecesinin de dikkate alınması manevi tazminatta özel hukuk cezası amacı izlendiği anlamına gelecektir¹¹²⁵. Bununla beraber, zarar görenin kusurunun mevcut olması halinde failin kusurunun ve zarar görenin kusurunun kıyaslanması gerekeceğinden failin kusuru tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınabilir¹¹²⁶.

3.5.2.4.2. Kusurun Dikkate Alınması Gerektiğini Savunan Görüş

3.5.2.4.2.1. Genel Olarak

Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak olan ana etken manevi zararın ağırlığıdır¹¹²⁷. Ancak bunun yanı sıra, failin ve zarar görenin kusuru da manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak etkenlerdir¹¹²⁸. Buna göre, manevi zararın ağırlığının manevi tazminatın takdirinde belirleyici rol oynayacağı kabul edilmekle beraber, sorumlu kişinin kusurunun da, bir o kadar esaslı bir etken olarak olmasa da, tazminat miktarına etki edeceği kabul edilir¹¹²⁹. Buna karşın bu etkinin derecesi, doktrinde tartışmalıdır.

¹¹²⁴ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 18; Art. 49, N. 5.

¹¹²⁵ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 38.

¹¹²⁶ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 74 vd. Brehm'e göre, zarar görenin kusuru mevcut değilse ne kusur sorumluluğunda ne de sebep sorumluluğunda, sorumlu kişinin kusuru manevi tazminat miktarına etki edebilir. Roberto da, hâkim görüşün manevi tazminatın amacının cezalandırma olmamasına karşın hafif kusurda indirimine izin vermesinin çelişki meydana getirdiği, failin kusurunun ancak zarar görenin kusuru mevcutsa tartmada rol oynayacağı kanaatindedir. **Roberto**, N. 910.

¹¹²⁷ **Erlüle**, s. 371; **Atlan**, s. 106; **Keskin**, s. 318.

¹¹²⁸ Manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak etkenlerden bazıları, zarar görenin yaşı, çalışma gücünün ve dış görünüşünün zarar görmesi, basın yoluyla gerçekleştirilen ihlalde ilgili yayının yayılma derecesidir. **Atlan**, s. 102-103.

¹¹²⁹ **Landolt**, Hardy, Zürcher Kommentar, 2007, Art. 49, N. 105.

3.5.2.4.2.2. Kusurun Nasıl Dikkate Alınacağı Sorunu

Öncelikle, kastın varlığı halinde taban manevi tazminat miktarında artırıma gidilecektir. Bunun altında yatan düşünce kasten işlenen fiillerin her zaman ek manevi zarara yol açacağıdır¹¹³⁰. Ağır ihmalin varlığı halinde, kasıttaki olduğu üzere otomatikman taban tazminat miktarının arttırılacağı sonucuna varılamaz. Ağır ihmal söz konusu ise, somut olayın koşulları önemli rol oynar. Ağır ihmal, failin aşırı pasifliği ya da düşüncesizliğinden ileri geliyorsa taban manevi tazminat miktarında artırıma gidilebilecektir¹¹³¹.

Kasıt ya da ağır ihmal nedeniyle taban manevi tazminat miktarına yapılacak ilavenin oranına ilişkin olarak çeşitli öneriler bulunmaktadır:

Keller, ağır ihmal halinde bu oranın %50'ye kadar çıkabileceği kanaatindedir¹¹³².

Gurzeler, bu oranın ağır ihmal halinde %10 ila 50 arasında değişkenlik göstereceğini, kasıt halinde ise yaklaşık %50 oranında olabileceğini, işkence gibi istisnai durumlarda bu oranın %100'e çıkabileceğini savunmaktadır¹¹³³.

Sidler, kasten işlenen bedensel zararlarda bu oranın %30, ağır ihmal halinde %10-20 olabileceğini ileri sürmüştür¹¹³⁴. Ancak yazar, yakın akrabasının kasten öldürülmesi halinde, bu durumun kasten bedensel zarara nazaran daha fazla manevi zarara sebebiyet vereceğini bu nedenle bu oranın %100'e çıkacağı kanaatindedir.

Son olarak, bu görüşe göre, failin hafif kusuru halinde de manevi tazminata hükmedilir¹¹³⁵. Ancak failin hafif kusuru tazminatı arttırıcı bir etki göstermez¹¹³⁶. Buna karşın, kusursuz sorumluluk hallerinde hafif kusur derecesindeki ek kusur manevi

¹¹³⁰ *Gurzeler*, s. 274.

¹¹³¹ *Gurzeler*, s. 274-275.

¹¹³² *Keller*, Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd.: II, Bern 1998, s. 137. Aktaran: Atlan, s. 170, dn. 385.

¹¹³³ *Gurzeler*, s. 276.

¹¹³⁴ *Sidler*, Max, "Die Genugtuung und ihre Bemessung", *Schaden-Haftung-Versicherung*, Fünfter Bd, Basel 1999, (s. 445-489) N. 10. 58, 10. 67.

¹¹³⁵ *Brehm*, *Berner Kommentar*, Art. 49, N. 5; *Kırca*, *Manevi Tazminat*, s. 263.

¹¹³⁶ *Landolt*, *Genugtuungsrecht*, s. 130.

tazminatı arttırıcı etki gösterebilir¹¹³⁷. Bazı yazarlara göre, sorumlu kişinin kusuru, bu kusurun ağırlığı zarar görende ek bir manevi zararın doğmasına neden olursa manevi tazminatı arttırıcı etkide bulunabilecektir¹¹³⁸.

3.5.2.5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Kanaatimizce, manevi zarar objektif manevi zarar görüşünce belirlenmelidir ve manevi tazminatın fonksiyonunun telafi olduğu kabul edilmelidir. Manevi tazminatın belirlenmesinde belli bir nesnelliğin ve hukuk güvenliğinin sağlanması ihtiyacı bulunması ve de manevi tazminat miktarının hem zarar göreni gülünç duruma düşürecek kadar düşük olmaması hem de zarar göreni beklenmedik bir iktisadi refah seviyesi elde etmesine yol açacak kadar yüksek olmaması gerekliliği sebeplerinden ötürü manevi tazminatın belirlenmesinde ise, iki aşamalı yöntem tercih edilmelidir¹¹³⁹. Buna göre taban tazminat miktarı belirlenir ancak kusurun ağırlığı ikinci aşamada dikkate alınır.

Kusurun manevi tazminata etkisine gelince, kasıt ve ağır ihmâl manevi tazminat miktarını arttırır. Failin hafif kusuru halinde de manevi tazminata hükmedilir ancak failin hafif kusuru tazminatı arttırıcı bir etki göstermez. Ancak kusursuz sorumluluk hallerinde hafif kusur derecesindeki ek kusur manevi tazminatı arttırıcı etki gösterebilir. Yargıtay uygulamasına gelince, TBK m. 51 ve 52, kıyasen manevi tazminat taleplerinde de uygulanır¹¹⁴⁰. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre *“kanunun genel ifadesi karşısında aynı hükmün manevi tazminat hallerinde de geçerliliğinden şüphe edilmemesi gerekir. Şu halde, BK.'nun 43 /1 maddesi kıyas yoluyla manevi tazminat haline de uygulanır”*¹¹⁴¹.

¹¹³⁷ **Landolt**, Genugtuungsrecht, s. 130.

¹¹³⁸ **Sidler**, Max, “Die Bemessung der Genugtuung bei Invaliditätsschäden”, SJZ 93/1997, (s. 165-171) s. 168; **Gurzeler**, s. 275.

¹¹³⁹ **Atlan**, s. 101; **Keskin**, s. 305.

¹¹⁴⁰ **Huguenin**, N. 1910; **Werro**, Commentaire romand, art. 47, n. 24; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 47, N. 15; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 18; **Ünal**, s. 435; **Erlüle**, s. 355; **Atlan**, s. 104; **Ertaş**, Postacıoğlu Armağanı, s. 87; **Antalya**, s. 178. Bununla beraber manevi zararın somut olarak ölçülebilir nitelikte olmaması ve kişisel ilişkiler gibi manevi tazminat miktarını etkileyen unsurların mevcudiyeti müteselsil sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanmasında güçlük yaratır. **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 99.

¹¹⁴¹ YHGK E. 2010/4-47, K. 2010/74, T. 17.2.2010 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

Manevi tazminatın belirlenmesinde TBK m. 51 ve TBK m. 52’de öngörülen indirim sebepleri dikkate alınır. Buna göre, failin kusuru, zarar görenin kusuru, zarar verenin zor duruma düşecek olması, zararın zarar görene yardım sırasında meydana gelmiş olması, beklenmedik durum gibi indirim sebepleri manevi tazminatın belirlenmesinde kıyasen uygulanır¹¹⁴². Buna göre, failin kusuru manevi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır¹¹⁴³.

3.5.2.6. Manevi Tazminatta Zarar Görenin Kusurunun Etkisi

Manevi tazminatın belirlenmesinde, maddi tazminatta geçerli olan genel kurallar uygulanır. Öncelikle geleneksel yaklaşım uyarınca eğer zarar görenin kusuru (bizce zarar görenin fiili olarak anlaşılmalıdır) nedensellik bağına kesecek nitelikteyse manevi tazminat talebine yer yoktur¹¹⁴⁴. Zarar görenin kusuru dolayısıyla manevi tazminatta yapılacak indirimde kural olarak, maddi tazminatta esas alınan ölçütlerden hareket edilir¹¹⁴⁵.

Zarar görenin kusuru, failin kusuru ile eşit olsa bile, manevi tazminata hükmedilebilir¹¹⁴⁶. Ancak bu durum elbette tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır. Federal Mahkeme önceleri bu hallerde manevi tazminat talebini reddetmekteydi ancak bu konuda içtihat değişikliğine gitmiş ve bu hallerde de tazminata hükmedebileceğine karar vermiştir¹¹⁴⁷.

Zarar görenin kusuru, failin kusurundan daha ağır olsa bile, manevi tazminata hükmedilebilir. Ancak bu durumda elbette tazminat miktarında indirim yapılacaktır¹¹⁴⁸.

¹¹⁴² **Werro**, Commentaire romand, art. 47, n. 24; **Honsell/Isenring/Kessler**, §10 N. 16; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §8 N. 31; **Oğuzman**, s. 49; **Kılıçoğlu**, Değişiklik, s. 109; **Erlüle**, s. 357.

¹¹⁴³ YHGK E. 2013/21-2215, K. 2015/1487, T. 5.6.2015 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹¹⁴⁴ **Ünal**, s. 436; **Erlüle**, s. 377; **Atlan**, s. 215.

¹¹⁴⁵ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 78.

¹¹⁴⁶ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 80; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 814, 817; **Erlüle**, s. 377.

¹¹⁴⁷ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 80; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 817; **Erlüle**, s. 373. İFM’nin içtihat değişikliği için bkz. BGE 116 II 733/735.

¹¹⁴⁸ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 79; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 814, 817; **Erlüle**, s. 377; **Atlan**, s. 213.

Zarar görenin hafif ihmali durumunda da tazminatta indirim yapılabilir¹¹⁴⁹. Ancak zarar görenin çok hafif ihmali¹¹⁵⁰ ya da ağır bedensel zarar¹¹⁵¹ halinde somut olayın koşulları indirim yapılmasını gerektirmeyebilir.

3.6. MÜTESELSİL SORUMLULUKTA KUSURUN ETKİSİ

3.6.1. Müteselsil Sorumlulukta Dış İlişkide Kusurun Etkisi

3.6.1.1. Genel Olarak

Müteselsil sorumluluk, aynı zarara birden çok kişinin birlikte sebep olması neticesinde doğabileceği gibi, birden çok kişinin çeşitli sebeplerden sorumluluğundan da doğabilir. Örneğin, motorlu araç işleten KTK m. 85, şoför TBK m. 49, sigortacı ise sigorta sözleşmesinden sorumlu olabilir. Aynı zarara birden çok kişinin birlikte sebep olması ise yine farklı şekillerde gerçekleşebilir. Burada da birden çok kişi kusurlarıyla (ortak kusur ya da bağımsız kusur sorumluluğu biçiminde), birden çok kişi kusursuz sorumluluk hükümleri uyarınca ya da birden çok kişi sözleşme sorumluluğu hükümleri uyarınca müteselsilen sorumlu olabilir.

Her bir sorumlu kişi, diğerinin ihlalini biliyor ya da bilebilecek durumda ise ortak kusur mevcuttur¹¹⁵². Kusur ortaklığından söz edebilmek için olaydan önce veya olay esnasında müteselsil sorumluların anlaşmaları ya da hiç olmazsa haberdar olmaları aranır. Ortak kusur tam teselsüle yol açar. Bağımsız kusur durumunda ise, her bir sorumlu kişi, kusurlu davranışıyla zarara sebebiyet vermişse de bu kimseler arasında, ne iş birliği ne de birbirlerinden haberdar olma söz konusudur¹¹⁵³.

¹¹⁴⁹ **Landolt**, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 47/49, N. 261; **Gurzeler**, s. 278; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 77 vd.; **Atlan**, s. 216.

¹¹⁵⁰ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 47, N. 78b.

¹¹⁵¹ **Landolt**, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 47/49, N. 261. Türk hukukunda aynı yönde bkz. **Atlan**, s. 216. Yazar ağır bedensel zararlar yönünden zarar görenin hafif kusuru halinde tazminattan indirim yapılmasında çekimser davranılacağı kanaatindedir.

¹¹⁵² **Honsell/Isenring/Kessler**, §11 N. 11; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/1, §16 N. 325. Ortak kusur kavramına ilişkin tartışmalar için bkz. **Tandoğan**, Mes'uliyet (Tıpkı Bası) s. 368-371; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 835 vd.; **Feyzioğlu**, s. 525.

¹¹⁵³ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 837.

Bu tanımlar tam-eksik teselsül ayrımı için önemlidir. Tam teselsül için zarara birlikte sebep olmanın yanı sıra zarara birlikte sebebiyet vermenin ortak kusurdan ileri gelmesi gerekir¹¹⁵⁴. Eksik teselsül ise, ortak kusur dışındaki müteselsil borçluluk halidir. Buna göre, birden çok kişinin ortak kusurları olmaksızın aynı zarara birlikte sebebiyet vermeleri ya da aynı zarardan farklı hukuki sebeplerle (haksız fiil, sözleşme, kanun) sorumlu olmaları durumunda eksik teselsül söz konusudur¹¹⁵⁵. Bu yüzden birden fazla sorumlu kişi beraber hareket etmemiş, birbirinden bağımsız hareket etmiş ya da kanunen farklı sebeplerden dolayı sorumlu iseler, eksik teselsül vardır¹¹⁵⁶.

Müteselsil sorumluluğun sebep ve konusundan kaynaklanan ve zarar görenin kusuru gibi zarar görenin durum ve davranışından doğan defilere ortak defî denir¹¹⁵⁷. Ortak defî olmayan defilere ise kişisel defî denir¹¹⁵⁸. Kişisel defiler, sorumlu kişinin durum ve davranışına ilişkin olabileceği gibi (örneğin zarar verenin kusurunun hafifliği), zarar görenle sorumlu kişinin davranışının karşılaştırılmasına ilişkin (örneğin, hatır işi) olabilir¹¹⁵⁹.

3.6.1.2. Failin Kusurunun Dış İlişkide İleri Sürülüp Sürülemediği Sorunu

Müteselsil sorumluların, sanki tek başlarına zarardan sorumlularmış gibi indirim sebeplerinden yararlanmalarının mümkün olup olmadığı; bir diğer deyişle, müteselsil sorumluların dış ilişkide kendilerine ait indirim sebeplerini –bireysel indirim

¹¹⁵⁴ **Kırca**, Çiğdem, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, (s. 23-57) s. 27.

¹¹⁵⁵ **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 28. Ancak birden çok kişinin birbirinden bağımsız olarak aynı sebepten sorumlu olması halinin eksik teselsül niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. 818 eBK m. 50/1 hükmünde “*birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde*” ifadesi yer almakta, madde metninde kusur ibaresi yer almamakta idi. Bununla beraber “*birlikte ika ettikleri takdirde*” ifadesinin, mehz kanunun Almanca metnine uygun olarak “ortak kusurlarıyla sebebiyet verdikleri takdirde” biçiminde anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir. **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 368; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 169. eBK m. 50 metni mehz kanunun Fransızca metninden alınmıştır. Fransızca metnin de Almanca metin gibi yorumlanması gerektiği ifade olunmuştur. Buna karşın İsviçre doktrininde bu hükümde sadece zarara sebebiyet vermeden (“ortak sebep”ten) bahseden Fransızca metnin üstün tutulması gerektiği de ileri sürülmüştür. **Honsell/Isenring/Kessler**, §11 N. 4.

¹¹⁵⁶ **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/1, §16 N. 329; **Honsell/Isenring/Kessler**, §11 N. 12.

¹¹⁵⁷ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 841; **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 38; **Kapancı**, Kadir Berk, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2015, s. 171.

¹¹⁵⁸ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 841; **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 38.

¹¹⁵⁹ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 841; **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 38.

sebeplerini- ileri sürerek tazminattan indirim yapılmasını talep edip edemeyecekleri ve dolayısıyla failin kusurunun dış ilişkide ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

3.6.1.2.1. Eski Borçlar Kanunu Dönemindeki Yaklaşım

Eskiden tam teselsül eksik teselsül ayrımı döneminde Türk hukukunda bir ayırım yapılmaktaydı. Tam teselsül halinde dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini müteselsil sorumluların ileri süremeyecekleri kabul edilmekteyken eksik teselsülde bu imkân tanınmaktaydı¹¹⁶⁰. Buna göre, müteselsil sorumlular ortak kusurla hareket etmemişlerse (eBK m. 51) her sorumlu kişi, bireysel indirim sebebini ileri sürebilir¹¹⁶¹. Dış ilişkide her bir sorumlunun kusurunun ağırlığı/hafifliği, dikkate alınabilir. Ortak kusurla hareket edilmişse, bu durumda sorumlular kendi kusurlarının hafifliğini indirim sebebi olarak ileri süremezler¹¹⁶². Zaten ortak kusurla hareket edilmişse kusurun ağırlığı genellikle aynı olur. Ancak sorumluların arasında bir çocuğun bulunması gibi bir nedenle sorumluların kusurlarının ağırlığı aynı olmayabilirse de bu durumda da, kusuru en ağır olan sorumlu kişinin kusuru esas alınır¹¹⁶³.

Bu görüşün temelinde şu düşünce yer alıyordu: Öncelikle, ortak kusura dayanan müteselsil sorumlulukta, failler haksız fiile bilinçli ve kusurlu davranışla katılmışlardır¹¹⁶⁴. Ayrıca dış ilişkide indirim kabul edilecek olursa ve en ağır kusurlu fail ödeme gücü içerisinde ise bu durumda zararın zarar gören üzerinde kalması ihtimali bulunmaktadır¹¹⁶⁵. Hem zarar görenin teselsülden elde edebileceği teminat işlevi de bu çözümün kabulünü gerektirir¹¹⁶⁶. Üstelik faillerin hepsinin birden dava

¹¹⁶⁰ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 382; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 178. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 40, dn. 73.

¹¹⁶¹ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 179.

¹¹⁶² **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 382; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 179.

¹¹⁶³ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 178.

¹¹⁶⁴ Bu görüş hakkında açıklama için bkz. **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/1, §16 N. 325; **Tekinay**, Selahattin Sulhi, "Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980, (s. 205-221) s. 208; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 842.

¹¹⁶⁵ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 842.

¹¹⁶⁶ **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 179.

edilmediği durumlarda hâkim hangi failin kusurunun daha ağır hangisinin kusurunun daha hafif olduğu sonucuna nasıl varacaktır?¹¹⁶⁷

Buna karşılık, bu görüş eBK döneminde eleştirilmiş ve karşı görüş savunulmuştur. Artık hâkim görüş haline gelen bu görüş uyarınca, kişisel defiler yukarıdaki gibi bir ayırım yapılmaksızın dış ilişkide dikkate alınacaktır¹¹⁶⁸. Buna göre, bireysel indirim sebepleri zarar verenlerden her biri için bağımsız olarak dikkate alınır. Bunun altında yatan mantık ise, faillerden herhangi birinin tek başına haksız fiili işlediği takdirde yararlanabileceği bir hukuki imkândan sırf başkalarıyla beraber sorumlu olduğu için yararlanamayacak olmasının adaletsiz olacağıdır¹¹⁶⁹. Demek ki fail, sırf başkalarıyla birlikte sorumlu olduğu için zarardan tek başına sorumlu olsaydı ödeyeceği miktardan daha fazla tazminat ödeme zorunluluğunda bırakılmamalıdır. Ayrıca bir borçta ne kadar borçlu varsa o kadar bağımsız borç vardır. Buna göre de kişisel defilerin dış ilişkide dikkate alınması gerekmektedir¹¹⁷⁰. İlâveten, hafif kusurlu borçluyu dış ilişkide tam tazminata mahkûm ettikten sonra sorunu iç ilişkide çözmesini beklemek hakkaniyete uygun değildir ve hatta yanıltıcı olabilir¹¹⁷¹. Buna göre, bireysel indirim sebeplerinin uygulanması neticesinde farklı miktarlarda birden çok borç mevcut olabilecektir. Bu durumda, en düşük edim miktarınca teselsül söz konusu olur¹¹⁷².

3.6.1.2.2. İsviçre Hukukundaki Yaklaşım

Bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceğini savunan yazarlara göre teselsül, kişinin şahsen sorumlu olduğu miktarla sınırlıdır, ortak asgari miktara kadar teselsül vardır. Kimse, tek başına olduğundan daha kötü durumda olmamalıdır aksi

¹¹⁶⁷ **Tekinay**, s. 208.

¹¹⁶⁸ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 842; **Tekinay**, s. 209; **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 38.

¹¹⁶⁹ **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 38; **Tekinay**, s. 209. Tekinay'a göre, ortak kusurdan dolayı teselsülde kişisel defilerin ileri sürülemeyeceği düşüncesinin hiçbir yasal dayanağı bulunmamakta bu durum teselsüle hukuken sahip olmadığı bir sonucu bağlamak demektir. Bu ise başkasının kusurundan dolayı sorumluluk, bir diğer deyişle kusursuz sorumluluk anlamına gelmektedir. **Tekinay**, s. 210.

¹¹⁷⁰ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 843; **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 39.

¹¹⁷¹ **Tekinay**, s. 213; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 843; **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 39.

¹¹⁷² **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 39.

takdirde nedensellik bağının aranmadığı bir sorumluluk yaratılmış olur¹¹⁷³. Dolayısıyla bireysel indirim sebepleri hem tam teselsülde hem eksik teselsülde ileri sürülebilir.

Bireysel indirim sebeplerinin tam teselsülde ileri sürülemeyeceği eksik teselsüldeyse ileri sürülebileceği de savunulmuştur¹¹⁷⁴. Bu görüşe göre, İBK m. 50'de de uygulanacak İBK m. 144 hükmü, bireysel indirim sebeplerinin tam teselsülde ileri sürülmesine izin vermemektedir¹¹⁷⁵; aksi takdirde müteselsil sorumluluk anlamını ve amacını yitirir¹¹⁷⁶.

Bu görüşlere ek olarak, bireysel indirim sebeplerinin hem tam teselsülde hem de eksik teselsülde ileri sürülemeyeceği savunulmaktadır. İsviçre doktrininde bazı yazarlar bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesini hem tam teselsül hem eksik teselsülde reddederler¹¹⁷⁷. Bu görüşe göre, teselsülün her yumuşatılması, kanun koyucunun ana düşüncesine aykırıdır. O nedenle bireysel indirim sebepleri eksik teselsülde bile ancak somut olayda aksi durum haksızlığa sebebiyet verecekse dikkate alınabilir.

İsviçre doktrininde hâkim görüş, tam teselsül-eksik teselsül ayrımının kaldırılması ve İBK m. 51/2'nin sadece rücuyla ilişkin olması gerektiği yönündedir¹¹⁷⁸. Bu çözüm, hem uygulanabilirliği hem de kanunun Fransızca ve İtalyanca metinleri ile de desteklenmektedir¹¹⁷⁹.

3.6.1.2.3. Türk Borçlar Kanunu Dönemindeki Yaklaşım

TBK'da, eBK'daki tam teselsül- eksik teselsül ayrımı kaldırılmış, her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip aynı hükümlere tabi tutulmuştur. Bu gelişme

¹¹⁷³ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §10, N. 33; **Schwenzer**, N. 88.19; **Honsell/Isenring/Kessler**, §11 N. 20. Aksi görüş için bkz. **Huguenin**, N. 2023. Huguenin'e göre ise, bu argüman isabetsiz olup sorun iç ilişkide çözülecektir.

¹¹⁷⁴ **Huguenin**, N. 2023; **Fellmann/Kottmann**, N. 2906-2907; **Werro**, *Commentaire romand*, Intro. art. 50-51, n. 25.

¹¹⁷⁵ **Fellmann/Kottmann**, N. 2906-2907.

¹¹⁷⁶ **Huguenin**, N. 2025.

¹¹⁷⁷ **Graber**, Christoph K., *Basler Kommentar*, 2013, Art. 51, N. 9; **Brehm**, *Berner Kommentar*, Art. 50, N. 43vd., Art. 51, N. 27 vd.

¹¹⁷⁸ **Honsell/Isenring/Kessler**, §11 N. 13; **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §10 N. 14.

¹¹⁷⁹ **Honsell/Isenring/Kessler**, §11 N. 13.

doktrinde farklı şekilde karşılanmış bazı yazarlarca isabetli bulunmuş¹¹⁸⁰; bazı yazarlarca eleştirilmiştir¹¹⁸¹.

TBK’da tam teselsül-eksik teselsül ayrımı kaldırılmış olmakla beraber, doktrinde bazı yazarlarca şu şekilde bir ayırım yapılarak bu ayırımın varlığı sürdürülmektedir: Bir görüşe göre, (ortak kusurda) sorumlulardan birinin hafif kusurlu olması, o sorumlunun zarar görene karşı sorumluluğunun azalmasına yol açmaz¹¹⁸². Müteselsil borçlulardan her biri, ortak kusur sebebiyle bütün oluşturan olguda diğerlerinin davranışlarının sonuçlarından da sorumludur; müteselsil sorumlulardan en ağır kusurlu olanın kusur derecesi, hepsi açısından dış ilişkide nazara alınabilir¹¹⁸³. Yine aynı yönde düşünen *Nomer*’e göre, müteselsil borçlulukta, borçluların farklı tutarlarda borçlu olması mümkündür ve bir boşluk olduğu kabul edilerek, ortak kusur hali dışında, sorumlulardan her biri hakkında, kendisi açısından tazminatta indirimi gerektiren sebeplerin dikkate alınacağını kabul etmek uygun bir çözüm tarzı olacaktır¹¹⁸⁴.

TBK Tasarısında müteselsil sorumluluğa ilişkin olarak şöyle bir düzenleme yer almakta idi (m. 60 f. 2): “*Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarı ile sınırlıdır.*”¹¹⁸⁵ Ancak Meclis Adalet Komisyonu bu hükmü müteselsil sorumluluk esaslarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle metinden çıkarmıştır¹¹⁸⁶. Komisyon gerekçesi, “*Tasarının 60ıncı maddesinin son*

¹¹⁸⁰ **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 32.

¹¹⁸¹ **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleştiriler: Rapor, Ankara 2008, s. 28-32. Yazara göre, ortak kusurlarıyla zarar sebebiyet veren kişiler ile çeşitli hukuki sebeplerle sorumlu tutulan kişilerin durumları ve iç ilişkileri aynı değildir.

¹¹⁸² **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 296.

¹¹⁸³ **Oğuzman/Öz**, C.: II, s. 296.

¹¹⁸⁴ **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 202.

¹¹⁸⁵ “*Müteselsil sorumluların yükümlü tutulacakları tazminat miktarının üst sınırına ilişkin Tasarının 60 ıncı maddesinin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen yeni bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, her bir müteselsil sorumlunun yükümlü tutulacağı tazminat miktarı, tek başına sorumlu olması durumunda yükümlü tutulacağı tazminat miktarından fazla olamaz. Bu yeni düzenlemeyle, müteselsil sorumlulardan her birinin, kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenlerin, dış ilişkide göz önünde tutulmasının hakkaniyete uygun olacağı kabul edilmiştir. Böylece, her bir müteselsil sorumlunun kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenleri, sadece iç ilişkide diğer sorumlulara karşı ileri sürmesi yerine, bunu dış ilişkide zarar görene karşı da ileri sürme olanağı sağlanmıştır.*” **Koç**, Nevzat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.: 6, S.: 12 Güz 2007/2, (s. 71-147) s. 97.

¹¹⁸⁶ **Nomer**, Haluk Nami, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler (Derleyen: Murat M. İnceoğlu), İstanbul 2012, (s. 53-60) s. 57.

fıkrası, zincirleme sorumluluğun hukuki yapısına ilk başta aykırı görüldüğü ve uygulamada sorun doğurmaya elverişli bulunduğu için madde metninden çıkarılmış ve teselsül nedeniyle 61 incele madde olarak kabul edilmiştir.” şeklindedir¹¹⁸⁷.

Bu fıkranın kanunlaşan TBK metninde yer almaması bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülemeyeceği anlamına gelip gelmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Her ne kadar tarihsel yorum, kanun koyucunun bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmemesi yönünde bir tercihte bulunmuş olduğu biçiminde bir görüşe dayanak teşkil edebilecek olsa da; lafzi, amaçsal ve sistematik yorumla bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceği pekala kabul edilebilir¹¹⁸⁸. Öncelikle bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülemeyeceğine dair pozitif hukukta bir dayanak bulunmamaktadır¹¹⁸⁹. Ayrıca müteselsil borçluluğu açıklayan yeni hâkim görüşe göre her bir sorumlu ile zarar gören arasında ayrı bir borç ilişkisi vardır. Sorumlulardan herhangi birinin haksız fiili tek başına işlediği takdirde yararlanabileceği bir hukuki imkândan sırf başkalarıyla beraber sorumlu olduğu için yararlanamayacak olmasının adaletsiz olacağı ve hafif kusurlu borçluyu dış ilişkide tam tazminata mahkûm ettikten sonra sorunu iç ilişkide çözmesini beklemenin yanıtıcı olabileceği gerekçeleri hâlâ geçerliliklerini korumaktadır. Bu nedenle bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceği, dolayısıyla failin hafif kusurunun dış ilişkide indirim sebebi teşkil edebileceği kanaatindeyiz.

3.6.2. Müteselsil Sorumlulukta İç İlişkide Kusurun Etkisi

3.6.2.1. Genel Olarak

Müteselsil sorumlulukta iç ilişkide kusurun etkisi denince akla iki husus gelmektedir. Bunlardan ilki, rücu sırasının nasıl belirleneceği ve sorumlu kişinin kusurlu olmasının rücu sırasına etkisidir. İkincisi ise, rücu sırasının belirlenmesinin ardından sorumluluğun paylaşılmasında kusurun etkisidir. Belirtmek gerekir ki, iç ilişkide

¹¹⁸⁷ **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 41-42. Kılıçoğlu da hem bu fıkra ile getirilmek istenen düzenlemeyi hem tam teselsül-eksik teselsül ayrımının kaldırılmasını eleştirmiştir. **Kılıçoğlu**, Eleştiriler, s. 28-32.

¹¹⁸⁸ **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 42.

¹¹⁸⁹ **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 42.

dikkate alınan kusur, zarar verenin kişisel kusurudur. Aksi kanunda açıkça öngörülmedikçe, iç ilişkide yardımcı kişinin kusuru, sorumlu kişiye izafe edilmez, bir diğer deyişle, kişinin kendi kusuru olarak dikkate alınmaz^{1190.7}

3.6.2.2. Müteselsil Sorumlulukta İç İlişkide Rücu Sırası

3.6.2.2.1. Eski Borçlar Kanunu Döneminde Rücu Sırasına İlişkin

Doktrindeki Görüşler

Öncelikle, gerek eBK gerek TBK uyarınca iç ilişkide teselsülün söz konusu olmadığına dikkat çekmek gerekir¹¹⁹¹. Tam teselsülde sorumlular arasında rücutun nasıl olacağını hâkim, takdir eder¹¹⁹². Hâkim, bu hususta, sorumlulardan her birinin kusurunun ağırlık derecesini ve zararın meydana getirilmesinde bilhassa kimin menfaati bulunduğunu dikkate alır.

Eksik teselsülde iç ilişkide rücu sırasına ilişkin olarak eBK m. 51’de ilk sırada kusur sorumlusunun, ikinci sırada sözleşme uyarınca sorumlu kişinin, en son sırada ise diğer sorumluluk hallerine göre sorumlu olan kişinin yer alacağı öngörülmüştü. Ancak kusursuz sorumluluk hali öngörülen kimsenin ek kusuru varsa ilk sırada o yer alacaktı¹¹⁹³.

Doktrinde bu hükümden ayrılmada çekingen davranılması gerekip gerekmediği tartışmalıydı. Bir görüşe göre, hükümdeki sıranın esas itibarıyla adalete uygun olması sebebiyle hâkimin mümkün mertebe çekingen davranması gerekir iken¹¹⁹⁴, bir başka görüşe göre bu sıra yol gösterici nitelikte bir sıra olup hâkim bu sıradan ayrılabilirdi¹¹⁹⁵. Hâkim somut olayın özelliklerine göre rücu sırasını serbest bir biçimde belirleyebilmelidir.

¹¹⁹⁰ Stark, N. 998; Eren, Borçlar Hukuku, s. 847; Nomer, Maddi Tazminat, s. 185.

¹¹⁹¹ Brehm, Berner Kommentar, Art. 50, N. 89; Honsell/Isenring/Kessler, §11 N. 30; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 392; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 593; Kapancı, Birlikte Borçluluk, s. 522.

¹¹⁹² Stark, N. 1001; Kapancı, Birlikte Borçluluk, s. 34.

¹¹⁹³ Tandoğan, Mes’uliyet, s. 387. Nomer, Maddi Tazminat, s. 185.

¹¹⁹⁴ Tandoğan, Mes’uliyet, s. 389.

¹¹⁹⁵ Fezyioğlu, s. 531.

3.6.2.2.2. İsviçre Hukukunda Rücu Sırasına İlişkin Yaklaşım

Bu husus İsviçre doktrininde de tartışmalıdır. İsviçre'deki hâkim görüşe göre, İBK m. 51/2'deki rücu sırası bugünkü sebep sorumluluğu anlayışına uymamaktadır¹¹⁹⁶. Bu hususta, tehlike sorumluluğu örnek verilebilir. Tehlike sorumluluğu, İsviçre Borçlar Kanununun yapıldığı sırada, 1911'de bulunmuyordu. Bu nedenle İsviçre hukukunda günümüzdeki rücu sırasının bu husus dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade olunmuştur. Demek ki, tehlike sorumlusu, iç ilişkide her zaman zararın bir kısmına katlanır¹¹⁹⁷; zararın hepsi kusur sorumlusuna kalmaz. Bu görüşe göre, sebep sorumlusu, bazı durumlarda zararın tamamını değil büyük kısmını kusur sorumlusuna veya sözleşme sorumlusuna rücu edebilmelidir¹¹⁹⁸. Hâkim, rücu sırasına ilişkin olarak İBK m. 51/2'deki aşamalı şemaya uymak zorunda olmayıp her bir somut olayda, koşullara göre rücu sırasını serbestçe belirleyecektir¹¹⁹⁹. Rücu sırasına ilişkin olarak, özellikle adam çalıştıranın hafif kusurlu çalışana rücu etmesi eleştirilmektedir.

İç ilişki nasıl belirlenmesie gerektiğine gelince, müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişki de pasta yöntemi uyarınca, her bir sorumlunun sorumluluk sebebinin ağırlığına göre belirlenmelidir¹²⁰⁰. Pasta yöntemini hatırlatmak gerekirse bu yöntem uyarınca zararın uygun sebebinin oluşturduğu tüm sebepler zararın bölüştürülmesinde dikkate alınır ve her bir tazminat sorumlusu tarafından katlanılacak pay koşullara göre belirlenmelidir¹²⁰¹. Buna göre, zararın meydana gelmesinde rol oynayan tüm hukuki sebepler bir pasta oluşturur ve her bir sebebe, sorumluluk temelinin ağırlığına göre pay verilir¹²⁰². Pasta yönteminde önemli bir nokta şudur¹²⁰³: Belirleyici olan sebebiyet verme oranı değildir. Aksine sorumluluk temelinin ağırlığıdır. Bu da meşruiyetini o sorumluluk sebebinin kanun koyucu tarafından kabul edilmesinden alır.

¹¹⁹⁶ **Fellmann/Kottmann**, N. 2931.

¹¹⁹⁷ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §10 N. 51; **Fellmann/Kottmann**, N. 2946.

¹¹⁹⁸ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §10 N. 67.

¹¹⁹⁹ **Roberto**, N. 555; **Fellmann/Kottmann**, N. 2935; **Honsell/Isenring/Kessler**, §11 N. 34-35. Honsell/Isenring/Kessler'e göre, hâkim bu rücu sırasını göz önünde bulundurur ancak özellikle çok farklı ve kompleks durumlarda bu basit şemaya uymak zorluk çıkarır.

¹²⁰⁰ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §10 N. 74; **Fellmann/Kottmann**, N. 2936.

¹²⁰¹ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §10 N. 65

¹²⁰² **Fellmann/Kottmann**, N. 2936.

¹²⁰³ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §10 N. 24, 30.

Bu bilgiler ışığında iç ilişkide rücu sırasına ilişkin olarak şunlar söylenebilir¹²⁰⁴: Kural olarak İBK m. 51/2'deki rücu sırasına riayet edilir. Bununla beraber, hükümde geçen “*in erster Linie*”- “*ilk sırada*” ifadesi münhasıran anlamına gelmez; aksine payların dağıtımında kusur sorumlusuna özel ağırlık verileceği biçiminde anlaşılmalıdır.

3.6.2.2.3. Türk Borçlar Kanunu Döneminde Rücu Sırasına İlişkin

Doktrindeki Görüşler

TBK m. 62/1'e göre, “*Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.*”¹²⁰⁵ Hükümde yer alan “*yarattıkları tehlikenin yoğunluğu*” ifadesi ile kastedilen, müteselsil sorumluların davranış, faaliyet veya işletmelerinin zararlı sonucun doğmasındaki etkinlik ve elverişlilik derecesi, kısacası zarar vermeye elverişlilik derecesidir¹²⁰⁶.

TBK m. 62 hükmüyle eski rücu sırasının kaldırılıp kaldırılmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır:

Oğuzman/Öz'e göre, eBK m. 51/2'deki eksik teselsül ile getirilen iç ilişkideki rücu sırası kaldırılmıştır¹²⁰⁷. Artık müteselsil sorumluluk türlerine göre farklı rücu hükümleri bulunmamaktadır. TBK m. 62/1'e göre rücu sırası, durumun, kusurun ve yaratılan tehlikenin derece ve özelliklerine göre tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır. Gerek birlikte haksız fiil işleyerek zarara sebep olanlar gerek farklı sebeplerle zarardan sorumlu olanlar için rücu sırası ve oranlar, hâkim tarafından belirlenecektir. Buna göre kusursuz sorumlu olan yapı maliki, hafif kusurlu haksız fiil failine göre zarara daha fazla katlanabilecektir.

¹²⁰⁴ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §10 N. 50.

¹²⁰⁵ Bu hüküm İsviçre Ön Tasarısı m. 53c'den alınmıştır.

¹²⁰⁶ **Eren**, *Borçlar Hukuku*, s. 845; **Nomer**, *TBK Sempozyumu*, s. 59. Nomer, Yargıtay kararlarında geçen “*birlikte sebebiyet verme oranı*” ifadesinin aynı anlama geldiğini belirtmektedir.

¹²⁰⁷ **Oğuzman/Öz**, *C.: II*, s. 298.

Nomer'e göre, eski rücu sırasının en önemli uygulama halleri olan eBK m. 55 ve 56'daki- rücu sıraları saklı tutulduğundan (TBK m. 66/4 ve TBK m. 67/3) sistemde bir değişiklik olmamıştır¹²⁰⁸.

Kapancı'ya göre, hüküm hem aynı sebepten hem de farklı sebeplerden dolayı müteselsil sorumlulukta rücu düzenlemekle beraber, hükmün uygulanmasında aynı sebep ve farklı sebep ayrımı yapılmalı ve şu şekilde bir yol izlenmelidir¹²⁰⁹: Aynı sebepten dolayı müteselsil sorumluluk halinde rücu ilişkisinin belirlenmesinde, sırasıyla, failerin zarardan yararlanma oranı, kusur oranları ve zarara sebep olunma derecesine bakılmalıdır. Ancak bu ölçütlerin hepsi birlikte değerlendirilerek sonuca varılmalıdır. Farklı sebepten dolayı müteselsil sorumluluk halinde ise, rücu ilişkisinin belirlenmesinde eBK m. 51/2'deki rücu sırasından yararlanılacaktır. Yol gösterici olan bu sıralamaya göre, nihai sorumluluğu kusur sorumlusu, onun olmadığı ihtimalde sözleşme sorumlusu, onun da olmadığı takdirde sebep sorumlusu taşıyacaktır. Her ne kadar, TBK m. 62 farklı sebepten sorumlu kişiler arasında böyle bir sıra öngörmemiş olsa da, eBK m. 51'deki sıranın kabul edilmesi "akılcı" olacaktır¹²¹⁰. Bunun gerekçeleri ise, sorumluluk hukuku sistemimizin kusur esasına dayanması ve TBK m. 66 ve TBK m. 67'de aynı sistemin muhafaza edilmesidir. Ancak yazara göre, hâkim takdir yetkisini kullanarak farklı çözüme ulaşabilir.

Kırca'ya göre, iç ilişkide sorumluluk hâkim tarafından bütün durum ve koşullar göz önünde tutularak paylaşılacaktır¹²¹¹. Yazara göre, farklı sebeplerle aynı zarara sebebiyet verilmesi durumunda iç ilişkide eBK'dan farklı bir paylaşım düzeni kabul edilmiştir¹²¹². Rücu hususunda hâkime geniş bir takdir yetkisi veren bu hükme göre, kusur sorumluluğunun mevcut olduğu durumlarda kusurun ağırlığına göre, sebep sorumluluğunun mevcut olduğu durumlarda ise sebep olma oranlarına göre sorumluluk

¹²⁰⁸ **Nomer**, TBK Sempozyumu, s. 60.

¹²⁰⁹ **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 523, dn. 2223. *Kapancı*'ya göre, "Aslına bakılacak olursa bu görüşün önerdiği çözüm, kesin bir kıstas önermemekte, bu konuda hâkimin takdir yetkisine sahip olacağını belirtmekle yetinmektedir. Aslında aşağıda savunduğumuz düşünce de, hâkimin bu takdir yetkisinin sistemdeki prensipler üzerinden doldurulmasıdır. Dolayısıyla ilk bakışta farklı gözükse de, bu iki düşünce bağdaştırılabilir."

¹²¹⁰ **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 527.

¹²¹¹ **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 35.

¹²¹² **Kırca**, TBK Sempozyumu, s. 34.

paylaştırılır. Paylaştırmada yaratılan tehlikenin ağırlığı ve haksız fiilin kimin menfaati için işlendiği dikkate alınır. Paylaştırmada sorumluluğun mutlaka kusur sorumlusuna bırakılması gibi bir kural söz konusu olmayıp zararın bir kısmı tehlike sorumlusunun üzerinde de kalabilir.

Kılıçoğlu'na göre ise, TBK m. 62, eBK m. 50 ve 51'i tek madde haline getirmiş, TBK m. 62/2'de hem tam hem eksik teselsül halinde halefiyetin varlığını kabul etmiş ve eksik teselsüldeki rücu sırasını kaldırmıştır. Bu nedenle tam teselsül-eksik teselsül ayrımının bir önemi kalmamıştır¹²¹³. Bununla beraber, eBK m. 50 ve 51'in rücu sırasına ilişkin düzenlemesi, somut olayın niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Yazara göre, kanun çeşitli sebeplerle müteselsil sorumlular arasındaki rücu sırasını kaldırmış olsa da "kusurun ağırlığı" ve "tehlikenin yoğunluğu" kıstaslarını zikretmek suretiyle, her ne kadar bir sıra içinde olmasa bile rücuda bu kıstaslara başvurulmasına izin vermektedir¹²¹⁴.

3.6.2.2.4. Değerlendirme ve Görüşümüz

Müteselsil sorumluluğa ilişkin eBK m. 51/2'deki eksik teselsül ile getirilen iç ilişkideki rücu sırası TBK'da kaldırılmıştır. Bu hüküm muhafaza edilmiş olsaydı bile, bu sıralamanın yol gösterici olduğu, hâkimin bu sıradan sapabileceği kabul edilmeliydi. Zira kusursuz sorumluluk hallerinin kanun koyucu tarafından öngörülme sebepleri ve özellikle tehlike sorumluluğunun özellikleri, bu sıralamaya sıkı sıkıya bağlı kalınması neticesinde adaletsiz sonuçlara sebebiyet verebilecek nitelikte idi.

Ancak TBK m. 62'de artık tam teselsül-eksik teselsül ayrımı kaldırıldığı gibi, eBK m. 51/2'de yer alan rücu sırasına da yer verilmemiştir. Buna göre, müteselsil sorumluluk türlerine göre farklı rücu hükümleri bulunmamaktadır. Hâkim, rücu sırasına ve oranını bütün durum ve koşulları, özellikle sorumlulara yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu dikkate alarak takdir yetkisine göre serbestçe belirleyecektir.

¹²¹³ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 594.

¹²¹⁴ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 593.

3.6.2.3. İhtimallere Göre İç İlişkide Kusurun Etkisi

Bu açıklamalar ışığında, hâkim rücu sırasına ilişkin olarak şu genel ilkelerden yararlanır:

Zarara aynı tür sebeple birlikte sebep olma durumu ile zarara farklı sebeple birlikte sebep olma arasında bir ayrım yapılır.

Zarara aynı tür sebeple birlikte sebep olma durumunda birden fazla kusur sorumlusu mevcut ise, kusurlu failler arasında rücu, kusur dereceleri göz önünde bulundurularak belirlenir¹²¹⁵.

Zarara aynı tür sebeple birlikte sebep olma durumunda olağan sebep sorumluluğu söz konusu ise, sebep sorumlularının hepsi ek kusurlu ise, rücu kural olarak ek kusurlarının oranına göre, hepsi (ek) kusursuz ise, sorumluluk sebebinin zararın doğumuna yaptığı katkı oranında; biri ek kusurlu, diğerleri (ek) kusursuz ise, ek kusurlu olan, kusuru oranında zarardan daha fazla pay üstlenir¹²¹⁶.

Zarara aynı tür sebeple birlikte sebep olma durumunda, tehlike sorumluluğu söz konusu ise, sorumluların hepsi ek kusurlu ise paylaşırma hem tarafların kusurlarının ağırlığı hem de yarattıkları tehlikeye göre yapılır. Bununla beraber, kusurun varlığı ve ağırlık derecesi işletme tehlikesini arttıran etkenlerden biri olduğundan kusurun ağırlığı ile tehlikenin yoğunluğunu kesin çizgilerle birbirinden ayırmak mümkün değildir; bu nedenle somut olayda iki ayrı değerlendirme yapılması gerekemeyebilir¹²¹⁷. Tehlike sorumlularının hepsi (ek) kusursuz ise tehlike derecesine göre; bazıları ek kusurlu, diğerleri (ek) kusursuz ise, ek kusurlu olan, kusuru oranında zararın daha fazlasına katlanır¹²¹⁸. Belirtelim ki ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu ile ek kusuru bulunmayan tehlike sorumlusu arasındaki paylaştırmada zararın tamamının ek kusuru

¹²¹⁵ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 390; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 845; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 193.

¹²¹⁶ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 846; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 194.

¹²¹⁷ **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 195.

¹²¹⁸ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 846.

bulunan tehlike sorumlusuna kalacağı söylenemez. Zararın bir kısmı yaratmış olduğu tehlike nedeniyle ek kusuru bulunmayan tehlike sorumlusu üzerinde kalacaktır¹²¹⁹.

Aynı zarara farklı sebeple birlikte sebep olma durumunda rücuyla ilişkin genel ilkelerse şu şekildedir:

Ek kusuru bulunan olağan sebep sorumlusu ile kusur sorumluluğu uyarınca sorumlu kişi arasındaki paylaştırma, kural olarak kusurlarının ağırlığına göre yapılır¹²²⁰. Buna karşın, ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu ile kusur sorumlusu arasındaki paylaştırma, sadece kusurlarının ağırlığına göre yapılamaz¹²²¹. Tehlikenin ağırlığı dikkate alınır ve zararın büyük kısmı ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu üzerinde kalır. Yine, ek kusuru bulunmayan tehlike sorumlusu ile kusur sorumlusunun müteselsilen sorumlu olduğu bir durumda, zararın tamamı kusur sorumlusu üzerinde kalmaz, tehlike dikkate alınarak zararın bir kısmı tehlike sorumlusuna yükletilir¹²²².

Ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu ile ek kusuru bulunan olağan sebep sorumlusu arasındaki paylaştırma da, sadece kusurların ağırlığına göre yapılamaz, tehlikenin ağırlığı dikkate alınır ve zararın büyük kısmı ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu üzerinde kalır¹²²³.

Birden fazla kusursuz sorumluluk hali var ve ek kusur yoksa, -örneğin, birden fazla olağan sebep sorumluluğu doğuran olaydan dolayı sorumluluk paylaşımı, birden fazla tehlike sorumluluğu doğuran olaydan dolayı sorumluluk paylaşımı ya da ek kusuru bulunmayan olağan sebep sorumlusu ile ek kusuru bulunmayan tehlike sorumlusu arasındaki paylaştırma- sorumluluğu doğuran olayın yarattığı tehlikenin ağırlığına göre yapılır¹²²⁴. Bu durumda olağan sebep sorumlusu ile tehlike sorumlusu arasındaki paylaştırma tehlikenin yoğunluğuna göre yapılır. Böyle bir durumda tehlike sorumluluğu doğuran olayın yarattığı tehlike daha büyük olduğundan zararın büyük kısmı tehlike sorumlusu üzerinde kalacaktır.

¹²¹⁹ **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, §10 N. 51; **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 196.

¹²²⁰ **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 194.

¹²²¹ **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 194.

¹²²² **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 390.

¹²²³ **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 195.

¹²²⁴ **Tandoğan**, *Mes'uliyet*, s. 390; **Eren**, *Borçlar Hukuku*, s. 848; **Nomer**, *Maddi Tazminat*, s. 199.

3.6.2.4. Adam Çalıştırmanın Çalışana Rücunu Düzenleyen TBK m. 66/4'e İlişkin Olarak

Rücu sırasına ilişkin olarak dikkat çeken bir diğer husus ise adam çalıştırmanın çalışana rücu meselesidir. TBK m. 66/4'te, adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, adam çalıştırıcı, ödediği tazminat için zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir. Bu hükmün nasıl anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

Öncelikle, bu durum birden fazla kişinin aynı zarardan çeşitli sebeplerle müteselsil sorumluluğu anlamına gelmekte olup bu husus, TBK m. 61'de düzenlenmiş olmasına karşın TBK m. 66/4'te tekrar vurgulanmıştır¹²²⁵.

Doktrinde bu hüküm uyarınca rücu hakkının doğması için çalışanın kusurlu bir fiille zarar vermiş olması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, hükümde yer alan “*bizzat sorumlu olduğu ölçüde*” ifadesi ile kastedilen, çalışanın kusurudur¹²²⁶. Bir görüşe göre, rücu, çalışanın da kusurunun bulunduğu ölçüde mümkün olup, ancak kusur oranında yapılabilir¹²²⁷. Kanaatimizce, adam çalıştırıcının çalışana sadece çalışanın kusuru nedeniyle değil, çalışanın başka bir sebeple sorumlu olması durumunda da rücu edebilmesi mümkündür. Ayrıca hüküm emredici nitelikte olmayıp TBK m. 115'teki sınırlamalara riayet etmek koşuluyla, sorumsuzluk anlaşması yapılabilir.

Adam çalıştırıcının, her durumda kusurlu çalışana ödediği zararın tamamını rücu edip edemeyeceğine gelince, TBK m. 66/4, müteselsil sorumluluğa ilişkin genel ilkenin uygulama alanı olduğundan, somut olayın koşulları aksini gerektiriyorsa bu sıradan ayrılabilir¹²²⁸.

¹²²⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 440.

¹²²⁶ Sanlı, Kerem Cem, “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler (Derleyen: Murat M. İnceoğlu), İstanbul 2012, (s. 61-85) s. 68.

¹²²⁷ Eren, Borçlar Hukuku, s. 652. eBK m. 55'te “*ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde*” ifadesi yer almamaktaydı. Ancak bu durum doktrinde çeviri hatası olarak nitelendirilerek aynı sonuca ulaşılmaktaydı. Bkz. Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 72.

¹²²⁸ Aynı yönde bkz. Nomer, TBK Sempozyumu, s. 59.

İsviçre doktrininde de rücu sırasına ilişkin olarak, özellikle adam çalıştırmanın hafif kusurlu çalışana rücu etmesi eleştirilmektedir. Ancak bu hüküm doktrince şu şekilde yumuşatılmaya çalışılmıştır¹²²⁹: İBK m. 55-56-58'de yer alan kusursuz sorumluluk halleri zaten karineten kabul edilen bir özen ihlali olduğu için kusur sorumluluğuna karşı ayrıcalıklı olarak değerlendirilmemelidir. Buna göre, olağan sebep sorumluluğu ile kusur sorumluluğu aynı kategoride –birinci kategoride- dolayısıyla aynı sırada yer almalıdır. Rücu sırasına hâkim takdir yetkisini kullanarak karar vermelidir.

Kanaatimizce TBK m. 62 hükmü sayesinde böyle zorlama bir çözüme başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Buna göre, hâkim, somut koşullar uyarınca adam çalıştırmanın zararın sadece bir kısmı için hafif kusurlu çalışana rücu etmesini öngörebilir. Bu hususta karşılaştırmalı hukuktan bir örnek verecek olursak, Avusturya hukukunda İşverenin Sorumluluğu Kanununa göre işçi, hizmetin ifası sırasında üçüncü kişiye zarar verirse ve işveren bundan dolayı sorumlu olursa, işçi zarara mazur görülebilir ihmali¹²³⁰ ile sebep olmuşsa bu durumda işveren işçiye rücuda bulunamaz¹²³¹. Kanaatimizce, Avusturya hukukunda olduğu üzere kanunda açıkça öngörülmediği sürece adam çalıştırmanın çalışana rücu edemeyeceği sonucuna varılamaz ancak somut olayın koşullarının haklı göstermesi halinde, çalışanın kusurunun hafifliğine göre rücu oranı azalabilir.

¹²²⁹ Roberto, N. 554; Huguenin, N. 2017.

¹²³⁰ Terimin orijinali *entschuldbare Fehlleistung* olup bu terim İşverenin Sorumluluğu Kanununda geçmektedir. Terimi mazur görülebilir ihmal olarak çevirmeyi uygun gördük. Avusturyalı hukukçular bu terimi ifade etmek üzere Türkçeye en hafif ihmal olarak çevrilen *culpa levissima*'yı da kullanmaktadır.

¹²³¹ Aynı Kanunun 4. maddesinin 3. fıkrası.

SONUÇ

Türk Borçlar hukukunda kusur, sadece sorumluluğun doğumunda kurucu rol oynamakla kalmaz; aynı zamanda sorumluluğun kapsamının belirlenmesi ve paylaştırılmasında belirleyici etki doğurur. Kusur ilkesine yöneltile eleştirilere ve pek çok kusursuz sorumluluk halinin kabul edilmesine rağmen kusur sorumluluğu hâlâ kuraldır; çünkü bir olgunun kusursuz sorumluluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için sebep olma esası yeterli olmayıp kusur ilkesinden ayrılmaya neden ihtiyaç olduğunu gerekçelendiren başka esaslar da – hakkaniyet ya da tehlike esası gibi- aranır. Gerek kusurun sorumluluğun temelini oluşturması gerekse kusurun hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumluluk hallerinde tazminatın belirlenmesinde ve sorumluluğun paylaştırılmasında etkileyici rol oynaması nedeniyle haksız fiilde kusur kavramı açıklanmalı ve kusurun sorumluluğa etkisi somutlaştırılmalıdır.

Karşılaştırmalı hukukta haksız fiilde kusurun yeri incelendiği zaman şunlar dikkat çekmektedir: Hâkim kusur ölçüsü, objektifleştirilmiş kusur ölçüsüdür. Hem pek çok ülkede hem de Avrupa haksız fiil hukuku uyumlaştırma çalışmalarında kusurun belirlenmesinde objektifleştirilmiş ölçüye başvurulur. Sübjektif ölçünün kabul edildiği Avusturya hukukunda dahi bu ölçü bir miktar objektifleştirilmiştir. Türk/İsviçre hukukundan farklı olarak Almanya gibi bazı ülkelerde kusur ehliyeti için yaş sınırı öngörülmüştür. Almanya gibi bazı ülkelerde kusurun ağırlığının tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmasına izin veren bir hüküm yokken ve “*ya hep ya hiç*” ilkesi geçerliyken; Avusturya gibi diğer bazı ülkelerde kusurun ağırlığının tazminat miktarına nasıl etki edeceğine ilişkin kanuni düzenleme bulunmaktadır. Ayırt etme gücü bakımından da hukuk düzenleri arasında farklılıklar göze çarpmaktadır. Örneğin Avusturya gibi bazı ülkelerde ayırt etme gücü karinesine ilişkin olarak bir yaş belirlenmişken; Fransa’da objektif kusur görüşü tercih edilmiş ve böylece haksız fiil sorumluluğunun doğumu için ayırt etme gücü aranmamıştır. Böylece Fransa’da hukuka aykırılık, *faute* kavramının tek unsurunu oluşturur ve *faute*-kusur terimi ile ifade olunan aslında hukuka aykırılıktır.

Hukukumuz açısından kaynak olan İsviçre haksız fiil hukukunda da objektifleştirilmiş kusur ölçüsü uygulanmaktadır. Buna karşın Ön Tasarıda kusurun yeniden sübjektifleştirilmesi öngörülmüş ancak yoğun eleştirilerle karşılaşmıştır. OR 2020 Tasarısında ise haksız fiil sorumluluğunun unsurları, genel davranış yükümlülüğünün ihlali, zarar ve bunlar arasındaki nedensellik bağı olarak öngörülmüştür. Böylece kusur ve hukuka aykırılık unsurlarına ayrı ayrı yer veren Romanist hukuk geleneğinden ayrılarak hukuka aykırılık ve kusur kavramlarını içinde barındıran *faute* kavramına yer veren Fransız Medeni Kanununa yaklaşılmıştır.

Türk hukukuna bakıldığında, haksız fiil sorumluluğunun bir unsuru olarak düzenlenen ve TBK'da tanımlanmamış olan kusurun tanımını yapma ödevi doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamada da üzerinde görüş birliği bulunmayan kusur kavramını tanımlamak oldukça güçtür. Kusuru tanımlamak üzere çeşitli teoriler öne sürülmüştür. Türk Medeni Kanununun istisnalar hariç olmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiillerinin sonuç doğurmayacağına ilişkin 15. maddesi karşısında olan hukuk bakımından (*de lege lata*) objektif kusur teorisinin kabulü mümkün değildir. Olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) da objektif kusur teorisinin kabulü mümkün değildir. Çünkü kanaatimizce objektif kusur teorisinin kabulü, kusur kavramının terk edilmesi anlamına gelmektedir. Bu teori çerçevesinde kusur kelimesi lafız olarak zikredilmenin ötesine geçmemektedir. Böyle bir görüşün kabulü halinde esasen kusur, hukuka aykırılık anlamına gelmekte ve ilgili hukuk sisteminin kabul ettiği hukuka aykırılık görüşü çerçevesinde adeta bir kusursuz sorumluluk mevcut olmaktadır.

Kanaatimizce, haksız fiil hukukunun amacı aslen zararı giderme; ikincil olarak da zararı önlemedir. Hem faili zararı tazmin yükümlülüğü altına sokmanın meşru olabilmesi hem de haksız fiil hukukunun önleyici işlevinin uygulanabilir olması için failden uyması beklenen örnek davranışın objektif ölçülerle belirlenmesi ve örnek davranıştan sapmanın öngörülebilir ve önlenebilir nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca haksız fiil hukukunda ortada yer yer birbirine zıt düşen menfaatler bulunmakta olup bu menfaatler arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Hem zarar veren hem zarar gören hem de potansiyel zarar veren ve zarar görenlerle bunların yakınlarını içinde barındıran

toplumun menfaatleri – ki toplumun dirlik ve düzen içinde yaşama yönünde menfaati bulunmaktadır – dikkate alındığında; objektifleştirilmiş kusur teorisi, tüm ilgililerin menfaatlerine en uygun teori olarak görünmektedir. Objektifleştirilmiş kusur kavramı günümüzdeki anlayışa uygundur ve rüştünü ispatlamıştır. Bununla beraber, sübjektif kusur teorisiyle objektifleştirilmiş kusur teorisinin vardığı sonuçlar bir noktaya kadar birleşir. Sübjektif kusur teorisi tercih edildiği takdirde, pek çok durumda üstlenme kusuru kavramına başvurulacak ve objektifleştirilmiş kusur teorisiyle aynı sonuca varılacaktır. Üstlenme kusuru, bir kişinin gerekli nitelik ve yeteneğe sahip olmadığı halde, örneğin mesleki bilgi ya da özel yetenek gerektiren bir işi, yetersizliğini bilebilecek durumdayken üstlenmesi nedeniyle kusurlu addedilmesidir. Öte yandan, bazen objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca örnek davranış belirlenirken soyut tip o kadar detaylı belirlenir ki, failin kendisine tekabül eder. Dolayısıyla sübjektif kusur teorisiyle objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca yapılan kusur tespitlerinin bir diğeriyle birleşmesi nedeniyle görüşlerden hangisinin tercih edildiği uygulamaya gelindiğinde, teorik çerçeveleri nispetinde bir fark doğurmayacaktır.

Kusur unsurunun hem pozitif (ne olduğu) hem de negatif (ne olmadığı) bir biçimde tanımlanabilmesi ve nihayetinde efradını cami ağıyarını mâni bir şekilde sınırlarının çizilebilmesi için aynı zamanda kusurun haksız fiilin diğer unsurları ile olan ilişkisi ortaya konulmalıdır. Kusur ile hukuka aykırılık unsurları, haksız fiilin birbirleriyle çok yakın ilişki içinde bulunan iki unsurdur. Hukuka aykırılık- kusur ilişkisinde tartışmalı olan bir husus, hukuka aykırılığın kusurun ön koşulu olup olmadığıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hukuka aykırılık, kusurun ön koşuludur. Fail zaten hukuka uygun davranmışken failin başka türlü davranmasının mümkün olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur.

Hukuka aykırılık kavramından ne anlaşıldığına göre hukuka aykırılık ve kusur arasındaki ayrım, kolaylıkla yapılabileceği gibi silikleşebilir de. Kusur unsuru perspektifi açısından bakıldığında, denilebilir ki, sübjektif kusur teorisi uygulanacak olursa, hukuka aykırılığın tespitinde sübjektif hukuka aykırılık, objektif hukuka aykırılık ya da üçüncü hukuka aykırılık teorilerinden hangisinin tercih edildiği, sübjektif olarak belirlenmesi planlanan kusurun tespiti açısından bir farklılık meydana getirmez.

Öte yandan objektifleştirilmiş kusur teorisi kabul edildiği takdirde, hukuka aykırılıktan ne anlaşıldığı kusuru doğrudan etkileyecektir. Bu durumda örnek davranıştan sapma/özen yükümlülüğünün ihlalinin hukuka aykırılık unsuru içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, bir diğer deyişle, bir kıstasın iki defa incelenip incelenmeyeceği meselesi gündeme gelecektir. Somut olayın koşullarında objektifleştirilmiş kusur ölçüsü uyarınca tespit edilecek olan soyut ve örnek davranışın, hukuka aykırılığın tespitinde başvurulacak olan davranış kuralı ile çakışması mümkündür. Bununla beraber, bu her zaman böyle bir çakışmanın meydana geleceği anlamına gelmez. Bu nedenle kavramsal ayırımın kaldırılmasına ilişkin argümanlar isabetli değildir. Ancak bu durum, aynı kıstasın haksız fiilin iki unsurunda araştırılmasının teorik olarak uygun görüldüğü anlamına gelmemekte; sadece kusur ölçüsünün objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca farklı şekillerde belirlenebilmesi ihtimalinden kaynaklanabilecek olan pratik bir sonuç teşkil etmektedir. Kusur- hukuka aykırılık ayırımının etkilediği bir diğer sorun tehlike ilkesine ilişkindir. Tehlike ilkesinin ihlalinin, bir diğer deyişle, güvenlik önlemi alma yükümlülüğüne aykırılığın hukuka aykırılık mı yoksa kusur tespitinde mi kullanılacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce tehlike ilkesine hem hukuka aykırılığın hem de kusurun tespitinde başvurulabilir.

Kusurun yakın ilişki içinde olduğu bir diğer haksız fiil unsuru ise nedensellik bağıdır. Öngörülebilirlik, haksız fiilin hem nedensellik bağı hem de kusur unsurunda mevcuttur ancak iki unsurdaki öngörülebilirlik belirli açılardan farklıdır. Öncelikle nedensellik bağında öngörülebilirlik *ex post*, kusurdaki öngörülebilirlik ise *ex ante* değerlendirilir. Ayrıca nedensellik bağında öngörülebilirlik tek başına değerlendirilir ve olasılık skalasında sabit bir noktaya tekabül eder. Buna karşın kusurdaki öngörülebilirlik, bir değişken olup diğer değişkenlerle içinde bulunduğu etkileşim göz önünde bulundurularak değerlendirilir.

Kusur-nedensellik bağı ilişkisinin özellik arz ettiği bir diğer husus ise nedensellik bağının kesilmesine ilişkindir. Doktrinde zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru (ve de mücbir sebep) nedensellik bağını kesen sebepler olarak kabul edilmektedir. Öncelikle, kanaatimizce nedensellik bağının kesilmesi kavramı isabetsiz ve terk edilmesi gereken bir kavramdır. Bu durumda nedensellik bağını kestiği ifade

edilen olgular, aslında gerçek nedensellik bağının kurulduğu olgulardır. Belirtmek gerekir ki, hem nedensellik bağının kesilmesi için zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ya da mücbir sebebin aranacağı hem de ek kusurun nedensellik bağının kesilmesine engel olacağı görüşünün temelinde KTK m. 86 hükmü yer almaktadır. Tehlike sorumluluklarının düzenlenme gerekçeleri ve cevap vermeye çalıştığı ihtiyaç düşünüldüğünde, tehlike sorumluluklarında nedensellik bağının kesilmesine ilişkin sınırlayıcı bu düzenlemeler tüm haksız fiil sorumluluğuna teşmil edilmemelidir. Kanaatimizce, nedensellik bağının kesilmesi tespitinde zarar görenin/üçüncü kişinin kusuru değil, zarar görenin/üçüncü kişinin fiili esas alınmalıdır. Aksi görüşün kabulü halinde uygun nedensellik bağının aranmadığı yeni bir sorumluluk türü yaratılmış olacaktır.

Kusur ile haksız fiilin bir diğer unsuru olan zarar arasındaki ilişki değerlendirildiğinde, TBK m. 49/2 hükmüne başvurabilmek için kasıt aranmakla beraber, haksız fiilde kusur sorumluluğunun doğumu için kusurun herhangi bir derecesi yeterli olup hafif ihmal dahi tam tazmin ilkesinin uygulanması neticesinde kural olarak zararın tamamının tazminini gerektirecektir. Kusurun derecesi tazmin edilecek zararın niteliği ve kapsamında bir değişikliğe sebebiyet vermez. Esasen haksız fiil sorumluluğunda hangi zararların tazmin edileceğini hukuka aykırılık unsuru belirler. Hukuka aykırılık ve kusur unsurları arasındaki sınır belirsizleştikçe kusurun zarar unsuru ile ilişkisinin önem kazandığından söz edilebilir.

Kusur ile haksız fiilin bir diğer unsuru olan fiil arasındaki ilişkiye gelince, kusurlu davranış yapma ya da yapmama biçiminde bir fiille gerçekleşebilir. Kusur-fiil ilişkisinde akla gelebilecek bir soru, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hareketlerinin fiil niteliği taşıyıp taşımayacağıdır. Kanaatimizce ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hareketleri de fiil kapsamında değerlendirilmelidir.

Haksız fiilin bir unsuru olarak kusurun, haksız fiilin diğer unsurlarıyla olan ilişkisini ortaya koyduktan sonra, kusurun kendi unsurlarına bakıldığında, ayırt etme gücü, kusurun sübjektif unsurunu, soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapma ise kusurun objektif unsurunu ifade eder. Ayırt etme gücü, kişinin işlem ve fiillerinin

niteliklerini ve sonuçlarını değerlendirip, bu değerlendirme uyarınca davranabilme yeteneği anlamına gelir ve nispi bir kavramdır. Türk/İsviçre hukukunda bir kimsenin hangi yaştan itibaren ayırt etme gücüne sahip olacağına dair bir düzenleme bulunmadığından kusur ehliyetine ilişkin olarak bir yaş sınırı bulunmamaktadır. Bununla beraber, erişkinler için ayırt etme gücünün varlığı karinesi bulunmaktadır. Küçüklere ilişkin olarak, aynı yaştaki küçüklerin normalde haiz olacağı ayırt etme gücünün varlığı karineten kabul edilir. İsviçre doktrininde ayırt etme gücünün derecelendirilip derecelendirilemeyeceğine ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. Kanaatimizce ayırt etme gücünün derecelendirilmesi söz konusu değildir, ayırt etme gücü ya vardır ya da yoktur. Ayırt etme gücünün derecelendirilmesi suretiyle ayırt etme gücü ve kusur kavramları birbirine karıştırılmakta ayrıca derecelendirilme suretiyle varılacak sonuçlara hâlihazırda yapılmakta olan kusur derecelendirilmesi ile zaten varılabilmektedir.

Kusurun objektif unsuruna gelince, katıldığımız teori olan objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca kusurun objektif unsurunu, failin davranışı bakımından soyut bir tipin davranışından sapma oluşturur. Failin kıyaslanacağı davranış, bizim deyişimizle “soyut ve ortalama tipin örnek davranışı”dır. Örnek davranışın belirlenmesinde öncelikle dışsal kıstaslar göz önünde bulundurulur. Bu amaçla başvurulacak başlıca dışsal kıstaslar; olayın gerçekleştiği yer ve zaman (zamansal ve mekânsal koşullar), faaliyetin türü ve özellikle faaliyetin tehlikeliliği, faaliyette bulunan kişinin sahip olması gereken uzmanlık, ilgililer arasındaki ilişkinin yakınlığı ya da aralarındaki özel güven ve de zararın meydana gelmemesi için önleyici ya da alternatif yöntemlerin mevcut olup olmadığı ve bu yöntemlerin maliyetidir.

Dışsal kıstasların bu şekilde bir çerçeveye oturtulabilmesine karşın, örnek davranışın tespitinde başvurulabilecek içsel kıstaslar – failin kişisel özellikleri- tartışmalıdır. Failin egemen olamayacağı gerek fiziksel gerek zihinsel özellikleri ile failin sahip olduğu uzmanlık, örnek davranışın belirlenmesinde dikkate alınır. Failin özel bilgi ve beceri sahibi olması, bir uzmanlığı bulunması durumunda bu husus örnek davranışın tespitinde dikkate alınır. Ayrıca bir kimsenin uzman olup olmaması bir yana, bir uzmanın

gerçekleştirdiği faaliyeti üstlenip üstlenmemiş olması da belirleyici olabilir. Bu durumda kişi, uzman kıstasına tabii olacaktır.

Kişinin örnek davranışı sergilemesine engel teşkil eden zihinsel ya da fiziksel yeteneksizliğinin bir mazeret olarak kabul edilebilmesi için bu durumun failin kendi davranışından kaynaklanmaması gerekir. Failin kişisel özelliklerini, varsa engellerini, nazara alarak hareket etmesi gerekmektedir. Kusurun belirlenmesinde salt sübjektif sebepler dikkate alınmaz. Dikkate alınmayacak bu sübjektif özelliklere örnek olarak alışkanlıklar, bilgisizlik, deneyimsizlik, karakter farklılığı, yorgunluk, dalgınlık, stres, eksik bilgi, unutkanlık, özel ya da mesleki kaygılar verilebilir.

Soyut ve ortalama tip belirlenirken failin yaşı hesaba katılmak suretiyle örnek davranışın belirlenmesinde yaş küçüklüğü dikkate alınır. Böylece çocuklar söz konusu olduğunda objektifleştirilmiş kusur ölçüsünden ayrılmaya gerek bulunmamaktadır. Yaşlılık da, insan yaşamının normal seyrinin bir parçası olup göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla beraber yaşı nedeniyle becerileri körelen kimse, bir davranış sergilerken bu durumu dikkate almak zorundadır, aksi takdirde kusurludur. Bu kural yaş ile ilgili olmayan engeller için de geçerlidir.

Objektifleştirilmiş kusur kavramının amacına hizmet etmesi, hakkaniyete uygun sonuç doğurması ve arzu edilmeyen sonuçların meydana gelmesinin engellenmesinde hâkimin takdir yetkisi önemli bir rol oynar. Kusur tespitinde esas alınacak soyut ve ortalama tipin örnek davranışının, hâkim tarafından dikkatle belirlenmesi gerekir. Hâkim, örnek davranışı belirlemede, dışsal ve içsel etkenlerden hiçbirini tek başına belirleyici olarak esas almayacak; tüm etkenleri (yer, zaman, faaliyetin niteliği, failin fiziksel engeli vd.) bir arada ve her bir etkenin bir diğeri ile olan etkileşimini göz önünde tutarak bir değerlendirmede bulunacaktır.

Örnek davranışın belirlenmesinde ayrıca failin içinde bulunduğu somut koşullar da dikkate alınmalıdır. Örneğin, mazeret olarak kabul edilmeyecek olan deneyimsizlik, somut olayın koşulları altında- acil durumda iş üstlenme zorunluluğu gibi bir sebeple- mazeret olarak kabul edilebilir. Somut koşulların dikkate alınmasına bir diğere örnekse,

failin ani karar vermesini gerektiren durumların dikkate alınabilecek olmasıdır. Failin yanlış tepkisi üç koşul yerine getirilmişse kusurlu addedilmez: İlk olarak, fail hiç beklemediği, sürpriz bir durumla karşılaşmış olmalıdır. İkinci olarak, verilen tepki tamamıyla mantıksız olmamalıdır. Son olarak, kişi aniden ortaya çıkan tehlikeli duruma kendi kusuruyla düşmemiş olmalıdır.

Örnek davranışın tespitinde özen yükümlülüğünün kodifikasyonu olarak da nitelendirilen yardımcı ölçütlere de başvurulur. Bunlar, kanuni düzenlemeler, mesleki kurum ve kuruluşlarca belirlenen o meslek mensuplarının tabi olduğu etik, ilke, standart ve davranış kurallarını gösteren talimat ve yönergeler ile genel tedbir kurallarıdır. Yardımcı ölçütlere ilişkin olarak şu hususa dikkat edilmelidir. Bu kurallara riayet etmemek, gerekli özenin gösterilmediği dolayısıyla kusurun mevcut olduğuna dair bir gösterge (kusur göstergesi) anlamına gelir ancak bu kurallara riayet etmek, kusursuzluk anlamına gelmez. Hâkimin her bir somut uyuşmazlıkta detaylı değerlendirmede bulunması gerekmektedir. Ayrıca henüz bir kazanın meydana gelmemiş olması, yerleşik uygulamalara uygunluk, resmi bir makamdan izin alınmış olması veya işletme düzenine riayet iddialarından hiçbiri tek başına kusursuz addedilmek için yeterli değildir.

Örnek davranışın belirlenmesinde dikkate alınacak son husus ise, örnek davranışın sınırlarını oluşturan öngörülebilirlik ve önlenebilirliktir. Kişinin kusurlu addedilebilmesi için davranışın bir zarar meydana getirme ihtimalinin objektif olarak öngörülebilir ve zararın önlenebilir olması gerekmektedir. Hem öngörülebilirlik ve hem de önlenebilirlik, failin fiil anında içinde bulunduğu koşullara göre (*ex ante*) belirlenir. Öngörülebilirliğin tespitinde, objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca soyut ve ortalama tip esas alınır. Ayrıca öngörülebilirlikten söz edebilmek için zarar görenin kimliğinin ya da zararın tam miktarının öngörülmesi gerekmez; belirli bir zararın değil herhangi bir zararın öngörülebilirliği yeterlidir.

Kusurun ne anlama geldiğine ilişkin teorik bir tercihte bulunduktan ve kusurun kavramsal izahı yapıldıktan sonra sorumluluğun belirlenmesi için kusurun derecelerinin açıklanması gerekmektedir. Doktrin ve uygulamada yerleşmiş olan kusur derecelendirmesi, kasıt-ihmal biçimindedir. Türk Borçlar Kanunu ise kusurun

derecelerine ilişkin olarak kasıt ve ihmal terimlerinin yanı sıra, ağır kusur ve hafif kusur ayırımına yer vermiştir.

Kasıt, zararlı sonucun fail tarafından bilinmesini ve istenmesini ifade eder ve faile ilişkin sübjektif değerlendirmedir. Failin, zararlı sonucu isteyerek hareket etmesine doğrudan kasıt (*dolus directus*) denir. Almanca orijinali *Absicht* olan ve bizim Türkçeye salt zarar verme kastı olarak çevirdiğimiz terim, fiilin gerçekleştirilmesindeki başlıca amacın bir başkasına zarar verilmesi anlamına gelir. Salt zarar verme kastının, sorumluluk hukukunda ve dolayısıyla haksız fiil sorumluluğunda bir kasıt türü teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Kanaatimizce salt zarar verme kastıyla zarar verme, kusur derecesi bakımından doğrudan kasta tekabül etmekle beraber, tazminat miktarının tayininde fail aleyhine dikkat alınacak bir husustur.

Failin, fiilinin zararlı sonucunu doğrudan istememekle beraber bu zararın meydana gelmesini umursamayarak bunu göze almasına, buna razı olmasına dolaylı kasıt denir. Failin, zararlı sonucun meydana gelmesi ihtimalini öngörmesine rağmen, bunun gerçekleşmeyeceği düşüncesiyle zararlı sonucu önleyecek gerekli ve yeterli tedbirleri almamasına, bilinçli ihmal denir. Her ne kadar her ikisinde de zararın meydana geleceği hesaba katılmaktaysa da, bilinçli ihmalde dolaylı kasıttan farklı olarak zararın meydana gelmeyeceği umulmakta, zararın meydana geleceği kesinse failin bu davranıştan vazgeçecek olduğu kabul edilir. Hem dolaylı kasıt hem de bilinçli ihmal ağır kusur kategorisine girdiğinden ayırım, bu açıdan önem taşımayacaktır. Bununla beraber, haksız fiil sorumluluğunda TBK m. 49/2'nin uygulanması için dolaylı kastın yeterli olduğu görüşünün kabul edilmesi durumunda bu ayırım önem taşıyacaktır.

Kasta ilişkin olarak TBK m. 49/2 hükmünün incelenmesi gerekmektedir. Bu düzenlemenin mehz hükmü olan İBK m. 41/2'de *Absicht* ifadesinin yer alması nedeniyle bu hükme başvurabilmek için salt zarar verme kastının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce salt zarar verme kastı sorumluluk hukukunda aranmaz bu nedenle doğrudan kasıt halinde hükmün uygulanması mümkündür. Ayrıca hükümde kastın türleri arasında ayırım yapılmadığından dolaylı kasıt halinde de hükme başvurulabilir.

Hukuki problemlere konu olan asıl kusur derecesi ihmaldir. Zararlı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için durum ve koşulların gerekli kıldığı tedbirlerin alınmamasına ve özenin gösterilmemesine ihmal denir. Failin en temel dikkat kurallarını ihlal etmesi ve böylece aynı yerde ve aynı koşullar altında bulunan her makul kişinin fark edeceği hususları dikkate almaması durumunda ağır ihmal söz konusu olur. Bir ihmal derecesi olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı olan orta ihmalde fail, en temel dikkat kuralını ihlal etmemiştir ancak faille aynı koşullar altında bulunan kişiden somut olarak beklenen özen ölçüsüne de riayet etmemiştir. Kanaatimizce bir ihmal derecesi olarak orta ihmal kavramının kabulü isabetlidir ve bu kavrama başvurulması bir gerekliliktir. Failin davranışının tam olarak hangi kusur derecesine tekabül ettiğinin tespitinin büyük önem arz ettiği durumlar bulunmaktadır. Bu durumlara örnek olarak, tazminat miktarının belirlenmesi ve müteselsil borçlular arası iç ilişkinin düzenlenmesi verilebilir. İhmalin hafif-orta-ağır biçiminde derecelendirilmesi, tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının gereği gibi dikkate alınmasını sağlayacaktır. Aynı şartlar altında bulunan herkesin değil; dikkatli kişilerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesine ise hafif ihmal denir.

Doktrin ve uygulamada yerleşmiş olan ve alışlagelmiş kusur derecelendirmesi kasıt-ihmal biçiminde olmakla beraber, kanun koyucu, kusurun ağırlığına göre uygulanacak hükümler bakımından ağır kusur-hafif kusur ayrımı yapmıştır. Ağır kusur, kasıt ve ağır ihmali ifade eder. Bu nedenle ağır kusuru sadece ağır ihmal anlamında kullanmak isabetli değildir. Biz, orta ihmali de bir ihmal derecesi olarak kabul ettiğimizden ve hafif kusuru, ağır olmayan kusur olarak tanımladığımızdan hafif kusuru, sadece hafif ihmal değil, orta ihmal ve hafif ihmal olarak nitelendirmeyi uygun görmekteyiz. Buna göre, hafif kusur, hafif ihmali ve orta ihmali kapsamaktadır.

İhmal derecesinin belirlenmesine ilişkin olarak, failin “herkesin” ya da “dikkatli kişinin” göstereceği özeni göstermediği konusunda hiçbir tereddüt bulunmuyorsa, kişinin davranışı kolaylıkla bu iki tanımdan biri uyarınca nitelendirilebiliyorsa, bu durumda, fail, ağır ihmalli ya da hafif ihmalli şeklinde nitelendirilebilir. Buna karşılık, kusur derecesini tespit etmenin zor olduğu durumlarda ya da bu tespitte yanılma riskini bertaraf etmek için hâkim, belirtmiş olduğumuz kıstaslar uyarınca soyut ve ortalama tipi

ve bu tipin örnek davranışını belirlemeli ve failin fiili ile soyut tipin örnek davranışını kıyaslamalıdır. Buna göre, failin fiili, soyut tipin örnek davranışından ne derece sapma gösteriyorsa fail o derecede kusurludur.

Somut olayda kusurun tespiti bakımından önem arz eden hususlar bulunmaktadır. Öncelikle, kusuru ispat yüküne ilişkin olarak zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Bu düzenleme, haksız fiilin rastlantısal bir durumdan doğması dikkate alınırsa son derece akla uygundur. Kusurun tespitinde kritik bir nokta olarak, hukuk hâkiminin ceza hukuku kuralları ve ceza mahkemesi kararları karşısında bağımsızlığına dikkat edilmelidir. Ceza mahkemesinin kararları karşısında bağımsızlık, beraat ve mahkûmiyet kararları bakımından ikiye ayırarak incelenmelidir. Ceza hâkiminin suçun işlendiğini sabit saymaya yetecek delil bulunmamasına dayanarak vermiş olduğu beraat kararı hukuk hâkimi için bağlayıcı değildir. Buna karşılık, ceza hâkiminin yapmış olduğu inceleme sonucunda suçun işlenmediğine kesin olarak kanaat getirilmesine dayanarak verilen beraat kararları hukuk hâkimini bağlar ancak maddi olguya göre belirlenen kusur oranı, hukuk hâkimi için bağlayıcı değildir.

Somut olayda kusurun tespitine ilişkin olarak ele alınması gereken bir diğer husus ise kusurun belirlenmesinde bilirkişinin rolüdür. Her ne kadar teknik bilgiyi gerektiren konularda, hâkim şahsi bilgisiyle kusur hakkında sonuca varamayacak olsa da, uygulamada, hâkimin takdir yetkisi yerine bilirkişinin takdir yetkisi geçmektedir. Sadece kusurun belirlenmesine ilişkin olarak değil, tazminat yükümlülüğünde yapılacak indirim oranının belirlenmesi de, hâkim tarafından hukuki bilgisi ve takdir yetkisiyle çözümlenmesi gerekli bir konudur. Uygulamaya ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, uygulamada “kusur” ifadesinden ihlal türü ya da sebep anlaşılmaktadır. Bilirkişi raporlarındaki kusur dağılımı esasen nedensellik bağı dağılımıdır. Hâkimin nedenselliğin yanı sıra, hukuki bir nitelendirme olan kusur nitelendirmesini bağımsız ancak gerekçeli bir biçimde yapması gerekmektedir.

Kusur, kusur sorumluluğunda isnat kriteri işlevini yerine getirmenin yanı sıra hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumluluk hallerinde gerek sorumlu kişinin kusuru olarak gerekse zarar görenin kusuru olarak tazminat miktarının belirlenmesinde

belirleyici rol oynamaktadır. Failin hangi kusur derecesinin tazminat miktarını nasıl etkileyeceğine gelince, kastın ve ağır ihmalin varlığı halinde kural olarak tazminattan indirim yapılamaz. Orta ihmali durumunda hafif ihmali durumunda yapılacağından az olmakla beraber, tazminatta indirime gidilebilir ancak belirtelim ki bu durum, orantı görüşünün kabul edildiği anlamına gelmez zira hâkim, hafif kusur durumunda indirim yapma mecburiyetinde olmayıp sadece bu yetkiyle donatılmıştır. Hafif ihmalde ise, hâkim mecbur olmamakla beraber, tazminatta indirime gidebilecektir. Kısacası, tazminatın belirlenmesinde tam tazmin ilkesine sadık kalınması gerekmekte olup ancak somut olayın şartları gerektiriyorsa failin hafif kusurlu olması durumunda indirim yapılabilir. Failin hafif ihmali olması durumunda hâkime hiç tazminata hükmetmeme (sıfır tazminat) yetkisi veren TBK m. 52'in aksine TBK m. 51'de hâkime böyle ekstrem bir yetki tanınmamıştır.

Zarar görenin kusuruna gelince, öncelikle zarar görenin kusuru, gerçek ve teknik anlamda bir kusur olmayıp, mecazi anlamda bir kusurdur, esasında bu bir külfettir ancak zarar verenin kusuruna ilişkin kurallar, kıyasen zarar görenin kusuruna da uygulanır. Zarar görenin kusuru kavramından söz edebilmek için ayırt etme gücü aranır. Öte yandan, bu durum, zarar görenin fiilinin nedensellik bağına kesmesi ya da zarar görene izafe edilen hallerin tazminatta indirim sebebi olmasından farklıdır. Nedensellik bağı objektif değerlendirmeye tabi bir mesele olup zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde bile zarar görenin fiili gerekli yoğunluğa eriştiği takdirde nedensellik bağına kesebilir. TBK m. 52'de zarar görene ilişkin olarak indirim sebebi teşkil edebilecek durumlar, bir diğer deyişle zarar görene izafe edilebilecek durumlar, çoğunlukla zarar görenin kusurlu fiili biçiminde tezahür edecek olmakla beraber, kusurdan daha geniştir. Bu nedenle TBK m. 52 uyarınca tazminattan indirim sebebi olan zarar görenin kusuru ya da zarar görene izafe edilebilen bir hal varsa, indirim yapılacak, aksi takdirde indirim yapılmayacaktır. Bu kabul TBK m. 65'e başvurmayaya gerek duyulmayacaktır.

Failin kusurunda olduğu üzere, zarar görenin kusurunun belirlenmesinde de objektifleştirilmiş kusur ölçüsüne başvurulmalıdır; zarar görenin bulunduğu yer ve zamanda bulunan, zarar görenin yaş, meslek vb. yönlerden mensup olduğu çevredeki

normal ve makul bir insandan göstermesi beklenen davranış biçiminde belirlenecek olan soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapan zarar görenin davranışı, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilecektir.

Hem zarar verenin hem de zarar görenin kusurunun bulunduğu durumlarda tazminat miktarının nasıl belirleneceğine gelince, hem failin hem de hem de zarar görenin kusuru varsa, hâkim, failin kusurunu ve zarar görenin kusurunu tartar ve zararı ona göre bölüştürür. Ancak olayda kusursuz sorumluluk hali varsa hâkim, sorumluluğu doğuran olayı da payları belirlerken dikkate almalıdır. Failin ve zarar görenin kusurları eşitse bu durumda tarafların kusurlarının birbirini etkisiz hale getirerek failin sorumluluktan kurtulacağı sonucuna varılamaz. Bu durumda hâkim, kaçınılabılır zararı zarar gören ve zarar veren arasında yarı yarıya paylaşırabilir. Zarar görenin kusuru, failin kusurundan daha fazla ise bu durumda da, failin sorumluluktan kurtulacağı ve zarar görenin zararının tazmin edilmeyeceği sonucuna varılamaz. Zarar görenin kusuru arttıkça, kural olarak tazminatta yapılacak indirim artacaktır. Bununla beraber, hâkim, zarar görenin ağır kusurlu olması durumunda TBK m. 52 hükmü uyarınca tazminata hükmetmeme yetkisine sahiptir. Failin kusuru zarar görenin kusurundan fazla ise zarar görenin kusuru yine de dikkate alınır ancak fail kasıtlı, zarar görenin kusuru hafif ihmal derecesinde ise, indirim yapılmaz. Sorumlu kişi, sebep sorumlusu ise ve zarar görenin kusuru mevcutsa, bu durumda, sorumluluk doğuran olaya düşen pay ile zarar görenin kusurlu fiiline düşen pay tartılır ancak sebep sorumlusunun ek kusuru varsa kendisine düşen pay artacaktır.

Birden fazla kişi birbirlerine kusurlu davranışları ile zarar vermişlerse (karşılıklı sorumluluk) bu durumda karşılıklı kusurlar birbirini etkisizleştirmeyecek her bir kişinin diğerinden alacağı tazminat ayrı ayrı hesaplanacaktır. Karşılıklı sorumluluk halinde öncelikle özel bir düzenleme (örneğin, KTK) varsa ona gidilir; aksi takdirde TBK m. 52'ye başvurulur. Böyle bir düzenleme yoksa hukuken önem arz eden tüm sebepler nazara alınır ve bunların hepsi ile bir pasta oluşturularak paylaşırma yöntemi uyarınca zarar bölüştürülür.

Haksız fiil sorumluluğu genelinde kusurun etkisi incelenirken, incelenmesi gereken bir konu da kusursuz sorumluluk hallerinde kusurdur. Öncelikle, olağan sebep sorumluluklarının, ispat yükünün ters çevrilmiş olduğu kusur sorumluluğu olarak nitelendirilemeyeceğinin altınının çizilmesi gerekmektedir. Bunlar kanunda öngörülen “objektif özen ihlali”ne dayanan bir kusursuz sorumluluk türüdür. İlâveten, kusursuz sorumluluk hallerinde kurtuluş kanıtının getirilmemesi ek kusur anlamına gelmez ancak bunun aksi, örneğin gerekli özenin gösterilmemesinin ya da yapı eserindeki bozukluk veya eksikliğin kusur teşkil etmesi, mümkündür. Olağan sebep sorumluluğu hallerinde kanunen varsayılan özen yükümlülüğünün ihlalinin hafif derecede olmasının tazminatta indirim sağlayacağı da kabul edilmemelidir. Kanun koyucu bu yönde bir düzenleme öngörmediği gibi, sorumluluktan kurtulmak için gerekli tüm özenin gösterilmesini aramaktadır.

Kusursuz sorumlulukta kusura ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken en önemli husus, hem ek kusurun hem de failin kusurunun hafifliğinin ya da kusurunun bulunmamasının sebep sorumlusu açısından indirim sebebi teşkil etmeyeceğidir. Kusursuzluk ya da hafif kusur, kusursuz sorumlulukta indirim sebebi değildir.

Kusursuz sorumluluk hallerinde ek kusurun nedensellik bağının kesilmesine engel olmak suretiyle sorumluluktan kurtulmaya ya da ek kusurun zarar görenin kusurunu nötralize etmek suretiyle indirim imkânlarından yararlanmaya engel olup olmayacağı belirlenmesi gerekmektedir. Ek kusurun, nedensellik bağının kesilmesine engel olacağı görüşünün temelinde, KTK m. 86 hükmü yer almaktadır. KTK m. 86 özel kanunda yer alan bir hüküm olup TBK’da bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Ayrıca KTK, nedensellik bağı unsuru bakımından farklı özellikler arz eden bir sorumluluk olan tehlike sorumluluğuna ilişkin bir kanundur. Nedensellik bağının kesilmesine ilişkin sınırlayıcı bu düzenleme, tüm haksız fiil sorumluluğuna teşmil edilmemelidir. Nedensellik bağı objektif biçimde değerlendirilmeli ve ek kusurun nedensellik bağına keseceği biçiminde bir genellemeden kaçınılmalıdır. Ek kusurun nötralize etkide bulunup bulunamayacağına gelince, ek kusurun varlığı elbette zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirimi azaltır ancak sırf ek kusurun zarar görenin kusurunu nötralize etmesi yüzünden zararın tamamına sorumlu kişinin katlanacağı gibi bir sonuca varılamaz.

Kusurun haksız fiil sorumluluğuna etkisi bağlamında değerlendirilmesi gereken başka bir husus da kusurun manevi tazminatta etkisidir. TBK m. 58’de kusur ifadesinin yer almıyor olması, manevi tazminatta kusurun aranmadığı anlamına gelmez. Kusur sorumluluğunun şartları TBK m. 49’da düzenlenmiş olup kusur, bu sorumluluğun doğumu için aranan unsurlardan biridir. Buna göre kusur sorumluluğu doğuran bir fiil nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunabilmek için failin kusuru aranır. Buna karşılık, kusursuz sorumluluk doğuran bir olay gerçekleşmişse kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığından manevi tazminat talebinde bulunabilmek için kusur unsuru aranmayacaktır. Kanaatimizce, manevi zarar objektif manevi zarar görüşünce belirlenmelidir ve manevi tazminatın fonksiyonunun telafi olduğu kabul edilmelidir. Manevi tazminat ise iki aşamalı yöntem uyarınca belirlenmelidir. Buna göre taban tazminat miktarı belirlenmeli ancak kusurun ağırlığı ikinci aşamada dikkate alınmalıdır. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde kusurun etkisine gelince, kasıt ve ağır ihmal manevi tazminat miktarını artırır. Failin hafif kusuru halinde de manevi tazminata hükmedilir ancak failin hafif kusuru tazminatı arttırıcı bir etki göstermez ancak kusursuz sorumluluk hallerinde hafif kusur derecesindeki ek kusur manevi tazminatı arttırıcı etki gösterebilir. Zarar görenin kusuru da, manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır. Zarar görenin kusuru dolayısıyla manevi tazminatta yapılacak indirimde kural olarak, maddi tazminatta esas alınan ölçütlerden hareket edilir.

Kusurun haksız fiil sorumluluğuna etkisi çerçevesinde son olarak incelenmesi gereken husus, müteselsil sorumluluk bağlamında kusurun etkisidir. Müteselsil sorumlular dış ilişkide kendilerine ait indirim sebeplerini, örneğin kusurun hafifliğini, ileri sürerek tazminattan indirim yapılmasını talep edebilir. Bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülemeyeceğine dair pozitif hukukta bir dayanak bulunmamaktadır. Ayrıca müteselsil borçlulukta her bir sorumlu ile zarar gören arasında ayrı bir borç ilişkisi vardır. Sorumlulardan herhangi birinin haksız fiili tek başına işlediği takdirde yararlanabileceği bir hukuki imkândan sırf başkalarıyla beraber sorumlu olduğu için yararlanamayacak olması adaletsizdir. İlâveten, hafif kusurlu borçluyu dış ilişkide tam tazminata mahkûm ettikten sonra sorunu iç ilişkide çözmesini beklemek yanlıtıdır.

Son olarak, müteselsil sorumlulukta iç ilişkide kusurun etkisine gelince, TBK m. 62’de tam teselsül-eksik teselsül ayrımı kaldırıldığı gibi, eBK m. 51/2’de yer alan rücu sırasına da yer verilmemiş ve bu sıra kaldırılmıştır. Müteselsil sorumluluk türlerine göre farklı rücu hükümleri bulunmamaktadır. Bu nedenle hâkim, rücu sırasını ve oranını bütün durum ve koşulları, özellikle sorumlulara yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu dikkate alarak takdir yetkisine göre serbestçe belirleyecektir. Örneğin, birden fazla tehlike sorumluluğu hali söz konusu ise ve sorumluların hepsi ek kusurlu ise paylaşırma sadece ek kusurlarının ağırlığına göre yapılmaz; hem tarafların kusurlarının ağırlığı hem de yarattıkları tehlikeye göre yapılır. Ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu ile ek kusuru bulunmayan tehlike sorumlusu arasındaki paylaşırmada da zararın tamamının ek kusuru bulunan tehlike sorumlusuna kalacağı söylenemez. Bu durumda, ek kusurlu olan tehlike sorumlusu, kusuru oranında zararın daha fazlasına katlanır; zararın bir kısmı yaratmış olduğu tehlike nedeniyle ek kusuru bulunmayan tehlike sorumlusu üzerinde kalacaktır. Veyahut, ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu ile kusur sorumlusu arasındaki paylaşırma, sadece kusurlarının ağırlığına göre yapılamaz; tehlikenin ağırlığı dikkate alınır ve zararın büyük kısmı ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu üzerinde kalır. Yine, ek kusuru bulunmayan tehlike sorumlusu ile kusur sorumlusunun müteselsilen sorumlu olduğu bir durumda, zararın tamamı kusur sorumlusu üzerinde kalmaz, tehlike dikkate alınarak zararın bir kısmı tehlike sorumlusuna yükletilir. Benzer şekilde, ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu ile ek kusuru bulunan olağan sebep sorumlusu arasındaki paylaşırma da, sadece kusurların ağırlığına göre yapılamaz, tehlikenin ağırlığı dikkate alınır ve zararın büyük kısmı ek kusuru bulunan tehlike sorumlusu üzerinde kalır.

KAYNAKÇA

- ACHTARI**, Annick, *Le devoir du lésé de minimiser son dommage*, Zürich 2008.
- AEPLI**, Viktor, “Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR”, SJZ 93/1997, s. 405-409.
- AKÇURA KARAMAN**, Tuba, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.: 2004, Sayı 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, s. 553-583.
- AKIN**, Levent, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Ankara 2001.
- AKİPEK**, Jale/**AKINTÜRK** Turgut/**ATEŞ**, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul 2018.
- ALTINOK ORMANCI**, Pınar, *Zararı Azaltma Külfeti*, İstanbul 2016.
- ALTOP**, Atilla, *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları*, İstanbul 1996.
- ANTALYA**, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.:II*, İstanbul 2018.
- ARAL**, Fahrettin, “Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu”, *BATİDER*, Y.: 1980, C.: 10, S.: 3, s. 733-758.
- ATAMER**, Yeşim M., *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, İstanbul 1996. (**Atamer**, Uygun Nedensellik)
- ATAMER**, Yeşim, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006, N. 6 s. 8-37. (**Atamer**, Değerlendirme)
- ATEŞ**, Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Ankara 2007.
- ATLAN**, Hülya, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, İstanbul 2015.
- BACACHE-GIBEILI**, Mireille, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris 2016.
- BAEZ**, H. Beau, *Tort Law in the United States*, Alphen aan den Rijn 2014.

- BARLAS**, Nami, “Başkasının Sözleşme İlişkinine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.: 1, İstanbul 2010, s. 415-440.
- BAŞOĞLU**, Başak, “Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 163-184. (**Başoğlu**, Erman Armağanı)
- BAŞOĞLU**, Başak, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl; 2015, C.:6, S.: 2, s. 29-56. (**Başoğlu**, Tehlike Sorumluluğu)
- BAŞPINAR**, Veysel, “Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 215-237.
- BAYSAL**, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012.
- BELL**, John/**BOYRON**, Sophie/**WHITTAKER**, Simon, Principles of French Law, Oxford 2008.
- BIERI**, Reto, “Sittenwidrige Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR Einblick in eine "Mauerblümchen"-Bestimmung des Haftpflichtrechts”, Aktuelle Juristische Praxis 2008, s. 549-559.
- BİRSEN**, Kemaleddin, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1967.
- BORGHETTI**, Jean- Sébastien, “The Culture of Tort Law in France”, Journal of European Tort Law, Y.: 2012, C.: 3, S.:2, s. 158-182.
- BOSSHARD**, Erich, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Zürich 1988.
- BREHM**, Roland, Berner Kommentar, 2013.
- BUCHER**, Eugen “Verschuldensfähigkeit und Verschulden” Festschrift zum 65; Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, hgg. im Auftrag der Juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen von Ernst Brem et al., Bern 1990, s. 287-312.
- BUCHER**, Eugen/**AEBI-MÜLLER**, Regina E., Berner Kommentar, 2017.

- BUZ**, Vedat, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, *BATİDER*, C.: XXIX, S.: 2, Y.: Haziran 2013, s. 19-57.
- CARTIER**, Michael, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Doktora Tezi, Universität St. Gallen, Eschen FL 2007.
- CHAPPUIS**, Christine, “La distinction entre l’illicéité et la faute: n’est-il pas temps de renoncer?”, *Haftpflicht- und Versicherungsrecht Droit de la Responsabilité civile et des assurances Liber amicorum Roland Brehm*, s. 83-95. (**Chappuis**, La Distinction)
- CHAPPUIS**, Christine “La faute concomitante de la victime”, *La fixation de l’indemnité*, Bern 2004, s. 29-87. (**Chappuis**, La faute concomitante)
- COOKE**, Philip, *Law of Tort*, Münih 2015.
- ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, İstanbul 2016.
- ÇEKİN**, Mesut Serdar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016.
- DÄHLER**, Manfred, “Kind als Täter und Opfer – Das Verschulden bei der Haftungsbegründung, Schadenersatzbemessung und als Entlastungsgrund”, *HAVE* 2014, s. 15-35.
- DAMAR**, Duygu, *Wilful Misconduct in International Transport Law*, Berlin 2011.
- DANZL**, Karl-Heinz, *Kurzkomentar zum ABGB*, Viyana 2010. (**Danzl**, *ABGB Kurzkomentar*)
- DCFR** - Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference, Outline Edition, ed. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Münih 2009.
- DEAKIN**, Simon/**JOHNSTON**, Angus/**MARKESINIS**, Basil, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, Oxford 2013.
- DEJEAN DE LA BATIE**, Noël, *Responsabilité Délictuelle*, C.: VI-2, Paris 1989.
- DEMİRCİOĞLU**, Huriye Reyhan, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Ankara 2009.

- DESCHENAUX**, Henri/**TERCIER**, Pierre, La Responsabilité civile, Bern 1982.
- DEUTSCH**, Erwin, “Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht”, Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, Basel und Stuttgart 1973, s. 47-91. (**Deutsch**, Colloquium)
- DEUTSCH**, Erwin, “Die Sorgfalt als Rechtsbegriff”, Verischerungsrecht, Haftungs-und Schadensrecht, Festschrift für Egon Lorenz zum 80; Geburtstag, Karlsruhe 2014, s. 575-587. (**Deutsch**, Die Sorfalt)
- DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan, Türk Özel Hukuku C.: II Kişiler Hukuku, İstanbul 2016.
- EHRENZWEIG**, Albert, Die Schuldhafung im Schadenersatzrecht, Viyana 1936.
- ERDOĞAN**, İhsan, “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.: 1990, C.: 3 S.: 1, s. 109-134.
- ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016. (**Eren**, Borçlar Hukuku)
- EREN**, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara 1975. (**Eren**, Uygun İlliyet)
- ERİŞGİN**, Nuri, “Tehlike Bağ”, AÜHFD, Y.: 2000, C.: 49, S.: 1, s. 137-154.
- ERLÜLE**, Fulya, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2015.
- FABARIUS**, Maria Elisabeth, Äussere und innere Sorgfalt, Berlin 1991.
- FABRE-MAGNAN**, Muriel, Droit des Obligations- Responsabilité civile et quasi-contrats, Paris 2010.
- FELLMANN**, Walter, “Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht”, ZSR 106/1987, s. 339-366.
- FELLMANN**, Walter/**KOTTMANN**, Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2012.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: I, İstanbul 1976.

- FLEMING**, John G., “The Role of Negligence in Modern Tort Law”, Virginia Law Review, Vol.: 3, No: 4, s. 815-846.
- FUHRER**, Stephan, “Computerviren und Haftung”, SJZ 87/1991, s. 129-135.
- GABRIEL**, Bruno, Die Widerrechtlichkeit 1987 in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Entlebuch 1987.
- GALAND-CARVAL**, Suzanne, "Fault under French Law", Unification of Tort Law: Fault, The Hague 2005.
- GAUCH**, Peter, “Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung”, ZSR 116/1997, s. 315- 341. (**Gauch**, Die Vereinheitlichung)
- GAUCH**, Peter, “Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”, recht 1996, s. 225- 239. (**Gauch**, Grundbegriffe)
- GENÇ ARIDEMİR**, Arzu, “Türk Borçlar Kanunu’nun Manevi Tazminat ile İlgili Hükümlerinin (TBK md. 56 ve 58) Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 45-59. (**Genç Arıdemir**, Erman Armağanı)
- GENÇ ARIDEMİR**, Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008. (**Genç Arıdemir**, Manevi Tazminat)
- GIGER**, Hans, “Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, Gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffes der Sorgfaltspflichtverletzung”, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, hrsg. im Auftrag der Juristischen Fakultäten der Schweiz von Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier, Fribourg 1982, s. 369-396.
- GILIKER**, Paula/**BECKWITH**, Silas, Tort, London 2011.
- GOLDBERG**, John C.P./**ZIPURSKY**, Benjamin C., The Oxford Introductions to U.S. Law- Torts, Oxford 2010.
- GORDLEY**, James/**VON MEHREN**, Arthur Taylor, An Introduction to the Comparative Study of Private Law, Cambridge 2006.
- GÖNENÇ**, Fulya İlçin, “Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C.: 14 S.: 4, İstanbul 2009, s. 13-28.

- GRABER**, Christoph K., Basler Kommentar, 2013.
- GRAZIANO**, Thomas Kadner, Digest of European Tort Law Vol.3: Essential Cases of Misconduct (eds. Oliphant, Ken/Karner, Ernst/Winiger, Benedict), Berlin 2018.
- GUHL**, Theo/**KOLLER**, Alfred/ **SCHNYDER**, Anton K. /**DRUEY**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, Zürich 2000.
- GURZELER**, Beatrice, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung: unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Zürich 2005.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2011.
- GÜRPINAR**, Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006.
- GÜRSOY**, Kemal Tahir, Manevi Zarar ve Tazmini, AÜHFD, Y.: 1973, C.: 30, S.:1, s. 7-56.
- GÜVEN**, Osman Sabri, “Kusur Kavramı ve Çeşitleri (I)”, YD, C.: XX, Y.:1981, s. 570-588. (**Güven**, Kusur Kavramı-I)
- GÜVEN**, Osman Sabri, “Kusur Kavramı ve Çeşitleri (II)”, YD, C.: XX, Y.:1981, s. 154-186. (**Güven**, Kusur Kavramı-II)
- HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2015.
- HATEMİ**, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976. (**Hatemi**, Hukuka Aykırılık)
- HATEMİ**, Hüseyin, Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994. (**Hatemi**, Sorumluluk Hukuku)
- HELVACI**, İlhan, “Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine”, İÜHFM, Y.: 1997, C.: 55, S.: 4, s. 145-171.
- HOFFMANN**, Hans-Joachim, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, Berlin 1968.
- HONSELL**, Heinrich, Römisches Recht, Zürich 2015.

- HONSELL**, Heinrich/**ISENRING**, Bernhard/**KESSLER**, Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2013.
- HUGUENIN**, Claire, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil Zürich 2014.
- FELLMANN**, Walter/**MÜLLER**, Christoph/**WERRO**, Franz, Schweizer Obligationenrecht 2020- Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020- Projet relatif à une nouvelle partie générale (eds. Huguenin, Claire/Hilty, Reto M.), Zürich 2013. (**Fellmann/Müller/Werro**, OR 2020)
- İMRE**, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.
- İNAN**, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1979.
- JANSEN**, Nils, “Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, No. 3, Y.: 2004, s. 443-469. (**Jansen**, Negligence)
- JANSEN**, Nils, “Developing legal doctrine: Fault in the German law of delict”, The Development and Making of Legal Doctrine, Cambridge 2010, s. 96-125. (**Jansen**, Developing legal doctrine)
- JAUN**, Manuel, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen, Bern 2007.
- JHERING**, Rudolph, Das Schuldmoment im römischen Recht, Giessen 1867.
- KANETİ**, Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007. (**Kaneti**, Hukuka Aykırılık)
- KANETİ**, Selim, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980, s. 29-66. (**Kaneti**, Kusur)
- KAPANCI**, Kadir Berk, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 f. 2), İstanbul 2016. (**Kapanıcı**, Ahlaka Aykırı)

- KAPANCI**, Kadir Berk, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2015. (**Kapanıcı**, Birlikte Borçluluk)
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, Özcan, Roma Hukuku, Ankara 2012.
- KARNER**, Ernst, Kurzkomentar zum ABGB, Viyana 2010. (**Karner**, ABGB Kurzkomentar)
- KAYE**, Peter, An Explanatory Guide to the English Law of Torts, Chichester 1996.
- KELLER**, Alfred, Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bd.: I, 2002.
- KESKİN**, A. Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016.
- KESSLER**, Martin A. Basler Kommentar, 2013.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, C.: 29, S.: 3, Y.: 1973, s. 185-224. (**Kılıçoğlu**, Haksız Fiil)
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi Y.: 1984, S.: 1, s. 15-21. (**Kılıçoğlu**, Manevi Tazminat)
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 103-110. (**Kılıçoğlu**, Değişiklik)
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleştiriler: Rapor, Ankara 2008. (**Kılıçoğlu**, Eleştiriler)
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2013. (**Kılıçoğlu**, Basın)
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018. (**Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku)
- KIRCA**, Çiğdem, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 23-57. (**Kırca**, TBK Sempozyumu)
- KIRCA**, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007. (**Kırca**, Ürün Sorumluluğu)

- KIRCA**, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004. (**Kirca**, Bilgi Verme)
- KIRCA**, Çiğdem, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, YD, C.: 25, S.:3, Temmuz 1999, s. 242-270. (**Kirca**, Manevi Tazminat)
- KLEIN**, Frédéric-Edouard (ed.), Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, Basel und Stuttgart 1973. (Tartışma bölümü bulunduğu için kitap ayrıca kaynak olarak belirtilmiştir. Tartışmalarda atıf yapılan isimler: **Deutsch**, Colloquium; **Savatier**, Colloquium; **Holleaux**; **Merz**, Colloquium; **Oftinger**, Colloquium, **Tunc**; **Yung**)
- KOÇ**, Nevzat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.: 6, S.: 12 Güz 2007/2, s. 71-147.
- KOÇHİSARLIOĞLU**, Cengiz, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990. (**Koçhisarhoğlu**, Kusur)
- KOÇHİSARLIOĞLU**, Cengiz, “Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi”, AÜHFD, Y.: 2004, C.: 53, S.: 4, s. 1- 17. (**Koçhisarhoğlu**, Kusur İşleme Ehliyeti)
- KOSCHAKER**, Paul/**AYİTER**, Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977.
- KOZIOL**, Helmut, “Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?” Maastricht Journal of European and Comparative Law, C.: 5, S.: 2, Y.: 1998, s. 111-128. (**Koziol**, Yardstick)
- KOZIOL**, Helmut, Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, Viyana 2012. (**Koziol**, Germanic Perspective)
- KOZIOL**, Helmut, “Fault under Austrian Law”, Unification of Tort Law: Fault, The Hague 2005. (**Koziol**, Fault)
- KOZIOL**, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd.: I, Viyana 1997. (**Koziol**, Haftpflichtrecht I)
- KOZIOL**, Gabriele/ **KOZIOL**, Helmut, Austrian Private Law, Viyana 2017.
- KÖTZ**, Hein/**WAGNER**, Gerhard, Deliktsrecht, Münih 2016.

- KURT**, Leyla Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, AÜHFĐ, Y.: 2015, C.: 64, S.:3, s. 775-814.
- KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan, Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (*Depositum*), Ankara 2002.
- LANDOLT**, Hardy, Zürcher Kommentar, 2007. (**Landolt**, Zürcher Kommentar)
- LANDOLT**, Hardy, “Stand und Entwicklung des Genugtuungsrechts”, HAVE 2009, s. 125-136. (**Landolt**, Genugtuungsrecht)
- LARENZ**, Karl, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, vom Deuten zum Europäischen Recht Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963. (**Larenz**, FS Dölle)
- LARENZ**, Karl/**CANARIS**, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.: II/2, Münih 1994.
- LAWSON**, Frederick H./ **MARKESINIS**, Basil, Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law, Cambridge 1982.
- LE TOURNEAU**, Philippe, Droit de la Responsabilité et des Contrats, Paris 2010.
- LORENZ**, Egon, Immaterieller Schaden und “billige Entschädigung in Geld”, Berlin 1981.
- MAGNUS**, Ulrich/**SEHER**, Gerhard, “Fault under German Law”, Unification of Tort Law: Fault, The Hague 2005.
- MAGNUS**, Ulrich, Digest of European Tort Law Vol.3: Essential Cases of Misconduct (eds. Oliphant, Ken/Karner, Ernst/Winiger, Benedict), Berlin 2018.
- MARKESINIS**, Basil S./**UNBERATH**, Hannes, The German Law of Torts, A Comparative Treatise, Oregon 2002.
- MARTIN-CASSALS**, Miquel, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005.
- MARTY**, Gabriel “Illicéité et responsabilité”, in Études Juridiques Offertes à Leon Julliot de la Morandière, Paris 1964, s. 339-350.
- MARTY**, Gabriel/ **RAYNAUD**, Pierre, Droit Civil Les Obligations Les Sources, Paris 1988.

- MAYRHOFER**, Heinrich, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Viyana 1986.
- MAZEAUD**, Henri et Leon/**TUNC**, André, Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle, C.: 1, Paris 1957.
- MOHR**, Jochen, “Rechtswidrigkeit und Verschulden im Deliktsrecht”, Juristische Ausbildung 2013 (6), s. 567-579.
- MORÉTEAU**, Olivier, “Basic Questions of Tort Law from a French Perspective”, Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Viyana 2015.
- MÜLLER**, Christoph, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2012.
- NART**, Serdar, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Ankara 2014.
- NIPPERDEY**, Hans Carl, “Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht”, Neue Juristische Wochenschrift 1957, Heft: 48, s. 1777-1782.
- NISHIMURA**, Shigeo, “Die Diligentia quam in suis in der Rechtstradition Europas und Japans”, Hundert Jahre Japanisches Zivilgesetzbuch, s. 217-246.
- NOLAN**, Donal/ **DAVIES**, John, “Torts and Equitable Wrongs”, English Private Law, Oxford 2013, s. 927-1030.
- NOMER**, Haluk Nami, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler (Derleyen: Murat M. İnceoğlu), İstanbul 2012, s. 53-60. (**Nomer**, TBK Sempozyumu)
- NOMER**, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015. (**Nomer**, Borçlar Hukuku)
- NOMER**, Haluk Nami, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996. (**Nomer**, Maddi Tazminat)
- OFTINGER**, Karl/**STARK**, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Bd.: Allgemeiner Teil, Zürich 1995. (**Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I)

- OFTINGER**, Karl/**STARK**, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Bd.: Besonderer Teil - Erster TeilBd.: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, Zürich 1995. (Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/1)
- OĞUZ**, Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: II, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN**, M. Kemal, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 7-54.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2015.
- OLIPHANT**, Ken, “Comparative Remarks”, European Tort Law 2007, Tort and Insurance Law Yearbook, Viyana 2008.
- OLIPHANT**, Ken, “Rival Perspectives on European Tort Law (A Comparative Analysis)”, European Tort Law 2009, European Tort Law Yearbook, Berlin 2010, s. 666-694.
- OLIPHANT**, Ken, Digest of European Tort Law Vol.3: Essential Cases of Misconduct (eds. Oliphant, Ken/Karner, Ernst/Winiger, Benedict), Berlin 2018.
- ÖCAL**, Bahar, “Damnum Iniuria Datum’da Iniuria ve Culpa İlişkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 2 S.:1 Y.: 2011, s. 346-386.
- ÖZDEN-MERHACI**, Selin, “Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2012/4, 2012, s. 180-206.
- ÖZSUNAY**, Ergun, “Türk Hukukunda İşleten’in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusur’un Etkisi ve Önemi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980, s. 67-128.
- ÖZTAN**, Bilge, İmalatının Sorumluluğu, Ankara 1982.

- PEDRAZZINI**, Mario M./**OBERHOLZER**, Niklaus, Grundriss des Personenrechts, Bern 1993.
- PELLONI**, Giovanni, “Die Grobfahrlässigkeit- Bedeutung in der Schadenpraxis”, HAVE 2002, s. 262-275.
- PICHONNAZ**, Pascal, “Le devoir du lésé de diminuer son dommage”, La fixation de l’indemnité Colloque du droit de la responsabilité civile 2003 - Université de Fribourg, Bern 2004, s. 109-134.
- PORTMANN**, Wolfgang, “Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?”, SJZ 93/1997, s. 273-279.
- PETL** - Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005.
- RADO**, Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2013.
- REISCHAUER**, Rudolf, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§1298 ABGB), Berlin 1975.
- ROBERTO**, Vito, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.
- ROBERTO**, Vito/**SCHISTER**, Roman, “Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund” HAVE 2014, s. 431-434.
- RODIÈRE**, René, La Responsabilité Civile, Paris 1952.
- ROGERS**, W.V. Horton, “Fault under English Law”, Unification of Tort Law: Fault, The Hague 2005, s. 89-100. (**Rogers**, Fault)
- ROGERS**, W.V. Horton, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005. (**Rogers**, Commentary)
- RÜETSCHI**, David, “Aurea mediocritas- Gedanken zum Begriff der mittleren Fahrlässigkeit”, HAVE 2009, s. 137-144.
- SAGE**, Yves-Louis, “French Law of Delict : The Role of Fault and the Principles Governing Losses and Remedies”, Victoria University of Wellington Law Review, Vol.: 26, Mayis 1996, s. 293-311.
- SALEILLES**, Raymond, Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de Code civil pour l’empire allemand, Paris 1925.

- SANLI**, Kerem Cem, “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler (Derleyen: Murat M. İnceoğlu), İstanbul 2012, s. 61-85. (**Sanlı**, TBK Sempozyumu)
- SANLI**, Kerem Cem, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007. (**Sanlı**, Haksız Fiil)
- SAVATIER**, René, Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français, Civil, Administratif, Professional, Procédural, Paris 1951.
- SAYMEN**, Ferit H., Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940.
- SAYMEN**, Ferit H./**ELBİR**, Halid K., Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler Birinci C., İstanbul 1958.
- SCHAER**, Roland, “Das Verschulden bei gefahrpräventiven Obliegenheiten, verhaltensbezogenen Deckungsausschlüssen und bei der Schadenminderung”, Das Verschulden im Wandel des Privatsicherungs-Sozialversicherungs-und Haftpflichtrechts, Basel 1992, s. 163-220.
- SCHÖNENBERGER**, Beat, “Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie”, HAVE 2004, s. 3-12.
- SCHRAGE**, Eltjo J. H., “Negligence: A Comparative and Historical Introduction to a Legal Concept”, Negligence – The Comparative Legal History of the Law of Torts, Berlin 2001, s. 7-45.
- SCHWARZ**, Andreas B., “Türkiye-İsviçre Medeni Hukuku ve Roma Hukuku”, Tedris Hayatının Otuzuncu Yıl Dönümü Hatırası Olmak Üzere Üniversite Rektörü ve Hukuk Fakültesi Profesörü Cemil Bilsel’e Armağan, İstanbul 1939, s. 377-435. (**Schwarz**, Bilsel Armağanı)
- SCHWARZ**, Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri I. C., İstanbul 1948. (**Schwarz**, Borçlar Hukuku)
- SCHWENZER**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2016.
- SEROZAN**, Rona, “Roma Hukukunun Günümüz Hukukuna Tuttuğu Işık”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2011, s. 209-219.


- SEROZAN**, Rona, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 67-101. (Serozan, Yaklaşım)
- SIDLER**, Max, “Die Bemessung der Genugtuung bei Invaliditätsschäden”, SJZ 93/1997, s. 165-171.
- SIDLER**, Max, “Die Genugtuung und ihre Bemessung”, Schaden-Haftung-Versicherung, Fünfter Bd, Basel 1999, s. 445-489. (Sidler, Genugtuung)
- SOMER**, Pervin, Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul 2008.
- SÖĞÜTLÜ-ERİŞGİN**, Özlem, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016.
- STARCK**, Boris/**ROLAND**, Henri/**BOYER**, Laurent, Obligations 1: Responsabilité Délictuelle, Paris 1991.
- STARK**, Emil W., Ausservertragliches Haftpflichtrecht Skriptum, Zürich 1988.
- STEININGER**, Barbara C., Verschärfung der Verschuldenshaftung, Viyana 2007.
- ŞEN DOĞRAMACI**, Hayriye, “Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğünün Sorumluluk Hukukundaki Yeri ve Önemi”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.: 2013, Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, s. 55-65.
- TAHİROĞLU**, Bülent, “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: 14 S.: 4, İstanbul 2009, s. 157-170.
- TAHİROĞLU**, Bülent/ **ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.
- TANDOĞAN**, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), (1961 Tıpkı Bası) İstanbul 2010. (Tandoğan, Mes’uliyet)
- TANDOĞAN**, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981. (Tandoğan, Kusura Dayanmayan)
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980, s. 205-221.

- TEKİNAY**, Selahatin Sulhi/ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TERRÉ**, François/ **SIMLER**, Philippe/ **LEQUETTE**, Yves, Droit Civil Les Obligations, Paris 2009.
- TİFTİK**, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994. (**Tiftik**, Maddi Tazminat)
- TİFTİK**, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005. (**Tiftik**, Tehlike Sorumlulukları)
- TOPUZ**, Murat, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan (C.: III), C.: 22, S.: 3, Y.: 2016, s. 2693-2714.
- TUNC**, André, “Fondements et fonctions de la responsabilité civile en droit français”, Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, Basel und Stuttgart 1973, s. 1-45.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- UMUR**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 2010.
- ÜNAL**, Mehmet, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, AÜHFD 1978, C.: 35, S.: 1, s. 397-437.
- VAN DAM**, Caes, European Tort Law, Oxford 2013.
- VINEY**, Geneviève, “Tort Liability”, Introduction to French Law, Austin 2008, s. 237-262.
- VINEY**, Geneviève/**JOURDAIN**, Patrice/**CARVAL**, Suzanne, Traité de Droit Civil Les Conditions de la Responsabilité, Paris 2013.
- VON BAR**, Christian, The Common European Law of Torts Volume One, Oxford 1996. (**von Bar**, The Common European Law of Torts)

- VON BAR**, Christian, “A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Y.: May 2008, Vol. 12.1, s. 1-10. <http://www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>. E.T. 20.05.2019. (**von Bar**, Common Frame of Reference)
- VON CAEMMERER**, Ernst, “Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 42. Jahrgang 1978, s. 5-27.
- VON WATTENWYL**, Robert, *Ausserkontraktliche Haftung des Aufsichtpflichten*, Bern 1926.
- WAGNER**, Gerhard, “Comparative Tort Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, s. 1003-1041. (**Wagner**, Comparative)
- WAGNER**, Gerhard, *Münchener Kommentar* 2017. (**Wagner**, Münchener Kommentar)
- WEBER**, Stephan, “Die Schadenminderungspflicht- eine metamorphe Rechtsfigur”, *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung*, St. Gallen 1999, s. 133-177.
- WELSER**, Rudolf/**ZÖCHLING-JUD**, Brigitta, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Bd.: II, Viyana 2015.
- WERRO**, Franz, “Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR”, *ZSR* 116 (1997), I. Halbband, s. 343–386. (**Werro**, Sorgfaltspflichtverletzung)
- WERRO**, Franz *La responsabilité civile*, Bern 2011. (**Werro**, La responsabilité civile)
- WERRO**, Franz, *Commentaire romand*, 2012. (**Werro**, Commentaire romand)
- WIDMER**, Pierre, “Fault under Swiss Law”, *Unification of Tort Law: Fault*, The Hague 2005. (**Widmer**, Fault)

- WIDMER**, Pierre, “Les principes des Principes ou: Les fondements de la responsabilité selon les ‘Principes de droit européen de la responsabilité civile’(PETL)”, Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l’honneur de Pierre Wessner, Bâle 2011, s. 241-263. (**Widmer**, Les principes)
- WIDMER**, Pierre, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005. (**Widmer**, Commentary)
- WIDMER**, Pierre, “Privatrechtliche Haftung”, Schaden-Haftung-Versicherung, Fünfter Bd, Basel 1999, s. 7-93.
- WILBURG**, Walter, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg a.d. Lahn 1941.
- WINIGER**, Bénédicte, “La gravité de la faute du responsable”, La fixation de l’indemnité Colloque du droit de la Responsabilité civile 2003 – Université de Fribourg, s. 15-27.
- WINIGER**, Bénédicte/**CAMPI**, Arnaud/**DURET**, Caroline /**RETAMOZO**, Jaliya, Digest of European Tort Law Vol.3: Essential Cases of Misconduct (eds. Oliphant, Ken/Karner, Ernst/Winiger, Benedict), Berlin 2018.
- YUNG**, Walter, “Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse”, Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, Basel und Stuttgart 1973, s. 93-149.
- YÜCEL**, Özge, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014.
- ZİLELİOĞLU**, Hilal, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD, C.: 39 S.: 1, Ankara 1987, s. 241-264.
- ZIMMERMANN**, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996. (**Zimmermann**, Roman Foundations)
- ZIMMERMANN**, Reinhard, “Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe”, Towards a European Civil Code, Nijmegen 2004, s. 27-53. (**Zimmermann**, Harmonisation)
- ZWEIGERT**, Konrad/**KÖTZ**, Hein, Introduction to Comparative Law, Oxford 1998.

EK-1 TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

 <p>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU</p>
<p>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA</p> <p style="text-align: right;">Tarih: 20.06/2018</p> <p>Tez Başlığı : HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA KUSUR VE ETKİSİ</p>
<p>Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 258 sayfalık kısmına ilişkin, 20/06/2018 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 1,3'tür.</p> <p>Uygulanan filtrelemeler:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1- <input checked="" type="checkbox"/> Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç 2- <input checked="" type="checkbox"/> Kaynakça hariç 3- <input type="checkbox"/> Alıntılar hariç 4- <input checked="" type="checkbox"/> Alıntılar dâhil 5- <input checked="" type="checkbox"/> 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç <p>Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.</p> <p>Gereğini saygılarımla arz ederim.</p> <p style="text-align: right;">20.06.2018 <i>Sunay Güllü</i> Tarih ve İmza</p> <p>Adı Soyadı: GÜNHAN KOŞAR Öğrenci No: N13148602 Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK Programı: DOKTORA Statüsü: <input checked="" type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/> Bütünleşik Dr.</p>
<p><u>DANIŞMAN ONAYI</u></p> <p style="text-align: center;">UYGUNDUR.</p> <p style="text-align: center;"><i>Ferhat Canbolat</i> DOÇ/DR. FERHAT CANBOLAT</p>



HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
Ph.D. DISSERTATION ORIGINALITY REPORT

HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PRIVATE LAW DEPARTMENT

Date: 20/06/2018

Thesis Title : FAULT AND ITS EFFECT IN TORT LIABILITY

According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on 20/06/2018 for the total of 258 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled as above, the similarity index of my thesis is 13.2 %.

Filtering options applied:

1. Approval and Declaration sections excluded
2. Bibliography/Works Cited excluded
3. Quotes excluded
4. Quotes included
5. Match size up to 5 words excluded

I declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports; that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

I respectfully submit this for approval.

20.06.2018
Date and Signature

Name Surname: GÜNHAN KOŞAR

Student No: N13148602

Department: Private Law

Program: Ph.D.



Status: Ph.D. Combined MA/ Ph.D.

ADVISOR APPROVAL

APPROVED

ASSOC. PROF. DR. FERHAT
CANBOLAT

EK-2 TEZ ÇALIŞMASI ETİK KURUL İZİN MUAFİYET FORMU

 <p>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU</p>
<p>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA</p> <p style="text-align: right;">Tarih: 11.06.2019</p> <p>Tez Başlığı: HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA KUSUR VE ETKİSİ</p> <p>.....</p> <p>Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır, 2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir. 3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir. 4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir. <p>Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.</p> <p>Gereğini saygılarımla arz ederim.</p> <p style="text-align: right;">11.06.2019 <i>Günhan Koşar</i> Tarih ve İmza</p> <p>Adı Soyadı: GÜNHAN KOŞAR Öğrenci No: N13148602 Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK Programı: DOKTORA Statüsü: <input type="checkbox"/> Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/> Bütünleşik Doktora</p>
<p><u>DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI</u></p> <p style="text-align: center;"> DOÇ. DR. FERHAT CANBOLAT</p> <p>Detaylı Bilgi: http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr Telefon: 0-312-2976860 Faks: 0-3122992147 E-posta: sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr</p>



HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
ETHICS COMMISSION FORM FOR THESIS

HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PRIVATE LAW DEPARTMENT

Date: 11/06/19

Thesis Title: FAULT AND ITS EFFECT IN TORT LIABILITY

My thesis work related to the title above:

1. Does not perform experimentation on animals or people.
2. Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.).
3. Does not involve any interference of the body's integrity.
4. Is not based on observational and descriptive research (survey, interview, measures/scales, data scanning, system-model development).

I declare, I have carefully read Hacettepe University's Ethics Regulations and the Commission's Guidelines, and in order to proceed with my thesis according to these regulations I do not have to get permission from the Ethics Board/Commission for anything; in any infringement of the regulations I accept all legal responsibility and I declare that all the information I have provided is true.

I respectfully submit this for approval.

11.06.2019
Sunhatou
Date and Signature

Name Surname: GÜNHAN KOŞAR

Student No: N13148602

Department: Private Law

Program: Ph.D.

Status: MA Ph.D. Combined MA/ Ph.D.

ADVISER COMMENTS AND APPROVAL

ASSOC. PROF. DR. FERHAT
CANBOLAT