T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA KUSUR İLKESİNİN HAKSIZ FİİLLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

FIRAT KORKMAZ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN

Doç. Dr. TURAN ŞAHİN

KIRIKKALE-2021

Tez Kabul ve Onay sayfası

Fırat KORKMAZ tarafından hazırlanan "TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA KUSUR İLKESİNİN HAKSIZ FİİLLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ" adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ ile Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Doç. Dr. Turan ŞAHİN İmza……

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum.

Başkan : Prof. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY İmza……..

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum.

Üye : Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ İmza……..

Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum.

Üye : Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU İmza……..

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum.

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Mahmut Kizir İmza……..

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Necmeddin Erbakan Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum.

Tez Savunma Tarihi: 18/06/2021

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

……..…….

Fatih Karaçam

Sosyal Bilimler Enstitü Müdürü

ETİK BEYANI

Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında;

o Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,

o Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,

o Tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,

o Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,

o Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

İmza: ……..

Fırat Korkmaz

28.06.2021

ÖZET

Haksız fiillerden doğan borç ilişkileri TBK'da m. 49-76 arasında düzenlenmiş olup genel haksız fiil düzenlemesi olan TBK m. 49'da kusur ilkesi kabul edilmiştir. Ortaya çıkan zararın yükletilmesinde kusur ilkesi faili koruyan bir yapıdadır. Bunun temel gerekçesi de kusur ilkesinin hareket özgürlüğüne verdiği önemdir. Böylece failin kusuru olmaksızın sebep olacağı bir zarar, onun hareket özgürlüğü çerçevesinde kalmaktadır. Halbuki genel olarak başkasının hukuki alanına zarar verildiği noktada kişinin özgürlüklerinin sonlanması gerektiği herkesçe kabul edilir. Ayrıca zarar verme imkânlarına daha çok ekonomik açıdan güçlü olan kimselerin sahip olduğu da düşünüldüğünde, zararın yükletilmesi probleminde kusur ilkesinin güçlü taraf olan faili koruma meylinde olduğu görülür. Failin masum olduğu gerekçesiyle tazmin yükümlülüğü ona yüklenmemiştir. Ancak fail sadece kusur yönünden masum olup, davranış, hukuka aykırılık ve zarara sebep olma yönünden masum değildir. Ayrıca kusur, tazminin asıl konusu olan zarardan bağımsız ve genellikle zararla orantısız, tespiti zor, soyut ve hükmî bir kavramdır. Bu sebeplerle sorumluluğa sadece hareket özgürlüğü çerçevesinden yaklaşmak, sorumluluk hukukunun amaçlarına ulaşılmasına yeterli gelmez.

Kusur ilkesinin ağırlıklı olarak faili korumasından ortaya çıkabilecek problemler, kusurun objektifleştirilmesi ve haksız fiilin unsurları hakkındaki farklı teorilerle kusur ilkesinin gücü azaltılarak giderilebilir. Bu yönde objektifleştirilmiş kusur teorisi kabul edilse de hukuka aykırılık unsurunun bu hususstaki kullanımı, İsviçrede yaygınlaşmaya başlamakta olup henüz Türk Hukuku doktrin ve uygulamasında pek görülmemektedir. Ayrıca kusursuz sorumluluk halleri de kusur ilkesinin söz konusu yetersizliği üzerine ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda kusursuz sorumluluk hallerinin, kusur ilkesinin hangi hukuki gerekçeler sebebiyle ne gibi yetersizliklerine ne kadar çözüm olabildiği araştırılmalıdır. Sorumluluk hukukunun dogması haline gelmiş kusur ilkesinin yeterliliği farklı açılardan değerlendirilip ortaya konulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kusur, Kusur İlkesi, Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil

ABSTRACT

Obligations resulting from tortious actions has arranged between article 49-76 in Turkish Code of Obligations. General tort arrangement is article 49 and fault principle has accepted in it. Fault principle has a structure that protects the perpetrator about bearing the resulting damage. The main reason for this, is the importance that the fault principle attaches to freedom of movement. Thus, any damage perpetrator caused without his fault is in the frame of his freedom of movement. However, it is generally accepted by everyone that the liberties of the person should end at the point where the legal sphere of another person is harmed. In addition, if considering that people who are economically strong have more opportunities to cause harm, it is seen that the fault principle leans to protect the perpetrator who is the strongest part about bearing the damage problem. The compensation is not attributed to the perpetrator because he is innocent. However, the perpetrator is only innocent about fault and is not innocent about acting, unlawfulness and causing harm. Seperately, fault is an judicial concept that is independent from damage which is the main subject of compensation, and is generally disproportionate to the damage, difficult to determine, abstract and hypothetical. For these reasons, approaching responsibility only within the sphere of freedom of movement is not sufficient to reach the objectives of the law of liability.

The problems that may occur from the fault principle because of the protection of the perpetrator can be overcome by decreasing power of fault principle by different theories about elements of the tort and objectiveization of the fault. Although the objectiveized fault theory is accepted in this direction but the use of the unlawfullness element in this context is becoming widespread in Switzerland and has not seen much in the Turkish Law doctrine and practice. Strict liability also emerged cause of aforementioned inadequacy of the fault principle. In this context, it should be investigated to how much strict liability be a solution with which legal justification and what kind of inadequacies of the fault principle. The adequacy of the fault principle, which has become the dogma of the law of liability, should be evaluated from different wiews.

Key Words: Fault, Fault Principle, Strict Liability, Tort

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET……..……..…..III

ABSTRACT..……..……IV

İÇİNDEKİLER……..……...……V

KISALTMALAR……...……...XIV

GİRİŞ……..……..……..……1

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ……..…….…....1

I. KONUNUN TAKDİMİ……..……..……..…..……1

II. KONUNUN ÖNEMİ……...…..……..……...4

§ 2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI..……..…..……...….9

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUKTA KUSUR KAVRAMI, KUSUR İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI, AHLÂKİ VE FELSEFİ TEMELLERİ, KUSUR İLKESİNİN SONUÇLARI, FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE HAKSIZ FİİLDE KUSUR İLKESİ

§ 1. HAKSIZ FİİDEN DOĞAN SORUMLULUKTA KUSUR KAVRAMI

I. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUK ….....13

A)Haksız Fiilin Diğer Hukuka Aykırı Fiillerden Ayırt Edilmesi…..…..15

B)Haksız Fiilin Hukuka Uygun Fiillerden Ayırt Edilmesi ……..……...……..…..……...……16

1)Hukuki İşlemden Farkı ve Kusurun Hukuki İşlemlere Etkisi ……..……..……17

2) Haksız Fiilin Diğer Hukuka Uygun Fiillerle Farkı ve Kusur Açısından Değerlendirilmesi ……..……...…..……....20

C) Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusurun Rolü….....21

1) Kusur İlkesi…….……..……..…….....22

2) Sebebiyet İlkesi……..…...…..….....24

a) Kusursuz Sorumluluk……..……...…...…….……25

b) Türk Borçlar Hukukunda Kusursuz Sorumluluk…….....26

II. HAKSIZ FİİLDE KUSUR UNSURU…...……...……...…...27

A) Kusurun Tanımı ve Mahiyeti……..…...…..……..……..…28

B) Kusurun Çeşitleri……..…..…….....32

1) Kast…….……..……...32

2) İhmal……..……..…….....38

3) İhmalin Kıstası ve Kusur Teorileri…….....42

a) İhmalin Objektifleştirilmesi ve Kusur İlkesini Zayıflatması…...43

b) Subjektif Kusur Teorisi ve Kusur İlkesini Kuvvetlendirmesi…..52

C) Ayırt Etme Gücünün Kusurla ve Kusur İlkesiyle Bağlantısı.....58

§ 2. KUSUR İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI, AHLÂKİ VE FELSEFİ TEMELLERİ VE KUSUR İLKESİNİN SONUÇLARI

I) KUSUR İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI……..……....63

II) KUSUR İLKESİNİN AHLAKİ VE FELSEFİ TEMELLERİ…….……65

A) Adalet Fikri…….……66

B) İrade ve Hareket Hürriyeti Fikri……..…...…...68

C) Ferdiyetçilik Fikri…….…….…….……70

III) KUSUR İLKESİNİN SONUÇLARI…….…….……72

A) Müspet Sonuç…….…….……..73

B) Menfi Sonuç…….…….……74

§ 3. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE HAKSIZ FİİLDE KUSUR İLKESİ

I)İSLÂM HUKUKU…….…….…....……..…75

II) ROMA HUKUKU…….……...…..……81

III) ANGLOSAKSON HUKUK SİSTEMİ……..…….....……....87

IV) İSVİÇRE HUKUKU ……...…….92

V) ALMAN HUKUKU…….…….……...…..97

A) Alman Hukukunda Kusur İlkesinin Tarihi Gelişimi…….…….97

B) Alman Hukukunda Kusur İlkesi…….……99

İKİNCİ BÖLÜM

KUSUR İLKESİYLE HAKSIZ FİİLİN UNSURLARININ BAĞLANTILARININ İNCELENMESİ, KUSUR İLE SEBEBİYET İLKELERİNİN SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ, KUSUR İLKESİNİ DESTEKLEYEN HUKUKİ GEREKÇELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ, KUSUR İLKESİNİN TEMELLERİNİN VE HUKUKİ GEREKÇELERİNİN ELEŞTİRİSİ, KUSUR İLKESİ ALEYHİNE İLERİ SÜRÜLEN HUKUKÎ GEREKÇELER

§ 1.KUSUR İLKESİYLE HAKSIZ FİİLİN UNSURLARININ BAĞLANTILARININ İNCELENMESİ

I. KUSUR İLKESİ VE DAVRANIŞ……..…….…….……107

A) Davranış Kavramı ve Unsurları ……..…….…..109

1) Davranışın Unsurlarının Kusur İlkesi Bağlamında İncelenmesi …….…..109

a) Maddi Unsur ve Kusur İlkesi……..…….....110

b) Manevi Unsur ve Kusur İlkesi…….……..…..……114

2) Müspet ve Menfi Davranış Kavramları……..……119

a) Müspet Davranış …….……...119

b) Menfi Davranış…….……..120

aa) Kusur İlkesi ve Menfi Davranış……124

bb) Kusursuz Sorumluluk Halleri ve Menfi Davranış…….127

II) KUSUR İLKESİ VE ZARAR ….……...……129

A) Manevi Zarar……..…….131

B) Manevi Zarar ve Bu Zarar Çeşidinde Kusur İlkesi…….132

III) KUSUR İLKESİ VE İLLİYET BAĞI……....135

A) İlliyet Bağı Kavramı……...135

B) Kusur İlkesi Bağlamında Hukukî İlliyet Teorileri……..137

1. Şart Teorisi ve Kusur İlkesiyle Bağlantısı……...137

2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi ve Kusur İlkesiyle Bağlantısı……...142

a) Uygun İlliyet Bağı Teorisinde İlliyet Bağının Kusurla Karıştırılması.....145

b) Uygun İlliyet Bağı Kavramının Kusuru Kapsaması……147

aa) Kastın İlliyet Bağını Kurması…….…..…...147

bb) Uygun İlliyetin İhmali Kapsaması…….…….149

c) Uygun İlliyet Bağına Dair Teorilerin Kusur ve Sebebiyet İlkelerini Etkilemesi……..…....……...151

3.Son Şart ve Yakın Sebep Teorilerinin Kusur ve Sebebiyet İlkeleriyle Bağlantıları……..……..…153

C) Kusur İlkesi Bağlamında Kusur ve İlliyet Bağı Unsurlarının Bağlantısı Hakkındaki Değerlendirmelerimiz...……158

IV) KUSUR İLKESİ VE HUKUKA AYKIRILIK……..…164

A) Hukuka Aykırılık Kavramı……164

B) Kusur İlkesi Bağlamında Objektif ve Subjektif Hukuka Aykırılık Teorileri…….....……..166

C) Kusur İlkesi ve Kusursuz Sorumluluk Bakımından Hukuka Aykırı Davranış ve Hukuka Aykırı Sonuç Teorileri…….170

D) Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisi ve Kusur İlkesi……178

1) Özen Yükümlülüğüne Dayanan Hukuka Aykırılık Görüşü…...181

2) Koruma Yükümlülüğüne Dayanan Hukuka Aykırılık Görüşü...183

3) Genel Davranış Yükümlülüğüne Dayanan Hukuka Aykırılık Görüşü……...185

E) Kusur İlkesi Bağlamında Hukuka Aykırılık ve Kusur Unsurlarının Teknik Bağlantıları……..……189

§ 2. KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİNİN SORUMLULUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I) KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİNDE SORUMLULUK DAİRESİ……...……...…195

A) Sebebiyet İlkesinde Sorumluluk Dairesi……..…….195

B) Kusur İlkesinde Sorumluluk Dairesi…….……197

1) Objektif İhmal Teorisinde Sorumluluk Dairesi ve Sebebiyet İlkesine Yakınlığı….....……...……..199

2) Subjektif İhmal Teorisinde Kusur Kavramının Teknik Yapısı…206

II) KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİNİN ORTAYA ÇIKARDIKLARI DURUMLAR……..……207

A) Kusur Ve Sebebiyet İlkelerinin Temel Hareket Noktaları…….208

1) Önlenebilirlik ve Hareket Özgürlüğü İlişkisi Bakımlarından….208

2) Kusur İlkesinin Fail Sebebiyet İlkesinin Sonuç Odaklı Olması.213

3) Kusur İlkesinin Davranışla Ortaya Çıkan Zararlara Sebebiyet İlkesinin Her Türlü Vasıtayla Ortaya Çıkmış Zararlara Odaklanması…….216

4)Sorumluluğun Açıklığı Yönünden Kusur ve Sebebiyet İlkeleri ……..……....217

B) Sorumluluk İlkelerinin Tazmin İlişkisini Kurmakta Başvurduğu Kavramlar……..……..219

1) Sorumluluğu Kurmakta Önlenebilirlik Ölçütü…….222

a) Sorumluluk İlkelerinde Önlenebilirlik……..223

b) Önlenebilirlik ve Masumiyet……223

2) Girişilen İşin Niteliğinin Kusur ve Sebebiyet İlkelerine Tesiri ……..……..…228

a) Kusur İlkesine Tesiri……..…….228

aa) Fail Lehine Sorumluluğun Daralması ve Kusur İlkesini Güçlendirmesi……..……228

bb) Fail Aleyhine Sorumluluğun Genişleyerek Sebep Sorumluluğuna Yaklaşması…….……..…..…….231

b) Sebebiyet İlkesine Tesiri…….……232

§ 3. KUSUR İLKESİNİ DESTEKLEYEN HUKUKİ GEREKÇELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ, KUSUR İLKESİNİN TEMELLERİNİN HUKUKİ GEREKÇELERİNİN ELEŞTİRİSİ, KUSUR İLKESİ ALEYHİNE İLERİ SÜRÜLEN HUKUKÎ GEREKÇELER

I. KUSUR İLKESİNİ DESTEKLEYEN HUKUKİ GEREKÇELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ…….……...……..235

A) Zarar Verenin Masumiyetini Koruması……...236

B) Kişilerin Teşebbüs Cesaretini Koruması…….239

C) Kişileri Dikkatli Olmaya Sevk Etmesi…….……..….240

D) Topluma Emniyet Hissi Kazandırması ve Kişisel Gelişimi Desteklemesi …….....241

E) Zihnî veya Fizikî Engeli Olanları Koruması……241

F) Kusurlu Kimse ile Kusursuz Kimseyi Eşit Tutmaması……243

II) KUSUR İLKESİNİN TEMELLERİNİN VE HUKUKİ GEREKÇELERİNİN ELEŞTİRİSİ VE KUSUR İLKESİ ALEYHİNE İLERİ SÜRÜLEN HUKUKÎ GEREKÇELER…..……...…..……245

A) Kusur İlkesinin Temellerinin ve Hukuki Gerekçelerinin Eleştirisi ……...245

1) Zarar Verenin Masumiyetini Zarar Göreninkine Tercih Etmesi ……...……..……246

2) Tazmin sorumluluğuyla Cezanın Birbirine Karıştırılması……...253

3) Kişileri Cesaretlendirmesi ve Fertleri Dikkatli Olmaya Sevk Etmesi ……..…...……...…258

4) Kusurlu Kimse ile Kusursuz Kimseyi Eşit Tutmamasının Değerlendirilmesi……..…262

B) Kusur İlkesi Aleyhine İleri Sürülen Hukukî Gerekçeler……..263

1)Kusurun Farazi ve Tesadüfi Bir Kavram Olması……..263

2)Kusuru Tespit ve İspat Güçlüğü……..265

3) Toplumdaki Eminlik ve Güven Ortamının Devamı……269

4) Zararla Kusur Arasındaki Orantısızlığın Sonuçları……271

5) Kusur İlkesinin Günümüz Hayat Şartlarına Uygunsuzluğu……272

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİGORTALARIN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI, KUSURSUZ SORUMLULUK ESASLARININ VE ÇEŞİTLERİNİN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTILARININ DEĞERLENDİRİLMESİ, TAZMİNATA ETKİ EDEN BAZI HUSUSLARIN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI

§1.SİGORTALARIN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI

I) SORUMLULUK HUKUKUNDA SOSYAL DÜŞÜNCE ve SİGORTALAR……..….276

II)SİGORTALAR ve SORUMLULUK İLKELERİ……279

A) Sorumluluk Sigortaları……..279

1) Kusur ilkesinin Sorumluluk Sigortalarıyla Uyumu……...281

2) Sorumluluk Sigortasının Kusur İlkesinin Menfi Sonucunu Koruması ve Müspet Sonucunu Zayıflatması……284

3)Kusursuz Sorumlulukta Sorumluluk Sigortası……..285

4) Sorumluluk Sigortalarında Kusurun Rücu İlişkisi Doğurması…288

B) Mal ve Can Sigortalarında Kusur İlkesi……291

§ 2. KUSURSUZ SORUMLULUK ESASLARININ VE ÇEŞİTLERİNİN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTILARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. KUSURSUZ SORUMLULUK ESASLARININ KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTILARI……..……..….293

A) Genel Olarak Kusursuz Sorumluluk Esasları……....293

B) Kusursuz Sorumluluk Esaslarının Kusur ve Sebebiyet İlkesiyle Bağlantıları……...294

1) Kusursuz Sorumluluk Esaslarının Sebebiyet Sorumluluğunu Gerekçelendirmesi…….……295

2) Kusursuz Sorumluluk Esaslarının Sebebiyet Sorumluluğunu Yumuşatması…….…….…….297

II. KUSURSUZ SORUMLULUK ESASLARININ ÇEŞİTLERİ VE SORUMLULUK İLKELERİYLE BAĞLANTILARI.....299

A) Hakkaniyet Esası…….…302

B) Hâkimiyet Esası……...……..…..308

C) Menfaat Esası……..……..…..…….311

D) Hukuka Aykırılık Esası…….……..313

E) Objektif Özen Yükümlülüğü Esası……...…….….317

F) Tehlike Esası…….……...323

G) Fedakârlığın Denkleştirilmesi Esası……...…….……336

H) Anormallik Esası…….……339

§ 3. TAZMİNATA ETKİ EDEN BAZI HUSUSLARIN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI

I) TAZMİNATTA İNDİRİM SEBEPLERİNİN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI……..……..341

A) Zarar Verenin Kusurunun Hafifliğinin Kusur İlkesiyle Bağlantısı……...341

B) Sorumluluk İlkeleri ile Zarar Görenin Ortak veya Bireysel Kusuru ……...343

1) Zarar Görenin Kusuru Kurumunda Kusur Unsuru……345

2) Kusur İlkesi ve Zarar Görenin Kusuru……..348

C) Ortak Kusur Olarak Zarar Görenin Rızası…….351

D) İlliyet Bağının Zayıflığı…….……351

1) Umulmayan Olaylar……...352

2) Bünyevi İstidat……..…….356

II)MÜŞTEREK HAKSIZ FİİL……..361

SONUÇ……..……..……365

KAYNAKÇA…….…….……...…….381

Kısaltmalar

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
ABGB	:	Avusturya Medeni Kanunu
Abs.	:	Absatz (Paragraf).
age	:	Adı geçen eser
Art.	:	Artikel (Madde)
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AtG	:	BG vom 23. Dezember 1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz (Atomgesetz)
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	:	Bundesgerichtsentscheidungen (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGH	:	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	:	Entscheidungen des Bundesgerichtshof es in Zivilsachen (Alman Federal Yüksek Mahkemesinin medeni hukuk kararları)
Bkz.	:	Bakınız
bl.	:	Bölüm
bş.	:	Başlık
BÜHFD	:	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BTHD	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	:	Cilt
Çev.	:	Çeviren
ÇÜHFD	:	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn	:	Dipnot
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜHFD	:	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:	Esas
EOÜİFD	:	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi

EÜHFD	:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EAD	:	Ekev Akademi Dergisi
EBG	:	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957.
EBK	:	Eski Borçlar Kanunu
EIG	:	BG vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Stark-und Schwachstromanlagen (Elektrizitätsgesetz)
GSchG	:	BG vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigungen (Geässerschutzgesetz).
HD	:	Hukuk Dairesi
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İBBGK	:	İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İHAD	:	İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFD	:	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JVG	:	BG vom 10. Juni 1925 über Jagd und Vogelschutz.
K.	:	Karar
km	:	Kilometre
KTK	:	Karayolları Trafik Kanunu
KÜHFD	:	Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LFG	:	BG vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz)
m.	:	Madde
MO	:	Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907.
M.Ö.	:	Milattan Önce
MÜHF-HAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OR.	:	Schweizerische Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RLG	:	BG vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur

		Beförderung flüssiger und gasförmiger Brenn- und Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz)
Sa.	:	Satz (Cümle)
SVG	:	BG vom 19. Dezember 1958 über den Strassenverkehr (Strassenverkehrsgesetz)
SÜHFD	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	:	Tarih
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
THD	:	Terazi Hukuk Dergisi
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vd	:	Ve devamı
Y.	:	Yıl
YD.	:	Yargıtay Dergisi
YBÜHFD	:	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
YÜHFD	:	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
YCGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZGB	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Bu tezin konusu Türk Borçlar Hukukunda haksız fiillerde kusur ilkesinin değerlendirilmesidir. Türk Borçlar Hukukunda kusur kavramına büyük önem atfedilerek haksız fiiller ve sözleşmeler alanında kusur ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre haksız fiiller ve sözleşmeler alanında kusur, sorumluluğun kurucu bir unsurudur. Türk Borçlar Hukukunda hukuka uygun fiiller alanında sözleşmelerden başka maddî fiillerde ve bilgi açıklamalarında dahi kusurun varlığına sonuç bağlanmıştır. Tezde kusur ilkesinin hukuki ve felsefi temelleri, haksız fiil kavramıyla olan bağlantıları, sorumluluk hukukunun yapı ve amaçlarıyla uyumu, hukuki gerekçeleri ve bunlara yapılan eleştiriler değerlendirilmiştir. Ayrıca tezde kusurun aranmadığı hukukî alanlar olan kusursuz sorumluluk hallerinin ne gibi esaslara bağlı olarak nasıl ve ne şekilde devreye girdiği de ortaya koyularak sorumluluk hukukunda kusur ilkesinin rolüne dair hukuki tahlillere ulaşılmaya çalışılmıştır.

Kusur ilkesi sorumluluk kavramıyla yakından ilgilidir. Sorumluluk kişilerin daha önceden yüklendikleri bir borca veya davranış kurallarına aykırı davranmaları sebebiyle ortaya çıkan zararı tazmin etme yükümlülüklerini ifade eder. Sorumluluğun önemli bir kısmını ise haksız olarak verilen zararlardan doğan sorumluluk oluşturur. Kusur ilkesine göre bu sorumluluğun meydana gelmesi için kusurun varlığı zorunludur. Böylece haksız fiil sorumluluğunda kusur ilkesi, kusuru sorumluluğun temel unsuru yapar. Tezde haksız fiil sorumluluğunda kusurun unsur olarak kabul edilmesinin, sorumluluğun doğuşuna, etki alanına, hukukî neticelere ulaşmasına nasıl etkilerde bulunduğu araştırılıp bunun genel bir ilke olması durumu değerlendirilmiştir.

Kusur ilkesi sadece Türk Hukukunda değil ayrıca genel olarak Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde de ilke olarak kabul edilmiştir. Bunun kaynağı en temelde Roma Hukukudur. Hem haksız fiil hem akdî sorumlulukta önceleri Roma Hukukunda hâkim kanaate göre kusursuz sorumluluk kabul edildiği halde, daha sonraki dönemlerde kusur sorumluluğunun kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. Roma Hukuku kaynaklı ortak hukuk, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kusurun sorumluluğun bir şartı olarak kabul edilmesine sebep oldu. Böylece Almanya, Fransa, İsviçre, Avusturya

ve İskandinav hukuk sistemlerinde kusur haksız fiilden doğan sorumluluğun bir şartı olarak düzenlenmiştir.

Kusur kavramı borçlar hukukunun hatta hukuk biliminin ana kavramlarından birisidir. Kusur bu özelliğiyle genel hukuk doktrinine dahil olmuş bir kavramdır. Özellikle ceza hukuku açısından son derece önemli olan kusur, özel hukuk ve bilhassa da sorumluluk hukuku açısından kendisine önemli sonuçlar bağlanmış bir kavramdır. Bununla beraber kusur genel yapısı itibarıyla somutlaştırılmakta oldukça zorlanılan farazi ve hükmî bir kavramdır. Mahiyeti itibarıyla da özünde iradeye istinat eder. Böylesine soyut ve zarardan bağımsız bir kavramın borçlar hukukunda temel bir ilke haline gelmesi ve sorumluluk hukukunda adeta başrolde bulunması bu ilkeyi öncelikle ve etraflıca incelenmesi gereken bir konu haline getirmektedir.

Türk Doktrininde sorumluluk hukukuyla ilgili esaslı, kapsamlı belirli çalışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmaların çoğunluğu sorumluluğu bir bütün olarak ele almakta bir kısmı ise bunları kısımlara ayırarak incelemektedir. Sorumluluk çok önemli bir konu olsa da sorumluluk hukuku şeklindeki monografiler Türk Hukukunda az sayıdadır. Bu konuda Alman ve İsviçre Doktrini, Türk Hukukuna göre oldukça zengindir. Türk Hukukunda daha çok haksız fiil alanında veya farklı kusursuz sorumluluk alanlarında konunun önemine binaen birçok monografik eserler, yüksek lisans ve doktora tezi seviyesinde çalışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmalar genellikle haksız fiille ilgili bir husus ya da kusursuz sorumluluk hallerinden birisinin müstakil olarak veya bir bağlam üzerinde incelenmesi üzerinedir. Türk Hukukunda da sorumluluk bahsi içerisinde kusur ilkesi gibi tartışılmaya başlanan ana bir ilkenin doğrudan incelenmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Konu her ne kadar Türk Borçlar Hukuku kapsamı içinde kusur ilkesinin değerlendirilmesi ise de sorumluluk ilkeleri ve haksız fiilin kendisi oldukça derin teorik alt yapısı olan evrensel kavramlardır. Türk Borçlar Hukuku'nun Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne dahil ve onunla kuvvetli şekilde bağlantılı olduğu da düşünüldüğünde özellikle Almanya ve İsviçre Doktrinlerinde bu konuyla ilgili ne gibi hukuki esaslar, gelişmeler ve eserler olduğu da önem arz eder. Kusur ilkesi Türk Doktrininde olduğu gibi bu ülkelerin doktrinlerinde de "*Haftpflichtrecht"* (sorumluluk hukuku) konulu monografilerinde incelenmiştir. Söz konusu monografilerde kusur ilkesinin incelendiği kısımlarda konunun teknik boyutuna dair derin tahlillerin ve çıkarımların olduğu görülür. Bu hususta Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar

Kanununa ilişkin şerhler de önem arz etmektedir. Bu sebeplerle tezde kusur kavramı ilkesi ve sorumluluk hukukuna dair teknik incelemelerde yabancı doktrinde yapılmış tahliller, ulaşılmış teorik bilgi ve çıkarımlar hem o hukuk sistemi özelinde incelenmiş hem de daha ağırlıklı olarak bünyelerinin el verdiği ölçüde Türk Borçlar Hukukunda haksız fiilde kusurun rolünün değerlendirilmesi bağlamında kullanılarak kusur ilkesi ele alınmıştır.

Haksız fiillerde kusur ilkesinin değerlendirilmesinin sonuçları itibarıyla uygulamaya dönük bir yüzü var ise de ilke değerlendirmesi son derece teorik bir zemine oturmuş gerçekten zor bir konudur. Bu büyük ölçüde haksız fiilin unsurlarının soyut ve teorik mahiyetlerinden kaynaklanmaktadır. Kusurun mahiyeti farazi ve soyuttur. Ayrıca haksız fiilin diğer unsurlarından olan hukuka aykırılık, maddi hukuka dayanmakla birlikte soyutlaştırılabilen ve kusura oldukça benzeyen, kendisi olmaksızın kusurun ortaya çıkamadığı, kusurla karışmaya müsait bir mahiyet içerir. Haksız fiilin en somut görünen unsuru olan illiyet bağı ve davranış unsurları bile içerisinde önemli miktarda soyut ve teorik hususlar barındırmaktadır. Hatta bu unsurların sınırları bazen öylesine belirsizleşir ve birbirleri içerisine girerler ki bunları birbirinden ayırmak için önemli teorik ve teknik açıklamalara ihtiyaç duyulur. İşte bu sebeple haksız fiil sorumluluğu alanında her unsur üzerinde pek çok teorik tartışma bulunmaktadır. Bu kavramların birbirleriyle irtibatının konuyla ilgili farklı teorik görüşleri de ihmal etmeksizin sağlam bir sistematik şema ile ortaya konulması ancak bu konu üzerinde yapılacak bir çalışma ile mümkün olabilir. Çalışmamızda haksız fiilin unsurları hakkındaki farklı teorilerin kusur kavramıyla ve kusur ilkesiyle ilişkileri de gözetilerek bunların sorumluluk hukukuyla ilgili ortaya çıkardığı durumlar ortaya koyulmuştur. Ayrıca bu yolla haksız fiilin unsurlarına ilişkin teoriler kullanılarak, ideal hukuk bakımından sorumluluk hukuku daha iyi bir noktaya taşınabilir. Bu hususta özellikle hukuka aykırılık gibi unsurlara ilişkin teori ve yaklaşımların kusur ilkesinin sonuçlarını ne derece ve nasıl etkileyeceğinin incelenmesi konu bakımından büyük önem arz eder.

Sorumluluk hukuku zararın hiç ortaya çıkmaması ve zararın en doğru şekilde giderilmesi amaçlarına ulaşmakta bazı hususları gözetir. Bunlar taraflar arası menfaat dengesi, adalet ve hakkaniyet düşüncesi, toplumsal gereklilikler, ferdin ve toplumun nimet-külfet dengesi gibi hususlardır. Sorumluluk ilkelerinin hukukî gerekçelerinin zayıfladığı zarar tiplerinde söz konusu hususların temini de zayıflar. Böylece bazı zarar

veya olay tipleri bakımından kusur ilkesi önemli derecede dezavantajlı konuma gelmektedir. İşte bu dezavantajlı konuma sebep olan noktalarda, kusursuz sorumluluk esasları belirmeye başlar. Kusursuz sorumluluk esasları, hukuk sistemi tarafından kusur ilkesinin terk edilmesinin hukuki gerekçeleri olarak görülmesi yönüyle ilke değerlendirmesinin adeta kilometre taşlarıdır. Zira kusur ilkenin yetersizliği bu noktalarda artık somutlaşmakta ve adeta hukuk sistemi bu eksikliği gidermek için sorumluluk olgusuna farklı bir pencereden bakmaktadır. Kusur ilkesinin tatbiki ile ortaya çıkan sorunlar, kanun koyucu tarafından kusursuz sorumluluk esasları çerçevesinde sebebiyet ilkesinin devreye sokulması ile giderilmeye çalışılmıştır. Bir amacımız da kusur ilkesinin değerlendirilmesi ile tespit edilmiş muhtemel, vâki, ve teorik birçok problemleri çözmek için bu esasların yeterliliğini, ve sorumluluğu kurmaktaki hukuki yöntemini araştırmaktır. Kusur ilkesi her ne kadar temel bir ilke olsa da, haksız fiile ilişkin sorumlulukta ulaştığı neticeler açısından yetersizliği sanayi devrimi ve makineleşme gibi değişen şartların da etkisiyle günümüzde artık iyice ortaya çıkmıştır. Bu noktada mevcut kusursuz sorumluluk esaslarının problemleri çözüm tarzı ve ulaştığı hukukî neticeler ele alınmıştır.

Böylelikle konu beş ana sütun üzerindeki incelemeler üzerine inşa edilmiştir. Bunlardan birincisi haksız fiilin unsurlarının kusur ilkesiyle ve yeri geldikçe sebebiyet ilkesiyle olan irtibatıdır. İkincisi kusur ve sebebiyet ilkelerinin sorumluluk hukuku bakımından değerlendirilmesidir. Bu sütun sorumluluk ilkelerinin ana mahiyetlerinin ve sorumluluğa yaklaşımlarındaki hareket noktalarının, kendilerine has özelliklerinin, kapsamlarının ne gibi kavramlar üzerine sorumluluğu tesis ettiklerinin, bir nev'i ruhlarının incelendiği sütundur. Üçüncü sütun, kusur ilkesinin hukukî ve felsefi temellerinin, sonuçlarının değerlendirilmesi ve kusur ilkesinin sebebiyet ilkesiyle avantaj ve dezavantajlarının mukayeseli bir şekilde ortaya konularak, ilkelerin benzerlik ve farklarının iyiden iyiye ortaya çıkartılmasıdır. Dördüncü sütun kusursuz sorumluluk esaslarının kusur ilkesi bağlamında değerlendirilmesidir. Beşinci sütun ise tazminat yükümlüsünü değiştirebilecek ve tazminata etki edebilecek sigortalar, zarar görenin kusuru, illiyet bağının zayıflığı, müşterek haksız fiil gibi hususlar bakımından sorumluluk ilkelerinin değerlendirilmesidir.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Kusura atfedilen önemi, kusur ilkesinin Türk Borçlar Hukukunda temel ilkelerden birisi olarak kabul edilmesi göstermektedir. Gerçekten kusur ilkesi, Türk

Borçlar Hukukunda kabul edilen irade muhtariyeti, nispilik, dürüstlük, üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması, sözleşmelerde ivazlılık, borçlunun ikametgâhında ifa ilkesi gibi temel ilkelerden birisidir. Borçlar hukukunun ana konusu olan borcun doğduğu çoğu yerde, kusur ilkesi devreye girerek hukukî durumu etkilediği için kusur ilkesi çok kapsamlı bir ilkedir. Zira borç ilişkisinin kaynakları 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu sistematiğine göre sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir. Kusur, hem sözleşmelerden doğan sorumlulukta hem de haksız fiilden doğan borçlarda önemli rol oynamaktadır. Borçların kaynaklarından sayılan vekaletsiz iş görme ve nafakadan doğan borçlarda dahi kusur rol oynamaktadır. Kusur ilkesinin borçların kaynaklarının neredeyse tamamında işlevi olduğu görülmektedir. Böylece borçlar hukukunun en temel konusu olan borcun ve sorumluluğun ortaya çıkmasında, kapsamının belirlenmesinde, hukukî neticelere varılmasında kusur ilkesi rol oynamaktadır. Kusur ilkesinin hem bu geniş kapsamı hem de borçlar hukukunun ana konusu olan borcu doğrudan etkilemesi sebebiyle kusur ilkesi gerçekten önemli bir ilkedir.

Tezde kusur ilkesinin ancak haksız fiillerle olan bağlantısı incelenmiştir. Borç ilişkilerini doğuran en önemli kaynaklardan birisi olan haksız fiilden doğan sorumluluğun gerçekleşmesi kusurun varlığı şartına bağlıdır. Bu durum kusur ilkesinin haksız fiillerdeki en temel görünümüdür. Haksız fiilde kusurun olması sebebiyle mutlaka sorumluluk doğar ki buna kusur ilkesinin müspet sonucu, kusur olmaksızın sorumluluk söz konusu olamaz ki buna da kusur ilkesinin menfi sonucu denilir. Türk Borçlar Kanunu m. 49/1'de haksız fiilden doğan tazmin sorumluluğu *"kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille…"* lafzının delaletiyle kusurun varlığına bağlanmıştır. Bunun mefhumu muhalifinden çıkan sonuç, kusur yok ise sorumluluğunda söz konusu olamayacağıdır ki bu kusur ilkesinin menfi sonucunun ifadesidir. Menfi sonuç haksız fiillerde kusur ilkesinin esas manasını teşkil etmektedir. Zira kusuru kurucu unsur yapan ve kusuru haksız fiilden doğan borcun unsuru ve şartı haline getiren bu ilkedir. Failin bu sorumluluğunun miktarının kusurla orantılanması ise kusur ilkesinin müspet sonucunun bir görünümüdür. Türk Borçlar Kanunu m. 51/1'e göre kusurun miktarı ile tazminat miktarı arasında bir çeşit denge kurulur. Hâkim somut olayda failin kusurunun ağırlığını tespit edecek ve kusurun hafifliği ölçüsünde tazminat miktarını belirleyecektir. Böylece kusurun ağırlığı, sorumluluğun kapsam ve tayinini belirlemiş olmaktadır.

Türk Borçlar Kanununda kusur lafzına pek çok kere yer verilmiş ancak kusur kavramının tanımı kanunda verilmemiştir. Bu husus, hukuk ilmine ve içtihatlara bırakılmıştır. Kusur doktrinde üzerinde ittifak edilmiş bir tanım bulunmayan bir kavramdır. Doktrinde kusurun birçok farklı tanımı yapılmıştır. Doktrinde ortaya konulan tanımlar birbirine yakın ve benzer olmakla beraber önemli farklılıklar da içermektedir. Kusurun soyut, hükmî ve farazi bir kavram olması da düşünüldüğünde bu durum kusurla ilgili hususlarda farklı teorilerin ortaya atılmasına sebep olmaktadır. Kusurun daha tanımında başlayan bu farklı görüşler, kusurla ilgili hukuki neticelere ulaşılmasına kadar devam ederek büyük bir alana dağılmış bulunmaktadır. Böylece kusura ilişkin tanımların, sorumluluk hukukuna nasıl bir etkisinin olduğunun araştırılması gerekir.

Haksız fiilin beş unsuru olan davranış, zarar, illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusur unsurlarından hukuk sistemince kusurun kaldırılması durumunda kusursuz sorumluluktan söz edilir. Kusursuz sorumluluk ise sebebiyet esasına dayanmaktadır. Bu nedenle kusur kavramına ilişkin yapılan tanımlamalar, kusur kavramını izah eden teoriler kusurun varlığı veya yokluğu, hafifliği veya ağırlığı sonuçlarını doğuracağı için kusur ilkesini sebebiyet ilkesine doğru yaklaştırmakta veya ondan uzaklaştırmaktadır. Bu noktada özellikle ihmalin tespitinde objektif ve subjektif teoriler örnek gösterilebilir. Aynı şekilde haksız fiilin diğer unsurlarına ilişkin farklı tanımlamalar ve bu unsurlar hakkında ortaya atılmış farklı teorik görüşler teknik ve sorumluluğa yaklaşım açılarından kusur veya sebebiyet ilkesiyle bir uyum veya tezat içerisindedir. Genel olarak failin sorumluluk dairesini genişleten, ve daha çok sonuca odaklanan teoriler sebebiyet ilkesini, zararın sorumluluğunu faile taşımamaya meyilli ve faile odaklanan teoriler kusur ilkesini güçlendirmektedir. Böylece haksız fiilin her unsuru hakkındaki teorilerin kusur ilkesini nasıl etkileyeceğinin ortaya çıkarılması önem arz eder.

Kusur kast ve ihmalden oluşmaktadır. İhmal ise ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır. Kastın ve ağır ihmalin tespiti kolaydır. Hafif ihmalin tespiti ise farklı görüşlerin ortaya atılmasına sebep olmuştur. Bunlardan birisi olan objektif görüş kusurun varlığında ortalama bir tipin davranışını araştırır ve bundan sapan davranışı kusurun varlığı için yeterli görür. Objektif görüş kusur için kınanabilir davranışı değil ortalamadan sapan davranışı esas aldığı için kusur ilkesinin ahlâki temelinden yoksun bulunmaktadır. Diğer görüş olan subjektif görüş, kusurun tespitinde failin şahsi

özelliklerini kıstas alır. Burada failin kendi şahsî özellikleri gözetilir ve yaptığı davranışa sebep olan iradenin kınanabilir olması aranır. Kınanması mümkün olmayan bir kimsenin bir şekilde sebep olduğu zarardan tazminle sorumlu tutulması sorumluluk anlayışını sebep sorumluluğuna yaklaştırır. Objektif görüşün kabul edilmesi kusur ilkesini önemli derecede zayıflatmakta ve sorumluluk anlayışını objektif anlayışa doğru yaklaştırmaktadır. Bugün Türk Hukukunda ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde doktrin ve uygulamada baskın olan objektif görüştür. Bu durumun sebeplerinin de araştırılarak kusur ilkesinin bu yolla neden zayıflatılmak istendiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kusur ilkesi gibi en temel ve çok önemli bir ilkenin kusurun objektifleştirilerek zayıflatılmak istenmesi ve bunun ulaşacağı sonuçların tahlil edilmesi önem arz eder.

Kusur ilkesi belirli hukuki gerekçelere dayanmaktadır. Bu gerekçeler sorumluluk hukukunun amaçları olan zararın hiç ortaya çıkmaması veya adaletli şekilde giderilmesi hususlarını temin etmeye yönelmiştir. Kusur ilkesinin zarar verenin masumiyetinin korunması, fertleri dikkatli olmaya sevk etmesi, kişilerin teşebbüs cesaretlerini artırması, kusurlu kimseyle kusursuz kimseyi birbirinden ayırması ya da fizikî veya zihnî engeli bulunan kimseleri sorumluluktan koruması gibi birtakım hukuki menfaatleri temin etmesi ilkenin önemli hukuki gerekçeleri olarak ortaya konulmaktadır. Kusur ilkesine yöneltilmiş ve kusur ilkesinin yetersizliği fikrine dayanan son yüzyıllarda özellikle makineleşme ve sanayi devrimi ile ortaya çıkmaya başlamış karşı görüşler de bulunmaktadır. Bunun yanında kusur ilkesinin; günümüz hayat şartlarına uygunsuzluğu, menfi sonucunun adalet fikrine aykırılığı, tazmin ile cezayı birbirine karıştırması, kusuru ispat güçlüğü ve zarar ile kusur arasındaki orantısızlık gibi birtakım problemlere yol açacağı ileri sürülmüştür. Bu düşünceler kusursuz sorumluluk hukukî kurumunun birçok ülkenin hukuk sistemine girmeye başlamasına sebep olmuştur. Bunlardan ayrı olarak sebebiyet esasının zarar görenin masumiyetini koruması, topluma eminlik ve güven vermesi, günümüz hayat şartlarına uygunluk göstermesi gibi birçok hukuki menfaati de bulunmaktadır. İşte kusur ilkesinin değerlendirilmesinde belki de en önemli merhale bu esasın ilkesel bir değerlendirmeyle ele alınması felsefi ve hukuki gerekçelerinin iyiden iyiye tahlil edilmesidir.

Kusursuz sorumluluk halleri mutlaka hakkaniyet, tehlike, objektif özen yükümlülüğünün ihlâli gibi hukuki olguların varlığına bağlanmaktadır. Kusursuz

sorumluluk hallerinde bu olguların nispeten davranış ve özellikle kusur unsurlarının yerine geçtiği ve ortaya çıkan zarardan sorumluluğun bu esaslara bağlandığı görülmektedir. Özellikle objektif özen yükümlülüğünün ihlâli, mahiyet olarak da kusura benzemektedir. Tehlike esası ise Türk Borçlar Kanununda genel bir düzenlemeyle (TBK m.71) kusur ilkesine bir istisna teşkil eden bir ilke olarak düzenlenmiştir. Kusursuz sorumluluk halleri ve bu hallerin dayandıkları esaslar kusur ilkesinin istisnasını teşkil ettikleri için kusur ilkesi konusuyla önemli derecede bağlantılıdır. Aslında kusursuz sorumluluk esasları, hukuk sisteminin sorumluluğun ortaya çıkması için kusur ilkesinden vazgeçmek için aradığı hukukî olgulardır. Kusursuz sorumluluk esasları söz konusu ise kanun koyucu artık bunları kusur ilkesinin devre dışı bırakılmasına cevaz verecek hukukî gerekçeler olarak görmektedir. Kusursuz sorumluluk esaslarının kusur ilkesinin hangi hukuki gerekçelerinin zayıflamasıyla bağlantılı olarak ortaya çıktığı önem arz eder. Kusursuz sorumluluk esaslarına bağlı sorumluluğun kusur sorumluluğundan ne kadar uzaklaştığı veya ne kadar güçlü bir sebebiyet sorumluluğunu gündeme getirdiğinin veya ilgili sorumluluk ihtiyacının ne kadar giderildiğinin araştırılması da sorumluluk hukukunun günümüzdeki gidişatını ortaya koymak açısından önemlidir.

Kusur ilkesini hangi durumun zayıflatarak sorumluluğu aşamalı olarak sebebiyet sorumluluğuna yaklaştırdığı veya hangi durumun kusur ilkesini güçlendirdiği konu açısından gerçekten büyük önem arz eder. Haksız fiilin unsurlarına ilişkin farklı teoriler veya konu bağlamında ele alınan çoğu hukuki olgunun kusur ilkesini kuvvetlendirmek veya zayıflatmak yönünde bir etkisi vardır. İlkenin zayıflaması veya kuvvetlenmesi bizzat ilkenin değerlendirilmesi için önem arz ettiği gibi sorumluluğu daraltacağı veya genişleteceği için sorumluluk hukukunun amaçlarının ne kadar gerçekleştirildiği ile de doğrudan ilgilidir. Bu sebeple ilkenin zayıfladığı ve kuvvetlendiği noktaları tespit etmek önem arz eder. Ayrıca kusur ilkesinin zayıflamasına veya güçlenmesine sebep olan kusurun objektifleştirilmesi ve subjektifleştirilmesi gibi yaklaşımların hangi hukuki gerekçelerle ne gibi ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkmaya başladığını tespit etmek kusur ilkesinin yeterliliğinin değerlendirilmesinde oldukça önemlidir. Ayrıca kusur ilkesinin zayıflatılıp sebebiyete nasıl yaklaştırılabileceğini, ne gibi teorilerin bunu temin edeceğini tespit edip ortaya koymak, uygulamaya ve doktrine de yol göstericidir. Zira uygulamada kusur ilkesinin somut olayda ortaya çıkaracağı hakkaniyete uymayacak sonuçlar ya esasında kusur

olmayan davranışların kusur olarak kabul edilmesi veya olayın zorlanarak kusursuz sorumluluğa dahil edilmesi yollarıyla giderilmeye çalışılmaktadır. Bunun yasama çalışmalarına katkısı da olacağı düşünülmektedir zira bundan sonraki yapılacak yasama çalışmalarında kusur ilkesi hangi derecede, ne gibi bir hukuki gerekçeyle zayıflatılmak isteniyorsa bunu sorumluluğu kurma tekniğine uygun olarak temin etmenin yolları ve sonuçları etraflıca ortaya konulmuş olacaktır.

§ 2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Kusur ilkesi, hem sözleşmelerden hem de haksız fiilden doğan sorumluluğu kapsadığı için çok geniş kapsamlı bir ilkedir. Sözleşmeler hukukuna ilişkin birçok alandaki sorumluluk düzenlemelerinde kusur göz önüne alınmıştır. Sözleşmelerde kusurlu sorumluluk ilke olarak kabul edilmiş olsa da her sözleşme için kusur ayrı olarak değerlendirilmiş bu değerlendirme yapılırken, kusur taraflar arasında sözleşme adaletini sağlamak için bir unsur olarak kullanılmıştır. Sözleşmelerdeki kusur sorumluluğu prensibi tezin konusu dışındadır. Bunun yanında sözleşmelerde söz konusu olabilen kusursuz sorumluluk halleri de inceleme konusu dışındadır. Zira borçların kaynakları ve bunlardan doğan sorumluluk açışından sözleşmeler ve haksız fiiller mahiyetleri ve nitelikleri itibarıyla birbirinden bağımsız, ayrı hukuki kavramlardır.

Haksız fiillerdeki kusurun sistematik yeri oldukça genel olup farklılık arz etmektedir. Haksız fiilde kusur kurucu unsur iken, sözleşmelerde sözleşmenin kurucu unsuru değil genellikle sorumluluğu doğuran veya artıran bir kavramdır. Kanun koyucu haksız fiili genel bir düzenlemeyle ele aldığı için kusur düzenlemesi de genel niteliktedir. Sözleşmelerde kusura ilişkin TBK m. 112 ve 114'de genel düzenlemeler olsa da özel borç ilişkilerinde her sözleşme tipi için ayrıca kusurun hukukî neticelerine yer verilmiştir. Böylece kanun koyucunun, farklı borç kaynakları için, kusuru farklı bir metotla ele aldığı görülmektedir.

Haksız fiil ve sözleşme haricindeki borç kaynakları olan, vekaletsiz iş görme ve nafaka için de kusurun önemi bulunmaktadır. Benzer şekilde hukuki işlem benzeri fiiller ve maddi fiiller açısından kusura ilke olarak olmasa da belirli sonuçlar bağlanmıştır. Bunlarla ilgili inceleme tezin konusu kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak sözleşmeler olsun hukuka aykırı ve uygun fiiller olsun, bunların mahiyetleri itibarı ile haksız fiilden farkları ortaya konulurken kusurla bağlantılarına örnek

kabilinden yer verilmiştir. Ayrıca bunların ilgili ve bağlantılı yerlerde kusurla olan irtibatlarına da değinilmiştir.

Tezde kusursuz sorumluluk esaslarının kusur ilkesiyle bağlantıları incelenmiştir ancak kusursuz sorumluluk halleri müstakil olarak incelenmemiştir. Kusursuz sorumluluk halleri ancak kusur ilkesinin istisnaları ve sebebiyet ilkesinin bir görünümü olmaları yönleriyle sınırlı olarak incelenmiştir. Zira amacımız Türk Hukukundaki kusursuz sorumluluk hallerinin kendilerini değil kusur sorumluluğunun istisnalarını teşkil etmelerinin ilkesel önemini incelemektir.

Tezde kusur ilkesi değerlendirilirken ilkenin antitezi olan sebebiyet ilkesi de konu bağlamında farklı başlıklar altında değerlendirilmiştir. Kusur ilkesinin değerlendirilmesi bağlamında incelenen hukuki kavramların, teknik ve hukuki yönden kusur ilkesiyle bağlantıları araştırılırken sebebiyet ilkesinin de ilgili kavramla bağlantıları mukayeseli olarak ortaya konulmuştur. Özellikle ilkesel incelemenin ağır bastığı başlıklarda, kusur ve sebebiyet ilkelerinin hukukî sonuçları beraberce ortaya konularak ilkelerin farkları ve benzerlikleri, bunların teknik sebepleri incelenmiştir. Ayrıca Türk Borçlar Hukukundaki sebebiyet sorumluluğunun görünümleri olan kusursuz sorumluluk hallerinin sebebiyet ve kusur ilkeleriyle ve bunların hukuki gerekçeleriyle bağlantıları üzerinde detaylıca durulmuştur. Ancak tezin konusu kusur ilkesinin değerlendirilmesi olup doğrudan doğruya sebebiyet ilkesinin değerlendirilmesi konu kapsamı dışındadır. Ancak kusur ilkesinin değerlendirildiği alanlarda konunun elverdiği ölçüde sebebiyet ilkesine de değinilerek kusur ilkesinin avantaj ve dezavantajları tespit edilmeye çalışılmıştır. Zira tezin ana konusu iki ilkenin kıyaslanması veya sebebiyet ilkesinin değerlendirilmesi değil, kusur ilkesinin değerlendirilmesidir.

Tezin birinci bölümünde kusurun başka hukuki kavramlarla mukayesesi yapılarak hukuki mahiyeti ortaya konulmuştur. Sorumluluk kavramının haksız fiille olan bağlantısı ortaya konularak kusurun bu sorumluluktaki yeri incelenmiştir. Bu noktada sorumluluğun kusur ve sebebiyet esasına dayanması arasındaki fark incelenerek Türk Borçlar Hukukundaki durum tespit edilmiştir. Bu bölümde ayrıca tezin ana konusunu teşkil eden kusur kavramı haksız fiilin bir unsuru olarak incelenmiştir. Sonrasında kusur ilkesinin ortaya çıkışı, ahlâki ve felsefi temelleri ve sonuçları ele alınarak ilke değerlendirmesine giriş yapılmıştır. Daha sonra farklı hukuk sistemlerinde kusurun haksız fiildeki rolüne değinilmiştir.

Tezin ikinci bölümünde haksız fiili oluşturan tüm unsurlar doktrindeki teorik görüşlere yer verilerek kavram ve tanım olarak ortaya konulmuştur. Bu noktada haksız fiilin her bir unsurunun ve bu unsurlara ilişkin hukuki değerlendirmelerin ve teorilerin, kusur ilkesine nasıl bir tesiri olduğu belirtilmiştir. Aslında kusur ilkesi veya sebebiyet ilkesi bu unsurların varlığıyla ve birbiriyle olan bağlarıyla ortaya çıkıp şekillenmektedir. Bu unsurların birbirleriyle bağlantıları kusur ilkesinin varlığını veya kuvvetini doğrudan doğruya etkiler. Haksız fiilin her bir unsuru bu hususta çok önemli yer tutmaktadır. Kusur unsuru üzerinde olduğu gibi haksız fiilin diğer unsurları hakkında da oldukça fazla sayıda teorik görüş bulunmaktadır. Bu teorik görüşlerin her birisi ilgili unsurun yapısına, varlığına, kapsamına etki ettiği için haksız fiile ve ilgili unsurun kusurla olan bağlantısına da etki etmektedir. İlgili unsur hakkındaki görüş sorumluluğu kurma tekniğini etkileyebilmekte, sorumluluğu genişletip daraltmakta, ilgili unsuru kusura yaklaştırmakta veya ondan uzaklaştırmaktadır. Bu sebeple doğrudan ilke değerlendirilmesine geçilmeden önce ikinci bölümde haksız fiil kavramının ana yapısı üzerinde kusur ilkesi değerlendirilmiştir. Böyle bir inceleme aslında kusur ilkesinin teknik boyutunun ele alınmasından başkası değildir. Bu sebeple ikinci bölümde haksız fiilin unsurları kavramsal olarak ele alınıp bu kavramların kusurla irtibatı ve sorumluluktaki yerlerinin kusur ilkesine etkisi incelenmiştir. Haksız fiilin unsurlarıyla ilgili teorik görüşler ortaya konularak, bu teoriler çerçevesinde söz konusu unsurların kusur ilkesine ne gibi tesirlerinin olduğu ve kusur ilkesiyle bu unsurların nasıl irtibatları olduğu ortaya çıkartılmıştır.

İkinci bölümün devamında sorumluluk hukuku bakımından kusur ilkesi temelde olmak üzere kusur ve sebebiyet ilkeleri karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda ilk olarak objektif ve subjkektif kusura bağlı kusur ilkesi anlayışı veya ağır sebebiyet ve yumuşatılmış sebebiyet gibi sorumluluk ilkeleriyle ilgili kabul edilen farklı yaklaşımlarla ulaşılan her sorumluluk dairesi ayrı ayrı ortaya konulmuş ve bunlar arasındaki bağlantılar tespit edilmiştir. Bu bağlamda en dar sorumluluk dairesinden en genişe doğru ilerleyen silsilede kusurun ve kusurla bağlantılı olarak davranış ve kusursuz sorumluluk esaslarının teknik rolleri ortaya konularak, sorumluluk ilkeleri daireleri tespit edilmiştir. İkinci olarak ise kusur ve sebebiyet ilkelerinin mahiyetleri, temel özellikleri, ortaya çıkarttıkları durumlar incelenmiştir. Bu kapsamda sorumluluk ilkelerinin kendi mahiyetlerine göre şekillenen sorumluluğu kurmaktaki temel hareket prensipleri incelenmiştir. Ayrıca söz konusu ilkelerin

sorumluluğu kurmaktaki başvurdukları sorumluluk hukuku açısından önem arz eden önlenebilirlik, masumiyet, tehlike, menfaat ve fedakârlık gibi kavramlarla ilişkileri incelenmiştir. İkinci bölümün en son kısmında ise kusur ilkesini destekleyen hukuki temeller ve gerekçeler değerlendirilip ortaya konulmuştur. İncelemenin devamında, kusur ilkesini destekleyen söz konusu hukuki temel ve gerekçelere dair değerlendirmelerin eleştirisi ve incelemesi yapılmıştır. En nihayetinde kusur ilkesi aleyhine ileri sürülen hukukî gerekçeler incelenmiş böylece kusur ilkesinin lehine ve aleyhine olan hukuki temel ve gerekçeler kapsamlı şekilde ortaya konulmuştur.

Üçüncü bölümde öncelikle tazmin ve sorumluluk kavramlarıyla doğrudan irtibatı olduğu için sigortaların sorumluluk ilkeleriyle bağlantıları incelenmiştir. Bu bağlamda kusurun sigorta hukukundaki rolüyle ve sigorta hukukunun kusur ve sebebiyet ilkesiyle ilişkileri ortaya konulmuştur. Daha sonra kusur ilkesinin zayıfladığı ve terk edildiği noktalar olduğu için kusursuz sorumluluk esaslarının sebebiyet ilkesini neden, nasıl ve hangi çerçevede devreye soktuğu tespit edilmiştir. Sonrasında kusursuz sorumluluk esaslarının her birinin ayrı ayrı kusur ilkesinin hukuki gerekçelerinin zayıfladığı noktalarla irtibatı kurularak kusur ve sebebiyet ilkeleriyle ve bunların yeterliliğiyle bağlantıları araştırılmıştır. Üçüncü bölümün sonunda ise aslında sorumluluk ilkeleriyle kurulan tazmin ilişkisine ayrıca etki edebilecek zarar verenin kusurunun hafifliği, zarar görenin kusuru, zarar görenin rızası, illiyet bağının zayıflığı, müşterek haksız fiil gibi hukuki kavramların kusur ve sebebiyet ilkesiyle ilişkisi araştırılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUKTA KUSUR KAVRAMI, KUSUR İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI, AHLÂKİ VE FELSEFİ TEMELLERİ, KUSUR İLKESİNİN SONUÇLARI SONUÇLARI, FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE HAKSIZ FİİLDE KUSUR İLKESİ

§ 1. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUKTA KUSUR KAVRAMI

I. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUK

Sorumluluk, borç ilişkisi gereği alacaklının borçluya karşı yaptırım gücünü ifade eden bir hukuki kavramdır. Sorumluluk kavramı borç ilişkisinin gereğinin yerine getirilmesini borçlunun serbest iradesine, dürüstlüğüne, insafına bırakılmasını engeller. Borçluyu borcuyla bağlayarak alacaklıya borçluyu borcu gereği gibi ifaya zorlama imkânı verir[1]. Borç ilişkisi, söz konusu borçtan sorumluluğu da beraberinde getirir[2]. Bu anlamda sorumluluğa -ile sorumluluk denilmektedir[3]. Borçlu sorumluluk kavramı sebebiyle alacaklıya karşı mal varlığı ile[4] sorumlu olur.

Sorumluluk kavramı bir başka anlamda daha kullanılmaktadır[5]. Kişilerin daha önceden yüklendikleri bir borca veya davranış kurallarına aykırı davranmaları sebebiyle ortaya çıkan zararı tazmin etme yükümlülükleri de sorumluluk olarak ifade edilir[6]. Buna -den sorumluluk denilmektedir. Bu sorumluluk türü sözleşme veya

---

1 **MOLITOR**, Erich Schuldrecht I. Allgemeiner Teil Ein Studien Buch, Achte Unveränderte Auflage, Berlin 1965 s.8.

2 **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, s.83.

3 **SCHWARZ**, Andreas, Borçlar Hukuku Dersleri C.1, İstanbul 1948, s.77; **EREN**, Borçlar Genel, s. 88; **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 21; **AKINCI,** Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Konya 2019, s.42.

4 **ANTALYA**, Gökhan, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, MÜHF-HAD, C.14, S. 4, Y. 2018, s.63; **KAYA**, Asım, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması, ÇÜHFD, C. 1, S. 2, Y. 2016, s. 208; Tarihi açıdan bakıldığında Roma Hukukunda şahıs ile sorumluluğun bulunduğu görülmektedir. Buna göre alacaklı alacağını elde edebilmek için borçluyu çalıştırabilir, köle olarak satabilir hatta öldürebilirdi. Şahıs ile sorumluluk zamanla terk edilerek mal varlığı ile sorumluluğa geçilmiştir. Bkz. **AKINCI**, Şahin, Roma Borçlar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Konya 2021, s. 32 vd.

5 **SCHWARZ**, Borçlar, s.78; **KAYA**, s. 208; Ceza Hukukunu da kuşatır şekilde genel olarak sorumluluğu toplumun bir ferdi olma bağlamında inceleyen yazar için Bkz. **WILENMANN**, Javier Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff Die Dogmatik Des Defensivnotstands im Strafrecht, Tübingen 2014, s.78.

6 **SCHWARZ**, Borçlar, s. 7; **ANTALYA**, Sorumluluk, s.63.

haksız fiil, kusursuz sorumluluk halleri gibi bir hukuki olgudan kaynaklanan tazmin yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkmaktadır[7]. Bu tazmin yükümlülüğü temelinde karşı tarafın hukuk alanını ihlâle dayanmaktadır. Tazmin yükümlülüğü sözleşmeler için sözleşmenin ihlâliyle söz konusu olmaktayken[8] haksız fiilde ise davranış kurallarının ihlâline dayanmaktadır[9]. Sözleşmeden doğan sorumluluğun gerçekleşmesi için sözleşmenin ihlâli gerekli iken haksız fiilden doğan sorumluluğun gerçekleşmesi için haksız fiilin varlığı yeterlidir. Zira haksız fiilin kendisi davranış kurallarının ihlâliyle ortaya çıkan bir mahiyettedir. Bu itibarla haksız fiilin gerçekleşmesi haksız fiilden doğan sorumluluğun da ortaya çıkması demektir. Bununla beraber bir davranış hem haksız fiil hem de sözleşmenin ihlâlini teşkil edebilir[10].

Türk Borçlar Kanunu haksız fiili bir borç kaynağı olarak kabul etmiştir[11]. Haksız fiil söz konusuysa taraflar arasında borç ilişkisi doğmuş demektir. Bu borç ilişkisi ise haksız fiil sorumluluğunu ifade etmektedir[12]. Haksız fiil kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışla bir başkasının mal ya da şahıs varlığına zarar verilmesidir[13].

---

7 **SCHWARZ**, Borçlar, s.76-77; **EREN**, Borçlar Genel, s. 88; **AKINCI**, Borçlar Genel, s.41-42.

8 **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 8. Tıpkı Baskı, Konya 2013, s. 203.

9 **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 203; **VITO**, Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, s. 13-14.

10 **ACKERMANN**, Josef Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht, Visp 1931. s.47.

11 **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 20. Bası, Ankara 2016, s. 290 vd.; **AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ KARAMAN**, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, İstanbul 2013, s.87; **BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI** Ertan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Basım, Bursa 2013, s.85.

12 Sözleşmeler de borçların kaynaklarından olsa da sözleşmelerden doğan borçlar ancak sözleşmenin kusurlu olarak ihlâliyle birlikte akdî sorumluluk kapsamına girmektedir. Haksız fiil sorumluluğu ile akdî sorumluluk arasında başka farklar da vardır. Akdî sorumlulukta alacaklı, borçludan tazminat yerine aynen ifa da talep edebilirken haksız fiil sorumluluğunda borçlunun yükümlülüğü tazminat ödemektir. Haksız fiilde kusuru ispat zarar görene aitken, sözleşmelerde kişi sorumlulukta kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır. **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 203-204; **VON TUHR,** Andreas, Borçlar Hukuku 1-2;Yargıtay Yayını no:15, Ankara 1983, s. 381; **TANDOĞAN**, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, Mes'uliyet Hukuku, s.62; Haksız fiilin mahiyetinden kusur hakkında bir karine çıkarılabilir. Mesela bir kimsenin kavga sırasında diğer bir kimseyi tabancayla vurması halinde vuranın kusuru karine olarak kabul edilebilir. **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku C. I Genel Hükümler, s. 285.

13 **HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 109; **REİSOĞLU**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2013 İstanbul, s. 162 vd.; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 272 vd.; **İNAN** Ali Naim/**YÜCEL** Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 2014 s. 381; **OĞUZMAN** Kemal/ **ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler , 12. Baskı, İstanbul 2016, C. 2, s. 1 vd.; **TUNÇOMAĞ**, s. 270 vd.; **ANTALYA**, s.413 vd.; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 136 vd.; **ERDOĞAN**, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2013, s.82; **YERLİKAYA**, Ünal, Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî - Hukuka Aykırılık - Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme, Diyanet İlmi Dergi, C. 53, S. 3, Y. 2017, s. 25-51.

Haksız fiil kavramındaki "haksız" kelimesi hukuka aykırılığı[14], "fiil" kelimesi kişinin ya da kişinin sorumlu tutulabileceği kişilerin davranışlarını ifade etmektedir. Söz konusu hukuka aykırı davranışın kusurlu olması ve bunun neticesinde[15] ortaya bir zararın da çıkması lazımdır. Şu halde bir haksız fiilden bahsedilmesi için davranış, zarar, uygun illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusur olmak üzere beş unsurun bir arada bulunması gerekmektedir[16]. Bütün bunlar haksız fiili oluşturan unsurlardır. İşte bu unsurların gerçekleştiği bir olay haksız fiili ortaya çıkartmakta, haksız fiilin varlığı da başka hiçbir şeye ihtiyaç olmaksızın haksız fiilden sorumluluğu doğurmaktadır.

A) Haksız Fiilin Diğer Hukuka Aykırı Fiillerden Ayırt Edilmesi

Hukukun kendisine sonuç bağladığı olaylara hukukî olay denir[17]. Hukuki fiil ise kişilerin kendi iradeleri ile yaptıkları ve hukuki sonuç doğuran davranışlarıdır. Hukuki olaylar hukuki fiilleri de kapsayan genel bir kavramdır[18]. Hukuki fiiller ise hukuka uygun ve hukuka aykırı fiiller olarak ikiye ayrılır. Hukuka aykırı fiiller, hukuk düzenin onaylamadığı, izin vermediği ve yasakladığı fiillerdir[19]. Haksız fiiller de hukuka aykırı hukuki fillerdendir. Hukuka aykırı fiillerde hukukî sonuç, failin sorumluluğu şeklinde kendini göstermektedir[20]. Haksız fiil sorumluluğu işte bu hukuki sonucu oluşturmaktadır[21].

---

14 **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 290.

15 Davranışın neticesinde zararın meydana gelmesi illiyet bağı kavramını ifade etmektedir. Haksız fiilin gerçekleşmesi için davranışla zarar arasında uygun bir illiyet bulunmalıdır. Olayların normal akışına, ilmî kaidelere, ihtimal teorilerine, hayat tecrübelerine göre mevzubahis davranış somut olayda gerçekleşen türden bir zararı ortaya çıkarmaya veya zararı artırmaya elverişli ise davranışla zarar arasında uygun illiyet bağı vardır. Bkz. **EREN**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 10 vd., s.51 vd.

16 **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 136; **YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri, MÜHF-HAD, C.14, S. 3, Y.2008, s. 31; **REİSOĞLU**, s. 163; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 292 vd.; **ŞENYÜZ**, Doğan Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 7. Baskı, Bursa 2013.s.84; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 109; **KELLER**, Alfred, Haftpflicht Im Privatrecht, 2002 Bern, s. 132; **KURTULAN**, Gökçe, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, MÜHF-HAD, C.23, S. 1, Y. 2017, s.466; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 106; **YAVUZ**, s. 31; **REİSOĞLU**, s. 171; **STRICKLER**, Hanspeter Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern und Stuttgart 1983, s. 12; **VITO**, s.72; **FIKENTSCHER**, Wolfgang, Schuldrecht, Achte Auflage, Berlin- New York 1992, s. 280.

17 **OĞUZMAN** Kemal/ **BARLAS** Nami, Medenî Hukuk, 22. Baskı, İstanbul 2016, s. 176; **AYAN**, Mehmet/ **AYAN**, Nurşen, Medenî Hukuka Giriş, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Konya 2014. s. 133-134.

18 **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 176-177.

19 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 46.

20 **OSER** Hugo/**SCHONENBERGER** Wilhelm, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Ankara 1950, s. 340; **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 177.

21 Hukuka aykırı fiil kişinin hukuk düzenince kabul edilmeyen davranışlarını kapsayan bir kavramdır. Kişinin hukuka uygun davranışları borç-sorumluluk doğurmayacaktır. İşte fiilin hukuka aykırılığı, borcun doğumuna asıl sebep olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılık aynı zamanda ceza hukuku bağlamında suç teşkil ediyorsa fiilin cezai müeyyidesi de söz konusu

Hukuki sonuç doğuran hukuka aykırı diğer fiiller ise borcun ihlâlini oluşturan fiillerdir. Borca aykırılık mevcut bir borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesiyle doğar. Bu borç ilişkisi genellikle bir sözleşmeye dayanır ki bu durumda bu tip sorumluluğa akdî sorumluluk denilir[22]. Bu bağlamda haksız fiil sorumluluğuna akit dışı sorumluluk da denilmektedir. Haksız fiilin borca aykırılıktan farkı karşı tarafın hukuki sahasının ihlâlinden önce borcun mevcut olmamasındadır[23]. Borca aykırılıkta ise ihlâlden önce borç mevcuttur, mevcut borcu gereği gibi ifa etmemekle sorumluluk doğmuştur. Halbuki haksız fiilde hukuka aykırı fiil ile borç ortaya çıkmıştır. Haksız fiilden önce taraflar arasında hiçbir hukuki ilişki bulunmamaktadır[24]. Sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlunun kusurlu olduğu karine olarak (TBK m. 112) kabul edilir. Haksız fiil sorumluluğunda ise kusuru ispat zarar görene (TBK m. 50/1) yüklenmiştir[25].

B) Haksız Fiilin Hukuka Uygun Fiillerden Ayırt Edilmesi

Haksız fiil temelinde hukuka aykırılık bulunan bir hukuki kavramdır. Haksız fiil bu yönüyle hukuka uygun sonuç doğuran fiillerden temel olarak ayrılmaktadır. Bununla beraber hukuka uygun sonuç doğuran hukuki kavramlar olan hukuki işlemler[26], hukuki işlem benzerleri ve maddi fiiller de yeni bir hukuki durum ortaya çıkartır[27] ve pek çok zaman bir borç ilişkisi tesis ederler. Dolayısıyla haksız fiillerle hukuka uygun fiillerin arasında, sonuçları açısından benzerlikler bulunmaktadır.

---

olacaktır. Bkz. **VON TUHR,** Borçlar, s. 385; **UYGUR**, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.1, Ankara 2013, s. 397.

22 **AYAN**, Medeni Hukuka Giriş, s. 136; Sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumlulukların yarışması hakkında detaylı bilgi için Bkz. **KAYA**, s. 214.

23 **PEKMEZ**, Cüneyt, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış, TAAD, S. 21, Y. 2015, s.491.

24 **VON TUHR,** Borçlar, s. 361; **AYAN**, Medeni Hukuka Giriş, s. 136; **PEKMEZ**, s.491; **KAYA**, s. 214.

25 **VON TUHR**, Borçlar, s. 381; **KAYA**, s. 214; **TUNÇOMAĞ**, s. 284; **UYGUR**, s.408; **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.422; **ERİŞGİN**, Nuri, Medeni Hukuk-II, 3. Baskı, Eskişehir 2014, s.98. Kusur ilkesinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde haksız fiilden doğan sorumlulukta zarar görenin, failin kusurunu ve bunu ortaya koyan olguları kanıtlaması hâkim ilkedir. Bkz. **ZWEIGERT**, Konrad, Karşılaştırmalı Hukuk ve Günümüzde Hukukun Oluşumu, İÜHFM, C.38, S. 1-4, Y. 1973, s.659; **FUCHS**, Maximilian, Deliktsrecht, Sechste aktualisierte und überarbeitete Auflage, Berlin 2006, s. 163; Zarar gören kusuru ispat için çoğu zaman fiilin mahiyetinden doğan fiili bir karineden yararlanır. **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.

26 Sözleşmelerde hukukî işlem çeşitlerindendir. Bkz. **VON TUHR/PETER**, s. 143.

27 Söz konusu yeni hukuki durum bir hakkın veya borç ilişkisinin doğması, değişmesi veya sona ermesi olabilir.

1) Hukuki İşlemden Farkı ve Kusurun Hukuki İşlemlere Etkisi

Hukuki işlem, hukuk düzeninin sınırları içerisinde, hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş, bir ya da daha fazla kişinin irade açıklamalarından oluşan hukuki olgudur[28]. Hukuki işlemler irade temeline dayanır ve bunun kurucu unsuru irade beyanıdır. İrade kişinin söz konusu hukuki işlemi yaparak hukuki bir sonuca ulaşmak noktasında kişinin iç aleminde oluşan istek ve arzuyu ifade eder. Haksız fiilde ise irade ancak haksız fiilin kusur unsurunun oluşumunda bir unsurdur. Zira haksız fiilde kusur, failin hukuka aykırı davranışa yönelik iradesi sebebiyle söz konusu davranışının kınanabilir olmasını ifade eder[29]. Bu itibarla irade haksız fiilde bir unsur değilse de kusur unsurunun oluşumunun temelinde bulunan bir kavramdır. Hatta kusurun objektifleşmesi ile kusur, iradeden davranış unsuruna doğru kaymaktadır[30]. Hukuki işlemlerde iradenin hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkması aranırken haksız fiilde kusurdan bahsedebilmek için iradenin hukukça kınanabilen bir tarzda ortaya çıkması aranır. Haksız fiil ise temelinde iradeye değil daha çok fiile dayanmaktadır. Zira hukuki işlemlerde hukuk düzeni işlemi yapanın iradesine onun arzuladığı sonucu bağlamaktayken, haksız fiillerde fail arzu etsin ya da etmesin onun fiiline tazmin yükümlülüğü yüklemiştir[31]. Ayrıca hukuki işlemlerde işleme katılanların sayısınca irade aranırken, haksız fiilde kusur unsuru ve buna bağlı olarak kınanabilir irade ancak haksız fiili işleyen açısından değerlendirilir[32].

Kusurlu sorumluluk ilkesi sadece haksız fiillerde değil, akdî sorumlulukta da bir ilkedir[33]. Bunun sonucu olarak kusurun hukuki işlemlerdeki rolü haksız fiillerde

---

28 **AKINCI,** Borçlar Genel, s.47; **AYAN**, Medeni Hukuka Giriş, s. 139; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.59; **EREN**, Borçlar Genel, s. 123.

29 **OĞUZMAN/ ÖZ**, C.2, s. 177; **VON TUHR/PETER**, s.430; **ERİŞGİN**, Medeni, s.97; **KELLER**, s. 115.

30 **STARK**, Emil W., Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht (Höhere Gewalt, Selbst-und Drittverschulden, Zürich 1946, s. 104.

31 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.4.

32 Türk Borçlar Kanunu m.52 zarar görenin kusurunu tazminatta indirim sebebi olarak kabul etmiştir. Anılan 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 kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir."* Ancak TBK'da zarar görenin kusuru haksız fiilin oluşumunda bir unsur olarak değerlendirilmemiş tazminatın belirlenmesinde bir ölçü olarak kabul edilmiştir.

33 **SCHNEIDER**, Thomas, Abkehr vom Verschuldensprinzip?, Tübingen 2007, s. 3, s. 13.

olduğu gibi genel olarak tazmin yükümlülüğünün doğmasında kendisini gösterir[34]. Kusur hukuki işlemlerin kurulmasından önce, kurulma safhasında veya kurulmasından sonra görülebilir. Hukuki işlem kurulmadan önceki kusurlu davranışlar sebebiyle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) söz konusu olacaktır[35]. Hukuki işlemlerin kurulma safhasında görülen kusur kesin hükümsüzlük[36]; aldatma, korkutma, aşırı yararlanma gibi sebeplerle de iptal yaptırımını ortaya çıkartır. Bu durumlarda hukuki işlemlerin geçerliliği meselesi gündeme gelecektir. Hukuki işlemlerin kurulmasından sonra ifa safhasında bir ifa arızası[37] kusurlu olarak ortaya çıkarsa borçlunun sorumluluğu söz konusu olur. Kusurlu ifa imkânsızlığı bunun açık bir örneğidir. Kusursuz ifa imkânsızlığında ise, kusur söz konusu olmadığı için imkânsızlık sebebiyle borç sona erince tazmin yükümlülüğü de doğmaz[38]. Borçlu temerrüdünde ise kusur bir unsur değildir[39] ancak sorumluluğun doğmasında kurucu

---

34 Alman ve Fransız hukuklarında sözleşmeler ve haksız fiillerde kusurun rolü, tarihi gelişimi ve bazı tartışmalar için Bkz. **SCHNEIDER**, s. 13 vd.

35 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s. 38. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun akdî bir sorumluluk olup olmadığı böylece hukuki işlemden doğan bir sorumluluk olduğu hususu ihtilaflıdır. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu kapsamında da değerlendirilebilir. Bkz. **DURAK**, Yasemin, Güven Sorumluluğu ve "Culpa In Contrahendo", SÜHFD, C. 25, S. 1, Y. 2017, s. 273 vd.; **DEMİRCİOĞLU**, Huriye Reyhan, Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s.90 vd.

36 Kesin hükümsüzlük sebeplerinden birisi de hukuki işlemin konusunun genel ahlâka aykırı olmasıdır. Ahlâka aykırı bir sonucu ortaya çıkarmaya yönelik bir irade beyanı kusurlu bir hareket tarzıdır. Genel ahlâk kavramı için Bkz. **ATEŞ**, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, s. 83 vd.; Başlangıçtaki imkânsızlık kesin hükümsüzlüğe sebep olur. Bu imkânsızlık kusurlu bir tarzda da ortaya çıkabilir. Mesela satım konusu malın tesliminin imkânsız olduğunu bildiği halde satıcının satım sözleşmesi yapması halinde olduğu gibi. Ancak bu durumda kusur sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk sebebiyle tazmin yükümlülüğüne sebep olur.

37 İfa arızaları gereği gibi ifa etmeme, borçlu temerrüdü, alacaklı temerrüdü ve sonraki imkânsızlıktır. **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 329; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 235 vd.

38 Kusursuz sonraki imkânsızlık söz konusu ise yine kusursuzluk söz konusu olduğu için tazmin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Nitekim TBK m. 136/2'e göre: *"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır"*. Kusursuz sonraki imkânsızlıkta ifanın imkânsızlaştığının alacaklının zarar görmemesi için alacaklıya bildirilmesi veya zararın artmaması için gerekli önlemleri alması kanuni bir yükümlülüktür. Nitekim TBK m. 136/3 bunu açıkça düzenlemiştir: *"Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür."* Bu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmakta bir nev'i kusurlu bir davranış sayılır. Böylece kusursuz sonraki imkânsızlığın sonuçlarından karşı tarafı korumakta kusurlu davranan borçlunun sorumluluğu doğmaktadır.

39 **AYAN**, Serkan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü, DEÜHFD, C.12, S. Özel Sayı, Y. 2010, s. 739, s.769; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 329; Aynı şekilde EBK'dada kusurun borçlu temerrüdünün bir şartı olmadığı görülmektedir. Bkz. **ANIK**, Gülgün, Borçlu Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBBD, S. 59, Y.2005, s. 217; **KİZİR**, Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012, s. 17. Alman Hukukunda, BGB § 286 Abs. 4 gereğince, kusur borçlu temerrüdünün bir şartı olarak düzenlenmiştir. Temerrüt

rolleri vardır[40]. Benzer şekilde gereği gibi ifa etmeme durumunda kusur olmadıkça borçlu alacaklının uğradığı zarardan sorumlu olmaz. Alacaklı temerrüdünde ise [41]borçlunun tevdi veya dönme imkânlarını kullanabilmesi alacaklının kusurlu olmasına bağlı değildir[42]. Ancak borçlu dönme hakkını kullanırken TBK m. 110'daki yollamaya uygun olarak tazminat isteyebilecektir. Bunun şartı ise alacaklının kusurlu olmasıdır[43].

Hukuki işlemin kurulmasından ve ifa safhasından sonra ayıp ve zapt sorumluluğunda da kusurun etkisinin varlığı görülür. Zapta karşı sorumlulukta kusur alıcının TBK m. 217 birinci fıkrasının ilk üç bendinde sayılan zararları dışında uğradığı diğer zararları da isteyebilmesine imkân verir. Ayıptan doğan sorumlulukta ise kusur şartı yoktur[44]. Ancak satıcının ağır kusurlu olduğu hallerde bu duruma; satıcının satılandaki ayıbın kendisine zamanında bildirilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasının engellenmesi veya hayvan satıcısının hafifletilmiş ayıp sorumluluğunun söz konusu olmaması gibi hukuki sonuçlar bağlanmıştır[45].

Yetkisiz temsilde kusurlu davranış tarzına kanun koyucu sonuç bağlamıştır[46]. Kanun koyucu dış temsil ilişkisi kurulduğu sürece iyiniyetli üçüncü kişileri korumakta, temsil yetkisinin sona erdiğini bildirmekte kusurlu davranan yetkisiz temsil olunanı sözleşmeyle bağlamaktadır. Nitekim TBK m. 42/3'e göre "*Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen*

---

hakkında detaylı bilgi için Bkz. **KİZİR**, s. 12 vd.; Ancak İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde temerrüdün oluşabilmesi için kusur şartı yoktur. Bkz. **AYAN**, Temerrüt, s.769.
Türk Borçlar Kanunu'nda objektif borca aykırı gecikme teorisi kabul edildiği için, temerrüt borçlunun kişiliğinden soyutlanmış objektif bir durumdur. Bu sebeple borçlunun temerrüde düşmesi için kusur şartı yoktur. Bkz **EREN**, Borçlar Genel, s. 1222-1223.

40 Para borçlarında temerrüt söz konusu olmuş ise alacaklının temerrüt faizi isteyebilmesi için kusur şartı yoktur. Bkz. **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 237; **ÖĞÜZ** Tufan/ **ERGÜNE** Mehmet Serkan/ **ERİŞGİN**, Nuri, Borçlar Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 160; **AYAN**, Temerrüt, s.769; Ancak TTK 1530/2 düzenlemesi temerrüdün oluşmasında kusurun da şart olduğu anlaşılabilecek şekilde düzenlenmiştir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için **AYAN**, Temerrüt, s.769-775; Türk Borçlar Kanunu 112. Maddesi borçlu temerrüdünde tazmin sorumluluğunu kusura bağlamış ayrıca borçlu aleyhine kanuni bir kusur karinesi ortaya koymuştur. TBK m. 112 ye göre: *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."*

41 Edimin haksız şekilde reddedilmesi temerrüdün bir şartıdır. Edimin haksız şekilde reddedilmesi birçok kez kusurlu bir hareket tarzı olarak ortaya çıksa da kusursuz olarak da bu gerçekleşebilir. Zira kaçınmanın haklılığının ölçüsü tamamen objektif sebeplere dayanmaktadır. **EREN**, Borçlar Genel, s. 1135.

42 **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 241.

43 **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 241; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1025, s. 1146.

44 **EREN,** Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2020, s. 103.

45 Hayvan satımı için TBK m. 220'de hafifletilmiş bir ayıp sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre hayvan satıcısı ancak yazılı olarak üstlenirse veya ağır kusuru varsa ayıptan sorumlu olacaktır.

46 **EREN,** Borçlar Genel, s.506-511.

veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez". Benzer bir hüküm olan TBK m. 44/2'de ise temsil belgesini geri almakta kusurlu davranan temsil olunanın, iyiniyetli kişilerin uğradığı zarardan sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Anılan hükme göre *"Temsil olunan veya halefleri, temsilcinin belgeyi geri vermesi için gerekeni yapmazlarsa, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlüdürler."* Böylece TBK'da tek taraflı hukuki işlemler için de kusurlu hareketin hukuki sonuçlarının düzenlendiği görülmektedir.

2) Haksız Fiilin Diğer Hukuka Uygun Fiillerle Farkı ve Kusur Açısından Değerlendirilmesi

Maddi fiillerde sonucun ortaya çıkması salt maddi değişikliğin gerçekleşmesine bağlanmış, kanun koyucu bu değişikliğe hüküm izafe etmiştir[47]. Hukuk düzeni kişinin iradesi ile ilgilenmemektedir. Haksız fiil daha genel bir düzenleme iken maddi fiil kapsamına girecek durumlar daha sınırlıdır. Maddi fiillerin haksız fiillerden en önemli farkı hukuka uygunluk noktasında ortaya çıkmaktadır. Maddi fiil niteliğindeki bir durum hukuka aykırılık teşkil ederse haksız fiilin diğer şartları da somut olay açısından gerçekleşiyorsa bir haksız fiilden bahsedilebilir. Mesela TMK m. 775/2'de işlemenin kötüniyetli olması durumu düzenlenmiştir. Bir başkasına ait mal varlığı değerini kötüniyetli olarak işleyen kimse açısından haksız fiil şartları gerçekleşmiş ve tazminat sorumluluğu doğmuştur. Nitekim TMK m. 775/3'de bu duruma işareten *"Tazminat ve sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakları saklıdır"* ifadesine yer verilmiştir. Kusur bir hukuka aykırılık teşkil ettiği için kusurlu bir maddi fiilin, şartları oluşuyorsa haksız fiil de oluşturduğunu söylemek mümkündür. Maddi fiillerde kusurun sonuçlarına ilişkin başka düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin bulunmuş eşyaya ilişkin bulanın bildirme, ilân etme, araştırma yapma yükümlülüğü vardır. Gerçekten TMK m. 771'de "*...bulan kimse, yükümlülüklerini yerine getirmiş olmak koşuluyla o şeyin mülkiyetini kazanır.*" ifadesine yer vermektedir. Burada bulana yükletilen kanunî yükümlülüğe aykırı hareket etmek ise kusurlu bir davranış tarzıdır. Bu kanunî yükümlülüğe uygun hareket eden kimse açısından bulduğu malın

---

47 **SEROZAN**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2017, s. 313; **ESENER**, Turhan Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969, s.8; **VON TUHR,** Borçlar, s. 168; **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 178; **AYAN**, Medeni Hukuka Giriş, s. 139.

mülkiyetini kazanma imkânı varken buna aykırı hareket eden kimsenin mülkiyeti kazanma imkânı yoktur.

Hukuki ilişkiye giren taraflar birbirlerine güven vermeli ve karşı tarafın akdî ilişkiden zarar görmemesi için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmelidir. Bu durum bazen kanunî düzenlemelerde karşımıza çıkarken bazen de dürüstlük kuralı gereği tarafların bu yükümlülükleri söz konusu olur. Ayrıca bir yükümlülük gereği olmasa da tarafların bilgi açıklamalarına hukuki sonuçlar bağlanmış olabilir. Hukuken önem taşıyan bir hususun karşı tarafa bildirilmesi olan bilgi açıklamaları bazen kanuni bir yükümlülük bazen külfet şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Kabul haberinin geç ulaştığının bildirilmesi (TBK m.5/3), satım işlemine konu olan maldaki ayıbın veya zaptın ihbarı, zilyetliğin havalesinin bildirilmesi bunlara örnek olarak gösterilebilir[48]. Taraflar arasındaki hukuki ilişkiden onların zarar görmemesi için konulmuş kanuni yükümlülüklere aykırı hareket tarzları kusurlu kabul edilebilir. Bilgi açıklamalarının özellikle bir yükümlülük gereği olarak düzenlendiği durumlarda kusurlu davranışa kanunun farklı sonuç bağladığı görülmektedir. Mesela TBK m. 136/2 hükmüne göre kusursuz ifa imkânsızlığı ortaya çıktığında, ifanın imkânsız hale geldiğini borçlunun alacaklının zarar görmemesi için durumu alacaklıya bildirmesi gerekmektedir. Bu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranış kusurlu bir hareket tarzı olup kanun koyucu tarafından tazminatla müeyyidelendirilmiştir. Zamanında gönderilen kabulün geç ulaşması durumunda da öneren önerisiyle bağlı olmaktan kurtulmaktadır. Fakat bunun şartı önerenin sözleşmeyle bağlı olmadığını kabul edene bildirmesidir[49]. Buradaki kusurlu hareket tarzı olan bildirimin yapılmaması önerenin sözleşmeyle bağlı olması sonucunu vermektedir. Böylece kusurun her zaman tazmin sonucu doğurmadığı bazen de sözleşmeyle bağlı olma sonucunu doğurduğu görülmektedir.

C) Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusurun Rolü

Bir başkasının mal veya şahıs varlığına hukuka aykırı olarak zarar verilmesi durumunda, bu zararın tazminini gerektiren hukuki kuruma haksız fiil sorumluluğu denir. Haksız fiilin oluşması için failin davranışı, davranış neticesinde ortaya çıkan zarar, davranışla sonuç arasında uygun illiyet bağı ve ortaya çıkan zararlı sonucun hukuka aykırı olması gerekir. Ayrıca kusur ilkesi gereği failin davranışının kusurlu

---

48 **AYAN**, Medeni Hukuka Giriş, s. 137.

49 **ÖĞÜZ/ ERGÜNE/ ERİŞGİN**, s. 16; **AKINCI,** Borçlar Genel, s.71; **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s.73.

olması da aranmaktadır[50]. Kusur haksız fiil sorumluluğunda merkezi bir rol oynamaktadır[51]. Haksız fiil esas olarak verilen zararın tazminini sağlamaya yönelik bir hukuki kurumdur. Mağdurun uğradığı haksız bir zarar söz konusu olduğu zaman failin kusuru olmasa da aslında ortada mahiyet itibariyle haksız bir fiil söz konusudur. Fakat kanunun haksız fiilde kusuru bir unsur olarak değerlendirmesi kusur olmaksızın tazmin ilişkisinin doğmasına engel olmaktadır. Kusur ilkesi salt failin haksız zarara sebep olmasını haksız fiilin oluşması için yeterli görmemekte, failin mutlaka kusurlu olmasını da aramaktadır[52]. Sebebiyet prensibi ise sorumluluğun, failin kusuru olmasa da salt zarara sebep olmasıyla gerçekleşmesine imkân tanımaktadır[53]. Böylece sorumluluk en temelde sebep sorumluluğu ve kusur sorumluluğu olarak iki tür sorumluluk çeşidine ayrılmaktadır[54].

1) Kusur İlkesi

Kusur ilkesi tanım olarak failin zarardan sorumluluğu için kusurunun olmasını şart olarak arayan ve kusurun varlığına sorumlulukta sonuç bağlayan sorumluluk ilkesidir. Türk Borçlar Kanunu gibi Fransız, Alman Medeni Kanunları[55], İsviçre Borçlar Kanunu[56] ayrıca Amerikan[57] ve Rus[58] Hukuk sistemleri de kusur ilkesinden hareket etmektedir[59]. Ancak İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında haksız fiil sorumluluğu kusura değil genel davranış yükümlülüğünün ihlâline dayanmaktadır[60].

---

50 **SCHWARZ**, Borçlar, s. 106; **YAVUZ**, s. 31; **REİSOĞLU**, s. 171.

51 **VITO**, s.63.

52 **YAVUZ**, s. 31; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 106; **HONSELL** Heinrich/ **ISENRING** Bernhard/ **KESSLER** Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Neu bearbeitete und erganzte Auflage, Zürich und Meilen 2013,s. 5; **KELLER**, s. 132; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 106; **REİSOĞLU**, s. 171; **STRICKLER**, s. 12; **VITO**, s.72; **FIKENTSCHER**, s. 280.

53 **OFTINGER** Karl/**STARK** Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995, s.45.

54 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.6.

55 **VITO**, s. 12.

56 **OFTINGER/STARK**, s.45; **VITO**, s. 13 vd.; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.4.

57 **COLEMAN**, Jules L., The Morality Of Strict Tort Liability, William & Mary Law Review, C.18, S. 2, Y. 1976, s. 259; **BREWSTER**, Rudi M, Comparative Negligence in Strict Liability Cases, Journal of Air Law and Commerce, C.42, Y. 1976, s. 109.

58 **DRUJININA**, Nadejda, Die Entwicklung des Russischen Haftungsrechts Von den Anfängen bis zur Gegenwart, Göttingen 2004, s.92. Ayrıca Rus Hukuk Sisteminde haksız fiil sorumluluğunda kusur sorumluluğu hakkında Bkz. **DRUJININA**, s.89 vd.

59 **VON TUHR,** Borçlar, s. 362-363.; **ÖZEL**, Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFD, C.50, S.4, Y. 2001, s.82.

60 **HONSELL**, Heinrich, İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler, (Çev. Ümmühan Kaya), YBÜHFD, S. 2, Y. 2017, s. 194; **AYAN**, Serkan, Türk Medeni Hukuk Mevzuatı C. I 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2015, s.97; **TOPUZ**, Murat, İsviçre Borçlar Kanununun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması, MÜHF-HAD, C.22, S. 3, Y. 2016, s. 2695.

Kusur yok ise haksız fiilde oluşmayacağı için sorumluluk da söz konusu olmaz[61] ki buna kusur ilkesinin menfi sonucu denilmektedir. Kusur ilkesinin müspet sonucu ise kusurlu kimsenin işlediği haksız fiilden mutlaka sorumlu tutulması gerektiğini ifade eder[62]. Kusur ilkesinin belki üçüncü bir sonucu olarak Türk ve İsviçre[63] borçlar hukukunda tazminatın tayin ve kapsamında kusurun derecesine bakılır. Kusur ile tazminat miktarı arasında bir çeşit denge kurulur[64]. Kusurun derecesiyle tazminatın miktarı arasında bir çeşit denge gözeten TBK m. 51/1'deki anlayış Roma Hukuku[65], Alman Hukuku[66] ve Fransız Hukuku tarafından kabul edilmemiştir[67].

Kusur ilkesine göre tazmin sorumluluğunu asıl doğuran en temel unsur kusurdur; zararın ortaya çıkmış olması değildir[68]. Ayrıca kusuru ispat yükü zarar görene ait bulunmaktadır[69]. Kusur ilkesi gereği kusur olmaksızın verilen haksız

---

61 **STRICKLER**, s. 12; **ANTALYA**, Sorumluluk, s.68.

62 **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 1; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.89; **İMRE**, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 19.

63 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.78; **KOÇHİSARLIOĞLU**, Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi, AÜHFD, C.53, S.4, Y. 2004, s.5; **İMRE**, s. 19

64 **İMRE**, s. 19; **EREN**, Borçlar Genel s.654; **TİFTİK**, Mustafa Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s.88; **ORHUNÖZ**, Ergun, Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedenî Zararlar, Ankara 2000, s.73; **SANLI**, Kerem, Cem İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt "Hand Formulü", MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, s.99; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 154; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.423; **ÜNAL**, Mehmet, Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 418; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 131.

65 **AKINCI**, Roma Borçlar, s.46.

HONSELL/ISENRING/KESSLER, s. 19; **GÖNÜL KOŞAR**, Günhan, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 32-33.

67 **İMRE**, s. 19

68 **EREN**, Borçlar Genel, s.556; **VON BÜREN**, Bruno Von, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1964, s.405; **DEUTSCH**, Erwin Allgemeines Haftungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, s.4; **STRICKLER**, s. 12; **LARENZ** Karl/**CANARIS** Wilhelm, Lehrbuch Des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband, Dreizehnte, vollig neuverfaßte Auflage, München 1994, s. 351.

69 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.5; **FUCHS**, s. 163; **VON BÜREN**,s.71; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381; **TUNÇOMAĞ**, s. 284; **UYGUR**, s.408; **WIDMER**, Pierre, Unification of Tort Law: Fault, Kluwer Law International, Netherlands 2005, s. 161; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.422; **ERİŞGİN**, Medeni, s.98; **KAYA**, s. 214; **BAŞ**, Büşra, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Unsuru, İBD, C. 92, S. 2018/4, Y. 2018, s. 233. Alman hukukunda ispat yükü bazen tersine çevrilmektir Bkz. **LARENZ/CANARIS**, s. 353; **FUCHS**, s. 163; Ayrıca Alman Ceza Hukukunda ispat hakkında detaylı bilgi için Bkz. **ROXIN**, Claus/**SCHÜNEMANN**, Bernd, Juristische Kurz-Lehrbücher Strafverfahrensrecht, 29. Auflage, München 2017, s. 165vd. Anglosakson Hukukunda ispat yükünün tersine çevrilmesi hakkında Bkz. **WIDMER**, s. 161; **CASALS,** Miquel Martin **/PAPAYANNIS**, Diego M., Uncertain Causation in Tort Law, Cambridge 2015, s.58; Kurtuluş kanıtı getirilebilen kusursuz sorumluluk hallerinde fail aleyhine bir özen ödevini ihlâl karinesi mevcut olduğu için ispat yükü bu hallerde tersine çevrilmiş olmaktadır. Mesela Alman Hukukunda yapı malikinin sorumluluğu konusunda kurtuluş kanıtı vardır. Bu cihetle kusuru ispat BGB § 836 açısından adeta ters çevrilmiştir. **BRUDERMÜLLER** Gert/ **ELLENBERGER,** Jürgen / **GOTZ,**

zararlar açısından sorumluluk ancak kanunun istisna niteliğinde[70] tanıdığı kusursuz sorumluluk halleri için söz konusudur. Bunun dışında kusursuz olarak verilen zararlar için herhangi bir tazmin yükümlülüğü doğmayacaktır.

Türk Borçlar Kanununda kusur sorumluluğu hem haksız fiillerde hem de akdî sorumlulukta ilke olarak kabul edilmiştir. Nitekim TBK m. 49/1'a göre: *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür"*. Kanun açık bir şekilde haksız fiilde kusur ilkesine yer ver vermiş bununla beraber kusur ilkesinin istisnası niteliğindeki kusursuz sorumluluk hallerini de kusursuz sorumluluk alt başlığında düzenlemiştir.

2) Sebebiyet İlkesi

Sebebiyet ilkesi tanım olarak failin zarardan sorumluluğu için zarara sebep olmuş olmasını yeterli gören sorumluluk ilkesidir. Sebebiyet ilkesi herkesin fiillerinden mesul olması gerektiği fikrine dayanır. Sebebiyet esasına göre failin şahsiyeti ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı varsa, fail zararlı sonuç dolayısıyla tazmin yükümlülüğünü de yüklenmelidir. Böylece bu esasa göre kusur kavramı haksız fiilin oluşmasında bir unsur veya şart olarak kabul edilmemektedir[71]. Bu esasa göre zarara sebep olmuş olmak sorumluluğun doğması için yeterli gelecek bir mahiyet arz eder[72]. Kusur olsun olmasın, failin sebep olduğu zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bütün kusursuz sorumluluk halleri aslında sebebiyet esasına dayanmaktadır.

Sebebiyet esasına göre sorumlulukta tazminat yükümlülüğü ile sorumluluğu doğuran olay[73] arasındaki bağ oldukça kuvvetlidir. Hatta bu bağın sınırını illiyet bağı oluşturmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk doğrudan sorumluluğu doğuran olaya ve bundan kaynaklanan zararlı sonuca bağlanmıştır. Bu yönüyle sebebiyet esası objektif

---

Isabell/ **GRÜNEBERG,** Christian / **HERRLER,** Sebastian / **SPRAU,** Hartwig/**THORN,** Karsten/ **WEIDENKAFF,** Walter/ **WEIDLICH,** Dietmar/ **WICKE,** Hartmut, Beck'sche Kurz Kommentare, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage, München 2017, s. 1470.

70 **KELLER** Max/**GABI-BOLLIGER**, Sonja, Haftpflichtrecht Band II, Basel und Frankfurt1985, s.5; **TUNÇOMAĞ**, s. 272.; **İNAN /YÜCEL**, s. 378; **AKKAYAN YILDIRIM**, Ayça, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHFM, C. 70, S. 1, Y. 2012, s. 211.

71 **OFTINGER/STARK**, s.45; **İMRE**, s.55; **İNAN/YÜCEL**, s. 377-378.

72 **İMRE**, s.55; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 3; **EREN**, Borçlar Genel, s.558-559

73 Burada fiil yerine sorumluluğu doğuran olay tabiri kullanılmıştır. Zira kusursuz sorumluluk için fiil (davranış) bir unsur değildir. Fiil olmaksızın da bir zararın ortaya çıkması pekâlâ mümkündür. Hatta kusursuz sorumluluk halleri pek çok kere davranış olmaksızın, kusursuz sorumluluğu doğuran şart ve unsurların oluşmasıyla, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesiyle ortaya çıkmaktadır.

bir sorumluluğu ortaya çıkarmaktadır[74]. Şöyle ki bu çeşit sorumluluk olayların illiyetine dayanan ilmî bir düşünce sistemiyle sorumluluğu belirlemektedir[75]. Kusur sorumluluğunda ise illiyet bağı sorumluluğun asıl ve yegâne nedeni olamaz[76].

Bir başkasının davranışından da sebep sorumluluğu söz konusu olabilmektedir[77]. Mesela aile başkanının sorumluluğunda her ne kadar sorumlu tutulan şahıs doğrudan olaya sebep olmamış olsa da sebebiyet esasıyla sorumlu tutulur. Benzer şekilde adam çalıştıran objektif özen ödevini ihlâl etmişse bir başkasının davranışından sorumlu tutulmaktadır. Böylece sebep sorumluluğunun, sorumlu kişi ile doğrudan failin farklı kimseler olmasına müsaade eden bir yapıda olduğu görülür.

a) Kusursuz Sorumluluk

Bir davranış neticesinde mal veya şahıs varlıklarındaki eksilmelere rağmen kusur yok ise haksız fiilden sorumluluğun olmaması, ortaya çıkan zararın tazmini hususunda zarar görenin hangi hukuki kuruma gidebileceği sorusunu gündeme getirmektedir. Aslında bu sorun kusur ilkesinin kabulü ile doğrudan alakadardır. Kusur ilkesinin mutlak uygulanmasıyla zarar bu durumda her zaman zarar gören üzerinde kalmakta, zarar veren açısından hiçbir şekilde sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Kusur ilkesinin mutlak uygulanmasının sert sonuçları zarar gören açısından ağır sonuçlar vermekte, zarar görmekte hiçbir kusuru ve etkisi olmayan zarar göreni açıkça mağdur durumda bırakabilmektedir. Bu sebeple kusur ilkesinin mutlak uygulanması doğru görülmemiş, doktrinde eleştiriye uğramış, kanunlarda da kusursuz sorumluluk hallerine yer verilerek kusur ilkesinin yumuşatılması yoluna gidilmiştir[78].

Kusursuz sorumluluk sebebiyet ilkesine dayanır. Dolayısıyla bu tür sorumluluğun gerçekleşmesi için, sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında illiyet

---

74 Sebep sorumluluğuna objektif sorumluluk ismi de verilmektedir. **YILMAZ**, Süleyman Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, AÜHFD, C.59, S. 3, Y. 2010, s.551; **KOÇHİSARLIOĞLU**, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, DÜHFD, C.2, S. 2, Y. 1984, s. 175; **BAŞOĞLU**, Başak, Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, İÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2015, s. 32; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.96-97; **İNAN/YÜCEL**, s. 378; **İNAN**, s. 378; **BAŞ**, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2011, s. 36; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.7.

75 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **ERİŞGİN**, Nuri, Tehlike Bağı, AÜHFD, C.49, S. 1-4, Y. 2000, s. 138.

76 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.77.

77 **EREN**, Borçlar Genel, s. 561; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 143-144; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.5; **ÖĞÜZ/ ERGÜNE/ ERİŞGİN**, s.68; **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 332; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 242.

78 **KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, 2003 İstanbul, s.86; **REİSOĞLU**, s. 179.

bağının var olması yeterlidir[79]. Kusursuz sorumluluk failin sebebiyet esası uyarınca hiçbir kusuru olmasa[80] veya fail tesadüfen bir zararın ortaya çıkmasına sebep olsa[81] dahi onun zararlı sonuçtan sorumlu olmasını gerektiren bir hukuki olgudur.

Kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğuna göre daha genel bir sorumluluk türüdür[82]. Ancak kusur ilkesinin bir istisnası niteliğinde olduğu için oldukça sınırlı durumlarda ve ancak kanunda belirtilen hallerde söz konusu olmaktadır[83]. Son yıllarda nedenselliğe dayanan sorumluluk ilerlemiştir[84]. Böylece kusursuz sorumluluğun genişletilmesi yönünde bir eğilim söz konusudur[85]. Kusursuz sorumluluk halleri hakkaniyet, objektif özen yükümlülüğünün ihlâli, tehlike, hukuka aykırılık, fedakârlığın denkleştirilmesi, hâkimiyet, menfaat gibi hukuki esaslara dayandırılmıştır[86].

b) Türk Borçlar Hukukunda Kusursuz Sorumluluk

Türk Hukukunda kusursuz sorumluluk halleri hem TBK'da hem TMK'da hem de özel nitelikli bazı kanunlarda[87] düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin sebebine bakıldığında teknik gelişmeler yüzünden kusur ilkesinin yetersiz kalmaya başlamasının[88], hakkaniyet fikrinin ve tehlike düşüncesinin varlığı görülür[89]. Kusursuz

---

79 **EREN**, Borçlar Genel, s. 557-558; **OFTINGER/STARK**, s.46; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 142; **ERİŞGİN**, Nuri, Tehlike Bağı, AÜHFD, C.49, S. 1-4, Y. 2000, s. 138.

80 **OFTINGER/STARK**, s.45.

81 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.5.

82 **OFTINGER/STARK**, s.45.

83 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.5; **TUNÇOMAĞ**, s. 272.; **İNAN/YÜCEL**, s. 378.

84 **SEIDL**, Aktuelle Fragen Aus Modernem Recht und Rechtsgeschichte, Berlin 1966, s. 16.

85 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.5.

86 **KELLER**, s. 34-35; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 11.

87 2918 sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu.

88 **EREN**, Borçlar Genel, s.558; **KAYA**, s. 209; **SARAÇ**, Senem, Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013, s. 16; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1-3; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.51; Alman Hukukunda da kusur ilkesinin ilerleyen zamanla daha gevşek hale gelmeye başladığı görülmektedir. Bkz. **JUNG-WALPERT**, Kerstin, Renaissance des Verschuldensprinzips?, Schriften zum Internationalen Recht Band 80, Berlin 1996, s. 19.

89 Sanayi devrimi toplum yapısı ve yaşantısına oldukça tesir etmiştir. Kusursuz sorumluluğunun, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde endüstri devrimiyle birlikte ortaya çıkmaya başladığı; doğmasında ve gelişmesinde teknik buluşların, makinelerin ve karmaşık sosyal ilişkilerin, modern toplum yapısının etkisinin büyük olduğu görülür. Dolayısıyla kusursuz sorumluluğun endüstri devriminin bir neticesi ve gereği olduğu savunulur. Kusur sorumluluğu tazminat ilişkilerinde yeterli gelmeyince fiili durum olan sanayileşmenin ortaya çıkardığı hukuki problemlerin çözümünde belirli ve kısıtlı ölçülerde kusursuz sorumluluğun kabulü gerektiği fikri ortaya atılmıştır. Bu gelişme sürecinde kusurlu sorumluluğun mutlak esas olarak kabul edilmesi açık bir şekilde kusur ilkesinin yetersizliğini ortaya çıkartmış bu sebeple kusursuz sorumluluk esaslarının kabulü yoluna gidilmiştir. Kusur prensibi ve teorik noktadaki hukuki gerekçeleri, hayatın pratik ihtiyaçları işleyişine uyum sağlayamamış ve yetersizlik göstermiştir. **KARAHASAN**, s.70.

sorumluluk hallerinin söz konusu olması için söz konusu kusursuz sorumluluk hali kanunda bulunmalıdır. Tereddütlü hallerde ise ana ilke kusur ilkesi olduğu için kusursuz sorumluluk mümkün mertebe dar yorumlanmalı ve kusur sorumluluğuna hükmedilmelidir[90]. Kanaatimizce bu düşüncenin aksine bu durumlarda kusursuz sorumluluğu olabildiğince geniş yorumlamak gerekir.

Haksız fiilin bir şartlarından birinin kusur olması sebebiyle, kusursuz sorumluluk hallerinin mahiyetinin bir haksız fiil olmadığı sonucuna varılmamalıdır. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde haksız fiile karakteristiğini veren, mal veya şahıs varlıklarının hukuka aykırı olarak zarar görmesi unsuru gerçekleşmiştir. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk halleri de mahiyetleri itibarıyla birer haksız fiildir[91]. Nitekim kanunun sistematiğinde de kusursuz sorumluluk halleri Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri üst başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak TBK'nın kusurlu sorumluluk ilkesini kabul etmesi sebebiyle kusursuz sorumluluk hallerinde genel haksız fiil hükümlerine gidilmesi mümkün değildir.

Hâkimin somut olayı geniş yorumlayarak bir kusursuz sorumluluk halinin varlığına hükmetmesi veya içtihat yoluyla bir kusursuz sorumluluğun olduğuna hükmedilmesi de uygulamada görülmektedir. Bir YHGK kararında, şirket şoföründe ve şirkette herhangi bir hizmet ve denetim kusuru olmadığı halde, kazaya neden olan üçüncü kişinin %100 kusuruyla meydana gelen trafik kazasıyla ilgili, şirketin tehlike sorumluluğu kapsamında sorumluluğunun araştırılması gerektiğine, ancak illiyet bağının kesilmesi sebebiyle tehlike sorumluluğunun doğmadığına hükmedilmiştir[92].

II. HAKSIZ FİİLDE KUSUR UNSURU

Haksız fiilin beş unsurundan birisi kusurdur[93]. Kusurun haksız fiilde bir unsur olarak kabul edilmesi aslında ilkesel bir yaklaşımın neticesidir. Bu ilke ise kusur

---

90 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 155-156.

91 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 1-2; **EREN**, Borçlar Genel, s. 551.

92 Kusursuz sorumluluk halleri bazı alanlarda dar veya geniş değerlendirmelere konu olmaya müsait bir karakter arz edebilmektedir. Mesela iş kazalarından işverenin sorumluluğu aslında mahiyet olarak tehlike sorumluluğunun uygulanmasına müsait karakter arz etmez. Bununla beraber Yargıtay işverenin özen borcunu ideal ölçüler içinde yerine getirmesi halinde dahi meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulması gerektiği görüşünü içtihat yoluyla kabul etmiştir. Hasılı iş kazalarından ve meslek hastalıklarından doğan zararın sigorta ile karşılanmayan kısımları ve manevi zararlar için Yargıtay tehlike sorumluluğunun uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir. YHGK, 18.03.1987 T. 1986/722 E. 1987/203 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E. T. 23.02.2021). Ayrıca Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 245 vd.

93 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 5; **KELLER**, s. 132; **KURTULAN**, s.466; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 106; **YAVUZ**, s. 31; **REİSOĞLU**, s. 171; **STRICKLER**, s. 12; **VITO**, s.72; **FIKENTSCHER**, s. 280.

ilkesidir. Haksız fiilde kusur ilkesinin değerlendirilmesinde; haksız fiili oluşturan tüm unsurların bilhassa kusur unsurunun değerlendirilmesi büyük önem arz etmektedir.

A) Kusurun Tanımı ve Mahiyeti

Hukuk düzeninin hukuki işlem veya haksız fiil neticesinde veya başka bir şekilde hukuki ilişki içine giren tarafların kusurlu hareket tarzına kanunun sonuç bağladığı görülmektedir. Nitekim TBK'da birçok maddede kusur ifadesi geçmektedir[94]. Ancak kanunda kusur lafzının tanımı yapılmamıştır[95]. Haksız fiil düzenlemesi olan TBK m. 49'da da *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille…"* ifadesiyle kusur terimine yer verilmiştir. Kanun gerekçesinde de kusurun tanımı bulunmamakta ancak kast ve ihmalin kusurun çeşitlerinden olduğu belirtilmektedir.

Kusur üzerinde ittifak edilmiş bir tanım bulunmayan oldukça muğlak bir kavramdır[96]. Belki bu sebeple kanun koyucu tarafından da tarifi yapılmamış, bu husus hukuk ilmine ve içtihatlara bırakılmıştır[97]. Kusur genel hukuk doktrinine dahil[98] olup esasen ceza hukuku açısından son derece önemli bir kavram olduğu için özellikle orada incelenmiştir[99]. Bununla beraber özel hukuk bakımından son derece önemli bir konudur.

Kusur için doktrinde pek çok tanım yapılmıştır. Kusura ilişkin yapılan farklı tanımların temelinde ikili bir ayrım bulunmaktadır. Bu ikili ayrım kusurun mahiyetine ilişkindir. Bir görüş kusuru irade olarak tanımlamaktayken[100] diğer görüş kusuru davranış olarak tanımlamaktadır[101]. Bir görüşe göre kusur failin davranışına yönelik

---

94 Örnek olarak TBK m. 35'e göre: *"Yanılan, yanılmasında kusurlu ise…"*, TBK m. 59'a göre *"…ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse…"*, TBK m. 74'e göre *"Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığını…"*

95 **ORHUNÖZ**, s.72; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 54.

96 **İMRE**, s. 24; **BAŞ**, Kusur, s. 224.

97 **İMRE**, s. 24

98 **VON TUHR,** Borçlar, s. 377-378; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 108.

99 **AKBULUT**, Berrin Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2020, s.604 vd.; **VON TUHR,** Borçlar, s. 377-378; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 108.

100 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 54vd.; **SCHWARZ**, Borçlar , s. 108; **WIDMER**, s. 170; **TAHİROĞLU**, Bülent, Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi, MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 157; **VON TUHR/PETER**, s.430; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381; **ORHUNÖZ**, s.72; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.422; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.492.

101 **TUNÇOMAĞ**, s. 280; **EREN**, Borçlar Genel, s.643; **KELLER**, s. 115; **ORHUNÖZ**, s.72; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 326; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.4; **UYGUR**, s.405; **BAŞ**, Kusur, s. 234.

kınanabilir iradesi[102] iken diğer görüşe göre kusur failin davranışının[103] hukukça uygun bulunmamasıdır. Kusurun mahiyetine ilişkin bu anlayış farkı kusura ilişkin tanımlarda belirgin olarak görülmektedir. Böylece kusura ait bütün tanımlarda kusur, iradeyle, davranış tarzıyla bazen de her ikisi beraberce ele alınarak açıklanmaktadır. Kusurun mahiyetine ilişkin bu fikir ayrılığı aynı zamanda kusur ilkesini de etkilemektedir. Kusuru irade olarak kabul eden görüşler[104] kusur ilkesini kuvvetlendirirken kusuru davranış olarak açıklayan görüşler[105] kusur ilkesini sebebiyet ilkesine yaklaştırmaktadır[106].

Hukuk düzeninin kınadığı, uygun bulmadığı davranış tarzına kusur denir[107]. Başka bir bir tanımla kusur bir davranış tarzının, hukuk düzenince kınanmasını içeren bir nitelendirmesidir[108]. Bir başka tanıma göre kusur, hukuka aykırı bir davranış noksanlığı tarzıdır ki hukuk düzeni ve ahlâk tarafından kınanır[109]. Bu tanıma iradeyi

---

102 **LARENZ/CANARIS**, s. 361; **FIKENTSCHER**, s. 717 vd.; Burada kusurun tanımında kullanılan davranışa yönelmiş olan irade kavramı, davranış unsurunun manevi unsuru olan davranış iradesi değildir. Kusurun mahiyetini oluşturan irade davranış iradesini de kapsayacak şekilde faili o davranışı yapmaya yönelten iradedir kusur ise bu iradenin kınanabilir olma sıfatıdır. Davranış unsurunun manevi unsuru olan davranış iradesi ise failin davranışının failin yönetim ve denetimi altında bulunmasını, davranışına egemen halde bulunup bedeni hareketini iradesiyle yapmasını ifade eder. Bkz. **DEUTSCH**, Erwin, Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht, Juristen Zeitung, 15 November 1968, s.722.

103 **EREN**, Borçlar Genel, s.643; **KELLER**, s. 115; **TUNÇOMAĞ**, s. 280; **ORHUNÖZ**, s.72;; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 326; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.4; **UYGUR**, s.405; **BAŞ**, Kusur, s. 234.

104 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 54 vd.; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.492; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 108; **WIDMER**, s. 170; **TAHİROĞLU**,Kusursuz, s. 157; **VON TUHR/PETER**, s.430; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381; **ORHUNÖZ**, s.72; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.422.

105 **EREN**, Borçlar Genel, s.643; **TUNÇOMAĞ**, s. 280; **KELLER**, s. 115; **ORHUNÖZ**, s.72; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 326; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.4; **UYGUR**, s.405; **BAŞ**, Kusur, s. 234.

106 **KORKMAZ**, Fırat, Kusurun Mahiyetinin Kusur İlkesine Etkisi, KÜHFD, C. 5, S. 1, Y. 2020, s.76 vd.

107 **EREN**, Borçlar Genel, s.643; **KELLER**, s. 115; **TUNÇOMAĞ**, s. 280; **ORHUNÖZ**, s.72; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 326; **GÜNDÜZ**, Adil, Manevî Tazminatta Kusurun Rolü, ABD, S. 1, Y. 1972, s. 17; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.422; **NART**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler, Ankara 2014, s.53; **BAŞ**, Kusur, s. 224; **KOZIOL**, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht: Allgemeiner Teil, Volume II, 2. Auflage, Wien 1980, s. 117.

108 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.4; **UYGUR**, s.405; **KELLER**, s. 115.

109 **KELLER**, s. 115; **OĞUZ**, Habip, Sorumluluk Hukukunda Kusur, TAAD, S. 28, Y. 2016, s. 275; **YAVUZ**, s. 31. Kusurun mahiyetini davranış tarzı olarak kabul eden görüşlerin, kusuru davranışın ahlâki olarak kınanabilirlik sıfatıyla açıklamaları teknik olarak uygun değildir. Bu görüşlerin kusuru hukuk düzenince uygun bulunmama sıfatıyla açıklamaları daha doğru gözükmektedir. Zira kusuru davranış tarzı olarak niteleyen görüşler objektif kusur anlayışı ile uyum içerisindedirler. Kusur objektifleştikçe de kusur ilkesinin ahlâki temeli (ahlâki olarak kınanma) mümkün olmamaya ve yok olmaya başlar. Bkz. **WEBER**, Stephan, Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, Sonderdruck aus: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s. 263; Ahlâki yönden kınanabilirlik kusurun tanımına sokuluyorsa, kusurun iradeyle bağının araştırılması da kaçınılmaz olmaya başlar. Bu itibarla kusurun nitelemesine ahlâki kınanmayı da koyan bir

dahil eden başka bir tanıma göre kusur hukuk kuralına aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle failin davranışının kınanabilen bir davranış olmasını ifade eder[110]. Bu tanımda kusur irade temelli kabul edilmekle beraber fiilin kınanması anlayışına yer verilerek, kusur fiil ile de ilişkilendirilmiştir. Kusurun tanımlarında bahsedilen bir olgu olan hukukça uygun bulunmama iradede veya fiilde aranabilmektedir. Hukuk düzenince uygun bulunmayan irade veya fiil yapması gereken davranışı yapmak veya kaçınması gereken davranıştan kaçınmak için yeterli düzeyde iradenin kullanmadığında söz konusu olur ki bu ihmali ifade eder[111]. İradenin bilerek ve hukuka aykırılığı öngörerek kaçınması gereken davranışı yapmaya veya yapması gereken davranıştan kaçınmaya sevk edilmesi durumunda irade daha ağır bir kınanabilir niteliği haiz olur ki bu da kastı ifade eder. Bu bağlamda kusur kast ve ihmalden oluşan bir hukuki olgudur[112]. Diğer bir tanıma göre kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli seviyede kullanmamaktır[113]. Bu tanımda kusur aslında kusurun çeşitleri olan kasıt ve ihmalin izahı yapılarak tanımlanmış temeline irade kavramı oturtulmuştur. Kusuru davranış tarzından daha çok iradeye dayandıran başka bir tanıma göre ise hukuk kurallarına aykırı hareket etmeme yükümlülüğüne uygun davranmaya iradesini yeterli seviyede yöneltmeyen kimsenin iradesindeki bu zayıflığa kusur denilir[114]. Kusuru iradeye dayandıran başka bir tanımda kusur hukuka uygun davranma konusunda faildeki irade zayıflığı ve eksikliği olarak tanımlanmaktadır[115].

Kanaatimizce kusur aslında iradede ortaya çıkan hukuken kınanması kabil bir arıza ve iradeye matuf bir kavramdır[116]. Sorumluluğun kusura dayandığını belirtmek

---

tanımlama kusurun mahiyetini davranış tarzı olarak kabul etse de kusuru bir derece iradeye de istinat ettirmiş olur.

110 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 54 vd.; **KELLER**, s. 115.

111 **WIDMER**, s. 170.

112 **VITO**, s.67; **FUCHS,** Maximilian **/PAUKER**, Werner, Delikts und Schadensersatzrecht, 8. aktualisierte und erweiterte Auflage, Ingolstadt 2012, s.82; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4; **HONSELL/ ISENRING/ KESSLER**, s.76; **KORKMAZ**, s.77; **HIRSCH**, Christoph, Schuldrecht Besonderer Teil, 3. Auflage Baden 2014, s.417; **PLETTER**, Andrej, Verschulden als Grundlage der Haftung Ein historischer Vergleich, Norderstedt 2005. s. 20.

113 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 54; **SCHWARZ**, Borçlar , s. 108; **BAŞ**, Kusur, s. 224-225; **WIDMER**, s. 170.

114 **TAHİROĞLU**, Kusursuz, s. 157.

115 **ORHUNÖZ**, s.72; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.424.

116 Benzer yöndeki düşünceler için Bkz. **VON TUHR,** Borçlar, s. 381; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418, **VON TUHR/PETER**, s.430; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.492; Hukuki işlemlerde iradenin oluşumundaki arızalar olan aldatma, korkutma, aşırı yararlanma veya irade ile beyan arasındaki uygunsuzluklar olan muvazaa, hata gibi durumlarda teknik anlamda irade arızası söz konusudur. Buradaki irade arızaları ile kusurun tanımında kastedilen irade bozukluğunu birbirinden ayırmak gerekir. Kusur kişiyi bir davranışa sevk eden iradenin ahlâken ve hukuken

sadedinde *Stark,* sorumluluğun özgür iradeye ve kişinin sonuçları bilmesine öngörebilecek pozisyonda olmasına dayandığını söylemektedir[117]. Yazara göre bir eylemin sonuçlarını bilen fail bu eylemin olası sonuçlarını irade ederek bu sonuçlarla adeta özdeşleşir[118]. Bu ise kusurun aslında irade olmasından başka bir şey değildir. Kusuru davranış olarak kabul eden görüşler dahi o davranışın iradeye dayanmasını aramaktadırlar. Mesela kişinin ayırt etme gücü olmaması dolayısıyla irade söz konusu değilse salt davranış kusur olarak kabul edilmemekte ve sorumluluğa sebep olmamaktadır. Ayırt etme gücü olmayan kimsenin davranışını kusurlu kabul etmek[119] davranışı iradeden tamamen soyutlamanın bir neticesidir. Salt davranışın sorumluluğa sebep olması sebep sonuç ilişkisinin sorumluluğun temeline konulması demektir ki bu sebebiyet ilkesinin karakteristiğidir[120]. Buradan sorumluluk hukukunda irade kavramının devreden çıkarılarak sorumluluğun kurulmasının sorumluluk anlayışını sebebiyet ilkesine doğru götürdüğü anlaşılmaktadır. Gerçekten kusur sadece bir davranış tarzı olsaydı, salt fiilden dolayı sorumluluk söz konusu olacağı için kusursuz sorumluluk ile kusur sorumluluğu arasındaki fark önemli oranda azalırdı. İradenin sorumluluktan çıkarılması veya dahil edilmesi sorumluluk anlayışını sebebiyet ilkesine ya da kusur ilkesi sonuçlarına yaklaştırması kusurun aslında iradeye dayandığına çok net olarak işaret etmektedir[121]. Kusur irade olarak kabul edilince

çirkin görülmesini olmasını ifade eder. Kişinin iradesinin kınanabilir mahiyette olması arızayı ve bozukluğu teşkil etmektedir. Yoksa kişinin iradesinin oluşumunda veya iradesinin dışa açıklanmasında veya fiile geçirilmesinde bir arıza söz konusu değildir. İradesi hiçbir arıza ve bozukluğa uğramadan oluşmuştur. Fakat iradesinin çirkinliği ve hukuk düzenince hoş görülmemesi arıza olarak ifade edilmektedir. Bu sebeple teknik açıdan bakıldığında kusur sorumlulukla ilgili; hata, aldatma, muvazaa gibi durumlar irade ile ilgili kavramlardır. **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 326; Ayrıca aldatma ile haksız fiil arasındaki aldatma kastı yönünden başka bir ayrım için Bkz. **VON TUHR,** Borçlar, s. 378 vd.; Ancak aldatmayı yapan açısından ağır kusurun gerçekleştiği rahatlıkla söylenebilir. Bu sebeple aldatmaya maruz kalan şartları oluşmuşsa haksız fiil hükümlerine de başvurabilir. Bu takdirde aldatma ve haksız fiil hükümleri yarışır.

117 **STARK**, Entlastungsgründe, s. 34-37.

118 **STARK**, Entlastungsgründe, s. 34.

119 Ayırt etme gücü olmayanların kusurlu davranışta bulunabilecekleri hakkındaki görüş için Bkz. **NART**,Hakkaniyet, s. 140-141 vd.

120 **YAVUZ**, s. 31

121 Burada kusur unsurunun bir irade mi yoksa davranış tarzı mı olduğu açısından bir inceleme yapılmıştır. Diğer yandan aynı inceleme haksız fiilin farklı unsurları olan kusur ve davranış unsuru açısından da yapılabilir. Kusurun iradeden kopartılarak davranış tarzı olarak açıklanması sorumlulukta kusur unsurunu silikleştirmekte ve davranış unsurunu ön plana çıkartmaktadır. Kusurun davranışın bir sıfatı olarak nitelendirilmesi, kusur unsurunu davranış unsuruna yaklaştırmakta ve kısmen de olsa onun içine dahil etmektedir. Kusur farazi bir kavram olup sebep sonuç ilişkilerine doğrudan dahil bir kavram değilken; davranış sebep sonuç ilişkilerine doğrudan dahildir. Böylece kusuru davranış olarak açıklamak sebep sonuç ilişkilerine dahil bir unsurun sorumluluk hukukundaki yerini ağırlaştırmaktadır. Bu ise sebebiyet ilkesinin bir karakteristiğidir. **KORKMAZ**, s.89-91.

kusurun ölçüsü subjektifleşir ve ortak bir ihtimam tespit edilemez. Ayrıca iradenin soyut yapısı sebebiyle kusuru tespit ve ispatta zorlaşır. Bu durumda toplumun kendini zararlara karşı emniyette hissetmemesine ve sorumluluğun tayininde güçlüklere yol açar. Doktrinde artık kusur objektifleştirilerek aslı olan iradeden kopartılarak davranış olarak nitelendirilmektedir[122].

B) Kusurun Çeşitleri

Kusur belirli görünümlerle ortaya çıkmaktadır. Bu görünümlerden birisi olmaksızın kusur da söz konusu olmayacaktır. Bunlar kast ve ihmaldir[123]. İhmal temel olarak ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır[124]. Genel haksız fiil düzenlemesi olan TBK m. 49/1'de kast ve ihmal lafızlarına yer verilmemiş ancak kanun gerekçesinde yer verilmiş ve bunların kusurun çeşitleri olduğu belirtilmiştir[125]. Ancak kanunda kusur kavramının izahı yapılmadığı gibi kusurun çeşitleri olan kast ve ihmalin bilindiği varsayılarak tanım ve tarifleri uygulamaya ve doktrine bırakılmıştır[126].

1) Kast

Failin hukuka aykırı sonucu bilmesi ve istemesi durumunda kast söz konusu olur[127]. Kastın gerçekleşmesi için failin hukuka aykırı sonucu önceden öngörmesi,

---

122 **EREN**, Borçlar Genel, s.643; **KELLER**, s. 115; **TUNÇOMAĞ**, s. 280; **ORHUNÖZ**, s.72;; **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 326; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.4; **UYGUR**, s.405; **BAŞ**, Kusur, s. 234.

123 **VITO**, s.67; **UMUR**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, Tıpkı 3. Basım, İstanbul 2010, s. 210; **FUCHS/PAUKER**, s.82; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4; **PLETTER**, s. 20; **AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 493 vd.

124 **EREN**, Borçlar Genel, s.654-655; **CARTIER**, Michael, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Eschen 2007, s. 156; **TUNÇOMAĞ**, s. 284; Doktrinde orta ihmal kavramına da yer verilmiştir. Bkz. **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.54; **KELLER,** s. 119; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.81.

125 Almanya'da genel haksız fiil düzenlemesi BGB § 823 Abs. 1 de yer almaktadır. BGB § 823 Abs. 1'de açıkça kast (*vorsätzlich*) ve ihmal (*fahrlässig*) lafızlarına yer verilmiştir. BGB'de ihmale yer verilmesiyle ilgili Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 239. Alman Hukukunda "*Unerlaubte Handlungen*" üst başlığı altında haksız fiil sorumluluğu ile ilgili tüm hükümler BGB § 823-853 arasında düzenlenmiştir.

126 **EREN**, Borçlar Genel, s.643; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 108-109; **UYGUR**, s. 397; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.58.

127 **EREN**, Borçlar Genel, s.649; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 153; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53; **VON TUHR/PETER**, s.427; **ORHUNÖZ**, s.72; **KILIÇOĞLU**, Mustafa, Tazminat Hukuku, İstanbul 2010, s. 140; **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 327; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.56 vd.; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 29; **UYGUR**, s.407; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.425-426; **REİSOĞLU**, s. 172; **TUNÇOMAĞ**, s. 282; **ATAMER**, Yeşim, Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedenselllik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuralları, 1.Baskı, İstanbul 1996. s. 20; **BAŞ**, Kusur, s. 230; **İNAN/YÜCEL, s. 3**94; **KELLER**, s. 118; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.6; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 493;

tasavvur etmesi yetmez. Ayrıca failin hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesi niyetiyle hareket etmesi gerekir. Böylece kastın hukuka aykırı neticeyi tasavvur etmek ve bu neticeyi gerçekten irade etmek olmak üzere iki unsuru vardır[128]. Yalnız failin davranışının tüm sonuçlarını bilmesi ve istemesi şartı söz konusu değildir. Ayrıca hukuka aykırı sonucu istemese dahi bu sonuçları öngörebiliyorsa ve tasvip ediyorsa kast gerçekleşmiş olur[129]. Bu durum ceza hukukunda olası kast ile ifade edilmektedir ve kasttan ayrılmıştır[130]. Özel Hukukta ise bu durum ceza hukukundan farklı olarak kasttan ayrı olarak değerlendirilmemekte[131] dolaylı kast veya ihtimali kast olarak ifade edilmektedir[132]. Örneğin bir binayı içindeki kişileri öldürme kastıyla değil, sadece panik oluşturmak için yakarken içerisindeki insanların kaçamayacağını göze alan kişi açısından veya kalabalık bir caddede son süratle giden şoförün, kişilere çarpma isteği olmasa da bunun olabileceğini bilmesi ve göze alması durumunda, söz konusu göze aldıkları hukuka aykırı netice açısından kast ile davranmışlardır[133]. Ayrıca başaramayacağını ve ortaya bir zarar çıkacağını kuvvetle muhtemel tahmin ettiği bir işe girişen kimsenin verdiği zarar açısından da kusuru ihtimalî kast niteliğinde olmalıdır[134].

Kastın varlığı için hukuka aykırı sonucun istenmiş olması yeterlidir. Kastın gerçekleşmesi için fiil ile doğabilecek bütün zararların öngörülmüş olması gerekmemektedir[135]. Yoksa fiilin neticelerinin geniş ve yaygın olması ile farklı birtakım sonuçlar ortaya çıksa da bunlar önceden hesaba katılmamış olsa da kast söz

---

ŞEN, Yusuf, İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi s.405.

128 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47; **EREN**, Borçlar Genel, s.649.

129 **KILIÇOĞLU**, Tazminat Hukuku, s. 140; **EREN**, Borçlar Genel, s.649-650; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 153; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.83.

130 **HAKERİ**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 231 vd.; **AKBULUT**, s.452 vd.; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53; **TOROSLU**, Nevzat Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2011, s. 206.

131 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53.

132 **EREN**, Borçlar Genel, s.649; **EREN**, İlliyet, s. 191; **KELLER**, s. 118; **TUNÇOMAĞ**, s. 282; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 139; **GÖKCAN**, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara 2016, s. 52; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.56-57; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.425-427; **BAŞ**, Kusur, s. 230; **AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 493.

133 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 153; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47; **REİSOĞLU**, s. 172; **VITO**, s.67.

134 **REİSOĞLU**, s. 173

135 **SCHWARZ**, Borçlar, s. 109; **BAŞ**, Kusur, s. 230; **İNAN/YÜCEL**, s. 395; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 184-185.

konusu olur[136]. Yeter ki fiil ile neticeleri arasında illiyet bağı bulunsun[137]. İlliyet bağı bu durumda iradenin hukuka aykırı sonuca yöneliminin sınırlarını tayin etmektedir. Fiil ile illiyet bağı kurulamayan sonuçlar açısından failin kastından bahsedilmesine engel olmaktadır. Failin ortaya çıkan diğer zararlardan sorumluluğu açısından kötü iradesi sebebiyle uygun illiyet bağı değil tâbi illiyet aranmalıdır[138]. Ahlâka aykırı olarak başkasına zararı düzenleyen TBK m. 49/2'ye göre sorumluluğun söz konusu olması için ise hukuka aykırı neticenin bilinmesi ve istenmesi yetmemekte, ayrıca failde zarara uğratma isteği de aranmaktadır[139].

Kast en ağır kusur çeşididir[140]. Bunun sebebi bilinçli olarak hukuk kurallarının ihlâl edilmesidir[141]. Alman ve Fransız hukuklarının aksine[142] Türk Hukukunda kusur ilkesinin bir sonucu olarak tazminatın belirlenmesinde TBK m. 51/1 gereği kusurun ağırlığına bakılmaktadır[143]. Kastın olduğu hallerde kusur ağır olacağı için bu durum tazminatta indirim sebebi teşkil etmeyecektir. Kastı olan failin sorumluluğunu sigortacı yüklenmediği için kast konusu sigorta hukuku bakımından da önem arz eder[144]. Kast çok daha ağır olduğu için ihmale göre daha belirgin ve açık bir kusur çeşididir[145].

Failin ulaşmak istediği sonuç ahlâka aykırı olmasa bile davranış tarzının hukuka uygun olmaması durumunda da kast söz konusu olabilir[146]. Mesela bir kimsenin çok fakir kalmış başka bir kimseye para vermek için kendi düşüncesine göre fedakârlık dahi yaparak hırsızlık yapması durumunda sâiki ahlâken kınanmaz[147]. Fail açısından bir kınama söz konusu olacaksa dahi bu kınama daha zayıf olmalıdır.

---

136 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47.

137 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 185.

138 Kast hukuka aykırılığa yönelmiş ağır bir kusur çeşidi olduğu için failin uygun illiyet olmadığı gerekçesiyle korunması doğru görülmemiştir. Bir hukuka aykırılığı kasteden kimsenin ortaya çıkarttığı zorunlu şart hukuka aykırı bir başka sonucu meydana getirmişse artık faili uygun illiyet bağını arayarak korumak doğru değildir. Zira uygun illiyetin araştırılmasının amacı faili tesadüflerden korumaktır kendi kötüniyetinden korumak değildir. **EREN**, Borçlar Genel, s. 650; *Deutsch* kast zararla ilgiliyse uygun illiyet bağı aranmaz demektedir. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96. Ayrıca bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.57.

139 **SCHWARZ**, Borçlar, s. 109; **İNAN/YÜCEL**, s. 395; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47.

140 **KELLER**, s. 118; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.56; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.425; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 216.

141 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 216.

142 **İMRE**, s. 19.

143 **İMRE**, s. 19; **TİFTİK**, s.88; **ORHUNÖZ**, s.73; **SANLI**, s.99.

144 **KARASU**, s.690; **CEBE**, s. 248-250; **VITO**, s.67; **WIDMER**, s. 160; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 234-235.

145 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4.

146 **İNAN/YÜCEL**, s. 395.

147 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.48.

Kusurun temeli olan kınanabilir irade, ahlâki kınanabilinme yönünden zayıflamış olsa dahi hukuk düzenine aykırı davranış sebebiyle kınanabilirlik hala mevcuttur. Söz konusu durum bir hukuka uygunluk sebebi de teşkil etmez[148]. Bu sebeplerle hukuka aykırı sonuç bilindiği ve tasvip edildiği için yine de kast teşkil eder[149].

Kast gerçek durumun bilinmesine dayanan bir hukuki olgudur[150]. Bu sebeple failin hukuka aykırı durumu bilmemesi bundan haberdar olmaması durumunda kast söz konusu olmaz[151]. Diğer bir deyişle hata, kastı bertaraf edecektir[152]. Mesela başkasına ait yiyeceği kendisinin zannederek yiyen kimse açısından irade bilerek ve sonucu isteyerek fiile yönelmişse de irade ve fiildeki hukuka aykırılığı bilmemekte ve onu arzu etmemektedir. Bu sebeple kast oluşmaz[153]. Kastın tanımında bahsedilen bilme, isteme, öngörme, tasvip etme unsuru salt irade değil hukuka aykırılığa yöneltilmiş irade ile alakalıdır[154]. Şu halde hukuka uygun pozisyonda bulunduğu sâikiyle hareket eden kimse açısından -buna hukuka uygunluk sebepleri de dahildir- hukuka aykırı sonuca yönelik fiili, fail bilerek ve isteyerek gerçekleştirse bile kasttan bahsedilmez. Meşru müdafaada bulunduğunu düşünen ve fakat meşru müdafaa pozisyonunda bulunmayan kişi verdiği zarar açısından kastla hareket etmemiş olur. Ancak bu tarz durumlarda çoğunlukla ihmal sebebiyle yine kusurlu bir fiil söz konusu olacaktır[155]. Failin kınanmasının zayıf olduğu ancak hukuka aykırı sonuca yönelik

---

148 Hukuka uygun davranışlar açısından kusurdan söz edilmez. Bu sebeple hukuka uygunluk nedeninin var olduğu bir durumda kusurdan söz etmek imkânı yoktur. Hukuka uygunluk nedenine dayanan davranışın ve bununla ilgili kullanılan araçların bu uygunluğun sınırını aşmaması da gerekir. Bununla ilgili Bkz. **KELLER**, s. 112.

149 **SCHWARZ**, Borçlar, s. 110.

150 **KELLER**, s. 118; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.6, s.82.

151 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.57; **VON TUHR,** Borçlar, s. 379.

152 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 217, s. 227 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s.650; **BAŞ**, Kusur, s. 231.

153 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 227 vd.

154 Burada kastın gerçekleşmesi failin fiili durumun hukuka aykırılık teşkil ettiğini bilmesine bağlanmıştır. Hukuka aykırılığı teşkil eden konu ne ise onun bilinmesi kastın gerçekleşmesi için şarttır. Söz konusu örnekte başkasının yemeğini yemek davranış kuralı ihlâli olduğu için hukuka aykırı husus da söz konusu davranış kuralı olan başkasının mülkiyetindeki bir değeri üzerinde tasarruf etmektir. Fakat kişi yemeği kendisinin zannettiği için başkasının mülkiyetinde tasarruf etmemek davranış kuralını bilse de bu ihlâli yapmayı istememiş haberi olmadan bunu fiilen icra etmiştir. Buna fiili hata denmektedir. **EREN**, Borçlar Genel, s.650; Bunun hukuka aykırılık şuuruyla karıştırılmaması lazımdır. Hukuka aykırılık şuuru kişinin hukuk kuralını bilip bilmemesi ile ilgilidir. Fail hukuk kuralını bilmiyordur ki fiilinin hukuk kuralına aykırı olduğunun şuurunda olabilsin. Kişi başkasının yemeğini yediğini bilse ve bunu bilerek yese fakat bu davranışının bir hukuka aykırılık teşkil ettiğini bilmese bu durumda hukuka aykırılık şuurunun olmamasından bahsedilir. *Eren,* bu konuda fail zararlı sonucun bilinci içinde olduğu kadar, hukuka aykırılık bilinci içerisinde de olmalıdır demektedir. **EREN**, Borçlar Genel, s.650.

155 **SCHWARZ**, Borçlar, s. 110; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 228; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.57; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47; **BAŞ**, Kusur, s. 231; **İNAN/YÜCEL**, s. 395.

iradesinin mevcut olduğu hallerle, burada bahsedilen failin hukuka aykırı durumdan haberi olmamasının birbiriyle karıştırılmaması gerekir. Birisinde hukuka aykırı sonuca yönelik hem irade hem fiil mevcutken diğerinde hukuka aykırılık ortaya çıkaran fiil olsa da hukuka aykırılığa yönelik irade yoktur. Hukuka aykırılık kastedilmemiştir.

Benzer fakat başka bir durum olan failin hukuka aykırılık normunu bilmesi ve bunun şuurunda olması, kast için bir şart mıdır konusu tartışmalıdır[156]. Fail fiiliyle ihlâl ettiği emredici davranış tarzı kurallarının varlığını bilmeli midir; yoksa bu davranış kurallarını bilmese bile bu kuralları ihlâl eden davranışı iradî-kastî olarak yapmış olması kastın gerçekleşmesi için yeterli midir?[157] Bu soruya farklı cevaplar ceza hukuku doktrininde bulunabilir[158]. Hukuka aykırı davranışın şuurunda olmayan kimsenin iradesi açısından kınanma mümkün değildir. Kınanmanın mümkün olmadığı kimse açısından kastın gerçekleştiğine hükmetmek ne kadar doğrudur? Bu hususta *Keller/Gabi-Bolliger*[159], *Oğuzman/Öz, Stark* hukuka aykırı hareket şuurunu şart görmemişlerdir[160]. *Deutsch, Eren, Von Tuhr* ve *Schwarz* ise bu şuuru şart görmüşler en azından kişinin hareketinin ahlâken kınanmaya layık olduğunu idrak etmesinin gerektiğini ileri sürmüşlerdir[161]. Bu yazarlara göre ayırt etme gücü olan her kişi hukuk bilgisinden yoksun olsa bile kişilerin canına, sağlığına, hürriyet ve şerefine, malına tecavüzün hukuka uygun olmadığını idrak edebilecektir. Dolayısıyla bu gibi tecavüzler varsa kastta olur. Buna rağmen fail, fiilinin kınanmayı gerektiren ve hukuka aykırı sonuç veren bir fiil olduğunu fark edemediyse kast söz konusu olmamalıdır[162]. *Von Tuhr*'a göre fiilinin hukuka ve ahlâka aykırılığı hususunda tereddüt halinde bulunan kimse açısından ise artık kast gerçekleşmiş olur[163]. İsviçre Federal Mahkemesi de kastın oluşması için hukuka aykırılık şuurunu aramamaktadır[164].

Kanaatimizce burada kusurun irade mi yoksa davranış mı olduğuna dair yapılan ayrımın adeta kasttaki bir görünümü bulunmaktadır. Bu durum ise ihmalin

---

156 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 231.

157 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47-48.

158 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 231.

159 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53

160 **STARK**, Ausservertragliches, s.99; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.57; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.48; Ayrıca Anglo-Amerikan hukukunda da kast için hukuka aykırılık şuuru aranmaz. Bkz. **GÖNÜL KOŞAR**, s.57.

161 **EREN**, Borçlar Genel, s.650; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 231; **VON TUHR,** Borçlar, s. 379; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 110; Ayrıca Bkz. **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47-48

162 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.48.

163 **VON TUHR,** Borçlar, s. 379. Hukuka ve ahlâka aykırılık şuuru hakkında detaylı bilgi için Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 230 vd.

164 Bkz. BGE 82 II 317; BGE 91 II 42.

tespit edilmesinde objektif teori ve subjektif teorinin düştüğü ayrımı hatırlatır. Zira objektif ihmal teorisi iradeye değil, daha çok fiile yönlenmiştir. Subjektif ihmal teorisi ise kusuru(ihmali) fiilden daha çok irade kavramı dairesi içerisinde aramaktadır[165]. Çok benzer şekilde kusurun (kastın) gerçekleşmesi için hukuka aykırılık şuurunu aramayan görüş hukuka aykırı sonuca sebep olan fiilin iradi olarak gerçekleştirilmesini objektif teoridekine benzer şekilde yeterli görmektedir. Hukuka aykırılık şuurunu arayan görüş ise kusurun (kastın) gerçekleşmesi için fiilin iradi yapılmış olmasını yeterli görmemekte, ayrıca manevi bir kavram olan hukuka aykırılık şuurunu aramaktadır. Şuur beraberinde kınanabilirliği getirecektir. Bu durum subjektif teoride kusurun (ihmalin) varlığı için zarar verici fiilin gerçekleşmesinin yeterli görülmeyip, mutlaka soyut bir kavram olan iradenin kınanabilirliği olgusunun aranmasına benzemektedir. Böylece kast için hukuka aykırılık şuurunun aranmaması sorumluluk türünü sebep sorumluluğuna yaklaştırmaktadır. İhmalin tespit edilmesinde objektif ölçünün kullanılmasında da aynı durum söz konusudur[166].

Kastın gerçekleşmesi için hukuka aykırılık şuurunu arayan yazarlara[167] katılıyoruz. Bu görüş kastın oluşmasını zorlaştırdığı için sorumluluğu daraltıp kusur ilkesini güçlendirmektedir. Kusur ilkesini desteklemiyor isek de kastın mahiyetine uygun olan görüş budur. Zira kastın iki unsuru olan hukuka aykırılığı bilmek ve bunu arzu etmek gerçekleşmemiş olmaktadır. Hukuka aykırılık şuuru yokken sonuç bilinir ve arzu edilir bu da davranışa ve sonuca yönelik bir kast olursa da bu hukuki terim olarak kastı karşılamaz. Zira bilinen ve arzu edilen hukuka aykırı sonuç değil sadece sonuçtur. Kast için hukuka aykırılık şuurunu aramak kusur ilkesini güçlendirse de, sebebiyet ilkesinin kabulü halinde böyle bir sonuca da sebep olmaz.

Haksız fiilde sadece kastın kusur olarak kabul edildiği haller istisnadır. TBK m. 49/2'de ahlâka aykırı hareketle başkasına zarar veren kimse açısından kast derecesinde kusur aranmaktadır[168]. Bu çeşit sorumlulukta fiilin hukuka aykırılığı aranmamakta, fiilin ahlâka aykırı olması hukuka aykırılık bağını tesis etmektedir. Hukuka aykırılığın olmadığı bir davranıştan sorumluluğun doğması için kanun koyucu

---

165 **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.424.

166 **OFTINGER/STARK**, s. 210; **BAŞ**, Kusur, s. 234; **GÖNÜL KOŞAR**, s.88; **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 260; **İMRE**, s.60.

167 **EREN**, Borçlar Genel, s.650; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 231; **VON TUHR,** Borçlar, s. 379; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 110; Ayrıca Bkz. **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.47-48.

168 **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 140.

kusurun ağır olmasını doğrusu kast düzeyinde olmasını[169] aramıştır. Benzer şekilde BGB § 826'ya ve OR 41/II'ye göre de ahlâka ve adaba aykırı muamele ile başkasına zarar vermekten sorumluluğun oluşmasının şartı olarak kast derecesinde kusur aranmaktadır[170].

2) İhmal

İhmal kavramında fail hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini istememekte, gerçekleşeceğini bilmemekte, gerçekleşebileceğini tahmin ediyorsa bile bunu ummamaktadır. Bununla beraber fail bu sonucun gerçekleşmemesi için yeter seviyede dikkat ve özeni göstermemiş böylece hukuka aykırı sonuç gerçekleşmişse ihmalden bahsedilir[171]. Kişinin hareket tarzının hukuk düzenince uygun bulunmamasının sebebi, olayın hal ve koşulları altında kendisinden beklenebilecek dikkati ve özeni göstermemesi veya normal tipten davranışının sapması böylece hukuka aykırı neticeye sebep olmasıdır[172].

Sorumluluk hukukunda kusur genellikle ihmal şeklindedir[173]. İhmal göreceli bir kavramdır[174]. İhmal çoğu zaman bir dikkatsizlik neticesinde ortaya çıkar[175]. Şöyle ki failin durumun hal ve gereklerinden bilmesi gereken, itibara almaya mecbur olduğu

---

169 **ERİŞGİN**, Medeni, s.98.

170 **LARENZ/CANARIS**, s. 350; **WRESCHNER**, Erich, Vorbeugende Unterlassungsklage und unerlaubte Handlungen, Hoffmann 1930, s.42; **DEUTSCH**, Erwin, Deliktsrecht Unerlaubte Handlungen. Shadensersatz. Schmerzensgeld, 6. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2014, s.53; **KÖTZ**, Hein/ **WAGNER**, Gerhard, Deliktsrecht, 12, neu bearbeitete Auflage, München 2013, s.46; **GODIN**, Hans, Wettbewerbsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen, Zugabeverordnung und Rabattgesetz, Zweite Auflage, Berlin New York 1974, s. 315; **HONSELL/ ISENRING/KESSLER**, s.84-87; **BREHM**, Roland, Berner Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Überarbeitete Auflage, Bern 2013, s.55; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.723; **FÖRSTER**, Christian, Schuldrecht Besonderer Teil Eine Einführung mit Fällen, Tübingen 2012, s. 329.

171 **VON TUHR,** Borçlar, s. 380; **EREN**, Borçlar Genel, s.651; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 139-140; **VON TUHR/PETER**, s.429; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 227; **VITO**, s.63; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.57 vd.; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 153; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.48; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s. 427; **REİSOĞLU**, s. 172; **BERKİN**, Necmeddin, İngiltere'de Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluk Halleri, İÜHFM, C. 39, S. 1-4, Y. 2011, s. 171; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53; **BAŞ**, Kusur, s. 231; **KELLER**, s. 119; **OFTINGER/STARK**, s. 201; Farklı ihmal tanımları için Bkz. **SAUSSY**, Gordon, Comparative Negligence in Contradistinction to Contributory Negligence, Cornell Law Library, Cornell Law School 1896. s. 2 vd.

172 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.48-49; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 494 vd.

173 **OFTINGER/STARK**, s. 201.

174 **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.60

175 **VON TUHR,** Borçlar, s. 380; **BERKİN**, s. 171; **OFTINGER/STARK**, s. 201.

hususlara vakıf olmamasından ihmal ortaya çıkmıştır. İhmal bir olumlu davranış suretiyle meydana gelebileceği gibi olumsuz bir davranışla da meydana gelebilir[176].

İhmalin gerçekleşmesi için hukuka aykırı neticenin önceden öngörülmemesi şartı yoktur. Hukuka aykırı netice öngörülmemişse zaten bu durum ihmalin gerçekleşmesi için uygundur ki buna bilinçsiz ihmal denilir[177]. Bilinçsiz ihmalde hukuka aykırı netice önceden öngörülmemekte tasavvur edilmemekte ancak hal ve şartın gerektirdiği dikkat gösterilse bu netice öngörülebilir ve engellenebilir bir mahiyet arz etmektedir[178]. Bununla beraber hukuka aykırı netice önceden öngörülebilse hatta gerçekleşebileceği ihtimalinin varlığı iyiden iyiye bilinse de ihmal söz konusu olabilir. Şöyle ki fail hukuka aykırı neticeyi öngörmüş, tasavvur etmiş ancak hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini istememekte ve gerçekleşmemesini ümit etmektedir. Hatta tasavvur ettiği hukuka aykırı sonucun gerçekleşmemesi için yeterli seviyede olmayan belirli tedbirler almış veya gerçekleşmeyeceğini umarak hiçbir tedbir almamış da olabilir. Bu çeşit ihmale bilinçli ihmal denilmektedir[179]. Bilinçli – bilinçsiz ihmal ayrımı teorik bir ayrım olmakla birlikte[180] kusurun ağırlığını tayinde ölçü olarak kullanmaya elverişli bir ayrımdır. Bu bakımdan tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz eder. Zira bilinçli ihmal, bilinçsiz ihmalden daha ağır bir kusur teşkil eder.

Bilinçli ihmal, ihtimali kasta çok benzemektedir. Aralarındaki fark failin iç alemindeki iradesinin keyfiyetindedir. Her ikisinde de davranışın neticesinde hukuka aykırı sonucun gerçekleşebileceği öngörülmekte ve tasavvur edilmektedir[181]. İhtimali kastta fail neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesine önem vermemekte, bundan psikolojik olarak sakınmamaktadır. Bilinçli ihmalde ise fail neticenin gerçekleşmesini kesinlikle arzu etmemekte ve gerçekleşmemesini ummaktadır[182]. Bu fark ceza

---

176 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 54; **VON TUHR/PETER**, s.429; Fail tarafından işlenen bir hukuki hata da şartları oluşuyorsa ihmal olarak kabul edilebilir. **VON TUHR,** Borçlar, s. 380.

177 **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 228; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.495.

178 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.49; *Koçhisarlıoğlu* öngörülebilirlik kavramı engellenebilirlik kavramını da davet eder demekte ve bu iki kavramın sorumluluk hukukunun belkemiğini oluşturduğunu söylemektedir. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Objektif sorumluluk, s. 254.

179 **VON TUHR,** Borçlar, s. 380; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 228; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.49; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.430; **BAŞ**, Kusur, s. 233; **OFTINGER/STARK**, s. 201 dn. 220; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.495.

180 **EREN**, Borçlar Genel, s.655.

181 **VITO**, s.68; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.83.

182 **VITO**, s.68; **MOLITOR**, s. 18-19; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.83; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 193.

hukukunda olası kast ile bilinçli taksirin farkı gibidir[183]. Örneğin bir hemşire acele işlerini yetiştirmek sebebiyle hastalara kullanılmış şırınga ile aşı yapsa ve bundan dolayı birisi enfeksiyon kapsa hemşirenin kastı mı ihmali mi söz konusu olacaktır? Hemşire enfeksiyonun gerçekleşebileceğini şüphesiz ki öngörmektedir. Şayet hemşire hastalık bulaşırsa bulaşsın yeter ki işimi çabuk bitireyim sâikiyle hareket ediyorsa ihtimali kast söz konusu olur. Hemşire hiç şırınga değiştirmese hiçbir tedbir almasa bile kimsenin hastalık kapmamasını ummakta ve bu sonucu hiç arzu etmemekte ise bu durumda bilinçli ihmal söz konusu olacaktır[184]. Ancak bu konu son derece subjektif olduğu için hâkimin bu tespiti yapması oldukça zordur. Bu hususta hâkim olay karinelerini somut olayın özelliklerini ve bilhassa failin şahsi özelliklerini göz önünde bulundurmak durumundadır.

Genelde akdî anlamda kullanılsa da Roma Hukukunda ihmal ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur[185]. Hatta ağır ihmal belirli açılardan kasta yakın görülmüştür[186]. Bu ikili ayrım günümüzde doktrinde de genel kabul görmektedir[187]. Buna orta ihmal kavramını dahil eden yazarlar da vardır[188]. Bazı Alman yasaları ihmali ağır ve hafif ihmal olarak ikili ayrıma indirgemiştir[189]. Bu ayrıma göre ağır ihmal failin davranışında herkesten beklenebilecek dikkat ve özeni göstermemesi, herkesin alabileceği tedbirleri almaması ve böylece hukuka aykırı neticeyi meydana getirmesi halinde söz konusu olur[190]. Başka bir ifadeyle failin içinde bulunduğu koşul ve hal gözetildiğinde kendisinden beklenebilecek asgari dikkat ve ihtimamı gösterdiği takdirde hukuka aykırı sonucu önleyebilecekken bunu yapmamışsa ağır ihmalden bahsedilecektir[191]. Hafif ihmal ise

---

183 Bilinçli taksir ve olası kast ayrımı hakkında detaylı bilgi için Bkz. **HAKERİ**, s. 265 vd.

184 İhtimali kastla, bilinçli ihmal arasındaki fark OR Art. 41/II'deki ahlâka aykırı verilen zararlar açısından önem teşkil edebilir. Bkz **VITO**, s.68.

185 **UMUR**, s. 211; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 30; **ERDOĞMUŞ**, Belgin Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul 2012, s. 36-37; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.58; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Özcan, Roma Hukuku, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 13. Basım, Ankara 2008, s. 259; **ÖCAL**, Bahar, Damnum Iniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi, İÜHFD, C2, S. 1, Y.2011, s. 356; **VON TUHR/PETER**, s.431; **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.61; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 16-17; **PLETTER**, s. 11-12.

186 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 235.

187 **EREN**, İlliyet, s. 191; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, s. 259; **BREHM**, s. 142.

188 **VITO**, s.67; **EREN**, Borçlar Genel, s.654-655; **EREN**, İlliyet, s. 191; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 54; **HONSELL/ ISENRING/KESSLER**, s.81; **BREHM**, s. 144-145.

189 Bununla ilgili **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.54

190 **OFTINGER/STARK**, s. 219; **UYGUR**, s.406.

191 **OFTINGER/STARK**, s. 219; **TUNÇOMAĞ**, s. 285; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 228; **ŞENYÜZ**; s.92; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 153; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 30; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.58; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.54; **ERDOĞMUŞ**, s. 36-37; **ÖĞÜZ/ ERGÜNE/ ERİŞGİN**,

tedbirli özen sahibi bir kimsenin yapmayacağı bir davranışı yaparak hukuka aykırı sonucun ortaya çıkarılmasında söz konusu olur[192]. Başka bir deyişle hafif ihmal ağır ihmale ulaşmayan ve şartlarının tam anlamıyla oluşmadığı ihmal türüdür[193]. Örneğin kör noktası olan bir kavşaktan geçişle ilgili uyarılara ve geçiş önceliğine riayet etmeden geçerken zarara sebep olmak ağır ihmale örnektir[194]. Kamuya açık bir oyun alanındaki garajda kolaylıkla yanabilir nitelikteki benzini açık bırakmak yine ağır ihmale örnektir[195]. Bir kayak hocasını takip eden öğrencisinin virajı dönemeyip çevredeki insanlara zarar vermesi ya da buharlı silindir makinesi sürücüsünün yaptığı işe yoğunlaşıp karşısına çıkan görülüp fark edilmesi zor küçük olası engellere dikkatini verememesi hafif ihmale örnek olur[196]. Somut olaydaki hareket tarzının değerlendirilmesinde somut durumun arz ettiği tehlike, önem, acele gerektirmesi veya failin sâiki de ihmalin derecesinin tespitinde önem arz eder[197]. Örneğin aşırı hız yüzünden meydana gelen bir trafik kazasında şoför ağır hastayı hastaneye yetiştirmek için aşırı hız yapıp kazaya sebep olsa zevk için hız yapıp kazaya sebebiyet veren şoföre göre kusuru daha hafif takdir olunmalıdır[198]. İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre kazaların sıklıkla aynı durumda ortaya çıkması ihmalin güçlü bir göstergesi olsa da mutlak bir göstergesi değildir[199]. Mahkemeye göre daha önceki tekrar eden kaza deneyimi o hususta normal bakım seviyesinin üstüne çıkılması gerektiğine işaret eder[200]. Tersine aynı durumun istisnaen kazaya sebep olması şayet gerekli bir özen eksikliği varsa dikkatsizlik mazur görülmez ve ihmalin oluşmayacağı anlamına

s.64; **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 328; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 140; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.430; **REİSOĞLU**, s. 173; **NART**, Borçlar, s.53.

192 **TUNÇOMAĞ**, s. 285; **EREN**, İlliyet, s. 191; **ŞENYÜZ**; s.93; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 153-154; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.54; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 228; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.58; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 30; **ÖĞÜZ/ ERGÜNE/ ERİŞGİN**, s.64; **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 328; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.430; **OFTINGER/STARK**, s. 220.

193 **BREHM**, s. 144; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.54; Bu tanım aslında Alman kanunlarında orta ihmal kavramının kabul edilmemiş olmasına dayanmaktadır. Zira ağır ihmal olmayan her ihmal ancak hafif ihmal olarak değerlendirilebilecektir. **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.55.

194 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.54

195 **KELLER**, s. 129; Bkz. BGE 66 II 114.

196 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.55.

197 **BAŞ**, Kusur, s. 232; Somut olayın fail ya da mağdur için tehlike veya menfaat barındırması, aciliyeti, önemi, somut olaydaki zararın önlenebilirliği gibi hususların kusur kavramıyla irtibatı olduğu gibi sorumluluk ilkelerinin temelleriyle de teknik bağlantıları vardır. Bu hususlaki detaylı incelemeler için Bkz. 2. bl. §2 II B 2.

198 **TUNÇOMAĞ**, s. 285 İsviçre Federal Mahkemesi; çiftçilerin, yeterli koruyucu önlem almadan erkek çocukların tehlikeli makinelerle çalışmalarına izin verilmesini yeterli tedbir alınmadan bir buz hokeyi organizasyonunun düzenlenmesini; benzin varillerinin açıkta bırakılmasını; sportif ekipmanların yetersiz onarımını ihmal olarak kabul etmiştir. Bkz. BGE 60 II 40; Bkz. BGE 79 II 69; Bkz. BGE 66 II 117; Bkz. BGE 64 II 260

199 Bkz. BGE 87 II 313.

200 Bkz. BGE 87 II 314.

gelmez[201]. *Keller/Gabi* ağır ihmal teşkil eden olaylar için halk dilinde "Böyle bir şey nasıl yapılır" ifadesinin; hafif ihmal teşkil eden olaylar içinse "Böyle bir şeyin olması anlaşılabilir" ifadesinin kullanıldığını söylemektedir[202]. Böylece davranışın olması gereken davranıştan sapma derecesi ihmalin de tipini belirlemektedir[203]. Ağır ihmalin tespiti, kastın tespiti gibi genellikle kolaydır. Ancak hafif ihmalin tespiti hususu oldukça zor ve doktrinde tartışmalı bir konudur[204].

Roma Hukukunda hafif ihmalin tespiti için iki ölçü kullanılmıştır. Daha ağır ve bugünkü objektif teori anlayışının temelini teşkil eden birinci ölçü iyi bir aile babasının (*bonus pater familias*) gösterdiği özen ve dikkatin kıstas olarak alınmasıdır[205]. Bu fikre göre iyi bir aile babasının haksız fiile ilişkin olayda göstereceği farazi dikkat, özen, davranış tespit edilir bundan sapan davranışlar ihmal olarak kabul edilir. İkinci bir ölçü olarak failin hayatının idamesinde genel olarak gösterdiği dikkat, özen ve davranışları ölçü alınmıştır. Failin söz konusu somut olayda nasıl davranması gerektiği tamamen kendi kişisel özelliklerine ve dikkat seviyesine göre tespit edilir bu tespitten ayrılan davranış tarzı ihmal olarak kabul edilmiştir[206].

3) İhmalin Kıstası ve Kusur Teorileri

Kusurun gerçekleşmesi, zarar veren davranışın hukuk düzenince uygun görülmemesine bağlıdır. O halde kusurun varlığından bahsedilmesi için hangi davranışın hukuk düzenince uygun görülmediği ve bu davranışa sebep olan iradenin buna dahil olup olmadığı soruları gündeme gelecektir. Davranışın veya iradenin kınanabilir niteliği haiz olması kusurun gerçekleşmesi için şart mıdır? Yoksa kınanma söz konusu olamayacak olsa bile sırf davranış ortalama bir hareket tarzına göre yapılmaması gereken bir davranış olduğu için kusur teşkil eder mi? Failin iradesini hukuka aykırı davranışı gerçekleştirmemek için yeter derecede kullandığının ya da iradesiyle ortaya çıkardığı fiilin hangi şartlarda kusur kabul edilebileceğinin tespiti oldukça zor bir meseledir. Bu konu temelini insan davranışlarının temelinde sebepler silsilesinin mi yoksa kendi özgür iradelerinin mi olduğu hususundaki felsefi

201 bkz BGE 72 II 51.
202 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.54
203 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.54; **CARTIER**, s. 156-157.
204 Bu tartışmalar için Bkz. 1. bl. § 1 II B 3.
205 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 30; **İMRE**, s. 28; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.79; **PLETTER**, s. 11; **GÖNÜL KOŞAR**, s.80.
206 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 30; **PLETTER**, s. 11.

tartışmadan alır[207]. Kastın ve ağır ihmalin varlığının tespiti kolaydır. Ancak hafif ihmalin varlığını tespit daha zor ve teoriktir. Hafif ihmal açısından yukardaki sorular farklı teorilerle çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır[208].

a) İhmalin Objektifleştirilmesi ve Kusur İlkesini Zayıflatması

Failin somut olaydaki davranışının hukuk düzenince uygun görülmemesi aynı şartlar altında bulunan, makul, dürüst, güvenilir, ortalama bir kişiden beklenen davranıştan sapması olgusuna dayanıyorsa, objektif bir kusur anlayışı söz konusudur[209]. Bu anlayış kişilerin iradelerinin oluşumunda kişisel özelliklerinin dikkate alınarak iradelerinin kınanabilir nitelikte olduğunun tespitinin, kusurun varlığı için şart koşulmasını reddetmektedir[210]. Şayet zarara sebep olan failin davranışının aynı şartlar altındaki ortalama bir tipin davranışından saptığı söylenebiliyorsa objektif anlayışa göre kusurun varlığından söz edilir[211].

Objektifleştirilmiş bir ölçüye başvurulmasının iki sebebi vardır. Birincisi insanların irade, yetenek, zekâ gibi özelliklerini tam olarak tespit etmek imkânsızdır. Şu halde ortalama bir tipin özelliklerini ölçü almak ve buna istinaden kusurun varlığı konusunda ortak bir hüküm kurmak gerekmektedir[212]. İkincisi ise insanların toplu ve birbirine bağlı halde yaşamalarının sonuçlarının gereğidir[213]. Toplum hayatının emniyetli bir şekilde devam etmesi için tüm fertlerden asgari ve herkes için geçerli bir ihtimam derecesinin tayin edilmesi zaruretinin varlığıdır[214]. Topluma zarar

---

207 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.55-56.

208 Ceza Hukukunda benzer bir ayrım taksirle işlenebilen suçlar açısından söz konusudur. Bkz. **HEINRICH**, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım II, 1. Baskı, Ankara 2015, s.94 vd.

209 **FELLMAN**, Walter, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I, Bern 2013, s.8.; **EREN**, Borçlar Genel, s. 644; **OĞUZ**, s. 277; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.424; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 152; **BAŞ**, Kusur, s. 226; Objektif ve Subjektif kusur kavramları, objektif hak ve subjektif hak kavramlarından tamamen bağımsızdır. Objektif ve subjektif haklar hakkında Bkz. **LARENZ** Karl/ **WOLF** Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004, s. 238 vd.; Ortalama anlaşılabilir makul standart bir tipi sorumluluk hukukuna sokan yazarın *William Jones* olduğu söylenmektedir. Bkz. **SCHRAGE**, Eltjo J. H.Negligence The Comparative Legal History of The Law Of Torts, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History Vergleichende Untersuchungen zur kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischen Rechtsgeschichte Band 22, Berlin 2001, s s.9.

210 **KOZIOL**, Helmut, Objektivierung, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?, Archiv für die civilistische Praxis, C. 196, S. 6, Y. 1996, s.593.

211 **EREN**, Borçlar Genel, s.644; **ORHUNÖZ**, s.72; **NART**, Serdar, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Ankara 2014, s. 137-138; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.428; **BAŞ**, Kusur, s. 226.

212 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.51.

213 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.60; **OFTINGER/STARK**, s. 210.

214 **EREN**, İlliyet, s. 193; **KOZIOL**, Objektivierung, s.596; **GÖNÜL KOŞAR**, s.76; Doktrinde objektif sorumluluğun topluma güven verilmesi fikri ile meşrulaştırılamayacağı da ileri sürülmüştür Bkz. **KOZIOL,** Objektivierung, s.604-605.

görmemeleri hususunda genel bir garanti verme yükümlülüğü olmalıdır[215]. Aksi takdirde toplum içerisinde istikrarsızlık ve karışıklık söz konusu olur[216]. Tipik olmaktan sapan kişiler toplumun tamamı için özel bir tehlike oluşturmaya başlarlar[217]. Topluma bu risklere karşı eminlik ve güven verme ihtiyacı vardır. Bu hususta *Keller/Gabi* objektif ihmal teorisi mağdurun ve halkın menfaatlerini dikkate alan bir teoridir demektedir[218]. Kanaatimizce objektifleştirilmiş ölçüye başvurulmasının üçüncü bir sebebi daha vardır. Bu da kusur ilkesinin mutlak uygulanması tatmin edici olmaktan uzak sonuçlar vermesi ve zarar göreni pek çok zaman zararla baş başa bırakmasıdır. Doktrinde belirtildiği üzere objektif kusur teorisi de failin kusurlu bulunması ihtimalini artıran, mağduru daha çok koruyan ve kusur sorumluluğunu objektif sorumluluğa yaklaştıran bir teoridir[219]. Bu açıdan düşünülürse kusursuz sorumluluk anlayışının kabulündeki gerekçeler[220] bünyelerinin elverdiği ölçüde objektifleştirilmiş ihmalin de tercih sebebi olmaktadır.

Objektif kusur anlayışında subjektif açıdan mazur görülebilecek sebepler önem arz etmemektedir. Mesela bir vinç operatörü çok sevdiği bir kimsenin vefat haberini almış olsa bu durumun verdiği manevi ızdırap sebebiyle dikkatini toplayamayıp bir zarara sebep olsa dahi ihmalin varlığından söz edilir. Manevi acı sebebiyle, o an tüm gücüyle çalışsa dahi yeteri dikkati gösterememesi, objektif kusur anlayışına göre mazeret teşkil etmez[221]. Hatta vinç operatörü o an vinci kullanamayacağını anlayıp başkasına devretmek istese imkân bulamasa[222] veya kaza yaparım korkusuyla vinci yerine park etmeye giderken söz konusu dikkatsizliği ile kazaya sebep olsa bile hüküm değişmez. Zira failin somut olaydaki subjektif durumundan kaynaklanan dikkatsizliği kazaya sebep olmuştur. Onun yerine konulacak ihtimam sahibi ortalama bir operatöre, somut olayda failde dikkatsizliğe sebep olan türden bir arıza sebebi yüklenmez. Objektif ihmal teorisine göre somut olayda tasavvur edilmesi gereken ortalama

---

215 **KOZIOL,** Objektivierung, s.594.

216 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.51.

217 **KOZIOL,** Objektivierung, s.596.

218 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.56.

219 **OFTINGER/STARK**, s. 210; **BAŞ**, Kusur, s. 234; **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 260.

220 Objektif ihmal açısından bu gerekçeler özellikle ortak özen derecesinin belirlenmesi ve kusurun tespiti noktasındadır. Kusurun subjektif bir kavram olmasından dolayı kusur ilkesinin kuvvetlenmesiyle ortaya çıkan kusuru tespit ve ispat sorunu kusurun objektifleştirilmesi ile çözülmeye çalışılmaktadır. Bu durum ise kusur ilkesinin özündeki bir çeşit yetersizliğe işaret etmektedir.

221 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52; **BAŞ**, Kusur, s. 232.

222 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52.

operatör, yakını vefat etmiş bir operatör değildir. Bu nedenle ortalama operatörün, failin olayda gösterdiği dikkatsizliği göstermeyeceği düşünülür.

Objektif kusur anlayışı somut olayın şartları içerisine, failin sosyal konumuna uygun ihtimam sahibi ortalama bir tip koymaktadır[223]. Failin subjektif durumuna ilişkin hususlar haricinde somut olayın cereyan tarzı bu teori tarafından gözetilmektedir[224]. Objektif ifadesinden somut olayın failin iradesinde oluşturabileceği aksaklıkların gözetilmediği anlaşılmamalıdır. Zira bu teori somut olayın içerisine koyduğu ortalama tipin; iradeye ve böylece davranışa menfi yönde tesir edebilecek sebepler silsilesi ve farklı şartlar içerisindeki, davranışını araştırmaktadır. Olayın şartlarının gelişimi içerisinde ortalama tipin iradesinin ve davranışının aksaklık gösterme ihtimalinin varlığı ise muhakkaktır. Mesela ormanlık alanda ağaç kesimi yapan bir makine kullanıcısının karşısına aniden oldukça saldırgan ve tehlikeli yırtıcı bir yabani hayvan sürüsü çıkmıştır. Kişi bundan korkmuş olarak bölgeden uzaklaşırken korkunun verdiği dikkatsizlikle bir kazaya sebebiyet verse bu durum subjektif olarak değerlendirilmemelidir. Zira o şahsın yerine tedbirli ve özen sahibi ortalama bir başka makine kullanıcısı da olsaydı somut olayın şartlarında aynı korkuyu hissedebilir ve bundan dolayı dikkatsizlik yaşayabilirdi. Bunun yukarda bahsedilen yakını vefat eden vinç operatöründen farkı, irade aksaklığına sebep olan olayın somut olay dairesinde gelişmesidir. Vinç operatörünün dikkatsizliğine sebep olan üzüntüsü somut olay dairesinde gelişmemiş, tamamen subjektif ve onun şahsını ilgilendiren bir durumdur. Bu bağlamda teorinin objektifliği, olayın cereyan tarzının doğurduğu irade ve duygu aksaklıklarına bağlı fiillerin kusur kabul edilmesini gerektirmez. Zira ortalama ve tedbirli bir tipte bu şartlarda aynı davranışı gösterebilir. Teorinin objektifliği somut olayda aynı şartlarda tedbirli ortalama bir tipin iradesine bağlı davranışının esas alınmasında ve failin davranışının farazi orta tipin davranışından ne kadar saptığının tespiti noktasındadır.

---

223 **FELLMAN**, Band I, s.8; **GÖNÜL KOŞAR**, s.79; Ortalama tipin davranışı her zaman gerekli bakım derecesiyle doğrudan doğruya uyuşmaz. Zira bazen o somut olay için gerekli bakım derecesine uygun olmayan bir örf, adet veya davranış tarzı toplumda var olabilir. Bkz. BGE 72 II 50; Bkz. BGE79 II 69; Bkz. BGE 89 II 121; Bkz. BGE 94 II 158.

224 **TUNÇOMAĞ**, s. 284; Bu hususla ilgili olarak bir Alman Federal Mahkemesi kararında davalı hekim hafif bir tüberküloz belirtisinin farkına varamamış ve bunun üzerine açılan davada mahkeme, bir akciğer hekiminden beklenebilecek dikkat ve özenin kapsamının belirlenmesinde o zamanın hal ve şartlarını, imkânları ve sosyal zaruretleri de dikkate alarak hekimin kusursuzluğuna karar vermiştir. **DEUTSCH**, Erwin, Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri, DEÜHFD, C. 2, S. 2, Y.1981, s. 252; BGH NJW 61,600.

Objektif teoriye göre olayın cereyan tarzının ve somut olayın içinde bulunduğu sebepler silsilesinin araştırılması ve buna göre kusurun tespit edilmesi lazımdır[225]. Bu cümleden olmak üzere olayda önceden öngörülmeyecek nitelikteki zorluklar, fiilin bir ihtisas alanına girmesi, yapılan fiilin zorluğu, önemi, tehlikeliliği, faydasızlığı, zorunluluğu nazara alınarak kusur hakkında bir hüküm kurmak gerekir[226]. Mesela faydasız bir işe girişen kimsenin kusurunun tespitinde daha objektif, zarurî bir sebepten bir işe girişenin kusurunun tespitinde daha subjektif hareket etmek gerekir. Aynı düşünceyle, kolay bir işi yaparken dikkatsizlikle zarara sebep olmak ihmal kabul edilebilirken, yoğun güçlük içerisinde yapılan bir iş sırasında bazı şeylerin gözden kaçırılması ihmal sayılmamalıdır. Kanun veya sözleşme ile bir iş için özel ve ileri seviyede tedbir ve özenin gerektiği belirtilmişse; fail zararlı neticeyi tahmin edememiş olsa bile belirtilen dikkat ve özene aykırı hareket etmekle de ihmal göstermiş olur[227]. Keza tehlikeli bir işi yapan kimsenin göstermesi gereken dikkatin en yüksek seviyede olması beklenir. Böyle bir kimsenin göstereceği en küçük bir dikkatsizlik ihmal olarak kabul edilebilir. Bu durum da dahi insan sınırlarını aşan bir dikkatin gösterilmesi failden beklenmez. Fail yerine konacak o tehlikeli işle meşgul olan ihtisas sahibi kimseden beklenecek dikkat ölçü alınmaktadır[228]. Elbette söz konusu durum bir tehlike sorumluluğu kapsamında ise o takdirde failin sorumluluğu için kusurlu olmasına da gerek olmaz[229]. Federal mahkeme tehlikeli faaliyetler için alınacak koruyucu önlemleri objektif olarak belirlerken bunların zarar gören taraf için makul önlemler olup olmadıklarını orantısız maliyetler olmadan alınıp alınamayacaklarını kontrol etmektedir[230].

İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre kanuni düzenlemelere uymuş olunduğu halde bir zararın meydana gelmiş olması, ihmalin asla olamayacağı anlamına gelmez. Somut olay özelinde gerekli ihtimam ve tedbir yükümlülüğünün derecesi

---

225 Bkz. BGE 115 II 287; BGE 119 II 448.

226 **VON TUHR,** Borçlar, s. 380-381; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.53-54; **EREN**, Borçlar Genel s.653. Ani oluşan tehlikenin objektif kusurun tespitinde göz önüne alındığı İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için Bkz. BGE 68 II 127; BGE 102 II 240.

227 **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.

228 Objektif teoriye göre uzman kimse, ortalama kimsenin göstermesi gereken özen ve dikkati gösterdiğini, söyleyerek sorumluluktan kurtulamaz. **STARK**, Entlastungsgründe, s. 105.

229 **GÖKCAN**, s.405; **FUCHS**, s. 239; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.8; **SCHULZE**, s. 1198.

230 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.57; Bkz. BGE 79 II 69; BGE 89 II 226; BGE 97 II 128.

araştırılmalıdır[231]. Tersine bir normun ihlâline yönelik ihmal varsa bile şayet zarar verici olayla ilgili bir ihmal içermiyorsa, zarar açısından ihmal sayılmayabilir[232].

Somut olayın şartlarının teori tarafından gözetilmesi objektifliğin yumuşak uygulanması konusunda önemli bir ölçüdür. Aksinin kabul edilmesi teoriyi neredeyse sebebiyet sorumluluğu anlayışına döndürecektir. Zira fail pek çok durumda kusurlu olmaktan kurtulamayacak ve her sebep olduğu fiilden sorumlu olmasının önü açılacaktır. Bu ise kusur ilkesinin temel mantığıyla bağdaşmadığı için kusur ilkesine bağlı olarak ortaya konmuş bir kusur teorisi için kabul edilebilmesi güçlük içerir. Peki fail açısından objektifliğin uygulanmasında ölçüt nasıl olmalıdır? Failin kişisel özellikleri ne dereceye kadar değerlendirme dışında bırakılmalıdır?[233] Kusur için objektif bir ölçütün kabul edilmesi bu ölçünün mutlak, değişmez ve tüm insanlar için aynı nitelikte olmasını gerektirmez[234]. Aksinin kabulü kusur kavramının çok geniş yorumlanmasına sebep olur. Bu ise tıpkı somut olay açısından sert objektif anlayışın sonuçları gibi kusursuzluğun fail açısından neredeyse mümkün olmadığı bir anlayışı beraberinde getirir. Konulacak ortalama tipin belirlenmesinde mutlak objektiflik söz konusu olmasa da, objektif bir anlayış söz konusu olmalıdır. Nitekim teorinin temel gerekliliği de budur. Failin yaşı, mesleği, cinsiyeti, engel durumu, diğer insanlardan kendisini belirgin şekilde ayıran fiziksel veya zihni kabiliyet ya da tecrübeleri vasat tipin belirlenmesinde göz önüne alınmalıdır[235]. Mesela bir erkekten kadına nazaran daha fazla kuvvet beklenir. Yaşlı bir kadın elinde zorluğa katlanarak taşıdığı ağır bir yükü, gücü yetmeyip düşürerek zarara sebep olsa kusurun tespitinde somut olayın içerisine ortalama tip olarak yaşlı bir kadın konulmalı ve onun farazi davranışı saptanmalıdır. Aynı olayın faili güçlü kuvvetli bir güreşçi olsa ihmalin varlığı hakkındaki hüküm değişebilecektir. Zira bir güreşçi bu yükü gücünün yetmemesi dolayısıyla değil dikkatsizliği dolayısıyla düşürmüş olması ihtimali daha fazladır. Hem dikkatli olmuş olsa bile hüküm değişmez zira o yükü düşürmemesi rahatlıkla

---

231 BGE 90 IV 8; BGE 92 IV 86; BGE 71 II 123; BGE 87 II 313. Davranışın hukuka uygunluğu söz konusudur bu sebeple davranışın hukuka aykırılığı teorisinden söz konusu hükme varmak zordur. Kusurun oluşabilmesi için hukuka aykırılığın varlığı da şart olduğundan, hukuka aykırılıkla ilgili üçüncü hukuka aykırılık ya da sonucun hukuka aykırılığı teorilerinin benimsenmesi, ihmalin varlığına hükmetmeyi kolaylaştıracaktır.

232 BGE 78 II 344.

233 Bu konuyla ilgili detaylı bilgi için **KOZIOL**, Objektivierung, s.596 vd.

234 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.53.

235 **EREN**, İlliyet, s. 193; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60; Tamamen objektifleştirilmiş kusur teorisi açısından failin hiçbir subjektif özelliği gözetilmemektedir. **NART**, Hakkaniyet, s. 140; **BAŞ**, Kusur, s. 231.

kendisinden beklenebilir[236]. Somut olayı oluşturan sebepler silsilesinin failde oluşturabileceği arızalı davranışlar açısından objektif ölçüt oldukça yumuşak düşünülürken hatta objektiflikle bunlar kastedilmezken failin şahsi özellikleri ve şahsi durumu açısından objektiflik söz konusudur ancak bu ölçütte mutlak değildir ve belirli sınırlamalarla yumuşatılmıştır[237].

Objektifliğin yumuşatılmasında ayırt etme gücüne tesir etmeyecek derecedeki şahsi farklılıkların subjektiflik çatısı altında gözetilmesi, belirli sorunları da beraberinde getirmektedir[238]. Öncelikle böyle bir anlayış faili koruduğu için zarara maruz kalma tehlikesi içinde yaşayan toplumun emniyeti azaltılmakta genel risk çoğaltılmaktadır[239]. Standart tipten ayrılan fakat özel durumu sebebiyle benzer tipteki kimselerin davranışına göre eylemi değerlendirilen kimsenin, ortaya çıkaracağı özel tehlike, diğer fertlerin can ve mal güvenlikleri açısından artmış bir risk oluşturur[240]. Halbuki fertlerin can ve mal güvenliklerinin sağlanması onların meşru beklentileridir. Önemsiz sayılabilecek derecede küçük olarak standarttan sapan kimselerin şahsi özelliklerinin o gruptakilerle beraber subjektif olarak değerlendirilmesi ne kadar doğru olur[241]? Fail subjektifleştirilerek standarttan sapan bir kişinin ortaya çıkaracağı tehlike ve risk topluma yüklenirse bu sorumluluğun genel ilkeleriyle çelişir. Zira sorumluluktaki genel bir ilkeye göre ortaya çıkartılan tehlike ne kadar büyük olursa tedbir de o kadar keskin olmalıdır[242]. Bu ilke gereği bir tedbir olarak da sorumluluk faile yüklenmelidir. Ancak sorumluluk anlayışı subjektifleştirilince standarttan sapma arttıkça tehlike ve risk artsa da bunun aksine failin sorumluluğu azalacaktır. Zaten

---

236 Doktrinde failin subjektifleşmesi ile sorumluluğunun kaldırılması mümkün olsa bile sorumluluğun tamamen kaldırılmasına karşı çıkan yazarlar vardır. Buna göre kusur prensibi korunurken bireysel çözümler bulunarak mağdurun zararla baş başa kalması önlenebilir. Örneğin tarafların ekonomik güçleri göz önünde bulundurularak sorumluluk faile yüklenebilir. Aksine mağdurun ekonomik olarak güçlü olduğu bir durumda failin subjektif durumu sebebiyle kusur olmadığı için tazmin de söz konusu olmaz. **KOZIOL,** Objektivierung, s. 609-610; Bu tarz bir çözüm subjektiflik yoluyla kusursuz bulunan faile rağmen mağduru koruduğu için kusur ilkesini zayıflatıcı bir etki gösterir.

237 Ferde ilişkin özelliklerin somut olaya etkisinin gözetilmesi nispetinde objektiflik yumuşatılmış olarak uygulanıyor demektir. Mesela yaşlı ve güçten düşmüş bir adamın yerine somut olayda yine o yaş grubundaki benzer özelliklerdeki birisinin konması objektif teorideki yumuşak bir uygulamayı ifade eder. Yaş, cinsiyet, meslek gibi şahsiyete ilişkin özelliklerin nazara alınmadığı ölçüde objektif teorinin sert uygulanması söz konusu olur. Keza şahsiyete ilişkin özelliklerin sayıca çeşitlendirilmesi ve böylece dikkate alınması da objektifliğin yumuşak uygulanmasına sebep olur. Ferde ilişkin ölçütlerin objektif teoriye farklı derecelerde dahil edilmesi mümkündür. **KOZIOL**, Objektivierung, s.594 vd.

238 **KOZIOL**, Objektivierung, s.596 vd.

239 **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 263.

240 **KOZIOL**, Objektivierung, s.596.

241 **KOZIOL**, Objektivierung, s.596.

242 **KOZIOL**, Objektivierung, s.596-597.

failin subjektif durumunun onun sorumluluğunu zayıflatması gerektiği düşüncesi zarar göreni hiçbir şekilde tatmin etmemektedir[243].

Yukarıdaki düşünceye karşı zayıf ve engelli durumdaki kimselerin korunması için subjektif anlayışın kabul edilmesi gerektiği düşüncesi ileri sürülebilir. Bu takdirde de tamamen masum olan mağdurun mu, davranışı olduğu fakat kusuru olmadığı için nispeten masum fakat zayıf ve engelli kimsenin mi korunması gerektiği sorusu gündeme gelir. Gerçekten kusur ilkesine karşı mağdurun üstün masumiyeti çok kuvvetli bir argümandır[244]. Ancak masum failin zayıf ve engelli bir kimse olması durumunda bu argüman zayıflamaktadır. İşte benzer bir durum kusurun subjektifleştirilmesinde de ortaya çıkıyor. Bir yandan sorumluluğu subjektifleştirilen fail daha çok tehlike ortaya çıkarmaya başlıyor dolayısıyla zarardan sorumluluğunun keskinleşmesi gerekiyor[245] diğer yandan fail zayıf veya engeli artan kimse olduğu için sorumsuzluğu çağrıştıran bir duruma girmiş oluyor. Kusur ilkesi kapsamında düşünülürse, kanaatimizce tehlike ve riski artırdıkça sorumluluğun da keskinleşmesi gerektiği temel ilkesi[246] failin tehlikeyi iradesiyle çıkarmış olmasıyla sınırlı olarak düşünülmelidir[247]. Tehlike ortaya çıkaran kimsenin sorumluluğunun artması gerektiği fikri temel sorumluluk hukuku düşünceleriyle son derece uyumludur. Hatta tehlike ortaya çıkarmak belirli bir düzeye ulaştığında tehlike esasına bağlı olarak kusursuz sorumluluğu dahi gerektirir. Ancak tehlikeyi iradesiyle ortaya çıkarmayan hatta bedenî veya zihnî bir eksikliği sebebiyle bir engeliyle çıkartan kimsenin durumu farklılık arz etmelidir. Hatta sebebiyet ilkesi dahi engelli kimseleri korumadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Sebebiyet ilkesinde dahi tehlikeyi iradesi olmaksızın çoğaltan kimsenin sorumluluğu eleştirilmekteyse kusur ilkesi bakımından evleviyetle böyle olmalıdır. Kanaatimiz *Von Tuhr'*un kusurun failin zihnî ve bedenî eksikliğine istinat edemeyeceği görüşüyle uyum gösterir[248]. Ancak *Rümelin*'in fertlerin şahsiyetlerinin

---

243 **KOZIOL,** Objektivierung, s.597.

244 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 3; **İMRE**, s.40.

245 **KOZIOL**, Objektivierung, s.596-597. Özellikle trafik kuralları bakımından tehlike ortaya çıkartma olgusu, objektif kusur teorisinde failin kusurunun subjektifleştirilmesinde ayrıca değerlendirilmelidir. **KOZIOL,** Objektivierung, s.603-605.

246 **KOZIOL**, Objektivierung, s.596-597

247 Subjektif kusur teorisinin hukuki gerekçelendirilmesinde, tehlikenin sorumluluk kavramı olarak kabul edilmesini, tehlike ortaya çıkarılmasının faile yüklenebilir olmasına veya failin tehlike kaynağını elinde bulundurması şartlarına bağlayan benzer yöndeki görüş için Bkz. **GÖNÜL KOŞAR**, s.74.

248 **VON TUHR**, Borçlar, s. 381

devamı sırasında ortaya çıkarttıkları zararlardan kendileri sorumlu olmalıdırlar görüşüyle[249] ters istikamettedir.

Ortalama, normal ve tedbirli bir kimsenin davranışından ayrılan her davranış objektif teoriye göre kusur kabul edilmektedir[250]. Bu ayrılış failin kendi özel hayatındaki genel davranışlarının daha gevşek ve tedbirsiz olmasından kaynaklanabileceği gibi failin fiziki ve fikri kuvvetinin, zekâsının, becerilerinin, bilgi ve tecrübesinin yetersizliğinden de kaynaklanmış olabilir. Failin kendi hayatında gevşek ve tedbirsiz olmasından kaynaklanan bir davranış varsa bunun ahlâken kınanması yerindedir. Ancak failin kuvvet, zekâ, beceri ve tecrübe gibi şahsiyet özelliklerinin eksikliğinden kaynaklanan bir davranış ahlâken kınanamaz[251]. Böyle olmasına rağmen objektif kusur teorisi istisnaları olmakla birlikte bu durumu da bir ihmal olarak kabul etmiştir. Bu hallerde fail olayın olmaması için elinden geleni yapmış olsa da kusurlu kabul edildiği için objektif teoride kusur ilkesinin ahlâki temeli mevcut değildir[252]. Meğer ki yeterliliği olmasa bile bu fiilleri yerine getirmeyi taahhüt

---

249 **RUMELIN**, Max, Schadenersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910, s.52 (**NART**, Hakkaniyet, s.99'den naklen). Ayrıca bkz **İMRE**, s.59-60.

250 **FELLMAN**, Band I, s.8; İhmalin tespitinde mutat bir özen değil gerekli ölçüdeki bir özen esas alınır. Bu husus biri Alman Federal Mahkemesi kararında belirtilmiştir. Karara konu olan olayda yeterli seviyede koruma tedbiri almayan diş hekiminin elinden kayan iğne hasta tarafından yutulmuştur. Doktorların büyük çoğunluğu bu hususta tedbir almaksızın çalışmaktadır. Ancak gerekli özen icabı doktorların hastalarını koruyacak bu tarz tedbirleri almaları gerekmektedir. Buna aykırı hareket kusur teşkil eder. **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 251-252; Ortalama bir beceri özellikle belirli mesleklerin icrası bakımından önemlidir. Ortalama kişi belirlenirken Alman Hukukunda iyi bir ortalama aranır. Bkz. **HONSELL/ISENRING/ KESSLER**, s.79.

251 **WEBER**, s. 263 vd.; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52; **VON TUHR/PETER**, s.430.

252 **EREN**, Borçlar Genel, s.652; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52; Objektif kusur teorisinde ahlâki temel büsbütün yok sayılamaz. **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 263; Objektif teoride ahlâki temelin hala barınabilmesinin iki sebebi vardır. Birincisi objektif kusur teorisi kınanabilen davranışları evleviyetle kusur kabul etmektedir. Kınanabilen her davranış açısından ahlâki temel gerçekleşmiştir. Fakat objektif teori önceden de değinildiği gibi ahlâken kınanması mümkün olmayan doğuştan veya sonradan irade dışı kazanılan ferdi eksiklikler kaynaklı zararlar için de sadece ortalama vasat tipin davranışından sapılması sebebiyle sorumluluk öngörmüştür. **İMRE**, s. 32; **EREN**, Borçlar Genel, s. 644-645. Yalnız bu hususta da mutlak anlayışa sapmamış ve objektif anlayışı; failin yaşı, mesleği, cinsiyeti, bedeni ve fiziki kuvveti gibi kriterleri kullanarak yumuşatmıştır. **KOZIOL,** Objektivierung, s.594 vd. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60. İşte ikinci olarak bu yumuşatma sebepleri objektif teori içerisinde ahlâki temelin bulunmasına müsaade etmektedir. Demek objektif teori sert uygulandığı ölçüde hem kusur ilkesinden uzaklaşıp sebep sorumluluğuna yaklaşmakta hem de kusur ilkesinin ahlâki temelinden uzaklaşmaktadır. Son yıllar içerisinde uygulamadaki eğilim kusur kavramını gittikçe objektifleştirme ve ahlâki kınamadan kopartarak onu esnetme yönünde olmaktadır. Öyle ki sorumluluğu kusurun değil hukuka aykırılığın kurmasına doğru ilerlenilmektedir. **WIDMER**, s. 169; Bunun iyi bilinen bir örneği 1983 tarihli *Meppelse ree* kararıdır. Bu kararda mahkeme açıkça ahlâki kınanabilirliği, yasal kınanabilirlik diğer bir ifadeyle yasaya uygunluk kavramıyla değiştirmiştir. Bir motorlu taşıt sürücüsü, başka bir motorlu taşıtla kafa kafaya çarpıştığı için sorumlu bulundu. Ancak ahlâki açıdan bir kınanabilirliği yoktu. Zira sürücü ormanlık alanda karşısına çıkan geyiğe çarpmamak için direksiyonu sola kırdı ve bu çarpışmayla sonuçlandı. Mahkeme sürücünün sorumluluğuna hükmetti. Bu karar kusur

etmiş ve haksız fiil bundan dolayı kaynaklanmış olsun. Bu takdirde ahlâki temelin de gerçekleştiğini söyleyen yazarlar mevcuttur[253]. Belki de objektif kusur teorisini kusursuz sorumluluğa doğru yaklaştıran en önemli sebep, objektif teorinin kusur ilkesinin ahlâki temelinden yoksun olmasıdır[254].

Objektif teori bugün Türk Hukukunda[255], Alman Hukukunda[256], İsviçre Hukukunda[257], Fransız Hukukunda[258] hâkim olan görüştür. Kanunda kusurun ne olduğunun tarifi yapılmadığı ve bu doktrine ve içtihatlara bırakılmış bir mevzu olduğu için[259] kusur teorilerinden hangisinin Türk Sorumluluk Hukukunda geçerli olduğu hususunda görüş ayrılığı mevcuttur. Ancak ne objektif teoriyi ne de subjektif teoriyi

---

kavramının ve ahlâki kınanabilmenin uygulamada ne kadar genişletildiğine güzel bir örnektir. Bkz. **WIDMER**, s. 169.

253 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52.

254 **EREN**, Borçlar Genel, s.577; **KORKMAZ**, s.86; Fail şahsi özelliklerinin taahhüt ettiği şeyi yerine getirmeye yetersiz olduğunu biliyorsa bu halde *Oğuzman/Öz*'e göre ağır ihmal söz konusudur. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.61; *Reisoğlu* bu kusurun niteliğinin ağır ihmal hatta olayın özelliğine göre ihtimali kast olması gerektiğini söylemektedir. **REİSOĞLU**, s. 173; Peki fail bu fiilleri yerine getirmekte şahsi özelliklerinin yetersiz olduğunu bilmezken söz konusu fiilleri yerine getirmeyi taahhüt etmişse ve bundan dolayı hukuka aykırı bir zarar gerçekleşmişse ne olacaktır? Kanaatimizce bu sorunun cevabı da objektifliğin ne derece sert uygulandığıyla yakından ilgilidir. Şayet mutlak bir objektif anlayış söz konusuysa zaten böyle bir soruya ihtiyaç kalmayacak fail her hâlükârda sorumlu olacaktır. Ancak objektifliğin yumuşatıldığı ve ahlâki temelin nispeten var olduğu durumlarda ahlâki temel korunmak isteniyorsa failin şahsi özelliklerinin haksız fiili ortaya çıkarmaya elverişli olduğunu bilmesinin gerekip gerekmediğine bakmak lazımdır. Şayet fail şahsi özelliklerinin taahhüt ettiği hususları yerine getirmeye yeterli olmadığını ve bir zarara yol açacağını biliyorsa veya objektif bir değerlendirmeye göre bilmesi gerekiyorsa sorumlu tutulabilir. Bu konuda *Oftinger/Stark* failin bilmesi gerekmesinin araştırılmasının meseleye çözüm getirmediği kanaatindedir. Zira fail neden bu eksikliklerini bilmelidir? **OFTINGER/STARK**, s. 210 dn. 80; *Von Tuhr* kanaatimize benzer bir yaklaşımla meseleyi incelemektedir. *Von Tuhr*'a göre fail gerekli sıfata, ehliyete ve yeteneğe sahip olmadığını bilmesi lazım geldiğini düşünecek kadar bir muhakemeye sahip ise fiili kusuru gerektirmelidir. Kanaatimizce *Von Tuhr*'un objektif görüşü temsil ettiği halde failin subjektif özelliklerine dikkat etmesiyle ve kusuru irade temelinden koparmamasıyla subjektif kusur anlayışını da görüşlerine önemli ölçüde dahil etmiştir. **VON TUHR**, Borçlar, s. 381;Failin taahhüt ettiği hususları yerine getirmeye ilişkin şahsi eksikliklerini bilmesinin gerekmesi hususunun değerlendirilmesinin, objektif kriterlere göre olarak yapılması, teorinin subjektif kusur teorisine yaklaşmasını da engelleyecektir. *Oftinger/Stark* failin kendisinde bulunan eksikleri bilmesinin gerekip gerektirmediğinin araştırılmasının da zaten objektif bir değerlendirme olduğunu söylemektedir. **OFTINGER/STARK**, s. 210 dn. 80.

255 Objektif görüşte olan yazarlar için Bkz. **VON TUHR**, Borçlar, s. 380-381; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 141; **EREN**, Borçlar Genel, s. 651 vd.; **EREN**, İlliyet, s. 192; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 152; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s. 428; **REİSOĞLU**, s. 172; **TUNÇOMAĞ**, s. 284.

256 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 79; **ATAMER**, s. 20.

257 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.55 vd; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.79; **BAYSAL**, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s. 107-108; **GÖNÜL KOŞAR**, s.50, s.78.

258 Fransız Hukukunda objektif teori katı bir şekilde uygulanmakta hatta bu hususta ayırt etme gücü dahi nazara alınmamaktadır. Detaylı Bilgi için Bkz. **BAYSAL**,Başak, Sorumluluk Hukuku (Seminerler), İstanbul 2016, s.82-83. Fransız hukuku subjektif hukuka aykırılığı kabul etmekte ve sorumluluk anlayışı olarak temelde hukuka aykırılık fikrinden hareket etmektedir. Bkz. **VITO**, s. 12.

259 **İMRE**, s. 24; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 298.

salt ve keskin olarak kabul etmek Türk Sorumluluk Hukuku düzenlenmeleri gözetildiğinde mümkün gözükmemektedir. Objektif teori hâkim görüş olsa da[260] kanunda tamamen objektif teori olarak isimlendirilen objektifliğin mutlak uygulanması kabul edilmemiştir. Bu konuda en önemli örnek ayırt etme gücü düzenlemesindedir. Zaten objektifleştirilmiş kusur teorisini mutlak objektif anlayıştan ayıran önemli kıstas objektifleştirilmiş teorinin sorumluluk için ayırt etme gücünü aramasındadır[261]. İhmalin objektifleştirilmesinde ayırt etme gücünün varlığı hususunda durulmuş ve kural olarak ayırt etme gücü olmayanların sorumlu olmayacakları kabul edilmiştir[262]. Ayırt etme gücünü haiz olmak ya da olmamak subjektif bir vaziyettir[263]. Nitekim TMK m. 15'e göre istisna durumlar hariç ayırt etme gücü olmayanların fiilleri sorumluluk doğurmamaktadır[264]. Şu halde TMK m. 13'de belirtilen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk halleri sebepleriyle ayırt etme gücü bulunmayanlar açısından sorumluluk söz konusu değildir[265]. Böylece Türk Sorumluluk Hukukunda mutlak bir objektif bir sorumluluk kabul edilmediği açıktır. Türk Borçlar Hukukunda haksız fiiller alanında objektif ölçüt ihmalin belirlenmesinde doktrinde büyük oranda kabul edilmekte ise de akdî sorumluluk alanında bu ölçüt subjektifleşebilmektedir[266].

b) Subjektif Kusur Teorisi ve Kusur İlkesini Kuvvetlendirmesi

Failin davranış tarzının veya buna yönelik iradesinin hukuk düzenince ve ahlâkça kınanabilir niteliği haiz olduğuna hükmedilirken failin şahsi özellikleri, içinde bulunduğu sosyal konum, diğer işlerinde genel olarak gösterdiği dikkat derecesi, eğitim durumu, yetişme seviyesi dikkate alınıyorsa subjektif kusur anlayışından söz

---

260 **VON TUHR,** Borçlar, s. 380-381; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 141; **EREN**, İlliyet, s. 192; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 152; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s. 428; **REİSOĞLU**, s. 172; **TUNÇOMAĞ**, s. 284.

261 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.55; **NART**, Hakkaniyet, s. 138; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.55; **NART**, Hakkaniyet, s. 140. Mutlak objektif anlayış bir başkasının eksikliğinin ortaya çıkardığı zarara diğer kimselerin katlanmak zorunda olmadıkları düşüncesine dayanır. Bu yönüyle bu teorinin çok da sert olduğunun söylenemeyeceğini ileri sürülmüştür. Bkz. **NART**, Hakkaniyet, s. 140.

262 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.55; **NART**, Hakkaniyet, s. 138; **BAŞ**, Kusur, s. 231-232.

263 **BAYSAL**, Seminerler, s.83.

264 **EREN**, Borçlar Genel, s. 647; **ERKAN** Vehbi Umut/**YÜCER** İpek, Ayırt Etme Gücü, AÜHFD, C. 60, S. 3, Y. 2011, s.507.

265 Orman yangınına neden olan 14 yaşındaki failin ayırt etme gücünün olmadığı hakkında Yargıtay 4. HD, 20.11.2013 T. 2013/15799 E. 2013/18112 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com.tr (E. T. 22.10.2019). İsviçre Hukukunda ayırt etme gücü konusunda belirlenmiş yaşlar söz konusu değildir. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.78.

266 **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 141.

edilir[267]. Bu anlayış kişilerin iradelerinin oluşumunda kişisel özelliklerini dikkate almakta[268] ve o şahsın kapasitesine ve idrak seviyesine göre somut olaydaki davranış iradesinin kınanabilir nitelikte olup olmadığının tespitini öngörmektedir. Bu teoriye göre her olayda failin yetenekleri, fiziki, aklî, iradi kuvvetleri değerlendirilerek[269] o kişinin somut olaydaki hukuka aykırı sonucu öngörebilme ve önleyebilme durumu var mıdır yok mudur tespit edilmelidir. Bu değerlendirme sonucunda failin hukuka aykırı sonucu önleyebilecek durumda olmadığı neticesine varılırsa, ihmalin olmadığına hükmedilir[270].

Subjektif teori kusurun varlığını tespitte ortalama bir tip yerine failin şahsi özelliklerini kıstas alır. Fail söz konusu şahsi özellikleri düşünüldüğünde önceden göstereceği ihtimam ve dikkatle söz konusu zararı ortaya çıkartmaması kendisinden beklenebilecek durumdaysa failin kusurundan bahsedilir. Bu teori kişilerin bireysel olarak var olmasından yola çıkar. Failin kusurlu olabilmesi için failin eyleminden ve eyleminin sonuçlarından onu öznel olarak kınayabilmek gerekir[271]. Dikkate değerdir ki objektif teoriden farklı olarak subjektif teori, fiile değil daha ağırlıklı olarak iradeye yönelik bir anlayış içerisindedir. Aslında bu durum kusurun irade mi yoksa bir fiil mi olduğu hususundaki derin ihtilafın bir görünümüdür[272]. Bu husus kusur ilkesinin gücünü ve uygulanışını da etkiler. Kusuru objektifleştirerek iradeden koparıp davranış tarzı olarak değerlendiren görüşler objektif sorumluluğa yaklaşırlar[273]. Kusurun

---

267 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s.644; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.424; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 152; **NART**, Hakkaniyet, s. 136; **BAŞ**, s. 225-226.

268 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59; **WIDMER**, s.72 vd.

269 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59.

270 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.53; **OĞUZ**, s. 277.

271 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59.

272 Objektif teori kusuru davranış tarzında ararken subjektif teorinin iradede araması ilgili teorilerin mahiyetinin bunlara uygun olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun temelde üç sebebi olduğu söylenebilir. Birincisi davranışın iradeye göre daha objektif bir kavram olmasıdır. Daha objektif bir kavramın, objektifliği esas alan bir kusur teorisinde kullanılması yerindedir. İrade ise davranışa göre failin şahsına ve iç dünyasına daha yakın bir kavramdır dolayısıyla daha subjektiftir. Faile daha çok yaklaşan daha subjektif bir kavramın subjektif teoride kullanılması yerinde olur. İkincisi davranış kavramı iradeye göre daha nettir ve objektif olarak tespiti kolaydır. Davranışın ortaya konulup makul ortalama üçüncü kişinin davranışıyla objektif olarak kıyaslanması, iradelerin ortaya konulup kıyaslanmasına göre çok daha kolaydır. Bütün bunlar objektiflikle uyum gösterir. İradenin objektif olarak tespiti, ortaya konulması, kıyaslanması ise zordur böylece irade araştırmasına girildiği anda objektiflikten uzaklaşılır. Subjektif teoride objektif olmak gayesi güdülmediği için kusurun asıl özü olan irade kavramından uzaklaşılmaya gerek görülmemiştir. Üçüncüsü objektif kusur teorisinin temelinde ahlâki kınama yoktur. Zira ortalama üçüncü kişinin davranışından sapmak bedenî aksaklık gibi ahlaken kınanamayan bir sebepten kaynaklanabilir. Ahlâki kınama ise iradeye yönelik bir kavram olup davranışla ilişkilendirmek güçlükler ve problemler içerir. Bkz. **KORKMAZ**, s.80 vd.

273 **OFTINGER/STARK**, s. 210; **BAŞ**, Kusur, s. 234; **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 260.

davranışla bağlantılandırılarak objektifleştirilmesi belki de kusur ilkesinin menfi sonucunun adaletsiz sonuçlarının bir bertaraf edilme şeklidir[274]. Zira kusur kavramının tarifi objektifleştirilerek menfi sonucun adaletsizliği çağrıştıran tatmin edici olmayan sonuçlardan, kusur ilkesi terk edilmeden kurtulmak mümkün olmuş olur. Kusur ilkesini savunan *Deutsch* objektifleştirmenin kusursuz sorumluluğa yol açmadığını ancak kusur ilkesinin daha esnek olarak kullanılabilmesine izin verdiğini söylemektedir[275].

Subjektif teoride kusurun tanımına, failin bu zararı doğuran davranışı öngörebilmesi ve önleyebilmesine ilişkin hususların değerlendirilmesi de dahil edilmektedir. Bu durum ise failin iradesinin de gözetilmesinden başka bir şey değildir. Subjektif teori kıstas olarak ortalama bir tip yerine failin şahsi özelliklerini almakla yetinmemiş, aslında failin iradesine yönelik bir kusur anlayışı da tesis etmiştir. Bu anlayış subjektif teori ile objektif teori arasındaki anlayış farkının sadece kıstas alınan ölçütün ortalama bir tip veya şahsın kendi özellikleri olmasından ibaret olmadığını gösterir. Kusurun ağırlıklı olarak fiilde mi yoksa ağırlıklı olarak iradede ve iradeye bağlı olarak ortaya çıkan fiilde mi olduğu hususunda iki teori arasında anlayış farkı vardır[276]. Bu anlayış farkı objektif teoriyi kusuru daha çok davranışta aramasıyla objektif sorumluluğa yaklaştırmıştır[277]. Subjektif teoride davranış iradenin bir sonucu olduğu için irade temel olmak üzere ikisi beraberce değerlendirilmiş[278] ve objektif sorumluluktan önemli ölçüde uzaklaşılmıştır.

---

274 Kusurun bilhassa trafik yükümlülükleri açısından objektifleştirilmesi gerektiğini söyleyen yazar için Bkz. **FÖRSTER**, s. 331.

275 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.6.

276 Haksız fiildeki davranış unsuru iradenin varlığıyla kaimdir. İrade olmaksızın davranıştan bahsedilmez. O halde kusurun birçok tarifinde belirtilen "davranış tarzı" ifadesi iradeye dayanan bir davranış tarzını ifade etmektedir. Ancak davranışa ilişkin irade, kusura ilişkin iradeden farklıdır, onunla karıştırılmamalıdır. Davranış unsurunun manevi unsuru olan davranışın iradîliği kişinin fiilini yönlendirmesini ve onu ortaya çıkartmasına egemen halde bulunmasını ifade eder. Kusur kavramına ilişkin irade ise bu fiil ile ortaya çıkabilecek öngörülebilir sonuçlara yönelik olan iradedir. Ancak doktrinde davranışın manevi unsurunu bu çeşit irade ile açıklayan görüşte mevcuttur. Bu görüş kusur ile davranışın iradiliğini büyük oranda birbiriyle karıştırmıştır. Buna hususa davranış konusu incelenilirken değinilecektir; Bu görüş için ayrıca Bkz. **FIKENTSCHER**, s. 717 vd; Objektif teori vasat tipin davranış tarzından ayrılan davranışları kusur saymakta, iradeyi geri plana atmaktadır. Objektif teoride subjektif teoriye nazaran kusurun tespitinde iradeye verilen ağırlığın daha az ve iradenin sapmasının değerlendirilmesinin çok daha zayıf olduğu görülmektedir. Böylece objektif teorinin dış alemdeki değişikliğe sebep olan fiili tasarrufları daha ön planda tutarak kusurun tespitine yöneldiği görülmektedir.

277 **OFTINGER/STARK**, s. 210; **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 260 vd; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 104 vd.

278 **OĞUZ**, s. 277.

Subjektif teori kusur ilkesinin ahlâki temeline dayanmaktadır[279]. Zira subjektif teoriye göre kusur kınanabilir bir irade ve fiil neticesinde oluşmaktadır. Failin kişisel özellikleri göz önüne alındığında kendisinden beklenebilecek ihtimam, dikkat ve davranışı göstermemiş olması failin kınanabilir olmasını gerektirmektedir. Diğer bir deyişle hukuka aykırı sonucu önleyebilecek vaziyette olduğu halde önlemeyen, ahlâken kınanmayı gerektiren bir davranışta bulunmuştur[280]. Bu ise sorumluluğu gerektirir. Subjektif teori iradeye yönelik bir anlayış ortaya koyduğu için sebep sorumluluğundan uzak bir görünüm arz eder. Zira sorumluluk için zarara neden olan olayın sorumluluk sebebi olarak kabul edilmesi sebep sorumluluğunun karakteristiğidir. Kusurun fiilde aranması da bu anlayışa yakınlaşma sonucunu doğuracaktır. Bu ise objektif kusur teorisinin anlayışıdır. Bu yönüyle subjektif teori kusur olması zorlukla kabul edilecek belki kusur olmayan durumları kusur olarak kabul etmeye oldukça mesafeli durmaktadır. Halbuki objektif teorinin sert uygulanması aslında kusur kabul edilmesi güç durumları kusur olarak kabul etme ihtimaline yakın durmaktadır[281]. Şu halde ihmalin subjektif teori kapsamında değerlendirilmesi haksız fiilde sebep sorumluluğu anlayışından oldukça uzak ve kusur ilkesini ve onun dayandığı ahlâki ve felsefi temelleri yansıtan bir anlayışı ifade etmektedir.

Toplumda yaşayan herkesin diğer fertlerden kendi hukuksal değerlerine zarar vermemeleri için gerekli asgari bir düzeyde ihtimam ve dikkat gösterilmesini isteme hakkı bulunmalıdır. Bu toplumun emniyet ve istikrarı için gereklidir[282]. Şayet fertler kendi yetenek ve kabiliyetlerine göre sorumlu tutulabilecekleri ölçüde sebep oldukları zararlardan sorumlu tutulacaklarsa bu diğer fertlerin emniyetsizliğine ve belki toplumsal hayatta kendilerini zarardan korumak adına çekinerek cesaretsiz hareket etmelerine sebep olur. Subjektifleştirme ile tehlike sorumluluğuna girmeyen hallerde sorumluluk kapsamı daralacağı için sorumluluk hukukunda bir boşluk oluşmaktadır[283]. Aynı eleştiri kusur ilkesi içinde yapılabilir. Zira subjektif teori kusur ilkesinin karakteristiğini yansıtmaktadır.

279 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59 vd; **GÖNÜL KOŞAR**, s.72.
280 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.50.
281 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60.
282 **EREN**, İlliyet, s. 193; **KOZIOL,** Objektivierung, s.596.
283 **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 263.

Subjektif ölçülere göre kusur tayin edilecekse bile fertlerin kendi yaşamlarında gerçekten ne gibi yeteneklere, kabiliyete, tecrübeye haiz olduğunu kendi işlerinde ne derece özen veya dikkati haiz olduğunu, her fert ve somut olay için tek tek belirlemek oldukça güçtür. Ayrıca fertlerin dikkat ve özeni her yaşadıkları olay çeşidi için farklılık gösterebilir veya fertler farklı zamanlarda farklı olaylara farklı dikkat ve özeni gösteriyor olabilirler. Bütün bunlar o kişinin subjektif durumunu tespit etmeyi güçleştirmektedir. Ayrıca subjektif teori, kusuru tespiti zorlaştırması ve hâkimi bir başkasının ahlâkî temelli bir değer yargısı hakkında hükmetmeye zorlaması yönüyle keyfi değerlendirmeye ve eşitlik ilkesinin zedelenmesine sebep olabilir[284]. Ayrıca failin subjektif özelliklerinden doğan zarara neden fail değil de mağdurun katlanması gerektiğine ilişkin makul bir cevap yoktur[285]. Genel olarak bu yönleriyle subjektif teori eleştirilmektedir. Diğer bir açıdan bakıldığında ise kusurun iradi bir kavram olması iradenin de soyut olması bu tarz zorlukları beraberinde getirmektedir. Bu eleştiriler genellikle subjektif teorinin bir eksikliğinden ziyade iradenin ölçülmesi ve değerlendirilmesi zor mahiyetinden kaynaklanmaktadır.

Kanaatimizce subjektif teorinin, kusur kavramının temelini iradede aramaktan kaynaklanan, çözüme kavuşturması gereken bir problem daha bulunmaktadır. Subjektif özelliklerin kazanılması ve değişmesi pek çok zaman kişinin iradesi dahilinde olabilmektedir. Mesela eğitim seviyesinin artırılması, zihni kabiliyetlerin ilerletilmesi, birtakım bedeni kabiliyetlerin kazanılması gibi. Failin iradesi ve çalışmasıyla geliştirmesi mümkün olan bu tarz kişisel özellikleri ortalama bir tipe göre oldukça alt seviyede kalmış ve zarara failin bu yetersizliği sebep olmuşsa subjektif bir yaklaşım ne kadar tatmin edici olacaktır? Zira burada failin somut olay açısından kınanabilir bir iradesi olmasa da zarar verici pozisyona kendi iradesiyle gelmiş ve iradesiyle geldiği pozisyon sebebiyle zarar ortaya çıkmıştır. Kusur iradi bir zaaf ve iradenin kınanabilirliği[286] ise -ki subjektif teorinin yaklaşımı bu yöndedir- somut olaya kadar ki süreç içerisinde söz konusu iradi zaaflar kusur teşkil etmeyecek midir? Zira toplumdaki her birey, diğer fertlere zarar vermemek için kendilerini güçleri ve imkânları nispetinde geliştirmelilerdir. Bu toplumsal, ferdî, maddi ve manevi bir

284 **GÖNÜL KOŞAR**, s.77.
285 **OFTİNGER/STARK**, s. 210.
286 **VON TUHR/PETER**, s.430; **LARENZ/CANARIS**, s. 361; **FIKENTSCHER**, s. 717 vd.; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 108; **WIDMER**, s. 170.

vazifedir[287]. Aslında kişinin bu vazifeye aykırı yaşam tarzı, zararın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Kanaatimiz somut olaydan önceki davranışlarla zarar arasında illiyet bağı kurulması suretiyle illiyet bağının çok genişletilmesi olarak düşünülmemelidir. Zira haksız fiilin unsuru olan illiyet bağı failin somut olaydaki davranışıyla ortaya çıkan zarar arasında kurulmaktadır. Burada ise kusur unsuruna ilişkin bir illiyet sorgulanmaktadır. Failin kusurlu olup olmadığı probleminin çözümlenmesinde iradesindeki arıza kavramının ne kadar geniş çerçevede kabul edilebileceği araştırılmaktadır. Zira failin birçok iradi fiilinin toplamı aslında faili belirli bir pozisyona düşürmüş bunun üstüne fail davranışıyla zarara sebep olmuştur. Nitekim objektif teori de aslında illiyet bağı açısından benzer hatta daha sert bir düşünce tarzını benimsemiştir. Failin ortalama tipin altına düşmesine sebep olacak hiçbir sebep ile iradi olsun veya olmasın ilgilenmemekte ve bunların varlığından faili sorumlu tutmaktadır. Bu noktadan bakıldığında objektif teorinin de failin şahsi özellikleriyle kusuru arasında gizli bir illiyet bağlantısı tesis ettiği görülür.

Kusur kavramının irade ile kopartılamaz bağları olmasından dolayı subjektif ihmal teorisi kusur ilkesi ile daha uyumludur ve onu kuvvetlendirir. Kusurun iradede aranması diğer bir deyişle subjektif ihmal teorisinin konuya yaklaşımı kusur kavramının mahiyetiyle daha uygun olduğu için kusur ilkesinin esas görümünü ve en güçlü olduğu alanı da bu teori oluşturur. Zira failin sorumluluğu subjektif kusur dairesine kadar daralmıştır. Kusurun iradede aranması, kınanabilirliğe de yol açması nedeniyle, kusur kavramıyla daha çok örtüşür. Kanaatimizce failin sorumluluğu genişletilmeli, sorumluluk sebebiyete mümkün mertebe yaklaştırılmalı bu sebeple de ihmalde objektif teori kabul edilmelidir. Ancak kusur ilkesine ve onun temel mantık ve felsefesine sadık kalınacaksa, ihmalde subjektif teorinin kabul edilmesi gerekir. İşte subjektif teorinin kabul edilmesinin pratikte çok sakıncaları ortaya çıktığı için kusur objektifleştirilmiştir. Kanaatimizce bu durum kusur ilkesinin yetersizliğinden kaynaklanmakta ve günümüzde sorumluluk yasalarında ve doktrinde kusur objektifleştirilerek kusur sorumluluğu sebebiyet sorumluluğuna yaklaştırılarak, kusur ilkesinin tatbik edilmesiyle ortaya çıkan problemler çözülmeye çalışılmaktadır.

[287] **EREN**, İlliyet, s. 193.

C) Ayırt Etme Gücünün Kusurla ve Kusur İlkesiyle Bağlantısı

Ayırt etme gücü, makul surette hareket edebilme yeteneğini ifade eder[288]. Ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması TMK 13. maddeye göre belirlenir[289]. Ayırt etme gücü TMK m. 13'e göre *"...akla uygun biçimde davranma yeteneği..."* olarak tanımlanmıştır. Ayırt etme gücü makul bir iradeye ve bu iradeye uygun davranma yeteneğine sahip olmayı gerektirir[290]. Makul bir irade ise kişinin kavrama, olayları ve dış dünyayı tanıma, bunları değerlendirebilme bunun sonucunda da kendi amacına uygun karar verebilmesini ifade eder[291]. Daha geniş olarak değerlendirilirse ayırt etme gücü kişinin kendi şahsiyeti hakkında şuur sahibi olması, olayları zaman algısı içerisinde anlayabilmesi, bunları önem açısından değerlendirebilmesi ve bunlara nüfuz edebilmesi, zaman ve mekân algısına sahip olması , heyecanî ve ahlâki melekelere sahip olması, kavramlar arasında bağlantı kurabilmesi ve bunlara kıymet hükmü verebilmesi, hafızasının yerinde olması gibi birtakım özelliklerin toplamından oluşmaktadır[292].

Kusur ilkesinde hukuka aykırı fiilden sorumlu olma ehliyeti ayırt etme gücünün varlığına dayanır[293]. Sözleşmeler hukukundaki fiil ehliyetinin erginlik ve kısıtlı olmama şartları aranmaz[294]. Ayırt etme gücünün bir kimsede varlığı şüphesiz subjektif bir durumdur[295]. Ayırt etme gücünün yokluğuna rağmen sorumluluğa hükmetmek sorumluluk anlayışının objektifliği nispetinde mümkündür[296]. Buna rağmen ne objektif teori ne de subjektif teori açısından ayırt etme gücü olmayan kimselerin kusurundan bahsedilmemiştir. Faildeki eksiklik şayet ayırt etme gücünden yoksunluk ise veya bu dereceyi bulmuş ise artık kusurdan bahsedilmez. İhmal kavramının objektifleştirilmesinde veya kastın varlığı hususunda bu sınırda

---

288 **ARAL**, Fahrettin, Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu, BTHD, S. 3, C. 10, Y. Haziran 1980, s.733; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418.

289 **OSER/ SCHONENBERGER**, s.501.

290 **ÖZTAN**, Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 41. Baskı, Ankara 2016, s. 250-251; **ERKAN/YÜCER**, s.488; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418.

291 **ÖZTAN**, s. 250-251; **EREN**, Borçlar Genel, s. 647-648.

292 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.56; **VITO**, s.69 vd; **ARAL**, s.734.

293 **LARENZ**, Karl, Lehrbuch Des Schuldrechts I. Band: Allgemeiner Teil, Vierzehnte Neubearbeitete Auflage, München 1987, s. 112; **VON TUHR,** Borçlar, s. 382; **UYGUR**, s.408; **İNAN/YÜCEL**, **s. 3**98; **GUHL**, Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einscluß Des Handels-Wechsel- Und Versicherungsvertragsrechtes, Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Zürich 1944, s. 135; **VITO**, s.69, **BREHM**, s. 138.

294 **OFTINGER/STARK**, s. 222.

295 **OFTINGER/STARK**, s. 199.

296 **VITO**, s.70.

durulmuştur[297]. Şu halde objektif teori dahi ayırt etme gücü bir subjektif durumu ifade etmesine rağmen[298] bu hususu sorumluluk ehliyetinin bir şartı olarak vasıflamak suretiyle bunun eksikliğinden doğan zararlar için sorumluluğun doğmayacağını kabul etmektedir. Bu bağlamda Türk Hukukunda ayırt etme gücünden yoksunluk kusuru ortadan kaldıracağı için bu durumda bir haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyecektir[299]. Ayırt etme gücü konusunda kusurun objektifleştirilmesi kabul edilmemiş, bunun sonucu olarak ayırt etme gücü olmayanların sorumluluğu, Türk Borçlar Hukukunda kural olarak[300] kabul edilmemiştir[301].

Ayırt etme gücü nispi bir kavramdır[302]. Zarar veren fiilin mahiyetine, önemine, tehlike derecesine; failin zihnî, şahsi, fikri olgunluğuna, fiilin ortaya çıktığı şartlara ve olayın cereyan tarzına göre ayırt etme gücünün varlığı tespit edilmelidir[303]. Mesela karmaşık ve tehlikeli bir iş için gereken ayırt etme ve karar verme gücü ile sıradan, günlük bir iş için gerekli ayırt etme gücü aynı değildir. Sıradan bir iş için kişinin ayırt etme gücü varken karmaşık bir iş için aynı kişinin ayırt etme gücü bulunmayabilir[304]. Bu sebeple bir kimse bir olay açısından ayırt etme gücüne sahipken başka bir işlem veya olay açısından ayırt etme gücüne sahip olmayabilir[305]. Meseleye tamamen

---

297 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.55; **NART**, Hakkaniyet, s. 138; **KELLER /GABI-BOLLIGER**, s.55. Failin fiilini kendisine yükletmenin ve sorumluluk bağı kurmanın bir şartı özellikle kusur sorumluluğu açısından onun ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Fail ile fiili arasındaki bu bağ ayırt etme gücünden yoksunluk halinde bulunmadığı için bu durumda haksız fiilden sorumluluk ehliyetinden de söz edilemez. Zira fail ile fiil arasındaki bu sorumluluğun yükletilebilme bağı zaten sorumluluk ehliyetini oluşturmaktadır. **EREN**, Borçlar Genel, s. 646 vd; Tamamen objektif kusur teorisine göre failin sorumlu olması için ayırt etme gücüne sahip olması dahi aranmamaktadır. **NART**, Hakkaniyet, s. 139-140.

298 **OFTINGER/STARK**, s. 199.

299 **ERKAN/YÜCER**, s.487, s.507; **REİSOĞLU**, s. 173; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 29.

300 Hakkaniyet sorumluluğu denilen kusursuz sorumluluk halinde ayırt etme gücü olmasa dahi sorumluluk söz konusu olabilir. Keza kişinin kendi kusuruyla ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde de haksız fiil sorumluluğu bulunmaktadır. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 281-282; Hakkaniyet sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk olarak Alman ve İsviçre Hukuklarında da bulunmaktadır. İlgili kanuni düzenlemeler için Bkz. BGB § 829, İsviçre OR Art. 54, İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı Art. 57. Hakkaniyet sorumluluğu hakkında detaylı bilgi için Bkz. **NART**, Hakkaniyet, s.87 vd.

301 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.55.

302 **ERKAN/YÜCER**, s.494, s.507; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.57; Ayırt etme gücünün nispiliği hakkında detaylı bilgi için Bkz. **ERKAN/YÜCER**, s.494 vd.

303 **ERKAN/YÜCER**, s.494, s.507; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.57; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.424; **ZEYTİN**, Zafer/ **ERGÜN,** Ömer, Türk Medeni Hukuku, Ankara 2017, s.79. Bir yargıtay kararında: *"…temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğu…"* ifade olunarak ayırt etme gücünün nispiliği vurgulanmıştır. Yargıtay 1.HD, 4.3.2009 T. 2009/1887 E. 2009/2692 sayılı K. İçin Bkz. https://lib.kazanci.com.tr/ (E. T. 15.02.2021)

304 **ERKAN/YÜCER**, s.494-495.

305 **ERKAN/YÜCER**, s.495; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.61.

objektif kriterlere dayanmak suretiyle yaklaşarak ayırt etme gücünün varlığı hususunda hüküm vermek, bazen yanıltıcı olabilir. Zira fail heyecan veya aşırı üzüntüden ya da zihnî melekelerindeki kısmi noksanlığın tesiriyle irade kuvvetini kaybedebilir[306] veya onu doğru kullanamayabilir. Somut olaya ve faile ilişkin iradeye tesir eden bu gibi hususları hiç gözetmeyerek tamamen objektif bir yaklaşımla, ayrıt etme gücünün varlığına veya yokluğuna hükmetmek doğru olmaz. Somut olayın cereyan tarzına göre şahsın özelliklerini ayırt etme gücünün tespitinde nazara almak subjektif bir yaklaşımı içerdiği için kusur ilkesinin daha kuvvetli uygulanmasına yardım edeceği muhakkaktır. Zira kusur hususunda subjektif olan her yaklaşım iradeyi ve kusur ilkesini ön plana çıkartmaktayken objektif olan yaklaşımlarda davranışı ve böylece sebebiyet ilkesini çağrıştırmaktadır.

Ayırt etme gücünün tespitinde bahsi geçen belirsizlik, kusur ilkesi aleyhine bir eleştiri olabilir. Zira tam net olmayan, farazi bir kavrama dayalı olarak sorumluluk hakkında hüküm verilecektir. Ayrıca kanunun verdiği yetki sebebiyle bu hususta hâkimin takdir yetkisi gibi subjektif bir unsur da bu hükmü etkileyecektir. Halbuki sebebiyet ilkesi bu noktada sorumluluk için ayırt etme gücünü aramayarak, net bir sorumluluk ölçüsü ortaya koymaktadır.

Ayırt etme gücünün varlığı karine olarak kabul edilir[307]. TMK m. 13'e göre *"yaşının küçüklüğü, 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. Burada benzer sebeplerden kasıt geniş olarak anlaşılmalı kokain, afyon, esrar gibi uyuşturucu maddeler haricinde hipnotizma, manyetizma gibi hallerde de ayırt etme gücünün kaybedilebileceği kabul edilmelidir[308]. Genel ispat kuralı olan TMK m. 6 uyarınca herkes hakkını dayandırdığı olguları ispatla yükümlüdür. Ancak ayırt etme hususunda ispat yükümlülüğü yer değiştirmekte ve ayırt etme gücünün varlığı karine olarak kabul edilmektedir[309]. Böylece haksız fiile maruz kalan tazmin isteminin dayandığı hukuki sebebinin

306 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.56.

307 **AKİPEK** Jale/**AKINTÜRK** Turgut/**ATEŞ KARAMAN**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2014. s. 293; **ERKAN/YÜCER**, s.495; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.423.

308 **VON TUHR,** Borçlar, s. 382; **NART**, Hakkaniyet, s. 35; **ERİŞGİN**, Medeni, s.98.

309 **ERKAN/YÜCER**, s.496; **AYAN**, Kişiler, s. 33.

oluşması için gerekli olan failin ayırt etme gücünü ispat ile yükümlü olmayacak ancak kusuru ispat yükümlülüğü[310] olacaktır.

Ayırt etme gücünün geçici kaybı kişinin iradesine dayanmakta ise haksız fiilden sorumluluk söz konusu olacaktır[311]. TBK m. 59'a göre: *"Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur."* Fail aleyhine kusur karinesi de bulunmaktadır. Şöyle ki fail ayırt etme gücünü geçici kaybetmekte kendisine yüklenebilecek herhangi bir kusur olmadığını ispat etmekle kusura dayanan sorumluluktan kurtulabilecektir[312]. İspat edemediği sürece sebep olduğu zarardan sorumludur. Örneğin fail kendi iradesiyle sarhoş olmuşsa, fiilinden sorumluluğu söz konusu iken[313] bardağına gizlice atılan ilaçla bu hale düşmüşse bu olayı ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir[314].Ayırt etme gücünün failin kusuruyla geçici kaybından doğan sorumluluğun gerçekleşmesi için davranışıyla hukuka aykırı sonuç arasında illiyet bağının varlığı yeterlidir. Failin ayırt etme gücü varken hukuka aykırı sonuçları önceden tahmin etmesinin ya da edememesinin bir önemi de bulunmamaktadır[315]. Haksız fiillerde sorumluluktan kurtulmak için ayırt etme gücünün olmadığını ispat yükümlülüğü failde olduğu gibi geçici kayıp söz konusuysa ayırt etme gücünün kaybında kusurun olmadığını ispat yükümlülüğü de faildedir[316].

---

310 **KAYA**, s. 214; **TUNÇOMAĞ**, s. 284; **UYGUR**, s.408; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.422; **ERİŞGİN**, Medeni, s.98; **VON BÜREN**, s.71; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.5; **FUCHS**, s. 163; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.

311 **VITO**, s.69-70.

312 **VITO**, s.69-70; **AYAN**, Kişiler, s. 33; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.61; **ERİŞGİN**, Medeni, s.98; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.423; **REİSOĞLU**, s. 174; **VON TUHR,** Borçlar, s. 382. Kişi hukuka aykırı sonucu meydana getirirken ayırt etme gücü olmadığı için subjektif açıdan düşünüldüğünde bir kusurundan söz edilemez. Ancak kişi kendisini zarar verici hale sokmakta kusuru söz konusu olduğu için sorumluluğu kusur sorumluluğu olarak düşünülmüştür. **NART**, Hakkaniyet, s. 185.

313 İsviçre Hukukunda da aynı durum söz konusudur. Bkz. **VITO**, s.69-70.

314 Failin ayırt etme gücünü kendi kusuruyla kaybettiyse artık sorumluluğu için illiyet bağı yeterli gelecektir. BGB § 827 Abs. 1 Sa. 2'ye göre de kişi alkollü içecekleri veya benzeri maddeleri tüketmesi sonucu geçici olarak düştüğü duruma kendisi sebep olmuşsa verdiği zarardan sorumludur. BGB § 827 Abs. 1 Sa. 2'e göre kişi bu duruma kusuru olmaksızın düştüyse verdiği zarardan sorumluluğu olmaz. Ayrıca BGB § 828 'de reşit olmayan kimselerin sorumluluğu hakkında düzenleme mevcuttur. Reşit olmayan kimselerin yaşlarına göre BGB § 828'de belirli ayrımlar yapılmıştır. Reşit olmayan kimselerin ayırt etme gücünün şayet çok küçükse hiç olmaması veya daha büyük ise zayıf olabilmesi sebebiyle BGB § 828'in düzenlenme amacının ayırt etme gücüyle alakalı olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca BGB § 828 hakkında detaylı bilgi için ve **HIRSCH**, s.418-419.

315 **VON TUHR,** Borçlar, s. 382.

316 **BAŞ**, Kusur, s. 233.

Ayırt etme gücünün geçici kaybı kişinin iradesine dayanmasa bile bazı hallerde sorumluluk söz konusu olabilir. Bunun için failin işlediği fiil bakımından kusur hariç haksız fiilin tüm şartları söz konusu olmalı ve hakkaniyetin tazminatı gerektirmesi gerekir. Bu durum aslında bir kusursuz sorumluluk hali olan hakkaniyet sorumluluğuna dahil bir durumdur[317].

Ayırt etme gücü, kusurlu sorumlulukta sorumluluk ehliyetinin şartıdır[318]. Bu sebeple ayırt etme gücü olmayanın haksız fiil sorumluluğu olmayacaktır. Bunun sebebi ayırt etme gücü olmaksızın kişinin kusur işlemesinin söz konusu olamamasıdır. Peki kusursuz sorumlulukta ayırt etme gücünün önemi ne olacaktır? Ayırt etme gücü olmayan kimse açısından sorumluluk söz konusudur. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluk için kusurun varlığı aranmamaktadır[319]. Ayırt etme gücü olmayan kimsenin sağlıklı bir iradesi olmadığı için kusuru da olmayacak ancak sorumluluğun doğması için kusura da ihtiyaç olmayacaktır. Kaldı ki kusursuz sorumluluk pek çok zaman başka birisinin davranışından sorumluluğu da ifade etmektedir. Bu hallerde sorumluluğa sebep olan kişilerin ayırt etme gücünün varlığı da önemli değildir[320]. Şu halde kusursuz sorumluluk hallerinde failin veya davranışından sorumlu olunan şahsın ayırt etme gücünün varlığı sorumluluğun doğması açısından önem taşımamaktadır. Bu yönüyle sorumluluk hukukunda ayırt etme gücü kusur ilkesine dayanan sorumlulukta kurucu nitelikte iken sebebiyet ilkesinin uygulanmasıyla önemini büyük oranda kaybetmektedir. Kusur ilkesinin sebebiyet ilkesine kıyasla ayırt etme gücü olmayanları daha çok koruduğu görülmektedir. Kanaatimizce ayırt etme gücü olmayanların kusursuz sorumluluk hallerinde bir ayrım yapmaksızın sorumluluklarının olduğu hususu eleştiriye açıktır. Zira kusursuz sorumluluk hallerinin bazıları kusura benzer bir kavram olan[321] objektif özen yükümlülüğünün ihlâli olgusuna dayanmaktadır. Özen yükümlülüğünü yerine getirmek, ayırt etme gücünün varlığını gerektirmektedir. Ayırt etme gücü olmayan kimseden objektif özen yükümlülüğü beklenemez ki bunu ihlâl etmesinden sorumlu

317 **NART**, Hakkaniyet, s. 185 vd.

318 **LARENZ**, Allgemeiner, s. 112; **VON TUHR,** Borçlar, s. 382; **UYGUR**, s.408; **HONSELL/ISENRING/ KESSLER**, s.77; **İNAN/YÜCEL**, **s. 3**98. Gerçek kişiler haksız fiil işleyebileceği gibi tüzel kişiler de haksız fiil işleyebilirler. Bkz. **SCHONENBERGER,** Wilhelm/**JÄGGİ**, Peter, Obligationenrecht, Bundesgesetze vom 30. März 1911 und vom 18. Dezember 1936, samt den seitherigen Gesetzesänderungen, Zürich 1973. s.52.

319 **EREN**, Borçlar Genel, s. 558; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.423.

320 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.5; **EREN**, Borçlar Genel, s. 560-561.

321 **EREN** Borçlar Genel, s.563; **WIDMER**, s.70; **VITO**, s. 12;

tutulsun. Esasında objektif özen yükümlülüğü kusurlu sorumluluktaki kusurun adeta yerine geçmiş kusura benzer bir kavramdır[322]. Bu sebeple kusursuz sorumluluk hallerinin dayandığı esaslara göre ayırt etme gücünün sorumluluğun doğmasındaki yerini tespit etmek kanaatimizce kusur ilkesinin menfi sonucu açısından daha isabetlidir.

§ 2. KUSUR İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI, AHLÂKİ VE FELSEFİ TEMELLERİ VE KUSUR İLKESİNİN SONUÇLARI

I) KUSUR İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Roma Hukukunun en eski haksız fiil düzenlemelerinde bile kusura az da olsa önem verilmektedir[323]. İlke olarak ise Roma Hukukunun başlangıç safhası olan eski hukuk döneminde kusur prensibi mevcut değilken, klasik dönemde belirli bir yönelimin başladığı, *Iustinianus* döneminde artık kusur ilkesinin önemli oranda ortaya çıktığı görülmektedir[324]. *Iustinianus* dönemi ise Roma Hukukunun en gelişmiş hali olması ve bunun *Corpus Iurius Civilis* ile yüzyıllar ötesine taşınabilmesi nedeniyle günümüz hukuk sistemlerine etkisinin en çok olduğu dönemdir[325]. Roma Hukuku 13. yüzyıldan itibaren İtalya, Fransa, Hollanda, İspanya en son olarak da Almanya tarafından ortak hukuk (*Ius Commune*) olarak benimsenmiştir. Bu vesileyle Avrupa Ülkelerinde hâkimler önlerine gelen somut olayla ilgili kendi millî hukukunda bir düzenleme yoksa Roma Hukukunu uyguluyorlardı. Böylece Roma Hukukundaki temel prensip ve anlayışlar bu ülkelerin hukuk sistemlerine derinden nüfuz etmiştir. Ayrıca kusur ilkesi 17. ve 18. yüzyılların doğal hukuk doktrininde de kendine yer bulmuştur[326].

19. yüzyıl sonlarında başlayan kanunlaştırma hareketleri ile her ülke kendi kanuni düzenlemelerini yapmaya başlamıştır. Bu süreçte yapılmış olan kanunlara hâkim olan temel ilkelerde, hakların sınıflandırılmasında, hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde Roma Hukukunun büyük tesiri vardır. Böylece Roma Hukukunda, gittikçe gelişerek *Iustinianus* döneminde artık neredeyse genel bir ilkeye dönüşmüş

322 **WIDMER**, s.70; **VITO**, s. 12.

323 **ERDOĞMUŞ**, s. 29 dn. 55; **GÜVEL**, Övünç, Roma Hukukunda Sorumluluk, SÜHFD, C. 25, S. 2, Y.2017, s. 381.

324 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 34 vd.; **ZİLELİOĞLU**, Hilal, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD, C.39, S. 1, Y. 1987, s. 241; **GÜVEL**, s. 376; **İMRE**, s.50.

325 **TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ**, s.95 vd.

326 **AKINCI**, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, Konya 2010, s.63.; **PLETTER**, s. 19-22.

olan kusura ilişkin anlayış, artık netlik kazanarak, söz konusu kanuni düzenlemelerde tam bir genel ilke haline dönüştürülmüştür[327]. Bu süreçte kanunlardaki haksız fiil düzenlemelerinin, genel düzenlemeler olmasının payı da olsa gerektir. Zira tek bir genel düzenlemeye konulan kusur kavramı, onu genel ilke haline getirmektedir.

Kusursuz sorumluluk olmaz diğer bir ifadeyle kusur ilkesinin menfi sonucu 18. ve 19. yüzyıllarda en koyu bir biçimde uygulanmıştır[328]. Alman Hukukçu *Jhering*'in de "Tazminat borcunu asıl doğuran kusurdur, zarar değildir" sözüyle belirttiği üzere 19. yüzyılda da Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde sorumluluğu kuran ve haklı gösteren asıl ve temel unsur, kusurdur[329]. Öyle ki 19. yüzyılda kusur ilkesi adeta bir hukuki dogma olmuş, kusur kavramı mutlak ve subjektif olarak anlaşılmış ve böylece Roma Hukukundaki kusur ilkesi anlayışının çok ötesine gidilmiştir[330]. Romalılara nispet edilen "*Casum Sentit Dominus*" (umulmayan halden doğan zarara malik katlanır ilkesi) bu kanunlaştırma hareketlerinde korunmuştur[331].

Eski Alman Hukuku bakımından kusur kavramı layıkıyla ele alınmamıştı ve tesadüfi olarak ortaya çıkan zararların sonucu hakkında net bir neticeye varılamamıştı. Belki bu nedenle bu hukuk sisteminde sebebiyet prensibi geçerliydi[332]. Roma Hukukunun ilkelerinin Pandekt Hukuku yoluyla Alman Hukukunu etkilemesi sonucu, 19. yüzyıldaki kanunlaştırma hareketleriyle kusur ilkesi bir dogma halini alacak seviyeye kadar ilerlemiştir[333]. Bu süreçte doğal hukuk doktrininin kusur ilkesini kabul etmesinin payı da vardır[334].

---

327 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 34 vd.

328 **EREN**, Borçlar Genel, s.556; **PLETTER**, s. 1.

329 **JHERING**, Rudolph, Das Schuld Moment Im Romischen Privatrecht, Giessen 1867, s.40, s.55 vd.; Ayrıca Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s.556; **PLETTER,** s. 1; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4-5; **STRICKLER**, s. 12; **FELLMAN**, Band I, s.7. Kişinin ortaya çıkan zarardan sorumluluğu özel bir sebebe ihtiyaç duyar. Böyle bir sebep olmaksızın tazminatın varlığına hükmetmek kişinin özgürlüğüne ve malvarlığına haksız müdahale anlamına gelir. İşte kusur ilkesi anlayışına göre, tazminat borcunu asıl doğuran bu özel sebep, kusurdur. Bkz. **LARENZ/CANARIS**, s. 351.

330 **EREN**, Borçlar Genel, s.556-557; **PLETTER**, s. 1.

331 **EREN**, Borçlar Genel, s.557; **SCHWARZ**, Satış Aktinde Hasarın İntikali, AÜHFD, C.4, S. 1, Y. 1947, s. 161.

332 **İMRE**, s.51.

333 **EREN**, Borçlar Genel, s.556; BGB § 823'ün dogma olduğu hakkında Bkz. **BRÜGGEMEIER**, Gert, Haftungsrecht, Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, 2006 Berlin, s.50; **JANSEN**, Nils, Die Struktur des Haftungsrechts, Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, 2003 Tübingen, Haftungsrechts, s. 22.

334 **PLETTER**, s. 22.

Oluşan kusur dogmasının etkisiyle yapılan ilk kanuni düzenleme Fransız Medeni Kanunu 1382. maddesidir[335]. Bu maddede kusur sorumluluğun genel ve kurucu unsuru olarak düzenlenmiştir[336]. Diğer kanuni düzenlemeler de bunu izlemiştir. TBK 49. madde, BGB § 823[337], ABGB § 1295[338] ve OR Art. 41[339]; haksız fiillerde kusuru genel bir unsur olarak kabul etmektedir. Diğer bir büyük hukuk sistemi olan Anglosakson Hukuk Sisteminde de kusur ilkesi mevcuttur. Ancak 19. yüzyılın sonrasında zamanın gösterdiği ihtiyaçla bu hukuk sisteminde de yavaş yavaş kusursuz sorumluluk halleri kabul edilmeye başlanmıştır.[340].

II) KUSUR İLKESİNİN AHLÂKİ VE FELSEFİ TEMELLERİ

Haksız fiillerde birisinin uğradığı zarar, bir başkasının yapmış olduğu fiilden ortaya çıkmaktadır[341]. Mağdurun uğradığı bu zarar açısından faile sorumluluğun yükletilmesinde ne ölçü alınmalıdır? İşte kusur ilkesi faile sorumluluğun yükletilmesinde onun kusuruna bakılmasını ve failin kusurlu olup olmadığı ölçü alınmasını, bir hukuki prensip olarak ortaya koyar. Böylece kusur ilkesi haksız fiillerde kusuru, sorumluluğun doğmasına sebep olan asıl unsur olarak değerlendirir. Tazmin sorumluluğunu doğrudan doğruya kusura bağlar ve kusuru asıl ölçü alır[342]. Bu durumun ahlâki ve felsefi temelleri bulunmaktadır. Bunlar kusur ilkesinin adalet fikrine dayanması irade ve hareket özgürlüğüne geniş bir imkân tanıması ve sorumluluğa ferdiyetçilik fikriyle yaklaşmasıdır.

---

335 **WIDMER**, s.89, **BRÜGGEMEIER**, s. 2, s. 115; **SCHNEIDER**, s. 12; Kanunda yapılan daha sonraki değişiklikle bugün için m.1240 vd. haksız fiil hükümleri düzenlenmektedir. **GÖNÜL KOŞAR**, s.40; Fransız haksız fiil hukuku 1382-1386 arasındaki 5 madde temeline dayanmaktadır. Bu hükümler 200 yıla yakın bir süre değişikliğe uğramamıştır. **VINEY**, Genévieve, Tort Liability; Introduction to French Law, Netherlands Y. 2008, s. 237; **MORÉTEAU**, Olivier France: French Tort Law in The Light Of European Harmonization, Journal of Civil Law Studies, C.6, S. 2, Y. 2013, s.760.

336 **EREN**, Borçlar Genel, s.557; **LARENZ/CANARIS,** s. 354; **BRÜGGEMEIER**, s. 1.

337 **LARENZ/CANARIS**, s. 354, s. 358 vd; **WOLF**, Kurt, Die Beweislast für Verschulden, Rindt 1927, s. 36; **KÖTZ/WAGNER**, s.45-46; **VITO**, s. 12, **GODIN**, s. 314; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 29; **KROPHOLLER**, Von Jan, Bürgerliches Gesetzbuch Studienkommentar, 11. Neubearbeitete auflage, München 2008, s.581 vd; **PRÜTTİNG**, Hans/ **WEGEN**, Gerhard / **WEINREICH** Gerd, BGB Kommentar, 10. auflage, München 2015, s. 1770 vd; **SCHULZE**, Reiner Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8.Auflage, Baden 2014, s. 1197 vd.; **FÖRSTER**, s. 330.

338 **GÖNÜL KOŞAR**, s. 23, s. 33.

339 **GMÜR,** M./**BECKER**, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Bern 1945, s. 201; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 29; **KOZIOL**, Helmut, Basic Questions of Tort Law From A Germanic Perspective, Wien 2012, s.94.

340 **İMRE**, s.52; **ZWEIGERT**, s.657-658.

341 **GUHL**, s. 127; **VON TUHR/PETER**, s.407.

342 **JHERING**, s.40, s.55 vd.; **STRICKLER**, s. 12.

A) Adalet Fikri

Sorumluluğun fiili yapana isnat edilmesinde kusur ilkesi temel olarak adalet fikrinden hareket etmektedir[343]. Kişi önceden tahmin ve öngörüde bulunabileceği böylelikle engel olabileceği bir zarara neden olmuşsa, bu kimseyi ahlâken kınamak mümkündür[344]. Öngörü ve tahmin kusur açısından değer taşıyan, kusura ait unsurlardır[345]. Kişi engel olabileceği bir zarara engel olmadığı için kusurlu davranışta bulunmuş böylece kendisini kınanabilir bir duruma düşürmüştür. Kınamanın sebebi, failin hukuk kuralına uygun davranabilmesi mümkünken bunu yapmayıp, hukuka aykırı davranışı irade ederek hukuk kuralını iradesiyle çiğnemesidir. Böylece fail hukukun kendisinden istediği şekilde davranmamış olur[346]. Diğer bir deyişle başka türlü davranma imkânına rağmen, failin iradesinin kötü olana yönelmesi kınanmanın sebebidir ve kusur yargısının temelidir[347]. Buradaki kınama ahlâki ve hukuki kınamadır. Ahlâken kınanabilir nitelikteki iradeye dayanan bir fiilin hukuk açısından değeri vardır. Zira hukuk ahlâka uygun olmalıdır. Kaldı ki söz konusu ahlâkça kınanabilen hareket, hukuki sonuçları olan bir hukukî fiil teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu fikre göre tazminat sorumluluğunu kusura dayandırmak adalete uygundur[348]. Zira adalet, ancak hukuken ve ahlâken kınanabilir pozisyondaki kimselere sorumluluğun yükletilmesini gerektirir. Buna karşın, iradesi hukuka aykırı sonuca yönelmemiş ve yaptığı fiil açısından zararın meydana gelmemesi için somut olayın durumuna göre alabileceği gerekli tüm tedbirleri almış kimseyi ahlâken kınamak mümkün ve doğru değildir[349]. Dolayısıyla ahlâken kınanması mümkün olmayan kimseyi yaptığı fiil veya sebep olduğu zarar dolayısıyla tazminle mükellef tutmak hukuki gerekçeyi ahlâki bir temelden yoksun kılar[350]. İşte adalet fikriyle ortaya konan bu düşünce kusur ilkesinin ahlâki temelini oluşturmaktadır[351].

---

343 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 2; **EREN**, Borçlar Genel, s.557.

344 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.89; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1, s.4.

345 **EREN**, İlliyet, s. 39; **OFTINGER/STARK**, s. 115; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96; **WIDMER**, s. 159; **CARTIER**, s. 155.

346 **KOCA** Mahmut/ **ÜZÜLMEZ** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2015, s. 293-294.

347 **KOCA/ ÜZÜLMEZ**, s. 294. Bu durumu önlenebilirlik bağlamında inceleyen yazar için Bkz. **CARTIER**, s. 144 vd.

348 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.89; **EREN**, Borçlar Genel, s.557; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 2; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1.

349 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.89; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 2; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1.

350 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.89; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1.

351 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52, s.89.

Haksız fiiller açısından ahlâken kınanabilir iradeye dayanan bir hukuki fiilde bulunan kimsenin sorumlu tutulması noktasında, tüm hukuk sistemleri ve sorumluluk ilkeleri ittifak halindedir[352]. Tüm hukuk sistemlerinin ve sorumluluk ilkelerinin ittifakıyla kusur söz konusuysa sorumluluk da söz konusu olmalıdır[353]. Şu halde kusur ilkesine gerçek bünyesini veren husus, kusur ilkesinin sorumluluğu kusurun varlığıyla sınırlı tutması kusur olmadığı sürece sorumluluğa da hükmedilmesine olanak vermemesidir. Böylece kusur ilkesinin asıl karakteristiği kusuru olmayanın sorumlu tutulmamasındadır[354]. Böylece sorumluluk temelde kusurdan başka nedene dayandırılmamalıdır[355]. Kusur ilkesinin müspet sonucu olan, kusur var ise sorumluluk da olmalıdır düşüncesi sebebiyet ilkesi açısından da geçerli olduğu için, kusur ilkesinin karakteristiğini tek başına vermemektedir. Şu kadar ki sebebiyet ilkesinde sorumluluk kusurun varlığına değil, sebep olma olgusuna dayanmaktadır[356].

Kusur esasen ceza hukukunu da fazlasıyla ilgilendiren bir kavramdır[357]. Ceza Hukuku bakımından cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için kusurun bulunması şarttır[358]. Kusur prensibi günümüz ceza hukuku sistemlerinin en önemli ve vazgeçilmez prensibidir[359]. Kusur prensibi bir yandan kamusal cezanın meşruiyetini sağlarken diğer yandan faili hak etmediği cezalara karşı korumaktadır[360]. Böylece ceza hukukunda kusur, failin suçlu bulunması ve cezalandırılmasının mümkün olması için olmazsa olmaz bir unsurdur[361]. Bunun anlamı ceza hukukunda kusuru olmayan kimsenin masum olduğudur. Masumun cezalandırılması ise doğru değildir.

352 **CAEMMERER**, Von Ernest, Das Verschuldensprinzip In Rechtsvergleichender Sicht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, The RabelJournal of Comparative and International Private Law, C. 42, S. 1, Y. 1978, s.6.

353 **CAEMMERER**, s.6.

354 **STRICKLER**, s. 12; **JHERING**, s.40, s.55 vd.

355 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1; **EREN**, Borçlar Genel, s.556-557.

356 **EREN**, Borçlar Genel, s. 557; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 142; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 138.

357 **VON TUHR,** Borçlar, s. 377-378; **SCHWARZ**, Borçlar, s. 108.

358 **KOCA/ ÜZÜLMEZ**, s. 293; **AKBULUT**, s.604; Kusursuz suç ve ceza olmaz prensibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ve Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda açıkça zikredilmemiş bir husustur. Ancak bu prensip doktrin ve mahkeme içtihatları yoluyla, Anayasa'da yer alan insan onurunun korunması, ceza sorumluluğunun şahsi olması ve hukuk devleti prensibinden çıkarılmaktadır. Bkz. **ERSOY**, Uğur, Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği, TBBD, S. 109, Y. 2013, s. 204-205.

359 **ERSOY**, s. 203, s. 206.

360 **ERSOY**, s. 203.

361 **ERSOY**, s. 206; **AKBULUT**, s.604 vd.

Sorumluluk hukukunda ise kusurlunun tazmin borcu vardır. Bu yönüyle kusur prensibinin cezaî bir vasfı vardır[362].

Ceza Hukukunda kusur ilkesi failin masumken korunmasına hizmet etmektedir. Borçlar Hukukunda haksız fiillerde kusur ilkesinin kabul edilmesindeki temel felsefî gerekçe de ceza hukukundaki bu temel düşünceye paralellik arz eder. Bu itibarla kusuru olmayan faile sorumluluğun yükletilmesi ceza hukukunda bir masumu cezaya çarptırmak gibidir hatta bundan farksızdır[363]. Bu fikre göre ceza hukukunda bir masumun cezalandırılması ne kadar adaletsiz ise haksız fiilde sorumluluğun kusursuz kimseye yükletilmesi de öylece adaletsizdir.

B) İrade ve Hareket Hürriyeti Fikri

Kusur ilkesinin irade hürriyetiyle de felsefi bir ilgisi bulunmaktadır. İrade hürriyeti özelikle sözleşmeler hukukunda önem arz eder. Borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğü ilkesi de, felsefî olarak irade hürriyetine dayanmaktadır[364]. Zira taraflar kendilerini bağlayıp borç altına sokan veya kendilerini hak sahibi yapan, böylece onların yaşamlarını doğrudan etkileyen hukuki işlemleri her türlü dış baskıdan korunmuş olarak kendi iradeleriyle yapmalıdırlar[365]. Haksız fiillerde ise sorumluluğun iradî bir kavram olan kusura[366] dayandırılması, irade hürriyetinin bu çeşit sorumluluğun felsefi temelinde olduğunu göstermektedir.

İrade hürriyeti kişilerin iradelerini serbestçe kullanmalarına olanak sağlamaktadır. Kişilerin serbest iradeleri onların fiillerini yapıp yapmayacaklarını veya yapacakları fiillerini gerçekleştirme şekillerini seçmelerini sağlar. Kişiler iradeleriyle davranışlarını kontrol ve tedbir eder böylece davranışlarını bir sonuca yönlendirirler. İrade hürriyeti ile kişiler diledikleri fiillerde bulunup dış dünya üzerinde tasarruf edebilirler. Böylece kişilerin yapmış oldukları davranışların temelinde onların iradeleri bulunmaktadır. Kişiler serbest iradeleriyle yaptıkları fiillerin sonuçlarına iradeleri sebebiyle katlanmalıdırlar[367]. Zira davranışlarını iradeleri yönlendirmiştir. İşte kusur ilkesine göre bu iradeleri kınanabilir nitelikteyse ya da iradeleri sebebiyle

362 **İMRE**, s. 22.
363 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 2.
364 **EREN**, Borçlar Genel, s. 17-18; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 10 vd. Ayrıca sözleşmeler alanında da kusur ilkesi kabul edilmektedir. Bkz. **SCHNEIDER**, s. 3.
365 **EREN**, Borçlar Genel, s. 17-18.
366 **VON TUHR,** Borçlar, s. 381; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418, **VON TUHR/PETER**, s.430.
367 **STARK**, Entlastungsgründe, s. 33; **İMRE**, s.40.

ortaya çıkan davranış hukuk düzenince tasvip edilmez bir niteliği varsa kusur söz konusu olacaktır ki bu da sorumluluğun tek sebebi olmalıdır. Sorumluluk, ancak ferdin eyleminin sonuçlarını bilebildiği ve iradesiyle gösterdiği yeterli dikkat ile zararları bertaraf edebileceği dairede olmalıdır[368]. Böylece kusur ilkesine göre kişinin iradesi kınanamıyorsa ne zarar ortaya çıkarmış olursa olsun sorumlu olmamalıdır. Bu da kişilerin irade hürriyetini alabildiğine genişletmiş olur.

Günümüzde gittikçe daha çok taraftar bulan objektif kusur anlayışı ile kusur kavramı gittikçe iradeden kopartılmış ve kusur davranışla izah edilmeye başlanmıştır. Böylece bu anlayışın kuvvetlenmesi kusur ilkesinin irade hürriyetiyle mevcut felsefi bağlarını da zayıflatır. Zaten objektif kusur anlayışı bizatihi kusur ilkesini de zayıflatmaktadır[369]. Nihayetinde kusur ilkesinin irade hürriyetiyle bağlantısı aslında kusurun irade kavramıyla bağlantısına dayanmaktadır. Böylece kusuru irade kavramından ayırmayan subjektif ihmal teorisi, kusur ilkesinin irade hürriyetiyle bağlantısını da muhafaza etmiş olur.

Sebebiyet ilkesi açısından irade hürriyetinin sorumluluk için bir önemi bulunmamaktadır. Zira fail iradesi olsun olmasın ortaya çıkan zarardan her hâlükârda sorumludur. Kusur ilkesi ise sorumluluğu iradenin veya irade sebebiyle fiilin kınanabilir olmasına dayandırarak, failin iradî seçimlerine sorumluluk yönünden sonuç bağlamaktadır[370]. Böylece failin iradesi veya iradesi sebebiyle fiili kınanabilir olmadığı müddetçe zarara kendisi sebep olsa bile sorumlu olmamaktadır[371]. Bu sebeple kusur ilkesine göre makul bir iradeye sahip olmayı ve bu iradeye uygun davranma yeteneğine malik olmayı içinde barındıran ayırt etme gücü[372] olmayan kimselerin haksız fiil sorumluluğu da kural olarak bulunmamaktadır. Zira ayırt etme gücü olmayan kimselerin iradeleri ya yoktur ya da önemli ölçüde sakattır. Bu sebeple sağlıklı bir irade hürriyetlerinin olduğu da söylenemez.

---

368 **STARK**, Entlastungsgründe, s. 33.

369 **İMRE**, s.60; **FUCHS/PAUKER**, s.5-6; **STARK**, Ausservertragliches, s. 106.

370 **STARK**, Entlastungsgründe, s. 33.

371 *Stark* sorumluluk özgürlüğün diğer bir yüzüdür, sorumluluk olmadan özgürlük düşünülemez demektedir. Bkz. **STARK**, Entlastungsgründe, s. 33; Bu ifadeden özgürlük nispetinde sorumlu olunması gerektiği anlaşılır. Ancak yazar söz konusu sorumluluğun failin yaptığı eylemin sonuçlarını bilebilmesi veya mevcut becerileri ile sınırlamaktadır. Aslında bununla kastedilen kusurdan başkası değildir. Böylelikle kusur ilkesinin özgürlükten doğabilecek zararlardan sorumluluğu fail odak noktası yapılarak önemli ölçüde sınırlandırdığı görülür. Sebebiyet ilkesinde ise özgürlüğünün neticesinde sebep olduğu her zarardan sorumlu olacaktır.

372 **ÖZTAN**, s. 250-251; **ERKAN/YÜCER**, s.488; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418.

Kusur ilkesi hareket hürriyeti fikri ile uyum içerisindedir[373]. Kusur ilkesine göre kişiler kusurlu olmadıkları sürece diledikleri gibi hareket edebilirler. Bu hareketlerinden veya ortaya çıkarttıkları durumdan bir zarar doğmuş olsa da bundan sorumlu olmazlar. Böylece kusur ilkesine göre herkes hareket etmekte özgürdür, ancak dikkatli ve kusursuz hareket etmek zorundadır[374]. Kusurlu olmadıkları sürece sorumlu olmadıkları için kusur ilkesi fertlerin özgürlük alanını oldukça geniş olarak ele almıştır[375]. Ferdin hareket özgürlüğünü yalnızca onun kusuru sınırlar[376]. Ancak temel bir kuraldır ki bir başkasının zarar gördüğü noktada, ferdin özgürlük alanı biter. Kusur ilkesinin fertlere tanıdığı bu geniş özgürlük alanı diğer fertlerin ve toplumun zarar gördüğü noktada dahi devam ettiği için eleştirilebilir derecede özgürlükçü bir anlayışa sahiptir. Zira kusur ilkesine göre başkası zarar görse bile, failin sorumluluğunu zararın varlığı değil, kusurun varlığı gerektirir. Kusuru olmayan fail başkasına haksız olarak zarar verse de bu onun hareket özgürlüğü dairesindedir[377]. Sebebiyet ilkesi ise fertlerin özgürlüğünü başka birisinin bu özgürlükten zarar gördüğü noktada sonlandırmış ve her ferdi kendi özgür fiilinin sonuçlarından sorumlu tutmuştur.

C) Ferdiyetçilik Fikri

Kusur ilkesi ferdiyetçilik fikri üzerine kurulmuştur. Kusur ilkesinde sorumluluğun tayin ve tespitinde zararla değil fertlerin kusurlarıyla ilgilenilmektedir. Toplumda ortaya çıkabilecek mağduriyet ve ortaya çıkan zararın tazmini kusura bağlandığı için tazmin ve tamir ikinci planda bırakılmaktadır. Böylelikle sorumlulukta zararın değil kusurun ön plana alınması tazmin ve tamirin değil ferdin ön plana alınması demektir. Bu fert ise zarara sebep olan faildir. Zira sorumluluk failin kusuruna göre sabit olmaktadır. Böylelikle kusur ilkesinde faile ilişkin subjektif bir takdir

---

373 **FUCHS/PAUKER**, s. 2; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4; **FUCHS** Maximilian/**PAUKER** Werner/ **BAUMGÄRTNER** Alex**,** Delikts und Schadensersatzrecht, 9. Auflage, München 2016. s. 2.

374 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 26.

375 **FUCHS/PAUKER,** s. 2; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.725.

376 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722; *Fuchs/Pauker/ Baumgärtner* hukuksal konumun devamı ve hareket özgürlüğü çıkar çatışmasında kusur ilkesinin hareket özgürlüğünü tercih ettiğini söylemektedir. Bunun anlamı bir başkasının hukuksal değerlerinin zarar görmesi tehlikesine rağmen kişilerin hareket özgürlüğünün tercih edilmesi ve fertlerin kusurları olmadığı sürece başkalarına zarar verme tehlikesi pahasına özgürce hareket edebileceklerine cevaz verilmesidir. Bkz. **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s. 2.

377 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.; **FELLMAN**, Band I, s.7; **FUCHS/PAUKER**, s. 2; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER,** s. 2.

hükmü olan kusur, objektif olarak ortaya çıkmış zarar ve onun tamiri olgusundan öne geçirilmiştir.

Kusur ilkesinin ferdiyetçi anlayışının temel görünümü, sorumluluğu tayinde merkez noktası olarak ferde ilişkin ilişkin bir unsur olan kusuru tercih etmesidir. Kusur ilkesi maddî bir niteliği haiz zarar unsurunu değil, insana ait bir unsur olan kusuru sorumluluğa temel almıştır. Aslında zararın gerçek nedeni tamamen maddeseldir. Maddesellikten kasıt illiyet bağı zincirine dahil olan her bir şartın zararın gerçek sebebi olmasıdır. Zarar maddeler arasındaki ilişki ile bir zarar ortaya çıkmaktadır. Kusur ilkesi, zararın gerçek nedeni olduğu halde maddesel yaklaşımı reddederek, tamamen şahıslara ilişkin bir unsur olan kusuru sorumluluk hukukuna dahil ederek hatta onun merkezine alarak ferdiyetçi bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Dolayısıyla sorumluluk hukukunda maddesel ilişkiyi ön plana çıkaran materyalist doktrin, kusur ilkesinin tam karşısında bulunmaktadır[378]. Nitekim Fransız doktrininden *Ripert*'a göre sebep mesuliyeti hukuki sorumluluk anlayışına materyalist bir fikir getirmiştir. Bu teori taraftarları sebep mesuliyetinde yüksek bir toplumsal fayda olduğunu söylemek suretiyle sebebiyet ilkesinin maddeciliğini gizlemişlerdir demektedir. Aynı yazara göre sebebiyet ilkesiyle fakirlerin ve zayıfların korunması, zenginlere mükellefiyetler yüklenmesi iddiası hukuk yönünden siyasi bir hareket tarzı olup bununla ilkenin maddeciliği gizlenmektedir[379].

Gerçekten kusur ilkesindeki ferdiyetçilik güçlü ve tehlike oluşturma imkânı fazla olan kimseleri korumayı; toplumun çoğunluğunu oluşturan zarara maruz kalma ihtimali fazla ve zayıf kimseleri ise zararla baş başa bırakmayı da içermektedir. Zira iktidar sahibi zengin kimselerin kusursuz olarak bir zararı ortaya çıkarma ihtimalleri zayıf kimselere nazaran çok daha fazladır. Çünkü zararı oraya çıkarmaya sebep olabilecek alet ve vasıtalara ilişkin mülkiyetleri daha fazla, zararlı faaliyetlerde bulunmaya yönelik imkânları daha geniştir. Orta halli ve zayıf kimseler ise toplumun çoğunluğunu oluşturdukları için ve yaşamlarını sürdürdükleri şartlar bakımından ortaya çıkacak zarara maruz kalma ihtimalleri güçlülere göre çok daha fazladır. Bu sebeple kusur ilkesi zarar veren güçlüleri koruma düşüncesini içinde barındıran burjuvaziye meyilli bir sorumluluk ilkesidir. Gerçekten de kusur ilkesini Kıta Avrupası

---

378 **İMRE**, s.47.

379 **RIPERT**, Georges La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1935, s. 226 (**İMRE**, s.47'den naklen).

Hukuk Sistemine taşıyan Pandekt Hukukunda zayıf kimseleri korumaya yönelik sosyal bir düşünce de hâkim değildir[380]. Ayrıca kusur ilkesi son yüzyıllarda bireysel ekonomik büyümenin imkânlarının katlandığı ve küresel ölçekte son derece revaçta olduğu bir dönemde hareket özgürlüğü temin ederek bireyleri tüm sonuçlardan sorumlu olmaktan koruyarak bireyin gelişimini destekler ve ekonomik büyümesinin yavaşlatılmasını engeller[381]. Böylece kusur ilkesinin içerdiği ferdiyetçilik, ferdî anlamda ekonomik büyümenin desteklendiği ve önünün açıldığı bu zamanın şartlarıyla da bir çeşit uyum gösterir.

Kusurun irade kavramıyla ile kuvvetli ilişkisi hatta bizatihi irade olması kusur ilkesinin ferdiyetçilikle bağlantılarını da kuvvetlendirir. Şöyle ki kişinin hareket özgürlüğünün sorumluluğunu ferdin iradesini kullanabileceği çerçevede oluşacak kusuru belirleyecektir. Kusurun araştırılması ise tamamen ferde dair bir araştırmadır[382]. Kusur objektifleşip iradeden davranışa doğru yaklaştıkça kusur araştırması fertten, sebep sonuç ilişkisine yaklaşmış olur ve ilkenin ferdiyetçiliği bu cihetle azalmış olur.

III) KUSUR İLKESİNİN SONUÇLARI

Kusur ilkesi tazmin yükümlülüğünü sınırlayan bir mahiyet arz eder. Ortaya çıkan her zarardan sorumluluğu tasvip etmez. Zarardan sorumluluğun doğmasını kusurun varlığına bağlamaktadır[383]. Böylece bu ilkenin öncelikli sonucu tazmin yükümlülüğünü kusurun varlığıyla sınırlamasıdır. İşte tazmin yükümlülüğünü kusura dayandırmaktan ortaya önemli iki sonuç çıkmaktadır.

---

380 **İMRE**, s.45; Pandekt Hukuku Alman hâkimiyetinin olduğu toplumlarda 12. yüzyıldan 19. yüzyıla kadar Roma Hukukunun uygulaması ve doktrini yoluyla ortaya çıkan halidir. Bkz. **KÜÇÜK**, Eşref, XII. Yüzyıl Rönesansı ve Yeniden Doğan Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, C. 56, S. 4, Y. 2007, s. 111, s. 114.

381 **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER,** s. 2; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

382 Kusurun failin bilgisi, öngörüsü, yetenekleri, oluşan sonuç gibi olgular bağlamında oluşacağı çerçeve ile ilgili Bkz. **STARK**, Entlastungsgründe, s. 34.

383 **EREN**, Borçlar Genel, s.556; **LARENZ/CANARIS**, s. 351-352; **JHERING**, s.40, s.55 vd.; **PLETTER,** s. 1; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4-5; **STRICKLER**, s. 12; **FELLMAN**, Band I, s.7;

A) Müspet Sonuç

Kusur ilkesinin sonuçlarından birincisi müspet sonuçtur. Müspet sonuca göre failin kusuru varsa tazmin sorumluluğu da olmalıdır[384]. Bu durum failin kusuru olduğu halde onun sorumsuzluğunun düşünülmesini engeller. Aslında her hukuk sistemi ve sorumluluk teorisinde müspet sonuç dolaylı olarak mevcuttur[385]. Zira sebebiyet ilkesinde sorumluluk kusura değil zararlı sonuca meydana getirmeye bağlanmış olsa bile kusur varsa bu şart zaten evleviyetle gerçekleşmiş olmaktadır. Failin kusuruna rağmen sorumsuzluğu gibi bir hukukî neticeden bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla müspet sonuç kusur ilkesinin karakteristiğini tek başına yansıtmaz. Ancak tazminatı ve miktarını doğrudan doğruya kusurla ilişkilendirmesi ve tazminatı teknik olarak sebep olmaya değil kusura bağlaması yönüyle sebebiyet ilkesinden ayrılmaktadır.

Türk ve İsviçre[386] hukuklarında kusurun ağırlığı, tazminatın miktarını etkiler. Böylece kusur ile tazminat miktarı arasında bir çeşit denge kurulmuş olur[387]. Tazminat miktarının kusurun ağırlığına göre belirleneceği hususu, TBK m. 51/1'de açıkça belirtilmiştir. Kusurun ağırlığıyla tazminatın miktarı arasında bir çeşit denge gözeten bu anlayış, Roma Hukuku[388], Alman ve Fransız Hukukları tarafından kabul edilmemiştir[389]. Kusurun derecesinin tazminatı etkilemesi kusur ilkesinin müspet sonucun özel bir görünümüdür[390].

Sebebiyet ilkesi açısından da kusurun ağırlığının sorumluluğun tayininde doğrudan doğruya değilse de bir derece rol oynaması mümkündür[391]. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde zarar verenin kusuru, ek kusur olarak dikkate alınır. Bu ise TBK m. 52/1'e göre zarar görenin kusuru sebebiyle tazminattan indirim yapılmasına engel

---

384 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.89; **İMRE**, s. 19; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 216.

385 **CAEMMERER**, s.6.

386 **KOÇHİSARLIOĞLU**, Ayırt Etme, s.5; **İMRE**, s. 19; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.78; Genel haksız fiil düzenlemesi haricinde TBK m. 49/2 sorumluluğun doğması için özel kast aramıştır. Sözleşmelerle ilgili de kusurun ağırlığının sorumluluğu etkilemesine bağışlama örnek verilebilir. Nitekim TBK m. 294'e göre *"Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir."*

387 **EREN**, Borçlar Genel s.654; **İMRE**, s. 19; **TİFTİK**, s.88; **ORHUNÖZ**, s.73; **SANLI**, s.99; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 154; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.423; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 131.

388 **AKINCI**, Roma Borçlar, s.46.

389 **İMRE**, s. 19.

390 **İMRE**, s. 19.

391 **AYDIN**, Mehmet Akîf, Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 1999, s. 202 vd.

olur. Ayrıca zarar verenin kusuru hafif olsa bile sebep sorumluluğu hallerinde zarar verenin kusuru aranmadığı için kusurun hafifliği nedeniyle tazminatın kapsamına ve ödenme biçimine ilişkin TBK m. 51/1 uygulanmaz[392]. Sebebiyet ilkesi hakkaniyet gereği tazminatın belirlenmesinde kusura yer veren belirli istisnaları da içerebilir. Mesela İslâm Hukukunda haksız fiillerde sebebiyet ilkesi temel ilke olmakla beraber, belirli haksız fiil tiplerinde kusurun derecesine göre ceza ve tazmin müeyyideleri de değişmektedir[393]. Bu sebeplerle müspet sonucun bahsi geçen kusur ile tazminat arasında bir çeşit denge kurmaya yönelik bu işlevi, kusur ilkesi ile sebebiyet ilkesini birbirinden tam tamına ayıran bir karakter arz etmez.

Zarar görenin kusuru tazminatta indirim sebebidir[394]. Zarar görenin zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması durumunda bunun bir tazminatta indirim sebebi olduğu TBK m. 52/1'de açıkça belirtilmiştir. Bu durum aslında zarar verenin kusuru varsa sorumluluğu da olur anlamına gelen kusur ilkesinin müspet sonucunun zarar gören açısından bir görünümüdür. Zira müspet sonuç gereği zarar verenin kusuru varsa sorumludur. Zarar görenin kusuru varsa zarar verenin kusurunu azaltıcı etki yapar ve sorumluluğu azalır[395].

Manevi zararlarda, kusur ağırlaştıkça tazminatında artması gerektiği fikri doktrinde ileri sürülmüştür[396]. Genel bir kural olarak tazminat zenginleşmeye sebep olmamalıdır[397]. Tazminatın üst sınırı uğranılan zarardır[398]. Ancak bu görüş kusurun derecesini doğrudan doğruya manevi zararlardan doğan tazminat miktarının üst sınırını belirlemekte ölçü olarak kullanmaktadır. Bu sebeple bahsi geçen görüş manevi zararlarda kusur ilkesinin müspet sonucunun farklı bir görünümüdür.

B) Menfi Sonuç

Kusur ilkesinin ikinci önemli sonucu menfi sonuçtur. Kusur ilkesinin sorumluluğu sınırlama işlevini menfi sonuç sağlamaktadır. Menfi sonuç ortaya çıkan zarar bakımından, zarara sebep olan failin kusuru yoksa sorumluluğunun da

---

392 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 188-189.
393 **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 202 vd.
394 **İMRE**, s. 21.
395 **İMRE**, s. 21.
396 **OFTINGER/STARK**, s.421-422; **ANTALYA,** Genel Hükümler, s.506.
397 **VITO**, s. 10; ve **HIRSCH**, s.419.
398 **VITO**, s. 10; **KESİCİ**, BuğraRekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017, s. 158; **TUNÇOMAĞ**, s. 294; **ERİŞGİN**, Medeni, s.95; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 18.

olmamasını ifade eder[399]. Böylece faile sorumluluğun yükletilmesi ilke olarak kusur unsuruna bağlanmaktadır[400]. Sebep olmanın zarardan sorumlu olmak için yeterli olmasını engelleyen ve kusur ilkesine asıl karakteristiğini veren kusur ilkesinin menfi sonucudur. Ayrıca kusur ilkesi ile irade hürriyetinin felsefî bağlantısını sağlayan da menfi sonuçtur. Zira iradesini kınanabilir bir şekilde kullanmaksızın sebep olanın sorumluluğunun olmamasını bu ilke sağlar. Menfi sonuç nedeniyle ancak iradesi kınanabilir olan veya iradesini kınanabilir bir davranışa yönlendiren kimsenin sorumluluğunun olması mümkündür. Böylece mağdur aleyhine sonuç doğursa dahi bireyin hareket özgürlüğünü sağlayan da menfi sonuçtur[401].

Son yıllarda kusursuz sorumluluk hallerinin yaygınlaşması ve genişlemesiyle menfi sonuç artık terk edilmeye başlanmıştır. Kusur ilkesini savunan yazarlara göre dahi mutlak anlamda kusur ilkesinin menfi sonucuna bağlı bir sorumluluk anlayışı artık geçerliliğini kaybetmiştir. Kusursuz sorumluluk hallerini de tanımak gerekmektedir[402].

§ 3. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE HAKSIZ FİİLDE KUSUR İLKESİ

I. İSLÂM HUKUKU

İslâm Hukukunda haksız fiiller doğrudan doğruya genel bir düzenleme şeklinde ele alınmamıştır[403]. Bunun sebebi İslâm Hukukunun meseleci (kazuistik) bir hukuk sistemi olması ve kendisine has yapısıdır[404]. Haksız fiiller, İslâm Hukukunda ukûbat ve muâmelât bölümlerinde bunların çeşitli kısımları içerisinde yer almaktadır[405]. İslâm Hukukunda haksız fiiller hakkında genel bir düzenleme olmadığı

399 **FELLMAN**, Band I, s.7.

400 **EREN**, Borçlar Genel, s.556; **LARENZ/CANARIS**, s. 351-352; **JHERING**, s.40, s.55 vd; **PLETTER,** s. 1; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4-5; **STRICKLER**, s. 12; **FELLMAN**, Band I, s.7.

401 **FELLMAN**, Band I, s.7.

402 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 3.

403 **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s.404.

404 Gerçekten konuya meseleci metodla yaklaşan hukuk sistemlerinin genel düzenleme yapma yoluna gitmediği görülmektedir. Anglosakson İngiliz Hukukunda da meseleci metot izlenmekte olup haksız fiiller hakkında genel düzenleme bulunmamaktadır. **AYDIN**, Mehmet Âkif, İslam Ansiklopedisi C.15, İstanbul 1997, C. 15, s. 210.

405 İslâm Hukuku fıkıh kaynaklarında ibadetler, muameleler ve ukubât olmak üzere üçe ayrılmıştır. Ukûbat kelime manası olarak cezalar demektir, İslâm Ceza Hukukunu ifade eder. Muamelat kişilerin hukukî, iktisadi, beşeri ilişkilerini düzenleyen hükümleri ifade eden fıkhî bir terimdir. Bkz. **DEMİR**, s. 205, s.413; **KAHVECİ**, Nuri Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 29.; **AYDIN**, Haksız Fiil, s. 210; Şahsa yönelik haksız fiillerin büyük kısmı ceza

için, bütün haksız fiilleri içine alan ortak bir terim mevcut değildir. Tam kuşatıcı genel bir terim olmamakla beraber klasik kaynaklarda haksız fiil için itlaf veya cinayet daha sonraları da el-amel gayrü'l meşru, el-fi'lü'd-dâr, et- tasarrufâtü'l-fiiliyye gibi terimler kullanılmıştır[406]. Zamanla itlaf haksız fiilinin İslâm Hukukunda neredeyse genel bir haksız fiil düzenlemesi haline dönüştüğü görülmektedir[407].

İslâm Hukukunda haksız fiillerden sorumluluk alanında sebebiyet ilkesi hâkimdir. Fail kusuru olmasa da işlediği haksız fiilden kural olarak sorumludur[408]. Bununla beraber kusur failin sorumluluğunu artırır veya aleyhine verilen müeyyidenin çeşidini değiştirebilir. Bazen kusurun kurucu unsur olduğu dolaylı itlaf gibi haller de bulunmaktadır[409]. Bu sebeple İslâm Hukukunda kural olarak sebebiyet ilkesi geçerli olmakla beraber[410] kusur her haksız fiil tipinde kendisine mahsus bir rolü bulunan; genel kaide olarak ise sorumluluğu etkileyen bir kavramdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki İslâm hukukunda tazmin ve ceza hukuku birbirinden tam olarak ayrılmış değildir. Bu sebeple haksız fiilin müeyyidesi bir ceza suretinde olabileceği gibi tazmin şeklinde de ortaya çıkabilir. Kusur haksız fiilden sorumluluğun kapsamının belirlenmesine etki ettiği için haksız fiilin müeyyidesinin ceza olmasına ya da tazmin olmasına etki etmektedir.

İslâm Hukukunda şahsa yönelik haksız fiillerden öldürme ve yaralamalar açısından öngörülen müeyyidelerde kusura büyük önem verilmiştir. İslâm Hukukunda adam öldürme ve yaralamada kusur olsa da olmasa da sorumluluk söz konusudur. Ancak kusurun varlığı ve çeşidi söz konusu müeyyidenin ne olacağını belirlemektedir. Kast ile işlenen adam öldürme ve yaralamalar şartları oluşmuşsa kısas ile müeyyidelendirilmiştir. Kast haricindeki adam öldürme ve yaralama şeklindeki şahsa yönelik haksız fiiller ise tazmin yükümlülüğü doğurmaktadır.

İslâm Hukukunda mala yönelik haksız fiiller çok çeşitli olmakla beraber konuyla en alakadar olanı ve çok yaygın olarak görüleni itlaf haksız fiilidir. İtlaf aslında mala yönelik özel bir haksız fiil türü olsa da zamanla gasp ve hırsızlık dışında

---

hukuku, mala yönelik haksız fiillerin büyük kısmı ise muamelât bölümünde işlenmiştir. **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s.404-405.

406 **AYDIN**, Haksız Fiil, s. 210.

407 **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s.408.

408 **İMRE**, s.51-52; **KARAMAN**, **KARAMAN**, Hayreddin Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 2016, C.2, s.466-467.

409 **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s.411.

410 **İMRE**, s.52; **YERLİKAYA**, s. 38-39.

tüm haksız fiilleri içine alacak bir kapsamda değerlendirilmiştir. Hatta bazı hukukçular cana yönelik haksız fiilleri dahi itlaf içerisinde değerlendirmişlerdir[411]. İslâm Hukukunda itlaf bu geniş kapsamı yönüyle adeta bir genel haksız fiil düzenlemesidir. Böylece İslâm Hukukunun haksız fiilde kusur ilkesi bakımından konuya yaklaşımı, itlafta ilkesel olarak daha net bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

İtlaf, zararın meydana gelme şekline göre ikiye ayrılmaktadır. Zararı meydana getiren fiil araya başka bir fiil girmeden zararı bizatihi ortaya çıkartıyorsa doğrudan itlaf söz konusu olur[412]. Fiil kendi başına bir zarara yol açmaz ancak başka bir fiilin somut olaya eklenmesiyle bir zarar meydana gelirse bu takdirde dolaylı itlaftan bahsedilir. Mesela birisinin elbisesini yırtmak doğrudan itlafa örnek iken, birisinin elbisesi üzerine oturup, elbise sahibinin ayağa kalkmasıyla elbisenin yırtılması dolaylı itlafa örnektir. Zira birincisinde tek bir fiil ile hukuka aykırı sonuç gerçekleşmekteyken ikincisinde başka bir kimsenin fiilinin eklenmesiyle hukuka aykırı sonuç gerçekleşmiştir. İtlafın genel haksız fiil düzenlemesine benzemesi yönüyle dolaylı itlaf için dolaylı haksız fiil kavramı da kullanılmaktadır[413].

İslâm Hukukunda haksız fiillerden sorumlulukta, kusura verilen işlevi göstermesi bakımından, itlaftaki temel ayrım büyük önemi haizdir. İtlaftaki doğrudan-dolaylı itlaf ayrımına dayanarak kusura, sorumluluğun doğumunda işlev yüklenmiştir. Şöyle ki doğrudan itlaf için İslâm Hukuku sorumluluğun doğmasında kusuru aramamış sebep olmayı sorumluluk için yeterli görmüştür[414]. Yeter ki failin davranışı ile zarar arasında illiyet bağı bulunsun[415]. Doğrudan itlaf aslında haksız fiil kavramının kendisidir. Buradan İslâm Hukukunda prensip olarak sebebiyet ilkesinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Böylece İslâm Hukukunda kusursuz sorumluluk istisna değil, genel kaidedir. Ancak dolaylı itlaf söz konusu ise failin sorumluluğu için kusurlu olması

411 **DEMİR**, Abdullah, Türk Hukuk Tarihi, İzmir 2014, s.418; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s.408.

412 **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s.40; **ÜNAL**, Mustafa, İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Ankara 2019, s227; Doğrudan itlaf, doğrudan zarar kavramıyla örtüşmektedir ancak kabul edilen illiyet teorisi açısından aralarında fark vardır. Zarar veren olayın uygun sonucu olan her zarar doğrudan zarardır. Doğrudan itlaftan söz edebilmek için zararı doğuran olay ile sonuç arasında uygunluk şartı aranmaz. Söz konusu olay, zararın, zaman itibarıyla yakın ve araya başka bir şartın girmediği olayın gerçekleşmesine en çok etki eden illi şartı ise, doğrudan itlaf söz konusu olur.

413 **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s.408 vd.; **ÜNAL**, Haksız Fiil, s227.

414 **YERLİKAYA**, s. 38-39; Bu husus Mecelle m. 92 de *"Mübaşir müte'ammid olmasa da zâmin olur"* ifadesiyle belirtilmiştir. Bkz. **HAYDAR EFENDİ**, Ali, Dürerü'l- Hukkâm Şerhu Mecelleti'l- Ahkâm, İstanbul 2014 C.1, s. 123; **ÜNAL**, Haksız Fiil, s.98.

415 **KARAMAN**, s.457-458; **ÜNAL**, Haksız Fiil, s227 vd.

aranmaktadır[416]. Dolaylı itlaf halinde İslâm Hukukunda kusur ilkesi kabul edilmiştir. Kusura farklı haksız fiil tiplerinde o haksız fiilin mahiyet ve niteliklerine göre farklı roller veren İslâm Hukuku itlaf haksız fiilinde de bunu sürdürmüştür. Ancak genel haksız fiil düzenlemesi olan itlaftaki kusura ilişkin düzenleme, İslâm Hukukunda kusurun haksız fiildeki yerine ilişkin, ilkesel bir yaklaşımı da içermektedir.

Doğrudan itlaf ve dolaylı itlaf hakkında kusur açısından yapılan bu ilkesel ayrımın hukukî gerekçesini, kusur ilkesinin desteklenmesine veya eleştirilmesine yönelik hukuki gerekçelerde bulmak mümkündür. Kusur ilkesinin en yoğun eleştiri aldığı hukuki gerekçelerden birisi zarar görenin masumiyetine rağmen zararın onun üzerine bırakılmasıdır. Failin kusuru yok ise sorumluluğu da yoktur zira o masumdur, kusuru yoktur. Ancak haksız fiilin unsurları bakımından düşünüldüğünde, zarar veren kusur yönünden masumsa da zarara sebep olan hukuka aykırı davranış unsurunu işlemiş, zarara sebep olmuştur. Zarar gören ise hem kusur hem de davranış yönünden masumdur. Bu sebeple ortaya çıkan zarar bakımından zarar gören tamamen masum iken zarar verenin zararın ortaya çıkmasında en azından davranış yönünden dahli vardır ve tamamen masum sayılamaz. Sebebiyet esasının bir hukuki gerekçesini de teşkil eden söz konusu bu sebeple, zararı yüklenecek kişi kusuru olmasa da buna sebep olduğu için sorumludur. Ancak zarara, zarar görenin davranışı da sebep olmuşsa masumiyet yönünden zarar veren ile zarar gören eşitlenmiştir. Failin kusuru yok, fakat zarara sebep olmuştur, zarar görenin de kusuru yok fakat zarara sebep olmuştur. Artık zarar görenin zarar verene nazaran daha masum olmasından bahsedilemez. İşte doğrudan failin zarar görenin kendisi olduğu durumlarda doğrudan - dolaylı itlaf ayrımının bu hukuki gerekçeyi içerdiği anlaşılmaktadır. Zira doğrudan itlafta zarar gören korunurken, dolaylı itlafta zarar görenin artık masumiyeti kalmadığından kusur ilkesi geçerli olmaktadır. Dolaylı itlafta zarar görenin üstün masumiyeti kalmadığından artık kusur ilkesi kabul edilmiştir. Böylece dolaylı itlafta sebebiyet ilkesinin en kuvvetli hukuki gerekçesi olan zarar görenin üstün masumiyeti argümanı ortadan kalktığından, artık kusur ilkesini destekleyen hukuki gerekçeler sebebiyet ilkesini destekleyen hukuki gerekçeler üzerine tercih edilmiş ve kusur ilkesi devreye girmiştir.

---

416 **YERLİKAYA**, s. 29 vd.; **KARAMAN**, s.466-467; **DEMİR**, s.418; **ÜNAL**, Haksız Fiil, s. 227, s231.vd. Ayrıca konuyla ilgili Mecellenin 90. m. şerhi için Bkz. **HAYDAR EFENDİ**, s. 120-121.

Doğrudan- dolaylı itlaf kavramları esasında kusurdan çok illiyet bağı unsuruyla ilgili bir kabule dayanmaktadır. Özellikle zarar görenin değil üçüncü kişinin davranışının eklenmesiyle zarar ortaya çıktığı durumlarda bu durum söz konusu olur. Bu halde zarar verici davranışı yapan iki kişiden ilkinin davranışı doğrudan zarara sebep olmadığı için davranış ile zarar arasında hukukî illiyetin varlığı kabul edilmemiştir. Bu durum Mecelle m. 90'da açıkça belirtilmiştir[417]. Mecelle m. 90'a göre *"Mübaşir yani bizzat fail ile mütesebbib müçtemi oldukta hüküm ol faile muzaf kılınır."* Bunun anlamı dolaylı fail ile doğrudan fail bir zarara sebep olmuşlarsa, doğrudan failin zarardan kusursuz olarak sorumlu olacağıdır. Ancak Mecelle m. 93'e göre: *"Mütesebbib müteammid olmadıkça zamin olmaz.*[418] Bunun anlamı da dolaylı failin kusuru olmadıkça sorumlu olmadığıdır[419]. Şöyle ki ilk davranışı yapan dolaylı failin kusuru varsa, kusur ilkesi devreye girmekte, kusur illiyet bağını güçlendirerek hukukî illiyetin oluşmasını sağlamakta ve dolaylı failin sorumluluğu doğmaktadır. Bu durum illiyet bağı ile kusur unsurlarının birbirine karıştırılması olarak düşünülmemelidir. Zira aksinin kabulü halinde kusurlu olarak ilk davranışı yapan kimsenin sorumsuzluğuna hükmedilmesi, kusursuz da olsa son davranışı yapanın sorumlu tutulması gibi kabul edilemez neticeler söz konusu olur. Mesela patlayıcı bir maddeyi (A) kasten (B)'nin dükkanına atsa (B)'de can havliyle bunu (C)'nin

417 **HAYDAR EFENDİ**, s. 120.

418 **HAYDAR EFENDİ**, s. 123; **YERLİKAYA**, s. 26,s. 31.

419 Dolaylı failin kusuru "*müteammid"* kelimesiyle ifade edilmiştir. *Müteammid* kelimesi sözlük karşılığı olarak kastı ifade etse de Mecelle'de ki kullanım kapsamına hem kast hem de ihmal girmektedir. Nitekim bununla ilgili Mecelle'de verilen örnekler açık bir şekilde ihmali de içermektedir. Örneğin kendi mülkünde ateş yakan kimsenin bu ateşin bir şekilde ilerleyerek başkasına zarar vermesi halinde sorumluluk doğmaz. Ancak rüzgarlı bir havada kendi mülkünde ateş yakan kimse bu ateşin vereceği zarardan sorumlu tutulur. Zira ateşin büyüyebileceğini kişi bilip öngörebilir, ve buna ilişkin tedbir alabilir. Bunu ihlâl ettiği için müteammid olmuştur. Böylece Mecelle 93. maddede "*müteammid*" kelimesi kastı ve ihmali doğrusu kusuru kuşatan bir anlamda kullandığı görülmektedir. İlgili örnek için Bkz. **HAYDAR EFENDİ**, s. 123, **YERLİKAYA**, s. 36. Hanefilerde teaddî (birinin hakkına tecavüz etme, hukuka aykırılık) kelimesinin, teammüd (kast,kusur) anlamını da kapsayacak şekilde kullanıldığı söylenmektedir. Bu görüşteki yazara göre dolaylı failin hukuka aykırı ve aynı zamanda fâilinin iradesi sonucu (veya en azından özen yükümlülüğünün ihmali sonucu) açığa çıkmış davranışı müteammiden işlenmiş olur ve dolaylı failin sorumluluğunu gerektirir. Bkz. **YERLİKAYA**, s. 25,s. 37; Mecelledeki açık örneklerden de anlaşıldığı üzere kastı ve ihmali içeren her davranışın müteammid olduğu açıktır. Ancak failin davranış iradesiyle yaptığı her davranışın zarara sebep olsa bile müteammid olmadığı kanaatindeyiz. Zira davranış iradesi ile kusur kavramları birbirine benzer kavramlar olsalar da farklı kavramlardır. İslâm Hukuku doğrudan faili hem davranış iradesi ile hem de kusuru olmasa bile davranış iradesi olmaksızın verdiği tüm zararlardan sorumlu tutar. Bununla beraber hanefîlerde davranış iradesi olan ve olmayan kategorik olarak birbirinden ayırılmıştır. Mesela uyurken birisinin üzerine düşüp öldüren kimsenin durumu hata benzeri ile adam öldürme olarak ifade edilmiştir. Bkz. **AYDIN**, **s. 2**04,205. Ancak dolaylı fail sadece kusurlu ise sorumlu tutulmaktadır. Dolaylı fail kast veya ihmali yokken, davranış iradesi olsun-olmasın verdiği zararlardan sorumlu değildir. Sorumluluğunun şartı müteammid yani kusurlu olmasıdır. Böylece İslâm Hukukunda dolaylı failin sorumluluğu hususunda kusur ilkesi söz konusudur.

dükkanına atsa (C)'nin dükkanında patlama olsa (B)'nin değil (A)'nın kusuru sebebiyle dolaylı itlaftan sorumluluğu söz konusu olur[420]. Zira (B) kusursuz (A) ise kusurludur. (A) illiyet olarak uzakta olmasına rağmen kusurlu olduğu için (B)'nin doğrudan sebep olmasının önüne geçmiş ve bu durum kusur ilkesini canlandırarak (A)'nın sorumluluğunu gerektirmiştir.

İslâm Hukukunda temel kural olarak sebebiyet ilkesinin benimsenmesi aslında hareket özgürlüğünün yasaklanması anlamına gelmez. Failin başkasına zarar verebilecek nitelikteki hareket özgürlüğü, şayet bir zarara sebep olursa bunun bedelinin ödenmesini öngörür. Bu durum Mecelle m. 87' deki: *"Mazarrat menfaat mukabelesindedir"* hükmü ile tam bir uyum içerisindedir. Böylece kişi kendisine menfaat sağlayan hareket özgürlüğünün yol açacağı zarara da gene kendisi katlanmalıdır. Mecelle m. 88'de aynı bağlamda anlaşılabilir. İlgili hükme göre: *"Külfet nimete ve nimet külfete göredir"*. Bu hükmün konuyla bağlantısına bakılırsa hareket özgürlüğü bir nimet iken, hareket özgürlüğünden ortaya çıkan zararı ödemek de onun külfetidir. Bu yaklaşım tarzı, sorumluluk hukukundaki en kritik konu olan hukuki değerlerin ve hareket özgürlüğünün korunması ikilemi[421] açısından kanaatimizce son derece mutedil bir yoldur. Zira böylece kişilerin hukukî değerleri son derece korurken hareket özgürlükleri de ancak bir başkasına zarar verdiği ölçekte yaptırıma tâbi tutulur. Böylece hem kişilerin hareketleri-menfaatleri ile sorumlulukları arasında makul ve dengeli bir bağlantı kurulur hem de kişilerin kendi hareketlerinin sonuçlarına kendilerinin katlanması gerektiği ahlâki ve vicdani kurala uygunluk sağlanır.

Yukarda belirtildiği üzere İslâm Hukuku haksız fiiller alanında sebebiyet prensibini kabul etmektedir. Ancak İslâm Hukuku dolaylı haksız fiillerde illiyet bağı ve kusur unsurlarını bir arada değerlendirerek kusur ilkesine yaşam alanı tanımaktadır. Ayrıca kusur, farklı haksız fiil tiplerinde sorumluluğun belirlenmesinde etkili olmaktadır.

---

420 Konunun illiyet bağı yönünden çok benzer nitelikteki bir örnekle incelendiği yer için Bkz. **EREN**, İlliyet, s. 39.

421 **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s.4.

II. ROMA HUKUKU

Roma Hukukunun eski hukuk döneminde[422] hem akdî hem de haksız fiil sorumluluğu için kusur hâkim kanaate göre[423] kurucu bir unsur değildi. Zarar verenin kusuru araştırılmıyor, davranışı ile başkasına zarar veren bundan sorumlu tutuluyordu[424]. Bu anlayışta esas olan sonuçtu. Zarar ortaya çıkmışsa sorumluluğun doğması için kusurun olup olmadığı önemli değildi[425]. Bu sebeple Roma Hukukunun ilk zamanlarında esas olan zararın fail tarafından tazminiydi. Bunun düşünsel temeli ise fena bir harekette bulunan kimsenin bunun neticelerine katlanması gerektiği böylece yaptığı zararlı fiilden sorumlu olması gerektiğiydi[426]. Bununla beraber bu dönemde kusurun tamamen de önemsiz olmadığı kusurun varlığının sorumluluğun derecesine etki ettiği görülmektedir. Kasten adam öldürme ile istemeksizin tesadüfen öldürme arasında tazmin açısından fark gözetilmiştir[427].

Roma Hukukunda hâkim kanaate göre eski hukuk döneminde haksız fiiller alanında kusursuz sorumluluk anlayışı mevcutken klâsik dönemde[428] kusurlu sorumluluk anlayışına doğru bir yönelim olduğu görülmektedir. *Iustinianus* dönemine gelindiğinde artık kusurun sorumlulukta bir unsur haline geldiği kusursuz sorumluluğun ise istisna haline dönüştüğü görülmektedir[429]. Ancak genel bir haksız fiil düzenlemesi bulunmayan Roma Hukukunda kusur da genel bir unsur olarak bulunmamış zaman ilerledikçe düzenlenen haksız fiillerin çoğunda kusur artık bir unsur olarak düzenlenmeye başlanmıştır.

Roma Hukukunda haksız fiiller açısından genel bir düzenleme bulunmamaktadır[430]. Hangi davranışların haksız fiil teşkil ettiği ve bunların müeyyideleri de tek tek belirlenmişti[431]. Özellikle ilk dönemlerde sadece *Ius Civile*[432]

---

422 Eski hukuk dönemi M.Ö. 753- M.Ö. II. yüzyılın ortalarına denk gelmektedir.
423 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 34; **İMRE**, s.50; **GÜVEL**, s. 376.
424 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 34.
425 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 34; **PLETTER**, s. 22.
426 **İMRE**, s.50.
427 **ERDOĞMUŞ**, s. 29 dn. 55; **GÜVEL**, s. 381.
428 **İMRE,** s.50; Klasik dönem M.Ö. 27- M.S. 250 yılları arasıdır.
429 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 34; **ZİLELİOĞLU**, s. 241; **GÜVEL**, s. 376; **PLETTER**, s. 22.
430 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 201; **İMRE**, s.50.
431 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 201 vd.
432 *Ius Civile* sadece Roma vatandaşlarına uygulanan; örf adetlerden, 12 Levha Kanunlarında yer alan hukuk kurallarından ve bunların yorumundan ve de az sayıda çıkarılmış bazı kanunlardan oluşan Roma Hukukunun geleneksel çekirdeğini oluşturan hukuk kuralları bütünüdür. Bkz. **TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ**, s. 123 vd.

tarafından belirtilmiş olan durumlar haksız fiil teşkil etmekteydi. Daha sonraları *praetor* faaliyetleriyle[433] *Ius Civile*'de belirtilmemiş olsa bile zarar verici bazı davranışlar haksız fiil olarak kabul edilmeye başlandı. Bu yolla ve daha sonraları *Ius Civile*'nin kabul ettiği haksız fiil sayılarının artmasıyla haksız fiil anlayışı daha genel bir yapıya kavuşmuş olsa da Roma Hukukunun ileri dönemi olan *Iustinianus* döneminde dahi haksız fiiller alanında sınırlı sayı anlayışına bağlı kalındığı görülmektedir[434].

Roma Hukukunda *Ius Civile*'nin kabul ettiği dört farklı haksız fiil bulunmaktaydı. Bunlar *furtum* (hırsızlık), *rapina* (gasp), *damnum iniuria datum* (mala verilen zararlar) ve *iniuria*'dan (ferde karşı hukuka aykırı saldırı) oluşmaktaydı[435]. Bu suç tipleri açısından bakıldığında kusur kavramının *Ius Civile* hukukunda da olduğu görülmektedir. Zira Roma Hukukunda *furtum* (hırsızlık) *"bir şeyin hileli olarak veya bizzat o şeyden veyahut o şeyin kullanılması veya zilyetliğinden faydalanmak için ele geçirilmesi"* olarak ifade edilmiştir[436]. *Furtum h*ırsızlık için malın hileli olarak alınmasıdır, bunda kast aranmaktadır. *Rapina* (gasp) *praetor* beyannameleriyle *Ius Civile*'ye girmiş aslında hırsızlığın ağırlaşmış şekli olarak kabul edilen bir suç tipidir. Hırsızlıktaki aranan kast burada da söz konusudur. Ancak burada hileli bir davranış değil malın temin edilmesindeki cebirde kast aranmaktadır. Kanaatimizce hırsızlık ve gaspın kast olmaksızın işlenebilmesi kurumların mahiyetiyle bağdaşmamaktadır. Bu suçların kurucu unsurlarında hileli veya cebredici davranışa, kast içeren fiile yer verilmiştir. Kusur kurucu unsur durumundadır. Bu sebeple ve kişi kendi malı zannederek veya iradesi dışı bir malı zilyetliğine geçirmiş olsa bunlar için hırsızlık

---

433 Roma Hukukunda *magistra*'lar devletin icra organı olarak faaliyet gösteren yüksek derecedeki görevlilerdir. *Praetor*'lar Roma Hukukunda davalara bakma yetkileri de olan *magistra'lardır.* Çok önemli yetkileri elinde bulunduran *praetor*'ların bir yetkisi de hangi hakların davası olabileceğini yayınladıkları beyannamelerle belirlemeleriydi. Bu sebeple Roma Hukukunda *praetor*'ların dava hakkı vermedikleri bir hak ileri sürülemezdi. *Praetor*'lar somut olayın ve hakkaniyetin gerektirdiği yerlerde *Ius Civile* o konuyla ilgili bir hak öngörmemiş olsa bile ihtilaf konusu duruma dava vermek suretiyle Roma Hukukunu şekillendirmişlerdir. Haksız fiiller içinde *praetor*'lar bu faaliyetlerinden geri durmamışlar ve *praetor* hukuku tarafından kabul edilen haksız fiillerin ortaya çıkmasına sebep olmuşlardır. **AKINCI**, Roma, s. 28vd.

434 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 201.

435 *İniuria* Roma Hukukuna özgü bir terimdir. Tam karşılık manasını tespit etmek güçlük içermektedir. Sözlük manası olarak *iniuria* hukuka aykırılık demektir. Bir görüşe göre *iniuria* kelimesinin dar ve eski manâsı maddi tecavüz fiillerini belirtir. Daha sonraları (yaklaşık MÖ. 2. yüzyıl) bu tecavüzler şahsın manevi değerlerine isabet ediyorsa bunlar da *iniuria* olarak değerlendirilmiştir. Bu yönüyle hukuka, hakkaniyete adalete aykırı her türlü tecavüze *iniuria* denilmiştir. Konuyla ilgili geniş bilgi için Bkz. **TAHİROĞLU**, Bülent, Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969, s.4 vd.; **ÖCAL**, s. 345 vd.

436 **IUSTINIANUS**, Institutiones, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.641 Hukuk Fakültesi No.132, İstanbul 1955, s. 141.

suçunun gerçekleşmesi düşünülemez. Bu durumun Roma Hukukunda özellikle eski hukuk döneminde kusurun aranmaması genel yaklaşımıyla çelişki içerdiği söylenemez. Zira kusurun aranmaması, zarar verici bir harekette bulunan kimsenin bunun neticelerine katlanması gerektiği düşüncesine dayanır. Hırsızlık ve gasp ise sıradan zarar verici fiillerden ayrı ve kendisine has mahiyeti bulunan sonuçları ağır suçlardır[437]. Roma Hukukunda ceza hukuku ile tazminat hukukları birbiriyle karışmış bir şekilde bulunuyordu[438]. Bu fiiller ceza hukukuyla ilgili oldukları için bu suçlar hakkında tesadüfilik düşünülemez[439]. Unutarak, irade dışı veya bilmeden buna benzer bir fiil işleyen kimsenin böyle ağır sonuçlara çarptırılması ne adaletle ne de hakkaniyetle bağdaşır. Bu durumlarda istihkak, sebepsiz zenginleşme gibi hukuk davalarıyla mağduriyet giderilebilirdi. Ancak tip haksız fiil olarak hırsızlık ve gasp ceza hukuku bağlamında değerlendirilmişti. Bunlardan uğranılan zarar hakkında bir ceza davası ile de tazminin istenmesi[440] mümkündü.

Roma Hukukunda belirli şartlar altında hukuka aykırı olarak mala verilen zararlar hakkındaki haksız fiil tipine *damnum iniuria datum* denilmektedir[441]. Mala verilen zararla ilgili 12 Levha kanunlarında az sayıda bazı hükümler bulunmaktadır[442]. Bununla ilgili ilk kapsamlı düzenleme M.Ö. 286 yılında çıkartılan *Lex Aquilia* adlı kanunda bulunmaktadır[443]. *Lex Aquilia* üç fasıl halinde düzenlenmiştir[444]. Birinci fasılda başkasına ait köle veya dört ayaklı sürü hayvanının öldürülmesinden doğan sorumluluk düzenlenmişti. İkinci bölümde ise *adstipulator*'un hileli ve alacaklıyı zarara sokacak şekilde ibra etmesi düzenlenmişti[445]. Üçüncü bölümde ise köle veya

---

437 Hırsızlık veya gasptan suçlu bulunan kimse ayrıca *infamis* (şerefsiz) kabul ediliyordu. Şerefsizlik Roma Hukukunda ağır bir yaptırım çeşididir.

438 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 205; **İMRE**, s.50; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 10-11.

439 **GÜVEL**, s. 390.

440 Tazminata yönelik davalarla birlikte ceza davası da açılarak mağdur uğradığı zararın birkaç katını talep edebiliyordu. Mesela hem istihkak ile çalınan malın iadesi hem de ceza davası açılarak hırsızlığın suçüstü veya suçüstü olmadan yakalanmasına göre çalınan malın değerinin iki veya dört katı failden ayrıca talep edilebiliyordu. Ceza davasının failin *infamis*(şerefsiz) ilan edilmesi gibi ağır sonuçları da vardı. Hırsızın veya gasıbın mirasçılarından ceza davası ile tazmin istenmesi mümkün değildi. Bkz. **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 203 vd.

441 **ÖCAL**, s. 346,347.

442 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 209.

443 **ERDOĞMUŞ**, s. 139; *Lex Aquilia'*da sadece yasadışı yollarla verilen zararların tazmini düzenlendiği için hukuka aykırılık kavramı unsurunun temel alındığı görülmektedir. Bkz. **WINIGER**, Bénédict, Verantvortung, Reversibilität und Verschulden, Tübingen 2013, s. 127; **PLETTER**, s.4 vd.

444 **PLETTER,** s.4.

445 Roma hukukunda öneri yerine geçen soru ve kabul yerine kayıtsız şartsız cevapla kurulan borç doğurucu sözlü şekle bağlı sözleşmelere *stipulatio* denilmektedir. Soru soranların birden fazla

sürü hayvanının öldürülmesi haricindeki zararlar düzenlenmişti. Köle ve sürü hayvanı dışındaki hayvanlara zarar verilmesi veya her türlü mala verilen zararlar üçüncü fasılda düzenlenmişti. Bir şeyi kırmak, dökmek, ezmek, yırtmak, tabiî halini bozacak bir şeyle karıştırmak gibi fiiller üçüncü fasıldaki düzenlemeye dahildi[446].

Damnum iniuria datum da belirtilen zararların oluşmasında kusurun aranıp aranmadığı oldukça tartışmalıdır ve tam olarak tespit edilememektedir[447]. Ancak o zamanki Roma Hukukçularının kanunun uygulanmasına ilişkin değerlendirmelerini içeren *digesta*[448] ve *institutiones*[449] metinlerinde bazı hususlar için kusura yer verilmiştir. *Damnum iniuria datum* için, genel bir kusur düzenlemesi olup olmadığı kesinlik arz etmemektedir[450]. D*amnum iniuria datum*'a giren birtakım fiiller için *digesta* ve *institutiones* metinlerinde kusurdan bahsedilmiştir. Ancak *damnum iniuria datum*'a ilişkin digesta metinlerinde kusur kavramının bazen hukuka aykırılık kavramı ile ilişkili olarak bazen de ondan bağımsız olarak kullanıldığı görülmektedir[451]. Dikkate değerdir ki bu kanunun çıkması eski hukuk devrinin sonlarına ve klâsik dönemin başlangıcına tesadüf etmektedir. Bu dönem Roma Hukukunda kusurlu sorumluluk anlayışına doğru geçilmeye başlandığı bir dönemdir. Bu sebeple *lex aquilia* da düzenlenen *damnum iniuria datum*'da kusura ilişkin düzenlemelerin olması doğaldır[452].

Damnum iniuria datum'un oluşması ancak zararın bedenen işlenmiş olmasına bağlanmıştı. Bedenen yapılan bir müspet bir davranış neticesinde doğrudan zarar

---

olması durumunda fer'i alacaklı olarak soru soran tarafa eklenen kişilere a*dstipulator* denirdi. Bkz. **GÜRTEN**, Kadir, Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi, Ankara 2007, s.54-55; **ÖCAL**, s. 348.

446 **ÖCAL**, s. 349 vd.; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 211 vd.

447 *Digesta*'nın bazı metinlerinde "*culpa datum*" ifadesi geçmektedir. Bu ifade *"iniuria datum"* yerine tercih edilmiştir. *Culpa* ise kusur demektir. Bu durum *Lex Aquilia'*da haksız fiillerde kusurun ayrı bir unsur olarak kabul edildiği iddiasına sebep olmuştur. Konuyla ilgili detaylı bilgi için Bkz. **ÖCAL**, s. 355vd.; Roma hukuku metinlerinde *culpa* kusur ve ihmal anlamında, *dolus* kast anlamında kullanılmıştır. Bkz. **ÖCAL**, s. 384-385. *Lex Aquilia* metinlerinde *dolus* kavramına ilişkin yorumlara çok rastlanmasa da *culpa* kavramı ile değerlendirmelere sık rastlanmaktadır. Bkz. **ÖCAL**, s. 374.

448 Metin için Bkz. **ÖCAL**, s. 367; (*Alfenus 2 digesta* 9.2.52.4)

449 Metin için Bkz. **ÖCAL**, s. 363. (*Gaius Institutiones* 3.211)

450 Davranışta kusurun kökenini incelerken *Erwin Deutsch* Roma Hukukuna da değinmiş bu bağlamda 12 Levha kanunlarında dahi kusurla ilgili belirli düzenlemelere yer verilmiş olmasını ve bunun *Gaius* tarafından da teyit edilmiş olmasını belirterek böylece *damnum iniuria datum*'da da böyle bir düzenlemenin olduğu fikrini ileri sürer. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 239.

451 **ÖCAL**, s. 381.

452 *Lex Aquiilia*'nın modern haksız fiil hukuku üzerinde büyük etkisi olduğunu, kusur ve hukuka aykırılık kavramlarının bu düzenlemeden geldiğini söyleyen yazar için Bkz. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 22.

ortaya çıkmış olmalıydı. Buna *corpore corpori datum* şartı deniliyordu[453]. Mesela zehirli bir ilacı hastaya veren kimsenin sorumluluğu olmaz ancak zehirli ilacı eliyle içiren kimsenin sorumluluğu olurdu. Zira birinci ihtimalde hasta zehirli ilacı kendisi içmişti. Bir çukuru açıp, onu içine düşülebilecek şekilde gizleyen kimsenin, çukura düşen kimsenin zararından sorumlu olabilmesi için çukura ayrıca o kişiyi itmesi de lazımdı. Bu son şart teorisine benzer fakat daha ağır bir hukuki illiyet anlayışını ifade etmektedir. Failin sorumlu olması için hem son zorunlu şarta etki etmesi hem de bunu doğrudan yapması aranmaktadır. Ancak bu şart zamanla hafiflemiş, ayrıca *Iustinianus* döneminde artık her tür kusurlu verilen zarar neticesinde *damnum iniuria datum*'un oluştuğu kabul edilmeye başlanmıştır[454].

Damnum iniuria datum'da illiyet bağı için aranan bu durum, sorumluluğun doğmasını zorlaştırdığı için farklı bir yolla da olsa kusurlu sorumluluk anlayışına daha yakın sonuç vermektedir. Zira kusursuz sorumluluk anlayışı sorumluluğun doğmasını kolaylaştırırken kusurlu sorumluluk anlayışı sorumluluğun doğmasını zorlaştırmakta ve kapsamını daraltmaktadır. İlliyet bağı için aranan bu katı anlayış, hukuki illiyetin doğumunu zorlaştıracağı için sorumluluğun doğumunu da zorlaştıracaktır. Bu sebeple *damnum iniuria datum*'da kusur genel bir haksız fiil şartı değilse bile -ki bu tartışmalıdır- illiyet bağını kurmak oldukça zor olduğu için kusur sorumluluğu varmışçasına sorumluluğun doğması güçleşmektedir. Burada illiyet bağının doğumu için bedensel temas şartı sorumluluğun doğmasını zorlaştırıp bir şarta bağlaması açısından kusur şartına benzemektedir. Bu sebeple kendisi için kusur aranmıyorsa bile -ki bu tartışmalıdır- *damnum iniuria datum* kusur sorumluluğuna geçişte belirli bir rol oynamış olmalıdır.

Iniuria kapsamlı bir haksız fiil düzenlemesiydi. Kelime manası hususunda tam bir ittifak sağlanmamıştır[455]. Bu haksız fiil kavramı zaman içerisinde birçok değişikliklere de uğramıştır. 12 Levha Kanununda *iniuria* hafif zararlar veren fiziki zararları ifade etmekteyken[456] daha sonrasında vücut bütünlüğüne yönelik bütün tecavüzleri kapsayacak şekilde anlaşılmıştır[457]. Daha sonraları *Praetor* hukukunun

---

453 **ÖCAL**, s. 352; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 210.

454 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 213.

455 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 213. Detaylı Bilgi için **TAHİROĞLU**, Iniuria, s.4 vd.

456 **TAHİROĞLU**, Iniuria, s. 38.

457 12 Levha kanunu tarafından kısas cezasıyla cezalandırılan fakat daha sonradan *iniuria* kavramına dahil edilen *membrum ruptum* haksız fiili bir görüşe göre bir kemiğin kırılması hariç her türlü yaralanma iken diğer görüşe göre vücudun bir uzvunun koparılmasıdır. Konuyla ilgili detaylı bilgi

etkisiyle *iniuria* manevi zararları da kapsayacak şekilde şahsa yönelik tüm hukuka aykırı davranışları kapsayacak bir kavram haline gelmiştir. Öyle ki bir kimsenin sadece kendi şahsı değil hâkimiyeti altında bulundurdukları kimselere yapılan haksız fiiller dahi hâkimiyet altında tutan kişinin manevi şahsiyetini hedef almaktaysa *iniuria* oluşmaktaydı[458]. *Iniuria*'nın oluşması için kusurlu hareket tarzı gerektiği *Ulpianus digesta* 9,2,5,1-2'de belirtilmektedir. Bu noktada ayırt etme gücü olmayanın *uniuria* işleyemeceğini de belirtilerek kusurlu hareketin *iniuria*'nın şartı olduğu düşüncesi teyit edilmiştir[459]. Zira ayırt etme gücü kusurlu sorumlulukta sorumluluk ehliyetinin şartıdır[460].

Roma Hukukunda kusur zamanla bir haksız fiil unsuruna dönüşmüş olsa da kusursuz sorumluluk halleri[461] her dönemde hatta *Iustinianus* döneminde dahi mevcuttu[462]. Bunlar *Iustinianus* döneminde istisnaî nitelik taşımaktaydı. Roma Hukukunda kusursuz sorumluluk olarak günümüzdeki hayvan bulunduranın sorumluluğuna benzer bir sorumluluk söz konusudur. Bu tür sorumluluk için *actio de pauperie* isimli dava tanınmıştı[463]. Bu sorumluluğa 12 Levha Kanunlarında yer verildiği gibi klâsik hukuk ve *Iustinianus* dönemi hukuklarında da rastlamak mümkündür[464]. Benzer şekilde[465] Roma Hukukunda *actio noxalis* isimli dava ile aile evlatlarının ve kölelerin işledikleri haksız fiillerden sorumluluk da söz konusuydu.

---

için Bkz. **TAHİROĞLU**, Iniuria, s.45 vd; Ayrıca 12 Levha Kanununun *iniuria* suçu olarak kabul ettiği ileri sürülen birtakım fiiller hakkında detaylı bilgiler için Bkz. **TAHİROĞLU**, Iniuria, s.72 vd.; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 213.

458 **UMUR**, s. 395-396; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 213 vd.

459 **ERDOĞMUŞ**, s. 141.

460 **VON TUHR**, Borçlar, s. 382; **UYGUR**, s.408; **İNAN/YÜCEL**, s. 398; **VITO**, s.69.

461 Roma Hukukunda özellikle akdî sorumluluk alanında kusursuz sorumluluk anlayışından kusurlu sorumluluk anlayışına doğru önemli gelişmeler yaşanmıştır. Akdi sorumlulukta ilk zamanlarda *custodia* (gözetim) sorumluluğu hâkim pozisyondaydı. Buna göre bir sözleşmeye dayanarak başkasına ait bir malı elinde bulunduran kimse kusuruna bakılmaksızın söz konusu mala gelen dikkatli ve devamlı nezaretle önlenmesi mümkün olan zararlardan sorumluydu. Daha sonraları akdi sorumluluk alanında *diligentia* kavramına yer verilmeye başlandığı görülür. *Diligentia* malların borçların ifası ve malların idaresi sırasında gösterilmesi gereken özen ve dikkat demektir. *Diligentia* kavramı kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna geçiş aşamasında kullanılan ve içinde bulunulan döneme göre kendisine farklı anlamlar yüklenen bir kavramdır. Klasik dönemde *custodia* sorumluluğunun subjektifleştirilmiş hali iken *Iustinianus* döneminde objektif sorumluluğa yakın ve ağır bir sorumluluk çeşidi olmuştur. Bkz. **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 35 vd.; **GÜVEL**, s. 391; **ZİLELİOĞLU**, s. 243.

462 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 34.

463 **YÜCE**, Tunay, Roma ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu, İÜHFD, C.8, S. 2, Y.2017, s. 396; **AYDIN**, Ahmet, İslam ve Roma Hukukunda Hayvanın Verdiği Zarardan Sorumluluk, İHAD, S. 28, Y. 2016, s. 238.

464 **YÜCE**, s. 396 vd.

465 A*ctio de pauperie*'nin noxal karakteri olduğunu savunan yazarlar da vardır. Bkz. **YÜCE**, s.408 vd.

Noxal sorumluluk kişinin hâkimiyeti altında bulundurduğu[466] kimselerin fiillerinden sorumluluğu demek olup günümüzdeki aile başkanının sorumluluğuna benzemektedir.

Roma Hukukunda borçların kaynakların birisi de haksız fiil benzerleriydi (*Quasi Delicta*). Bir bina maliki ya da kiracısı tarafından kullanılıyor ise ve söz konusu binadan herhangi birisi tarafından atılan, dökülen şeylerden birisi zarar görmüşse; binada oturan kimse bundan sorumlu tutuluyordu[467]. Bir binadan umumi geçit yoluna doğru, tehlike arz edecek şekilde bir şey asan, sarkıtan, takan kimse herhangi bir zarar gerçekleşmese bile bundan sorumlu tutuluyordu. Bunun için kusur da aranmıyordu[468]. Bu sorumluluk türleri TBK m. 69'daki yapı malikinin sorumluluğu ve TMK m. 730'daki taşınmaz malikinin sorumluluğuna benzemektedir.

III. ANGLOSAKSON HUKUK SİSTEMİ

Anglosakson Hukuk Sisteminde haksız fiil hukukunun gelişimi Roma Hukukuna benzerlik göstermektedir[469]. Zira bu hukuk sisteminde de haksız fiil sorumluluğunun gelişiminde ancak belirli tip ve kalıpta durumlar haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir. Böylelikle geleneksel haksız fiil tipleri oluşmuştur ve ancak bunlar için dava açabilmek mümkündür[470].

Anglosakson Hukuk Sisteminde, Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki durumun aksine genel bir haksız fiil düzenlemesi bulunmamaktadır. Haksız fiiller sınırlı sayıda belirli tiplerden oluşmaktadır. Bu çeşitli tiplerdeki ve sınırlı sayıdaki her bir haksız fiil farklı hukuki menfaatleri korumakta ve bunların kendisine özgü unsurları ve hukuka uygunluk nedenleri bulunmaktadır[471]. Bir sorumluluk tipi için gerekli olan kurucu unsur başka bir sorumluluk tipi için aranmayabilir. Bu hukuk sisteminde genel haksız fiil düzenlemesi olmadığı için genel unsurlar da yoktur. Dolayısıyla sorumluluğun söz

---

466 **JOHNSTON**, David, Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradation, Chicago-Kent Law Review, C.70, S.4, Y, s. 1525; Roma aile yapısında baba hâkimiyeti (*patria potestas*) denilen aile babasının evlatları ve köleleri üzerinde büyük yetkilere sahip olmasını içeren hukuki bir durum söz konusuydu. Detaylı bilgi için Bkz. **TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ**, s. 157 vd.,

467 **WALDKİRCH**,s . 55; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 222-223; **HONSELL/ISENRING/ KESSLER**, s. 22.

468 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 223.

469 **ÖZDEN MERHACI**, Selin Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller, ABD, S . 4, Y. 2012, s. 180.

470 İngiliz hukukunda dava açabilmek için yargı sisteminin başındaki *Lord Chancellor*'dan *writ* ismindeki belgeyi almak gerekiyordu. Bu belge usul hukukuna ilişkindi. *Writ*'ler ise belirli olaylara münhasır ve sınırlı sayıdaydı. *Writ*'ler kendi usul hukuku düzenlemelerine tabiydi ve olay grupları ve sayı yönünden sınırlandırılmıştı. Bkz. **ÖZDEN MERHACI**, s. 180-181.

471 **ÖZDEN MERHACI**, s. 181-182

konusu olup olmadığının tespitinde hukuk düzeninin haksız fiil olarak kabul ettiği eylemlerden birisinin söz konusu olup olmadığına bakılır[472]. Sonra da söz konusu haksız fiilin unsurları araştırılacaktır.

Sınırlı sayıda kabul edilen haksız fiillere örnek olarak taşınır mala tecavüz, taşınmaz mala tecavüz, kişiye tecavüz, yararlanma hakkının ihlâli, şeref ve haysiyetin ihlâli[473], kötüniyetle suç itham etme sayılabilir[474]. Bu hukuk sisteminde genel bir düzenleme olarak değil sınırlı sayıdaki haksız fiilleri oluşturan tiplerin tamamında değilse de birçoğunda kusur unsuruna yer verildiği görülmektedir[475]. Bu sebeple Anglosakson Hukuk Sisteminde de haksız fiillerde kusur ilkesi hâkimdir[476]. Bununla beraber bu hukuk sisteminde de kusursuz sorumluluk halleri bulunmaktadır[477]. Özellikle 19. yüzyıl ve sonrasında kusur ilkesinin yetersiz gelmeye başlaması sonucunda kusursuz sorumluluk halleri ortaya çıkmaya başlamıştır[478]. Böylece Anglosakson Hukukunda da kusur ilkesini zayıflatmak, sınırlamak, yumuşatmak ihtiyacı ortaya çıkmıştır[479]. Bunun sebebi Kıta Avrupası Hukuk Sistemindekine benzerdir. Özellikle sanayileşme sonucu ortaya çıkan tehlikeli faaliyetlerin oluşturabileceği zararlara karşı kusur ilkesinin yetersiz gelmeye başlaması ve hakkaniyet bu hususta önemli rol oynamıştır[480]. Ayrıca tekrar eden aynı zararlarda failin aynı zararın tekrar etmemesi için tedbir alıp onu engellemesi gerektiği düşüncesi de kusurun terk edildiği bir alandır[481]. Zira artık söz konusu zararı failin her şekilde

---

472 **ÖZDEN MERHACI**, s. 181.

473 **BERKİN**, s. 176.

474 **ÖZDEN MERHACI**, s. 181-182.

475 **SMITH**, Jeremiah Tort and Absolute Liability: Suggested Changes in Classification II, The Harvard Law Review Association, C. 30, S.4, Y.1917, s. 319.

476 **İMRE**, s.52.

477 **BREWSTER**, s. 110; **ÖZDEN MERHACI**, s. 182.

478 **ZWEIGERT**, s.657 vd.; **ÖZDEN MERHACI**, s. 182; Sözleşmeden doğan kusursuz sorumluluğun Anglosakson Hukuk sisteminde başlama adımlarına konu olan davalar için Bkz. **FRIZZELL**, Blaine G.Strict Liability in Tort for Builder-Vendors of Homes, Tulsa Law Review, C. 24, S. 1, Y. 1988, s. 121-122. Ayrıca bu hukuk sisteminde ürün sorumluluğu hakkında Bkz. **OWEN**, David G. Defectiveness Restated: Exploding the "Strict" Products Liability Myth, University of South Carolina Scholar Commons, Faculty Publications, Y. 1996, s.743 vd.

479 **ZWEIGERT**, s. 658.

480 **SMITH**, s. 324; **ZWEIGERT**, s. 658 vd.

481 **SMITH**, s. 324; Diğer yandan tekrar eden zararlar kusur unsurunun oluşmasını kolaylaştırır. Bkz. **WIDMER**, s. 159.

öngörebilmesi gerekir[482]. Hayvan bulunduranın sorumluluğu[483] da bu hukuk sisteminde en köklü kusursuz sorumluluk türlerindendir[484].

Kusur ilkesinin zayıflatılması farklı yönlerden olmuştur. İngilterede[485] ve Amerikada özellikle tehlike arz edebilecek durumlar açısından tehlikenin büyüklüğü oranında özen yükümlülüğü daha üst perdeye çekilmek suretiyle kusur sorumluluğu kusursuz sorumluluğa doğru yaklaştırılmıştır. Ayrıca zarar görenin ispat yükünü kolaylaştırma eğilimi yoluyla da kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluğa yaklaştırılmıştır[486]. Buna göre zarar görenin kusuru ispatlaması olanaksız görülüyorsa, hayatın olağan akışı gereği hal ve şartlara göre failin kusurlu hareket ettiği kabul edilebilir. Nihayet Amerikada yargıç tarafından kendilerine hukuk kuralları anlatılan jürilerin mağduru korumak sâikiyle hareket ettikleri ve sigortaların var olması veya zarar veren tarafın mali yönünün güçlü olması durumlarında, somut olaydaki davranışı kusurlu bulmaya meyilli hareket ettikleri gözlemlenmektedir[487]. Bu hukuk sisteminde kusursuz sorumluluğun gelişimi özel kanunlar yoluyla olmasından ziyade mahkeme kararlarıyla olmuştur. Bunun sebebi Anglosakson Hukukunun içtihat hukuku olmasıdır[488]. Bu hukuk sisteminde mahkeme kararlarının bağlayıcı kudreti prensibi geçerlidir[489]. Bu sistem esas itibarıyla mahkeme kararlarıyla şekillenip

---

482 **WIDMER**, s. 159.

483 Yırtıcı hayvan besleyen kimse, zararın doğmaması için bütün tedbirleri almış olsa da hayvanın vereceği zarardan sorumludur. Benzer şekilde hayvan sahibi kendi arazisinden çıkıp komşu arazideki ekinlere zarar veren hayvanlardan da sorumludur. Bkz. **FRIEDMAN**, Sam J. Torts-Liability for Damage Caused by Tresspassing Cattle, Louisiana Law Review, C.19, S. 3, Y. 1959, s.733 vd.; **BERKİN**, s. 172.

484 **FRIEDMAN**, s.734; **BERKİN**, s. 172; **SMITH**, s. 329-330; **ZWEIGERT**, s. 661.

485 İngilterede tehlike sorumluluğunun yerleşmesinde ve diğer birçok kusursuz sorumluluk halinin bu noktadan hareketle kabul edilmeye başlanmasında 1866 tarihli *Rylands v. Fletcher* kararı meşhurdur. Bu karara konu olan olay şu şekildedir: Davalı kendi değirmeninde enerji kaynağı olarak kullanmak için arazisinde su deposu oluşturur. Ancak arazisinin altında yan komşunun arazisi ile bağlantılı kömür madenleri bulunmaktadır. Davalının bu madenlerin varlığından haberi olmasının imkânı bulunmamaktadır. Davalının su deposunda biriken sular kömür madenleri vasıtasıyla yan taşınmaza geçerek zarar verdi. Mahkeme; kendi amaçlarını gerçekleştirmek için su biriktiren davalının bu sudan doğabilecek tehlike sebebiyle ortaya çıkabilecek zararlara da katlanması gerektiğine hükmetti. Bu durum günümüzdeki tehlike sorumluluğuna çok benzemektedir. Kararda sorumluluğun gerçekleşmesinin arazinin doğal olmayan yollarla kullanılıp davalının iradesiyle depo gibi yapay bir kullanımla oluşması şartına bağlaması dikkat çekicidir. Bu durum sorumluluğu sınırlayıcı bir etki oluşturmaktadır. Bu karara esas olan ilke daha sonra gaz ve elektiriğin başkasının arazisinden geçirilmesinde ortaya çıkan zarar ve benzeri durumlara da uygulanmış ve böylece İngiliz hukukuna tehlike sorumluluğu dahil olmaya başlamıştır. Bkz. **ZWEIGERT**, s. 661-662.

486 **ZWEIGERT**, s. 658 vd.

487 **ZWEIGERT**, s. 660.

488 **SCHWARZ**, İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk, İÜHFM, C.3, S.0, Y. 1937, s. 220.

489 **ÖZDEN MERHACI**, s. 179.

zenginleşmektedir. Bu bakımdan Anglosakson Hukuku kanun hukuku değil mesele hukuku mahiyeti arz etmektedir[490].

Anglosakson Hukuk Sisteminde haksız fiillerden sorumluluk kazuistik bir metodla kusur esası üzerine kurulmuş ve bu yönde devam etmiş olsa da kusursuz sorumluluk halleri de aynı sistemle ortaya çıkıp[491] hukuki yaşam alanı bulmuştur. Gerçekten bu hukuk sistemi somut olayları tek tek ele alıp, önceki kararlarda uygulanmış hukukî özü tespit edip yeni olaya uygulayarak ilerlemektedir. Kusursuz sorumluluğun uygulanmasına ilişkin verilen bir karar adeta bu yolu açmakta ve bu kararın özündeki temel düşünce tecrübeli hâkim tarafından benzer nitelikteki yeni somut olaya uygulanmaktadır. Kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin kararlara bakıldığında ise Anglosakson Hukukunun haksız fiillerde kusur ilkesine şiddetli şekilde bağlı olduğu görülmektedir[492]. Zira bahsedilen kararlarda, kusursuz sorumluluk doğrudan kabul edilmemekte ancak kusur ilkesinin ortaya çıkaracağı adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için kusur ilkesi somut olayın özelliklerine uygun olacak şekilde, derece derece yumuşatılmaktadır. Böylece kusursuz sorumluluğun sonuçlarına yaklaşılmaktadır. Söz konusu kararlarda failin ve mağdurun durumu, somut olayın şartları, tarafların menfaatleri, sosyal düşünceler, hukuka uygunluk sebepleri gibi farklı hukuki durumlar bir arada ele alınarak adeta kusur ilkesi somut olayın gerektirdiği ihtiyaç nispetinde zayıflatılmakta ve kusursuz sorumluluk devreye sokulmaktadır. Yaklaşım, kusurun esas alınması fakat ihtiyaç nispetinde objektif sorumluluğun kabul edilmesi şeklinde olmaktadır. Burada dikkat çeken husus ise kusursuz sorumluluk alanında verilen kararların birbirinden dayanak alarak gittikçe kuvvetlenmesi ve Anglosakson Hukukunda kusursuz sorumluluk alanının son yüzyıllarda genişlemiş bulunmasıdır. Anglosakson Hukukundaki bu meyil haksız fiillerde kusur ilkesinin yetersizliğinin[493] gün geçtikçe daha çok ortaya çıktığının açık bir göstergesidir.

---

490 **SCHWARZ**, İngiliz Hukuku, s. 220.

491 **BREWSTER**, s. 110.

492 İngiliz Hukukunda kusur sorumluluğu hususunda detaylı bilgi için hakkında Bkz. **MARSH**, Norman S., Unerlaubte Handlungen Im Englischen Recht: Eine rechtsvergleichende, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrech Untersuchung, C.20, S.4, Y. 1955, s. 650 vd.

493 **SMITH**, s. 324; **ZWEIGERT**, s. 658 vd.

Anglosakson hukuk düzeninde kusur; kasıt, ihmal veya kötüniyet olarak üç farklı şekilde ortaya çıkabilir[494]. İhmalin objektifleştirilmeye başlanması kusursuz sorumluluğun bu hukuk sistemine girmeye başlamasına paralel bir seyir izlemiştir. "la ortaya çıkmamış ancak failin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı, mağdurunda korunması gereken durumlar özellikle sanayileşme neticesinde ortaya çıkan zararlarda oldukça artmış böylece objektifleştirilmiş özenin ihlâline dayanan haksız fiiller Anglosakson Hukuk Sisteminde kendisine önemli yer bulmaya başlamıştır[495]. İhmalin özen ödevi kavramına dönüşüm göstermesi ve bunun objektif bir anlayışla yapılması, kusur ilkesinde gedikler açmış ve kusursuz sorumluluğa doğru giden yolda bir aşama olarak ortaya çıkmıştır[496]. Bu durum özellikle tehlikeli işletmelerle ilgili davalarla birlikte ortaya çıkmıştır. Bir prensip olarak Amerika'da ve İngiltere'de mahkemelerce tehlikeli faaliyetlerle iştigal eden işletmelerin "yüksek bir özen, en yüksek bir özen, en üstün bir özen" ile hareket etmeleri gerektiği kabul edilmiştir[497]. Bu bakımdan Anglosakson hukukunda kusursuz sorumluluğa geçişte özen ve tehlike esaslarının beraberce kullanıldığı görülmektedir.

Kasttan sorumluluk varken, ihmalden doğan sorumluluktaki özen yükümlülüğü gittikçe artırılmıştır. Sonrasında kusur olmasa da sorumluluk olacak kadar sorumluluk genişlemiştir. İhmalden doğan sorumluluğun derece derece olduğu görülmektedir. Hatta bazı hallerde en yüksek derecede özeni göstermeyenin dahi sorumluluğu olduğu görülmektedir. Bu ise kusursuz sorumluluğa oldukça yakın bir durum arz eder[498]. Bir kimsenin hukuka uygun bir davranışı fena bir sâikle işlemesi esasında haksız fiil sayılmaz. Ancak öyle haller vardır ki bunların kabul edilemez fena sâiklerle işlenmesi, fiili de hukuka aykırı hale getirmektedir. Bu durumlar Anglosakson Hukukunda kötüniyet sebebiyle haksız fiil olarak değerlendirilmiştir[499]. Sırf komşusu rahatsız olsun diye rüzgar komşusuna yönelmişken bahçesinde aslında kullanma hakkı dairesinde olacak derecede küçük bir ateş yakıp dumanını komşusuna göndermeyi kasteden kimsenin durumu bu tip haksız fiile örnek verilebilir. Bu çeşit

494 Anglosakson Hukukunda kast ve ihmalin ayrımı hakkındaki teorik inceleme için Bkz. **WIDMER**, s.69-70.
495 **ZWEIGERT**, s. 658-659.
496 **ZWEIGERT**, s. 658-659.
497 **ZWEIGERT**, s. 659.
498 **ZWEIGERT**, s. 659.
499 **BERKİN**, s. 171.

sorumlulukta fena saik sebebiyle, hukuka aykırılık ve böylece kusur da gerçekleşmiş olmaktadır.

IV. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre'de sorumluluk hukuku bir yandan OR. Art. 41-61 arasında diğer yandan özel yasalarda ve ZGB'de düzenlenmektedir[500]. Haksız fiile ilişkin genel kanun maddesi OR Art. 41'dir. Anılan hükme göre kasten ve ihmal ile hukuka aykırı surette birisine zarar veren bunu tazmin etmekle yükümlüdür. Art. 41/2 ye göre ise, kasten ve ahlâka aykırı olarak bir başkasına zarar veren kimse bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür[501].

Genel haksız fiil düzenlemesi olan OR 41'de kast ve ihmal terimlerine[502] yer verilmiş ancak kusurun tanımlaması yapılmamıştır[503]. İsviçre Hukukunda genel haksız fiil sorumluluğunda kusur ilkesi mevcuttur[504]. *Casum sentit dominus* ilkesi İsviçre Hukukunda da geçerlidir[505]. OR 41 failin ayırt etme gücü olduğu varsayımına dayanır. Ayırt etme gücü olmayanın sorumluluğu da olmayacaktır[506]. Bu ise kusur ilkesinin bir karakteristiğidir.

İsviçre Hukukunda temelde kusur ve sebep sorumluluğu ayrımı vardır[507]. İhmalin tespitinde kullanılan ölçü açısından İsviçre doktrin ve içtihatlarında objektif kusur anlayışı hâkim görüştür[508]. Bu durum kusur ilkesini zayıflatmaktadır[509]. Hukuka aykırılık açısından ise İsviçre Hukukunda objektif hukuka aykırılık teorisi kabul edilmektedir[510]. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir davranışı ancak hukukî

---

500 **VITO**, s.5; **STARK**, Emil W., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1982, s.9-10.

501 **GÖNÜL KOŞAR**, s.50.

502 İlgili düzenlemede kast için "*absicht*" ihmal için "*fahrlässigkeit*" terimleri kullanılmıştır.

503 **GÖNÜL KOŞAR**, s.50.

504 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.4; Kusur ilkesi ile fail yüksek derecede korunmakta mağdur ise yeterince korunmamaktadır . Kusur ilkesi neticesinde ortaya çıkan mağdurun bu zayıf durumu. İsviçre Hukukunda sigorta hukuku ile dengelenmeye çalışılmıştır. Bkz. **VITO**, s.9.

505 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 23; İsviçre Borçlar Kanununda açıkça belirtilmese de ABGB § 1311'de bu ilke açıkça düzenlenmiştir. Bkz. **STARK**, Ausservertragliches, s.5.

506 **VITO**, s.69.

507 **VITO**, s. 12; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.6; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.4.

508 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.55 vd; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.79; **GÖNÜL KOŞAR**, s.50.

509 Kusuru ispat yükünün tersine çevrilmesi kusur ilkesini oldukça zayıflatır ve mağdur korur. Mağduru korunması ihtiyacı kusuru ispat yükü tersine çevrilerek değil İsviçre Mahkemelerince kusur objektifleştirilerek sağlanmaya çalışılmıştır. **GÖNÜL KOŞAR**, s. 205.

510 **STÖCKLİ**, Hubert, Notizen zur Widerrechtlichkeit, Auszug aus der Festschrift Für Franz Riklin Herausgegeben von M. A. Niggli / José Hurtado Pozo / Nicolas Queloz, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2007, s. 232; **EREN,** Borçlar Genel, s.660-661; **KURTULAN**,

menfaat ve varlıkları korumak amacıyla konulmuş hukuk kurallarını ihlâl ettiği takdirde hukuka aykırı olarak kabul etmiştir[511]. İsviçre Federal Mahkemesi 20. yüzyılın ortalarına kadar kusur ilkesiyle uyumlu olan ve hukuka aykırılığı daraltan bir teori olan davranışın hukuka aykırılığını kabul etmiştir[512]. Bu durum İsviçre Hukukundaki kusur ilkesini güçlendirmektedir. Ancak federal mahkemenin kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırı sonuç teorisini kabul ettiği görülmektedir[513].

İsviçre Hukukunda tazminatın miktarı kusurla orantılı olarak kabul edilmektedir[514]. Kusurun hafif olması ölçüsünde tazminat sorumluluğu da az olacaktır. Bu durum İsviçre Hukukundaki kusur ilkesini kuvvetlendirici etki yapmaktadır. Zira tazminatın kusurla orantılı olmayarak az kusurlu kimseye tam tazminin yüklenmesi tam kusursuz kimseye dahi tazmin sorumluluğu yükleyen sebebiyet ilkesinin sonuçlarına yaklaşan bir sonuçtur.

İsviçre Hukukunda sorumluluk temelde kusur sorumluluğu ve sebebiyet sorumluluğu olarak ikiye ayrılır. Sebep sorumluluğu ise sebep sorumluluğu olağan ve katı sebep sorumluluğu olarak temelde ikiye ayrılmıştır.[515] Katı sebep sorumluluğu tehlike sorumluluğudur[516]. İsviçre'de tehlike sorumluluğu OR.'de genel bir düzenlemeyle düzenlenmemiştir. Fakat İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı Art. 60'da tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm bulunmaktadır. Olağan sebep sorumluluğu ise bir makinenin, sistemin, vasıtanın tehlikesinden kaynaklanmayan kişilere içlerinde bulundukları duruma istinaden yüklenmiş bir özen yükümlülüğünün ihlâli olgusuna dayanır[517]. Olağan sebep sorumluluklarında fail gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[518]. Böylece olağan sebep sorumluluklarında kusur ilkesindeki ispat yükü tersine çevrilmiştir[519].

---

s.470; **VITO**, s. 14 vd; **KOZIOL,** Objektivierung, s.593; **CARTIER**, s.5 vd. Bkz. BGE 119 II 128; BGE 115 II 18.

511 Bkz. BGE 33 II 568; BGE 88 II 280; BGE 9 II 405; Ayrıca İsviçre Hukukunda hukuka uygunluk sebepleri hakkında detaylı bilgi için Bkz. **VITO** s. 22 vd.; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.70 vd.

512 Bkz. BGE II 259; Bkz. BGE 82 II 28.

513 Bkz. BGE 75 II 204; Bkz. BGE 102 I 85-88

514 **VITO**, s.9-10; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 181.

515 **VITO**, s. 12; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.6; **STARK**, Ausservertragliches, s.8.

516 **VITO**, s. 12.

517 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.6.

518 **VITO**, s. 12.

519 **VITO**, s. 12. *Deutsch* bu konuda kusur ilkesinden kusursuz sorumluluğa geçilirken masum olmamakla suçlanan kişinin ihmal bile göstermediğini ispatlaması gerektiğini söyleyerek adam

İsviçre Hukukunda olağan sebep sorumluluklarının çoğunluğunun OR'de az bir kısmının ise ZGB'de düzenlediği görülmektedir. Olağan sebep sorumluluklarından adam çalıştıranın sorumluluğu OR Art. 55'de düzenlenmiştir[520]. Buna göre adam çalıştıran kimse işini yaptırtırken çalıştırdığı kimselerin verdiği zararlardan gerekli tüm özeni gösterdiğini veya gösterseydi bile bu zararın gerçekleşeceğini ispat etmediği sürece sorumludur. OR Art. 56'da hayvan tutucusunun sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre hayvan tutucusu şartların gerektirdiği özeni gösterdiğini ispatlayamadığı sürece bundan sorumludur. Her iki sorumluluk tipinde de ispat yükünün zarar veren tarafta olması[521] bu kusursuz sorumluluk hallerinde zarar verenin sorumluluğunu genişleterek sebebiyet sorumluluğunu güçlendirmektedir. Yapı malikinin sorumluluğu ise OR Art. 58'de düzenlenmiştir[522]. İlgili düzenlemede kurtuluş kanıtı düzenlenmediği için yapı malikinin sorumluluğu daha kuvvetli bir sebep sorumluluğudur. Aile başkanının sorumluluğu ise ZGB Art. 33'de düzenlenmiştir. Buna göre aile reisi, küçüğün veya zihinsel engelli aile bireyinin başkaları için tehlike oluşturmamasını veya zarara yol açmamasını sağlamakla yükümlüdür. Gerekli denetimi yaptığını ve özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Başka bir bir kusursuz sorumluluk hali olarak ZGB Art. 679'da taşınmaz malikinin sorumluluğu düzenlenmiştir[523]. Buna göre taşınmaz maliki mülkündeki tasarrufundan dolayı komşusu için aşırı ve kaçınılmaz bir zarara sebep olursa bundan sorumlu olacaktır.

İsviçre Hukukunda tehlike sorumluluğunun ise birçok farklı özel kanunlarda düzenlendiği görülmektedir. Mesela EIG Art. 27'de elektirik sisteminin çalışmasından doğan sorumluluk, EBG Art. 40'da demiryolu inşaat ve işletmesinden doğan sorumluluk[524], MO Art. 23'de askerî tatbikattan doğan sorumluluk düzenlenmiştir[525]. Benzer şekilde av yapanın sorumluluğu JVG Art. 13'de, motorlu araç kullananın sorumluluğu SVG Art. 58'de, uçak kullananın sorumluluğu ise LFG Art. 64'de düzenlenmektedir[526]. İsviçre Hukukunda AtG Art. 12'deki nükleer santral işletenin

---

çalıştıranın kurtuluş kanıtının düzenlendiği BGB § 831'i örnek gösterir. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.414.

520 **STARK**, Ausservertragliches, s.9.

521 **VITO**, s. 12.

522 **STARK**, Ausservertragliches, s.9; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 6.

523 **VITO**, s.6; **STARK**, Ausservertragliches, s.9.

524 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 7.

525 **STARK**, Ausservertragliches, s.9.

526 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 7.

sorumluluğu, RLG Art. 33'deki boru hattı işletenin sorumluluğu, GSchG Art. 36'daki su kirletenin sorumluluğu, SSG Art. 272'deki patlayıcı üreten ve kullanan tesislerin sorumluluğu, PrHG Art. 1'de ürün sorumluluğu[527] özel kanunlarda düzenlenen tehlike sorumluluklarına başka örnekler olarak verilebilir[528]. Keza İsviçre sorumluluk hukukunda barajlardan, köprülerden, lunaparklardan doğan sorumlulukta kusur ilkesi terk edilmiş olup sorumluluk bunların sahibine aittir[529].Fakat teleferik işletmeleri tehlike sorumluluğu dışında bırakılmıştır[530]. Kusurun bu gibi alanlarda terk edilmesi noktasında İsviçre Hukuku Alman Hukukuna göre daha öndedir[531].

İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı kusur ilkesi açısından son derece önem arz eden bir düzenlemedir. Kıta Avrupası Hukukundaki genel dogma olan kusur ilkesi zaman içinde kusursuz sorumluluk halleriyle genişleyen oranda erozyona uğramıştır. Ancak ilk defa genel bir haksız fiil düzenlemesinde kusur ilkesi terk edilmiştir. Güncel ve yeni olması yönüyle ve sorumluluk hukukuna dair doktrindeki yıllar süren tartışmalardan ve bu fikri ayrılıklarının eksileri ve artıları pratik süzgecinden de geçerek bir çeşit doygunluğa ulaştıktan sonra ortaya çıkmış olması yönüyle dikkate değerdir. Gerçekten bir dogma seviyesindeki kusur ilkesinin[532] bunca aşamadan sonra Kıta Avrupası Hukukunun adeta göbeğindeki İsviçre Hukukunda söz konusu Tasarıdaki genel bir haksız fiil düzenlemesinde terk edilmesi büyük bir gelişmedir. Aslında Fransız Hukukunda da genel haksız fiil sorumluluğunda da benzer bir anlayış vardır. Sorumluluğu kurma tekniği yönünden Fransız Hukukunda kusur ilkesi zayıflatılmıştır. Fransız Hukukunda sorumluluk için kusur ve hukuka aykırılığı beraberce kuşatan *"faute"* kavramı aranmaktadır[533]. Fransız Hukukunda *faute*'nin objektif olması[534] ve subjektif hukuka aykırılık teorisinin benimsenmiş olması[535] yönleriyle kusur sorumluluğu sebebiyet sorumluluğuna gayet yaklaşmıştır. Ancak

---

527 İsviçrede ürün sorumluluğu sebep sorumluluğu olarak değerlendirilip OR Art. 41'e dayanmamaktadır. **BREHM**, s. 152.

528 **STARK**, Ausservertragliches, s. 10, **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 7.

529 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.8.

530 **ÇEKİN**, Mesut Serdar, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C.1, Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme, İstanbul 2018, s.605. *Deutsch* teleferik işletmelerinin de demiryolu olarak görülmesi gerektiğini söylemektedir. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.416.

531 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.8.

532 **EREN**, Borçlar Genel, s.556-557; **JANSEN**, Haftungsrechts, s. 22; **BRÜGGEMEIER**, s.50; **PLETTER**, s. 1

533 **GÖNÜL KOŞAR**, s.41, s. 298.

534 **GÖNÜL KOŞAR**, s.46.

535 **EREN**, Borçlar Genel, s.660-661; **VITO**, s. 12; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar, Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s. 157-159.

İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı'nda doğrudan kusur ilkesi terk edilmiş düzenlemede kusur kavramına yer verilmemiştir. Bununla beraber söz konusu düzenlemede hukuka aykırılık kavramının iç yapısı genişletilerek kusur kavramı genel davranış yükümlülüğü adı altında önemli ölçüde hukuk aykırılığa dahil edilmiş bu surette kusur ilkesinin sonuçlarından da tam olarak kopulmamıştır.

Söz konusu Tasarı Art. 46'ya göre haklı bir sebep olmaksızın genel davranış yükümlülüğünü ihlâl eden herkes bundan ortaya çıkan zararı tazmin etmekle mükelleftir. Bu maddenin düzenlenme tarzına bakıldığında ifade bakımından kusur yerine genel davranış yükümlülüğü tabiri kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu tabir kusurla değil hukuka aykırılık unsuruyla alakalı bir ifadedir. Bu ifadeden tasarıda üçüncü hukuka aykırılık teorisinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre kişilerin davranışları belirli standartta olmalıdır. Bu standarttan sapan davranışlar ise hukuka aykırı olurlar[536]. Bu standart ise özen, koruma yükümlülüğü veya genel davranış yükümlülüğüdür. İşte kişilerin davranışlarının genel davranış yükümlülüğüne aykırı olması söz konusu davranışları hukuka aykırı hale getirmekte ve söz konusu tasarı hükmüne göre kusura ihtiyaç bırakmaksızın sorumluluğu doğurmaktadır.

Kusur ve hukuka aykırılık mahiyet olarak benzer ve birbirleriyle teknik olarak yakından irtibatlı kavramlardır. Özellikle objektif kusur anlayışıyla ve davranış odaklı hukuka aykırılık teorileriyle iki kavram arasındaki sınırlar belirsizleşmektedir. Özen gösterme, tedbir alma veya önlenebilirlikle alakalı olarak zararın ortaya çıkmaması için karşı tarafı korumaya yönelik davranış tipinin araştırılması gibi unsurlar kusura aittir. Bu unsurlar, hukuka aykırılığı davranış içerisinde arayan hukuka aykırılık anlayışları için de bir unsur olarak değerlendirilebilir. İşte böylece İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı'nda kusura oldukça benzer bir kavram olan genel davranış yükümlülüğü kavramı hukuka aykırılık unsuru içerisine yerleştirilmiştir. Bunun neticesi olarak söz konusu Tasarıda kusur ilke olarak ortadan kalksa bile fiiliyatta etkisini sürdürecektir. Ancak genel davranış yükümlülüğü kavramı kusura oldukça benzese de daha farklı bir kavram olduğu için ve de artık bu kavramın araştırılması hukuka aykırılık gibi sebebiyet ilkesine daha yakın bir unsur içerisinde yapıldığı için sorumluluk anlayışı da kusur ilkesinden önemli derecede ayrılmış bulunmaktadır.

536 **CARTIER**, s.87.

Özellikle sorumluluk hukukundaki güncel gelişmelerin kusursuz sorumluluğu genişletici yönde olduğu düşünülürse genel davranış yükümlülüğü kavramına doktrin ve uygulamada verilecek daha objektif ve kusurdan uzak manâlar ile sorumluluğun net bir şekilde sebebiyet ilkesine doğru yaklaşmasının yolu açılmıştır.

V. ALMAN HUKUKU

A) Alman Hukukunda Kusur İlkesinin Tarihi Gelişimi

Alman Hukukunda sorumluluk ilk başlarda sebebiyet esasına göre şekillenmiş daha sonra kusur ilkesine dönüşmüş ve sonrasında istisna olarak kabul edilen kusursuz sorumluluk halleri bu hukuk sisteminde kabul edilmiştir[537].

Roma Hukukunun Alman Hukukunu etkilemesinden önce eski Cermen Hukukunda sebep sorumluluğu fikri hâkimdi[538]. Bu hukuk sisteminde fail zarar görene tazminat olarak önleme parası *(Wehrgeld)* adı altında tazminat ödediği gibi devlete de barış parası (*Friedensgeld*) ödemek durumunda kalıyordu[539]. Daha sonraları ceza hukuku ile sorumluluk hukukunun birbirinden iyice ayrılmasıyla[540] ceza hukuku alanında kusur aransa da sorumluluk hukuku için kusursuz sorumluluk anlayışı devam etmiştir. Bu anlayış kusursuz ceza olmaz ancak kusur olmasa da tazminat olur olarak ifade edilmektedir[541]. Buradan eski Cermen Hukukunda, kusur ilkesinin temel dayanaklarından olan kusuru olmayanın masum olduğu ve bu masumiyetin sorumluluğu yüklenmeye engel teşkil edeceği düşüncesinin kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

Alman hâkimiyetinin olduğu toplumlarda 12. yüzyıldan 19. yüzyıla kadar Roma Hukukunun uygulaması ve doktrini yoluyla ortaya çıkan haline Pandekt Hukuku denilir[542]. Bu itibarla Pandekt Hukuku aslında Roma Hukuku kökenli ortak Alman özel hukukudur[543]. Pandekt hukukunun kaynakları Alman İmparatorluk

---

537 **PLETTER,** s. 1, s. 12. Alman Medeni Kanunu projesindeki müzakereler sırasında kusur prensibine karşı eski Cermen Hukukundaki sebebiyet prensibinin varlığı ileri sürülmüş; kusur ilkesi kabul edilse de sebebiyet prensibine de yer verilerek her iki prensipte de aşırı gidilmesinden sakınılmaya çalışılmıştır. **İMRE**, s. 128.

538 **PLETTER**, s. 12, s. 22.

539 **İMRE**, s.51; **PLETTER**, s. 13-14.

540 **PLETTER**, s. 12.

541 **İMRE**, s.51.

542 **KÜÇÜK**, s. 111, s. 114.

543 **KÜÇÜK**, s. 114.

Kanunları, Alman örf adet hukuku, *Corpus Iurius Civilis*[544] ve klise hukukudur[545]. *Corpus Iurius Civilis* ise *Iustinianus* dönemi Roma Hukuku anlayışını yansıttığı için Pandekt Hukuku *Iustinianus* dönemi Roma Hukukuna dayanmaktadır[546]. *Iustinianus* döneminde haksız fiil sorumluluğunda kusur, sorumlulukta bir unsur haline geldiği için kusur ilkesi fiilen oluşmuş bulunmaktaydı[547]. Bu sebeple Pandekt Hukukunda haksız fiillerde kusur ilkesi net bir şekilde bulunmaktaydı[548]. Roma Hukukunun ilkeleri, Pandekt Hukuku yoluyla Alman Hukukunu etkilemiştir. Böylece 19. Yüzyıldaki kanunlaştırma hareketlerinde kusur ilkesi kendisine yer bulmuştur[549]. Hatta bu süreçte daha da kuvvetlenerek bir dogma halini alacak seviyeye kadar ilerlemiş ve Alman Hukukuna iyice nüfuz etmiştir[550].

Alman Hukukunda haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunda kusur ilkesi artık genel kuraldır[551]. Bununla beraber birçok kusursuz sorumluluk hallerine de BGB'de açıkça yer verilmiştir. Hatta sebebiyet prensibi eski Cermen hukukunda olduğu gibi kusur ilkesinin kabul edilmesine yakın zamanlarda ilk defa Alman hukukunda ortaya çıkmıştır[552]. Bu hususta 1838 tarihli Prusya demiryolları sorumluluk kanunu ve sonrasında tüm Almanya için çıkartılan 1871 tarihli demiryolu sorumluluk kanunu ilk

---

544 Pandekt Hukukunun Roma Hukuku kaynağı olan *Corpus Iurius Civilis'*den en çok *digesta* bölümüne dayanmaktadır. Bkz. **KÜÇÜK**, s. 112 vd.

545 **KÜÇÜK**, s. 115.

546 **TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ**, s.86 vd.

547 **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 34; **ZİLELİOĞLU**, s. 241; **GÜVEL**, s. 376.

548 Alman özel hukukunun 13. yüzyıldaki kitaplarından olan *Eike von Repgow Sachsenspiegel'*de sorumluluk üç fasıla ayrılmıştır. Bunlar kişinin kendi fiillerinden, başkasının fillerinden ve hayvanlarından sorumluluğudur. Kişinin doğrudan kendi fiilliyle bir başkasına kusurlu olmasa dahi verdiği zarardan sorumluluğu söz konusuyken doğrudan kendi fiilinin zararı meydana getirmek için yeterli gelmediği durumlarda mesela açtığı bir kuyudan doğan sorumluluğunda sorumluluk için kusur aranıyordu. **PLETTER**, s. 16-17; Kişinin vasisi olduğu reşit olmayan çocuğunun veya ayırt etme gücü olmayanların verdikleri zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Usta hizmetçilerinin neden olduğu zararlardan sorumlu değildi. Ancak hizmetçiye vereceği parayı zarar görene vermek durumundaydı. **PLETTER**, s. 17; Ancak hizmetkarlar ustanın emriyle hareket etmişler ve bu emirlerden zarar ortaya çıkmışsa veya yangın hasarı ortaya çıkmışsa usta sorumluydu. Bkz. **PLETTER**, s. 18; Evcil hayvanın verdiği zararlardan sahibi sorumluydu. Ancak hayvanın mülkiyetinden vazgeçerek zarardan sorumlu olmaktan kurtulabiliyordu. **PLETTER**, s. 18; Tehlikeli hayvanların verdiği zararlardan ise sahibi mutlak sorumluydu. **PLETTER**, s. 19; Bu düzenlemelere bakıldığında kusur ilkesinin Alman Hukukuna girişinin belirli aşamalarla gerçekleştiği ve sorumluluğun belirlenmesinde zararı ortaya çıkartan somut olayın tipine göre ayrımlar yapıldığı görülmektedir.

549 **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 245.

550 **EREN**, Borçlar Genel, s.556-557; **JANSEN**, Haftungsrechts, s. 22; **BRÜGGEMEIER**, s.50; **PLETTER**, s. 1

551 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4; BGB yasama çalışmalarında, hareket özgürlüğünün korunmasını hukukî politikanın bir önceliği olarak kabul edilmiştir. **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s.4.

552 **İMRE**, s. 128; **PLETTER**, s. 12, s. 22.

sebebiyet sorumluluğu düzenlemeleridir[553]. Bu yolla kusur ilkesinden sonra tehlike sorumluluğu ikinci sorumluluk düzenlemesi haline gelmiştir[554].

B) Alman Hukukunda Kusur İlkesi

Alman Hukukunda haksız fiiller BGB § 823 ile § 853 arasında düzenlenmiştir[555]. Genel haksız fiil ve farklı haksız fiil tipleri ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir[556]. Genellikle bu hükümler soyut tehlikeli davranışları yasaklayan koruyucu yasalar olarak kabul edilirler[557]. Zararı tazmin yükümlülüğü başlığı altında düzenlenen BGB § 823 genel haksız fiil düzenlemesi içermektedir[558]. Söz konusu BGB § 823 Abs. 1'e göre kim, bir kimseye kasıtlı veya ihmal sonucu hayatına, bedenine, özgürlüğüne, mülkiyetine veya benzeri haklarına, kanuna aykırı bir şekilde zarar verirse bunlardan ortaya çıkan zararları karşılamakla yükümlüdür[559]. Genel haksız fiil düzenlemesi olan BGB § 823 Abs. 1'de hukuka aykırılık çeşitleri de somutlaştırılarak hangi ihlâllerin haksız fiil teşkil edeceği belirtilmiştir[560]. Bunlar

---

553 **FUCHS/PAUKER**, s.6; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s.6; Dogma haline gelmiş kusur sorumluluğunun ilk önemli istisnasını demiryolu işleyişinden doğan zararlar oluşturmaktadır. Bkz. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.7; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.724; Sebep sorumluluğuna dair Alman Hukukundaki ilk özel nitelikli 1871 tarihli kanun olan *Reichshaftpfflichtgesetz*'e göre demiryolları idaresi, demiryolunun işletilmesinin sebebiyet verdiği, ölüm ve yaralanmalardan sorumlu tutulmuştur. Demiryolu işletmesi ancak mücbir sebeple illiyet bağının kesildiğini veya zarar görenin kusurunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir. Aynı kanunun ikinci maddesinde maden veya taş ocağı veya fabrika gibi isimleri zikredilen işletmelerde işletme şefinin iş kazalarından kusursuz sorumluluğu düzenlenmektedir. **İMRE**, s. 135.

554 **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER,** s.6.

555 Alman Hukukunda kusur ilkesinin kanunlaştırma hareketlerine dahil olması hakkında detaylı bilgi için Bkz. **LARENZ/CANARIS**, s. 354 vd.

556 Örneğin BGB § 824 kredinin riske atılmasından doğan zararlardan sorumluluğu, BGB § 839 resmi görev ihlâli sebebiyle doğan sorumluluğu düzenlemektedir. **MARKESINIS** Basil S./ **UNBERATH**,Hannes, The German Law of Torts A Comparative Treatise, Fourth Edition Entirely Revised and Updated, Oregon 2002, s.892-893; **SCHULZE**, s. 1198; **FÖRSTER**, s. 348, s. 356 vd.

557 **KOZIOL** Allgemeiner, s. 102.

558 **LARENZ/CANARIS**, s. 354vd.; **WOLF**, s. 36; **KÖTZ/WAGNER**, s.45-46; **HONSELL/ISENRING/ KESSLER**, s. 29; **HIRSCH**, s.413 vd.; **BRUDERMÜLLER/ ELLENBERGER/GOTZ/GRÜNEBERG/ HERRLER/SPRAU/THORN/WEIDENKAFF/WEIDLICH/WICKE**, s. 1390 vd.; BGB § 823 genel haksız fiil düzenlemesi olduğu için dolandırıcılık halinde uğranılan zararlar dahi bu madde kapsamında istenebilir. **BROX** Han**s/WALKER** Wolf- Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Auflage, München 2017, s. 209.

559 **FÖRSTER**, s. 330; **LARENZ/CANARIS**, s. 354; **KÖTZ/WAGNER**, s.46; **HONSELL/ISENRING/ KESSLER**, s. 29; **SCHULZE**, s. 1197 vd.; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s. 12, s. 20; **HIRSCH**, s.415; Hukuka aykırılık BGB § 823'de açıkça bir unsur olarak düzenlenmiştir. **BROX** Han**s/WALKER** Wolf- Dietrich, Grundrisse des Rechts Allgemeines Schuldrecht, 41.Auflage, München 2017, s. 330.

560 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 155 vd, s. 219 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s.662; **LARENZ/CANARIS**, s. 354, s. 364; **STÖCKLİ**, s. 233.

hayat hakkı, beden bütünlüğü, özgürlük, mülkiyet ve sınırlı aynî haklar ve fikri haklar gibi benzeri mutlak nitelikteki haklardır[561]. Belirli hukuka aykırılık çeşitleri sayılmış olsa da sayılanlara benzer nitelikteki hakların ihlâl edilmesi de BGB § 823 Abs. 1'de hukuka aykırılık kapsamında kabul edilmiştir. Böylece genel haksız fiil düzenlemesi olan BGB § 823'ün kapsamı önemli derecede genişlemiş olmaktadır.

Alman Hukukunda kusur ilkesi benimsenmiştir[562]. Bunun en net göstergesi genel haksız fiil düzenlemesi olan BGB § 823 Abs. 1'de haksız fiil sorumluluğunun doğmasının failin kusurlu olmasına bağlanmasıdır[563]. İlgili düzenlemede kusur kavramına yer verilmemiş ancak kusurun çeşitleri olan kast ve ihmal kavramlarına yer verilmiştir[564]. Bu yönüyle BGB'nin, TBK'ya göre kusuru daha açıklayıcı bir şekilde ele aldığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemede hukuka aykırılık teşkil eden hususlar sayıldıktan sonra bunların ancak kast veya ihmal ile işlenmesi halinde zararı tazmin yükümlülüğünün doğacağı belirtilmiştir[565]. Böylece kast ve ihmal haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir. Bu ise Alman Hukukunda genel haksız fiil düzenlemesi olan BGB § 823 Abs. 1'de kusur ilkesinin kabul edildiğini net bir şekilde göstermektedir[566].

Genel haksız fiil düzenlemesi kapsamında BGB § 823 Abs. 2'de de kusur ilkesi korunmakta[567] hatta vurgulanmaktadır. Buna göre başka bir kişiyi koruma amaçlı bir yasayı ihlâl eden kişiler de bundan ortaya çıkan zararları karşılamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün doğmasının şartları için BGB § 823 Abs. 2 Sa. 1'de, BGB § 823

---

561 **STÖCKLİ**, s. 233; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.43 vd.

562 **PLETTER,** s. 1; **FÖRSTER**, s. 340-341. Gerçekten Alman Hukukunda ortaya çıkan zararlara karşı mağdur her zaman korunmamaktadır. Bunun olabilmesi için hukuka aykırılık ve ortaya çıkan zararın ihlâl edilen normun koruma amacı dairesi içinde olması, nedensel bağlantı ve kusur gibi bazı hukukî olguların gerçekleşmiş olması gerekir. **BRUDERMÜLLER/ELLENBERGER/ GOTZ/GRÜNEBERG/HERRLER/SPRAU/THORN/WEIDENKAFF/WEIDLICH/ WICKE**, s. 1390.

563 **LARENZ/CANARIS**, s. 350; **FÖRSTER**, s. 340-341; Alman Medeni Kanununda haksız fiil konusunda hareket özgürlüğünden yana bir tutum sergilenmiştir. Alman Hukukunda kusur ilkesi önce BGB taslağının 704. paragrafında düzenlenmişti. Bu düzenlemede de zarardan sorumluluk için açıkça ihmal veya kast aranıyordu. Ancak çok genel ifadeler içermesi ve çok kapsamlı bulunması sebebiyle daha sonra değiştirilmiştir. Alman Hukukunda haksız fiil düzenlemesinin kabul aşamaları hakkında daha detaylı bilgi için Bkz. **FUCHS/PAUKER**, s. 2-3; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s. 3.

564 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 239, **BECKER**, Helmut/ **BÖHME**, Kurt/ **BIELA** Anno, Kraftverkehrs- Hafpflicht- Schäden, 24., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2009, s. 17.

565 BGB § 276 Abs. 2'de ihmal gerekli bakım yükümlülüğünün gösterilmemesi olarak tanımlanmıştır. Bkz. **SCHNEIDER**, s. 3-4; **BROX/WALKER**, Schuldrecht, s. 205.

566 **LARENZ/CANARIS**, s. 352-353.

567 **LARENZ/CANARIS**, s. 351; **BECKER**, Walter G, Das Recht der unerlaubte Handlungen, Berlin 1976, s.460-462; **STÖCKLİ**, s. 233.

Abs. 1'e atıf yapılmıştır. Dolayısıyla bu yükümlülüğün doğması için de kast veya ihmalin varlığı şarttır. Hatta, BGB § 823 Abs. 2 Sa. 2'de söz konusu başka bir kişiyi koruma amaçlı yasa ihlâllerinin kusursuz olarak da meydana gelebileceği belirtildikten sonra tazminat sorumluluğunun ise ancak kusur var ise doğacağı hükme bağlanmıştır. Böylece BGB § 823 Abs. 2'de haksız fiilin ortaya çıkma alanı diğer kanunlardaki ihlâllerde göz önüne alınarak daha da genel hale getirilmiş[568] ve bütün bu sorumluluk halleri için net bir şekilde kusur ilkesi benimsenmiştir.

Alman Hukukunda kusur ilkesi hâkim olduğu için genel haksız fiil düzenlemesi olan BGB § 823 haricindeki düzenlemelerde de kusur ilkesinin varlığını görmek mümkündür[569]. Alman Hukukunda üç kategori halindeki genel haksız fiil düzenlemelerinden[570] üçüncüsü olan BGB § 826'da ise kast düzeyinde kusur aranmaktadır.[571]. Buna göre ahlâka ve adaba aykırı muamele sonucu başkasına kasten zarar veren kimse, ortaya çıkacak zararı karşılamak ile yükümlüdür[572]. Ahlâka aykırı olarak başkasına zarar verilmesi hususunda BGB § 826 özel kast arayarak[573] TBK m. 49/2'daki düzenleme ile büyük benzerlik gösterir.

Alman Hukukunda haksız fiillerde genel hüküm niteliğinde BGB § 823 ve BGB § 826'nın varlığından bahsedildi. BGB § 823 Abs. 1 subjektif mutlak hakları her çeşit ihlâl ve tecavüze karşı korumaktayken[574] BGB § 823 Abs. 2 bir başkası aleyhine

---

568 **MARKESINIS/ UNBERATH**, s.886; BGB § 823 Abs. 2 daha genel hale getirilmiş olsa da kapsamı tam olarak belirli değildir. Örneğin trafik kurallarının ihmalinin genel haksız fiil düzenlemelerinden BGB § 823 Abs. 1'e mi yoksa Abs. 2'ye mi dayandığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bkz. **HAGER**, Johannes, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und nebengesetzen Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 823 E-I, 824,825 (Unerlaubte Handlungen 1 – Teilband 2), Berlin 2009, s.71.

569 Örneğin BGB § 824 Abs. 2'de yalan olduğunu bilmeden başkasının kredi almasını tehlikeye atacak bir bilgiyi birisinden duyup başkasıyla paylaşan kimsenin sorumlu olmayacağı düzenlenmektedir. Bunun anlamı kusursuz olarak bilgi paylaşanın sorumlu olmayacağıdır. Bkz. **MARKESINIS/ UNBERATH**, s.892; **GODIN**, s. 314-315; **FÖRSTER**, s. 348; Ancak § 824 Abs. 1'de ise bu bilgiyi ortaya çıkaran ve yayan kimsenin sorumluluğunda kusurlu olması aranmamıştır. Bkz. **BECKER**, s.462 vd.; **FÖRSTER**, s. 348; **BRUDERMÜLLER/ELLENBERGER/GOTZ/ GRÜNEBERG/HERRLER/SPRAU/THORN/WEIDENKAFF/WEIDLICH/WICKE**,s. 1442 vd.

570 **LARENZ/CANARIS**, s. 354; **İMRE**, s. 130; **KÖTZ/WAGNER**, s.46; **BRÜGGEMEIER**, s. 1; **VITO**, s. 12-13.

571 **GODIN**, s. 315; **EMMERICH**, Volker, BGB – Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2012, s. 311-312; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.84.

572 **FÖRSTER**, s. 341; **BROX/WALKER**, Teil des BGB, s. 209.

573 **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.53; **WRESCHNER**, s.42; **LARENZ/CANARIS**, s. 350; **KÖTZ/ WAGNER**, s.46; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.723.

574 **BRÜGGEMEIER**, s. 37; **MARKESINIS/ UNBERATH**, s.886.

kanuna aykırı hareketleri haksız fiil olarak nitelendirmektedir[575]. Ayrıca BGB § 826'da ahlâka aykırı olarak kasten başkasına zarar verilmesini de genel haksız fiil olarak düzenlenmesiyle[576]; Alman Hukuku haksız fiillere ilişkin genel hukuki sorumluluğu üç kategori halinde ortaya koymaktadır[577]. Hepsinde de açıkça kusur ilkesi benimsenmiştir.

Alman Hukukunda ana ilke kusur sorumluluğudur[578]. Öyle ki kusursuz sorumluluğa dair reformlara rağmen kusur ilkesi ana sorumluluk sütunu olarak varlığını devam ettirmiştir[579]. Alman Hukukunda kusursuz sorumluluk halleri BGB'nin farklı hükümlerinde ve bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin bir kısmının kusur ilkesi anlayışını da içinde barındırdığı görülmektedir. Gerçekten Alman Hukukunda birçok kusursuz sorumluluk halinde kurtuluş kanıtı getirilmesi imkânı tanınmasıyla sorumluluk anlayışının yumuşatıldığı görülmektedir. Adam çalıştıranın sorumluluğu BGB § 831'de düzenlenmiştir[580]. Bu sorumluluk tipi objektif özen ödevinin ihlâline dayanmaktadır. Bu sebeple de BGB § 831 Abs. 1 Sa. 2'de adam çalıştıranın azami özeni göstermesi ve işe aldığı kişilere kullanılacak aletler ve iş hakkında yeterli bilgilendirmeyi yapmış olması ve bunları ispatlaması halinde ortaya çıkan zarardan kurtulacağı düzenlenmiştir[581]. Adam çalıştıran yukarda bahsedilen hususları ispat etmekle adeta kusursuzluğunu ispat etmektedir. Bu itibarla bu çeşit sorumluluk sebep sorumluluğundan ziyade kusur sorumluluğuna da benzetilmektedir[582].

Kanunla gözetim yükümlülüğü BGB § 832 Abs. 1 Sa. 1'de, sözleşmeyle gözetim yükümlülüğü BGB § 832 Abs. 2'de düzenlenmiştir. Gözetici kişi akıl veya beden sağlığı bakımından eksikliğe sahip kimselere bakma yükümlülüğü altına girmişse, bunların verecekleri zararlardan sorumludur[583]. Gözetici zararın meydana

---

575 BGB § 823 Abs. 1 ile korunan ihlâllerin dışında kalan hususlar BGB § 823 Abs. 2 tarafından korunmaktadır. Bkz. **LARENZ/CANARIS**, s. 355-356. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.46 vd.

576 **FÖRSTER**, s. 341.

577 Bu üç kategori BGB § 823 Abs. 1, BGB § 823 Abs. 2 ve BGB § 826'dır. **LARENZ/CANARIS**, s. 354; **İMRE**, s. 130; **KÖTZ/WAGNER**, s.46; **BRÜGGEMEIER**, s. 1; **VITO**, s. 12-13; **EREN**, Borçlar Genel, s.662.

578 **PLETTER,** s. 1

579 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4.

580 **FÖRSTER**, s. 349; **MARKESINIS/UNBERATH**, s. 899; **BRUDERMÜLLER/ ELLENBERGER/ GOTZ/GRÜNEBERG/HERRLER/SPRAU/THORN/WEIDENKAFF/WEIDLICH/ WICKE**, s. 1459 vd.; **LARENZ/CANARIS**, s. 613 vd.

581 **FUCHS/ PAUKER**, s. 171 vd. **FÖRSTER**, s. 349, s. 359 vd.

582 **İMRE**, s. 131.

583 **FÖRSTER**, s. 349; **MARKESINIS/UNBERATH**, s.899.

gelmemesi için yeterli kontrol ve denetimi sağladığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[584]. Kanundaki kurtuluş kanıtının varlığı ve kolaylığı sorumluluk tipini sebebiyet ilkesinden kusur ilkesine doğru yaklaştırmaktadır[585].

Hayvan tutucusunun sorumluluğu BGB § 833 de düzenlenmiştir[586]. Bu düzenlemenin birinci cümlesi sert bir kusursuz sorumluluk hali iken ikinci cümlesi sebebiyet ilkesini bir derece yumuşatan hayvan sahibine kurtuluş kanıtı getirme imkânının tanındığı bir kusursuz sorumluluk halidir. BGB 833 Abs. 1 Sa. 1'e göre bir insan bir hayvan tarafından öldürülür veya yaralanırsa veya bir mal bu hayvan tarafından zarar görürse, hayvan tutucusu bundan dolayı sorumludur. Ancak BGB 833 Abs. 1 Sa. 2'ye göre zarar veren hayvan, hayvanın sahibine faaliyet veya meslek bakımlarından faydalı ise hayvan sahibi hayvanla ilgili denetim ve azami özeni gösterdiğini veya gösterseydi bile aynı zararın ortaya çıkacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[587]. Bu düzenleme faydalı hayvanlar bakımından sebebiyet sorumluluğunu yumuşatmaktadır. Ancak BGB § 833 Abs. 1 Sa. 1'de idare altındaki faydalı olmayan diğer hayvanlar bakımından kurtuluş kanıtı getirilmediği için sert bir sebebiyet sorumluluğunun olduğu söylenebilir. Hatta doktrinde bu sorumluluğun tehlike sorumluluğu olduğu söylenmektedir[588].

Yapı malikinin sorumluluğu BGB § 836,837,838'de düzenlenmiştir[589]. Alman Hukukunda yapı malikinin sorumluluğu hususunda kurtuluş kanıtı imkânı tanınmıştır[590]. Bu hususdaki kanuni düzenlemelerin net bir şekilde objektif özen ödevine dayandırıldığı görülmektedir. Objektif özen ödevi ise kusursuz sorumluluk

584 **FÖRSTER**, s. 350.

585 **VITO**, s. 12.

586 **TITZE**, Heinrich, Bürgerliches Recht: Recht der Schuldverhältnisse, 8. Haut/Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abteilung Rechtswissenschaft, 4. Ausgabe, s. 159; **BRÜGGEMEIER**, s. 111; **BIENENFELD,** Rudolf, Die Haftungen Ohne Verschulden, Berlin Und Wien 1933, s. 172; **MARKESINIS/ UNBERATH**, s.713, s.899; **SCHULZE**, s. 1284; **FÖRSTER**, s. 350.

587 **KROPHOLLER**, s.613; **SCHULZE**, s. 1284.

588 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 406; Gerçekten BGB'nin kabulü müzakerelerinde hayvan idare edenler hakkında tehlike sorumluluğunun kabul edilmiş ancak 30 Mayıs 1908 tarihli bir kanunla faydalı hayvan besleyenler hakkında kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluk objektif özen yükümlülüğüne dayandırılmıştır. Hatta sorumluluk ehliyeti olmayan kimse hayvan idare eden sıfatıyla mesul tutulamayacağı için düzenlemenin kusur sorumluluğunu çağrıştıran bir yönü de vardır Bkz. **İMRE**, s. 132.

589 **FÖRSTER**, s. 350; **EMMERICH**, s. 315 vd.

590 **İMRE**, s. 133.

esaslarından, kusur sorumluluğuna belki en yakın bir sebebiyet esası uygulamasına yol açmaktadır.

BGB § 827'e göre ayırt etme gücü olmayan kimse verdiği zarardan sorumlu değildir ancak kendi iradesiyle bu hale düşmüşse verdiği zararlardan sorumludur. BGB § 828'de ise yedi yaşına gelmemiş kimselerin verdikleri zararlardan sorumlu olmadıkları, yedi on yaş arasındaki çocukların motorlu araçlarla verdikleri zararlardan sorumlu olmadıkları, on-onsekiz yaş arasındaki çocukların ise bu zararları meydana getirirken gerekli ayırt etme gücüne sahip değilse sorumlu olmadıkları düzenlenmiştir. Alman Hukukunda hakkaniyet sorumluluğunun ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlanmış olması kusur ilkesinin kuvvetini göstermektedir. Bu sınırlama esasında uzun tartışmalar neticesinde kabul edilmiştir. Şayet Alman Hukukunda hakkaniyet esası ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlanmasaydı bütün sorumluluk hukuku sebebiyet sorumluluğuna doğru önemli derecede yaklaşmış olacaktı. Diğer yandan ayırt etme gücü olmayanların da BGB § 827, 828 hükümlerine göre verdikleri zararlardan bu esasa dayanarak sorumlu tutulabilmesi şüphesiz bir sebebiyet sorumluluğudur.

Alman Hukukunda diğer bir kusursuz sorumluluk hali olan fedakârlığın denkleştirilmesine dair düzenlemeler bulunmaktadır[591]. Fedakârlığın denkleştirilmesinin somut görünümleri olarak BGB § 904'de düzenlenen ıztırar hali[592], BGB § 912'de düzenlenen taşkın inşaata katlanan malikin tazminat isteme hakkı örnek verilebilir. BGB § 962 uyarınca arı malikinin arıları izleme sırasında başkasının taşınmazına girme hakkı vardır ancak verdiği zararı ödemekle yükümlüdür. Yine fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan bir sorumluluk olarak BGB § 906 Abs. 2 komşuların yöresel örfe uygun olarak verdikleri zararlardan dolayı sorumluluğunu düzenlemektedir[593].

Kusur ilkesinin etki ve kuvvetini görmek için sorumluluğu kurma tekniği açısından da Alman Hukukuna bakmak gerekir. Alman Hukukunda kusurun ağırlığının tazminatın miktarına etki edeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır[594].

---

591 Geniş bilgi için Bkz. **ULUSAN**, İlhan, Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977 Fedakârlık, s.89 vd.

592 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 11.

593 **ULUSAN**, Fedakârlık, s.92-93.

594 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 19; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 37; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 33.

Kusurun derecesine bakılmaksızın, çok hafif dahi olsa eğer bir kusur varsa tam tazmin yükümlülüğü kuraldır[595]. Ancak zarar görenin de kusuru varsa o takdirde kusurların karşılıkları tartılarak tazminatın belirlenmesine izin verilmektedir[596]. Halbuki Türk ve İsviçre Hukuklarında kusurun derecesi tazminatın miktarına etki etmektedir[597]. Bu husus kusur ilkesinin müspet sonucun özel bir görünümü[598] olduğu için kusur ilkesini güçlendirici bir anlayıştır. Çok az bir kusura tam tazminat yüklemek anlayışı kusur ilkesinin öngördüğü kusur ile tazmin arasındaki bağlantıyı kopardığı ve faili daha kolaylıkla sorumlu tuttuğu için sorumluluğu sebebiyet ilkesine yaklaştırıcı sonuç vermektedir. Bu yönüyle Alman Hukukunda kusur ilkesinin zayıflamış bulunduğunu söylemek mümkündür.

Alman Hukukunda objektif hukuka aykırılık teorisi hâkim görüştür[599]. Objektif hukuka aykırılık görüşünde hukuka aykırılık, subjektif hukuka aykırılık teorisine göre daha zor ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılığın daha zor ortaya çıkması bir yandan kusurun da ortaya çıkmasını güçleştirmekte diğer yandan sorumluluğu da sınırlamaktadır. Bu sebeplerle Alman Hukukunda objektif hukuka aykırılık görüşünün benimsenmesi kusur ilkesini güçlendirici bir etki yapar. İhmal çeşidinde kusur açısından ise objektif görüş hâkimdir[600]. Alman Hukukunda objektif ihmal teorisinin hâkim olması[601] ve hukukî düzenlemelerin objektif ihmal anlayışına uygunluk göstermesi ise[602] kusur ilkesini zayıflatmaktadır.

---

595 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 19; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 37; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 33.

596 **GÖNÜL KOŞAR**, s. 33.

597 **İMRE**, s. 19; **EREN**, Borçlar Genel s.654; **TİFTİK**, s.88; **ORHUNÖZ**, s.73; **SANLI**, s.99; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 154; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.423; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 131.

598 **İMRE**, s. 19

599 **KOZIOL,** Objektivierung, s.593; **OFTINGER/STARK**, s. 171; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 157-160.

600 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 79; **ATAMER**, s. 20.

601 **KOZIOL**, Objektivierung, s.610. Objektif ihmalin benimsenmesindeki önemli hukuki gerekçelerden birisi giderek artan trafik güvenliği görevlerinin rahatlıkla uygulayabilme düşüncesidir. Ayrıca kusuru ispat yükümlülüğünün mağdurda olmasının ağırlığı objektif teori ile nispeten kolaylaştırılmış bulunmaktadır. Mağdur failin kusurunu objektif kriterlere dayanarak daha kolay ispatlayabilecektir. **FUCHS/PAUKER**, s.5-6.

602 **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 251; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 259-260.

İKİNCİ BÖLÜM

KUSUR İLKESİYLE HAKSIZ FİİLİN UNSURLARININ BAĞLANTILARININ İNCELENMESİ, KUSUR İLE SEBEBİYET İLKELERİNİN SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ, KUSUR İLKESİNİ DESTEKLEYEN HUKUKİ GEREKÇELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ, KUSUR İLKESİNİN TEMELLERİNİN VE HUKUKİ GEREKÇELERİNİN ELEŞTİRİSİ, KUSUR İLKESİ ALEYHİNE İLERİ SÜRÜLEN HUKUKÎ GEREKÇELER

§ 1. KUSUR İLKESİYLE HAKSIZ FİİLİN UNSURLARININ BAĞLANTILARININ İNCELENMESİ

Unsurları beraberce gerçekleştiğinde haksız fiile sorumluluk bağlanmaktadır. Bu sebeple söz konusu unsurların ne zaman hangi şartlarla gerçekleştiği önem arz eder. Haksız fiilin unsurları teorik ve birbiriyle karışmaya uygun yapıda oldukları için ne zaman hangi şartlarda ortaya çıktıklarını tespit etmek ve birbirlerine karıştırmadan ortaya koymak da son derece önemli bir husustur. Bir unsura ilişkin kabul edilecek farklı teoriler hem o unsuru hem de o unsurla bağlantısı kurulacak diğer unsurun kapsamını etkiler. Böylece sorumluluk anlayışı da zincirleme olarak değişmektedir. Örneğin sonradan tahmine dayalı bir uygun illiyet anlayışının kabul edilmesi ile kusurun oluştuğu her yerde illiyet bağı da oluşacağı için illiyet bağı unsuru pratikte sorumluluktan kalkmakta sorumluluğu kusur unsuru kurmaktadır. Benzer şekilde hukuka aykırı davranış teorisinin kabul edilmesi ile kusur-hukuka aykırılık sınırı hukuka aykırılık unsuru lehine bir yandan genişlerken, hukuka aykırılığın ve buna bağlı olarak kusurun ortaya çıkabileceği alan diğer yandan daralmaktadır. Hukuka aykırı davranış teorisi diğer taraftan adeta davranış unsuruna bağlanarak onunla iç içe geçer. Böylece davranış olmaksızın hukuka aykırılığın ortaya çıkması engellenir ki bu da kusursuz sorumluluğun karakteristiğidir. Davranışın oluşup oluşmadığı araştırılırken, davranış iradesine bakılacaktır ki bu da kusura benzetilebilen bir kavramdır[603]. Kusurun davranış mı irade mi olduğu da tartışmalıdır[604]. Bu ve benzeri

---

603 **FIKENTSCHER**, s. 717-718; **EREN**, Borçlar Genel, s. 585.

604 **SCHWARZ**, Borçlar, s. 108; **WIDMER**, s. 170; **VON TUHR/PETER**, s.430; **KELLER**, s. 115.

örnekler çoğaltılabilir. Sorumluluğa ait bir unsura ilişkin teorik yaklaşım böylece zincirleme olarak tüm sorumluluk anlayışına etki etmektedir.

Bu noktada haksız fiile ilişkin her bir unsurun kusur unsuruna ve kusur ilkesine nasıl etki edeceğini ortaya koymak önemlidir. Haksız fiilin her bir unsurunun, kusur unsuruyla aslında sistematik bir bağlantısı vardır. Dolayısıyla her bir unsura ilişkin farklı yaklaşımlar doğrudan ya da dolaylı olarak ya kusur ilkesini güçlendirmekte ya da onu zayıflatarak sorumluluğu sebep sorumluluğuna doğru yaklaştırmaktadır. Bu ilişkilerin incelenerek ortaya konulması kusur ilkesinin daha iyi anlaşılmasına ve ideal hukuk bakımından kusur ilkesi güçlendirilmek veya zayıflatılmak isteniyorsa bunun hangi unsurları nasıl kullanarak yapılabileceğine ilişkin yol gösterici olacaktır.

I. KUSUR İLKESİ VE DAVRANIŞ

Davranış hukuk kuralının konusu olup[605] haksız fiil kavramının unsurlarından birisidir[606]. Haksız fiil kavramındaki fiil kelimesi davranış unsurunu ifade etmektedir. İşte kusur sorumluluğunda davranış haksız fiil olgusuna ismini veren ve onun temel ögesini[607] oluşturacak kadar onunla alakadar bir unsurdur. Zira sorumluluğu gerektiren zararın faile atfedilebilmesinin en temel yolu zararın failin davranışına isnadı iledir[608]. Teknik açıdan bu dikkat çekici bir durumdur. Zarar doğrudan veya başka yollarla faile atfedilmemekte, zarar failin davranışı yoluyla faile atfedilmektedir. Zarar ile fail arasındaki sorumluluk bağlantısı mutlaka failin davranışı yoluyla olmaktadır. Bu ise kusur ilkesinin karakteristiğidir[609]. Kusur ilkesi davranış kavramını fail ile zarar arasındaki bağı kurmakta mutlak bir yol olarak kabul etmiştir. Zira kusur ilkesi sorumluluğu kusura bağlamıştır ve kusur ancak iradeye dayanan bir davranış tarzı ile ortaya çıkmaktadır. Kusursuz sorumluluk ise davranış olmaksızın gerçekleşebilmektedir[610]. Zira kusur aranmadığı sürece zararı faile atfetmek illaki

---

605 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.62.

606 **UYGUR**, s. 398; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.61; **ERİŞGİN**, Medeni, s.95; **STRICKLER**, s. 12; **VITO**, s.72; **FIKENTSCHER**, s. 280; **KELLER**, s. 132.

607 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 12-13.

608 BGB § 823'de düzenlenen haksız fiil sorumluluğu bakımından davranış unsurunun detaylı incelemesi için Bkz. **LARENZ/CANARIS**, s. 361 vd.; **FÖRSTER**, s. 330 vd.

609 **KORKMAZ**, s.90, s.95.

610 **TUNÇOMAĞ**, s. 272; **İNAN/YÜCEL**, s. 379; Davranış dar anlamda bir insan davranışı olarak anlaşıldığında kusursuz sorumluluk hallerinin davranış olmaksızın da gerçekleşebildiği görülür. Mesela bir nükleer santralin hiçbir insan davranışına bağlanamayan bir sebeple sızıntı yapması durumunda davranış unsurundan söz edilmez.

doğrudan bir davranışın varlığını gerektirmez. Çok daha geniş bir çerçevede zarar ile failin şahsiyeti arasında bağlantı kurulabilir[611].

Kusur ilkesi ile davranış unsuru arasında ilk bakışta fark edilemese de ilke tahlil edildiğinde teknik ve kuvvetli bağların olduğu görülür. Tespitlerimize göre kusur ilkesi ile davranış unsuru arasındaki birinci teknik bağ yukarıda bahsedildiği üzere zararın davranış üzerinden faile atfedilmesidir. İkincisi kusurun somutlaşabilmesinin ancak bir davranışla mümkün olmasındadır ki objektif kusur anlayışında kusur davranış unsuru içerisinde erimeye başlamaktadır[612]. Üçüncüsü ise kusur ilkesinin failin davranışının şahsileştirilmesinde, fiilin fail ile manevi bağının kurulmasında, kusuru şart koşmasıdır. Kusuru olmayan failin davranışı her ne kadar failden sadır olmuşsa da fiil şahsileşmez ve faile atfedilmez. Böylece kusur ilkesine göre, failin davranışı var olsa da kusuru yok diye davranışının sonuçlarına katlanması da kendisinden beklenmemelidir. Zira o davranış adeta manevi bir bağ ile artık faile atfedilememektedir. Böylece kusur ilkesi zararı faile atfetmekte davranışı şart koştuğu gibi, davranışı faile atfetmekte de kusuru şart koşmaktadır.

Haksız fiillerde davranış kavramının varlığı ya da yokluğu genellikle net olur. Ancak davranış kavramı hem kusur kavramı ve kusur ilkesiyle bağlantısı açısından, hem de içinde davranış iradesi gibi kusur benzeri bir kavramı içinde bulundurmasından dolayı varlığı her zaman aynı açıklıkta tespit edilemez. Hareketsizlik içeren menfi davranış kavramının varlığı da bu tespiti iyice güçleştirmektedir. Dolayısıyla davranış kavramının varlığı tartışmalar içeren metodik bir inceleme neticesinde tespit edilebilir[613]. Bu tartışmalar ise davranışın unsurları ve menfi davranışın sorumluluğu doğurması hususlarında yoğunlaşmaktadır.

---

611 Haksız fiil mahiyetinde olduğu kabul edilen kusursuz sorumluluk halleri de hem TBK'da hem de başka kanunlarda düzenlenmiştir. Kusursuz sorumluluk bir başkasının hukuk alanında haksız bir zarara doğrudan veya dolaylı olarak sebep olan kimsenin, sırf buna sebep olmasından dolayı sorumlu tutulmasını ifade etmektedir. Kusursuz sorumluluk halleri kusur ilkesinin bir istisnası niteliğindeki özel düzenlemelerdir. Kusursuz sorumluluk ortaya haksız bir zararın çıkmasına neden olmak yönüyle doktrinde mahiyeti itibarıyla haksız fiil olarak değerlendirilmektedir. Ancak kusursuz sorumluluk haksız fiilden farklı olarak her zaman bir davranış neticesinde gerçekleşmemekte, failin mülkiyetiyle, menfaatiyle, oluşturduğu tehlikeyle şahıs ya da eşya üzerindeki hâkimiyetiyle gerçekleşen zararlardan dolayı da ortaya çıkabilmektedir. Böylece kusur ilkesinden, kusursuz sorumluluğa doğru geçişte, davranış unsuru yerini yavaş yavaş davranış olmasa da herhangi şekilde sebep olmaya bırakmaktadır.

612 **KORKMAZ**, s.86, s. 90-91.

613 **FIKENTSCHER**, s. 717.

A) Davranış Kavramı ve Unsurları

Davranış bir şeyi yapmak veya yapmamaktan ibaret, iradeye dayanan hareket tarzıdır[614]. Diğer bir tanımla davranış dış dünyada değişikliğe sebep olan bilinçli bir iradeye dayanan insan fiilidir ki failin hareketiyle veya hareketsiz kalmasıyla icra edilebilir. Her iki tanımda da belirtildiği üzere davranışın iki unsuru vardır. Bunlar dış dünyada değişikliğe sebep olmak ve iradeye istinat etmektir[615]. Birincisine davranışın maddi unsuru, ikincisine manevi unsuru denilmektedir[616].

Davranışın maddi unsuru failin vücut hareketinden ibarettir. Hayvan davranışları[617] ya da doğa olayları haksız davranış sayılmazlar[618]. Vücut hareketine dönüşmemiş olan kişinin iç alemindeki düşünce, tasavvur, duygu ve sâikler davranış olarak nitelendirilmemektedir[619]. Davranışın gerçekleşmesi için fiili bir hareket, dış dünyada fiili bir tasarruf gerekmektedir ki bu davranışın maddi unsurunu oluşturur. Manevi unsur ise söz konusu davranışın bilinçli bir iradeye dayanmasıdır[620]. Şu halde maddi unsur fiili, manevi unsur bir çeşit iradeyi ifade etmektedir. O halde davranış kısa bir tanımla kişilerin iradî fiilleri olarak ifade edilebilir.

1) Davranışın Unsurlarının Kusur İlkesi Bağlamında İncelenmesi

Davranış haksız fiilin önemli bir unsurudur. Davranış kavramının kusurla olan irtibatının ortaya konulabilmesi için davranışın unsurlarıyla kusur ilkesinin teknik bir incelemesinin yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda aşağıda davranışın maddi ve manevi unsurlarının kusur ilkesiyle bağlantıları tespit edilmiştir.

---

614 **FÖRSTER**, s. 330; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 12; **EREN**, Borçlar Genel, s.585; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 137; **FIKENTSCHER**, s.717; **ERİŞGİN**, Medeni, s.95.

615 **KESİCİ**, s.40.

616 **EREN**, Borçlar Genel, s. 585; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 206.

617 Türk Borçlar Kanunu 67. maddede düzenlenen hayvan bulunduranın sorumluluğu objektif özen ödevinin ihlâline dayanır. Kanun koyucu kişilere hâkimiyetleri altındaki hayvanların zarar ortaya çıkarmaması için objektif bir özen yükümlüğü yüklemiştir. Dolayısıyla bir hayvanı zapt etmesi gerektiği halde bunu yapmayarak hayvanının bir zarara sebep olması halinde hayvan tutucusu sorumlu olur. Hayvan tutucusunun sorumluluğu için bir hayvan hareketi olması zorunludur. Bkz. **YÜCE**, s. 394; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 160; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 354 vd.; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.580; Ancak bu bir kusursuz sorumluluk halidir. Kusursuz sorumluluk hallerinin kendilerine has özel şartları olabilir. Alman Medeni Kanunu § 833 Abs1 Sa.2 de düzenlenen hayvan tutucusunun sorumluluğu da objektif özen ödevinin ihlâline dayanmaktadır. Yine BGB § 834'de düzenlenen hayvan bakıcısının sorumluluğu da özen yükümlülüğüne dayanmaktadır. **SCHULZE**, s. 1284; **FÖRSTER**, s. 350.

618 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.62.

619 **EREN**, Borçlar Genel, s. 585.

620 **EREN**, Borçlar Genel, s. 585; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 12; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.64; **BRÜGGEMEIER**, s. 23; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

a) Maddi Unsur ve Kusur İlkesi

Davranışın maddi unsuru dış dünyadaki bir fiilden ibarettir. Bu fiilin bedenen icra edilmiş olması bunun gerçekleşmesi için yeterlidir. Hukuka aykırı olarak verilmiş zarar, doğrudan maddi unsur olan fiille irtibatlıdır. Manevi unsurun zararla doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır. Davranışın maddi unsuru olan hareket, iradeyle olsun-olmasın zarara yol açmıştır. Davranışın maddi unsurunu dışa yansıyan bedenî hareketler oluşturmaktadır[621].

Davranışın maddi unsurunun yalnız başına gerçekleşmiş olması sorumluluğun doğmasında kusur ilkesi ve sebebiyet ilkesi açısından farklı sonuçlar verir. Kusur ilkesi anlayışına bağlı haksız fiil sorumluluğu davranış unsurunu sorumluluğun bir şartı olarak değerlendirdiği için ve davranışın maddi unsuru tek başına davranış unsurunu oluşturmadığından salt maddi fiilden sorumluluk da söz konusu olmaz. Mesela refleksle yapılan bir hareket sonucu bir zarar ortaya çıksa kusur ilkesi açısından failin kusuru olmadığı gibi davranışı da[622] bulunmamaktadır.

Sebebiyet ilkesi zarar faile isnat edilebiliyorsa sorumluluğu kabul etmiş ve davranış unsurunu aramamıştır. Bu nedenle sebebiyet ilkesine göre davranış sorumluluğun bir şartı değildir. Sebebiyet ilkesi ve buna bağlı olarak kusursuz sorumluluk halleri sorumluluğa zararı doğuran olay ile zarar arasındaki illiyet bağı noktasından yaklaşmaktadır[623]. Bu ilkeye göre failin zararı ortaya çıkartması, buna sebep olması sorumluluk için yeterlidir. Zarar failin davranışı, mülkiyeti, hâkimiyeti veya benzeri yollarla faile atfedilebilen bir şekilde de ortaya çıkmış olabilir. Farklı yollarla ortaya çıkmış bulunan zararın faile atfedilmesine sebebiyet ilkesi olanak vermektedir. Bunlardan birisi de failin davranışıdır. Sebebiyete göre oluşan sorumluluk dairesi kusur ilkesi sorumluluk dairesini de kapsadığı için davranış ile sebep olunan her zarar sebebiyet ilkesine göre evleviyetle failin sorumluluğunu gerektirmektedir. Kusursuz sorumlulukta kural olarak davranışın aranmaması

621 **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 206.

622 **FIKENTSCHER**, s.717; **FÖRSTER**, s. 330-331; **LARENZ/CANARIS**, s. 361; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722; Bununla ilgili Alman Federal Mahkemesinin bilinçli olmaksızın kendisini korumak amacıyla refleksle verilen bir zarardan failin davranışı olmaması sebebiyle sorumlu olmayacağı hususunda bir kararı vardır (BGHZ 39,103). Bkz. **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 247; Alman Federal Mahkemesi refleksle değil kendini savunmak amacıyla da olsa iradeye dayanan ani bir hareketin davranış olduğuna hükmetmiştir (BGH 68,175); **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 247; Refleksle yapılan beden hareketlerinin BGB § 823'e göre sorumluluk doğurmazlar. En azından kontrol edilebilir bir davranış yapılması veya menfi davranışla yapılmaması gerekir. **KROPHOLLER**, s.595; **FÖRSTER**, s. 330-331.

623 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **TUNÇOMAĞ**, s. 287.

davranışla ortaya çıkan zararlardan sebebiyet ilkesine göre sorumluluğun doğmasına engel değildir. Yoksa sebebiyet ilkesinin mahiyeti davranışla meydana gelen zararlardan faili sorumlu tutmaya evleviyetle uygundur.

Yukarıda bahsedildiği gibi kusur sorumluluğunda davranış kurucu bir unsurken kusursuz sorumluluk halleri için böyle bir genel kuraldan bahsetmek mümkün değildir. Şu halde davranışın sorumluluğun kurucu unsuru olması kusur ilkesiyle kaimdir. Aslında kusur ve davranışın maddi unsuru olan fiil, mahiyet itibarıyla birbirinden farklı unsurlar olsa da davranış unsurunun kusur ilkesinin karakteristiğine ilişkin olmasının kanaatimizce iki sebebi bulunmaktadır. Birincisi kusurun davranışın üzerinde görünür olabilmesidir[624]. Davranış olmaksızın kusurdan bahsetmek farazi olan kusur kavramını iyice soyutlaştıracaktır. İkinci ve sorumluluğu kurma tekniğine ait olan sebep ise kusur ilkesinin mağdura düşmüş olan zararı yer değiştirmeme ve onu mağdur üzerinde bırakma meylidir. Kusur ilkesi zararı yer değiştirmek ve tazmin yükümlülüğünü faile yükleyebilmek için temel gerekçe olarak ortaya çıkan zararın failin şahsına atfedilebilmesini arar. Failin şahsına atfedilmesi için de kusuru aramak nasıl kusur ilkesinin bir karakteristik özelliği ise davranışı aramak da öyledir. Böylece kusur ilkesine göre davranış ve kusur unsurları zararın faile atfedilmesine olanak verir, bunlar olmaksızın zararı failin şahsına atfetme imkânı yoktur. Bu sebeple failin sorumluluğu da olamaz. Neticede kusur sorumluluğunda davranış unsuru aranmak suretiyle failin sorumluluğu daraltılmış, hareket özgürlüğü genişletilmiş olmaktadır. Geniş hareket özgürlüğü ise kusur ilkesinin karakteristiğidir[625]. Böylece davranışın olmadığı zararlardan sorumluluk için davranışın aranmasıyla failin sorumluluk alanı daraltılmış olmaktadır. Sorumluluğu daraltma meyli de kusur ilkesinin karakteristiğidir.

Sebebiyet ilkesinde failin davranışı ile zarar arasında değil, fail ile zarar arasında bir illiyet bağlantısı araştırılır. Böylece kusursuz sorumlulukta failin sorumluluğu oldukça geniş değerlendirilir. Zarar o kusursuz sorumluluk tipi gereklerine ve özel şartlarına göre faile isnat edilebildiği müddetçe, failin tazmin yükümlülüğüne hükmedilir. Failin davranışı aranmaksızın, fail ile zarar arasında illiyet bağı kurmanın vereceği çok geniş sonuçların[626] daraltılması işlevini kusursuz

624 **KORKMAZ**, s.90.

625 **FUCHS/PAUKER**, s. 2; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER,** s. 2.

626 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 12.

sorumluluk esasları temelinde kusursuz sorumluluğa ilişkin özel şartlar yüklenmektedir. Kusursuz sorumluluk esaslarına bağlı olarak ortaya çıkan kusursuz sorumluluk halinin özel şartları, bağlı olduğu kusursuz sorumluluk esasının mahiyetine uygun olarak şekillenmektedir[627]. Bu şartların kusursuz sorumluluğun oluşması için aranması, fail ile zarar arasında kurulabilecek salt bir illiyet bağı ile çok geniş bir dairede sorumluluğun kurulmasının önüne geçmektedir.

Yukarıda değinildiği üzere kusursuz sorumlulukta sorumluluğun kurulması için davranış aranmamakta ancak salt illiyet bağı da yeterli gelmemekte ilgili kusursuz sorumluluk halinin özel şartları da aranmaktadır. Böylece isnat failin davranışına değil kusursuz sorumluluk halinin özel şartlarını aramak marifetiyle faile yapılmaktadır. Sert bir sebebiyet anlayışındaki sorumluluğun genişliğini yumuşatmak için failin davranışı aranmamış ancak faile isnadı davranış unsuru kadar zorlaştırmayan kusursuz sorumluluk halinin özel şartlarının varlığı aranmıştır. Mesela nükleer faaliyet gösteren bir santralden kendiliğinden husule gelen teknik bir problemden dolayı bir nükleer sızıntı olup tehlike sorumluluğu gerçekleşse burada işletme sahibinin fiilinden söz edilmez. Failin sorumluluğunun sebebi fiili değil, tehlikeli bir işletmeyi işletmesidir[628]. Zararın işletene isnadı için fiili aranmamıştır. Gerçi bu durumda dahi failin tehlikeli işletmeyi kurmak ve işletmek fiilleri söz konusu olsa da fiil ile zararlı sonuç arasında oldukça uzak ve zayıf bir illiyet bağı kurulabilir. Zira sadece nükleer tesis kurup işletmiş olmak zararlı sonucu doğurmak için yeterli bir illiyet oluşturmaz. Bu noktada sorumluluğun davranış unsuru yerine tehlike sorumluluğuna ilişkin özel şart olan tehlikeli bir işletmeyi işletiyor olmak olgusunun gerçekleşmiş olmasına bağlandığı görülmektedir. Zira bu zararın faile isnadı için yeterli görülmüştür. Tehlike sorumluluğunun bu özel şartı ise bir kusursuz sorumluluk esası olan tehlike esasının bünyesine uygun olarak ortaya çıkmıştır. Şu halde kusur sorumluluğundaki davranış unsurunun yerini kusursuz sorumlulukta, dayandığı kusursuz sorumluluk esasının bünyesine uygun olarak ortaya çıkan kusursuz sorumluluk halinin özel şartları almaktadır[629]. Bu özel şartlar ekseriyetle davranış unsuruna kıyasla faile isnadı

627 **KORKMAZ**, s.96.

628 **BÜYÜKSAĞİŞ**, Erdem, Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, DEÜHFD, C. 8, S. 1, Y. 2006, s. 1; **LARENZ**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts Band II Besonderer Teil, 11 Auflage, München 1977, s.617, s.619.

629 Aslında kusursuz sorumluluk hallerinin özel şartları, kusur sorumluluğunda aranan davranış unsurunun yerine ikame edilmemiştir. Ancak teknik olarak zararın faile isnadını kusur ilkesi davranış unsuru marifetiyle yapmaktayken, kusursuz sorumlulukta bunun yerini kusursuz sorumluluğa ilişkin özel şartlar almıştır. Mesela yapı malikinin sorumluluğu için doğrudan bir

kolaylaştırmaktadır. Adam çalıştıranın sorumluluğunda özel şart olarak çalışanın davranışının aranması gibi davranışın aranmasıyla[630], faile isnadın zorlaştırılması da mümkündür. Bütün bu durum değerlendirildiğinde aslında kusursuz sorumluluk hallerinde, kusursuz sorumluluk esaslarının adeta kusur sorumluluğundaki davranış unsurunun yerine geçtiği görülmektedir.

Sebebiyet ilkesi ile failin sorumluluğu daha kolay doğmaktadır. Yukarıda bahsedildiği üzere bu sadece kusurun aranmaması yönüyle değildir. Ayrıca davranış yönünden de bu durum söz konusudur. Davranış olmasa bile kusursuz sorumluluk söz konusu olabilmekteyken davranışın sadece maddi unsurunun gerçekleşmiş olması evleviyetle sorumluluğun doğmasına yetmektedir. Bu durum sebebiyet ilkesinin kusur veya davranışın manevi unsuru gibi iradeye ilişkin kavramları sorumluluk için esas kurucu unsur olarak kabul etmemesinden kaynaklanmaktadır. Sebebiyet ilkesi sonuç odaklı bir teoridir. Ferde ilişkin iradî kavramlara değil ortaya çıkan zarara odaklanmaktadır. Bu bağlamda denilebilir ki kusur ilkesi maddi unsuru sorumluluk için asla yeterli görmemekte ayrıca davranışın manevi unsurunu ve de kusuru aramaktadır. Sebebiyet ilkesi ise kural olarak sorumluluğun doğması için davranışın maddi unsurunu bile aramamakta sonucu faile herhangi bir şekilde atfedebilmeyi yeterli görmektedir.

---

davranış aranmaz. Ancak bu sorumluluk tipinin gerçekleşmesi için bir yapı eseri maliki olmalı, yapı eserinin yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik olmalı ve zarar bundan dolayı ortaya çıkmalıdır. Tehlike sorumluluğu için özel şartlar ise zarar, hukuka aykırılık, uygun illiyet bağı genel şartları haricinde önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme veya faaliyet söz konusu olmalı ve söz konusu tehlike uzman kişilerce gösterilecek özen ve bakımla bile dahi tam olarak engellenemez nitelikte olmalıdır. Söz konusu özel şartlar sorumluluğu kurma tekniği bakımından hem kusur unsurunun hem de dolaylı olarak adeta davranış unsurunun yerine ikâme olmuşlardır; Bir yargıtay kararında da tehlike sorumluluğunda davranışın sonuç unsuruyla beraber değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla ifade edilmek istenilen tehlike oluşturma olgusu gerçekleştirildi ve sonuç gerçekleştiyse aslında davranışın da gerçekleştiğidir. Gerçekte tehlike sorumluluğunda davranış unsuru aranmamaktadır, davranış gizli olarak tehlike oluşturma olgusu içerisindedir ve tehlike oluşturma olgusu da illiyet bağıyla sonuca bağlanabiliyorsa sorumluluk gerçekleşmektedir. Böylece davranış ile sonuç unsuru arasında bağlantı kurulabilir. Yargıtay kararında ifade edilmek istenen husus da aslında budur. Anılan karara göre: *"...Davalı şirket, bölgede elektrik enerjisinin dağıtımını yerine getirmektedir. Bu faaliyet, varlığı ve niteliği itibariyle bir tehlike ve dolayısı ile zarar ihtimali taşıdığından, davalı şirketin sorumluluğu, bir sebep sorumluluğu olan kusursuz (objektif) sorumluluktur. Bu sorumluluk türü tehlike sorumluluğu olarak da isimlendirilmekte olup, sorumluluk türlerinin en ağırını oluşturur. Burada tehlikeli nesne veya işletme ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması sorumluluk için gerekli olup hareket unsurunu haksız fiilin sonuç unsuruyla birlikte değerlendirmek gerekir (Doç. Dr. A. Akartepe TBK. Haksız fiilden doğan borç ilişkileri - Prof Dr. Pierre Tercier sorumluluk hukuku S. Özdemir çevirisi. 1983 Sh. 12-14)..."* Yargıtay 3. HD, 28.10.2015 T. 2014/20887 E. 2015/16846 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021)

630 **EREN**, Borçlar Genel, s.704.

b) Manevi Unsur ve Kusur İlkesi

Davranışın manevi unsurunun teknik işlevi aslında davranışın faile atfedilmesindedir. Kusur ilkesinde zarar faile onun bedeni hareketi yoluyla atfedilmektedir[631]. Failin bedeni hareketinin faile atfedilmesinde ise manevi unsur olan iradîliğe müracaat edilmektedir. Zarar davranış yoluyla atfediliyorsa, davranışın da faile atfedilebilinmesi gerekir. İşte bu işlevi davranışın manevi unsuru olan iradîlik yerine getirmektedir.

Kusur ilkesi davranışın manevi unsuru üzerine adeta kilitlenmiştir. Kusur ilkesine göre manevi unsur gerçekleşmediği sürece davranışta gerçekleşemez. Zira bedeni hareket faile atfedilemez. Böylece sorumlulukta söz konusu olamaz. Bu itibarla kusurun manevi unsuru olan iradîlik, haksız fiilde kusur ilkesinin uygulanmasına alt yapı hazırlamaktadır.

Davranışın manevi unsuru olan iradilîk kavramına bağlı bir sorumluluk anlayışı başlı başına sorumluluğu sebebiyet ilkesinden ve kusursuz sorumluluktan uzaklaştırmakta ve kusur ilkesine yakınlaştırmaktadır. Bunun teknik nedeni sebebiyet ilkesinin kişiye zararı atfetmek için kişinin davranışının maddi unsuru olan bedeni hareketinin varlığını bile çoğu zaman aramazken, manevi unsuru evleviyetle aramamasıdır[632]. Kişiye zararın nispet edilmesinde davranışın maddi unsurunun aranması birinci basamak olup bu nispeti zorlaştırıyorsa, davranışın manevi unsuru ikinci basamak olup bu nispeti daha da zorlaştırmaktadır. Sebebiyet ilkesi ise kural olarak sorumluluk için her ikisini de aramamaktadır[633].

Kusurun zararla doğrudan bir bağlantısı olmaması gibi davranışın manevi unsurunun zararla doğrudan bir bağlantısı olmaması da manevi unsurla, kusur ilkesinin uyumuna işaret eder. Zira sebebiyet ilkesi yapı olarak zararın doğrudan sebebiyle

631 **KORKMAZ**, s.95.

632 Bir davranışın arandığı adam çalıştıranın sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk halleri bu durumdan müstesnâdır.

633 Davranışın zararlı sonucu doğurması için manevi unsurun varlığına ihtiyaç bulunmamaktadır. Somut olayda bir davranış söz konusu ise zararlı sonuca iradeyle olsun olmasın davranışın maddi unsuru bedeni hareket yol açmıştır. Bu hususta manevi unsurun doğrudan bir etkisi yoktur. Esas ve doğrudan etken maddi sebeplerdir. Bu ise davranışın maddi unsuru olan bedeni harekettir. Sebebiyet ilkesi de sorumluluğun tayininde metot olarak zarara doğrudan sebep olan hususu esas aldığı için davranışın maddi unsuruyla bir çeşit uyum içindedir. Hatta sebebiyet ilkesi genel prensip olarak daha ileri giderek zararın faile isnadını yeterli görür ve bedeni hareketi dahi aramayabilir. Ancak bedeni bir hareket zarara yol açmışsa sebebiyet ilkesine göre artık faile isnat mümkün hale gelmiştir. Bu sebeple iradî olmasa bile sadece davranışın maddi unsurundan sorumluluğun doğması sebebiyet ilkesinin yapısına uygun düşmekte ve kusursuz sorumluluk hallerinde bu durum mümkün olabilmektedir.

ilgilenmektedir. Ayrıca davranışın manevi unsurunun tamamen irade kavramından oluşması yönüyle de kusurla benzerlik arz eder. Şu halde davranışın manevi unsuru aslında kusur ilkesinin karakteristiğini oluşturan, onun bir tamamlayıcısı ve bir gereği olarak kabul edilmelidir.

Davranışın manevi unsuru olan iradîliğin kusur ilkesiyle bağlantılı olduğuna yukarıda değinildi. Söz konusu iradîlik kavramı kusur ilkesiyle paralel sonuç vermesinin yanı sıra ayrıca kusur kavramına da benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla davranışın manevi unsuru olan iradenin mahiyetinin ne olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. İradîlik unsurunu kusura ziyadesiyle yaklaştıran bir görüşe göre iradeden anlaşılması gereken, failin fiilinin zararlı sonuçlarını da öngörmesidir[634]. Bu görüşe göre irade sadece hareketin icra edilmesine yönelik bir manevi kuvvet değildir. Failin ayrıca söz konusu fiil neticesinde zararlı sonucun gerçekleşebileceğine ilişkin şuurunun da olması gerekir. Failin bu hareketin zararlı sonuçlarını da öngörmüş, göz önünde tutmuş, zihninde icra edeceği hareketle ortaya çıkacak sonuç arasında tasavvur olarak bir illiyet bağı kurmuş olması gerekir. Böylece davranışın sonuçları hakkında adeta kastı veya ihmali gerçekleşmiş olur. Zira hukuk, haksız fiil açısından davranıştaki kast ve ihmali değerlendirir. Ayrıca kişinin davranışından sorumlu tutulması noktasında davranışının hukuka aykırı bir sonuca yönelik olması nasıl önemliyse davranışıyla zihninde neyi kurguladığı da önemli olmalıdır. Failin davranışı neticesinde ortaya çıkabilecek tüm zararları öngöremeyeceği açıktır. Bu noktada teori normatif bir daire çizerek hareket ile ihlâl edilen kanun maddesinin koruma amacını gözetmektedir[635]. Mesela A'nın dükkanına ateş açıp ve A'yı yaralamayı düşünen kimse içerideki başka kişileri yaralamayı tasavvur etmemiş zihnine getirmemiş olsa bile davranışıyla ihlâl ettiği normun koruma amacı dahilinde[636] başka zararlar da ortaya çıkarmıştır[637]. Bu sebeple söz konusu davranışa yönelik, davranış iradesi de vardır.

Ancak davranışın iradesi için zararlı sonucu öngörmeyi arayan görüşün davranıştaki irade unsurunu kusur unsuruyla karıştırdığı ileri sürülmektedir[638]. Zira kusurun gerçekleşebilmesi için de failin fiilinin olası zararlı sonuçları hakkında bir

634 **FIKENTSCHER**, s. 717
635 **FIKENTSCHER**, s. 717-718.
636 Normun koruma amacının belirlenmesi hakkında detaylı bilgi için Bkz. **VITO**, s. 20 vd.
637 **FIKENTSCHER**, s. 717-718.
638 **EREN**, Borçlar Genel, s. 585.

şuurunun olması kendisinden beklenebilmelidir. Failin fiiliyle fiilinin olası sonucu arasında tasavvurunda bir illiyet bağı kurabilecek pozisyonda olması gerekmektedir. Öngörü ve tahmin kusura ait unsurlardır[639]. Şu halde söz konusu görüş, kusur unsurunu davranıştaki iradîlik unsurunun içerisinde aramaktadır. Bu teorinin kabul edilmesi halinde davranış ancak kusurluysa davranış sayılmak gerekecektir ki haksız fiilde kusur unsurunu ayrıca aramaya ihtiyaç kalmayacaktır.

Davranışın iradîlik unsurunun söz konusu görüşle izah edilmesi kusur ilkesi açısından da genişletici bir sonuç verir ve kusur ilkesini sebebiyet sorumluluğundan iyice uzaklaştırır. Zira haksız fiile sebep olan fiilin davranış olarak kabul edilebilmesi zorlaşır. Bu da sorumluluğun doğmasını zorlaştırır[640]. Daha teknik bir ifadeyle kusur ilkesinde kusur nasıl ki failin davranışını şahsileştirmekte ve davranışın failin şahsına atfedilmesine olanak vermekteyse söz konusu davranış iradesi teorisinin kabulüyle tahmin ve öngörü failin davranışının kendisine atfedilmesi işlevini üstlenecektir. Böylece tahmin ve öngörü yoksa kusur yoksa failin davranışı da olmayacaktır. Davranışın olduğuna hükmedilseydi dahi kusur olmadığı için kusur ilkesi gereği bu sefer davranış şahsileşmeyecek ve davranışla meydana gelen zarar faile nispet edilemeyecekti. Böylece söz konusu teori kusur ilkesini kuvvetlendirmektedir.

---

639 **EREN**, İlliyet, s. 39; **OFTINGER/STARK**, s. 115; **WIDMER**, s. 159; **CARTIER**, s. 155; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96.

640 Davranışın manevi unsurunu davranışın zararlı sonucunun öngörülmesiyle ve öngörülmesinin gerekmesiyle izah eden bu teori, kusur için kabul ettiği teoriden farklı bir anlayış içine girerse sorumluluğun doğmasını kusur ilkesine göre dahi daha çok zorlaştırması teorik olarak mümkündür. Bu durum davranıştaki öngörü için subjektif, kusur (ihmal) anlayışında ise sert ve katı bir objektif anlayış olması durumunda söz konusu olabilir. Bu ise kusur ilkesinin sorumluluğu sınırlama işlevinin kusur unsuru haricinde genişletilmesi sonucunu verir. Şayet davranışın iradîlik unsuruna ilişkin öngörü gereksiniminin derecesi hafif ihmaldeki öngörü gereksiniminin aynısıyla açıklanırsa bu halde kusur unsuru olduğu gibi davranış unsurunun içerisine taşınmış olur. Bu durumda hafif ihmalin tespitine ilişkin olan teorilerin de davranışın iradîlik unsuruna taşınması gerekir. Neticede bu fikrin kusur unsurunu davranışın manevi unsuru içerisine taşıdığı onunla karıştırdığı görülmektedir. **EREN**, Borçlar Genel, s. 585; Davranıştaki iradîlik unsurunda aranan öngörü kusurda aranan öngörüden belirgin bir şekilde daha zayıf bir öngörü olarak kabul edilirse dahi teori işlevsel görünmemektedir. Zira bu takdirde kusur gerçekleşirse davranıştaki iradîlik için aranan öngörü zaten gerçekleşmiş olur ve sorumluluk doğar. Kusur gerçekleşmemişse davranış gerçekleşse dahi sorumluluk söz konusu olmaz. Ancak bu ihtimalde davranış unsurunun arandığı kusursuz sorumluluk durumları için küçük bir işlev alanı görünmektedir. Fakat bu durumda da kusursuz sorumluluk içerisinde davranış unsurunu kullanarak gizli bir kusur unsuru yerleştirilmiş olur ki bu da kusursuz sorumluluğun mahiyetiyle bağdaşmaz.
Davranış kusursuz sorumluluk hallerinde genel bir unsur değildir. Bkz. **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.9; Ancak bazı kusursuz sorumluluk hallerinde davranış da aranabilmektedir. Mesela adam çalıştıranın sorumluluğunda, ortaya çıkan zarardan sorumluluğun söz konusu olması için yardımcı kişinin (müsdahdemin) işi görürken hukuka aykırı bir davranışta bulunmuş olması gerekmektedir. Bkz. **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 158.

Davranışın manevi unsurunu izah eden başka bir görüşe göre iradîlik, fiilin failin denetim ve yönetimi altında bulunmasını ifade eder. Bu görüşe göre davranış iradesinden maksat fiilin fail tarafından yönlendirilmiş olması ve failin fiilini ortaya çıkartmasına egemen halde bulunmasıdır[641]. Kişinin davranışının kendi iradesinin sonucunda gerçekleşmiş olması aranır. Fakat davranışının sonucunda ne gerçekleşeceğine ilişkin bir kast ve şuurunun veya öngörüsünün olması aranmaz[642]. Bu itibarla, irade ürünü olmayan refleks sebebiyle veya uyku ve bilinç kaybı anında yapılan hareketler iradeye dayanmadıkları için insan davranışı sayılmazlar[643]. Bu anlayışın kusur ilkesinin bünyesine de uygun düştüğü görülmektedir. Zira bu görüş hem davranışla ilgili bir öngörü aramayarak bunu kusur unsuruna terk etmekte hem de iradeye dayanmayan refleks gibi fiilleri davranış kabul etmemekle[644] sebebiyet ilkesinden uzaklaşmaktadır.

Davranışın manevi unsurunu failin fiilini yönlendirmesini ve ortaya çıkartmasına egemen halde bulunmasıyla izah eden görüşe katılıyoruz. Bu görüş davranışın manevi unsuru olan iradeyi daha basit ve aslından uzaklaşmadan ve kusurla karıştırmadan izah etmiştir. Ancak manevi unsur için öngörü ve tahmin aranmasa, failin fiilini yönlendirmekteki iradesiyle açıklansa dahi davranışın manevi unsuru, kusur benzeri bir kavramdır. Zira bir zarara hiç iradesi olmaksızın salt sebep olmak ile kusursuz olsa bile iradesiyle yaptığı bir fiil ile sebep olmak tam olarak aynı değildir. Kusurlu kusursuz ayrımı kadar net bir fark olmasa da iki durum arasında belirgin bir fark vardır. Mesela ormanda yürüyüş yapan bir kimsenin yaprakların altına gizlenmiş bir kimseyi görmeyerek ezmesi ile uyurken hiçbir iradesi olmaksızın yataktan bir başkasının üstüne düşen kimsenin durumu bir değildir. Her ikisi de kusursuz olsa da yürüyen kimsenin zarar verici fiile ilişkin bir iradesi mevcuttur, bir davranışı vardır. Yataktan düşen kimsenin ise zarar verici fiile ilişkin bir iradesi dahi yoktur. Bu sebeple yataktan düşen kimsenin kusuru olmadığı gibi davranışın manevi unsuru gerçekleşmediği için teknik olarak davranışı da yoktur. Faillerin durumları belirli bir

641 **EREN**, Borçlar Genel, s. 585; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.64; **BRÜGGEMEIER**, s. 23; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

642 **LARENZ/CANARIS**, s. 361.

643 **EREN**, Borçlar Genel, s.585; **FIKENTSCHER**, s. 717; **LARENZ/CANARIS**, s. 361; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722; Ceza Hukukundaki fiil kavramı açısından da irade ürünü olmayan davranışlar fiil vasfını taşımazlar. Bkz. **KOCA/ ÜZÜLMEZ**, s. 298.

644 **LARENZ/CANARIS**, s. 361; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722; Davranış iradesinde zararlı sonuçları öngörmeyi de bir unsur olarak arayan yukarıda bahsi geçen diğer görüş için de refleks gibi bedeni hareketler evleviyetle davranış sayılmazlar. **FIKENTSCHER**, s.717.

fark arz ettiği halde kusur ilkesine göre her ikisinin de kusuru olmadığı için hiçbir sorumlulukları da olmayacaktır. Halbuki iki failin durumları arasında irade açısından bir farkın olması sorumluluk açısından da bir farkın olması gerektiğini akla getirir. Kusur ilkesi bu yönden irade açısından eşit olmayanlar arasında sorumluluk yönünden bir eşitlik tesis etmiştir.

Yukarıdaki örnekte kusur ilkesine göre her iki failde sorumsuz iken sebebiyet ilkesine göre ortaya çıkan zarar bakımından her iki failde sorumludur. Ancak kusur ilkesi açısından davranışın manevi unsuruyla beraber verilen zararlar sistematik olarak kusursuz olarak verilen zararlardan ayrılırsa ve davranışın manevi unsuru çok hafif bir kusur mertebesinde kabul edilirse zararın tazminini kusurun derecesiyle dengeleyen Türk, İsviçre[645] hukuklarındaki anlayışla beraber yukarıda bahsedilen iki farklı failin sorumluluğu birbirinden ayrılmış olur. Şunu da belirtmek gerekir ki davranışın manevi unsurunun bir çeşit kusur olarak değerlendirilerek buna sorumluluk bağlanması kusur ilkesini büyük oranda zayıflatacak sonuçlar doğurmaya başlar. Zira bu takdirde refleks, uyurgezerlik, bilinç kaybı gibi haller haricinde davranışların tamamını çok hafifte olsa kusurlu olarak değerlendirmek ve bunlarla meydana gelen zararlar için sorumluluktan bahsetmek gerekecektir. Böylece bu durum davranış ile kusur gibi birbirinden farklı iki kavramın birbiriyle karışması ve kusursuz sayılabilecek birisine tazmin yükümlülüğü yüklenmesi gibi kusur ilkesi bakımından kabul edilmesi güç problemleri de beraberinde getirecektir. Ancak bu iki kavramı birbirinden ayırmak ve davranış masumiyeti açısından ayrı pozisyonlardaki kimseleri aynı hükme tabi tutmak ne kadar doğru olur sorusuna da tatmin edici bir cevap vermek gerekir.

Aynı sorunu sebebiyet ilkesiyle çözmek ilkeyle çatışan bir durum ortaya çıkartmaz. Zira bu ilkeye göre kusurlu olana da olmayana da tazmin yükümlülüğü yüklemek ilkenin mahiyetine uygundur. Sebebiyet ilkesi kusursuz olarak sorumluluğu tespit etse de ilkenin mahiyeti kusurun derecesini, sorumluluğun ağırlığının tayininde kullanmaya müsaittir[646].

---

645 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.78; **KOÇHİSARLIOĞLU**, Ayırt Etme, s.5; **İMRE**, s. 19.

646 Kusursuz sorumlulukta ek kusurun ağırlığı, zarar görenin kusurunun ağırlığıyla bir denge içerisinde nötralize etkisi gösterecektir. Ayrıca kusurun ağırlığına göre farklı ağırlıkta sorumluluklar belirlemek mümkündür. Mesela sebebiyet ilkesinin kabul edildiği İslâm Hukukunda adam öldürmeye ilişkin ceza ve tazmin müeyyidelerinin belirlenmesinde kusurun ağırlığına bakılmıştır. Bkz. **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 202-205; **KAHVECİ**, s. 209.

2) Müspet ve Menfi Davranış Kavramları

Davranış müspet veya menfi olarak ortaya çıkabilir[647]. Bir fiili gerçekleştirerek aktif bir eylem ile davranış gerçekleşmişse müspet davranıştan bahsedilir. Diğer bir deyişle davranışın bir fiilin cereyanı tarzında ortaya çıkmasını ifade eder. Mesela yumruk atılarak veya zehir verilerek başkasının vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi ya da arabanın trafiğe çıkartılması, veya yürüme, koşma gibi beden hareketine dayanan tüm hareketler müspet davranıştır[648]. Menfi davranış ise yapılması gerekli olan bir hareketin yapılmaması olarak ifade edilebilir[649]. Bu ise insan vücudunun pasif kalmasını, eylemsizliği ifade etmektedir. Diğer bir deyişle davranış bir eylemi yapmayarak pasif bir hal ile gerçekleştirilmişse bu durumda menfi davranış söz konusu olur[650]. Müspet davranış eylemi menfi davranış ise eylemsizliği davranış olarak tanımlamaktadır. Daha teknik bir tabirle hukuka aykırı sonucu gerçekleştirecek bir fiili yapmak müspet davranışı; hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini engelleyecek fiili yapmamak menfi davranışı ifade eder.

a) Müspet Davranış

Davranış kelimesi sözlükte fiil, eylem anlamlarına gelmektedir. Müspet davranış kavramıyla da aslında fiil, eylem kastedilir. Bu itibarla müspet davranış aslında haksız fiillerdeki davranış kavramının tam karşılığını oluşturur. Müspet davranış dış dünyada gözlenebilen bir fiil, bir şey yapmaktır[651]. Bir beden hareketi varsa bu müspet davranışı teşkil eder. Örneğin C'nin attığı tokat ile veya bir kılıç darbesiyle D'nin vücut bütünlüğünü ihlâl etmesi halinde aktif vücut hareketi sebebiyle bu bir müspet davranıştır. Davranışın maddi unsuru müspet davranışı menfi davranıştan ayırmaktadır. Zira maddi unsur olan vücut hareketi olmadığı zaman menfi davranıştan söz edilebilir ancak müspet davranıştan söz edilemez. Kusur sorumluluğunda genellikle müspet davranış söz konusu olmaktadır[652]. Kusursuz sorumluluk hallerinde de bu durum aslında çok farklı değildir. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde davranış genel bir unsur olmasa da sorumluluk sebebini

---

647 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.64; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 12-13; **OFTINGER/STARK**, s. 126.

648 **EREN**, Borçlar Genel, s. 586; **İNAN/YÜCEL**, s. 382; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 13.

649 **FÖRSTER**, s. 331; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 13; **BRÜGGEMEIER**, s. 25.

650 **FIKENTSCHER**, s. 717; **ERİŞGİN**, Medeni, s.95; BGB § 823'de düzenlenen haksız fiil sorumluluğu menfi davranışla gerçekleşebilir. **LARENZ/CANARIS**, s. 364 vd.

651 **EREN**, Borçlar Genel, s. 586; **İNAN/YÜCEL**, s. 382; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 13.

652 **EREN**, Borçlar Genel, s. 586.

doğuran şartlar belki uzak bir illiyetle[653] fakat önemli oranda müspet davranışla ortaya çıkmaktadır.

Haksız fiillerde çoğunlukla müspet davranış söz konusudur. Kusursuz sorumluluk hallerinin gerçekleşmesinde ise istisnaen davranış unsuru aranmaktadır[654]. Bu istisnaî düzenlemelerin çoğunu müspet davranışlar teşkil eder. Örneğin adam çalıştıranın sorumluluğunun (TBK m. 66) bir özel şartı zararın yardımcı kişinin (müstahdem) fiilinden kaynaklanmış olmasıdır[655]. Aile başkanının sorumluluğunda da (TMK m. 369) zararın aile başkanının başkanlığı altında olan birisinin davranışıyla verilmiş olması gerekmektedir[656]. Bunlar ise müspet davranışlardır.

b) Menfi Davranış

Müspet ve menfi davranışlar arasında yapılan bu ayrım davranışın maddi unsuru olan fiil esas alınarak yapılmaktadır. Müspet veya menfi davranış olsun manevi unsur olan iradenin yokluğu halinde davranıştan bahsedilemez. Fiilin varlığına müspet yokluğuna menfi davranış denilmiştir[657]. Ancak her davranış yokluğu menfi davranış olarak kabul edilmez. Kişinin içinde bulunduğu şartlar itibarıyla harekete geçmesinin gerektiği bir durum varsa kişinin bu durumdaki hareketsizliğine menfi davranış denilmiştir[658]. Failin harekete geçmesinin gerekmediği bir halde hareketsizliği davranış teşkil etmezken, harekete geçmesinin gerektiği yerde geçmemesi menfi davranış olarak kabul edilmektedir[659].

Kişinin varlığını devam ettirmesi ve dış dünyadaki varoluş biçimi yönüyle kendisinden bir hareket beklenirken hareketsiz kalması da geniş anlamda düşünüldüğünde bir davranıştır. Şayet bu hareketsiz kalış menfi davranış olarak kabul edilse böyle bir hareketsizlikle zararlı sonuç arasında illiyet bağı nasıl kurulacaktır?

---

653 Kusursuz sorumluluk halleri davranış yerine failin mülkiyeti, ortaya tehlike çıkarması, hâkimiyeti gibi yollarla fail ile zarar arasındaki illiyet bağını araştırır. Kusursuz sorumluluğun gerçekleşmesi için davranış değil bu olgular aranmaktadır. Ancak bütün bu mülkiyet, tehlike, hâkimiyet gibi olguların dahi ortaya çıkmasının temellerinde insan davranışı bulunmaktadır. Böylece kusursuz sorumluluk hallerinde davranış ile zararlı sonuç arasındaki illiyet dolaylı bir hale gelmiş halde bulunmaktadır.

654 **TUNÇOMAĞ**, s. 272; **İNAN/YÜCEL**, s. 379.

655 **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 158.

656 **KOÇANO RODOSLU**, Ev Başkanının Sorumluluğu, AÜHFD, C.63, S. 4, Y. 2014, s.579; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 165 vd.

657 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 13; **OFTINGER/STARK**, s. 126.

658 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 13; **BRÜGGEMEIER**, s. 25; **FÖRSTER**, s. 331.

659 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 13; **FÖRSTER**, s. 331; **STARK**, Ausservertragliches, s.53. Başkalarının çıkarları için genel bir yasal zorunluluk yoktur. Bu ancak haksız fiil hukuku kapsamında düşünülmelidir. Bkz. BGE 118 II 502-506; Bkz. BGE 115 II 15-19.

Aslında ortada menfi davranış ile zarar arasında faraziyete dayanan bir illiyet bağı bulunmaktadır, aslında illiyet bağı yoktur[660]. Gerçekte ortada fiili bir davranış yoktur ki neticesinde zarar ortaya çıkmış olsun[661]. Bu soruların cevabı mahiyetinde doktrinde menfi davranışın zarar verici davranış sayılıp sayılamayacağı tartışılmıştır[662]. Bu tartışmada kapsamında ortaya atılan fikirlerin haksız fiilin unsurlarını farklı bir değerlendirmeye tabi tuttuğu görülmektedir. Bir görüş illiyet bağı unsurunun yokluğuna dayanarak menfi davranışın varlığını reddetmektedir[663]. Diğer bir görüş menfi davranışın varlığını hukuka aykırılık unsurunun[664] varlığına bağlamaktadır[665].

---

660 **BREHM**, s.98; **STARK**, Entlastungsgründe, s34. Mahkeme varsayımsal bir nedensel bağlantıyı kabul etmelidir. Hâkim yaşam deneyimlerine dayanmalı ve olayların gidişatına göre baskın olasılık olduğu zaman bir nedensel bağlantı olduğuna hükmetmelidir. BGE 123 III 155-165.

661 **BREHM**, s. 103.

662 **EREN**, Borçlar Genel, s. 587; **LARENZ/CANARIS**, s. 364 vd.

663 Birinci görüş meseleye illiyet bağı açısından yaklaşmıştır. Bu görüşe göre davranış ancak müspet bir hareketle ortaya çıkabilir, hareketsizlik bir davranış olarak kabul edilemez. Bu görüşün hareket noktası menfi hareketin, zararın ortaya çıkmasındaki sebepler silsilesinin hiçbir parçasını teşkil etmemesidir. Diğer bir deyişle menfi hareket tarzıyla ortaya çıkan zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunmamasıdır. Bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 113-114; **BREHM**, s.98; Bu görüşteki yazarlara göre bir davranıştan bahsedebilmek için failin zararlı sonucu ortaya çıkaran süreci başlatan bir fiilinin bulunması gerekmektedir. Eylemsizlik ile ise illiyet bağı süreci başlamış olamaz. Bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 114; Bu konuda klasik bir örnek olarak yüzme bildiği ve boğulan kimsenin boğulmasını engelleyebilecek olduğu halde, suda boğulan bir kimseyi kurtarmayarak boğulma sonucunun ortaya çıkması verilebilir. İşte bu görüşe göre yardım etmeyen kimsenin kişinin boğulmasında hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Zira denize girmek, yüzme bilmemek, denizin durumu gibi boğulma sonucunu doğuran şartların gerçekleşmesinde, boğulan kimseyi kurtarmayan kimsenin bir dahli bulunmamaktadır. Sorumluluktan bahsedebilmek için boğulmaya sebep olan zorunlu şartlardan herhangi birisine dahil olabilecek herhangi bir hareket, illiyet bağını tesis etmelidir. Mesela fail şahsı denize girmeye teşvik etmiş olsa ya da vücudunda yüzmeyi zorlaştıran bir sakatlığa sebep olmuş olsa bu durumda failin sorumluluğu olmalıdır. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.66; Kanaatimizce burada uygun illiyet değil tabiî illiyet bağı aranmalıdır. Zira fail daha sonra menfi bir davranışla yüzme bilmeyen kişiyi kurtarmayarak fiilini devam ettirmiştir. Salt denize girmeye teşvik etmek uygun illiyet bağı teorisine göre tek başına boğulma neticesini veren bir sebep sayılamaz. Uygun illiyet bağı teorisi kabul edilirse failin sorumluluğunu kabul etmek güçleşir.

664 Tezde bu görüş için normatif görüş ismi kullanılacaktır.

665 İkinci görüş (normatif görüş) ise meseleye hukuka aykırılık unsurundan yaklaşmıştır. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, 69 vd.; **VITO**, s.46; **LARENZ/CANARIS**, s. 365; Normatif yaklaşım sergileyen bu görüşe göre menfi davranıştan bahsedebilmek için söz konusu davranışın hukuk kuralına aykırılığı aranmalıdır. **KELLER**, s. 108; **GUHL**, s. 133; **OFTINGER/STARK**, s. 126; **VITO**, s.46; Hukuk düzeninin yap emrine karşılık failin hareketsiz kalması söz konusu ise menfi davranış gerçekleşmiştir. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.65-66; **TUNÇOMAĞ**, s. 294; **KELLER**, s. 108; **GUHL**, s. 133; Menfi davranışın varlığını zarar gören ispatlamalıdır. **KELLER**, s. 108; **OFTINGER/STARK**, s. 126; Alman hukukunda menfi davranış bazen hukuk kuralıyla yasaklanmaktadır. **BRÜGGEMEIER**, s. 25 vd.; Bu görüş menfi davranışın varlığını hukuka aykırılık kavramına bağlaması yönüyle eleştirilmiştir. **EREN**, Borçlar Genel, s. 587-588. Zira hukuka aykırılık haksız fiilin ayrı bir unsurudur. **VON TUHR/PETER**, s.408; **KELLER**, s. 132; **VITO**, s.72. Bu eleştiriye göre müspet davranışın varlığı nasıl ki hukuka aykırılık unsurundan ayrıca değerlendiriliyorsa menfi davranışın varlığı da hukuka aykırılıktan bağımsızca değerlendirilmelidir. **EREN**, Borçlar Genel, s.588; Tehlike oluşturmak hukukun genel ilkelerine göre bir davranış kuralı ihlâlidir. Bu yönüyle tehlike kaynağından sorumlu olan kişi açısından da menfi davranış oluşmuş olur. **FÖRSTER**, s. 331; *Förster* bu noktada menfi davranışın oluşması için tehlikeyi bundan sorumlu kişinin bizzat oluşturmuş olmasının veya tehlikenin daha sonra ortaya çıkmış olmasının bir önemi olmadığını söylemektedir. Kişinin mülkiyet, özel hukuk

Başka bir görüş de farazi ve mümkün bir davranışın zararla olan illiyet bağını araştırmaktadır[666].

Tüm görüşlerde menfi davranışın varlığının veya sorumluluğa sebep olmasının tespiti hakkında haksız fiilin diğer unsurlarına müracaat edilmektedir. Birincisinde illiyet bağının yokluğuna, ikincisinde hukuka aykırılık kavramına, üçüncüsünde ise farazi bir hareketle sonuç arasındaki illiyet bağının varlığına müracaat edilmiştir. Bunun teknik sebebi menfi hareketle hukuken önem arz eden sonuç arasında doğrudan illiyet bağı kurmanın gerçekten imkânsız olmasıdır[667]. Zira hiçbir fiil söz konusu değildir ki sonuca sebep olmuş olsun. Zararlı sonucu doğuran sebepler silsilesi içerisinde gerçekten menfi davranışın bir etkisi bulunmamaktadır. Bu durum zararlı sonuçtan sorumluluğu menfi harekette bulunan kimseye isnat edebilme problemini ortaya çıkarmaktadır. İşte bu isnadın yapılabilmesi haksız fiilin diğer unsurlarına müracaat etmeyi gerektirmektedir.

Kanaatimizce menfi davranış için hukuka aykırılığı arayan normatif görüş isabetlidir[668]. Bir davranışta bulunmamanın davranış olarak kabul edilebilmesi için

---

sözleşmeleri, kamu hukuku yetkisi vb. gibi sebeplerle tehlike kaynağından sorumlu olmasının menfi davranış için yeterli olacağını vurgulamaktadır. **FÖRSTER**, s. 331; Diğer yandan tehlike oluşturmanın doktrinde bir hukuka aykırılık veya kusur olarak kabul edildiği düşünüldüğünde menfi davranışın tehlikenin ortaya çıkartılması ile doğrudan oluştuğunu söylemek de hukuk tekniği açısından mümkündür. Zira hukuka aykırılık veya kusur bir davranışın varlığını gerektirmektedir.

666 Üçüncü görüş ise konuya somut olaya failin hareketsizliği yerine failin farazi ve tasavvurî bir davranışını koyarak yaklaşmaktadır **EREN**, Borçlar Genel, s. 588 vd; Bu görüşe göre fail somut olay için tasavvur edilen bu farazi davranışı yapsaydı zararlı sonuç ortaya çıkmazdı denilebiliyorsa failin hareketsizliği davranış kabul edilmelidir. Bu davranışın mümkün olması ve failin iktidar alanında olması da gerekmektedir. Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s.588; Zira tasavvur edilen farazi davranışın mümkün olmaması durumunda fail zaten imkânsız bir davranıştan kaçınamayacağı için menfi bir davranışta göstermemiş olur. Kanaatimizce söz konusu davranışın risk içermesi, kurtarılacak menfaatle feda edilme riski olan değer arasındaki dengesi, davranışın fedakârlık gerektirmesi gibi hususlar normatif teori açısından davranışın hukuka uygunluğuyla alakadar olmalıdır. Zira söz konusu tehlikeli veya riskli durumda bir davranışı yapma veya yapmama emrini hukuk düzeni belirlemektedir. Hukuk düzeni kişiye tehlikesine, fedakârlık gerektirmesine rağmen bir davranışı yapmasını emredebilir veya bu sebepler gerekçesiyle bu emri vermez. Bununla beraber çoğu kere somut olay hukuk düzeninin bu hususu önceden öngöremeyeceği ve düzenleyemeyeceği şekilde ve çeşitlilikte gelişir. Mesela durgun bir suda boğulmakta olan kimseyi kurtarmak için suya atlamayan cankurtaranın durumu ile korkunç bir fırtına da boğulan kişiyi kurtarmak için suya atlamayan can kurtaranın durumu aynı değildir. Aynı hukuk kuralına rağmen imkândan imkânsızlığa kadar uzanan farklı durumlar oluşmuştur. *Dönmezer/Erman* ise bu gibi durumları hukuk kuralının uygulanma imkânı olarak değerlendirmektedir. **DÖNMEZER** Sulhi/ **ERMAN** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I, 9. Baskı, İstanbul 1985, s.473-474.

667 **VITO**, s.46; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 13.

668 Meseleye illiyet bağı açısından yaklaşan birinci görüş sahiplerinin genel olarak menfi davranışla zararlı sonuç arasında illiyet bağının olmadığı görüşlerine katılıyoruz. Ancak hukuka aykırı bir menfi davranış söz konusu ise hala illiyet bağının olmadığına katılmıyoruz. Bu durumda hukuka aykırılığın esas alınarak bir illiyet bağının var olduğuna hükmetmek gerekmektedir. Bu hukuka

hukuk düzeninin o davranışta bulunmayı emretmiş olması gerekir[669]. Bunun sebebi davranışta bulunmamanın zararlı sonucun ortaya çıkmasına hiçbir etkisinin olmaması bunda rol oynamaması, illiyet bağının bulunmamasıdır[670]. İlliyet bağı olmadığı halde hareketsiz kalanın sorumlu tutulabilmesi için ona hukuken bir davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklenmiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yükümlülüğün yüklenmesi ile failin hareketsiz kalmasıyla zararlı sonuç arasında illiyet bağı kurulabilir. Zira bu durumda fail kendisine hukuken yüklenen davranışı yapmamış ve

---

aykırılıkla, illiyet bağı kavramlarının birbirine karıştırılması olarak düşünülmemelidir. Çünkü hukuk düzeni bizzat o durum için bir davranışın yapılmasını emretmiş aksine bir tavır sergilemeyi müeyyidelendirmiştir. Şüphesiz hiçbir harekette bulunulmaması da sebeplerin dış dünyada bir varoluş biçimi olması yönüyle -haksız fiilin unsuru anlamında değil- bir davranış tarzıdır. Bu davranış tarzının, hareketsizliğin zararlı sonucu doğurmaya etkisi yok ise de hukuk düzeni hareketsizliği zararlı sonucun doğmaması için yasaklamıştır. Hukuk düzeni bir aktif davranışı tasavvur etmiş ve bunun yapılmamasını dikkate alarak buna sonuç izafe etmiştir. Diğer bir deyişle hukuk düzeni menfi hareketle sonuç arasında illiyet bağı kurmakla bu illiyeti kabul etmektedir. Bu itibarla normatif görüşün birinci görüşten ayrıldığı asıl nokta eylemsizlik hukuka aykırı ise illiyet bağının yokluğundan söz etmenin artık mümkün olmadığı noktasındadır. Tasavvurî davranış görüşü ise illiyet bağını normatif görüşten de daha geniş çerçevede kurmaktadır. Neticede bu üç görüş arasındaki fark illiyet bağının ne kadar geniş daire de kurulacağı sorusuna farklı cevaplar içermekten başkası değildir. Birinci görüş illiyet bağını hiç kurmamış ya da çok sınırlı olarak kabul etmiş, üçüncü görüş olan tasavvurî görüş illiyet bağını failin imkân dairesiyle sınırlamıştır. Katıldığımız normatif görüş ise ikisinin arasında bir yol tutarak hukuka aykırılık dairesi içerisinde illiyet bağının var olduğuna hükmetmiştir.

669 **CARTIER**, s.47; **STARK**, Entlastungsgründe, s39; Ceza Hukukunda menfi davranışın oluşması için mevcut bulunması gereken hukuk kuralının neler olabileceği hakkında bilgi için Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN**, s.468 vd.

670 Davranış yükümlülüğünü sadece kanuna atfetmek doğru olmaz. Menfi davranışla zarar arasında illiyet bağının yokluğunu ileri süren birinci görüşteki yazarların dahi davranış olarak kabul ettiği haller, normatif teoriye göre evleviyetle menfi davranış olarak kabul edilmelidir. Bir sözleşmeyle belirli şekilde davranmayı taahhüt eden kimse açısından veya davranışıyla zararlı sonucun ortaya çıkmasına zayıfta olsa etkisi olan kimse açısından da belirli şekilde davranma yükümlülüğü gerçekleşmiştir. Bkz. **FIKENTSCHER**, s. 719; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.66-68; Mesela cankurtaran boğulmakta olan kimseye yardım etmezse sözleşmeyle yüklendiği davranış tarzını yerine getirmeyerek menfi bir davranışta bulunmuş olur. Trafiğe arabasını çıkarmış kimsenin lambasını yakmaması veya bir saldırganın eline zararlı sonucu kastetmeyerek bıçak vermiş olan kimse açısından da belirli şekilde davranma yükümlülüğü gerçekleşmiştir. Bkz. **FIKENTSCHER**, s. 719; **OFTINGER/STARK**, s. 128; **STARK**, Ausservertragliches, s.53; Başka bir örnek olarak yangın çıkartabilecek bir benzin gibi malzemeyi açık bırakan kimse açısından bunu yangın çıkmayacak şekilde kapatmak veya bir çukur açmışsa bunu belirten bir şerit veya tabela koyma yükümlülüğü söz konusu olur. Bkz. **GUHL**, s. 133; Meşru müdafaa ile saldırganı yaralayan kimse açısından da benzer durum söz konusudur. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.66; Bu durumda illiyet bağı vardır ancak illiyet bağının var olduğu husus bakımından hukuka aykırılık söz konusu değildir. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.66; Hukuka aykırılık daha sonraki hareketsiz kalışla gerçekleşmektedir. Mesela meşru müdafaada bulunan kimse bakımından zararlı sonuç ile meşru müdafaa fiilinin arasında illiyet bağı da vardır, fiili de hukuka uygundur. Ancak meşru müdafaadan sonra kan kaybeden kimse için hareketsiz kalan kimsenin bu hareketsizliği ise artık hukuka aykırılık teşkil eder. Böylece daha sonradan gerçekleşen hukuka aykırılık menfi davranışı gerektirdiği gibi, failin hukuka uygun davranışı ile zararlı sonucu doğurmaya tesir etmiş olması, failin sonraki hareketsizliğinin evleviyetle menfi davranış olarak değerlendirilmesini gerektirir. Zira bu kişilerin fiili ile zararlı sonuç arasında illiyet bağı bulunmaktadır. Ayrıca hukuka uygun davranışla ortaya çıkan zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması halinde hukuka aykırılık olmadığı halde normatif görüş illiyet bağının kurulması sebebiyle davranışın varlığını reddetmemektedir. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, 69 vd.

bu yapmadığı davranış sebebiyle ortaya bir zarar çıkmıştır[671]. Burada illiyet bağını hukuka aykırılık kurmaktadır[672]. Hareketsiz kalmamaya ilişkin genel bir davranış yükümlülüğü bulunmamaktadır[673]. Bununla beraber bir davranışın yapılmasına dair herhangi bir kanunda düzenlenen bir hukuk normunun ihlâli şayet haksız fiil anlamında da hukuka aykırılık teşkil ediyorsa bu ihlâl ile menfi davranış gerçekleşmiş olmalıdır. Söz konusu emredici hükmün TCK veya KTK gibi farklı kanunlarda bulunuyor olması önem arz etmez. Söz konusu hareketsizlik, davranış kuralının ihlâli anlamında bir hukuka aykırılık teşkil ediyorsa bunun ihlâli de menfi davranışa vücut verir. Ayrıca bir şekilde hareket etme yükümlülüğün ihlâlinin hukuka aykırılığa sebebiyet verebilmesi için, bu yükümlülüğü öngören normun, zarar gören kişiyi somut olaydaki türden bir zarardan koruma amacını taşıyor olması gerekir[674]. Buradaki hukuka aykırılığın tespitinde doktrindeki bir görüşe göre davranışın hukuka aykırılığı teorisinin uygulanması gerekir[675]. Sonucun hukuka aykırılığı görüşü kabul edilirse menfi davranışın var olduğuna hükmetmek kolaylaşacak sorumluluk genişleme eğilimine girecektir.

aa) Kusur İlkesi ve Menfi Davranış

Kusur ilkesi açısından yukarıda bahsedilen teoriler farklı birtakım sonuçlar verebilir. Şöyle ki pasif duruşun illiyet bağı oluşturmaması sebebiyle haksız fiilin oluşmayacağını söyleyen görüş sorumluluğu neredeyse tamamen sınırlayıcı bir

671 **STARK**, Entlastungsgründe, s. 39-40; Menfi davranış unsurunun hukuka aykırılıktan başka bir unsur olduğunu ve normatif görüşün hukuka aykırılıkla davranışı karıştırdığını söyleyen üçüncü görüş (tasavvurî) olarak bahsettiğimiz görüşteki yazarlara katılmıyoruz. İlliyet bağı yokluğu sebebiyle sorumluluğun söz konusu olması için haksız fiilin diğer unsurlarına müracaatın gerekli olduğu belirtilmişti. Nitekim bu görüşteki yazarlara göre menfi davranış ancak yapılması tasavvur edilen failin imkân dairesi içerisindeki bir davranışın zararlı sonucun ortaya çıkmasına engel olacağı düşünülüyorsa söz konusu olmaktadır. Bu yapılması tasavvur edilen farazi davranış kime göre neye göredir? Hareketsiz kalan kimseye böyle bir davranışta bulunma yükümlülüğünü hangi ölçüt belirlemektedir? İşte bu noktada katıldığımız görüş yapılması tasavvur edilen hareket yerine yapılması hukukça emredilen davranış ölçütünü getirmektedir. Kanaatimizce bu düşünce hukuka aykırılıkla davranış unsurunu birbirine karıştırmak değil hiçbir şekilde var olmayan illiyet bağı problemini çözmek içindir. Kaldı ki hukuk düzeni bir davranışta bulunmayı emrederek, hareketsizliğin sorumluluğa sebep olacağına, bir davranış teşkil edeceğine de işaret etmiş bulunmaktadır. Hareketsiz kalan ile zararlı sonuç arasında bir bağ düşünülemeyecekse hukuk düzeni belirli bir şekilde davranmasını emretmez, davranmadığı takdirde de yaptırım öngörmezdi. Emredilen davranış tarzı bir davranış kuralı niteliğini haiz ise bu düzenlemelerin başka kanunlarda yer alıyor olmasının, bu durumun haksız fiil dairesinde değerlendirilmesine engel olacak hiçbir tarafı yoktur.

672 Hukuka aykırılık kavramıyla illiyet bağının kurulabilmesi hususunda Bkz. **VON TUHR,** Borçlar, s. 368.

673 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.68.

674 **OFTİNGER/STARK**, s. 180-181; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 165.

675 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 165.

fonksiyon üstlenmektedir. Zira illiyet bağı kurulmadığı sürece haksız fiil de oluşmayacak sorumluluk doğmayacaktır. Bu durum kusur olmadıkça haksız fiil sorumluluğunun doğmamasına, kusur ilkesinin sonuçlarına benzemekte, fail lehine, zarar gören aleyhine sonuç doğurmaktadır.

İlliyet bağının varlığının kabul edilmemesinin kusur ilkesi açısından bir dikkat çekici sonucu fail menfi duruşu kasten gerçekleştirse bile failin sorumluluğunun söz konusu olmamasıdır. Mesela denizde boğulmakta olan birisini çok rahatlıkla kurtarabilecek bir kimsenin onun ölümünü seyretmesi durumunda kişi menfi davranışı kasten işlemiştir[676]. Ancak illiyet bağı olmadığı için failin sorumluluğu olmaz. Dolayısıyla bu görüşün haksız fiil hükümlerini belirli bir oranda işlevsiz bıraktığı görülmektedir. Bu teori menfi davranışlarda illiyet bağının yokluğuna hükmetmesi yönünden kusur ilkesi ile paralel olarak fail lehine sonuç verir. Zira kusur ilkesiyle bu teorinin ortak yönü ikisinin de sorumluluğun doğmasını güçleştirmesidir[677]. Ayrıca bu teori illiyet bağını yok saymasıyla menfi davranışı da yok saydığı için somut olayda fail bakımından hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının da oluşmasına da teknik olarak engel olmaktadır[678]. Zaten davranışın yokluğu söz konusuyken kusurun varlığından söz etmek çelişki içeren bir durum olacaktır.

---

676 Bu ihtimaldeki davranışa ilişkin kast, haksız fiilin unsuru olan kusur anlamında değildir. Çünkü illiyet bağı olmadığı için menfi davranış da yoktur. Mevcut olmayan menfi davranış için hukuka aykırılıktan da bahsedilmez. Hukuka aykırılık yok ise kusur da söz konusu olamaz. Zira kusur hukuka aykırılığa yönelmiştir ve ancak onunla ortaya çıkabilir. Şu halde söz konusu kast davranışın gerçekleştirilmesine yönelik olan kasttır ve aslında davranış iradesidir. Haksız fiilin unsuru olan kast ise hukuka aykırılığın bilinmesi ve istenmesidir. Bkz. **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53; **VON TUHR/PETER**, s.427; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.56; **KELLER**, s. 118.

677 Failin davranışı ile sonuç arasında zayıf da olsa bir illiyet bağı kurulabilirse failin bu noktada sorumluluğu olmalıdır. Failin boğulan kimseyi denize girmeye teşvik etmiş olması buna örnek verilebilir. Bir görüşe göre denize girmeye teşvik eden kimsenin sorumluluğu TBK m. 49/2 ile olmaktadır. Bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 114; Kanaatimizce hukuka aykırılık bağını tesis etmek için TBK m. 49/2'ye müracaat edilmesine ihtiyaç yoktur. Zira failin zarar gören kimsenin denize girmesine teşvik etmesi ile boğulma anındaki hareketsizliği olmak üzere iki ayrı davranışı beraber değerlendirildiğinde bu davranışların illiyet bağını kurduğu söylenebilir.

678 Kanaatimizce bu teoriye göre denizde boğulan kimseyi bilerek sonucu da öngörerek izleyip onu ölüme terk eden kimse açısından dahi hukuka aykırılık oluşmadığı ve illiyet bağı kurulamadığı sürece kast gerçekleşemez. Kast ancak hukuka aykırılık var ise ortaya çıkabilmektedir. Ancak söz konusu teori hareketsiz duran kimse açısından hukuka aykırılık unsurunun ortaya çıkmasına engel olmaktadır. Şöyle ki: Hukuka aykırılık, davranışa ait bir sıfat olduğu için, davranış olmaksızın hukuka aykırılık da ortaya çıkamaz. Hukuka aykırılık ortaya çıkmayınca onu istemek olan kasttan da bahsedilemez. Bu durum hukuka aykırı davranış teorisine göredir. Hukuka aykırı sonuç teorisine göre ise hukuka aykırılık,ortaya çıkan sonuç olan zararın niteliğine dair bir sıfattır. Bu ihtimalde dahi ortaya çıkan hukuka aykırı sonuç ile hareketsiz duran kişi arasında söz konusu teori illiyet bağının varlığını reddettiği için hukuka aykırılıkla fail arasında illiyet bağı da kurmak mümkün olmaz. Bu sebeple söz konusu hukuka aykırı sonuç teknik manada faile atfedilemez. Böylece hukuka aykırılığı bilmek ve istemek olan kast (kusur) da kişiye atfedilememiş olur.

Normatif görüş açısından hukuka aykırılık söz konusu ise menfi davranış gerçekleşmiştir[679]. O halde hukuka aykırı menfi davranış aynı zamanda kusurluysa haksız fiil söz konusu olur[680]. Menfi davranış kast ve ihmal[681] hatta ihtimali kast ve bilinçli ihmal gibi kusur çeşitlerini içerebilir. Menfi davranışa dair bahsedilen tasavvurî görüş ile normatif görüş açısından uygulamada bir fark gözükmemektedir[682]. Her ne kadar üçüncü görüş, menfi davranış kavramını daha geniş değerlendirip hukuka aykırı olmayan durumları da davranış olarak değerlendirse de hukuka aykırılık olmadığı zaman sorumluluk da söz konusu olmaz. Bu sebeple kusur ilkesi açısından bu iki görüş arasında bir fark görünmemektedir. Bunun istisnası fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi[683] yoluyla sorumluluk halidir[684]. Şu halde normatif teori ile

679 **OFTINGER/STARK**, s. 126; **STARK**, Ausservertragliches, s.53.

680 **OFTINGER/STARK**, s. 126.

681 **FIKENTSCHER**, s. 718.

682 Hukuka aykırılık yok ise normatif görüşe göre davranış da söz konusu değildir. Menfi davranış için somut olayda farazi bir davranış tasavvur eden bu görüşteki yazarlara göre bu durumda davranış söz konusu olabilse bile hukuka aykırılık söz konusu olmadığı için haksız fiil söz konusu olamaz. Hukuka aykırılığın söz konusu olması durumunda ise normatif teoriye göre menfi davranış gerçekleşmekte iken üçüncü görüşe göre davranış zaten gerçekleşmiştir. Zira tasavvurî davranış kavramı, hukuka aykırı davranış kavramından daha geniş bir küme olup ve onu tamamen kapsayıcıdır. Tasavvurî davranışın sınırlarını ise failin imkân ve iktidar dairesi belirlemektedir. Dolayısıyla bu iki görüş arasındaki fark teorik bir ayrımı ifade etmektedir. Hukuka aykırılık olsun olmasın iki teori fedakarlığın denkleştirilmesi hali hariç aynı neticeye ulaşmaktadır.

683 Bununla ilgili Bkz. **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.48 vd; Kusursuz sorumluluk hallerinde de tıpkı kusur sorumluluğundaki gibi hukuka aykırılık unsuru bulunmaktadır. Bazen ortaya çıkan zarar hukuk düzeninin ortaya çıkmasına izin verdiği ve bunu meşru gördüğü bir zarar da olabilmektedir. Bunlar hukuka uygunluk sebepleridir. Hukuka uygunluk sebebinin olduğu durumlarda, davranışın hukuka uygun olması sebebiyle haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecek böylece tazmin ilişkisi de doğmayacaktır. Bununla beraber hukuka uygun davranışın zararına katlanan kişiye yükletilen bir fedakârlık söz konusu ise, davranışı hukuka uygun kişinin de bu fedakârlığa katılması gerektiği düşüncesine istinaden bir tazmin ilişkisinin doğmasına sebep olan bu ilkeye fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi denilmektedir. Fedakârlığın denkleştirilmesi halinde hukuka aykırı olmayan bir fiilden sorumluluk söz konusudur. Bununla beraber hukuka aykırılığın söz konusu olmadığı hallerde kusur unsuru da söz konusu olmayacaktır. Şu halde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin tazmin ilişkisini ortaya çıkardığı haller hukuka uygun fiile rağmen sorumluluğun doğduğu alanlardır. Diğer bir deyişle fedakarlığın denkleştirilmesinde, hukuka aykırı olmayan ayrıca da kusursuz fiile rağmen sorumluluk ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple fedakârlığın denkleştirilmesi kusursuz sorumluluğu doğuran hallerdendir.

684 Menfi davranış neticesinde fedakârlığın denkleştirilmesi yoluyla bir sorumluluk söz konusu ise sorumluluk açısından iki teori arasında fark ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz. Zira hukuka aykırılık yokken normatif teoriye göre davranış söz konusu olamayacakken, tasavvurî davranış görüşüne göre davranış gerçekleşebilecektir. Ayrıca sorumluluk için fedakârlığın denkleştirilmesi söz konusu olacağı için hukuka aykırılık unsuruna gerek kalmayacaktır. Mesela (B)'nin bahçesinde misafir olan (A)'yı çok uzaktan bir köpek sürüsü görmüş ve kovalamaya başlamıştır. Köpeklerden kaçmak için (A), önce bahçeye girmiş oradan kapısı açık bulunan eve girip evin kapısını kapatmıştır. (B)'nin bahçesine giren köpekler ise bahçeye büyük zararlar vermiştir. (A) bahçeye girdiği zaman köpeklerle arasındaki uzun mesafeden dolayı rahatlıkla bahçenin kapısını kapatabilecek iken bana ne bahçeden diye düşünüp eve girmeyi tercih etmiş ise kapıyı kapatmama menfi davranışından söz edilebilir. Zira (A) bahçe kapısını kapatmış olsa söz konusu zarar ortaya çıkmayacaktır. Normatif teoriye göre kişinin bahçeyi kapatmaması, hukuka aykırı olmadığı için davranış gerçekleşmemiştir. Bu sebeple zararın faile isnadı zorlaşır. Ancak tasavvurî davranış görüşüne göre bahçe kapısını kapatmak failin imkân ve iktidarında olduğu için ve kapıyı

bahsedilen üçüncü görüş arasındaki uygulamaya dair oldukça küçük alandaki farklılık kusur ilkesinin işletilmediği bir alanda ortaya çıkmaktadır.

Normatif teorinin kusur ilkesiyle ayrıca özel bir bağlantısı daha vardır. Şöyle ki menfi davranışı oluşturan ilgili hukuk kuralına muhalif hareket tarzı aslında kusur da oluşturur. Zira hukuk kuralları bazen ihmali tespit eder tarzda düzenlenirler[685]. Menfi davranışa sebep olan hukuk kurallarının yapısı ise genellikle böyledir. Bu sebeple hukuka aykırılığın gerçekleşmesiyle menfi davranış gerçekleşmiş olur ve bu menfi davranış da kusurlu olmuş olur[686]. Böylece normatif teori doğrudan doğruya kusur ilkesine bağlı olarak menfi davranışa bağlı sorumluluğun ortaya çıkmasına izin verir bir mahiyet arz etmektedir.

bb) Kusursuz Sorumluluk Halleri ve Menfi Davranış

Menfi davranış hakkında hangi teori kabul edilirse edilsin illiyet bağı problemi[687] bulunmaktadır. Normatif teori bunu hukuka aykırılığa müracaat ederek[688] diğeri de bunu biraz daha genişleterek tasavvurî davranış faraziyesiyle çözmeye çalışmışlardır[689]. Kusur ilkesi açısından arandığı gibi[690] sebebiyet ilkesi açısından da illiyet bağı aranmaktadır[691]. Hatta sebebiyet ilkesinde illiyet bağı sorumluluğu kurmakta daha öncelikli bir yere sahip bulunmaktadır[692]. Ancak sebebiyet sorumluluğu illiyet bağını davranışla değil[693] olaylar silsilesi ile ortaya çıkan zarar arasında aramaktadır[694]. Bu itibarla kusursuz sorumluluk hallerinde zararlı sonuçtan sorumluluk davranış yerine kusursuz sorumluluğun temelindeki kusursuz sorumluluk

---

kapatsaydı zarar ortaya çıkmayacak olduğu için menfi davranış gerçekleşmiş olur. Böylece tasavvurî davranış görüşüne göre zararın faile isnadı kolaylaşır ve hukuka aykırılık olmasa bile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi sebebiyle sorumluluk söz konusu olur. Normatif görüşe göre ise menfi davranış gerçekleşmediği için zararın faile isnadı zorlaşmış bulunmaktadır. Zira (A)'nın bahçenin zarar görmesine ilişkin hiçbir davranışı yoktur. Kanaatimizce fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin vücut bulduğu haller dışında bu iki teori arasında uygulamada bir fark görünmemektedir.

685 **GMÜR/BECKER**, s. 202; **VITO**, s. 15; Bu tarz kurallar kişilerin can ve mal değerlerine ilişkin belirli koruma standardı içermektedirler. **VITO**, s.64.

686 **VITO**, s.46.

687 **TUNÇOMAĞ**, s. 293; **BREHM**, s.98.

688 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, 69 vd.; **VITO**, s.46; **LARENZ/CANARIS**, s. 365; **KELLER**, s. 108; **GUHL**, s. 133; **OFTINGER/STARK**, s. 126; **STARK**, Ausservertragliches, s.53.

689 **EREN,** İlliyet, s. 137; **EREN**, Borçlar Genel, s.586 vd.

690 **OFTINGER/STARK**, s. 120.

691 **OFTINGER/STARK**, s.46.

692 **İMRE**, s.55; **EREN**, Borçlar Genel, s. 558; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 142; **OFTINGER/STARK**, s.46.

693 **TUNÇOMAĞ**, s. 272; **İNAN/YÜCEL**, s. 379.

694 **İMRE**, s.55.

esasına, daha somut haliyle kusursuz sorumluluk halinin unsurlarının gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu kusursuz sorumluluk haline ait unsurlar bir davranışı içerebileceği gibi içermeyedebilir. Böylece, menfi davranış açısından kusursuz sorumluluk halleri için özel şart olarak davranışın arandığı ve aranmadığı haller olarak ikili bir ayrım yapmak uygun görünmektedir.

Özel şartlarında davranışın aranmadığı kusursuz sorumluluk halleri açısından -ki kusursuz sorumlulukta kural olarak davranış aranmaz- [695] menfi davranışın varlığına ya da yokluğuna dair bir problem gözükmemektedir. Kusursuz sorumluluk hallerinin genel şartları olan hukuka aykırılık, zarar, uygun illiyet bağı ve o kusursuz sorumluluk haline dair özel şartlar gerçekleşmişse sorumluluk doğar[696]. Burada incelenecek olan menfi davranışın varlığı ya da yokluğu değil söz konusu özel şartların oluşup oluşmadığıdır. Kusursuz sorumluluğun özel şartları gerçekleşmişse sorumluluk doğacaktır. Davranış unsurunun aranmadığı kusursuz sorumluluk halleri açısından, menfi davranışı bazen ek kusur olarak değerlendirmek mümkündür. Bu şu sebeple mümkün olmaktadır: Kusursuz sorumluluk haline ilişkin özel şartlar bazen aktif bir hareketin yapılmasını öngörmektedir. Mesela TBK m. 71/2 uyarınca tehlike sorumluluğunun bir özel şartı tehlikeli işletmenin, zarar doğmaması için tüm tedbirler alınsa bile zarar doğurmaya elverişli olmasıdır. Söz konusu maddede işletmenin mahiyetine ilişkin bir unsur belirlenmiş ayrıca işletme sahibine zararın doğmaması için gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğü de yüklenmiştir. Bu yükümlülük ise belirli davranışların yapılmasıyla yerine getirilebilir. Bu davranışların yapılmaması sebebiyle bir zarar doğacak olursa, buradaki menfi davranış ek kusur olarak değerlendirilir. Şu halde kusursuz sorumluluğu gerektiren özel şartlar oluşmuşsa bu kusursuz sorumluluk tipinde unsur olarak davranış aranmıyorsa bile menfi bir davranış ek kusur teşkil edebilecektir. Menfi davranışın ek kusur olarak kabul edilmesi için ise kanaatimizce bir davranışın hukuk düzenince emredilmiş olması gerekmektedir. Böylece normatif teori, menfi davranışla ortaya çıkan ek kusurun tespiti noktasında da uygulama alanı bulabilir.

Davranışın arandığı kusursuz sorumluluk halleri açısından menfi davranışla sonuç arasındaki illiyet bağı problemi devam etmektedir. Bu tarz kusursuz sorumluluk

---

695 **EREN**, Borçlar Genel, s.673; **TUNÇOMAĞ**, s. 272; **İNAN/YÜCEL**, s. 379; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.5.

696 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 156 vd.

hallerinde elbette zarar müspet veya menfi davranışla ortaya çıkabilmektedir. Örneğin taşınmaz malikinin sorumluluğu açısından malik komşuların zarar görmemesi için alması gerekli olan tedbirleri almamışsa taşkın kullanım menfi davranış ile gerçekleşmiş olur[697]. Taşınmazında biriken yağmur sularını tahliye edecek bir yol açmayıp, daha sonra komşu taşınmaza bu suların akarak zarar vermesi buna örnektir. Kanaatimizce kusur sorumluluğundaki menfi davranışa dair normatif teorinin bu alanda da uygulanmasına bir engel gözükmemektedir.

II. KUSUR İLKESİ VE ZARAR

Zararın karşılanması tazminat ve sorumluluk hukukunun asıl amacıdır[698]. Bu sebeple zarar sorumluluğu doğuran, sorumluluğun asıl kaynağı olan, tazminatla sıkı sıkıya bağlı[699] ve tazminatın en önemli unsurudur. Zarar gerçekleşmemişse hukukî sorumluluk da doğmaz[700]. Dolayısıyla zarar haksız fiilin bir unsurudur[701]. Haksız fiilden doğan tazmin yükümlülüğünün üst sınırını da uğranılan zarar oluşturur[702]. Uğranılan her türlü zarar tipi sorumluluğu gerektirir[703]. Borcun yaptırımı sorumluluktur. Ceza Hukukunda ise zarar gerçekleşmese dahi sadece tehlike veya suça teşebbüs failin cezalandırılması için yeterli olabilir[704]. Zira ceza hukukunda cezalandırmanın amacı ıslah, caydırıcılık, kefaret iken[705] sorumluluk hukukunda zararın tazminidir[706].

Zarar kişinin şahıs varlığında veya mal varlığında ortaya çıkabilir. Mal varlığında ortaya çıkan zararları ifade etmek için zarar kavramının kullanılması dar anlamda zarar kavramını, her iki zarar tipini beraber ifade etmek için kullanılması ise geniş anlamda zarar kavramını oluşturur[707]. Maddi ve manevi zarar mahiyet itibariyle

---

697 **KURT**, Ekrem, Yapı Malikinin Sorumluluğu, MÜHF-HAD, C.14, S. 4, Y. 2008, s. 181; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 164.

698 **VITO**, s.9; **LARENZ/CANARIS**, s. 354.

699 **LARENZ**, Allgemeiner, s. 432; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 398.

700 **EREN**, Borçlar Genel, s. 589; **OFTINGER/STARK**, s.90; **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 253.

701 **VON TUHR/PETER**, s.408; **KELLER**, s. 132, **VITO**, s.72.

702 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 18; **KESİCİ**, s. 158; **TUNÇOMAĞ**, s. 294; **ERİŞGİN**, Medeni, s.95; **VITO**, s. 10.

703 **FELLMAN**, Band I, s.6.

704 **AKBULUT**, s. 717 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s. 589.

705 **AKTAŞ**, Sururi, Cezalandırmanın Amacı Üzerine, EÜHFD, C.13, S. 1-2, Y. 2009, s. 2; s. 15-16; **AKBULUT,** s. 33 vd.

706 **LARENZ/CANARIS**, s. 354; **VITO**, s.9.

707 **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 398-399; **İNAN/YÜCEL**, s. 399; **ÖĞÜZ/ ERGÜNE/ ERİŞGİN**, s.62; Türk Borçlar Kanununda haksız fiil düzenlemesi 49. maddede düzenlenmişken manevi zarar düzenlemesi 56. ve 58. maddelerde düzenlenmiştir. Kanun sistematiğinin bu ayrıma müsait olduğu hatta bu ayrımı kendisinin gözettiği görülmektedir. Türk Doktrin ve uygulamasında da genel kabul bu şekildedir. İsviçrede de keza zarar kavramı dar anlamda anlaşılmaktayken Avusturya Almanya

birbirlerinden farklı kavramlar olup ortak unsurları da bulunmamaktadır. Bunun istisnası ise her iki zarar tipinin de hukuken korunan varlıklara yapılan bir tecavüz neticesinde ortaya çıkmasıdır[708]. Her iki kavramın farklı mahiyetleri sebebiyle maddi ve manevi zarar kavramını ayrıca ele almayı, ancak birçok olayda her iki zarar tipi birlikte gerçekleştiği[709] ve kavram kargaşasına yol açmamak için zarar ifadesini maddi ve manevi zararı kapsayacak şekilde kullanmayı tercih ediyoruz.

Zararın tazmin sorumluluğunun asıl konusudur[710]. Tazmin ilişkisinin doğması ise aslında zararı atfedebilme sorunu ile ilgilidir. Sorumluluk ilkeleri arasındaki farklılık da aslında temelde tam olarak bu noktaya dayanmaktadır. Dolayısıyla sebebiyet ilkesi ve buna dayanan kusursuz sorumluluk halleri ve kusur ilkesi arasındaki ayrımın temel noktası zararın faile atfedilip atfedilemeyeceği ile ilgilidir. Bu bağlamda sorumluluk ilkeleri aslında zararın failin şahsına atfedilebilirliği ilişkisine göre şekillenmektedirler[711].

Kusur ilkesi, zararı faile atfetmek için failin bir davranışını ve bu davranışının kusurlu olmasını şart koşar. Kusur ilkesi sorumluluğun temeline kusuru koymakla, kusuru aslında zarar kavramından faili sorumlu tutabilmek için aramaktadır. Hatta bu bağlamda kusur olmaksızın uğranılan zararın tazmin edilmesinin, mağdur açısından bir zenginleşme olabileceği söylenmiştir[712]. Ayrıca kusur ilkesi bu zararı faile atfedebilmek için failin davranışını da aramaktadır. Zaten kusur bir davranış üzerinde somutlaşır ve davranışla beraber kusurdan bahsetmek mümkün hale gelir[713].

Salt sebebiyet ilkesi ise failin şahsı ile zarar arasında illiyet bağı kurulabilmesini yeterli görür. Bu çeşit sorumluluğun temelinde zarar kavramı bulunmaktadır. Fail bir zarara sebep olduğu için sorumluluğu doğmuştur. Zarar bu sorumluluk ilkesinde failin salt ona sebep olmuş olmasıyla faile kolaylıkla atfedilir.

---

ve Fransız Hukuklarında zarar kavramı hem maddi zararı hem de manevi zararları kapsayacak şekilde geniş anlamda anlaşılmaktadır. Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s. 589-590.

708 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.63.

709 **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 399.

710 Zarar olmaksızın sorumluluğun ortaya çıkabileceği görüşündeki yazar için Bkz. **JANSEN**, Nils, Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability, C.24, S. 3, Y. 2004, s.443.

711 **VITO**, s.73.

712 **JANSEN**, Haftungsrechts, s. 34.

713 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.76; **KELLER**, s. 115.

Bu itibarla sebebiyet ilkesinde zarar ile sorumluluk arasında doğrudanlık ilişkisi vardır[714].

Sebebiyet esasına dayanan fakat daha yumuşak bir sorumluluk anlayışı içeren kusursuz sorumluluk halleri ise failin sorumluluğu için bağlı oldukları kusursuz sorumluluk esasına göre zararı faile atfedebilmeyi ararlar. İlgili kusursuz sorumluluk esasının bünyesine uygun olarak şekillenen kusursuz sorumluluk halinin özel şartları, aslında zarar hangi şartlarda faile atfedilebilir sorusunun cevabıdır. Böylece zarara sebep olmak ilgili kusursuz sorumluluk halinin şartlarının da gerçekleşmesiyle faile atfedilebilir hale gelir[715]. Bunların temelinde de kusursuz sorumluluk esasları olduğu için kusursuz sorumluluk hallerinde failin zarardan sorumluluğu, kusursuz sorumluluk esasının gerektirmesi ile hukuki hayat bulmaktadır. Böylece tüm sorumluluk ilkelerinin arasındaki temel ayrım aslında zararın faile atfedilebilme şartları ile ilgilidir.

Zarar genellikle maddi zarar olarak ortaya çıkar. Dolayısıyla sorumluluk hukukunun tazmin amacı genellikle maddi zarara ilişkindir. Ancak maddi zararın yapısının sorumluluk ilkeleriyle özel denebilecek bir bağlantısı yoktur. Ancak manevi zararın kusur ilkesiyle belirli özel bağlantılarını kurmak mümkündür.

A) Manevi Zarar

Sorumluluk Hukuku kişilere her türlü zarara uğrama bakımından güven vermelidir[716]. Manevi zarar, kişinin şahıs varlığının veya mal varlığının ihlâl edilmesiyle ortaya çıkan şahsın kişiliğinde-manevi alanında meydana gelen eksilmedir. Kişinin manevi alanını ise yaşama zevki, duygusal hayatı, acı, ıstırap ve elemi, moral düzeyi, şevk ve yaşam motivasyonu, huzur ve ruh hali gibi hususlar oluşturur. İşlenen fiil neticesinde mağdurun iç dünyasında bu hususlardan herhangi birisinde eksilme ve olumsuz yönde azalma söz konusuysa manevi zarar gerçekleşmiştir. Manevi tazminat ise manevi zarara maruz kalanı tatmin için bir vasıtadır[717]. Manevi zararın tazmini para ile olabileceği gibi somut olayın özelliklerine

---

714 *Deutsch*'a göre sorumluluğu zarar ile doğrudan kurulan bir ilişkiye bağlamak hukuki incelemenin dış mekanizmasını teşkil eder. Bu bakımdan zarar ile değişimden sorumlu olan kişi arasında kusur yoluyla bir bağlantı kurabilmek gereklidir. Bu ise kusur ilkesinin yöntemidir. Bkz. **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.721.

715 **KORKMAZ**, s.88.

716 **OFTINGER/STARK**, s.418.

717 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 330.

göre hâkim takdir yetkisine bağlı olarak başka bir giderim şekli belirleyerek failin açıkça özür dilemesine veya kırılan şerefinin tanınmasına da hükmedebilir[718].

B) Manevi Zarar ve Bu Zarar Çeşidinde Kusur İlkesi

Manevi zarardan doğan sorumluluğun kusur ile bağlantısı maddi zarardan doğan sorumluluktan bir fark içermemektedir. Ancak EBK'da kusur kavramıyla manevi zarar arasında bağlantı kurulmuştur. 818 sayılı EBK'da 49. maddenin değişikliğe uğramadan[719] önceki şu hali şekildedir: *"Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icabettiği surette manevi zarar namiyle nakdi bir meblağ itasını dava edebilir."* Kanun maddesinde açıkça manevi zarardan sorumluluk için kusurun özel bir ağırlığı aranmıştır. Burada kastedilen hatanın hususi ağırlığının ağır ihmal mi yoksa somut durum ve vaziyete göre takdiri gereken fiili bir hal mi olduğu hususu doktrinde tartışılmıştır[720]. Söz konusu madde manevi tazminatı özel bir kusur şartına bağladığı için sorumluluğun gerçekleşmesini zorlaştırmış bu yolla kusur ilkesini zayıflatmıştır. 6098 sayılı yeni TBK'da manevi zarardan sorumluluğun düzenlendiği 56. ve 58. maddelerde kusurla ilgili herhangi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple her türlü kusur manevi tazminat talebine gerekçe oluşturacaktır. Ayrıca kusursuz sorumluluk halleriyle ilgili düzenlemelerde belirtilen zarar ifadesine, manevi zararın da girdiği anlaşılmaktadır. Zira kusursuz sorumlulukla ilgili düzenlemeler de maddi zarar ifadesine yer verilmemekte, zarar, zarardan sorumluluk, zararı giderim yükümlülüğü gibi ifadelere yer verilmektedir. Ayrıca kusursuz sorumluluğa sebep olan bir olgunun TBK m. 56 ve TBK m. 58'de korunan şahıs varlığı haklarına zarar verebilecek mahiyet arz etmesine bir engel yoktur. Bu sebeple kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminatın doğabileceğini kabul etmek kanunun hem lafzına hem ruhuna uygun düşmektedir. Kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk açısından bir ayrım yapılmaksızın manevi zararın tıpkı maddi zarar gibi sorumluluk doğuracağının düzenlenmesi, TBK'da manevi zarar açısından kusur ilkesinin zayıflatılmadan uygulandığını göstermektedir[721].

---

718 **TUNÇOMAĞ**, s. 318.

719 Söz konusu madde 04/05/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değiştirilmiş, metinde kusura işaret eden hatanın hususi ağırlığı lafzı kaldırılarak manevi zarar ile kusur arasındaki özel bağ ortadan kaldırılmıştır.

720 Tartışmayla ilgili detaylı bilgi için **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 420-423.

721 Alman Hukukunda kural olarak kusursuz sorumluluk hallerinden dolayı manevi tazminat istemek mümkün değildir. Bu hususta *Deutsch* zararın denkleştirilmesi anlamında manevi tazminatın

Maddi zararın tespiti ve ispatlanması oldukça kolay olmasına rağmen manevi zararın tespiti ve ispatı bir o kadar zordur. Zira maddi zarar ve mal varlığında meydana gelen eksilmeler beş duyu ile kavranabilir nitelikte olup daha somut verilere dayanır. Manevi zararın tespitinde olayın manevi ağırlığı ve mağdurun subjektif durumu gibi haller de gözetilerek mağdurun duygu yaşamındaki kaybın, dışa yansıyan görüntülerine bakılır[722]. Manevi zararın tespiti ve tayini özellikle ispatı zor olup, bu konuda hâkimin geniş takdir yetkisi bulunur[723]. Bu durum manevi zarar sebebiyle sorumluluğun doğmasını zorlaştırır. Kusur ilkesi de sebebiyet ilkesine göre sorumluluğun doğmasını zorlaştırır. Ancak bahsedilen manevi zararın tayin tespit ve ispatının zor olması gibi hususlar manevi zararın mahiyetiyle ilgilidir. Bu durumun kusur ilkesiyle bağlantılı olduğu veya kusur ilkesini güçlendirdiği söylenemez. Bununla beraber manevi zararın tespit ve ispatın zor olması hususları yönünden kusura benzerlik gösterir. Zira kusur kavramının da tespit ve ispatı önemli zorluklar içermektedir[724].

Manevi zarar miktarının tespiti hususunda failin kusurunun derecesi ne kadar önem arz eder? Bu sorunun cevabı doktrinde tartışmalıdır[725]. Birinci görüşe göre kusurun derecesi, manevi tazminatın miktarını belirlemekte bir ölçü olarak kabul edilir. Kusur miktarı arttıkça tazminat miktarı da çoğalmalıdır[726]. İkinci görüşe göre ise kusur ancak sorumluluğun doğmasında gerekli bir unsur olup manevi zararın ve buna bağlı olarak tazminatın miktarının belirlenmesinde ölçü olamaz[727]. Bu görüşe göre tazminat zararın karşılığıdır. Zarar ise failde veya ondan sadır olan kusurda değil mağdurun dünyasında ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak manevi tazminatı oluşturan asıl şey failin kusuru değil mağdurun duygu dünyasının etkilenmesidir. Tazminat kusurun karşılığı değil mağdurun hissettiği elem ve ıstırabın karşılığıdır. Kanaatimizce bu görüşün meseleye metodolojik yaklaşımı isabetli olsa da Türk ve İsviçre Hukukunda kabul edilen maddi tazminatın miktarının belirlenmesinde kusurun miktarının göz önüne alındığını göz ardı etmektedir. Tazminatın belirlenmesinde

---

tehlike sorumluluğunda reddi için hiçbir makul neden yoktur demektedir. **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 256.

722 **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 313.

723 **ATLAN**, Hülya, Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul 2015, s.93.

724 Kusurun tespit ve ispatı kusurun objektifleştirilmesi ile kolaylaşmış bulunmaktadır. **FUCHS/PAUKER**, s.5-6.

725 **ATLAN**, s. 165.

726 **OFTINGER/STARK**, s.421-422; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.506.

727 Bu hususta *Brehm* Fail, mağdurun çektiği acıdan sorumlu olduğu için ödeme yapmalıdır, kusuru olduğu için değil demektedir. **BREHM**, s.522.

kusurun derecesi TBK m. 51/1'de gözetilmektedir. Bu hükmü sadece maddi tazminat için geçerli olarak düşünmek kusur ilkesi sebebiyle kanunun ruhuna; *"...tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler"* ifadesi sebebiyle lafzına, düzenlendiği alt başlık ve madde numaraları sebebiyle kanunun sistematiğine uygun görünmemektedir. Bu konunun önemi ikinci görüşün kusur ilkesini zayıflatması ve manevi zararlar açısından objektif sorumluluğa yaklaşmasındadır. Zira kusur ilkesinin bir yönünü de kusur ile tazminat arasında bir dengenin gözetilmesi oluşturur[728]. Bu hususun gözetilmemesi oldukça küçük bir kusur ile verilen manevi zararlar açısından failin tüm manevi zarardan sorumluluğuna hükmetmeyi gerektirir. Varılan bu neticenin ise kusur sorumluluğunu objektif sorumluluğa yaklaştırdığı ortadadır.

Boşanmaya ilişkin manevi tazminatın düzenlendiği TMK m. 174/2'ye göre: *"Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir."* Bu hükümde de sorumluluk doğrudan kusura bağlanmıştır. Fakat tazminat miktarında kusurun rolüne ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Boşanmaya ilişkin maddi tazminatın düzenlendiği TMK m. 174/1'e göre: *"Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir".* Burada istenebilecek tazminat için uğradığı zarar gibi açık bir ifade yerine *"uygun bir tazminat"* ifadesinin kullanılması dikkat çekicidir. Bu ifadenin kullanılmasının amacının istenebilecek tazminatla kusur dengeleri arasında bağ kurmak olduğu anlaşılmaktadır. Zira maddi tazmin ilişkisi somuttur ve açıkça belirlenebilir bir niteliği vardır. Ancak kanun koyucu bunun yerine uygun bir tazminat istenebileceğini hükme bağlamıştır. Kanun koyucu bu hükümle çok az bir kusur farkıyla tüm tazminatın istenebilmesinin önünü kapatmıştır. Böylece kusurun miktarı istenebilecek maddi tazminatın uygunluğunu belirlemekte bir ölçü olarak kullanılmakta ve tazminatın miktarını etkilemektedir[729]. Bu durum, TBK m. 51/1'deki kusurun tazminatın

---

728 **BAŞ**, Kusur, s. 234.

729 Bir Yargıtay kararında tazminat TMK m. 4'e atıf yapılarak ayrıca hakkaniyete de dayandırılmıştır. İlgili karara göre: *"Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz yada daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, evi birlikte seçeceklerini , birliğin giderlerine güçleri oranlarında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini*

belirlenmesine ilişkin genel hükümle de, uygunluk arz eder. TMK m. 174/1'deki bu anlayış kanunun tazminin belirlenmesinde kusura yaklaşımındaki tutumunu göstermektedir. Aynı yaklaşımın aynı madde hükmünün 2. fıkrasına uygulanması hükmün amacına ve kanunun sistematiğine uygunluk arz eder. Bu sebeple TMK m. 174/2'deki manevi tazminata ilişkin "*…uygun miktarda…"* ifadesinin kusurla bağlantılı olarak belirleneceğini düşünmek kanunun ruhuna, ,sistematiğine, lafzına ve hükmün amacına uygundur.

III. KUSUR İLKESİ VE İLLİYET BAĞI

Kusur ve illiyet bağı kavramları sorumluluğun birbirlerinden farklı unsurları olsalar da aslında sorumluluğun iç içe geçmiş unsurlarıdır. Kusurun olduğu her durumda uygun illiyet bağının da çok büyük oranda mevcut olması bu durumu açıkça göstermektedir. Kast gibi ağır kusurlar halinde tesadüfilik ortadan kalktığı için uygun illiyet bağı olmasa dahi sorumluluk doğar[730]. Bunun anlamı kusur varsa, illiyet bağı unsuruyla ilgilenmeye gerek kalmaksızın her hâlükârda sorumluluğun doğacağıdır. Farklı illiyet teorileri veya kusur kabul edilse de kusurla illiyet bağı arasındaki bu iç içe geçmişliği birbirinden tam olarak ayırmak imkânsızdır. Kusur ve illiyet bağının, ayrıca tahmin ve öngörü kavramlarından hareket etmeye müsait yapısı sebebiyle de benzerlikleri bulunmaktadır. Sorumluluğun bu iki unsurunun irtibatlarından ve bunlar hakkında kabul edilen teorilerden kusur ilkesinin etki alanı ve işlevi etkilenmektedir.

A) İlliyet Bağı Kavramı

Ortaya çıkan zararla davranış veya sorumluluğu doğuran olay arasında sebep-sonuç ilişkisine dayalı bir ilişki bulunmaktadır. Ortaya çıkan zarar illiyet bağıyla davranışa bağlanmaktadır[731]. Bu ilişkiyi açıklayan hukukî olguya illiyet bağı denilir[732]. İlliyet bağı sorumluluk hukukunda kurucu bir unsur ve tazminat hukukunun temel taşlarından birisidir.[733] İlliyet bağı aslında sorumluluk hukukunun temel unsurlarını birbirine bağlayan bir unsurdur. Birbirine bağlanan bu temel unsurlar faile zararın

---

yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir." Yargıtay 2. HD, 14.05.2007 T. 2006/18878 E. 2007/7980 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 26.03.2021).

730 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36.

731 **VON BÜREN**, s.47, s.70; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.76.

732 **VITO**, s.44; **TUNÇOMAĞ**, s. 287; **ERDOĞAN**, s.86; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 234; **REİSOĞLU**, s. 175; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 320.

733 **EREN**, Borçlar Genel, s.607; **VON BÜREN**, s.48, s.70; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 27.

atfedilebilinmesi için[734] sorumluluk hukukunun uygun gördüğü faile nispet edilebilen herhangi bir hukuki olgu ile zarardır. Mesela kusur ilkesinde zarara bağlanan bu hukuki olgu, failin davranışıdır. Sorumluluk akde dayansın veya dayanmasın, kusur ilkesine[735] veya kusursuz sorumluluk hallerine dayansın illiyet bağının varlığı mutlaka aranır[736]. Bu yönüyle illiyet bağının sorumluluğu kurma ve sınırlandırma işlevi vardır. İlliyet bağının varlığının delillerini tazminat talebinde bulunan kimse göstermekle yükümlüdür. Tazmin sorumluluğu illiyet bağı haricine çıkamaz[737].

Sorumluluk hukukunda illiyet bağı[738] genel bir kurucu unsurdur. Bununla beraber sebep sorumluluklarında illiyet bağının önemi ve fonksiyonu daha fazladır. Zira bu çeşit sorumluluk kusur gibi farazi kavramlarla meşgul olmayıp, sorumluluğu olayların illiyetine dayanan bir metot ile tayin etmektedir[739]. Kusursuz sorumluluk ilke olarak, zarara sebep olma düşüncesine dayanır. Dolayısıyla sorumluluk için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında illiyet bağının var olması yeterlidir[740]. Hatta Fransız, Alman ve İsviçre doktrininde sorumluluğun kusura değil illiyet bağına dayanmasından dolayı buna sebep sorumluluğu ismi verilmiştir[741]. Kusur sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 49'da *"... hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren..."* ifadesindeki *"bir fiille", "zarar vermek"* lafızları ile işaret edilen anlam illiyet bağının varlığıdır. Zarar verme durumunun, söz konusu fiil sebebiyle olmuş olması gerekmektedir. TBK m. 49/2'de *"ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren"* lafzının işaret ettiği manada da tazmin yükümlülüğü, ahlâka aykırı bir fiil işleyip fiilin doğurduğu nedensellik ile zarar veren kimseye yüklenmiştir. Böylece

734 Davranışın sonuçlarının faile atfedilmesini illiyet bağı sağlar. Aksi takdirde her şeyin bir tesadüf olarak görülmesi gerekir. Bkz. **WILENMAN**, s.79.

735 **KELLER**, s. 132.

736 **EREN**, Borçlar Genel, s.607 vd.; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 27; **OFTINGER/STARK**, s. 191; **VITO**, s.44.

737 **VITO**, s. 44; **VON TUHR,** Borçlar, s.83, s.92.

738 İlliyet bağı kavramı temelinde felsefi sebep ve tabiî sebep kavramlarına dayanır. Felsefede sonuç, onu meydana getiren tüm şartlardan meydana gelir. Sebep ise tüm bu şartlara denilir. **EREN**, İlliyet, s. 11; **KILIÇOĞLU**, Mustafa, Haksız Fiillerde İlliyet Bağı, YD., C.30, S. 1-2, Y. Ocak-Nisan 2004, s. 28. Her olay aslında kendisini oluşturan sayılamayacak kadar çok şartın bir araya gelmesiyle meydana gelir. Her bir şart olayı meydana getirmek için zorunlu olduğu gibi bir şartın var olmaması durumunda söz konusu olay gerçekleşmez, daha farklı bir surete bürünür ve başka bir olay-netice gerçekleşir. Felsefi sebep kavramı olay için zorunlu nitelikte olan şartların bütünüdür. **DÖNMEZER/ERMAN**, s.477; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.527.

739 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 138; **TUNÇOMAĞ**, s. 287.

740 **EREN**, Borçlar Genel, s. 557-558; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 142; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 138.

741 **OFTINGER/STARK**, s.46.

ahlâka aykırı fiil ve zarar verme olgusu arasında illiyet bağı arandığı açıkça anlaşılmaktadır.

B) Kusur İlkesi Bağlamında Hukukî İlliyet Teorileri

Sebep kavramına verilen farklı manalardan dolayı hukukta farklı illiyet teorileri ortaya çıkmıştır. Hukukta illiyet kavramı, hukukun sorumluluğu kişiye yüklemek için gerekli gördüğü nedensellik ilişkisini ifade eder[742]. Diğer bir tabirle hukuki illiyet, hukukî sorumluluğu kuran, sorumluluk hukukundaki kurucu unsur olan illiyet bağını ifade eder[743].

Hukuki illiyet teorileri sorumluluk ilkeleriyle önemli bir işlevsel bağlantı içerisindedir. O kadar ki sebebiyet sorumluluğunda sorumluluk salt illiyetle kurulur. Bu illiyet için failin davranışından başka kanallarla zarar arasındaki illiyet dahi kabul edildiği için alabildiğine sorumluluk genişler. Tüm sorumluluk ilkelerinde sorumluluğun genişliğini belirleyen ilk daire illiyet bağı dairesidir. Ayrıca illiyet bağı kavramı kusur kavramıyla da önemli derecede irtibatlı ve bazı teorilere göre iç içe geçmiş bir halde bulunmaktadır. Bu itibarla illiyet bağına ilişkin teorilerin kusura ilişkin sorumluluk ilkeleriyle de derin ve teknik bağlantıları vardır.

1. Şart Teorisi ve Kusur İlkesiyle Bağlantısı

Şart teorisi tâbiî ve felsefî sebep kavramı üzerinden hareket etmektedir[744]. Felsefede sebep bir olayı meydana getiren şartlar bütünüdür. Şart teorisi hukuki illiyeti belirlerken felsefî sebep kavramını bir ölçüde genişleterek olayı meydana getiren şartları sebep olarak kabul etmiştir[745]. Şart teorisi olayı meydana getiren her bir şartı sebep olarak kabul etmemekte bu konuda seçici davranmaktadır. Şart teorisinin sebep olarak kabul ettiği şart zorunlu şarttır[746]. Bulunmadığı takdirde fiilen ortaya çıkan sonucun, somut olayda ortaya çıktığı şekilde ortaya çıkmasının düşünülemeyeceği şarta zorunlu şart denilir[747]. Başka bir deyişle somut olayda fiilen meydana gelmiş olan

---

742 **ERİŞGİN**, Medeni, s.96. Nedensellik olmadan sorumluluğun söz konusu olması hakkındaki teorik tartışma için Bkz. **BIENENFELD**, s. 170 vd.

743 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 27.

744 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.75; **EREN**, Borçlar Genel, s. 610; **EREN**, İlliyet, s. 21.

745 **EREN**, İlliyet, s. 21-22.

746 **STARK**, Haftpflichtrecht, s.5-6; **KILIÇOĞLU**, İlliyet, s. 28; **EREN**, İlliyet, s. 22-,24; **EREN**, Borçlar Genel, s.610.

747 **SCHMIDT**, Maurin,Das Aussenverhältnis der Haftung einer Mehrheit von Schädigern im Haftpflichtrecht Ein Haftungsmodell basierend auf der Solidarität, der Anspruchskonkurrenz und der Kausalität, Zürich 2012, s.77-78.

sonuç ancak söz konusu şartın varlığıyla o şekilde ortaya çıkabiliyorsa zorunlu şarttan bahsedilir[748]. Ancak şart teorisi zorunlu şartlar arasında önemlerine göre bir derecelendirme yapmamaktadır. Sonucun meydana gelmesi için zorunlu şartların hepsinin gerçekleşmesi mecbur olduğuna göre her bir zorunlu şart hukuken eşit önemde olmalıdır[749].

Şart teorisine göre bir olay ancak belirli zorunlu şartların bir araya gelmesiyle ortaya çıkabilir. Bu şartlardan biri veya birkaçı bulunmazsa olayda da değişiklik olur ve farklı bir sonuç ortaya çıkar. Bu sebeple her bir zorunlu şart illi nitelik taşımaktadır[750]. Bir adımın diğer adımı atmak için gerekli olması gibi her şart bir diğerini illî kılmaktadır. İşte bu sebeple zorunlu şartlardan birisini bile meydana getiren şahıs açısından hukuki illiyet gerçekleşmiş olur[751]. Olaydaki başka şartların faille ilgisinin bulunmaması veya olaya başka şartların daha sonradan eklenmiş olması bu illiyeti iptal etmez[752]. Ancak bu sonradan eklenen sebepler silsilesi zararlı sonucun ortaya çıkmasına tamamen bağımsız olarak neden olmuşsa önceki illiyeti iptal

---

748 **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 130-131; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.45; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.527; İnsan davranışlarının zorunlu şartı teşkil edip etmediğini tespit etmek güçlük içerebilir. Mesela dükkanına gelen bir müşterisine bazı ayakkabılar için çok az bir kayganlık gösteren bir merdiven hakkında aydınlatmada bulunmayan dükkan sahibinin davranışının zorunlu şart olduğu kanıtlanamaz. Sadece yeterli aydınlatma yapılsaydı düşüşün gerçekleşmeyeceği varsayılabilir. Ancak bu varsayımın doğruluğu nispetinde aydınlatma yapılmamasının sonucun zorunlu şartı olduğu kabul edilebilir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için Bkz. **VITO**, s.45 vd.

749 **DÖNMEZER/ERMAN**, s.477; **EREN**, İlliyet, s. 22-23; **STARK**, Haftpflichtrecht, s.7; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.75; **KILIÇOĞLU**, İlliyet, s. 28.

750 **DÖNMEZER/ERMAN**, s.477; **EREN**, İlliyet, s. 22; **STARK**, Haftpflichtrecht, s.8-9. Zorunlu şartın tespiti farazi hesaplara dayanır. Şöyle ki söz konusu şart olmasaydı ortaya çıkmış olan zarar aynı şekilde çıkar mıydı sorusunun cevabı zorunlu şartı tespit eder. Şayet söz konusu şart olmasaydı somut olay ortaya çıkmazdı denilebiliyorsa veya söz konusu şart olmaksızın somut olayda çıkmış olan zarar aynı şekilde vuku bulmazdı denebiliyorsa zorunlu şarttan bahsedilir. Böyle bir hesap esasında oldukça zor ve varılan sonucun doğruluğu şüphelidir. Bu hesabın yapılması hâkimin takdir yetkisi dahilindedir. Bkz. **EREN**, İlliyet, s. 24; Mesela bir toprak kaymasıyla ortaya çıkan zararda kayan topraklara bir avuç toprak atıp miktarını çoğaltan kişinin fiili zorunlu şart teşkil etmez. Bu kimse zararı meydana getirmeye elverişli veya bunun artmasına katkıda bulunabilecek bir fiilde bulunmamıştır.

751 **DÖNMEZER/ERMAN**, s.477; Şart teorisi, illiyet meselesinin anlaşılmasında ve bununla ilgili problemlerin çözülmesinde oldukça önemlidir. İlliyet probleminin çözümünde hangi illiyet teorisi kullanılsa hepsi zorunlu şart kavramından hareket etmek zorundadırlar. Hukuki illiyeti oluşturan sebep bu zorunlu şartlardan birisi veya birden fazlası olmak zorundadır. Çünkü olayı oluşturan sebepleri zorunlu şarttan daha küçük bir parçaya ayırmak imkânı yoktur. Bunun istisnasını ancak şartları, zorunlu şart olmasalar da sebep kabul eden bir görüş veya felsefi sebep kavramı teşkil edebilir. Mantıkî sebep kavramı ise felsefî sebep kavramından farklı olarak sonucu meydana getiren her şarta sebep ismini vermektedir. Bunlar üzerine hukuki illiyet kurmak ise sorumluluğu olaydan kopacak derecede sınırsızlığa doğru götüren bir anlayış ile mümkün olur. İsviçre Federal Mahkemesi de uygun illiyeti araştırırken mantıki sebep kavramlarını araştırmamaktadır. Bkz. BGE 83 II 410; BGE 87 II 126.

752 **EREN**, İlliyet, s. 22; **DÖNMEZER/ERMAN**, s.478.

edebilir[753]. Bu teorinin en çok eleştiri aldığı nokta her bir zorunlu şartla illiyeti tesis etmesidir. Bu illiyet bağını çok fazla genişletmek olduğu için adalet hislerine aykırı neticeler vermektedir[754].

Şart teorisinde illiyetin tespit edilmesinde iki aşamalı bir yol izlenmektedir. Öncelikle felsefi sebep olan olayı oluşturan şartların bütününü ayırma yoluna gidilerek, bunlar ayrı ayrı sebep olarak kabul edilmiştir. Daha sonra bu sebepler de bir ayrıma tabi tutularak bunların bazıları zorunlu şart olarak kabul edilmiş, ancak bunların illiyeti tesis edebileceği ileri sürülmüştür. Böylece şart teorisi ancak belirli şartları seçip tercih ederek onları illiyet olarak kabul etmektedir[755]. Şart teorisi felsefi

753 Önceki illiyeti iptal eden söz konusu bağımsız illiyetin nasıl olabileceği hakkında Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN**, s.478-479.

754 **TUNÇOMAĞ**, s. 289; **DÖNMEZER/ERMAN**, s.479; Şart teorisinde zorunlu şartın tespiti önem arz eder. Zararlı sonucun ortaya çıkmasına veya artmasına bir katkıda bulunmayan şartlar zorunlu şart olarak değerlendirilmez ve hukuken önem taşımaz. **EREN**, Borçlar Genel, s. 610; Böylece somut olayda bulunan sınırsız sayıdaki şartların sayısı da belirli bir sayıya ulaşmış olur. **KILIÇOĞLU**, İlliyet, s. 28; Zorunlu şart teorisi objektifliğe dayanan sert bir teori olsa da subjektif bir hesaplama ve takdir ile illiyete hukuki bir değer hükmü ortaya konulmaktadır. **EREN**, İlliyet, s. 24; Uygun illiyet bağı teorisinde hâkimin takdir yetkisiyle alakalı bilgi için Bkz. **VON TUHR,** Borçlar, s.91-92; Bu yapılmaksızın şartlar arasında bir ayrım yapmanın imkânsız olması illiyetin subjektif bir mahiyeti olduğuna işaret etmektedir. Zira ya her şarttan sorumluluk kabul edilecektir ya da subjektif değerlendirmelerle şartlar incelenecek ve bunlardan ancak biri veya bazıları zorunlu şart kabul edilip illiyeti oluşturacaktır.

755 İlliyet bağını yok sayan veya zayıflatan teoriler sorumluluk açısından kusur ilkesiyle paralel sonuç verirler. Bunun sebebi şudur: İlliyet bağının varlığından söz etmek mümkün ise sorumluluktan söz etmek mümkün iken illiyet bağı yok ise sorumluluk da söz konusu olmaz. Aynı şekilde illiyet bağının kuvvetli olması sorumluluğun ağırlığını, zayıf olması hafifliğini gerektirir. Kusur ilkesine göre kusur için de aynı durum söz konusudur. Kusur yok ise sorumluluk da söz konusu olmayacağı için kusur ilkesi sorumluluğun doğması ve kapsamı bakımından sınırlayıcı ve de zayıflatıcı bir etkiye sahiptir. Bkz. **LARENZ/CANARIS**, s. 352. Belirli şartları zorunlu şart olarak değerlendirip sadece onları illiyet için tercih etme, olayı meydana getiren birçok şartı yok saydığı için aslında illi netice veren pek çok olayı sorumluluk açısından yok sayma neticesini verir. İlliyet bağlarını yok sayarak yok sayılan illiyetler açısından sorumluluğun doğmasını güçleştirerek kusur ilkesi ile benzer netice vermektedir. Diğer yandan tercih edilen illiyetler ile hukukî illiyeti kabul edilen hukuka aykırı davranış ile ortaya çıkan zarar arasındaki bağ kuvvetlendirilmektedir. Zira olayı oluşturan tüm şartlar değil daha az sayıda ya da tek bir şart tüm zararın sebebi kabul edilmektedir. Aslında felsefi olarak çok sebeplerle ortaya çıkmış olan zararın tek sebebi failin davranışına indirgenmekte failin davranışı ile zarar arasında kuvvetli bir illiyet tesis edilmektedir. Bu ise sorumluluğun illiyet bağının zayıflığı sebebiyle azalmasına engel olmaktadır. Bu durumun sonuç açısından kusur ilkesinin tersine sorumluluğu güçlendirici bir etkisi olduğu görülmektedir; Subjektif değerlendirme ve tercih etme yoluyla illiyet bağının hem zayıfladığı hem de kuvvetlendiği gibi çelişkili gözüken bir durumdan bahsedildi. Aslında bir illiyetin tercih edilmesi birçok illiyetin varlığını değerlendirmeye almayıp onları kabul etmeyerek bu illiyetlere dayanabilecek sorumlulukların önünün kapatılmasına sebep olmaktadır. İşte bu kabul edilmeyen illiyetler açısından zayıflatma hatta yok sayma söz konusudur. Zararlı sonucun sebebi olarak kabul ettiği zorunlu şart açısından ise illiyet bağı kuvvetlendirilmiş olur. Zira yok sayılan diğer illiyetlerin kuvveti adeta bu illiyete bindirilmiştir. Ortada çelişkili bir durum söz konusu değildir. Böylece tercih edilen zorunlu şartlar açısından illiyet bağını kuvvetlendirilmiş ancak kabul edilmeyip ayıklanan illiyetler açısından illiyet bağları yok sayılmış olur.

sebep kavramından hareket etse de böyle bir hareket tarzı ile felsefi sebep kavramından uzaklaşmaktadır.

Şart teorisinin kusur ilkesiyle en önemli bağlantısı sorumluluğun sınırlama noktasında ortaya çıkmaktadır. Şart teorisinin en çok eleştirildiği nokta sorumluluğu aşırıya varacak seviyede genişletmesidir[756]. Zira her zorunlu şart illiyet bağını kurmakta bu da sorumluluğu genişletmektedir. Kusur ilkesi bu noktada bir sınırlama işlevi[757] üstlenerek şart teorisinin söz konusu eleştiriye açık noktasını adeta tamir etmektedir[758]. Zira şart teorisiyle illiyet bağının var olduğuna hükmedilse bile kusur olmadan sorumluluk da doğmayacaktır[759]. İlliyet bağının olması ayrıdır, kusurun olması ayrıdır; sorumluluk ise ancak diğer şartlarla beraber illiyet bağı ve kusurun bir arada bulunmasıyla doğabilir. Şu halde sorumluluğun doğması için her zorunlu şartı teşkil eden husus için ayrı ayrı kusurun gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak kusurun gerçekleştiği zorunlu şartlar için sorumluluk söz konusu olur. Kusur ilkesi şart teorisine göre illiyet bağı kurulabilen birçok olaydan doğan sorumluluğu sınırlayarak[760] teoriye yöneltilen bu eleştiriyi önemli oranda bertaraf etmektedir.

Hukuka aykırılık unsuru da şart teorisinin geniş sorumluluk yelpazesini iki yönden sınırlamaktadır. Bunlardan birincisi normun koruma amacı teorisi sebebiyledir. Buna göre illiyet bağı söz konusu olsa bile, ihlâl edilen normun koruma amacı, somut olaydaki zararın meydana geliş şeklinden korumak değilse, kusuru araştırmaya gerek kalmaksızın sorumluluk doğmayacaktır. Zarar verenin sorumluluğunun doğması için somut olayda meydana gelen tehlike veya zararın, ihlâl edilen hukuk kuralının koruma amacına giriyor olması gerekir[761]. İki kavram farklı

---

756 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.75; **TUNÇOMAĞ**, s. 289; **DÖNMEZER/ERMAN**, s.479; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.45; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 235.

757 **LARENZ/CANARIS**, s. 352.

758 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.75; **DÖNMEZER/ERMAN**, s.480-481.

759 **DÖNMEZER/ERMAN**, s.480; **STRICKLER**, s. 12.

760 **DESCHENAUX**, Henri, Cours sur la partie générale du droit des obligations, Fribourg 1971, s.46-47 (**EREN**, İlliyet, s. 102'den naklen); **DÖNMEZER/ERMAN**, s.480; **TUNÇOMAĞ**, s. 289.

761 **EREN**, İlliyet, s. 30; **OFTINGER/STARK**, s. 182; İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre: Orman yönetmeliğine aykırı olarak kesilen bir ağaçtan bir kimse yaralandı. Ancak yönetmeliğin amacı bireylerin yaşam ve sağlıklarını korumak değil, ormanı korumak olduğu gerekçesiyle sorumluluk olmadığına hükmedildi. BGE 30 II 572.

olmalarına rağmen içtihatlarda[762] ve doktrinde uygun illiyet sorunuyla, normun koruma amacının birbirine karıştırıldığı görülmektedir[763].

İkincisi ise kusur ilkesinin sorumluluğu sınırlama işlevinin hukuka aykırılık unsuru ile beraber ele alınmasıyla ortaya çıkar. Buna göre hukuka aykırı sonuçlar ayrı ayrı değerlendirilerek her söz konusu hukuka aykırı sonuca yönelik kusurun ayrıca aranması[764] sorumluluğu sınırlar. Mesela A, B'ye yumruk atıp kasten yaralamış ve B hastaneye giderken bindiği otobüs uçurumdan yuvarlanmış ve B ölmüştür. Şüphesiz ki şart teorisine göre A'nın attığı yumruk B'nin ölümü açısından zorunlu bir şarttır ve şart teorisine göre illiyet bağı mevcuttur. Zira A yumruk atmasaydı B hastaneye gitmeyecek dolayısıyla trafik kazası da gerçekleşmeyecekti. A'nın B'yi yaralamakta kastı (kusuru) vardır. Ancak B'nin trafik kazasıyla uğramış olduğu zarar açısından kusuru bulunmamaktadır. A'nın kastı B'nin hukuka aykırı sonuç olan trafik kazasıyla ölmesi sonucuna yönlenmemiştir. Dolayısıyla A, B'ye attığı yumruk açısından kusurlu ve sorumlu olsa da B'nin trafik kazası sebebiyle ortaya çıkan ölüm sonucu açısından kusurlu olmadığı için sorumlu değildir. Bahsedilen sebeple şart teorisinin kusur ilkesiyle beraber kullanılabilir bir teori olduğu söylenebilir. Aksi halde sorumluluk aşırı derecede genişler. Kusurlu sorumluluk için kusur ilkesiyle sorumluluk sınırlandırılmış olsa da kusursuz sorumluluk halleri için sorumluluğun aşırı genişlemesi hali devam edecektir[765]. Benzer şekilde hafif ihmalin tespitinde objektif teorinin kabulü sertliğinin derecesine göre kusursuz sorumluluğa yaklaşan neticeler verdiği için şart teorisi bu alanda da sorumluluğun aşırı genişlemesine sebep olabilir. Hatta kast açısından da hukuka aykırılık şuurunu aramayan görüşün daha çok objektif sorumluluğa yaklaşan bir yapı arz etmesi sebebiyle şart teorisinin bu görüşle beraber uygulanması sorumluluğun fazlaca genişlemesine sebep olabilir. Bu itibarla şart teorisinin ancak kusur ilkesiyle ve kusur ilkesini daha güçlü tutmaya yönelik kusur

---

762 Bununla ilgili bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararında güvenlik yönetmeliklerine uymayan, elektrikli cihaz ithal edip bunların satışını yapan firmaya dava açan davacıların davasını haklı olarak reddetti. Fakat mahkemenin red gerekçesi şuydu: İhlal edilen yasal yükümlülükler zarar gören tarafın ekonomik menfaatlerini korumak için çıkarılmadıysa uygun illiyet bağı yoktur. Aslında mahkeme güvenlik yönetmeliklerinin koruma amacı dışında bir zarar gerçekleştiği için bunu reddetmeliydi. Bkz. BGE 94 I 643.

763 **VITO**, s. 21-22. Ayrıca normun koruma amacının sorumluluğu sınırlamakta uygun illiyete göre daha önemli olması gerektiği hususunda Bkz. **VITO**, s.58; Normun koruma amacı üç yönden tespit edilir. Bunlar yaralanan kişinin korunan insan gurubundan olup olmadığı, ihlâl edilen davranış normunun ilgili yasal mülkiyeti korumak isteyip istemediği ve ilgili davranış yükümlülüğünün karşıladığı tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığıdır. **VITO**, s. 20.

764 **DÖNMEZER/ERMAN**, s.481-482.

765 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.75; **DÖNMEZER/ERMAN**, s.482; **TUNÇOMAĞ**, s. 289.

teorileriyle beraber uygulanabilir bir yapısı vardır. Bu sebeple şart teorisinin kusuru daha çok iradede arayan bir anlayışla ve özellikle ihmalin tespitinde kusuru subjektif olarak değerlendiren görüşlerle uygulanması daha kabul edilebilir sonuçlar verir[766].

2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi ve Kusur İlkesiyle Bağlantısı

Olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türdeki bir zararı mahiyet ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye elverişli olan veya en azından söz konusu zararı doğması veya zararın çoğalması ihtimalini objektif olarak artıran zorunlu şart ile söz konusu zararlı sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denir[767]. Bu teoriye göre şart somut olayda ortaya çıkan zararlı sonucu meydana getirmeye genel olarak elverişli ise, şartla sonuç arasındaki bağ genelleştirilecek nitelikteyse uygun illiyet bağı söz konusudur[768]. Federal mahkemenin içtihatlarına göre[769] failin davranışı sonucunda olayda ortaya çıkan türden bir zararı çıkartması olayın olağan seyri ve genel yaşam tecrübelerine göre uygun gözüküyorsa illiyetin de uygunluğu oluşmuş olur[770]. Burada aranan fiilin söz konusu zararı doğurmaya mahiyet itibarıyla uygun olması ve bunda tipiklik olmasıdır[771]. Davranış ile zarar arasına zaman girmiş olması uygun illiyetin varlığına engel olmaz[772]. Olayların tecrübeye uygun cereyan tarzına göre söz konusu netice bu fiilden beklenemiyor idiyse fail bu atipik, illete uygun olmayan sonuçlardan sorumlu tutulmaz[773]. Bu durumda uygun illiyet değil somut olaya has tesadüfi bir illiyet söz konusu olur[774]. Bununla fiil neticesinde son derece hafif bir olasılıkla ortaya

---

766 Benzer şekilde hukuka aykırılığa ilişkin subjektif hukuka aykırılık teorisi veya sonucun hukuka aykırılığı teorileri de sorumluluğu genişletici dolayısıyla kusur ilkesinin aksine sonuç veren teorilerdir. Şart teorisinin bu teorilerle beraber kabul edilmesi de sorumluluğu genişleticektir. Ancak kusur ilkesinin kabulü başlı başına bu genişlemenin önüne önemli derecede set çeker.

767 **OFTINGER/STARK**, s. 110-111; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.76-77; **EREN**, Borçlar Genel, s.612; **EREN**, İlliyet, s.52; **KILIÇOĞLU**, İlliyet, s. 28; **ERİŞGİN**, Medeni, s.96; **STARK**, Ausservertragliches, s.48; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.45 vd.; **TUNÇOMAĞ**, s. 289; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.528; **REİSOĞLU**, s. 175; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 320; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.72; **VITO**, s.52.

768 **EREN**, İlliyet, s.52; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 235; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.45 vd.; **VON TUHR,** Borçlar, s.90; **BREHM**, s. 105.

769 Bkz. BGE 101 I 9-73, BGE 102 II 232-237, BGE 123 III 112. İki küçük oğlunun ölümünden sonra sinir krizi geçirip sakat kalan baba için Federal mahkeme çocukların öldürülmesiyle babanın sakatlığı arasında uygun illiyet bağının gerçekleştiğine hükmetmiştir. Bkz. BGE 112 II 118.

770 **KELLER**, s.81; **BREHM**, s. 103 vd.

771 **KELLER/GABI BOLLIGER**, s. 27-28; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.77-78; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.77; **OFTINGER/STARK**, s. 113.

772 **KELLER**, s.82; **VITO**, s.53.

773 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.72; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.77; **VON TUHR**, Borçlar, s.90; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 38-39.

774 **EREN**, İlliyet, s.52.

çıkabilecek, son derece nadir bir sonucun sorumluluğundan failin korunması düşünülmektedir[775]. Uygun illiyet bağı teorisi, kaynağını olayların normal akışından, ihtimal teorilerinden, tecrübe edilmiş hayat bilgilerinden, hakkaniyet hissinden ve pratik ihtiyaçlardan almaktadır[776]. Bugün İsviçre, Türk, Alman[777] hukuklarında genellikle kabul edilen görüş uygun illiyet bağı teorisidir[778]. Uygun illiyet bağı teorisi genelleştirici bir teoridir[779]. Zorunlu şarttan hareket edip, zorunlu şart ile ortaya çıkan sonuç arasında hayatın olağan akışına göre bir uygunluk arar[780]. Bu uygunluk var ise teoriye göre hukukî illiyet kurularak zorunlu şartın sonuçları genelleştirilir[781]. Uygun illiyet bağı teorisinde zorunlu şart teorisine göre hukuki illiyeti kurmak önemli derecede daha zordur. Zira uygun illiyet bağı teorisinde her zorunlu şart sebep adını alamaz, ayrıca bu zorunlu şartın mahiyetinin zararlı sonucu doğurmaya genel olarak elverişli olup olmadığı da araştırılır[782]. Şartlar arasında uygunluk açısından bir ayrım yapılır[783]. Bu teoriyle failin, kimsenin önceden objektif olarak öngöremeyeceği, ihtimal dışı olağanüstü durumların birleşmesi sonucu tesadüfi şekilde ortaya çıkan

---

775 **KELLER/GABI BOLLIGER**, s. 28; **VITO**, s.52. Mesela A, B tarafından hafifçe yaralanmış olsa, hastaneye giderken bir trafik kazası geçirse veya evinin boş kalmasından dolayı evine hırsız C girse, yaralama fiiliyle kaza geçirme veya evine hırsızın girmiş olması arasında uygun illiyet bağı yoktur. Zira yaralama fiili neticesinde hırsızlığın gerçekleşmesi ya da trafik kazası geçirilmesi arasında hayat tecrübelerine göre, olayların tekrarlama sıklığına göre uygun bir bağ bulunmamaktadır.

776 **EREN**, Borçlar Genel, s.613.

777 **VON TUHR,** Borçlar, s.91; **GMÜR/BECKER**, s. 210.

778 **TUNÇOMAĞ**, s. 289; Çok sayıda Federal Mahkeme kararı uygun illiyet bağını vurgulamaktadır. **GMÜR/BECKER**, s. 210; Bkz. BGE 33 II 564; Bkz. BGE 41 II 94; Bkz. BGE 57 II 39; Bkz. BGE 93 II 337; Bkz. BGE 95 II 107; Bkz. BGE 89 II 250; Bkz. BGE 102 II 237; Bkz. BGE 98 II 291.

779 Genelleştirme olayın sonucunu doğuran şartların, sonuçla bağlantısına dair illiyet bağının kabul edilmesinde, olay özelinde değil genel olarak değerlendirilme yapılması demektir. Şayet söz konusu şartlar, olay özelinde değil hayatın olağan akışı içinde de (genel olarak) aynı cinsten sonucu vermeye elverişli ise uygun illiyetin varlığı kabul edilir. Bkz. BGE 96 II 392-396 Genelleştirme sebebiyle olay özelinde o şart olaydaki sonucu doğurmuşsa bile genel olarak o şart o sonucu doğurmaya uygun değilse illiyet bağının varlığı kabul edilmez. Genelleştirmenin yapılması hakkında detaylı bilgi için Bkz. **STARK**, Haftpflichtrecht, s. 20 vd. İsviçre Federal Mahkemesine göre kusurun ağırlığı ya da hafifliğinin genelleştirme ile ilgisi yoktur. Bkz. **BREHM**, s. 105.

780 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.72; **OFTINGER/STARK**, s. 111 vd., **SCHMIDT**, s.78; **HONSELL/ ISENRING/KESSLER**, s. 38; **BREHM**, s. 104-105.

781 **EREN**, İlliyet, s.52; **STARK**, Haftpflichtrecht, s. 21-22; **OFTINGER/STARK**, s. 111; **BREHM**, s. 105.

782 **EREN**, Borçlar Genel, s.613 vd.; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.72; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 235. Bu uygunluğun tespiti için durumlar arasındaki nedensel ilişkiyi doğrudan tanıyamıyoruz. Bunun için muhtemel farklı illiyet ilişkilerinin kıyaslanması gibi ölçütlerde kullanılmalıdır. Bkz. **STARK**, s. 21.

783 **STARK**, Haftpflichtrecht, s. 10-11; Söz konusu uygunluk belirli bir durumun başka bir durumla ilişkisini temsil eder. Bu ilişki birinci durumun ikincinin doğasının koşullarına neden olma eğiliminde olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. **STARK**, Haftpflichtrecht, s. 20.

zararlardan dolayı sorumlu olmasını engelleme amacı güdülür[784]. Bunun için failin hareketinin zararlı sonuçla arasındaki uygunluğu tespit ederken, objektif ihtimaller, istatistik verileri[785], olayların tekrarlanmasındaki sıklık oranı, hayat tecrübeleri, olayların normal akışına göre ortaya çıkması gereken sonuçlar gibi ölçüler kullanılır[786].

Söz konusu davranışın somut olayda gerçekleşen türden bir zararı ortaya çıkarmaya elverişli olup olmadığına karar verilmesine dair farklı teoriler bulunmaktadır. Bunlar önceden tahmin (*ex ante*) ve sonradan değerlendirme (*ex post*) görüşleridir[787]. Önceden tahmin görüşü zarar verici davranış gerçekleşmeden önce failin bilmesinin mümkün olduğu hususları nazara alarak, somut olaydaki şartın uygun illiyet teşkil edip etmediğini araştırır[788]. Failin bilmesinin mümkün olduğu hususların neler olması gerektiği hakkında da üç farklı görüş vardır. Bilinebilecek hususlar dairesi hakkında bir görüş failin bildiği ve bilmesi gereken[789], diğer görüş fail yerine ortalama bir şahsın bildiği ve bilmesi gereken, diğer bir görüş de üstün yetenekli ideal bir insanın bilebileceği ve bildiği hususları[790] esas almıştır. Sonradan değerlendirme (*ex post*) görüşü ise fiilin işlenmesi anında ya da daha sonradan herhangi bir şekilde bilinebilecek[791] hususları da gözeterek failin hareketi ile sonuç arasında uygun illiyet bağını araştırmaktadır[792]. Hatta hayatın olağan akışına göre daha sonradan gerçekleşmesi umulabilen veya sorumluluğu doğuran olayın başka bir zarar verici sonucu doğurmasını özel olarak kolaylaştırdığı haller dahi bu illiyet teorisinde

---

784 **VON TUHR,** Borçlar, s.90; **EREN**, İlliyet, s.52; İsviçre Federal Mahkemesi istinaî sonuçlar ile failin davranışı arasındaki uygun illiyetin varlığını reddetmektedir. Bkz. **STARK**, Ausservertragliches, s.49.

785 **OFTINGER/STARK**, s. 112-113.

786 **KELLER/GABI BOLLIGER**, s. 27-28; **EREN**, Borçlar Genel, s.614; **OFTINGER/STARK**, s. 113.

787 **OFTINGER/STARK**, s. 115; **EREN**, Borçlar Genel, s.614 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.47; **EREN**, İlliyet, s.87; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.77; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.528.

788 **EREN**, İlliyet, s.87-88.

789 **VON KRIES**, Johann, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben Leipzig , 1888, s. 226-228.

790 Bu iki görüş de objektif önceden tahmin görüşü olarak isimlendirilmektedir. Bilinmesi gereken hususlar açısından ortalama bir insanın esas alındığı görüşü *Thon*, ideal ve üstün yetenekli insanın esas alındığı görüşü ise *Traeger* savunmaktadır. Bkz. **THON**, August, Festrede Gehalten In Der Universitatskirche zu Jena zur Akademischen Preisvertheilung, Jena 1894, s. 22 vd.; **TRAEGER,** Ludwig,Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht, Marburg 1904, s. 150, s. 159 vd.; Ayrıca bilgi için Bkz. **EREN**, İlliyet, s.89 vd.

791 Buradaki bilgi failin bilgisi değildir. Bilgiden kasıt olayın gerçekleşmesinden sonra illiyet uygunluğu değerlendirmesini objektif olarak yapan hâkimin ulaştığı bilgi çerçevesidir.

792 **OFTINGER/STARK**, s. 115; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.78; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 28-29.

sorumluluk kapsamındadır[793]. *Rümelin* tarafından savunulan bu teori uyarınca illiyetin uygunluğu araştırılırken failce bilinen, bilinmesi gereken, fiilin işlenmesiyle ortaya çıkan, mevcut olmakla beraber olayların gelişmesiyle daha sonra bilinebilir hale gelen hususlar da gözetilmektedir[794]. Olay vuku bulduktan sonrası esas alınarak değerlendirme yapıldığı için bu görüş önceden tahmin veya öngörü gibi kusuru çağrıştıran unsurlardan önemli ölçüde uzaklaşmıştır[795].

a) Uygun İlliyet Bağı Teorisinde İlliyet Bağının Kusurla Karıştırılması

Uygun illiyet bağı teorisi failin davranışının genelleştirilerek somut olayda ortaya çıkan türden bir zararı meydana getirmeye veya onu artırmaya mahiyet ve ana temayülü itibarıyla elverişliliği[796] problemi üzerine kurulmuştur. Bu elverişliliğin tespitine ilişkin yukardaki paragrafta önceden tahmine ilişkin teoriler ifade edildi. Elverişliliğin varlığına hükmedilmesinde tam objektif yaklaşım sergilenmemekte, failin durumuna[797], failin söz konusu illiyeti bilmesi, tahmin etmesi, öngörmesi gibi subjektif unsurların varlıklarına bakılmaktadır. Hatta uygun illiyetin varlığı hakkındaki teoriler dahi söz konusu bilginin, tahminin ve öngörmenin ne kapsamda olması gerektiğine dair farklı görüşler üzerine bina edilmiştir. Bilme, öngörme, tahmin etmek gibi subjektif unsurlar ise kusura ilişkin unsurlardır[798]. Bu sebeple söz konusu fiilin sonuca elverişliliği problemi üzerine kurulan bir illiyet anlayışı bu teoriye yöneltilen eleştirilere göre kusur unsurunu önemli derecede illiyet unsurunun içine dahil etmektedir[799].

Tahmin ve öngörü gibi subjektif unsurlar mümkün mertebe objektif olarak değerlendirilmeye çalışılan[800] uygun illiyetin varlığının araştırılmasında neden kullanılmaktadır? Sebep sonuç ilişkisi ile belirli ölçüler dahilinde ulaşılabilir bilgi veya failin öngörü, tahmin seviyesi arasında neden bir alaka kurmak gerekmektedir? Aslında failin bilgi, tahmin ve öngörü seviyesinin, dış dünyadaki sebep sonuç silsilesi

793 **EREN**, İlliyet, s.93.

794 **RUMELIN**, Max, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf-und Zivilrecht, Tübingen 1900, s. 19 vd., s.47 vd., s.97 vd. (**EREN**, İlliyet, s.92-93'den naklen).

795 **OFTINGER/STARK,** s. 115; **EREN**, Borçlar Genel, s.615.

796 **OFTINGER/STARK**, s. 110-111; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.76-77; **EREN**, Borçlar Genel, s.612 vd.; **EREN**, İlliyet, s.52; **KILIÇOĞLU**, İlliyet, s. 28; **ERİŞGİN**, Medeni, s.96; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.528; **BREHM**, s. 105; **STARK**, Ausservertragliches, s.48.

797 **OFTINGER/STARK**, s. 115; **EREN**, Borçlar Genel, s.613 vd.

798 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96; **OFTINGER/STARK**, s. 115.

799 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.47; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 131; **KELLER**, s.86.

800 **EREN**, İlliyet, s.52.

haricinde olduğu açıktır. İşte uygun illiyet bağı teorisi, meseleye bu sebep sonuç ilişkisinin faile isnadının mümkün olabilmesi açısından yaklaşmaktadır. Bu isnat için de failin somut olaydaki sebep sonuç ilişkisi hakkındaki bilgi, öngörü ve tahminini ölçü almaktadır. Teoriyi subjektiflikten ve kusura yaklaşmaktan kurtarmak için de yukarda belirttiğimiz sonradan değerlendirme *(ex post)* görüşü genel olarak tercih edilmekle[801] teorinin objektifliği temin edilmeye çalışılmıştır. Zira sonradan değerlendirme görüşü hukukî illiyeti failin öngörüsünden ve tahmininden soyutlamaktadır. Bu teoride uygun illiyet bağının varlığının araştırılmasında failin değil somut olaydaki davranış ve sonradan ortaya çıkan tüm şartlar hakkında hâkimin bilgisi esastır. Hâkim ayrıca failce daha önceden bilinmeyen, olaydan sonra gerçekleşen, ancak olayların gelişmesiyle ortaya çıkan uygun illiyet değerlendirmesi kapsamındaki bilgileri de bilir. Somut olaya ilişkin failce bilinen her husus zaten hâkimce de bilinir. Bu itibarla hukuki illiyetin varlığı hususunda değerlendirmeyi yapacak olan da hâkimdir[802]. Alman İmparatorluk Mahkemesinin uygulaması hukukî illiyeti son derece objektifleştirerek burada kastedilen bilginin; insanlığın emrinde ve tasarrufunda bulunan bütün bilgi ve tecrübeleri kapsaması gerektiğini yönünde olmuştur[803]. Böylece teori failin öngörüsü ve tahmininden veya salt failin bilgisinden iyice soyutlayarak kusur unsurundan tamamen ayrılmış gözükmektedir[804]. Sonradan değerlendirme görüşü bünyevi istidat gibi durumlarda illiyet bağının kurulmasını da sağlar. Ancak teorinin bununla dahi tam objektif bir yaklaşıma kavuştuğu söylenemez. Zira bu teori meseleye somut olayda gerçekleşen vakalar yönünden değil subjektif bir

---

801 Objektif sonradan değerlendirme görüşü İsviçre- Türk hukuk sistemlerinde hâkim teoridir. Bkz. **EREN**, İlliyet, s.94. Yargıtayın köklü kararlarında ve İsviçre Federal Mahkemesinin meseleyi ele alış tarzında sonradan değerlendirme (*ex post*) görüşüne rastlanır. Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s.616; BGE 80 II 344; BGE 87 II 117/127; Bkz. BGE 81 II 439, BGE 445; 93 II 94. **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 29.

802 **VON TUHR,** Borçlar, s.91.**TUNÇOMAĞ**, s. 290; **EREN**, İlliyet, s.93; **OFTINGER/STARK**, s. 115.

803 BGH 78, 272; BGH 105, 264; Ayrıca Bkz. **EREN**, İlliyet, s. 103-104; Alman Federal Adalet Divanı bu hususta Federal Yüksek Mahkemeden dahi katıdır. **HONSELL/ISENRING /KESSLER**, s. 38-39. Önceden tahmin görüşü ise illiyet sorununu kusurla özdeşleştirmektedir. Ancak sonradan tahmin görüşünün sert uygulanması ise şart teorisine yaklaşan bir sorumluluk anlayışını gündeme getirir. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.47, Ancak bu durumda şart teorisindeki kadar sorumluluk genişlemez. Zira illiyet bağı her şart için değil tesadüfi olmayan hayatın akışına uygun olarak sonuç doğurmuş her şarttan kurulmuş olur. Aslında böyle bir kabulde sorumluluk da çok genişleyemez. Zira kusur ilkesinin, şart teorisindeki sorumluluğu sınırlama işlevi bu durumda da söz konusu olur; İsviçre'de ise evvelden beri hâkimler illiyet bağının varlığını tespit etmekte Almanya'ya göre daha serbesttirler. Bkz. **VON TUHR**, Borçlar, s.90-91; Federal Mahkeme de sonradan tahmin görüşünü kabul etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de sonradan tahmin görüşünü benimsemiştir. Bkz. BGE 81 II 117; Bkz. BGE 80 II 344; Bkz. BGE 70 II 177.

804 **EREN**, İlliyet, s. 119; E*xpost* değerlendirmede failce bilinen ve bilinmeyen tüm temel koşullar göz önüne alınır. Bkz. **STARK**, Ausservertragliches, s.49.

takdir olan bunların zararı doğurmaya uygunluğu yönünden yaklaşmaktadır. Ayrıca bu uygunluğun tespitinde insan bilgisi dışında kalan hususları da değerlendirmenin dışında tutmaktadır[805].

b) Uygun İlliyet Bağı Kavramının Kusuru Kapsaması

Uygun illiyet bağı teorisinde, illiyet bağı unsurunun kendisiyle karıştırıldığı kusur çeşidi ihmaldir[806]. İhmalin oluşumu failin illi sebepler ile bağlantısına ve fail ile irtibat halindeki illi sonuçların birbirine uygunluğu üzerine kuruludur. Kastın oluşumu illi sebeplerden tamamen bağımsızdır. Fail illi sebepleri gözetmeksizin kast iradesine sahip olur. Kastın illiyet bağıyla irtibatı kastın oluşumunda değil, kastın dış dünyada gerçekleştirilmesinde ortaya çıkar. Fail kastını gerçekleştirmek için illi sebepleri kullanır. Bu sebepten ötürü uygun illiyet teorisinde illiyet bağı kavramı ihmali kapsamaktayken, kastı da dolaylı olarak kapsamış olur. Zira kastın illiyet bağını kuvvetlendirebilen bir yapısı vardır.

aa) Kastın İlliyet Bağını Kurması

Olayda gerçekleşen türden hukuka aykırılığa yönelmiş olan kast uygun illiyet bağını kuvvetlendirip kurar. Aslında doktrinde kastın varlığı durumunda uygun illiyet bağı aranmaz denilmektedir[807]. Bununla tabiî illiyetin yeterli olduğu söylenmek istenmektedir. Kastın illiyet bağını kuvvetlendirip, kurduğunu söylemek kanaatimizce daha isabetlidir.

Haksız fiillerde illiyet bağının asıl işlevi davranışı zarara bağlamaktır. Kusur kavramı ise davranış unsuruyla alakalı olup davranışa ilişkin bir çeşit iradedir[808] ya da bizatihi bir davranış tarzıdır[809]. Kast durumunda ise kusur sadece davranışa değil, hukuka aykırı sonuca böylelikle failin uğrayacağı zarara da yönelmiştir. Çünkü kast, failin hukuka aykırı sonucu bilmesi ve onu istemesidir[810]. İşte failin kastı ile mağdurun uğradığı zarar arasında failin zihninde tasavvur ettiği kurgusal bir illiyet vardır. Fail,

---

805 **EREN**, İlliyet, s.93.

806 **VITO**, s.57.

807 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36.

808 **VON TUHR,** Borçlar, s. 381; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418; **VON TUHR/PETER**, s.430

809 **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 225; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.55.

810 **EREN**, Borçlar Genel, s.649; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53; **VON TUHR/PETER**, s.427; **ORHUNÖZ**, s.72; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 153; **ŞEN**, s.405; **KILIÇOĞLU**, Tazminat Hukuku, s. 140; **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 327; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.56 vd.; **AKINCI**, Roma Borçlar, s. 29; **UYGUR**, s. 407; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s. 425-426; **REİSOĞLU**, s. 172; **TUNÇOMAĞ**, s. 282; **ATAMER**, s. 20.

mağduru kastettiği o hukuka aykırı sonuca maruz bırakabilmek için davranış sergileyerek aslında zihninde kurguladığı illiyet bağı mekanizmasını dış dünyada tetikler, böylece illi sebepleri devreye sokar. İşte bu sebeplerin cereyan etmesi neticesinde bir zarar ortaya çıkmaktadır. Hukuki illiyeti oluşturan illî sebepler kusur içeren amacı gerçekleştirmek için araç olarak kullanılmaktadır. İlli sebepler, araç ne olursa olsun, zayıf ya da kuvvetli olsun sonuç failin davranışı neticesinde kastına uygun şekilde gerçekleşirse artık hukuki illiyet kurulmuş olmalı ve failin sorumluluğu gerçekleşmiş olmalıdır. Bu da kastın, hukukî illiyetin kurulmasına yardım etmesinden başka bir şey değildir. Kaldı ki uygun illiyetin araştırılmasındaki önemli bir sebep, faili tesadüfiliğin sonuçlarından korumaktır. Somut olaydaki hukuka aykırılığa yönelmiş kast halinde ise tesadüfilik asla yoktur[811].

---

811 İzah edilen durumu birkaç örnekle somutlaştırmak uygun gözükmektedir. A, B'yi öldürmek ister. Onu öldürmek için B'yi bıçaklamaya karar verir. A, B'yi bıçaklar ve B ölür. Burada hukuka aykırı sonuç B'nin ölümü, kast ise A'nın yapacağı fiil ile B'nin ölümünü daha önceden öngörüp bunu istemesidir. Burada A'nın zihninde tasavvur ettiği kurgusal illiyet ise B'yi bıçaklamasının neticesinde B'nin öleceği faraziyesidir. A kastettiği sonucu gerçekleştirebilmek için, araç olarak hukuki illiyeti oluşturan illi sebepleri kullanacaktır. Zihninde tasavvur ettiği illiyet silsilesini, dış dünyada harekete geçirerek hukuki illiyeti teşkil eden bıçaklama fiilini gerçekleştirecektir. A'nın dış dünyada harekete geçirdiği olaylar silsilesi ise davranışı zarara bağlayan haksız fiilin unsuru olan illiyet bağını teşkil edecektir. Dikkate değerdir ki örneğimizde A'yı temelde sorumlu yapan illiyet bağı değil, A'nın B'yi öldürmek istemesi ve bu sonucu da gerçekleştirmiş olmasıdır. İlliyet bağı sadece bu kastın nasıl gerçekleşmiş olduğuyla ilgilidir. Varsayılsın ki insanların sadece dilemeleriyle birbirlerini öldürmeye güçleri bulunsa, böylece A sadece irade etmesiyle B'yi öldürmeye gücü yetse ve bunun için hiçbir fiil yapmış olmasına gerek olmasa A'nın sadece irade etmesiyle beraber B, sadece A'nın iradesi sebebiyle ölmüş olsa A'nın sorumluluğuna hükmetmek gerekir. Bu faraziyede illiyet bağının olmaması sebebiyle aksinin kabulü kişilerin birbirlerini öldürmelerinden sorumsuzluk anlayışını getirecektir. Bunu kabul etmek ise mümkün değildir. İşte kusur ilkesinde sorumluluk aslında kişinin iradesine ve bunu gerçekleştirmiş olmasına bağlanmıştır. Gerçekleştirme aracı ise illiyet sisilesinden başkası değildir. Bu sebeple kast söz konusu ise kastı gerçekleştirmek için harekete geçilmiş ve bu davranış neticesinde hukuka aykırı sonuç gerçekleşmiş ise, artık illiyet bağı çok zayıfta olsa hukukî illiyetin varlığı kabul edilmelidir. Yeter ki hukuka aykırı sonuç gerçekten o davranış neticesinde gerçekleşmiş olsun ve araya bunu kesecek başka illi sebepler girmesin. Mesela bir apartman dairesinde 5. katta oturan C pencereden elindeki fıstık tanesini rastgele dışarı fırlatsa, kuvvetli rüzgarında etkisiyle çok büyük bir tesadüf sonucu bu fıstık tanesi dışarda bulunan çalışır haldeki dev bir kepçenin düğmesine dokunup kepçe harekete geçip zarara yol açsa, büyük bir tesadüfilik olduğu için birçok illiyet teorisine göre burada fıstığı dışarı fırlatmak somut olayın bir şartı olsa da hukukî illiyet teşkil etmez veya çok zayıf bir illiyet bağı söz konusu olur. Ancak C aynı fıstığı gerçekten kepçeyi harekete geçirmek ve zarara yol açmak için fırlatsa, kastı olsa illiyet bağı açısından durum değişmektedir. Bir fıstık tanesini fırlatıp uzaktaki çalışır durumdaki bir kepçenin düğmesini tutturmak ve devreye sokabilmek normalde gerçekleşmesi çok düşük ihtimaldir ve büyük bir tesadüfilik içerir. Ancak fail bunu istemiş, arzu etmiş ve dış dünyada yaptığı hareketle bir şekilde bu hukuka aykırı sonucu gerçekleştirecek illiyet silsilesini devreye sokabilmiştir. Bu durumda tesadüfilik, düşük ihtimallerin gerçekleşmesi gibi hususlar, hukuki illiyetin kurulmasına sırf kastın varlığı sebebiyle engel olamamaktadır. Zaten hukuki manadaki tesadüfilik de söz konusu değildir. Böylece kast suretindeki kusur, hukuki illiyetin kurulmasına doğrudan tesir etmiş olur. Zira C'nin kastı olmasaydı hukukî illiyeti kurmak oldukça zorlaşacaktı. Kastın varlığı ise hukuki illiyetin kurulmasını kolaylaştırmaktadır. İlliyet bağı çok zayıfta olsa kastı olan fail sorumlu tutulmalıdır. Bunun sebebi nedensel dairede gerçekleşen olaylarla varılan sonucu failin önceden öngörmesi bilmesi ve istemesi ve bunu bizzat gerçekleştirmiş olmasıdır. Nitekim mağdurun bünyevi

Kastın varlığı varken illiyet bağının aranmaması[812] veya kastın illiyet bağını kuvvetlendirerek onu kurması, sorumluluğun doğmasını kolaylaştırır. Böylece kastın illiyet bağını güçlendirmesi[813] kusur ilkesinin müspet sonucu olan kusur varsa sorumluluk da olmalıdır anlayışına uygun sonuç verir. Zira kusur ilkesine göre kusurlu olan kimsenin ortaya çıkan zarardan da sorumluluğu olmalıdır. Sebebiyet ilkesinde de benzer bir durum söz konusudur. Her ne kadar sebebiyet ilkesinde kusurun sorumluluğu kurucu bir rolü olmasa da kastın illiyet bağını etkilemesi söz konusu olursa sebebiyete bağlı sorumluluk da etkilenir. Zira sebebiyet ilkesinde sorumluluk doğrudan illiyet bağının varlığına dayandığı için[814] kastın bu etkisiyle sorumluluğun doğumu da teorik olarak kolaylaşmış olur.

bb) Uygun İlliyetin İhmali Kapsaması

Fail zararlı sonucun gerçekleşmemesi için yeter seviyede dikkat ve özeni göstermemiş böylece hukuka aykırı sonuç gerçekleşmesine yol açmışsa ihmal ortaya çıkar[815]. Dikkate değerdir ki failin ihmali aslında sebep sonuç ilişkisini yeterli seviyede incelememesinden; hangi sebeplerin ne gibi sonuçlara neden olabileceği hakkında yeterli özeni göstermemesinden kaynaklanmaktadır. Hukuk düzeni fail zararlı sonucu istemese bile faili birbirine sebep sonuç ilişkisi ile bağlı sebepleri harekete geçirmemesi gerekirken geçirmesinden, ya da geçirmesi gerekirken geçirmemesinden sorumlu tutmaktadır. Bu sorumluluğu da failin bu sebep sonuç arasındaki ilişkiyi bilmesi-gözetmesi gerekmesi olgusuna bağlamaktadır[816]. Söz konusu sebep sonuç ilişkileri ise olayı oluşturan tüm şartlar değil failin veya ortalama bir insanın öngörüp tahmin edebileceği şartlardır. Böylece ihmal kavramı aslında illiyet bağlantısıyla olayı oluşturan zorunlu şartlar hakkında failce yapılacak bir öngörü ve tedbir ödevine riayet edilmemesine dayanır[817].

---

istidatının çok küçük bir darbeden zarar görmeye müsait olduğu durumlarda, bunu bilmeden zarar veren açısından illiyet bağı yok veya zayıf bir illiyet söz konusuyken zararı kasteden açısından illiyet bağının kurulması aslında kastın illiyet bağını kurmasının bir örneğidir.

812 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36.

813 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36.

814 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **TUNÇOMAĞ**, s. 287.

815 **VON TUHR,** Borçlar, s. 380; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 139-140; **EREN**, Borçlar Genel, s.651; **OĞUZMAN/ÖZ**, s57 vd.; **VON TUHR/PETER**, s.429; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 227; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 153; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.48; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s. 427; **REİSOĞLU**, s. 172; **BERKİN**, s. 171; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53.

816 **CARTIER**, s. 156.

817 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.40.

Uygun illiyet bağının tespit edilmesinde ise failin bildiği, bilebileceği, bilmesi gereken böylece gözetip tedbir alması icap eden tüm bağlantılar zaten gözetilmektedir. Söz konusu illi sebepler uygun illiyet bağını oluşturmaktadır. Böylece öngörülebilirlik kriteri aslında hem ihmal hem de kusur için iki kere ayrı ayrı değerlendirilmiş olmaktadır. Bu durum hukuk tekniği açısından hatalı bir yaklaşım içerir[818].

Yukarda anlatılan sebeplerden ötürü uygun illiyet bağıyla kusur kavramı gizli olarak iç içe geçmiş bir halde doğrusu kusur dairesi tamamen illiyet bağı dairesinin içine geçmiş bir durumda bulunmaktadır. Bu sebepten dolayı doktrinde kusur oluştuğu zaman illiyet bağı araştırmasına gerek olmadığı söylenmektedir[819]. Hatta uygun illiyet bağını en dar ve kusura yaklaştıran şekliyle ortaya koyan *Von Kries*'e ait subjektif önceden tahmin görüşüne[820] göre bile ihmal olan hallerde illiyet bağı da oluşacaktır. Zira teori aynı ihmaldeki gibi failin bildiği ve bilmesi gereken illi sebepleri uygun illiyet olarak nitelemektedir. Bu teoriye göre hukuki illiyetin kurulabileceği şartlar dairesi ile failin ihmal dairesi neredeyse tamamen aynıdır.

Daha objektif olarak meseleye yaklaşan *Von Thon*'un objektif önceden tahmin görüşünde[821] uygun illiyet dairesi, objektif ihmali oluşturan davranış dairesiyle örtüşmektedir. Zira bu görüş objektif ihmaldeki gibi ortalama bir insanın bilgi ve öngörüsüne dayanmaktadır. *Traegger*'in önceden tahmin görüşünde[822] ise tüm koşullar dikkate alınarak artık üstün yetenekli insan esas alındığı için illiyet bağı dairesi objektif ihmal dairesini hem kapsar ayrıca da ondan daha geniştir[823]. Bu sebeple sorumluluk için kusur belirleyici olur ancak illiyet bağı zaten oluşacağı için sorumluluğu belirleyici olmaz[824]. *Rümelin*'in sonradan tahmin görüşünde ise illiyet bağı dairesi sert bir objektif ihmal dairesinden bile çok daha geniş bir dairededir ve onu kapsar[825]. Uygun illiyet bağı teorilerinin hangisi kabul edilirse edilsin uygun illiyet

---

818 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.40.

819 **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36.

820 **VON KRIES**, s. 226-228; Ayrıca bkz **STARK**, Haftpflichtrecht, s. 13 vd.; **VITO**, s.56; **EREN**, İlliyet, s.87-88.

821 **THON**, August, Festrede über Verursachung, Jena 1894 s. 22 vd.; Ayrıca Bkz. **EREN**, İlliyet, s.89.; **STARK**, s. 13 vd.

822 **TRAEGGER**, s. 150, s. 159 vd.; **STARK**, Haftpflichtrecht, s. 13 vd.

823 **TRAEGGER**, s. 159; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96.

824 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96.

825 **RUMELIN**, Max, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf-und Zivilrecht, Tübingen 1900, s. 19 vd., s.47 vd., s.97 vd. (**EREN**, İlliyet, s.92-93'den naklen). Bir sonucu tahmin edebilmek ve öngörebilmek için istiyorsanız, o sonucu oluşturabilecek tüm nedensel ilişkileri de biliyor olmak gerekir. Bkz. **STARK**, Ausservertragliches, s.49; En sert objektif kusur anlayışlarında bile failden böyle bir şeyi beklemek ve ona bunu yüklemek mümkün olmaz. Bu yönüyle illiyet bağı iyice genişleyerek, kusur unsurundan ayrılabilmektedir.

dairesi ihmali tamamen kapsamaktadır. İlliyeti daha geniş alan teorilerde özellikle sonradan tahmin teorisinde hukukî illiyet ihmalden çok daha geniş dairede ortaya çıkmaktadır. Ancak bunun pratik bir sonucu yoktur. Zira kusur ilkesi gereği kusur (ihmal) olmadıkça illiyet bağı var olsa bile sorumluluğu doğurmaz. Şu halde sonradan tahmin görüşünün illiyeti failin öngörü ve bilgisinden soyutlayarak kusurdan uzaklaştırması teorik sonuç vermektedir. Kusur ilkesi söz konusu olduğu müddetçe uygun illiyet bağı kapsamındaki teoriler sorumluluğu ancak kusur dairesinde araştıracaktır[826]. Uygun illiyet dairesi ise kural olarak kusur dairesini kapsayacak veya onu aşacaktır[827]. Aşan kısımlar için de illiyet bağı olsa bile ihmal olmadığı için sorumluluk olmayacaktır[828]. Bu sebeple bahsedilen sebeple doktrinde kusur ilkesi mevcutken uygun illiyet teorisine gerek olmadığı görüşü ortaya atılmıştır[829]. Gerçekten sadece kusur ilkesinin uygulanması uygun illiyet bağı teorisine pratik yönden ihtiyaç bırakmamaktadır. Bu itibarla uygun illiyet bağı teorisinin kusursuz sorumluluk halleri için uygulanmaya daha müsait bir karakterde olduğu savunulmaktadır[830]. Ancak önceden tahmin görüşü kusuru illiyet sorununun içine dahil ettiği için bu teorinin kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanması doğru olmaz[831].

c) Uygun İlliyet Bağına Dair Teorilerin Kusur ve Sebebiyet İlkelerini Etkilemesi

Uygun illiyet bağı teorisinde sonradan değerlendirme *(ex post)* görüşüyle birlikte illiyet bağı ile kusur kavramı arasındaki fark korunmak istenmiş ve kusur ile illiyet bağı kavramları birbirinden ayrılmıştır. Söz konusu ayrımın kusur sorumluluğuna etkisi olduğunu söylemek güçtür. Zira sonradan değerlendirme görüşüyle illiyet bağı genişletilmekte ancak kusur yok ise bu genişletmenin

826 **OFTINGER/STARK**, s. 120.

827 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.40.

828 Sonradan tahmin görüşüyle kusur unsurundaki öngörü ve tahminden bağımsızlaşan illiyet bağı unsuru kusur unsurundan teorik olarak tamamen ayrılmışsa da pratikte sorumluluğu belirlemede sadece kusur unsuru işlevsel olduğu için adeta iki unsur birleşmiş gibi gözükmektedir. Kusur varsa illiyet bağı da zaten olacağı için uygun illiyetin araştırılmasına gerek kalmamaktadır. Bu durum aralarındaki mahiyetsel bağlar nedeniyle kusur ve illiyet bağı unsurlarını aslında tamamen birbirinden ayırmanın imkânsız olduğunu da göstermektedir. Nitekim son şart veya yakın sebep teorileri gibi bazı illiyet teorileri illiyet bağının varlığını araştırmakta bazen kusur unsuruna da müracaat etmektedirler.

829 **DESCHENAUX**, Henri, Cours sur la partie générale du droit des obligations, Fribourg 1971, s.46-47 (**EREN**, İlliyet, s. 102'den naklen); **VITO**, s.57.

830 **EREN**, İlliyet, s. 102.

831 **STARK**, Haftpflichtrecht, s. 14.

sorumluluğu doğurmaya hiçbir etkisi olmamaktadır. İlliyet bağı ile kusur kavramları birbirlerinden ayrılmakta ancak kusur varsa bir önceki başlıkta anlatılan sebeplerle illiyet bağı zaten var olacağı için sorumluluk doğmakta, kusur yoksa illiyet bağı olsa bile bir önem taşımamaktadır. Kusursuz sorumluluk halleri bundan müstesnadır. Böylece bu noktada şart teorisindeki gibi kusur ilkesinin uygun illiyet bağından doğabilecek geniş sorumluluğu sınırlamak gibi bir fonksiyonu ortaya çıkmaktadır[832].

İlliyet bağı için kabul edilen teoriler sorumluluk ilkeleriyle ulaşılan hukuki neticelere tesir ederler. Önceden tahmin teorisi içerisinde gizli bir kusur unsuru bulunması bakımından, kusur ve sebebiyet esaslarının sonuçları açısından önemli benzerliklere neden olmaktadır. Sebebiyet ilkesi kabul edilse ve illiyet bağı teorisi olarak önceden tahmin görüşü kabul edilmiş olsa; kusur ilkesine bağlı sorumluluk anlayışıyla ulaşılacak sonuçlara çok yakın sonuçlar elde edilir[833]. Zira önceden tahmin görüşüne bağlı bir illiyet anlayışı aslında aynı zamanda kusuru da kapsamaktadır. Hatta kusur ilkesiyle günümüzde en çok kabul gören teori olan sonradan tahmin görüşü kabul edilse bile sebebiyet ilkesiyle kabul edilen önceden tahmin görüşü arasında sonuç açısından yine pek bir fark görünmemektedir. Zira sonradan tahmin görüşünde illiyet bağı daha geniş anlaşılsa bile sorumluluğu kusur sınırlayacaktır. Sebebiyet ilkesinde ise sorumluluk çok geniş görünse bile onu da adeta kusur yerine geçen önceden tahmin görüşüyle açıklanan illiyet bağı sınırlar. Böylece her durumda tahmin ve öngörünün sorumluluğu tayin ettiği görülmektedir. Ancak sebebiyet ilkesi söz konusuysa önceden tahmin görüşüyle açıklanan illiyet bağı anlayışında tahmin ve öngörü, bunu illiyet bağı ismi adı altında yapmaktadır.

Yukarda belirtildiği üzere sebebiyet ilkesinde önceden tahmin görüşünün kabul edilmesi sorumluluğa tahmin ve öngörünün böylece adeta gizli bir kusur unsurunun eklenmesi demek olur. Böylece sorumluluğu illiyet bağı kavramının ardındaki kusur

---

832 Gerçekten uygun illiyet bağı kusuru kapsamakta ve ayrıca ondan daha geniş bir dairede bulunmaktadır. Bu sebeple failin kusurlu olduğu tespit edildiğinde illiyet bağı zaten gerçekleşmiş olmaktadır. Uygun illiyet bağının araştırılması metotu sonradan değerlendirme görüşüyle önemli oranda değiştirilmiş tahmin ve öngörü gibi kusura ait kavramlar bu araştırmadan soyutlanmıştır. Böylece uygun illiyet bağı kusurdan uzaklaştırılmış ancak bu durum yeterli gelmemiştir. Zira bu anlayış ile sadece uygun illiyet bağı kavramı, ihmali de tamamen kapsayan ancak geniş bir dairenin içerisinde bulunan bir hale gelmiştir. Bu daire çok daha geniş olsa da sorumluluk açısından kusur ilkesi söz konusu olduğu müddetçe sorumluluğu doğrudan kusur ilkesi belirlemektedir. Şart teorisinde olduğu gibi uygun illiyet bağı teorisinde de kusur ilkesinin sorumluluğu sınırlayıcı bir işlev üstlendiği söylenebilir.

833 **STARK**, Haftpflichtrecht , s. 14.

belirlemeye başlar[834]. Bu ise kurumun mahiyetiyle bağdaşmaz[835]. Adeta kusur ilkesiyle sebebiyet ilkesinin sonuçlarının birbirine eşitlenmesine sebep olur. Kusur ilkesinde ise sonradan tahmin görüşü kabul edilse bile sorumluluğu kusurun varlığı sınırlamakta ve belirlemektedir. Bu sebeplerle illiyet bağında kabul edilen teorinin kusur-sebebiyet ilkesi ile ulaşılan sorumluluk neticelerine büyük etkide bulunduğu görülmektedir. Kusursuz sorumluluk açısından kabul edilen sonradan tahmin görüşü bu durumdan müstesnadır. Zira bu durumda illiyet bağı çok genişleyerek artık içinde tahmin ve öngörüye dayalı gizli bir kusur unsuru barındırmaz ve geniş dairede tespit edilen illiyet bağı sorumluluğun doğması için tek başına yeterli olmuş olur.

Kusurun sorumluluktaki rolüne yönelik kabul edilen ilke ile hukuki illiyetin tayini birbirini önemli derecede etkilemektedir. Özellikle uygun illiyet bağı teorisindeki önceden tahmin görüşlerinde illiyet bağı içerisindeki gizli kusurun varlığı bunu etkilemektedir. Sonradan tahmin görüşünde ise illiyetin kusurdan uzaklaşarak genişlemesi bir mana ifade etmemekte zira sorumluluğu yine kusur belirlemektedir. İlliyet bağı ve kusur kavramlarının mahiyet ve nitelik olarak birbirleriyle bağlantıları ve birinin diğerine etkisi malumdur. Dolayısıyla illiyet teorilerinin her birisi kusur ve sebebiyet ilkelerinde farklı sorumluluk sonuçları doğurur. Ancak uygun illiyet bağı teorisinde illiyet bağı ile kusur arasındaki önemli benzerlik bu hususta özellikle önem arz etmektedir.

3.Son Şart ve Yakın Sebep Teorilerinin Kusur ve Sebebiyet İlkeleriyle Bağlantıları

Ferdileştirici ve tercih edici illiyet teorilerinden bir tanesi son şart teorisidir[836]. Son şart teorisine göre olayı oluşturan zorunlu şartlar arasında zaman itibarıyla bir ayrım yapılmalıdır[837]. Zararlı sonucu meydana getiren zorunlu şartlardan en son gerçekleşene sebep ismi verilir. Daha önce gerçekleşmiş bulunan zorunlu şartlar

---

834 **STARK**, Haftpflichtrecht, s. 14; Öngörü ve tahmin kavramının kusur ve illiyet bağı teorilerinde kullanıldığı malumdur. Federal Mahkemeye göre sonucun öngörü ve tahmini illiyet bağıyla değil kusurla ilgilidir. Bkz. BGE 87 II 127-128.

835 **STARK**, Haftpflichtrecht , s. 14.

836 Ferdileştirici teoriler sonucun meydana gelmesine neden olan şartları, somut olay özelinde değerlendirirler. Bir şart bir sonucu o olay özelinde meydana getirmişse o şartla o sonucun arasında illiyet bağının olduğu kabul edilir. Ferdileştirici teorilerde o şartın, genel olarak nasıl bir sonuç doğuracağı faraziyesi araştırılmaz. Önemli olan somut ortaya çıkmış sonucu, o şartın-şartların meydana getirmiş olmasıdır. Elbette bu illiyet bağının kurulması için yeterli değildir. Ayrıca söz konusu şartlardan hangisi- hangilerinin sonuçla illiyet bağının kurulacağı sorusu gündeme gelir. Burada da şartlar arasında bir tercih etme gündeme gelecektir.

837 **EREN**, İlliyet, s. 35.

itibara alınmaz[838]. Gerçekleşen son zorunlu şart kendisinden önceki tüm zorunlu şartları bertaraf eder[839].

Başka bir ferdileştirici teori olan yakın sebep teorisi hukuki illiyet olarak yakındaki zorunlu şartları tercih etmektedir. Bu teori uzak veya çok uzak illiyetlerin terk edilerek onun yerine zaman itibarıyla daha sonra gerçekleşmiş ve daha önceki uzak illiyetlerin önüne geçen zorunlu şartları tercih etmektedir. Bu teori hukuki illiyeti tesis ederken zararlı sonuca doğrudan doğruya sebep olan zorunlu şartı esas almaktadır[840]. Doğrudan doğruya neden olmanın araştırılmasında sadece zaman kriterine bakılmaz. Ayrıca şart olarak kabul edilen yakın sebebin somut olayda nasıl bir sonuç doğurduğu da incelenir. Bu teori somut olaydaki zararı doğuran birçok farklı sebebin birleşmesi halinde en etkin zorunlu şartı tercih etmektedir. Mesela A ile kavga eden B'nin eline arkadaşı C bıçak vermiş olsa ve B, A'yı bıçakla yaralasa, A'nın uğradığı zarar açısından B'nin bıçaklama fiili yakın sebep olup C'nin bıçak verme zorunlu şartının önüne geçer ve onu keser. Zira B'nin fiili zararı doğrudan doğruya ortaya çıkarmakta iken C'nin fiilinin zarara doğrudan doğruya etkisi yoktur. C'nin fiilinin zararla olan illi bağlantısı B'nin fiilinin zararla olan illî yakınlığının çok arkasında kalmıştır. Bu sebeple bu teori zorunlu şart teorisindeki şartlar arasındaki eşitlik görüşünden ayrılarak zarara doğrudan doğruya sebep olan en ağır zorunlu şartı tespit eder[841]. Bu teoriye göre zarara doğrudan doğruya sebep olan tesirle yetinilmeli uzaklardaki çok sayıdaki neden dikkate alınmamalıdır[842].

Yakın sebep teorisi İslâm Hukuku[843] ve İngiliz- Amerikan[844] hukuk sistemlerinde hâkim teoridir[845]. İngiliz-Amerikan hukukunda bir zorunlu şartın yakın sebep olabilmesi için bunun öngörülebilirlik şartını taşıması gerekir. Öngörülebilirlikten kasıt, failin yaptığı davranışın genel sonuçlarını veya bu davranışla ortaya çıkabilecek zarar türlerini öngörebilir durumda olmasıdır. Ancak zararın kapsamının ve oluşma şeklinin öngörülebilir olması gerekmez[846]. İngiliz Amerikan

838 **EREN**, İlliyet, s. 35; **EREM**, Faruk, Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin; AÜHFD, C.25, S. 3, Yıl 1968, s. 11.
839 **EREN**, İlliyet, s. 35-36.
840 **EREM**, s. 10; **EREN**, İlliyet, s. 36.
841 **KILIÇOĞLU**, İlliyet, s. 28; **EREN**, İlliyet, s. 22-23.
842 **EREN**, İlliyet, s. 36.
843 Bkz. Mecelle m. 90, m. 93; **YILDIZ**, İslam Ansiklopedisi C. 31, İstanbul 2006, s. 429-430; **EREN**, İlliyet, s. 36.
844 **ÖZDEN MERHACI**, s. 200.
845 **EREN**, İlliyet, s. 36.
846 **EREN**, İlliyet, s. 39 vd.; **ÖZDEN MERHACI**, s. 200-201.

Hukuku illiyet bağı kavramını açıklarken öngörülebilirlik arayarak illiyet bağı kavramı içerisine gizli bir kusur benzeri kavram dahil etmiştir. Zira öngörülebilirlik Kıta Avrupası Doktrininde baskın görüşe göre daha çok kusurla irtibatlı bir kavramdır[847]. İngiliz -Amerikan Hukukları ise öngörülebilirlik kavramını davranışın manevi unsuru olarak değil illiyet bağını teşkil eden yakın sebebin oluşmasında bir unsur olarak değerlendirmişlerdir. Zira bu hukuk sistemi illiyet bağı ile kusur unsuru arasında önemli bir bağlantı üzere sorumluluğu tayin etmiştir. Aslında bu yakın sebep teorisinin bu iki unsuru beraberce ele almasından kaynaklanmaktadır.

Son şart teorisinde ve de yakın sebep teorisinde kusur ile illiyet bağının arasında önemli bir bağlantı ortaya çıkmaktadır. Bunun kusur-sebebiyet ilkeleri ile de bağlantısı bulunmaktadır. Şöyle ki yakın sebep teorisi hukuki illiyetin oluşumunda zararın doğumundaki en etkili sebebi ele almakta ancak sonuca dolaylı etki eden doğrudan zararı ortaya çıkarmayan sebepleri değerlendirmeye almamaktadır. Mesela (A)'nın kırdığı kapıdan beş gün sonra hırsız (H) içeri girse (A)'nın kapı kırma fiili ile (H)'nin ortaya çıkaracağı zarar arasında yakın sebep teorisine göre illiyet kurmak zordur. Son şart teorisine göre ise mümkün değildir. Yakın sebep teorisiyle dolaylı fail ile zarar arasında hukuki illiyet kurulması güç görünmektedir. Son şart teorisinde bu imkânsız olur. Sebebiyet ilkesinin esas alındığı bir sorumluluk anlayışında bu durum hukuka aykırı sonuca doğrudan etki eden failin kusursuz, dolaylı etki eden failin kusurlu olması durumunda hakkaniyete aykırı ve kabul edilmesi güç sonuçlara ulaşılmasına sebep olur. Böylece yakın sebep ve son şart teorilerine göre kusursuz doğrudan sebep olanın sorumluluğuna, kusurlu fakat illiyet olarak belirgin şekilde daha uzakta bulunan kimsenin sorumsuzluğu gibi sonuçlara hükmetmek gerekebilecektir. Mesela (A)'nın zehir koyduğu bir yemeği bundan hiçbir haberi olmayan garson (G)'nin yemeği servis etmesi sebebiyle yaralanan (İ)'nin zararından, (G)'nin sorumlu tutulması, (A)'nın ise sorumlu tutulmaması gibi. Kusur ilkesi kabul edilirse son şart ve yakın sebep teorisiyle bu gibi durumlarda hiç kimsenin sorumlu olmaması gibi acayip bir durum söz konusu olur. Zira söz konusu örnekte dolaylı fail (A) için illiyet bağı, doğrudan fail (G) için ise kusur unsuru bulunmamaktadır. Bu durum özellikle son şart teorisinde daha da belirgin hale gelir. Zira yakın sebep

847 **EREN**, İlliyet, s. 39; **OFTINGER/STARK**, s. 115; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96. Ayrıca davranışın manevi unsuru olan iradîliği açıklayan teorilerde davranışın sonuçlarının öngörülebilir olmasını arayan bir görüşte mevcuttur. Bkz. **FIKENTSCHER**, s. 717 vd.

teorisinde illiyetin araştırılmasında sadece zaman kavramına bakılmaz[848]. İlliyetin hatta somut olaya göre kusurun sonucu kurmaktaki ağırlığına da bakılabilir. Ancak son şart teorisinde illiyet zarar ile zararı meydana getiren zaman itibarıyla son olarak gerçekleşen zorunlu şart arasında kurulur. Bu durum özellikle son şart teorisi olmak üzere her iki teori içinde önemli bir tenkittir[849].

Söz konusu problem sebebiyle *Ortmann* son şart teorisinde zorunlu şartı teşkil eden tabiat olayları ve hayvan hareketlerini son şart olarak kabul etmemiş en önemlisi olayı meydana getiren şartlardan kusurlu olanları sebep olarak değerlendirmiştir[850]. *Ortmann*'ın teorisindeki bu düzeltmeleriyle son şart olmasa bile kusur içeren zorunlu şartlarla zarar arasında illiyet bağı vardır. Mesela (A)'nın kasten yaraladığı (B) kan kaybından bitkin düşüp bayılsa, baygınlığı anında onu kurtlar öldürse *Ortmann*'ın teorisindeki düzeltmeleriyle artık (A)'yı (B)'nin ölümünden sorumlu tutmak mümkün olur. Kurtların hareketi hayvan hareketi olduğu için illî bir değer taşımaz, son gerçekleşen sebep (A)'nın (B)'yi yaralama hareketidir. Böylece kusur ile illiyet bağı arasında bu noktada önemli bir bağlantı ortaya çıkmıştır.

Son şart ve yakın sebep teorilerindeki kusurlu dolaylı failin sorumluluğunu kabul etmenin yolu, kusurlu kimsenin hareketini son şart veya yakın sebep olarak kabul etmekten geçmektedir. Nitekim *Ortman* teorisindei tüm düzeltmelerin sonunda temyiz kudretini haiz kusurlu kimselerin hareketini sebep olarak kabul etmiştir. *Ortman*'ın son şart teorisinde kusurlu dolaylı failin sorumluluğunun kabulüne dair düzeltmeler doktrinde kusur ile illiyet bağı gibi birbirinden farklı iki unsurun birbirine karıştırılması olarak değerlendirilerek eleştirilmiştir[851]. Ayrıca kusursuz sorumluluk halleri için bu çözüm tarzının uygulanamaz nitelikte olduğu ileri sürülmüştür[852]. Zira kusursuz dolaylı failin sorumluluğu için illiyet bağı kurmak güçleşmiştir. Fakat kanaatimizce bu imkânsız değildir. Mesela adam çalıştıranın objektif özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi kusur olarak değerlendirilebilir[853]. Böylece objektif özen

---

848 Uygun illiyet bağı teorisine göre de zorunlu şart ile sonuç arasına zaman girmesi illiyetin uygun olmaması yönünde etki eder. Bkz. **VITO**, s.53.

849 **EREN**, İlliyet, s. 36 vd.

850 **ORTMANN**, in Goltdammers Archiv für Strafrecht Band. 23, s. 268 vd. (**EREN**, İlliyet, s. 36'dan naklen)

851 **TRAEGGER**, s.88; **EREN**, İlliyet, s. 38.

852 **EREN**, İlliyet, s. 38.

853 Objektif özen yükümlülüğünün ihlali doktrinde kusura benzetilmektedir. **WIDMER**, s.70; **VITO**, s. 12.

yükümlülüğünün ihlâli olgusu ile, dolaylı fail olan adam çalıştıranın ortaya çıkan zararla illiyet bağının kurulması sağlanır.

Yakın sebep teorisinde kusurun dolaylı failin illiyet bağını kurarak dolaylı failin sorumluluğunu kurmasının en açık örneğini İslâm Hukukunda görmek mümkündür. Hatta bu husus genel bir kaideye bağlanmıştır[854]. Dolaylı failin varlığı halinde, kusursuz doğrudan sebep olan ancak dolaylı failin kusuru yoksa sorumlu olmaktadır. Böylelikle davranışla zarar arasında illiyet bağı zayıf olsa dahi dolaylı failin kusurlu hareketleri onun sorumluluğunu doğurmakta ve kusursuz olarak zarara doğrudan sebep olan ise sorumluluktan kurtulmaktadır.

Kanaatimizce kusur ile illiyet bağının birbiriyle karıştırılması eleştirileri, kusur ilkesinin hâkim olduğu bir sorumluluk anlayışı için uygun kabul edilebilir. Zira illiyet ve kusur sorumluluğu beraberce kurmalıdır[855]. İlliyete dair bir araştırmanın içerisine ayrıca tekrar kusuru dahil etmek iki unsurun birbiriyle karışmasına sebep olmaktadır. Ancak haksız fiilde sebebiyet ilkesinin geçerli olduğu bir sorumluluk anlayışı açısından bu durum kusur ile illiyet bağının birbirine karıştırılması olarak düşünülmemelidir. Zira sebebiyet ilkesinde zaten kusur değil illiyet bağı doğrudan doğruya sorumluluğu kurucu unsurdur[856]. Sorumluluğun kurulmasında kural olarak kusura zaten ihtiyaç yoktur.

Ancak birden fazla fail ve illiyet söz konusuysa ve söz konusu olayda kusur da varsa, kusursuz doğrudan sebep olanın korunması, dolaylı sebep olan kusurlu faile sorumluluğun yükletilmesi hakkaniyet icabıdır. Böyle bir çözüm sorumluluk teorilerinin hukuki gerekçelerine[857] göre de uygun hatta gereklidir. Doğrudan sebep olanın davranışıyla zarar arasındaki illiyet bağı inkâr edilmemekte ancak dolaylı failin hem illi davranışı hem de kusuru olduğu için sorumluluk anlayışı sebebiyetten kusur ilkesine çevrilmektedir. Haksız fiilin beş unsurunu kendisinde barındıran dolaylı failin sorumluluğu, dört unsurunu barındıran doğrudan faile tercih edilmektedir. Bu tarz bir çözüm yakın sebep teorisinin genel anlayışına da uygun gözükmektedir. Zira yakın sebep teorisi sorumluluğu doğuran esas nedeni araştırmakta ve sorumluluğu bu şartın

---

854 Mecelle m. 90, m.93; **YILDIZ**, İslam Ansiklopedisi C. 31, İstanbul 2006, s. 429-430; **EREN**, İlliyet, s. 36.

855 Gerçi uygun illiyet bağı teorisi hakkında, illiyet bağının kusuru kapsaması sebebiyle kusurun var olmasıyla sorumluluk kurulduğu için illiyet bağının sorumluluğu kurmakta fiilen devre dışı kalması tenkiti söz konusudur.

856 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 138; **TUNÇOMAĞ**, s. 287.

857 Sorumluluk ilkelerinin hukuki gerekçeleri hakkında Bkz. 2. bl. §3.

üzerinde kurmaktadır. Aslında kusur da zararlı sonucun ortaya çıkmasını sağlayan ve onun meydana gelmesine etki eden bir kavramdır. Ayrıca kusur ile illiyet bağı arasındaki mahiyet yönünden benzerlikler ve işlevsel ortaklıklar da kusurun illiyet bağı ile ilgili söz konusu tarzda cereyan eden bir problemde araştırılmasını desteklemekte ve bunu makul göstermektedir.

Yakın sebep teorisinde dolaylı failin illiyet bağıyla zarara bağlanmasında kusur unsuru, illiyetin kurulmasına yardım etmektedir. Zira kusuru olmayan dolaylı fail zararı doğrudan ortaya çıkaran sebebin çok gerilerinde kalacaktır. Ancak kusuru varsa bu onun zarara yakınlığını artıracak ve kusur dolaylı faili illi bağlantı içerisine dahil edecektir. Uygun illiyet teorisinde ise dolaylı failin oldukça geniş illi bağlantılarından doğacak sorumluluğun sınırlanması gerekmektedir. Bu işlevi ise kusur ilkesi yapmaktadır. Bu yönüyle uygun illiyet bağı teorisi ve kusur ilkesi arasında dolaylı failin sorumluluğu açısından bir uyum söz konusudur. Böylece hem yakın sebep teorisinde hem de uygun illiyet bağı teorisinde dolaylı failin sorumluluğunu kusur unsuru tayin etmiş olmaktadır. İki farklı illiyet teorisi olmasına rağmen dolaylı failin sorumluluğu onun kusuru çerçevesinde olmakta ve sonuç aynı yere çıkmaktadır. Böylece dolaylı failin sorumluluğunu hem uygun illiyet hem de son şart ve yakın sebep teorilerinde aslında kusur ilkesi illiyet bağından mücerret olarak tek başına belirlemiş olmaktadır[858].

C) Kusur İlkesi Bağlamında Kusur ve İlliyet Bağı Unsurlarının Bağlantısı Hakkındaki Değerlendirmelerimiz

Kusur ve illiyet bağı haksız fiilin farklı unsurlarıdır[859]. Her iki kavram ve sorumluluk hukukundaki işlevleri teorik mahiyettedir. Haksız fiilin ana unsurları olmaları ve teorik mahiyet içermelerinden dolayı aralarında önemli bağlantılar ortaya çıkmaktadır. Bazı durumlarda bu iki kavram birbirine yaklaşmakta ya da önemli ortak noktalar içermekte veya birbiriyle karıştırılmaktadır. Bu iki kavramın arasındaki pek çok bağlantıya illiyet bağı ile ilgili teorileri işlerken konunun temas ettiği yerlerde

---

858 Kusur var ise uygun illiyet zaten mevcut olacağı için uygun illiyet teorisi açısından aslında sorumluluğu kuran kusurdur. Bu uygun illiyet dairesinin ihmal dairesini kapsamasının bir sonucudur. Yakın sebep teorisinde, dolaylı failin fiilini sebebin kendisi olarak değerlendirmek güç olduğu halde kusur bu noktada devreye girerek söz konusu zorunlu şart olan dolaylı failin fiilinin ağırlığını artırmakta ve yakın sebep haline getirebilmektedir. Böylece kusur çerçevesinde illiyet bağı ve böylece sorumluluğu da kurmak mümkün hale gelmektedir. Böylece dolaylı failleri fiilleri bakımından kusur unsuru ve kusur ilkesinin ayrı bir önemi bulunmaktadır.

859 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 136; **YAVUZ**, s. 31; **REİSOĞLU**, s. 163; **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 292 vd.; **ŞENYÜZ**, s.84; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 109, **VITO**, s.72.

değinmiştik. Bununla beraber illiyet bağı ve kusur arasındaki daha genel nitelikteki bağlantılar bu başlık altında incelenecektir.

İlliyet bağı kavramının dış dünyada cereyan eden sebepler silsilesi olması yönüyle objektif bir mahiyet içerdiği akla gelir. Ancak illiyet bağı dış dünyada cereyan etmiş maddi olayların bizatihi kendisi değildir. İlliyet bağı dediğimiz kavram soyuttur. İlliyet bağı objektif mahiyet arz eden maddi olayların arasında bir irtibat olduğuna hükmedilmesidir. Bu irtibatın varlığı ise zihni bir faaliyetle ortaya çıkar ve hükmî bir değer ifade eder[860]. Zihni faaliyetle varılan sonuçlar ve hükümler de subjektiftir. Bu sebeple somut olayın kendisi objektif mahiyet içerse de bu olay ile ortaya çıkan zarar arasındaki irtibatın varlığına dair hükmün subjektif bir mahiyet içerdiği[861] muhakkaktır. Ancak hukukî illiyet kurulurken felsefî sebep kavramına ne kadar yaklaşılırsa illiyet bağı hakkında verilen hüküm de o derecede objektifleşmeye ve somutlaşmaya başlayacaktır.

Kusur kavramı ise dayandığı temelini bazı yazarlara göre iradede[862] bazı yazarlara göre de iradeye dayanan davranışta[863] bulur. Bu durum aslında ihmal için söz konusudur. Kastın iradeye dayandığı hususu ihtilafsızdır[864]. Böylece kusurun irade temelli olduğu görüşündeki yazarlara göre[865] kusur soyut ve subjektif bir kavramdır. Zira irade kavramı subjektiftir. Kusuru davranış tarzı olarak değerlendiren yazarların[866] görüşüne göre de kusuru kısmen irade ile de ilişkilendirilebilmek mümkün olduğu için ihmal suretindeki kusur kısmen soyut mahiyet taşımaktadır. Kusur soyut ve farazi bir kavramdır. Ancak kusurun tanımı davranışla açıklandığı ve iradeden koparıldığı derecede kusur kavramı da objektifleşerek somutlaşmaya başlar.

Kusur ve illiyet bağı kavramlarının aralarındaki teknik bağlantılar, illiyet bağının ve kusurun benzer özellikleri, tespitlerimize göre sorumluluk hukuku bakımından üç noktada önem arz ederler. Birincisi uygun illiyet bağının

860 **DÖNMEZER/ERMAN**, s.482; **EREN**, İlliyet, s. 31-32; **EREN**, Borçlar Genel, s.611.
861 **DÖNMEZER/ERMAN**, s.482; **EREN**, İlliyet, s. 31-32; **EREN**, Borçlar Genel, s.611.
862 **VON TUHR,** Borçlar, s. 381; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418; **VON TUHR/PETER**, s.430.
863 **TUNÇOMAĞ**, s. 280; **EREN**, Borçlar Genel, s.643; **ORHUNÖZ**, s.72; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 326; **GÜNDÜZ**, s. 17; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.422; **NART**, Borçlar, s.53.
864 **KORKMAZ**, s.79.
865 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 54; **SCHWARZ**, Borçlar , s. 108; **WIDMER**, s. 170; **TAHİROĞLU**,Kusursuz, s. 157; **VON TUHR/PETER**, s.430; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418; **VON TUHR,** Borçlar, s. 381; **ORHUNÖZ**, s.72; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.422.
866 **TUNÇOMAĞ**, s. 280; **EREN**, Borçlar Genel, s.643; **ORHUNÖZ**, s.72; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 326; **GÜNDÜZ**, s. 17; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.422; **NART**, Borçlar, s.53.

araştırılmasında, bazı teorilerde failin bilgi, öngörü ve tahminlerine ve bunların kapsamlarına bakılmaktadır. Hatta uygun illiyet teorisi bu anlayış üzerine kuruludur. Öngörme ve tahmin ise kusura ilişkin subjektif unsurlardır[867]. Bu subjektif unsurlar uygun illiyet bağının araştırılmasında da kullanıldığı için bu teoride kusur ve illiyet bağı arasında önemli bir bağlantı kurulmuştur. Bu durum kusur ile illiyet bağının birbirine karışmasına zemin hazırlar. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi öngörü ve tahminin illiyet bağıyla değil kusur unsuruyla ilgili olduğunu söylemektedir[868].

İkinci nokta kusurun varlığının aslında teknik olarak illiyet bağının varlığına dayanmasıdır. İlliyet bağı olmadığı takdirde failin kusurlu davranışı ile mağdurun uğradığı zarar arasında bir bağlantı da kurulamayacağı için mağdurun uğradığı zarar bakımından failin kusuru da söz konusu olmamaktadır. İlliyet bağı hangi sonuçla davranışı birbirine bağlamışsa failin kusuru da ancak o sonuçla ilişkilidir ve ona yönlenmiştir. İlliyet bağı olmadığı sürece o zarar bakımından failin kusurundan da bahsetmek mümkün olmaz.

Üçüncü nokta kusurun varlığının illiyet bağının varlığına etki etmesi bağlamındadır. Kast illiyet bağının kurulmasına yardım edebilmekte veya onu kuvvetlendirebilmektedir[869]. Somut olayda gerçekleşen hukuka aykırılığa yönelmiş olan kast varsa mevcut illiyet uygunluk da arz eder. Aynı zaman da illiyet bağı ihmali kapsamaktadır. Böylece kusur var ise teknik olarak illiyet bağı da gerçekleşmiş olmaktadır[870].

---

867 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96; **OFTINGER/STARK**, s. 115; **WIDMER**, s. 159; **CARTIER**, s. 155.

868 Bkz. BGE 87 II 127-128.

869 Bu konuda *Deutsch* ortaya çıkan zarara ilişkin bir kast var ise illiyet bağı aranmaz demektedir. Yazara göre kastla zarar verme varsa ortaya çıkan zararın fiilin uygu sonucu olup olmadığı önem taşımaz. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96; *Stark* ise ikincil koşulların varlığı sebebiyle fail ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurmanın çok mümkün görünmediği hallerde bu uygun olmayan sonuca kast veya ihmal ile ulaşmak mümkünse uygun illiyet bağı aranmasına gerek kalmaz demektedir. Bkz. **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36; Sorumlulukta illiyet bağı bir unsur olduğuna göre *Deutsch*'un ve *Stark*'ın bu düşüncelerini illiyet bağı olmasa da sorumluluk kurulur olarak değil, illiyet bağı kuvvetlenir olarak anlamak daha doğru olur. Nitekim *Stark* bu durumun kusur ile illiyet bağının eşitlenmesini haklı çıkardığını söylemektedir. Bkz. **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36 dn.20; *Stark*'ın uygun illiyet bağı zayıfken kastın gerçekleşebilmesinden ve bunun uygun illiyeti kurmasından bahsetmesi geniş bir uygulama alanı bulabilir. Ancak illiyet bağı gerçekleşmediği halde ihmalin gerçekleşebilmesinden bahsettiği alan ya yoktur ya da ancak çok dar bir alana isabet edebilir. Bu alan da illiyet bağını en dar olarak kabul eden *Von Kries*'ın uygun illiyet teorisiyle sert bir objektif kusur anlayışının beraberce tatbik edilmesiyle söz konusu olabilir. Bkz. **VON KRIES,** s. 226-228.

870 **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36; **STARK**, Ausservertragliches, s.49.

Gerçekten kusur dolaylı olarak da olsa illiyet silsilesinin içerisinde değerlendirilebilmeye yatkın bir yapıdadır[871]. İlliyet bağı maddi olgular olan sebepler silsilesi arasındaki hükmi bir değerdir. Zararlı sonucun meydana gelmesine sebep olan zorunlu şartlara bu hükmi değer atfedilmektedir. Bununla beraber bazı zorunlu şartların illî sebep olarak tercih edilmesi ile o zorunlu şart ile zarar arasında illiyet bağı kurulmuş olur. İşte bu tercihin yapılmasına dair hukuki yöntem her illiyet bağı teorisinde farklıdır. Önem arz eden son şart, etkin sebep veya yakın sebep teorisi gibi bazı illiyet teorilerinin, kusur kavramını söz konusu zorunlu şartı, illi sebep olarak kabul etmekte kullandığı görülmektedir. Böylece kusur hukuki illiyetin kurulmasına tesir etmektedir. Mesela yakın sebep teorisi zararın ortaya çıkmasına zaman olarak yakın ve en çok etki eden, zararla en doğrudan ve yakın ilişki içerisinde olan zorunlu şartı tercih ederek onu hukuki sebep olarak değerlendirir. Hangi zorunlu şartın zararın ortaya çıkmasına en çok sebep olduğunun tespitinde de zorunlu şart ile zarar arasındaki zaman açısından yakınlık, doğrudanlık, zorunlu şartın çıkardığı etkinin yaygınlığı ve büyüklüğü ve failin kusuru gibi hususlara bakılır. Failin kusur ile bir şeye sebep olması, kusursuz olarak ona sebep olması ile aynı değerlendirilmez. Kusur ile illiyet sorununun birbirinden ayrı olduğu doktrinde ileri sürülse de[872] bu teoriler açısından uygun yaklaşımın kusur ile illiyet sorununu beraberce ele almak olduğu kanaatindeyiz. Mesela bir kişiyi yere düşürmeye nerdeyse hiç elverişli olmayan bir tahtayı yere koyan kimse örneğinde, mağdur gerçekten o tahtaya takılıp düşüp yaralanmış ise fail bunu o kimseyi yere düşürmek için koymadıysa illiyet bağı kurmak oldukça güçtür. Ancak fail gerçekten de mağduru yere düşürmeyi ümit ederek mağduru düşürüp yaralama kastıyla tahtayı oraya koyduysa düşmesine ilişkin zorunlu şart olan tahta koyma fiilinin hukuki illiyet olarak değerlendirilmesi artık zor değildir. Failin düşmesine sebep olan zorunlu şartlardan tahtanın oraya konulmasının temel illi sebep olarak değerlendirilmesi oldukça kolaylaşmıştır. Zira failin kusuru, söz konusu zorunlu şartı ortaya çıkan zarar bakımından oldukça ağırlaştırmıştır. Nitekim böyle bir değerlendirme yapılmasına etkin şart veya yakın sebep teorilerinin mahiyeti de uygundur.

Kusur ile illiyet bağını ayrı kavramlar olarak ele almakta hassas olan uygun illiyet bağı teorisi bile söz konusu sebeplerden dolayı kusur ve illiyet bağı kavramlarını

---

871 **CARTIER**, s. 155; **STARK**, Ausservertragliches, s.49; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36.

872 **EREN**, İlliyet, s. 38.

aslında işlevsel olarak birbirinden ayırabilmiş değildir. Zira kusurun olduğu her durumda illiyet bağı da kesinlikle kurulmuş olur. Mesela yukardaki tahta örneğinde kastın varlığı sebebiyle illiyet bağı aranmaz denilir ki -bu illiyet bağının sorumluluktan saf dışı edilmesi demek olup sorumluluk hukukuyla bağdaşmaz- veya kast illiyet bağını kurar demek zorunda kalınır. Aksi takdir de kastı olan faili sorumlu tutmamak gerekir ki bu sorumluluk hukuku açısından kabul edilebilir bir şey değildir. Keza ihmal durumunda da illiyet bağı önem arz etmeyecek zira her hâlükârda ihmal var ise illiyet bağı da var olacaktır. Zaten bu iki unsuru birbirinden tam olarak ayırmak mümkün değildir. Bu sebeple yakın sebep ve son şart teorilerinin dolaylı failin illiyet bağını kurmakta kullanmasının, kusur unsuruyla illiyet bağı unsurunun birbirine karıştırılması olarak eleştirilmesi kanaatimizce doğru değildir. Bu iki unsuru teoride birbirinden ayıran uygun illiyet bağı teorisi de, pratikte bu iki unsuru birbirine karıştırarak sorumluluğu kurmaktan kurtulamamıştır.

Hal böyle ise bu kavramları birbirinden mutlak ve asla birbiri içene karışmayacak şekilde ayırmakta ne gibi hukuki bir fayda vardır? Zira kusur ilkesinin söz konusu olduğu durumlarda kusur varsa illiyet bağı da zaten olduğu için sorumluluğu sadece kusur kurmakta illiyet bağının sorumluluğu kurmaktaki işlevi sadece teorik düzeyde kalmaktadır. Sorumluluğu sadece kusur unsuru kuruyorsa bu durum aslında illiyet bağının teorik olarak olmasa da fiili olarak kusur unsuru içerisine karıştığına işaret etmektedir. Bu durumun sadece kusur ilkesinden kaynaklandığını söylemek de güçtür. Zira illiyet bağı haksız fiilin ayrı bir unsurudur ve tüm sorumluluk ilkelerinde sorumluluğu kurmakta önemli bir yeri vardır. Kusur ilkesinin sorumluluğu kurma anlayış ve tekniğinde de illiyet bağı kavramına son derece önem verildiği halde illiyet bağı fiiliyatta bu önemi haiz olmaktan mahrum kalmaktadır. Zira kusur var ise illiyet bağı da var olacağı için ayrıca aramaya gerek kalmayacak; kusur yok ise illiyet bağının varlığı sorumluluğu tek başına kuramayacağı için illiyet bağının varlığını araştırmaya gerek kalmayacaktır. Bu sebeple kusur ilkesinde sadece illiyet bağının zayıflığı, kesilmesi[873] gibi noktalar açısından sorumluluğa tesiri olabilecektir. İlliyet bağını fiiliyatta işlevsiz bırakmak ise sorumluluk hukukunun mahiyetiyle bağdaşmaz

873 Failin davranışı ile hasar arasındaki yeterli nedensel bağlantıyı iptal edercesine onun yoğunluğunu artıran veya bunun önüne geçen başka bir nedensel bağlantı ortaya çıktığında davranış ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği varsayılır. Bkz. **FELLMAN**, Band II, s. 17; Ayrıca İsviçre Hukukunda illiyet bağının kesilmesi hakkında detaylı bilgi için Bkz. **BREHM**, s. 114 vd; İlliyet bağının zayıflığını İsviçre Federal Mahkemesi de tazminatta indirim sebebi olarak değerlendirmektedir. Bkz. BGE 47 II 431; BGE 57 II 46.

ve sorumluluk hukukunun temel kabullerine göre mümkün de değildir. Buradan illiyet bağının kusur ilkesine bağlı anlayış içerisinde aslında gizli olarak bulunduğunu anlamak gerekir. Kusur unsuru aranırken gizli olarak illiyet araştırması da yapılmış olur ve sorumluluk da ona göre kurulur. Her ne kadar uygun illiyet teorisi kusur ile illiyet bağı kavramları arasındaki benzerliği objektif sonradan değerlendirme *(ex post)* görüşüyle teorik olarak ayırmış olsa da fiili olarak sorumluluğu sadece kusur unsuru belirlemektedir. Zira uygun illiyet anlayışında ya kusur araştırması yeterli olduğu için illiyet bağı aranmamaktadır – ki bu sorumluluk hukukunun mahiyetiyle bağdaşmaz- ya da kusur unsurunun içerisine aslında gizli olarak illiyet bağı da yerleştirilmiştir. Bütün bu sebeplerle uygun illiyete dair (*ex post*) değerlendirmede dahi kusur ile illiyet bağı isim, kavram ve unsurları bakımından birbirinden iyice ayrılmış ancak fiiliyatta bunlar üst üste binmiş iç içe karışmış şekilde bulunmaktadır. Böylece uygun illiyet teorisinin bu kavramları ayırmaktaki hassasiyetine ve bunu teorik düzeyde başarmış olmasına rağmen pratik düzeyde bu kavramlar birbirinden tamamen ayrılabilmiş değildir. Bütün bu durum uygun illiyet bağı dairesinin kusur dairesini kapsamasından kaynaklanmaktadır.

Uygun illiyet bağı genelleştirici bir teori olup somut olaydaki davranışın uygun sonucunu somut olaydaki cereyan ediş tarzına göre değil hayatın genel akışına göre farazi olarak değerlendirir[874]. Kusur kavramı da farazi bir kavram olup sorumluluğu aslında somut olaydaki vakalara dayanarak değil bunlar hakkındaki bir takdir hükmüne göre belirler. Böylece kusur ilkesi ve uygun illiyet teorilerinin sorumluluğu belirlemede doğrudan sebep sonuç ilişkisine dayanmayarak farazi bir değerlendirmeye göre sorumluluğu tayine yaklaştıkları görülmektedir. Ferdileştirici illiyet teorileri ise illiyet bağını zorunlu şartların somut olayda ne gibi sonuçlar doğurduklarına bağlı kalarak tespit etmektedirler. Somut olayda ortaya çıkmış olan neden sonuç ilişkileri illiyet bağını tayin etmektedir. Sebebiyet ilkesindeki temel mantık da genellemelerden uzak durup, nasıl olursa olsun zarara sebep olmuş düşüncesine dayandığı için ferdileştirici illiyet teorileri ve sebebiyet ilkesi kanaatimizce mahiyet olarak bir çeşit uyum içerisindedirler. Uygun illiyet bağı teorisinin kusursuz sorumluluğun mahiyetine uygun bir karakter arz ettiği doktrinde söylense de[875] ferdileştirici illiyet teorilerinin kusursuz sorumluluk alanında kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

---

874 **STARK**, Haftpflichtrecht , s. 20 vd.; **EREN**, İlliyet, s.52.

875 **EREN**, Borçlar Genel, s.616-617; **EREN**, İlliyet, s. 102; **BREHM**, s. 126.

IV. KUSUR İLKESİ VE HUKUKA AYKIRILIK

A) Hukuka Aykırılık Kavramı

Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru TBK m. 49'da *"...kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren..."* ifadesiyle açıkça belirtilmiştir. Ancak kanunda hukuka aykırılığın tanımı yapılmamış ve hangi fiillerin hukuka aykırı olduğunun tespiti hususunda bir kıstas belirtilmemiş, bu husus uygulama ve doktrine bırakılmıştır[876]. OR Art. 41/1 de de hukuka aykırılık "*widerrechtlich*" terimiyle ifade edilmiştir[877]. BGB § 823 Abs. 1'de ise hukuka aykırılık kavramı somutlaştırılarak, hangi ihlâllerin hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir[878]. BGB § 823 Abs. 1'e göre bir kimsenin hayatına, bedenine, özgürlüğüne, mülkiyetine ve benzeri haklarına zarar vermek hukuka aykırılık teşkil eder[879]. BGB § 823 Abs. 2'de ise hangi ihlâllerin hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmeyerek, mutlak haklar dışındaki üçüncü kişilere verilen zararların da hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca BGB § 826'da kasten[880] ahlâka aykırılığı bir hukuka aykırılık çeşidi saymaktadır[881]. Hukuka aykırılık haksız fiilin bir unsuru olup, haksız fiilden doğan tazminat talebi, kural olarak ancak hukukun ihlâl edilmesiyle ortaya çıkar[882].

Hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için fertlere belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü yükleyen ya da bir davranışı yasaklayan bir norm ihlâl edilmiş olmalıdır. Söz konusu norm bir davranış kuralı niteliğinde olmalıdır[883]. Anayasa ve usul hukuklarındaki çoğu normlar teşkilat kaideleri olup bunlara uymamak haksız fiil

---

876 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 17; **EREN**, Borçlar Genel, s.661-662; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 225; **BAŞALP YILDIRIM**, s. 1018-1019.

877 **GMÜR/BECKER**, s. 201; **GAUCH**, Peter, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, Recht, S. 6, Y. 1996, s. 225.

878 **EREN**, Borçlar Genel, s.662; **KÖTZ/WAGNER**, s.45-46; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 29; **VITO**, s. 12, s. 29; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 155-156, s. 219, s. 225.

879 **FÖRSTER**, s. 330; **MARKESINIS/UNBERATH**, s.49; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 29. *Kötz/Wagner* Hukuka aykırılığın temelde iki işlevi olduğunu söylemektedir. Bunlardan birincisi davranış yasasının koruma kapsamını tanımlayıp belirlemek böylece kusurlu olarak bunları ihlâl edenlerin tazminattan sorumlu olmalarını sağlamaktır. İkincisi ise bir davranışın kolluk kuvvetlerince ya da mahkemelerce ne zaman engellenebileceğini göstermesidir. BGB § 823'de her iki fonksiyonda görülmektedir. Bununla ilgili Bkz. **KÖTZ/WAGNER**, s.50.

880 **LARENZ/CANARIS**, s. 350; **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.53; **KÖTZ/WAGNER**, s.46; **VITO**, s. 13; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.723.

881 **LARENZ/CANARIS**, s. 354, s. 362; Alman Hukukunda BGB § 826 geniş olarak değerlendirilmektedir. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.84; *Förster* BGB § 826'nın temel hareket noktasının adil düşünen herkesin dürüstlük duygusunun ihlâl edecek zararlara karşı kişileri korumak olduğunu söylemektedir. Bu dürüstlük duygusu ve adil düşünce tarzından ortaya çıkan ahlâki hareket tarzı o zamanın şartlarına göre belirlenmelidir. Bkz. **FÖRSTER**, s. 341.

882 **KELLER**, s. 106.

883 **VITO**, s. 13-14.

anlamında hukuka aykırılık sayılmaz[884]. Ayrıca söz konusu davranış kuralı, şahısların şahıs ve mal varlıklarını doğrudan doğruya[885] koruyan emredici nitelikte bir kural olmalıdır[886].

Davranış kuralları genellikle özel hukuk alanında olsa da ceza veya idare hukukları gibi kamu hukuku alanında da bulunabilirler[887]. Özel hukukta fertlere bahşedilen mutlak mahiyetteki haklar; kişilik hakları, aynî haklar, maddi olmayan mallar üzerindeki haklar, fikrî ve sınaî haklardır[888]. Bunların ihlâli davranış kurallarının önemli bir kısmını oluşturur. Bunun dışında hukuka aykırılık bazen nispi hakların ihlâli veya mutlak bir hakkın ihlâli olmaksızın saf davranış tarzı kurallarına uyulmaması yoluyla da ortaya çıkabilir. Örneğin TTK m. 57'de kişilerin haksız rekabette bulunmalarının hukuka aykırı olduğunun düzenlenmesi gibi[889]. Hukuktaki genel ilkeler veya yazılı olmayan hukuk kuralları da davranış kuralları içerebilirler. Dolayısıyla bunlara aykırılıkta hukuka aykırılık teşkil edebilir[890]. Nispi haklar ise prensip olarak ancak borçlu tarafından ihlâl edilebilirler[891]. Ancak bunlar haksız fiil kapsamında değil sözleşme ihlâli kapsamında ele alınırlar[892]. Ancak nispi hak doğuran bir hukukî ilişkide mülkiyet hakkının ihlâli mesela kiralanan eşyanın tahrip edilmesi gibi bir durum söz konusuysa haksız fiil anlamında bir hukuka aykırılık söz konusu olur[893]. Üçüncü kişilerde borçlunun borcunu ifa etmesini, mülkiyete konu olan eşyayı tahrip etmek suretiyle engellerlerse yine hukuka aykırılıktan bahsedilir[894]. Ancak bu

884 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 18; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 14 vd.

885 Mal ve şahıs varlıklarını dolaylı olarak koruyan kaidelerin ihlâli de hukuka aykırılık teşkil eder. Fakat bunlar genellikle ihmali tespit eder tarzda düzenlenmişlerdir. Bkz. **VITO**, s. 15. İlaveten hukuka aykırı sonuç teorisi odaklı düşünülürse, hukuka aykırılık ilgili düzenlemenin ihlâlinden ortaya çıkan sonuçken söz konusu kanuni düzenlemenin ihlâli ise kusur teşkil eder. Böylece dolaylı olarak hakları koruyan normların hukuka aykırılıkla bağı kopartılıp kusurla bağlantısı tesis edilmiş olur.

886 **GUHL**, s. 130; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 19-20; **VITO**, s. 14.

887 **GUHL**, s. 130.; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 208; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 20; **ÖĞÜZ/ ERGÜNE/ ERİŞGİN**, s.59; **KURTULAN**, s.471; **VITO**, s. 15.

888 **VON TUHR/PETER**, s.409; **ÖZTAN**, s.74-75; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 21.

889 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 23-24.

890 **GUHL**, s. 130; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 25; **EREN**, Borçlar Genel, s.665; **ERDOĞAN**, s.82; **ÖĞÜZ/ ERGÜNE/ ERİŞGİN**, s.59; **KURTULAN**, s.471.

891 **VON TUHR/PETER**, s.409; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 22.

892 Sözleşme ihlâli ise haksız fiil teşkil etmez. Bkz. **BRUDERMÜLLER/ELLENBERGER/ GOTZ/GRÜNEBERG/HERRLER/SPRAU/THORN/WEIDENKAFF/WEIDLICH/WICK E**, s. 1390.

893 **VON TUHR/PETER**, s.409; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 22. Bu halde sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışır. Sözleşmelerde tarafların koymuş olduğu davranış kurallarının ihlâli ise TBK m. 49/1 anlamında hukuka aykırılık teşkil etmezler. Bunların ihlâli ilke olarak haksız fiil sorumluluğuna sebep olmaz. **EREN**, Borçlar Genel, s.668. Bkz. BGE 108 II 305-311.

894 **VON TUHR/PETER**, s.409.

durum alacaklı ile borçlu arasındaki nispi ilişkiye değil mutlak hak niteliğindeki mülkiyet hakkının ihlâl edilmesine dayanır[895].

Türk Borçlar Kanunu 49/1'e göre hukuka aykırı sayılan haller, temel koruma normları ile doğrudan korunan hukukî varlıkların ihlâli ile hukukça korunan diğer menfaatlerin veya özel koruma normlarının ihlâlidir. Temel koruma normları bireylerin sahip olduğu ayni hakları, fikri hakları, kişilik haklarını koruma altına alır. Bunlara zarar veren bir davranış temel koruma normunun ihlâli sonucunu doğurur[896]. Ancak bunların zarar gördüğü her olay açısından hukuka aykırılık gerçekleşmez. Örneğin A, fırtınalı bir havada denizde yüzerken ölmüş olsa, A'nın mutlak hakkı ihlâl edilmiş olsa da, buna yönelik bir koruma normu ihlâl edilmemiştir[897]. Özel koruma normları ise mutlak haklar dışında diğer malvarlığı zararlarına ilişkin zararları koruma amacı güderler[898].

B) Kusur İlkesi Bağlamında Objektif ve Subjektif Hukuka Aykırılık Teorileri

Hukuka aykırılığın tespiti hususunda doktrinde objektif, subjektif ve üçüncü hukuka aykırılık teorileri bulunmaktadır[899]. Objektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılık, kişilerin şahıs veya mal varlıklarını korumak amacıyla hukuk düzenince öngörülen objektif nitelikteki emredici kurallara aykırılıktır[900]. Subjektif hukuka aykırılık teorisine göre ise başkasına zarar veren kimsenin bu hususta subjektif bir hakkı bulunmadıkça fiili hukuka aykırı olur[901].

---

895 **VON TUHR/PETER**, s.410.

896 **EREN**, Borçlar Genel, s.668 vd.

897 **EREN**, Borçlar Genel, s.669.

898 **EREN**, Borçlar Genel, s.671 vd.

899 **EREN**, Borçlar Genel, s.659 vd.; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 17; **OFTINGER/STARK**, s. 170-171.

900 **KELLER**, s. 106; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 141; **EREN**, Borçlar Genel, s.660 vd.; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 18; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 207; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 14 vd.; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.432; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 156; **VITO**, s.72-73; **BAŞALP YILDIRIM**, Nilgün, Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler, BÜHFD, C. 14, S. 177-178, s. 303.

901 **EREN**, Borçlar Genel, s.659-660; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 17-18; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 207; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.432, **CARTIER**, s. 11; **VERDE**, Michel Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren, Jusletter, Y. 18 April 2016, s.5-6.

Objektif hukuka aykırılık teorisi ihlâl edilen yazılı veya yazılı olmayan davranış kuralı niteliğindeki bir normun varlığına dayanmaktadır[902]. İhlâl edilen norm temel koruma normları olabileceği gibi özel koruma normu da olabilir. Teori ismini objektif hukukun ihlâl edilmesini temel kabul etmesinden almaktadır[903]. Davranış kuralı objektif niteliklidir[904]. Bu teori ortaya çıkan zararı hukuka aykırılık için yeterli görmemekte, hukuka aykırılık için failin hak durumunu değil, hukuk düzeninin ihlâl edilmiş olmasını esas almaktadır[905]. Alman Hukukunun etkisiyle, Türk-İsviçre Hukuklarında objektif hukuka aykırılık teorisi hâkim görüştür[906].

Subjektif hukuka aykırılık teorisi zarar veren kimsenin bu hususta ki hakkının varlığını araştırır[907]. Hukuka aykırılık unsuruna öznel olarak yaklaşır[908]. Bu teoriye göre failin zarar vermeye ilişkin subjektif hakkı (hukuka uygunluk sebebi yok)[909] ise ve ortaya bir zarar çıkmışsa hukuka aykırılık gerçekleşmiştir[910]. Bu teori ortaya çıkan zararın niteliği ile ilgilenmez. Zarar mutlak hak kapsamındaki bir zarar olabileceği gibi salt ekonomik bir zarar da olabilir[911]. Dolayısıyla sonuç odaklı bir teoridir. Bu teori zararın gerçekleşmiş olmasına odaklandığı için; mutlak hakların ihlâli de, salt ekonomik menfaatleri koruyan hakların ihlâli de birbirlerinden ayırt edilmeksizin hukuka aykırılık teşkil eder[912]. Menfi davranış açısından da sorumluluğu genişletici bir teoridir. Zira bir davranış kuralı ihlâl edilmese bile hukuka uygunluk sebebi olmaksızın bir zarar var ve bu sonuç somut olayın şartları bakımından faile nispet edilebiliyorsa failin hukuka aykırı menfi davranışından bahsedilebilir. Subjektif teoride davranışın mı yoksa sonucun mu hukuka aykırı olduğu tartışmasına dair

---

902 **VITO**, s. 15; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 141; **EREN**, Borçlar Genel, s.660 vd.; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 18; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 207; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 14 vd.; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.432; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 17; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 156-157, s. 161; **VERDE**, s.6.

903 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 160; **KURTULAN**, s.470.

904 **VITO**, s. 17; **KELLER**, s. 106; **VITO**, s.72-73.

905 **KURTULAN**, s.470.

906 **OFTINGER/STARK**, s. 171; **STÖCKLİ**, s. 232; **KURTULAN,** s.470; **EREN,** Borçlar Genel, s.660-661; **VITO**, s. 14 vd; **KOZIOL,** Objektivierung, s.593; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 157-160.

907 **CARTIER**, s.6; **BREHM**, s. 32.

908 **BECKER**, s.442; **BREHM**, s. 32.

909 Hukuka uygunluk sebebi de aslında, birbiriyle çatışan hukukî nitelikteki iki menfaatin dengelenmesi ile ortaya çıkan bir haklardır. Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s. 678; Bkz. BGE 101 II 177.

910 **BREHM**, s. 32; **EREN**, Borçlar Genel, s.659-660; **VON TUHR/PETER**, s.409; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 17-18; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 207; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.432; **KURTULAN**, s.468; **CARTIER**, s.6.

911 **KURTULAN**, s.468; **VON TUHR/PETER**, s.409; **CARTIER**, s.6.

912 **CARTIER**, s.6; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 220.

teoriler de söz konusu olmamaktadır[913]. Ancak subjektif hukuka aykırılık teorisinin, objektif hukuka aykırılık teorisinin bir görünümü mahiyetinde olan sonucun hukuka aykırılığı teorisinden bir derece daha sonuç odaklı ve sorumluluğu genişletici olduğu söylenebilir. Zira objektif teoride hukuka aykırı sonuç olan zarar temelde bir davranış kuralıyla irtibatlandırılırken, subjektif teoride bir davranış kuralı aranmaksızın failin zararı ortaya çıkarmaya hakkının olup olmaması ile irtibatlandırılmaktadır. Fransız Hukukunda subjektif hukuka aykırılık anlayışı benimsenmiştir[914].

Subjektif hukuka aykırılık teorisi ile doğrudan zarara ve failin hak dairesine odaklanıldığı için objektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılığın varlığına daha kolay ve geniş yelpazede hükmedilmektedir[915]. Bu da sorumluluğun doğumunu kolaylaştırmaktadır. Halbuki lafız olarak değerlendirildiğinde sorumluluk hukukunda çoğunlukla objektif yaklaşımların sorumluluğun doğumunu kolaylaştırdığı görülmektedir. Objektif hukuka aykırılık teorisinin bir görünümü olan sonucun hukuka aykırılığı teorisinin de benzer şekilde sorumluluğu genişletici bir anlayışı vardır. Kusur ilkesinin ise sorumluluğu sınırlayıcı etkisi vardır[916]. Bu itibarla subjektif hukuka aykırılık teorisi ve sonucun hukuka aykırılığı teorileri sorumluluğu genişleterek kusur ilkesinin zıttı yönünde sonuç verir. Somut olayda kusur ilkesinin mağdur aleyhine çıkarabileceği ağır sonuçları gidermek için, subjektif hukuka aykırılık teorisi tercih edilebilir.

Sorumluluğu sınırlama işlevi yönünden zıt görünseler de aslında subjektif teori hukuka aykırılık dairesini geniş tutmakla sorumluluğun sınırlanmasını kusur ilkesine, kusur unsurunun varlığına terk etmektedir. Bu yönüyle kusur ilkesinin sınırlama işlevine daha geniş bir uygulama alanı sağlayan bir teori olduğu görülür. Bu teoriye göre daha fazla olay hukuka aykırı olacağı için daha fazla durumun kusur olarak değerlendirilme imkânı ortaya çıkar. Böylece kusur ilkesi daha fazla olay bakımından

---

913 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 220.

914 **EREN**, Borçlar Genel, s.660-661; **VITO**, s. 12; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 157-159. Subjektif Hukuka aykırılık teorisi sorumluluğu genişlettiği için kusur ilkesini zayıflatmakta ve sorumluluk anlayışı sebebiyet ilkesine doğru yaklaşmaktadır. Bununla beraber kusur ilkesine istisna olarak tanınan kusursuz sorumluluk bakımından da Fransız Hukuku diğer kıta Avrupası ülkelerinin hukuk düzenlerine nazaran daha geniş bir uygulamaya sahiptir. Bkz. **BATTESINI**, Eugênio, Tort Law and Economic Development: Strict Liability in Legal Practice, The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics, S. 1, C. 1, Y. 2015, s. 17vd; Ayrıca Fransız Hukukunda haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık ve kusurun rolü hakkında detaylı bilgi için Bkz. **GÖNÜL KOŞAR**, s. 40-49.

915 **CARTIER**, s.6.

916 **LARENZ/CANARIS**, s. 352.

sınırlama işlevi yapar. Neticede sorumluluğun asıl tayininin odak noktasında kusur ilkesi olacaktır. Ancak objektif teoride hukuka aykırı olarak değerlendirilen durumlar azalacağı için kusur olarak değerlendirilebilecek durumlar da azalır. Böylece objektif teoride kusur ilkesi daha az olay bakımından sınırlama işlevi yapar.

Her ne kadar sorumluluğun doğumundaki asıl işlevi iki teori bakımından da kusur ilkesi yapsa da tercih edilen hukuka aykırılık teorisinin kusur ilkesine doğrudan yaptığı bir etkinin varlığından bahsedebiliriz. Bu da söz konusu teorilerin kusur dairesini genişletmesi veya daraltmasından kaynaklanmaktadır. Böylece kusur ilkesinin sınırlama işlevi de bundan etkilenecektir. Hukuka aykırılığı daha geniş tutan teoriler kusur dairesini genişletici, daha dar tutan teoriler kusur dairesini daraltıcı yönde etki yaparlar. Zira kusur, kavram olarak hukuka aykırılığa yönelik kınanabilir davranış[917] veya irade olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılık kavramı genişledikçe ona yönelik kınanabilir davranışlar dairesi de genişlemekte, hukuka aykırılık kavramı daraldıkça kusur dairesi de doğru orantıyla daralmaktadır. Bu genişleyen dairede kınanabilen zarar dairesi de genişlemiş olur.

Böylece hukuka aykırılığı geniş olarak değerlendiren subjektif hukuka aykırılık teorisinde kusur dairesi daha geniş bir daire ortaya çıkabilir. Bunun neticesinde hem daha fazla olay hukuka aykırı olduğu için hem de daha fazla durum kusur olarak kabul edildiği için subjektif teoride kusur ilkesinin sorumluluğu sınırlama işlevi de artmaktadır. Ancak her ne kadar sorumluluğu sınırlama işlevi artmış olsa da subjektif teori ile ulaşılacak sorumluluk dairesi daha geniştir. Zira subjektif teoride hukuka aykırılık dairesi objektif teoriye göre daha geniştir. Kusur ilkesinin söz konusu kuvvetlenmiş sınırlaması ile bu çok geniş sorumluluk dairesi daralarak objektif hukuka aykırılık teorisi sorumluluk dairesine doğru yaklaşmaktadır.

Objektif teoride ise hukuka aykırılık dairesi başlangıçtan daha dardır. Kusur ilkesinin sorumluluğa yönelik bu daireyi daraltma işlevi subjektif teorideki etkisine göre daha azdır. Özellikle salt malvarlığı zararlarının hukuka aykırı kabul edilmesi için özel koruma normu arayan davranışın hukuka aykırılığı bakımından kusur ilkesinin sorumluluğu sınırlama işlevinin daha dar olacağını söylemek gerekir. Zira özel koruma normu yoksa davranış hukuka aykırılık dahi teşkil etmeyecektir ki kusur söz konusu

917 **KOZIOL**, Allgemeiner, s. 117; **KELLER**, s. 115.

olabilsin. Menfi davranışla ortaya çıkan zararlar açısından da benzer bir durum söz konusu olur.

Kusursuz sorumlulukta kusura ihtiyaç olmadığı için söz konusu teorilerin sorumluluğu kurmak ve sınırlamaktaki rolü önemlidir. Kusursuz sorumlulukta hukuka aykırılık, sorumluluğa asıl sebep olan unsur olmaya müsait karakterdedir. Subjektif teori sorumluluğu genişletici anlayışıyla kusursuz sorumluluğun karakteriyle uyum arz eder. Kusursuz sorumlulukta hukuka aykırılık bir unsur olarak kabul ediliyorsa objektif teoriye bağlı davranışın hukuka aykırılığı teorisi ile kusursuz sorumluluğu kurmak oldukça güçleşmektedir[918]. Tehlikeli faaliyetlerde bulunan işletmelerin, yaptıkları faaliyet hakkında gerekli ruhsatları alarak hukuka uygun olarak iş görürken zarar vermeleri buna örnektir. Bu halde sorumluluğu gerekçelendirmek için davranış normunun ihlâli aranmamalıdır[919].

C) Kusur İlkesi ve Kusursuz Sorumluluk Bakımından Hukuka Aykırı Davranış ve Hukuka Aykırı Sonuç Teorileri

Hukuka aykırılığın zarar verici davranışta mı olduğu yoksa zarar verici sonuç ile mi gerçekleştiği tartışmalı bir konudur. Bu tartışma objektif hukuka aykırılık teorisi bakımından söz konusu olmaktadır[920]. Hukuka aykırı davranış ve sonuç teorileri objektif hukuka aykırılık teorisinin kollarıdır. Zira bir objektif bir davranış kuralının varlığına dayanırlar.

Hukuka aykırı davranış teorisine göre hukuka aykırılık failin davranışının içerisinde davranışın bir sıfatı olarak değerlendirilmektedir. Buna göre hukuka aykırılık davranışın içerisinde veya hukuka aykırılığı sağlamakta kullanılan araç bakımından; fail açısından değerlendirilir. Bu teoriye göre hukuka aykırılığın konusunu insan davranışı oluşturmaktadır. Zira hukuka aykırılığın konusu esasında bir normun ihlâlinden ibarettir. Bu normun ihlâli de ancak insan davranışıyla ortaya çıkmaktadır[921]. Bu itibarla hukuk düzenini oluşturan emir ve yasakları çiğneyen her davranış hukuka aykırıdır[922].

---

918 **EREN**, Borçlar Genel, s.672-673.
919 **FELLMAN**, Band III, Bern 2013, s. 14; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 168 vd.
920 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 162 vd.
921 **EREN**, Borçlar Genel, s. 672 vd; **CARTIER**, s.87
922 **EREN**, Borçlar Genel, s. 672 vd.; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 171-172.

Hukuka aykırı sonuç teorisi ise failin davranışı ile değil ortaya çıkan sonuç ile ilgilenmektedir[923]. Bu teoriye göre hukuka aykırılığı oluşturan şey davranış kuralını ihlâl eder mahiyetteki zararlı sonuçtur[924]. Bu teori fiilin sonucundan hareket etmektedir. Bu teoride hukuka aykırılığın tespitinde zararlı sonuç esas alındığı içindir ki sonucun bir insan davranışından veya başka olgu ve olaylardan doğmuş olması önem arz etmez[925].

Hukuka aykırı davranış teorisi, hukuka aykırı sonuç teorisine göre sorumluluğu daraltıcı bir etki göstermektedir. Zira zarar davranış olmaksızın gerçekleşebilir. Ayrıca hareket hukuka uygun olduğu halde bir zarar da gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda hukuka aykırı sonuç teorisine göre hukuka aykırılık gerçekleşmekteyken, hukuka aykırı davranış teorisine göre hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmez. Bu teoriye göre sonucun hukuka aykırı olması yetmemekte davranışın da mutlaka hukuka aykırı olması gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki hukuka aykırı sonuç teorisinin sorumluluğu genişletmesine dair söylenen hususlar, subjektif hukuka aykırılık teorisi için daha fazlasıyla söz konusudur. Zira subjektif hukuka aykırılık teorisi, sonucun hukuka aykırılığı teorisinden de hukuka aykırılığı geniş tutan bir metot üzere sorumluluğu tespit etmektedir[926].

Zararlı sonuç gerçekleşmese de davranış gerçekleşebilir. Dolayısıyla davranışın gerçekleşmesi sonucun gerçekleşmesine göre daha kolaydır ve geniş dairededir. Ancak bu durum, hukuka aykırı davranış teorisinin sorumluluk dairesini

---

923 **EREN**, Borçlar Genel, s. 672 vd.; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 162-163.

924 **VITO**, s. 14; **EREN**, Borçlar Genel, s. 672 vd.

925 **EREN**, Borçlar Genel, s.672-673; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 162-163.

926 Hukuka aykırı davranış teorisiyle hukuka aykırı sonuç teorisi arasında sorumluluğun kurulma tekniği açısından fark temelde şu noktada ortaya çıkmaktadır: Hukuka aykırı davranış teorisinde failin hukuk kuralını ihlâl eder mahiyette bir davranışı olmalı ve bu davranış neticesinde zarar ortaya çıkmalıdır. İlliyet bağı hukuka aykırılık sıfatını haiz davranışla zarar arasında aranmaktadır. Hukuka aykırı sonuç teorisinde ise ortaya çıkan zararlı sonucun, hukuk kurallarına aykırı olması gerekmektedir. Bu hukuka aykırılık sıfatını haiz zararlı sonucun illiyet bağıyla faile atfedilebilmek gerekmektedir. Böylece zararlı sonuca sebep olan davranış hukuka uygun bile olsa ortaya çıkan sonuç hukuk kurallarına aykırılık teşkil ediyor ise hukuka aykırılık söz konusu olur. Yeter ki bu zararlı sonuç illiyet bağıyla failin şahsına atfedilebilinsin. Böylece hukuka aykırı sonuç teorisinin hukuka aykırı davranış teorisine göre iki yönden sorumluluğu genişlettiği görülür. Birincisi hukuka aykırılığı davranışta değil sonuçta arayarak objektif hukuk kurallarının ihlâl edilmiş olması ihtimalini attırmak yoluyladır. Zira sonucun hukuk kurallarını ihlâl ediyor olması -mesela salt malvarlığı zararları açısından- daha muhtemeldir ve kolay gerçekleşir. İkincisi ise zararı, faile failin davranışı kanalıyla bağlanmasını aramayarak fail ile zarar arasında herhangi bir kanalla -mesela mülkiyet veya hâkim bulunduğu bir pozisyon ile illiyet bağı kurulmasını mümkün kılmasıyladır. Bu itibarla sorumluluğu kurma tekniği açısından hukuka aykırı sonuç teorisinin sebebiyet sorumluluğuna ne kadar benzediği görülür. Zira sebebiyet ilkesinde de davranış sorumluluğun bir unsuru olmadığı için zararlı sonucun faile atfedilmesinde failin davranışı kanalının kullanılması zorunlu değildir.

genişletmez. Zira hukuka aykırı davranış gerçekleşse bile zarar gerçekleşmediği sürece sorumluluk söz konusu olmayacağı için hukuka aykırı davranış teorisinin sorumluluğu genişlettiği söylenemez.

Kusursuz sorumluluk hallerinde davranış çoğu kere kusursuz sorumluluk halinin bir unsuru değildir[927]. Davranışın aranmaması hukuka aykırı sonuç teorisini kusursuz sorumluluğun mahiyetine daha uygun hale getirir. Çünkü bu tarz kusursuz sorumlulukta davranışa değil, tıpkı hukuka aykırı sonuç teorisindeki gibi ortaya çıkan zararlı sonuca odaklanılmıştır. Böylece davranışın aranmadığı kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırı sonuç teorisinin özel bir sorumluluğu genişletme etkisi söz konusu olur.

Hukuka aykırı davranış teorisi kusur ilkesinin karakteristiğine uyum sağlamaktadır. Davranış unsuru kusur ilkesine sıkı sıkıya bağlı, kusur ilkesinin sorumluluğu kurma tekniğine uygun ve kusur sorumluluğu bakımından olmazsa olmaz bir unsurdur. Zira zararın faile atfedilmesinde davranış unsuru yolu kullanılarak illiyet bağı davranışla zarar arasında kurulur[928]. Hukuka aykırı davranış teorisinde de davranış adeta hukuka aykırılığın bir unsuru ve şartıdır. Davranış olmaz ise hukuka aykırılıktan ve böylece sorumluluktan bahsetmek mümkün olmaz. Bu sebeple kusursuz sorumluluk halleri için hukuka aykırı davranış teorisini kabul etmek kusursuz sorumluluğun içerisine gizli bir davranış unsuru eklemek demek olur. Bununla beraber bu teorideki davranış unsurunu haksız fiilin unsuru olan davranış unsuruyla birebir eşit olarak değerlendirmemek kanaatimizce daha isabetli olur. Hukuka aykırı davranış teorisinde aranan davranış unsurunu haksız fiildeki davranış unsurundan biraz daha geniş olarak değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple haksız fiilin unsuru anlamındaki davranış söz konusu olmasa bile hukuka aykırı davranış teorisine göre aranan davranış gerçekleşebilmeli böylece hukuka aykırılık unsuru oluşup, sorumluluk doğabilmelidir. Bu aslında illiyet bağı unsuruyla alakalı bir meseledir. Böylece somut olayda zararı doğuran olguya sebep olan aslında somut olaydan daha uzakta yaptığı davranışlar bu bağlamda davranış olarak değerlendirilmelidir. Mesela yapı maliki, binanın yapı ve bakımındaki eksikliklerden sorumludur. Bu çeşit sorumlulukta doğrudan doğruya bir davranış aranmaz malikin mülkiyeti yoluyla zarar malike

927 **TUNÇOMAĞ**, s. 272; **İNAN/YÜCEL**, s. 379; **EREN**, Borçlar Genel, s.673.
928 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.61; **KORKMAZ**, s.95.

atfedilir[929]. Hukuka aykırı davranış teorisi kabul edilerek bu çeşit sorumluluk içine gizli bir davranış unsuru yerleştirilse, kanaatimizce illiyet olarak oldukça uzaktaki bakım yapmamayı ya da eksik bakım yapmış olmayı hukuka aykırılık bakımından bir davranış olarak değerlendirip hukuka aykırılık unsurunun oluştuğuna hükmedebilmek ve bu yolu açarak biraz geniş değerlendirmek gerekir[930]. Böylelikle hem hukuka aykırı davranış teorisi kusursuz sorumluluk hallerinde daha kolay uygulanabilir hale gelir[931] hem de teorinin esas amacından başka kısıtlayıcı sonuçlara ulaşılması da engellenmiş olur[932]. Bunlarla beraber bu teorinin kabul edilmesinin failde bir davranış arayarak sorumluluğu sınırlama ihtimali hep vardır.

Failin davranışı hukuka uygun olsa bile hukuka aykırı sonuç gerçekleşebilmektedir. Mesela tehlikeli bir işletmeyi ilgili makamlardan alınan ruhsat ve izinle işleten kimseye ait işletme sebebiyle tipik zarar gerçekleşmiş olabilir[933]. Bu gibi hallerde failin davranışı yoksa da veya davranışı aldığı izin ve ruhsatlarla hukuka uygun hale gelse de tehlike sorumluluğuna dair unsurlar gerçekleşmişse kusursuz sorumluluk da doğar. İşte hukuka aykırılığın kusursuz sorumluluk hallerinde bir unsur olabilmesi için kusursuz sorumluluk halleri açısından hukuka aykırı sonuç teorisinin geçerliliği kabul edilmelidir[934].

---

929 **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.520; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 164.

930 Başka bir örnek olarak sızıntı yapan bir nükleer işletmeye sahip olmak ve bunun işleticisi konumunda bulunmak bir beden hareketiyle sızıntıya sebep olunmamış olsa bile bu teori kapsamında davranış olarak nitelendirilmelidir. Zaten doktrinde tehlikeli işletmeye sahip olan kimsenin bu işletmeyi işletmek için gerekli ruhsatlara sahip olup olmamasına bağlı olarak bu faaliyetin başında olması davranış olarak değerlendirilmiştir. Ancak teori gerekli izinler alındığı için işletenin davranışını hukuka uygun olarak değerlendirerek sorumluluğu kısıtlama yoluna gitmiştir. Bkz. **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 168 vd.

931 Yapı malikinin sorumluluğunda, binanın yapımında veya bakımında bir eksiklik olması aranmaktadır. Elbette bunlar davranışla veya menfi davranışla ortaya çıkabilecek olgulardır. Bu sebeple bu çeşit sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için uzakta da kalsa, bir davranışa da ihtiyaç vardır. Ancak bu davranış oldukça dolaylı pozisyonda kalmıştır ve sorumluluk yapıya malik bulunmak olgusu üzerinden kişiye yüklenmektedir. Hukuka aykırı davranış teorisi ile bu dolaylı halde kalan davranış unsuru görmezden gelinmemeli, hukuka aykırı davranışın oluştuğu kabul edilmelidir. Hukuka aykırı davranış teorisine katılmıyoruz. Ancak bu teori kusursuz sorumlulukta uygulanacaksa dahi davranışın unsurunun geniş anlaşılması ve uzaktaki davranışlarla sonuç arasında illiyetin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylece failin davranışının varlığı-yokluğu meselesine takılarak kusursuz sorumluluğun bünyesine uymayacak şekilde sorumluluğun gereksiz yere daraltılması ihtimali azalacaktır.

932 Aksinin kabulü halinde davranış aranmayan kusursuz sorumluluk hallerinde bu teoriyle faili sadece bir davranış gerçekleştirdiği zaman sorumlu tutmak mümkün olur. Bu ise davranış aranmayan kusursuz sorumluluk tipinde davranışın aranmamasını tamamen tesirsiz hale getirir. Söz konusu kusursuz sorumluluğun ancak ve ancak davranış unsuruyla gerçekleşebilmesine imkân tanıyarak kurumun mahiyetiyle bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkarır.

933 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 168 vd.

934 **EREN**, Borçlar Genel, s.673.

Kusur ilkesi sebebiyet ilkesine göre sorumluluğu sınırlayıcı etkiye sahip bir ilkedir[935]. Hukuka aykırı davranış teorisinin de hukuka aykırı sonuç teorisine göre sorumluluğu sınırlayıcı etkisi olduğundan yukarıda bahsedildi. Hukuka aykırı davranış teorisinin birçok kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanması güç bir teori olması sebebiyle daha çok kusur ilkesiyle beraber uygulanmaya müsait bir yapısı vardır. Sorumluluğu sınırlayıcı etki oluşturan hukuka aykırı davranış teorisiyle yine sorumluluğu sınırlama işlevine sahip kusur ilkesi uyum içinde beraberce uygulanabilir. Her ikisi de davranış yoluyla zararı faile bağladıkları için kuvvetli bir uyum içerisindedirler. İkisi de sorumluluğu sınırlayıcı sonuç vermeleriyle beraber davranışın hukuka aykırılığı teorisi salt malvarlığı zararları bakımından özel koruma normu araması ve menfi davranış bakımından da davranışa dayalı normatif bir düzenlemenin bulunmasını araması bakımlarından da hukuka aykırılığın oluşma alanını daraltır. Diğer yandan bu durum kusur ilkesinin sınırlama işlevini de daraltmış olur. Zira bu takdirde hukuka aykırı olmayan davranışlar kusurlu da olmayacaktır.

Failin sorumluluk dairesi genişletilmek istenirse hukuka aykırı sonuç teorisi tercih edilmelidir[936]. Subjektif hukuka aykırılık teorisi ise failin sorumluluğunu objektif sorumluluğa en çok yaklaştıran teoridir. Bunu sonucun hukuka aykırılığı

---

935 **LARENZ/CANARIS**, s. 352; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4 vd.; **STARK/OFTINGER**, s.670 vd.

936 Mutlak hakların koruma alanının dışındaki menfaatleri koruyan hukuk normları açısından doktrinde hukuka aykırı davranış teorisinin uygulanması gerektiğini ileri süren karma teori ileri sürülmüştür. Bu teoriye göre mutlak hakların korunması açısından hukuka aykırı sonuç teorisi uygulanmalıdır. Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s.672-673; Mutlak hakların dışındaki menfaatlerin dayandığı normlar açısından hukuka aykırı davranış teorisinin benimsenmesi sorumluluğun bu alanda bir derece daraltılmak istenmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 162 vd.; İsviçre Federal Mahkemesi de karma teoriyi kabul etmektedir. Mahkemeye göre, kişileri koruya bir kanun normunun ihlâliyle bir kimsenin bir malvarlığı menfaati bile zarara uğrasa bu fiil bir haksız fiil teşkil eder. Bkz. BGE 102 II 85-88, BGE 75 II 204.
Kanaatimizce sonucun hukuka aykırılığı teorisini sadece kusursuz sorumluluk hallerine ya da mutlak hak ihlallerine özgü olarak kullanmak kanaatimizce isabetli değildir ve bu düşünce yapısı kusur ilkesinin bir görünümüdür. Gerçekten hukuka aykırı sonuç teorisinin sadece mutlak haklar için veya kusursuz sorumluluk için uygun görülmesi, kusur ilkesi ile bağlantılı olarak ortaya çıkıp şekillenmiş bir düşünce yapısıdır. Zira kusur ilkesi ile beraber hukuka aykırı sonuç teorisinin uygulanması hem sorumluluğu kusur ilkesinin aksine fail aleyhine genişletir hem de haksız fiildeki davranış unsurunu bir nev'i boşa çıkartır. Davranışın aranması ise kusur ilkesinin esas karakteristiğidir. Kusur ilkesi failin davranışı yoluyla zarar arasında illiyet bağı kurulmasını öngören bir sorumluluk tekniği ortaya koyarken, hukuka aykırı sonuç teorisi doğrudan fail ile zarar arasında bir illiyet bağı araştırır. Ancak kusur ilkesinin tezde ortaya koyulan pek çok sakıncasının giderilmesi için hukuka aykırı sonuç teorisi önemli bir rol oynayabilir. Hukuka aykırı sonuç teorisinin yapısının, kusursuz sorumlulukla uyum içerisinde olduğu doğrudur. Ancak kusur sorumluluğunda uygulanması için teknik bir engel yoktur. Hukuka aykırı sonuç teorisi ile kusur ilkesi beraberce uygulanınca, failin yine davranışı aranır ve zarar davranış üzerinden faile atfedilir. Ancak bu davranışın kanunda objektif olarak belirtilen somut bir davranış kuralını ihlâl etmesine gerek olmadan, bu davranışın kanunda korunan bir değere zarar vermesi sonucuyla hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur.

teorisi takip eder. Özellikle salt malvarlığı zararları açısından ve menfi davranış açısından bu iki teoride hukuka aykırılık dairesi genişlemektedir.

Menfi davranış açısından, hukuka aykırı davranış ve sonuç teorileri arasındaki fark da teknik olarak irdelenmelidir. Menfi davranışı hukuka aykırılığın varlığına bağlayan normatif görüş bakımından hukuka aykırı sonuç teorisi, menfi davranış dairesini genişlemektedir. Zira hukuka aykırı sonuç teorisi anlayışına göre hukuka aykırılığın gerçekleşebilmesi için fail ile zararlı sonuç arasında bir illiyet bağının kurulabilmek, hukuka aykırı sonucu faile nispet edebilmek yeterlidir. Sonucun gerçekleşmesinin failin davranışı yoluyla gerçekleşmiş olup olmamasına bakılmaz, bu şart aranmaz. Böylece sonucu faile atfetmek kolaylaşır. Davranışın hukuka aykırılığının gerçekleşmesi için ise zararlı sonucun faile atfedilmesinde hem failin bir davranışı hem de bu davranışın hukuka aykırılığı sıfatı aranarak teknik olarak iki yönden gerçekleşmesi zorlaştırılmaktadır. İşte böylece menfi davranış için hukuka aykırılığı arayan normatif teori bakımından menfi davranışın gerçekleşme dairesini hukuka aykırı sonuç teorisi genişletirken hukuka aykırı davranış teorisi daraltmış olmaktadır.

Dolaylı olarak hakları koruyan normların ihmali tespit etmekte kullanıldığına değinilmişti. Bu normlar belirli bir şekilde davranmayı ya da davranmamayı yasaklamaktadır ve somut niteliklidirler[937]. Bu tarz bir normun ihlâli de normda yasaklanan davranışın yapılması veya emredilen davranış tarzının yerine getirilmemesi ile olmaktadır. İşte davranışın hukuka aykırılığı teorisine göre normda düzenlenen söz konusu davranışın gerçekleştirilmesi hukuka aykırılık da teşkil eder. Mesela A'nın insanların geçebilecekleri bir yere çukur açması neticesinde B düşüp bundan zarar görürse A'nın davranışı tehlikeli oluşturacak bir davranış olup hukukun genel ilkelerinden çıkarılmış yazılı olmayan bir davranış normu ihlâlidir[938]. Olayda hukuka aykırılığı B'nin vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi mi yoksa söz konusu çukuru açmak ve düşülmemesi için yeterli özeni göstermeyerek gerekli tedbirleri

---

937 Söz konusu normların somutluk derecesi değişebilmektedir. **VITO**, s. 16 vd.; Bu tarz kurallara aykırılık, objektif bir kusur teşkil edebilir **BREHM**, s. 133.

938 **EREN**, Borçlar Genel, s.665 vd.; **GUHL**, s. 133; Bu durumda çukur açmakla düşme arasında aslında illiyet bağı bakımından bir dolaylılık söz konusudur. Zira çukur açma eylemine mağdurun eylemi de dahil olunca zararlı sonuç ortaya çıkmıştır. Bu noktada aslında hukuka aykırılık sebebiyle failin fiiliyle ortaya çıkan zarar arasında bir illiyet bağı kurulmaktadır. Bu hususta *Honsell/Isenring/Kessler* fail hukuk kurallarına hareket etseydi düşmenin gerçekleşmesini engelleyeceğini söyleyerek uygun illiyetin var olduğunu söylemektedir. **HONSELL/ ISENRING/KESSLER**, s.43.

almamak mı oluşturur? Mahiyetleri gereği hukuka aykırı davranış teorisi burada hukuka aykırılığı çukura düşülmemesi için gerekli tedbirleri almamak yönünde, hukuka aykırı sonuç teorisi ise ortaya çıkan zararlı sonuç olan vücut bütünlüğünün ihlâl edilmiş olması yönünde arar. Böylece hukuka aykırı sonuç teorisi çukura düşülmemesi için gerekli tedbir alınmasına ilişkin davranış kuralını ancak ihmali tespitte kullanmaktadır. Subjektif hukuka aykırılık teorisi içinde keza bu şekildedir. Nitekim Fransız Hukukunda subjektif hukuka aykırılık teorisi kabul edildiği için bu tarzdaki hukuk kuralları ihmal çeşidinde kusuru düzenlemektedir. Anglosakson Amerikan Hukukunda ise bu tarz davranış kurallarına *duty of care* (ihtimam görevi) denilmektedir[939]. Hukuka aykırı davranış teorisine göre ise burada hukuka aykırılık ile ihmal çeşidindeki kusurun arasındaki sınırlar iyice belirsizleşecek ve bu unsurlar birbirine karışacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere kusur ile hukuka aykırılığın birbirine karışmasını engellemek için hukuka aykırılık unsuru bakımından hukuka aykırı sonuç teorisi işlevselsdir. Subjektif hukuka aykırılık teorisi ise bunu bir derece daha ileri götürmektedir. Hukuka aykırılık açısından iki kavramı birbirinden ayıran teoriler, sonuç odaklı teorilerdir. Bu noktada kusur unsuru açısından hangi teorinin kabul edilirse, hukuka aykırılıkla ihmal çeşidinde kusuru birbirinden ayırır sorusu gündeme gelir. Bunun cevabı ise kusuru irade olarak kabul eden subjektif kusur anlayışının iki kavramı birbirinden ayırdığıdır. Zira hukuka aykırılığın konusu bir davranıştır, kusuru da davranış olarak kabul eden objektif teori, bu iki kavramı birbirine yaklaştırmaktadır. Ancak kusuru iradede arayan subjektif görüş ile davranış, hukuka aykırılığı; hukuka aykırılığa yönelik irade ise kusuru teşkil etmiş olur. Bu noktada iki kavramı birbirinden ayıran ihmale ilişkin bir ayrımdan daha bahsetmek yerinde olur. Alman Hukukunda somutluk derecesi yönünden ihmal ikiye ayrılarak incelenmiştir[940]. Dışa yansıyan hukuka aykırı davranış görüntüsündeki arızaya dış ihmal, failin iç dünyasındaki özen, dikkat gibi hususlardaki arızaya iç ihmal denilmiştir[941]. İç ve dış ihmal ayrımı yapılması hukuk kuralının ihlâli ile ihmal kavramını birbirinden ayırmaktadır[942]. Zira

939 **VITO**, s. 15-16; Bunların ihmal ile farkı hakkında Bkz. **WIDMER**, s.70-71.

940 **VITO**, s.64; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 248 vd.; **KÖTZ/WAGNER**, s.56-57.

941 **VITO**, s.64-65; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 248 vd.; **KÖTZ/WAGNER**, s.56.

942 Alman doktrininde ihmal hakkında iç ve dış ihmal ayrımı yapılmaktadır. Bu husus ihmalkâr hareketlerin yasaklandığı hukuka aykırılıkla, ihmal çeşidinde kusurun birbiriyle karıştırıldığı hukuk kuralları söz konusu olduğunda ayrı bir önem arz eder. İç ihmal failin kendi dünyasındaki özen, tedbir gibi subjektif ögelerle, iradesiyle ilgilenirken dış ihmal failin davranışının görüntüsüyle doğrusu dışa yansıyan davranışla ilgilenir. Davranışın kendisinin ihmal olarak kabul

iç ihmalin kabul edilmesiyle hukuka aykırı davranış değil faili buna yönelten iç alemindeki tedbirsizlik ve özensizlik ihmal olarak değerlendirilecektir.

Tehlike arz ettiği halde yapılmasına kanunen izin verilmiş araçlar, patlayıcılar, yanıcı maddeler ve benzeri şeyleri üretmek, ve bunların başkaları tarafından kullanması neticesinde bir mutlak hak ihlâl edilmiş olabilir. Mutlak hakların bu şekilde dolaylı olarak ihlâl edildiği hallerde de sonucun hukuka aykırılığı teorisine göre hukuka aykırılığa hükmetmek daha kolay olmaktadır[943]. Bu durumda sorumluluğun aşırı şekilde genişlemesini illiyet bağının varlığı ve kusur ilkesi engellemektedir[944]. Sorumluluğu engelleyici üçüncü bir sebep olarak hukuka uygunluk sebebinin varlığı durumundan bahsedilmektedir[945]. Buna göre tehlikeli maddeyi üreten bunun üretimiyle ilgili tüm kurallara uymuş, sosyal açıdan hayatta ortaya çıkabilecek tehlikeler bakımından her türlü tedbirleri almak ile hayatın olağan akışına uygun davranmış ise davranışının hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu doktrinde kabul edilmiştir[946].

---

edildiği dış ihmal anlayışında hukuka aykırılık ile kusur birbiriyle karıştırılmaya müsaittir. Zira söz konusu davranış hukuk kuralı tarafından yasaklanmış böylece davranış aynı zamanda bir hukuka aykırılık da teşkil ediyor olabilir. İşte ihmal ile hukuka aykırılığın birbiri içine geçtiği bu tarz durumlarda hukuka aykırı sonuç teorisi, bu karışımı engellediği gibi iç ihmal kavramının kabul edilmesi de bu iki unsurun birbirine karıştırılmasını engeller. Zira bu takdirde failin iç dünyasındaki tedbir alma düşüncesi, dikkati, özeni gibi hususlardaki arızalar ihmali oluştururken failin davranışı hukuka aykırılığı oluşturmuş olur. **VITO**, s.64-65; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 248 vd.; **KÖTZ/WAGNER**, s.56-57.

943 Bunun iki teknik sebebi vardır. Birincisi dolaylı failin davranışının hukuka uygun olmasıdır. Mutlak bir hak ihlâli varken davranışın hukuka uygun olması pek mümkün olmasa da dolaylı fail açısından bu ihtimal söz konusu olabilir. Zira araya yeni illiyetler girmektedir. Böylece hukuka aykırı davranıştan söz edilemeyeceği için hukuka aykırı davranış teorisine göre hukuka aykırılıktan bahsedilemez. İkincisi ise dolaylı bir ihlâl halinde faraza davranış dahi hukuka aykırı ise hukuka aykırı davranış teorisine göre sorumluluk için o hukuka aykırı davranışla sonuç arasında illiyet bağı olması gerekir. Fakat sonucun hukuka aykırılığı teorisinde illiyet bağı sonuç ile fail arasında araştırılır. Böylece illiyet bağı sonuç ile failin davranışı arasında değil sonuç ile fail arasında araştırılacağı daha geniş bir illiyet bağı araştırması söz konusu olur. Bu da teorik olarak failin sorumluluğunun genişlemesi demektir. Dolaylı failin sorumluluğunun genişletilmesi isteniyorsa hukuka aykırı sonuç teorisi açıklanan yönlerden kullanışlıdır.

944 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 167.

945 **VITO**, s.77; **CARTIER**, s.45.

946 **VITO**, s.77; **CARTIER**, s.45; Kanaatimizce bu tarz bir çözüm sonucun hukuka aykırılığı teorisine dair bir problemi davranışın hukuka aykırılığı teorisine benzer bir teknik yaklaşımla çözmek demek olup teorinin mahiyetiyle tam bağdaşmaz. Zira tehlikeli maddenin üretimiyle ilgili kurallara uymak, tedbirler almak, gerekli izinleri almış bulunmak davranışı hukuka uygun ve böylece kusursuz hale getirir. Davranış kavramıyla ve davranışın gerektirdiği özen miktarıyla veya davranışın kurallara ve hukuka uygunluğuyla meşgul olmak sonucun sıfatını hukuka aykırılık olarak kabul eden bir teorinin mahiyetine pek de uymamaktadır.
Nitekim bu sebepten doktrinde gerekli izinleri alarak tehlikeli işletme işleten kimselerin sebep oldukları zarar bakımından tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulmalarında hukuka aykırılık unsurunun varlığına hükmetmek için hukuka aykırı sonuç teorisi kullanılmaktadır. Bkz. **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 168 vd.

Kanaatimizce dolaylı ihlâller açısından illiyet bağı ve kusur unsurunun sorumluluğu sınırlaması doğru ve yeterli bir çözümdür. İlliyet bağı kurulmadığı sürece hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir. İlliyet bağı kurulduktan sonra kusur araştırmasına gidilir. Asıl sınırlama kusur ilkesiyle söz konusu olmaktadır. Böylece illiyet bağıyla sorumluluğu kusurun haricinde ayrıca sınırlama ihtiyacı da kalmaz. Zira kusur olan her durumda uygun illiyet bağı da gerçekleştiği için kusur ilkesiyle yapılan sorumluluk sınırlaması her yönden daha şiddetlidir. Bu bakımdan sonucun hukuka aykırılığı teorisine göre dolaylı ihlâllerin ortaya çıkaracağı zararları sadece kusur ilkesinin sınırladığını söylemek doğru olur[947].

Kusursuz sorumluluk kavramı failin kusuru gibi kavramlarla ilgilenmemekte, şartları oluşmuşsa ortaya çıkan zarardan faili sorumlu tutmaktadır. Zira kusursuz sorumluluğun temelindeki sebebiyet ilkesi, ortaya çıkan zarara odaklanmakta ve sorumluluğu buna göre tayin etmektedir. Hukuka aykırı sonuç teorisinde de aynı yaklaşımı görmek mümkündür. Dolayısıyla hukuka aykırı sonuç teorisi ve kusursuz sorumluluğun beraberce uyumlu olarak uygulanabilir olması temellerindeki benzer mahiyetteki sonuç odaklı yaklaşımdan meydana gelmektedir.

D) Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisi ve Kusur İlkesi

Üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre failin davranışının genel davranış yükümlülüğüne aykırı olması hukuka aykırılığı meydana getirir[948].Bu teori hukuka aykırılığı kişinin davranışının belirli bir standardı taşımamasına bağlar. Kişiler yaptıkları fiiller bakımından genel davranış kurallarına uygun davranmak zorundadırlar. Buna uygun davranmayan kişinin davranışı hukuka aykırı olur[949] ve ortaya çıkan zarardan sorumlu olmalıdır. Genel davranış kuralı kavramının ne olduğu ve neye dayandığı hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Genel davranış yükümlülüğünün ihlâlini, bir görüş özen yükümlülüğünün ihlâliyle, diğer

947 Dolaylı ihlâllerde kusur ilkesinin sorumluluğu belirlemede adalet fikrine uygun bir çözüm sunması, sorumluluk hukuku ilkelerinin gerekçeleriyle bağlantılandırılabilir. Bu gerekçe de dolaylı failin kusuru yoksa masumiyetinin çoğalmasıdır. Kusuru olmayan doğrudan fail masum ise de, davranış yönünden masum sayılamaz. Ancak kusuru olmayan dolaylı fail davranış yönünden de masumlaşmıştır. Dolaylı failin hem kusuru yoktur hem de zararın ortaya çıkmasında doğrudan bir davranışı yoktur. Zarar ile bağlantısı çok fazla zayıfladığı için artık kusur ilkesini canlandırmanın dolaylı ihlâllerden sorumluluk için adaletli bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.

948 **KURTULAN**, s.477-478; **CARTIER**, s.87.

949 **KURTULAN**, s.477-478; **CARTIER**, s.87.

görüş koruma yükümlülüğünün ihlâliyle, diğer bir görüş ise davranış yükümlülüğünün ihlâliyle açıklamaktadır[950].

Hukuka aykırılığın davranış kurallarına aykırılığına dayanması aslında objektif hukuka aykırılık teorilerinden davranışın hukuka aykırılığı teorisinin konuya yaklaşım şeklidir. Bu teoride hukuka aykırılık davranışta aranmaktadır[951]. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi, davranışın hukuka aykırılığından farklı olarak hukuka aykırılığı teşkil eden davranış kurallarının ne olduğu hususunda farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur. Bu teoride hukuka aykırı davranış teorisindeki objektif hukuk kurallarını ihlâl eder tarzdaki davranışın hukuka aykırı olması anlayışı yerini, davranışın genel davranış kurallarına aykırı bir hareket tarzı olması halinde hukuka aykırı olacağı anlayışına bırakmıştır. Hukuka aykırılık failin yine davranışında aranmakta ancak bu davranışın, davranış kurallarını teşkil eden objektif hukuk kurallarına aykırılığı yerine, bu davranışın genel davranış kurallarına aykırı olması aranmaktadır[952]. Böylece üçüncü hukuka aykırılık teorisi hukuka aykırılığı davranışta aramakta ancak bu sınırı davranış kurallarını oluşturan objektif hukuk kuralları sınırından, genel davranış kuralları sınırına çekerek genişletmektedir. Mesela salt malvarlığı zararları açısından, davranışın hukuka aykırılığa teorisine göre hukuka aykırılıktan söz edebilmek için özel koruma normunun varlığına ihtiyaç vardır[953]. Ancak üçüncü hukuka aykırılık teorisi açısından böyle bir özel koruma normu olmasa bile failin davranışının hukuka aykırı olması için genel davranış yükümlülüğüne aykırı olması yeterlidir[954]. Böylece mülkiyet ihlâli veya özel koruma normunun ihlâl edilmiş olması gibi terimler hukuka aykırılığın gerçekleşmesi açısından önemini kaybetmiş olur[955]. Benzer bir genişleme alanı menfi davranış için de düşünülebilir. Zira faile hukukun hareketsiz kalmamayı emrettiği sahayı objektif hukuk kurallarından daha geniş bir saha olan özen yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü gibi olgulara dayanan genel davranış kuralları belirleyecektir.

---

950 **KURTULAN**, s.479; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 80-81; Ayrıca Bkz. **CARTIER**, s.91; **VITO**, s. 16 vd.

951 **CARTIER**, s.87; **EREN**, Borçlar Genel, s. 672 vd.

952 **CARTIER**, s.88.

953 Bir norm ihlâli olmasa bile İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında norm ihlâlinin de gerçekleştiğini var saymıştır. Bkz. BGE 62 II 280, BGE 76 II 287, BGE 82 II 315.

954 **CARTIER**, s.88. Salt malvarlığı zararlarının gerçekleşmesi için sadece ekonomik bir zararın gerçekleşmesi yetmez. Ayrıca kişinin gerekli koruyucu önlemleri almadan üçüncü bir kişiye zarar vermiş olması gerekir. **STARK**, Ausservertragliches, s.59. İşte hukuka aykırılık teorileri de gerekli koruyucu önlemlerin neyden ibaret olduğu hususunda görüş ayrılığı içerisindedirler.

955 **CARTIER**, s.88.

Ulaşılan sorumluluk dairesi itibarıyla üçüncü hukuka aykırılık teorisinin, davranışın hukuka aykırılığından daha geniş bir sorumluluk dairesi belirlediği açıktır. Sonucun hukuka aykırılığı teorisinden ise soyutta olsa bir koruma normu aramaması yönüyle önemli derecede daha geniş ancak hukuka aykırılığı mutlaka bir davranışta aramak yönüyle daha dar bir sorumluluk dairesi belirlemiş olur[956]. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi, hukuka aykırılığın temeline davranış yükümlülüğüne aykırı davranışı koymakla beraber bunun ne olduğu hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır[957]. Bunun yanında üçüncü hukuka aykırılık teorisinin konumuz bakımından asıl önemi hukuka aykırılık ölçütü olarak kullandığı genel davranış yükümlülüğü kavramının kusur kavramına çok benzemesi hatta bazı görüşlere göre birebir aynı olmasıdır. Genel davranış kurallarının kusura yaklaştırıldığı oranda sorumluluğun doğmasında kusur unsuru silikleşmekte, kusur ilkesi ise etkisiz hale gelmeye başlamaktadır. Aslında bu durumda kusur ilkesi fiilen etkisini sürdürmekte ancak bunu hukuka aykırılık ismi altında yapmış olmaktadır. Genel davranış kuralları, kusur unsuruyla bu yoğun bağlantısından dolayı, kusur ilkesini ve kapsamını etkilemektedir. Bu itibarla doktirinde genel davranış kuralları hakkında ortaya atılan teoriler haksız fiil sorumluluğunda kusur ilkesi bakımından önem arz etmektedir.

Hukuka aykırılık unsuruna tanınan içerik ile kusur unsurunun zayıflatılması, değişik bir hale büründürülmesi veya ortadan kaldırılması mümkündür. Bu noktada üçüncü hukuka aykırılık teorisi oldukça önem arz eder. Gerçekten de farklı görüşlere bakıldığında üçüncü hukuka aykırılık teorisinin ne kadar değişik kapsamlarda tasarlanabildiği görülmektedir[958]. Bu tasarlamaların da kusur unsurunun içeriğiyle doğrudan bir bağlantısı vardır.

---

956 Böylece salt malvarlığı zararları açısından üçüncü hukuka aykırılık teorisinde özel bir koruma normunun varlığı şart değildir. Hukuka aykırılık kanunda koruma altına alınmış mülkiyet gibi kavramların ihlâli olgusundan da mücerret bir hale gelmiştir. Bkz. **CARTIER**, s.88; Halbuki sonucun hukuka aykırılığı teorisinde hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için soyut nitelikli bile olsa bir norm ihlâlinin söz konusu olması gerekir. Kanunda korunan mülkiyet gibi kanunî hakların ihlâli veya özel koruma normuyla korunan bir menfaatin varlığı gerekmektedir. Bu yönüyle sonucun hukuka aykırılığı teorisi üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre daha dar kapsamlı bir sorumluluk dairesi çizer. Ancak sonucun hukuka aykırılığı teorisi failin hukuka aykırılığını sadece failin davranışında aramaz. Faile atfedilebilen bir zararlı sonuç ortaya çıkmış ise bu davranış ile olsun veya başka bir yol ile olsun zararlı sonuç hukuka aykırı olabilir. Bu yönüyle sonucun hukuka aykırılığı üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre daha geniş bir sorumluluk dairesi ortaya çıkartır.

957 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 227; **CARTIER**, s.89-90.

958 **CARTIER**, s.90.

1) Özen Yükümlülüğüne Dayanan Hukuka Aykırılık Görüşü

Hukuka aykırılığın temeline özen yükümlülüğünü koyan yazarlar kusur ile hukuka aykırılığı birbirine karıştırmak ve bunlar arasındaki ayrımın silikleşmesine sebep olmakla eleştirilmişlerdir[959]. Hukuka aykırılığı objektif kusur anlayışıyla eşitleyen *Franz Werro*'ya göre hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için bir mutlak hakkın ihlâl edilip edilmediği değil failin somut olayda makul bir üçüncü kişi gibi davranıp davranmadığı önemlidir. Objektif olarak belirlenmiş olan özen yükümlülüğü ihlâl edilmişse bu ihlâli gerçekleştiren failin entelektüel ve iradî yetenekleri subjektif olarak incelenerek, faile bunun atfedilebilmek aranacaktır[960]. Ancak *Werro* ortalama davranışı belirlerken öznel değerlendirmelerin temel alınmasını reddetmekte bunu sınırlı olarak kabul etmektedir[961]. Yazara göre hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için ayrıca bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmamalıdır[962]. Kusur unsurunu hukuka aykırılığın içerisine olduğu gibi taşıyarak kusur ile hukuka aykırılık arasındaki ayrımı ortadan kaldırdığı için yazar eleştirilmektedir[963]. Aslında böyle bir sorumluluk anlayışının neticede subjektif hukuka aykırılık teorisiyle objektif kusur anlayışının beraberce uygulanmasıyla elde edilecek neticeyle aynı sonuca ulaştığı ileri sürülmektedir[964]. Böylece *Werro*'nun hem subjektif hukuka aykırılık görüşüyle sorumluluğu genişleterek hem de objektif kusur teorisini kabul ederek kusur ilkesini zayıflatıcı bir yol tuttuğu görülmektedir[965].

Hukuka aykırılığı yine özen yükümlülüğünün ihlâline dayandıran *Honsell*'e göre özen yükümlülüğünün ihlâli hukuka aykırılık kavramı altında değerlendirilmelidir[966]. Yazara göre kusurun objektifleştirilmesi bakım yükümlülüğü

---

959 **KURTULAN**, s.479; **CARTIER**, s.90 vd.

960 **WERRO**, Franz, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, in: ZSR 116 (1997), I. Halbband, s. 355 (**ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 229'dan naklen).

961 **WERRO**, Franz, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, in: ZSR 116 (1997), I. Halbband, s. 355 **(CARTIER**, s.98'den naklen)

962 **WERRO**, Franz, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, in: ZSR 116 (1997), I. Halbband, s. 355 (**ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 229'dan naklen)

963 **CARTIER**, s.93vd. *Werro*'nun objektif özen yükümlülüğünün ihlâlini aslında hukuka aykırılık değil kusur araştırmasında ele aldığını, objektif özen yükümlülüğünün ihlâlini (kusuru) haksız fiil sorumluluğunun merkezine getirerek konuya Fransız Hukukundakine benzer şekilde yaklaştığını söyleyen görüş için Bkz. **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 233-236.

964 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 235.

965 Yazar objektif kusur teorisi bakımından failin bedenî ve entelektüel özelliklerini göz önüne alınarak belirli derecelerde subjektifleştirilmiş bir anlayışı da kabul ettiği de anlaşıldığı için bu sorumluluk anlayışının kusur ilkesinin karakteristiğini bir derecede koruduğu görülür. Böylece sorumluluk failin bedenî ve zihnî eksikliklerine istinat etmemiş olacaktır. *Von Tuhr*'un objektif kusur anlayışıyla ailgili görüşü de yöndedir. Bkz. **VON TUHR,** Borçlar, s. 381

966 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 80-81; Ayrıca Bkz. **CARTIER**, s.91.

ve özen eksikliği (*sorgfaltswidrigkeit*) kavramının hukuka aykırılıkla aynı olması sonucunu beraberinde getirir[967]. Yazar hukuka aykırılığın mutlak hakların ve diğer hakların korunması şeklinde geleneksel olarak ikiye ayrılmış olması ile bu gerçeğin maskelendiğini söylemektedir[968]. İki kere aynı kavramın hem hukuka aykırılık hem de kusur araştırmasında incelenmesi gereksizdir[969]. Kusurun tespitinde failin ayırt etme gücünün olup olmadığı araştırılmalıdır[970]. *Honsell*'in bu görüşü kusur kavramını hukuka aykırılığın içine tamamen taşımış ve kusur başlığı altında kusur ehliyeti olan ayırt etme gücünü bırakmıştır. Bu durumun kusur ilkesine etkisi yazara göre kusurun objektifleştirilmesinden doğan sonuçlarla paraleldir[971].

Kusur ilkesi bakımından hukuka aykırılığın temeline özen yükümlülüğünü koyan görüşler aslında ihmal çeşidindeki kusur unsuruna ilişkin unsurlar olan özen gösterme, tedbir alma gibi hususları hukuka aykırılık unsuru altında değerlendirmişlerdir. Peki hukuka aykırılık unsurunun yapısı buna ne kadar müsaittir. Bu noktayı hem özen gösterme ve tedbir alma kavramlarının sorumluluk sistemleriyle ilişkisinden yola çıkarak hem de tehlike kavramının kusur ve hukuka aykırılık olarak değerlendirilmeye müsait yapısına bakarak ortaya konulmalıdır.

Özen gösterme ödevi hukuka aykırılığa ilişkin bir kavram olarak düşünülüyorsa bu durum sorumluluk sisteminin sebebiyete doğru yaklaşması neticesini verecektir. Zira hukuka aykırılık sebebiyet sorumluluğunda bir unsur iken, kusur sebebiyetin bir unsuru değildir. Kusur unsuruna ilişkin bir unsur olan özen, tedbir, öngörü gibi kavramlar olduğu gibi hukuka aykırılığın içine taşınmış olsa bile hukuka aykırılık sebebiyet sorumluluğunun bir unsuru olduğu için sorumluluk anlayışının bir derece sebebiyete yaklaşması beklenir. Zira hukuka aykırılık başlığı altında subjektif kusura dair yumuşatıcı anlayışların tatbik edilmesi güçleşir.

Tehlike ortaya çıkarmanın doktrinde hem kusur hem de hukuka aykırılık olarak kabul edildiği bilinmektedir[972]. Tehlikeli durum ortaya çıkartmak, zararın ortaya

---

967 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 80; Ayrıca Bkz. **CARTIER**, s.91.

968 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 80.

969 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 80 vd.; **CARTIER**, s.92.

970 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 81; Doktrindeki bir görüşe göre ise davranış, objektif genel davranış kurallarını ihlâl ediyorsa, yalnızca ayırt etme gücünün araştırılmanın yeterli olmadığını ayrıca failin kişisel özel yeteneklerine dayanarak hareket edip edemeyeceğinin de araştırılması gerektiğini söyler. Görüş sahibi yazar için Bkz. **CARTIER**, s.93.

971 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 81.

972 **EREN**, Borçlar Genel, s.666-667; **OFTINGER/STARK**, s. 182.

çıkmaması için özen gösterme ve tedbir alma yükümlülüğünü gündeme getirir[973]. Özen gösterme ve tedbir alma ise aslında kusura ilişkin unsurlardır. Hal böyle iken tehlikeli durum ortaya çıkartmak nasıl hukuka aykırılık olarak değerlendiriliyorsa, daha geniş kapsamlı bir teorik düşünceyle özen ve tedbir yükümlülüğü, hukuka aykırılığa ait unsurlar olarak düşünülebilir mi bu hususun da irdelenmesi gerekir.

İleride ortaya koyacağımız üzere tehlike kavramı davranış temelli hukuka aykırılık teorilerinde hukuka aykırılığa, sonuç odaklı hukuka aykırılık teorilerinde ise kusura yaklaşmaya başlar[974]. Tehlike ortaya çıkarmanın özen kavramıyla olan bağlantısı düşünüldüğünde aynı durumun üçüncü hukuka aykırılık teorisi bakımından düşünülmesinde kanaatimizce bir engel yoktur. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi davranış temelli bir teoridir. Böylece üçüncü hukuka aykırılık teorisi açısından, tehlike kavramının olduğu gibi özen gösterme ve tedbir alma kavramlarının da hukuka aykırılık olarak değerlendirilmeye yatkın olduğu kanaatindeyiz. Ancak davranış temelli hukuka aykırılık teorilerinde tehlike ortaya çıkarma hukuka aykırılıkla beraber kusur olarak da değerlendirilmeye yatkın bir durumda olup bu noktada kusur ve hukuka aykırılık birbirine karışmaya başlamaktadır. Bu itibarla üçüncü hukuka aykırılık teorisinde özen gösterme ve tedbir alma kavramları bakımından hukuka aykırılıkla kusurun birbirine karışması problemi de var olmaya devam edecektir.

2) Koruma Yükümlülüğüne Dayanan Hukuka Aykırılık Görüşü

Üçüncü Hukuka aykırılık teorisi çerçevesinde hukuka aykırılı koruma yükümlülüğüne de dayandırılmaktadır. *Schönenberger*'e göre hukuka aykırılığın özen yükümlülüğünün ihlâline dayandırılması objektif kusur ile hukuka aykırılık arasındaki sınırları belirsizleştirir[975]. Zira özen yükümlülüğünün ihlâli hem hukuka aykırılık için hem kusur için mükerrer şekilde ayrı ayrı araştırılmış olur ya da kusur araştırması sadece ayırt etme gücünün varlığı ile sınırlı olur. Halbuki hukuka aykırılık koruma yükümlülüklerinin ihlâline dayanırsa objektif kusur ile hukuka aykırılığın birbirine karışması söz konusu olmayacaktır[976]. Kusur araştırmasında yine failin davranışının makul üçüncü kişiden sapması araştırılırken, hukuka aykırılık araştırmasında failin

---

973 **OFTINGER/STARK**, s. 182; **BREHM**, s.41; **KROPHOLLER**, s.596; **GMÜR/BECKER**, s. 217; **STARK**, Ausservertragliches, s.53; BGE 95 II 96.

974 Bkz. 3. bl. §2 II F.

975 **SCHONENBERGER**, Beat, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, Haftung und Versicherung, 2004, s.9.

976 **SCHONENBERGER**, s.9 vd.

çevresindeki kişilerin can ve mal varlıklarını korumaya yönelik uygun davranışlarda bulunması ödevi var olduğu halde buna aykırı davranmış olması araştırılacaktır[977]. Bu sebeple hukuka aykırılık, bu görüşe göre kusurdan hem mahiyet itibarıyla farklıdır hem de daha geniş bir daireyi kapsamış olmaktadır.

Koruma yükümlülüğü dairesi kusurdan daha geniş bir dairedir. Kusur gerçekleşmediği halde koruma yükümlülüğüne aykırılığa örnek olarak *Schönenberger* refleks ile verilen zararları göstermektedir[978]. Refleks ile verilen zararlar açısından failin davranışı ortalamadan sapmaz ve kınanamaz. Ancak kişiler koruma yükümlülüğü gereği yakınlarındaki kişileri zararlardan korumak onların can ve mal varlıklarına zarar vermemekle yükümlüdürler. Refleks ile dahi olsa verilen zarar, kişinin koruma yükümlülüğünü ihlâl etmiş olması sonucunu doğurur[979]. Böylece bu teoriye göre refleksle verilen zararlar bakımından fail kusursuzdur fakat hukuka aykırılık gerçekleşmiştir.

Yukarıdaki örnekten de anlaşıldığı üzere zararlı sonucun koruma yükümlülüğünden kaynaklanması, kusura ihtiyaç bırakmaksızın hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için yeterlidir. Bu durum hukuka aykırılığın kusurdan ayrılmasını temin eder. Ayrıca hukuka aykırılığın koruma yükümlülüğüne dayanması kanaatimizce sorumluluğu sebebiyet sorumluluğuna doğru yaklaştırmaktadır. Zira bu anlayışta hukuka aykırılık failin davranışı merkezinde aransa bile sonuç odaklıdır. Koruma yükümlülüğünün ihlâli neticesinde zarar gerçekleşmişse hukuka aykırılık da gerçekleşir. Teorinin failin davranışından koparak sonuca odaklandığı görülür. Bu bağlamda üçüncü hukuka aykırılık teorisi hukuka aykırılığı failin davranışında arayan bir teori olmasına rağmen; görüş sahibi *Schönenberger*'in refleks neticesinde ortaya çıkan bir zararı hukuka aykırı olarak değerlendirmesi dikkat çekicidir. Zira refleksle yapılan beden hareketi davranışın manevi unsuru olan iradilik içermediği için haksız fiilin unsuru anlamında bir davranış teşkil etmez[980]. Demek ki koruma yükümlülüğünün ihlâl edilmesi için her zaman bir davranışa gerek yoktur. Buradan anlaşılan koruma yükümlülüğü dairesinin failin davranışından daha geniş bir daire olduğu ve teorinin failin davranışından ortaya çıkan sonuca doğru kaydığıdır. Sonuç odaklı olmak veya davranış unsurundan bağımsız olmak ise sebebiyet ilkesinin

977 **SCHONENBERGER**, s.9 vd.
978 **SCHONENBERGER**, s. 10.
979 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 239.
980 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

karakteristiğidir. Bu sebeple davranış kuralı ihlâllerini koruma yükümlülüğüne dayandıran görüşün, kanaatimizce kusur ilkesini zayıflatıcı bir yönü vardır.

3) Genel Davranış Yükümlülüğüne Dayanan Hukuka Aykırılık Görüşü

Hukuka aykırılığı genel davranış yükümlülüğünün ihlâline dayandıran doktrinde başka bir görüş daha mevcuttur. Bu görüşe göre davranış yükümlülükleri kanunlarla, doktrinle ve içtihatlarla ortaya çıkartılmış olabilir[981]. Ortaya çıkartılan bu davranış yükümlülükleri özel koruma normlarını da kapsamaktadır. Bu görüşe göre ayrıca genel özen yükümlülüğünün ihlâli ve koruma yükümlülüklerinin ihlâli halinde de, genel davranış yükümlülüğüne aykırı davranılmış olacaktır[982]. Bu teoriye göre oluşacak hukuka aykırılık dairesini asıl genişleten kısım da burasıdır. Bu noktada teoriye göre genel özen ve koruma yükümlülüğünün tespitinin nasıl olması gerektiği gündeme gelir.

Teoriye göre genel özen yükümlülüğü somut olayın subjektif şartlarına göre belirlenir[983]. Bu düşüncenin hayata geçirilmesi bakımından görüş sahibi *Vito* sık karşılaşılan zarar türleri için ortak özellikler taşıyan farklı olay grupları oluşturulmasını, her olay grubu açısından özen ve koruma yükümlülüğünün ayrı ayrı ve somut olarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürer[984]. Mesela bir elektrikçinin, vinç operatörünün, yüklenicinin veya bir doktorun kendi meslek grupları ve yaptıkları faaliyet bakımından göstermeleri gereken özen ve koruma yükümlülüğü somutlaştırılmalı, failin somut olaydaki durumu buna göre değerlendirilmelidir[985]. Burada dikkati çeken husus genel özen yükümlülüğü kavramının hem *Werro*'nun teorisindeki özen anlayışını hem de *Schönenberger*'in teorisindeki koruma yükümlülüğü anlayışlarını bir potada birleştirmesidir[986]. Ancak dikkat edilmelidir ki davranış standardının belirlenmesinde *Werro*'dan farklı olarak *Vıto* ölçü olarak makul üçüncü kişinin davranışını ölçü almamaktadır[987]. *Vıto*'ya göre davranış standartlarının belirlenmesinde makul üçüncü kişinin davranışı değil kişinin ait olduğu grubun davranışsal özelliklerinin taşıması gereken seçici standartlar temel alınmalıdır[988].

981 **VITO**, s. 16; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 241.
982 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 241.
983 **VITO**, s. 16.
984 **VITO**, s. 16.
985 **VITO**, s. 17.
986 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 241.
987 **VITO**, s. 17.
988 **VITO**, s. 17.

Ayrıca *Vito* kişinin ait olduğu grubun tespit edilmesi hususunda oldukça hassastır. Mesela bir pratisyen ve uzman hekimin davranış gereksinimleri arasında farklılık olabileceğini belirterek objektif olarak belirlediği hukuka aykırılığın niteliğini subjektifleştirmektedir[989].

Hukuka aykırılıkla ilgili özel bir koruyucu norm bulunmasa bile, tespit edilen olay gruplarının hareket tarzından sapan davranışlar, hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir. Böylece hukuka aykırılık unsuru, somut olayın şartlarına göre şekillenen ve hâkimin takdir yetkisi dahilinde bulunan, bir sorumluluk unsuru haline gelir. Ayrıca hukuka aykırılığın, kanuni düzenlemelerle bağı önemli ölçüde kopmaya başlayacaktır[990]. Bu teori failin davranışına bağlı bir teori olduğu halde hukuka aykırılığın sınırlarını oldukça genişletici sonuç verir. Zira bu teoriye göre salt malvarlığı zararları açısından özel bir koruyucu norm olmasa dahi hukuka aykırılık gerçekleşebilecek[991] menfi davranışla verilen zararlar açısından da bir sorumluluk genişlemesi olacaktır[992]. Ayrıca bu teori kanaatimizce tehlike kuralı gibi özen ve tedbir yükümlülüğüne aykırılık içeren ve hukukun genel ilkelerinden çıkartılan hukuka aykırılık hallerinin sınırlarını da genişletebilir. Zira bu teoride özen ve koruma yükümlülüğü geniş olarak değerlendirilmiştir. Böylece tehlike ortaya çıkartılması ile alınması gereken tedbirlerin kapsamı da genişleyecektir. Elbette bu genişleme, davranışı esas alan hukuka aykırılık teorilerine göredir.

Bu teori kanunda var olmasa bile, genel davranış yükümlülüğüne aykırı davranış tarzlarını hukuka aykırı kabul ettiği için davranışın hukuka aykırılığı teorisine nazaran hukuka aykırılığı genişletmiştir. Ancak zarardan kaçınmak için gerekli olan davranış yükümlülüklerini somut olay grubuna uygun olarak tespit ettiği nispette, hukuka aykırılık anlayışı da subjektifleşmekte ve daralma eğilimi içerisine girmektedir. Mesela uzman bir hekim için hukuka aykırılık teşkil edecek bir zarar

---

989 **VITO**, s. 17.

990 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 244. Bu noktada *Cartier, Vito*'nun hâkimin münferit vakalarda daha fazla durum tespiti yaparak, kişilerin davranış yükümlülüklerini tespit etmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. **CARTIER**, s.92; Ayrıca ortalama özen terimi zaman içerisindeki toplumsal alışkanlıklarla değişip olması gereken çizgiden uzaklaşabilir. Bu sebeple hâkim tarafından her olay bakımından olması gereken özen tespit edilmelidir. Bkz. **CARTIER**, s. 101.

991 **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 243 vd. *Schönenberger* üçüncü hukuka aykırılık teorisiyle artık mülk hasarına otomatik olarak ayrıcalık tanınmayacağını ve salt malvarlığı hasarlarının tazmininin kolaylaşacağını söylemektedir. Bkz. **SCHONENBERGER**, s.8.

992 Menfi davranış için kabul ettiğimiz normatif teoriye göre menfi davranışın varlığı bir hukuk kuralının varlığına bağlıdır. Dolayısıyla hukuka aykırılığın sınırlarını artıran her teori normatif menfi davranış teorisine göre menfi davranışın sınırlarını da artırmaktadır.

neticesi doğuran bir tedavi usulü asistan bir hekim için hukuka aykırı olmayabilecektir[993]. Bu durum tersine düşünüldüğünde mesleğinde uzmanlaşan ve ihtisas sahibi kimseler açısından ise uzmanlık ve ihtisas arttıkça hukuka aykırı davranış dairesinin de genişlediği görülür. Ayrıca davranış yükümlülükleri, yaşam risklerinin sabit olmasıyla, genel hayatta ve hizmet mesleklerinde yaşanan tecrübelerle, somut olayların çeşitlenerek farklı davranış yükümlülüklerin varlığının ortaya çıkması gibi durumlarla çoğalabilir[994].

Bu teorideki hukuka aykırılık anlayışı objektif kusur anlayışına benziyor ise de iki yönden farklılaşmıştır. Birinci yön makul üçüncü kişinin davranışını araştırmaktansa hukuka aykırılığın tespitinde somut olaydaki kişinin davranması gerektiği ölçünün araştırılmasıdır. İkincisi ise söz konusu araştırmanın genelleştirmelerden kaçınarak somut olay özelinde yapılmasıdır[995].

Teorinin kusur ilkesiyle beraber uygulanması ile ortaya çıkacak sonuçlara da değinmek gerekir. Kusur ilkesinde sorumluluğu sınırlama işlevini ise kusur ilkesi yapacak sorumluluğu yine kusur unsuru belirleyecektir. Söz konusu teoride hukuka aykırılık somut olay özelinde araştırıldığı ve failin subjektif özellikleri de dikkate alındığı için[996] hukuka aykırılık dairesi daralacak objektif kusur bu hukuka aykırılık dairesini neredeyse kuşatacak ve çoğu hukuka aykırı durum kusur teşkil edecektir. Bunun bir istisnasını ortaya çıkan zararı önleyebilmek bakımından failin yüksek becerisinin, eğitimin olduğu ve somut olaydaki failin genel davranış yükümlülüğüne riayet ederek içinde bulunduğu pozisyon itibarıyla zararın ortaya çıkmasını engelleyebilmesinin mümkün olduğu durumlar teşkil eder. Objektif kusur teorisine göre ise fail yerine konulacak ortalama hatta uzman bir üçüncü kişiden ise bu zararı engellemesi beklenmeyebilir[997]. Böylece failin üstün beceri ve eğitimi sebebiyle davranışı hukuka aykırılık teşkil ederken objektif teoriye göre kusursuz olabilir. Hukuka aykırılık ile objektif kusur arasındaki bu fark, söz konusu teorinin genel

---

993 **VITO**, s. 17.

994 **VITO**, s. 16-17.

995 **VITO**, s. 16.

996 **VITO**, s. 17.

997 Objektif teoriye göre uzman kimse, ortalama kimsenin göstermesi gereken özen ve dikkati gösterdiğini, söyleyerek uzman kişi sorumluluktan kurtulamaz. **STARK**, Entlastungsgründe, s. 105; Dolayısıyla uzman kişi yerine konulacak ortalama nitelikteki uzman kişidir. Ancak kusurun tespitinde somut olay özeline, genel davranış yükümlülüğünün tespitindeki kadar derin şekilde inilmemekte kusurun tespitinde ortalama bir uzman olan üçüncü kişinin davranışı esas alınmaktadır.

davranış yükümlülüğünü belirlemekte genel ölçülerden kaçınarak somut olayın özüne inmesinden ve failin ortalama tipten daha yüksek standartlara sahip olması halinde bunu da kuvvetli şekilde gözetmesinden[998] kaynaklanmaktadır.

İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında kusur ilkesi terk edilmiştir ve sorumluluk sadece genel davranış yükümlülüğünün ihlâline dayandırılmıştır. Tasarıya göre hukuka aykırılık tazmin sorumluluğu için yeterlidir ancak hukuka aykırılıkla beraber genel davranış yükümlülüğünün ihlâl edilmiş olması da aranmaktadır. Böylece hukuka aykırılığın genel davranış yükümlülüğüne aykırı olarak verilen zararlarla ortaya çıktığı anlayışı kabul edilmiştir. Bu sebeple ilgili teorinin İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında kabul edilen anlayışla örtüştüğü görülmektedir. Bu sebeple teorinin kusur ve sebebiyet ilkeleri açısından nasıl sonuç verdiği hususu önem arz eder.

Üçüncü hukuka aykırılık teorilerine göre hukuka aykırılık norm ihlâli olmasa bile koruma standardının yerine getirilmemesi yoluyla meydana gelebileceği gibi [999] kanun normunun ihlâliyle de meydana gelebilir. Zira kanun normunu ihlâl zaten bir koruma standardının yerine getirilmemesi demek olur. Böylece hukuka aykırılık dairesi de genişlemiş olur. Her hukuka aykırı durum için kusur araştırması yapılması da caiz olacağı için, böylece daha fazla durum kusur olarak değerlendirilebilir hale gelir. Neticede hukuka aykırılık ve buna bağlı olarak da kusur dairesi genişlemiş böylece failin sorumluluk dairesi de genişlemiş olur.

Sebebiyet ilkesinde genişlemiş hukuka aykırılık dairesi, sorumluluğu da doğrudan genişletir. Her ne kadar genel davranış yükümlülüğü kavramı objektif kusura benziyor ise de kanundaki norm ihlâli haricinde meydana gelen davranış standartlarından sapan her davranışın hukuka aykırılık teşkil etmesiyle sorumluluk dairesi doğrudan genişleyecektir. İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı Art. 46'da düzenlenen haksız fiil sorumluluğunda kusur aranmadığı için söz konusu hukuka aykırılık anlayışı ile sebebiyet ilkesinin sonuçlarına yaklaşılmıştır. Kusur ilkesinin sonuçlarından tam kopulamamasının en büyük nedeni ise hukuka aykırılık anlayışının objektif kusura benzer yapısından kaynaklanmaktadır[1000].

Kusur ilkesi zayıflatılmak veya terk edilmek isteniyorsa üçüncü hukuka aykırılık teorisi bunun için alternatif bir yol olabilir. Zira teorideki hukuka aykırılık

998 **VITO**, s. 17.
999 **VITO**, s. 17.
1000 **VITO**, s. 17.

anlayışının içi yukarıda belirtildiği üzere oldukça farklı şekillerde ve kusura benzer şekilde doldurulabilir. Böylece teori kusur ilkesinden kusursuz sorumluluğa doğru dengeli bir geçiş süreci için, gerçekten oldukça elverişlidir. Sorumluluktan kusur unsuru kaldırılsa bile sorumluluğu daraltma işlevini kusura benzer bir kavram olan genel davranış yükümlülüğü (hukuka aykırılık) yapacaktır. Ancak kusur ilkesiyle beraber üçüncü hukuka aykırılık teorisinin kabul edilmesi halinde söz konusu teori kusur ilkesini güçlendirici bir rol dahi oynayabilir. Zira bu durumda hukuka aykırılıkla, kusurun ayırt edilmesi adına kusurun subjektifleştirilmesinin yolu açılabilir. Subjektif kusur anlayışları ise her zaman kusur ilkesini güçlendirmektedir. Bu sebeple bu teori, kanaatimizce kusur ilkesi ile beraber kullanılmamalı, kusur ilkesinin terk edilmesinde kullanılmalıdır.

E) Kusur İlkesi Bağlamında Hukuka Aykırılık ve Kusur Unsurlarının Teknik Bağlantıları

Hukuka aykırılık ve kusur haksız fiilin birbirine benzer, birbiriyle karıştırılmaya müsait, fakat farklı iki unsurudur[1001]. Bunun temel sebebi hukuka aykırılığın kusuru tamamen kapsayan yapısıdır. Şematik olarak kusur hukuka aykırılığın bir alt kümesine benzemektedir. Kusur somut olayda tek başına ortaya çıkamamakta ancak hukuka aykırılığın mevcudiyetiyle ortaya çıkabilmektedir[1002]. Zira kusur zaten failin hukuka aykırı davranışına yönelik kınanabilir iradesinden ortaya çıkar. Hukuka aykırı olmayan bir davranış için ise failin iradesi kınanamayacağı için kusur da ortaya çıkmaz[1003]. Böylece kusuru oluşturan irade veya davranış tarzı ancak hukuka aykırı bir davranışa yönelik olmakla ortaya çıkabilmektedir. Bu durum kusurun ancak hukuka aykırılıkla beraber ortaya çıkabilmesini, hukuka aykırılık söz konusu olmaksızın kusurun söz konusu olamamasını beraberinde getirir. Şu halde zarar doğuran bir davranış kusur olmaksızın hukuka aykırı olabilirken, hukuka aykırı olmaksızın kusurlu olamaz.

Gerçekten kusur hukuka aykırılığa matuf bir kavramdır. Şöyle ki hukuka aykırılık failin fiilinin, davranış kuralını ihlâl etmesini ifade eder[1004]. Kusur ise failin

---

1001 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.55; **VON TUHR/PETER**, s.408; **BAYSAL**, Müterafik, s. 33.

1002 **LARENZ/CANARIS**, s. 351-352; **PLETTER**, s. 21; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 300. Bununla ilgili bir tartışma için Bkz. **GODIN**, s. 39; Bir davranış normu ihlâl edilmeden hiçbir kınama haklı gösterilemez. **WILENMANN**, s. 239.

1003 Kusurun ancak hukuka aykırılıkla ortaya çıkması hakkında Bkz. **LARENZ/CANARIS**, s. 351-352.

1004 **VITO**, s. 14; **BREHM**, s. 31; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 238.

söz konusu davranış kuralına aykırı fiiline yönelmiş iradesi sebebiyle, iradesinin veya fiilinin kınanabilir nitelikte olmasını ifade eder[1005]. Hukuka aykırılık bir davranışla somutlaşmakta veya söz konusu davranışın gerçekleşmesiyle ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılık davranışın veya sonucun bir sıfatı olmaktadır[1006]. Kusur ise bu hukuka aykırılık vasfını taşıyan veya hukuka aykırı sonucu ortaya çıkartan davranışa matuf iradedir. Bu irade sebebiyle söz konusu davranışın kınanabilir olmasıdır[1007]. Böylece söz konusu davranışın veya ondan meydana gelen sonucun hukuka aykırılık vasfı olmadıkça, bu davranışa yönelik irade de kusur teşkil etmez. Kusur mutlaka bir hukuka aykırılığa yönelik olarak ortaya çıkar. Bütün bunlar kusurun oluşmasının aslında failin iradesini bir hukuka aykırılığa yöneltmiş olmasına ihtiyaç duyduğunu göstermektedir[1008].

Kusur ilkesine göre kusurun sorumluluk hukukundaki teknik işlevi failin davranışını şahsileştirmesidir[1009]. Zira kusur olmadan failin yaptığı davranışlar sorumluluk yönünden faile atfedilmezler. Bu bakımdan kusur adeta davranış unsuru ile fail arasındaki gizli bir bağ gibidir. İşte kusur ilkesine göre sorumlulukta zarar öncelikle illiyet bağıyla failin davranışına bağlanır daha sonra da kusur ile davranış şahsileşip faile bağlanır, ona atfedilir. Ancak kusur ortaya çıkabilme yönünden aslında davranışa değil hukuka aykırılığa yönlenmiştir. Dolayısıyla kusur davranışı failin

---

1005 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.55.

1006 Hukuka aykırılık davranışa ait bir sıfattır veya davranış neticesinde ortaya çıkmış zararlı sonuca ait bir sıfattır. Ancak bu kusur ilkesinin karakteristiğinden kaynaklanmaktadır. Kusur ilkesine bağlı kalındığı sürece hukuka aykırılık ancak bu şekilde davranışla ilişkilendirilerek vasfedilebilir. Zira kusur ilkesi hukuka aykırılığı faile atfetmekte daima failin davranışını bir köprü gibi kullanmaktadır. Hukuka aykırılık var ise bunun faile atfedilebilmek gerekir. Kusur ilkesi davranışı da sorumluluğun bir şartı olarak öngördüğü için hukuka aykırılığı faile atfetmenin tek yolu failin davranışı olmaktadır. Böylece ya hukuka aykırı sıfatlı davranış illiyet bağıyla zarara bağlanarak zarar faile atfedilir -ki bu hukuka aykırı davranış teorisinin sorumluluğu kurma tekniğidir- ya da hukuka aykırı sıfatlı zarar failie illiyet bağıyla bağlanarak zarar failin şahsına atfedilir -bu da hukuka aykırı sonuç teorisinin sorumluluğu kurma tekniğidir-. Ancak hukuka aykırı sıfatlı zararın faile atfedilmesi yine failin davranışı kanalıyla mümkün olabilecektir. Birinci halde hukuka aykırılık failin davranışına ait bir sıfat ikinci halde davranıştan ortaya çıkan zarara ait bir sıfat olmuş olur. Sebebiyet prensibinde ise ortaya çıkan hukuka aykırılığı faile atfetmekte davranış şartı aranmaz. Mevcut sonucun sıfatı olan hukuka aykırılığı illiyet bağıyla failin şahsına failin davranışı olsun - olmasın atfedebilmek mümkündür.

1007 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.55; **VON TUHR/PETER**, s.430; **ERİŞGİN**, Medeni, s.97.

1008 Kusurun bir irade mi yoksa davranış tarzı mı olduğu tartışması şüphesiz kavramlar arasındaki bu tarz teknik ayrımlarda yapılan betimlemeleri değiştirmektedir. Özellikle ihmal suretindeki kusurlarda kusurun bir irade mi olduğu yoksa davranış mı olduğu çok tartışmalıdır. Bu tartışmalar hakkında Bkz. **KORKMAZ**, s.77vd.; Konuyla bağlantılı olarak kusurun bir davranış tarzı olduğu düşünülürse, kusurun ancak bir hukuka aykırılıkla vasıflanmış bir davranışının içinde bulunabilen bir olgu olduğu söylenebilir. Bu takdirde kusur söz konusu hukuka aykırı davranışın ortalama tedbirli bir insanın davranış tarzından sapmasıyla meydana gelmektedir.

1009 **İMRE**, s. 18.

şahsına bağladığı gibi, hukuka aykırılığı da sorumluluk yönünden faile bağlamaktadır. Böylece kusur davranışla faili bağladığı gibi hukuka aykırılık ile faili de birbirine bağlayan bir ip gibidir.

Yukarıda bahsedilen durum hukuka aykırılık teorileri yönünden bir farklılık ortaya çıkartmaktadır. Kusur hukuka aykırılığa yönelmiş olduğu için, hukuka aykırı sonuç teorisinde kusur, hukuka aykırı sonuç olan zarardan başlamakta illiyet bağı boyunca devam ederek davranışa veya zararı çıkaran olguya bağlanmakta oradan da bunun ile faili birbirine bağlayarak faile ulaşmaktadır. Failden zarara kadar tüm aşamaların içerisinden geçen bir ip gibidir. Hukuka aykırı davranış teorisinde ise kusur artık sadece davranış unsuruyla faili birbirine bağlayan bir unsur haline gelmektedir. Zira kusur hukuka aykırılığa yönlenmiştir, hukuka aykırılık ise davranış unsuru içerisindedir. Bu durumda kusur, şematik olarak illiyet bağı ile zarara kadar ulaşamaz. Sadece davranış ile faili birbirine bağlayan bir ip gibidir. Hukuka aykırı davranıştan sonraki uygun illiyet arz eden tüm illi aşamalarla ve zararlı sonuçla failin kusur açısından bağı zayıflamıştır.

Kusur iradeden kopartılarak objektifleştikçe, hukuka aykırılığa daha çok yaklaşmaktadır. Dolayısıyla subjektif kusur bakımından hukuka aykırılıkla kusur arasında net bir ayrım yapmak daha kolaydır. Ancak objektifleşen kusur anlayışıyla kusur, davranış unsuru içerisine yerleşmektedir[1010]. Hukuka aykırılık teorilerinden de hukuka aykırı davranış ve üçüncü hukuka aykırılık teorileriyle hukuka aykırılık, kusura yaklaşmakta ve hukuka aykırılık, davranış unsurunun içerisine yerleşmektedir. Her iki kavramda davranış unsurunun içerisine girmeye başlasalar da teknik olarak birbirlerinden farklılık arz ederler[1011]. Hukuka aykırılık ilgili davranışın bir davranış

[1010] **KORKMAZ**, s.81 vd.

[1011] Objektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılık bir davranış kuralını ihlâl eden fiile ilişkin (hukuka aykırı davranış teorisi) niteleme veya bir davranış kuralının ihlâliyle ortaya çıkan zararlı sonuca dair (hukuka aykırı sonuç teorisi) nitelemedir. Bkz. **VITO**, s. 14; **BREHM**, s. 31; Hukuka aykırılık bir davranış kuralının varlığına ve bunun ihlâline dayanmaktadır. Bu kuralın ihlâli ise ancak belirli bir şekilde davranmakla veya bu davranışın ortaya çıkaracağı zararlı sonuçla meydana gelir. Şu halde hukuka aykırılık belirli şekilde davranmak veya bir davranışla zararlı sonucu ortaya çıkarmakla meydana gelmiş olur. Hukuk kuralının ihlâline sebep olan davranış aslında hukuk düzenince uygun bulunmamış, kınanmış ve tasvip edilmemiştir ki bir ihlâl teşkil etmiş olsun. Benzer şekilde objektif kusur teorisine göre de kusur bir davranış tarzının hukuk düzeni tarafından uygun bulunmaması, kınanması, tasvip edilmemesidir. Böylece hem hukuka aykırılık hem de kusur, bir davranışın hukuk düzenince uygun bulunmaması ile betimlenmiş oldu. Hukuk düzenince uygun bulunmama hukuka aykırılık ve kusur için farklı manalar ifade etmektedir. Hukuka aykırılıkta hukuk düzenince uygun bulunmama, davranışın veya bir davranışla ortaya çıkan sonucun hukuk düzenini ihlâl eder mahiyette olmasıdır. Mesela adam öldürme fiilinin bizatihi kendisi veya ölüm sonucu hukuka aykırıdır. Zira başkasının can güvenliğini koruyan davranış kurallarının ihlâlini teşkil eder. Kusur kavramında davranışın hukuk düzenince uygun

kuralını ihlâl etmesi sıfatıyken kusur o ihlâlin fail açısından kınanabilirlik sıfatını haiz olmasıdır. Ancak hukuka aykırılığın kınanabilir davranışları tespit eder tarzda düzenlenmesiyle veya kusurun çok sert objektifleştirilmesiyle bu sıfatlar da birbirine karışmaya başlayacaktır.

Hukuka aykırılığın kınanabilir davranışları tespit eder tarzda düzenlenmesi genellikle dolaylı olarak hakları koruyan normlarda söz konusudur. Davranış kuralları mutlak veya ekonomik hakları bazen dolaylı olarak korurlar[1012]. Söz konusu kuralın ihlâli ile doğrudan ortaya bir zarar çıkmamaktadır. Mesela emniyet şeridinden gitmek hukuk normuna aykırı bir davranıştır. Fakat böyle bir fiili gerçekleştirmek tek başına bir zararı oluşturmamaktadır. Bazı yazarlar bu ihlâllerin hukuka aykırılık olarak değerlendirilmesinin, kusur ile hukuka aykırılığın birbirinden ayırt edilmesine engel

bulunmaması ise, failin hukuka aykırı nitelikteki davranışının veya hukuka aykırı sonucu doğuran davranışının somut olay bakımından ele alınıp değerlendirilerek failin o somut olayda hukuka aykırılığı meydana getirmekte kınanabilir olup olmadığının değerlendirilmesi ile ortaya çıkan bir sonuçtur. Mesela bilerek ve isteyerek adam öldürmek somut olay özelinde hukukça kınanırken; bilmeden istemeden, ihmal göstermeden tamamen tesadüfi olarak sebep olmak yoluyla öldürmek hukuk düzeni tarafından kınanmaz ve fail hukuka aykırı hareket ettiği halde hukuk düzenince sorumlu tutulmaz. Fail kusursuz ise, hukuka aykırı bir davranış olan öldürme veya hukuka aykırı bir sonuç olan ölüm söz konusu olsa da, bu hukuka aykırılık somut olayda hukuk düzeninin faili kınayamayacağı surette gerçekleşmiştir. O halde hukuka aykırılık bir davranışın hukuk düzenini ihlâl etmesi ile ortaya çıkarken, kusur failin hukuk düzenini ihlâli teşkil eden davranışının somut olayda kınanabilir olması ile meydana gelir. Adam yaralama davranışı hukuka aykırı bir davranış iken somut olaydaki yaralama davranışı tesadüf içeriyorsa hukuk düzeni tarafından kınanmayabilir. Demek hukuka aykırılık soyut ve genel bir normu içerirken, kusur o soyut ve genel kuralın somut olaydaki gerçekleştiriliş şeklinin hukuk düzenince kınanıp, kınanamayacağına ilişkin bir nitelemedir. Kusur ile hukuka aykırılığın yukarıda bahsedilen farkları iki kavram arasına önemli bir çizgi çeker. Kusurla hukuka aykırılığı birbirine yaklaştıran iki teori bakımından dahi arada önemli bir ayrım vardır. Hukuka aykırılığı somut olaydaki davranışla açıklayan hukuka aykırı davranış teorisiyle, kusuru (ihmali) somut olaydaki davranışın kınanabilir olmasıyla açıklayan objektif kusur teorisi kusurla hukuka aykırılık kavramlarını birbirine yakın tariflerle açıklamaktadırlar. Failin davranışına bir teori hukuka aykırılık derken diğer teori kusur demektedir. Bunlar bakımından dahi bu iki kavram arasında önemli bir fark ortaya çıkmaktadır. Bunu bir örnekle belirtmek yerinde olur. (A) çekiçle başka yere vurmak isterken yanlışlıkla (B)'ye ait bir mala çekiçle vurarak tahrip etmesi olayında hukuka aykırılığı malın tahrip edilmesi oluşturmaktadır. Bir malın tahrip edilmesi birçok farklı davranışla ortaya çıkabilir. Somut olay özelinde mal tahribi ona çekiçle vurarak gerçekleştiği için hukuka aykırı davranış çekiçle vurarak malı tahrip etmek olmuş olur. Kusur araştırmasında da somut olayda mal tahrip etmeye sebep olan davranışın kınanabilir olup olmadığı araştırılır. Çekiçle vurarak malın tahrip edilmesine ilişkin davranış kınanabilir midir? Bunun tespiti içinde çekiçle malı vurarak malı tahrip etmek tesadüfen mi gerçekleşmiştir yoksa failin bir ihmali ya da kastı var mıdır buna bakılır. Çekiçle malın tahrip edilmesi davranışını yapan fail yerine ortalama makul üçüncü bir şahıs konulur. Failin davranışı üçüncü şahsın somut olaydaki farazi davranış tarzından ayrılıyor ise failin kusurlu olduğuna hükmedilir. Görüldüğü üzere hukuka aykırılık ve kusur teşkil eden davranış aynı olsa da kusur araştırması mevcut hukuka aykırı fiil üzerinden yapılan mahiyeti daha farklı bir araştırmadır. Ancak kusurun objektifleştirilmesinde ileri gidildikçe failin kınanabilirliği olgusundan uzaklaşılıp kusur hukuka aykırılık gibi soyutlaşmaya başlayacağı için kavramlar birbirine kaçınılmaz olarak yaklaşmaya başlayacaktır. Ayrıca üçüncü hukuka aykırılık teorisindeki hukuka aykırılık araştırmasının kusur araştırmasına önemli ölçüde benzerlik taşıdığı da görülmektedir.

1012 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 19-20; **VITO**, s. 15.

olacağını söylemişlerdir[1013]. Bazen de bu düzenlemeler bir şeyin yapılmasını emrederler de bunların menfi davranışla yapılmamasıyla hukuka aykırılık ortaya çıkar. Bu tarz normatif düzenlemeler ihmalin tespiti için elverişlidir[1014]. Bu davranış kuralına uymayan kimsenin ihmalinden bahsedilecektir. Bunların ihlâlini hukuka aykırılık olarak kabul eden yazarlar açısından hukuka aykırılık ile ihmal çeşidinde kusurun birbirinden ayırt edilmesi oldukça güçleşmiştir[1015]. Zira bu tarz normlardaki davranış kuralı olarak düzenlenen husus aslında ihmali bir davranışın yasaklanmasından ibarettir. Dolayısıyla bu tarz hukuk kuralına aykırılık ihmal de teşkil etmekte iki kavram birbirine oldukça yaklaşmakta ve aralarındaki fark son derece silikleşmektedir. Özellikle trafikle ilgili düzenlemelerde hukuka aykırılık ile ihmal arasındaki bu ayrımın silikleşmesi somutlaşmaktadır[1016].

Hukuka aykırılık, hem kusur hem de kusursuz sorumluluğun bir unsurudur. Böylece kusurun ortadan kalkması kusur sorumluluğunu, hukuka aykırılığın ortadan kalkması hem kusursuz sorumluluğu hem de kusur sorumluluğunu ortadan kaldırır[1017].

1013 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 19-20; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 238.

1014 **GUHL**, s. 133; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 238.

1015 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 19-20; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 238.

1016 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 238; Trafik düzenlemeleri tehlikeden kaçınmak, tehlikeyi önlemek için kullanılır. Tehlikeyi önleme yükümlülüğü hakkında Bkz. **BRUDERMÜLLER/ ELLENBERGER/ GOTZ/GRÜNEBERG/HERRLER/SPRAU/THORN/WEIDENKAFF/WEIDLICH/WICKE**, s. 1402-1403; Bu sebeple bunlar tehlike kontrolünü amaçlayan yasalardır. İhmal ise gerçekleşen somut olayda ortaya çıkan hukuka aykırı zarar ile failin davranışındaki özen ve tedbir bakımından eksikliği araştırır. Bkz. **VITO**, s.77; Ayrıca ihmal ile hukuka aykırılığın birbirinden farkına değinmekte fayda vardır. Hukuka aykırılık bir davranış kuralının kendisini ihlâl etmek, veya hakkı olmayan zararlı bir sonucu gerçekleştirmek iken ihmal bu davranış kuralının ihlâl edilmemesi veya bu sonucun gerçekleşmemesi için gerekli tedbir ve özeni içermeyen bir davranışta bulunmuş olmaktır. Tanım olarak ihmal ile hukuka aykırılık birbirinden farklı olsalar da bunlar hakkındaki farklı teorilerin kabulüyle bu kavramlar birbirlerine yaklaşabilmekte bu kavramların sınırları kesişebilmekte veya belirsizleşebilmektedir. Hatta kusur ile hukuka aykırılık unsurları arasındaki bu belirsizliğe genel olarak illiyet bağı kavramı da dahil edilebilir. **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 240; BGB § 280'de borç yükümlülüğünün ihlâli düzenlenmiştir. Bu düzenlemede ihmal ile hukuka aykırılık birbirinden ayrılmıştır. Borcun ifa edilmemesi hukuka aykırılığı teşkil ederken bunun borçlunun üzerindeki yükümlülüklere aykırı olarak hareket etmesi neticesinde gerçekleşmesi ihmali ifade eder. Mahiyeti itibarıyla ihmal anlamına da gelen bu yükümlülük kavramı söz konusu maddenin birinci fıkrasında *Pflichtverletzung* terimiyle ifade edilmiştir. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 237.

1017 Hukuka aykırılığın kusursuz sorumluluğun bir unsuru olmadığı fikrine katılmıyoruz. Zira bu fikir temelini kusursuz sorumlulukla uyum içinde uygulanması oldukça güç olan hukuka aykırı davranış teorisinden almaktadır. Böylece bir kusursuz sorumluluk hali kapsamında, hukuka uygun bir davranıştan, zarar ortaya çıkabilecek bu da hukuka aykırılık arz etmeyecektir. Örneğin nükleer santral işletmek için her türlü izinlerin alındığı ve hiçbir davranış ve kusur gösterilmediği halde bir zarar ortaya çıkması durumunda tehlike sorumluluğu gündeme gelir. Hukuka aykırı davranış teorisine göre olayda bir hukuka aykırılık bulmak mümkün değildir.
Hukuka aykırı davranış teorisiyle kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırılık hiçbir zaman gerçekleşmez denmesi de doğru değildir. Zararın ortaya çıkmasında bir davranış var ise -ki bu

Bunun istisnasını hukuka aykırı davranış teorisi kabul edilmesi durumunda tehlike sorumluluğu gibi hukuka aykırılık unsurunu her zaman barındırmayan kusursuz sorumluluk çeşitleri veya bir kusursuz sorumluluk hali olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir[1018]. Hukuka aykırı davranış teorisine katılmadığımız gibi kusursuz sorumluluk halleri açısından bunun uygulanmasının evleviyetle sakıncalı olacağı kanaatindeyiz[1019]. Tehlike sorumluluğu da ağır bir kusursuz sorumluluk olarak bu duruma dahildir. Zaten ilgili teorinin mahiyeti kusursuz sorumlulukla uyuşmadığı gibi tehlike sorumluluğunun düzenlendiği kanuni düzenlemelerde dahi hukuka aykırı sonuç teorisine gönderme yapılmıştır. Örneğin KTK m. 85/1'e göre *"Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa…"* işletenin sorumluluğu doğmaktadır. İlgili madde zararın hangi davranışla ortaya çıktığıyla ilgili bir düzenleme getirmemiş açıkça ortaya çıkacak zarara sebep olmayı sorumluluk sebebi saymıştır. Her nasıl olursa olsun bu zararlı sonucu ortaya çıkaran açısından hukuka aykırılık gerçekleşecektir. Böylece kanun koyucunun kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırı sonuç teorisi ile sorumluluğu düzenleme eğiliminde olduğu görülmektedir.

§ 2. KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİNİN SORUMLULUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sorumluluk ilkeleri sorumluluğu belirlemekte farklı yöntemlerle hareket ederler. Kusur ve sebebiyet ilkelerinin farkı sadece kusurun aranması veya aranmaması gibi gözükse de sorumluluğa yaklaşımları, sorumluluğu kurmaya yönelik felsefeleri, sorumluluğu belirleme ve atfetme yöntemleri farklıdır. Bu bağlamda sorumluluk ilkelerinin sorumluluğu belirlemekteki temel hareket noktaları, sorumluluğu kurmakta başvurdukları kavramlar ve bunlarla ilişkileri incelenmelidir. Sorumluluğu ve kapsamını belirlemeye dair farklı hareket tarzları ve yöntemler neticesinde sorumluluk ilkelerinin farklı genişlikteki sorumluluk daireleri ortaya çıkar.

---

tehlike sorumluluğu açısından da mümkündür- o halde hukuka aykırılık ortaya çıkabilecektir. **EREN**, İlliyet, s. 139.

1018 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk; s.48 vd.; **EREN**, İlliyet, s. 139.

1019 Kanaatimiz bu teorinin kusursuz sorumlulukla uyuşmadığı ve kullanılmaması gerektiği yönünde olmakla birlikte kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırı davranış teorisi uygulanacaksa dahi; hukuka aykırı davranışın, davranış unsurundan daha geniş olarak anlaşılması gerektiğini tezde belirtmiştik. Bkz. Bkz. 2. bl. §1 IV C

I) KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİNDE SORUMLULUK DAİRESİ

Zararın tazmini sorununu sorumluluk ilkeleri çözer. Sorumluluk ilkeleri kapsamında, ortaya çıkmış bir zararın tazmin edilip edilmeyeceği, edilecekse ne oranda ve kim tarafından bunun yüklenileceğini sorumluluk ilkeleri belirlemektedir. Her sorumluluk ilkesi ortaya çıkan zararın tazmini hususunda kendi bünyesel özelliklerine uygun olarak farklı neticelere varırlar. Salt sebebiyet ilkesi fail aleyhine en sert tazmin koşullarını, subjektifleştirilmiş kusur ilkesi fail lehine en yumuşak sorumluluk hükümleri ihtiva eder. Dolayısıyla sert bir sebebiyet ilkesinden, kusur ilkesinin en subjektif haline kadar ki tüm sorumluluk anlayışları birbirlerinden önemli derecede farklılık arz ederler.

A) Sebebiyet İlkesinde Sorumluluk Dairesi

Sorumluluğu en geniş olarak değerlendiren sebebiyet ilkesinde[1020] olaya sebep olmak sorumluluk için yeterlidir. Bu itibarla failin kastı, ağır ihmali, hafif ihmali olması ya da bunlardan hiçbirinin failde bulunmaması olmak üzere dört halde de sorumluluğu vardır[1021]. Hatta zararın faile illiyet bağıyla isnadı mümkünse, failin kusuru ve hatta davranışı olmasa dahi yine de kural olarak sorumlu olur. Şu halde sorumluluğun doğması açısından sebebiyet ilkesi, kusur ilkesinden öncelikle davranışı aramamakla daha sonra da kusurun hiçbir çeşidini aramamakla ayrılmaktadır. Bu

[1020] **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 4vd., s.92; **LARENZ/CANARIS**, s. 352; **STARK/OFTINGER**, s. 670 vd.
[1021] **KORKMAZ**, s.88.

sebeple davranışı arayan kusursuz sorumluluk halleri[1022] aslında kusur ilkesi anlayışına doğru yaklaşan bir metot ve kapsam üzere sorumluluğu tespit ederler[1023].

Sorumluluğu en sert ortaya koyan salt sebebiyet anlayışıdır ki sadece zarara sebep olmuş olmak bu çeşit sorumluluk için yeterlidir. Bu çeşit sorumluluk hem Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde hem de TBK'da kabul edilmemiştir. Bunun bir derece yumuşatılmış hali kusursuz sorumluluk esaslarına dayanan sebebiyet sorumluluğu anlayışıdır. Buna göre fail sebep olduğu zarardan ilgili kusursuz sorumluluk esası gerektiriyorsa sorumlu olur. Failin salt sebep olmuş olması sorumluluk için yeterli değildir. Sorumluluk için failin kusuru aranmasa da, somut olay bakımından sebebiyet esasının failin sorumluluğunu gerektirmesi icap eder. Bu çeşit sorumluluk TBK'da kabul edilmiş kusursuz sorumluluk hallerini teşkil eder. Bu sorumluluğun sert sebebiyete yakınlığını ise dayandığı kusursuz sorumluluk esasının bünyesi belirler[1024]. Mesela tehlike sorumluluğu sert sebebiyete yakın bir kusursuz sorumluluk hali iken özen yükümlülüğünün ihlâline dayanan kusursuz sorumluluk halleri daha yumuşak olup, faile belirli hallerde kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanırlar[1025]. Sebebiyet ilkesinin bir derece daha yumuşatılmış hali ise davranışın arandığı kusursuz sorumluluk halleridir[1026]. Bu çeşit sorumlulukta failin sorumluluğu için zarara sebep olmuş olması yetmemekte, ilgili kusursuz sorumluluk esasının failin sorumluluğunu

---

1022 Kusursuz sorumlulukta kural olarak davranış aranmaz. Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s.673, s.691; **TUNÇOMAĞ**, s. 272; **İNAN/YÜCEL**, s. 379; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.5; Ancak ilgili kusursuz sorumluluk hali davranışın aranmasıyla yumuşatılabilir. Bu davranış doğrudan bir davranış olabileceği gibi daha dolaylı hale getirilmiş ve başka bir olgu arkasındaki gizli bir davranış da olabilir. Mesela taşınmaz malikinin sorumluluğunda taşkın bir kullanım aranmaktadır. Bu çeşit kusursuz sorumlulukta açıkça yapı malikinin menfi ya da müspet bir davranışı aranmaktadır. TMK m. 730/1'e göre :*" Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması…"* taşınmaz malikinin sorumluluğunu doğurmaktadır. Bu kullanım ise ancak insan davranışıyla gerçekleşebilir. Bir yargıtay kararında da taşkın kullanımın müspet davranışla ilişkisi gözetilmiştir. Yargıtay 4. HD, 23.09.1985 T. 1985/5090 E. 1985/7250 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 27.03.2021). Davranışın daha dolaylı olarak arandığı kusursuz sorumluluğa yapı malikinin sorumluluğu örnek verilebilir. TBK m. 69/1'e göre : "*Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür."* Burada sorumluluk hukuki terim olarak özen ödevi eksikliğine dayandırılmıştır. Ancak objektif özen ödevinin ihlâli neticesini veren yapımdaki bozukluk ve bakımdaki eksiklik aslında gizli bir müspet veya menfi davranış unsuru da içermektedir. Fakat bu çeşit sorumluluk davranış unsurunu doğrudan doğruya aramamıştır. Benzer şekilde adam çalıştıranın sorumluluğu içinde, çalıştırılanın zarar verici bir davranışı olmak zorundadır. Burada ise davranış unsuru sorumlu kişinin değil bir başkasının davranışı olmaktadır. Sorumlu kişi bu davranıştan dolaylı olarak sorumlu tutulmaktadır.

1023 **KORKMAZ**, s.89-91.

1024 **KORKMAZ**, s.88.

1025 **VITO**, s. 12; **SCHULZE**, s. 1284; **FÖRSTER**, s. 350; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.508, s.516.

1026 **KORKMAZ**, s.88.

gerektirmesi için ayrıca davranışının varlığı da aranmaktadır. Fail hem zarara sebep olmuş olmalı hem kusursuz sorumluluk esası sorumluluğu gerektirmeli hem de failin zarara sebep olması bir davranış yoluyla olmuş olmalıdır. Burada davranışın aranmasının teknik sebebi ise kusursuz sorumluluk halinin şartlarından birini teşkil etmesidir. Kusursuz sorumluluk hallerinin şartları ise dayandıkları kusursuz sorumluluk esasının bünyesine göre şekillenirler[1027].

Böylece sert bir sebebiyet anlayışı öncelikle kusursuz sorumluluk esasının aranmasıyla kusur ilkesine doğru bir derece yaklaşmaktadır. Kusursuz sorumluluk esasının bünyesine göre bu yaklaşmanın miktarı değişmektedir. Daha sonra davranış unsurunun aranmasıyla kusursuz sorumluluk kusur ilkesine bir derece daha yaklaşmaktadır[1028]. Hatta davranış unsuru kusur ilkesiyle önemli irtibatı olan bir kavram olduğu için bu çeşit sebebiyet sorumluluklarının, objektif kusur anlayışını çağrıştıran bir yapısı vardır.

B) Kusur İlkesinde Sorumluluk Dairesi

Sebebiyet ilkesi failin sorumluluğunu oldukça geniş değerlendirmesine karşın kusur ilkesi failin sorumluluğunu kusur kavramı anlayışına göre ve kusuru sorumluluğa dahil etme yöntemine göre sınırlama yoluna gitmiştir. Kusur ilkesi failin sorumluluğunu önemli derecede sınırlar, ancak bunu yaparken kusurun nasıl tanımlandığı ve kusurun ağırlığının sorumluluğa ne kadar dahil edileceği gibi hususların etkisi olmaktadır. Bu noktada kusurun bir irade mi yoksa davranış mı olduğu teorik tartışması ve buna istinaden şekillenen objektif ve subjektif kusur anlayışları devreye girmektedir. Böylece farklı kusur anlayışlarına göre failin sorumluluk dairesi de değişmektedir. Şüphesiz Türk-İsviçre Hukuklarında kusurun çeşitleri olan kast ve ihmalde, kusurun ağırlığıyla ilgili oldukları için failin sorumluluk dairesine etki ederler[1029]. Ancak Alman ve Fransız hukukları kusurun ağırlığını sorumluluğu belirlemede bir ölçü olarak kabul etmedikleri için[1030] kusurun ağırlığı sorumluluğu etkilemez.

1027 **KORKMAZ**, s.88.
1028 **KORKMAZ**, s.89.
1029 **İMRE**, s. 19; **TİFTİK**, s.88; **ORHUNÖZ**, s.73; **SANLI**, s.99; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.96; **SCHMITD**, s. 116 vd.
1030 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 19, **İMRE**, s. 19.

Şu halde kusur ilkesinde failin sorumluluk dairesini temel olarak kusurun ağırlığı ile kusurun tanımına ilişkin izlenen yol belirler. Kusurun ağırlığına ilişkin değerlendirme failin sorumluluk derecesini belirlerken, kusurun tanımına ilişkin izlenen yol daha çok failin sorumlu olup olmayacağını belirlemeye yöneliktir. Zira kusur kavramına verilen manaya göre ya kusur var olacaktır veya hiç olmayacaktır. Bu da failin sorumluluğu veya sorumsuzluğu gibi büyük bir ayrımla neticelenir. Kusur ilkesinin menfi sonucu bunu gerektirir[1031]. Bununla beraber kusur ağırlaştıkça kusurun varlığı da farklı teorilere göre dahi sabit olacağı için hem kusurun ağırlığı hem de kusur kavramının izah şekli gözetilerek bir sorumluluk dairesi belirlenebilir.

Kast en ağır kusur çeşididir[1032]. Bu sebeple her sorumluluk teorisine göre kusur kabul edilir. Bunu ağır ihmal takip eder. Ağır ihmal halinde de kusur teorileri açısından bir fark söz konusu değildir ve fail sorumludur. Bütün sorumluluk teorilerine göre kast ve ağır ihmal hallerinde failin sorumluluğu sabit olur. Hafif ihmal halinde ise objektif kusur teorisinin sorumluluk dairesi subjektif teoriden daha geniştir. Zira objektif hafif ihmal, hafif ihmalin daha ağır kısımlarını da içinde barındıran bir ihmal anlayışıdır. Dolayısıyla objektif ihmal anlayışına göre kusur olan bir davranış, subjektif ihmal anlayışına göre kusur içermeyebilir. Faili en zor sorumlu tutan sorumluluk hukukundaki en yumuşak anlayış ise subjektif kusur anlayışına dayalı kusur ilkesidir. Buna göre fail kastı, ağır ihmali veya subjektif kritere göre hafif ihmali varsa sorumlu olur.

Bütün bu bahsedilenler sırasıyla değerlendirildiğinde failin sorumluluğuna en kolay hükmeden en sert sorumluluk anlayışından, en kolaylıkla failin sorumsuzluğuna hükmeden en yumuşak sorumluluk anlayışına doğru sıralama şu şekildedir: Salt sebebiyet, kusursuz sorumluluk esasına dayalı sebebiyet, davranışın arandığı sebebiyet, objektif kusur teorisine dayalı kusur ilkesi ve subjektif kusur teorisine dayanan kusur ilkesi[1033]. Elbette bu sorumluluk anlayışların genişliği haksız fiilin

---

1031 **STRICKLER**, s. 12; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.89; **İMRE**, s. 19; **FELLMAN**, Band I, s.7.

1032 **KELLER**, s. 118; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.56; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.425; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 216.

1033 **KORKMAZ**, s.88-89. Çoğu olay bakımından bu ayrımı yapmak kolaydır. Ancak teorik açıdan bakıldığında hafif ihmal ile sorumluluk ile sebebiyet sorumluluğunu ayıran ince çizgiyi tespit etmek aslında güçtür. İhmal makul özenin gösterilmemesidir. Fakat somut olaydaki makul özen nedir? Makul özenin ölçütü ahlâki mi, sosyal mi, yoksa ekonomik midir? Hangi ölçüte göre belirlenmelidir? Bütün bu hususlar kusursuz sorumlulukla, hafif ihmale dayanan kusur sorumluluğunu ayıran ince çizginin belirlenmesinde etki etmektedir. **ABRAHAM**, Kenneth S., Strict Liability In Negligence, DePaul Law Review, C.61, S. 2, Y. 2012, s. 274 vd.

hukuka aykırılık ve illiyet bağı gibi diğer unsurları hakkındaki kabul ettikleri teorilere göre değişiklik gösterebilir. Mesela hukuka aykırı sonuç teorisini kabul eden subjektif bir kusur anlayışı, hukuka aykırı davranış teorisini kabul eden objektif kusur anlayışından faili sorumlu tutmaya daha müsait olabilir. Hatta subjektif hukuka aykırılık teorisi, illiyet bağı olarak şart teorisi ve objektif kusur anlayışının beraberce tatbik edilmesinin sonuçları, nispeten yumuşak bir kusursuz sorumluluk hali olan objektif özen hükümlülüğüne dayanan kusursuz sorumluluk halinin sonuçlarına yakın belki de bundan daha ağır bile olabilecektir. Dolayısıyla ilgili sorumluluk ilkelerinin haksız fiilin diğer unsurlarına dair teorilere yaklaşımları sorumluluğun sınırlarını doğrudan doğruya etkileyecektir. Böylelikle uygulamada kusur ilkesi gereği failin sorumlu tutulmamasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı düşünülüyorsa, kusur kavramının içeriğine müdahale ederek faili kusurlu bulmaya veya olayın şartlarını zorlayarak bir kusursuz sorumluluğun varlığına hükmetmeye gerek yoktur. Kusur ilkesini desteklemiyor isek de böyle bir yolun izlenmesi hukuki olguların tarif ve tanımlarına aykırılık içerir. Kusur ilkesinin yapısı korunmak ve hukuki olguların tariflerine bağlı kalınmak isteniyorsa bu gibi durumlarda sert bir objektif kusur teorisi ve subjektif hukuka aykırılık teorilerinin beraberce uygulanması failin sorumluluğunu genişletmek için kullanılabilir.

1) Objektif İhmal Teorisinde Sorumluluk Dairesi ve Sebebiyet İlkesine Yakınlığı

Kusurun varlığının tespitinde kullanılan ölçüde objektifliğin artması oranında, kusur ilkesinin etkisi de doğrudan etkilenmektedir. Kusur ilkesinin kabul edildiği bir hukuk düzeninde objektif kusur anlayışının keskin şekilde uygulanması sistemi sebep sorumluluğuna doğru yaklaştırmakta ve failin sorumlu olma ihtimalini artırmaktadır[1034]. Objektifliğin artması ortalama tipin yerine, hayatın olumlu kaidelerden sapan her davranışı kusur kabul eden görüşün esas alınması demektir[1035].

1034 **İMRE**, s.60; **EREN**, Borçlar Genel, s.652; **OFTINGER/STARK**, s. 210; **KORKMAZ**, s.86.

1035 *Strohal*'e göre insan varlığı ve varlığını devam ettirmesi sebebiyle ortaya çıkacak her türlü ıztırap ve menfaatten sorumlu olmalıdır. Bu bağlamda kişilerin şahsiyetlerinde bulunan eksikliklerden kaynaklanan herhangi bir zarar ortaya çıkarsa bunlardan sorumlu olmalıdırlar. Her farklı kimsenin şahsiyetinde farklı eksiklikler söz konusu olabilir. Bu kimselerin şahsiyetlerindeki eksikliklerinden ortaya çıkabilecek zararlardan kaçınmalarının imkânı da bulunmamaktadır. Bu noktadan bakıldığında bu düşünce kusurla alakadar değildir. Zira kişilerin doğuştan gelen ya da daha sonra üzerlerinde bulundurdukları her türlü eksiklikten doğabilecek zararlardan kaçınmaları güçleri üzerinde bir tekliftir. Açıkça güçlerinin üzerindeki bir husus açısından davranışlarındaki sapma ahlâki açıdan kusur ifade etmez. Doğrusu ihmalin ölçüsünün objektifleşmesi nispetinde bu durumlarda kusur olarak telakki edilecektir. **STROHAL**, Emil, Gutachten zum österreichischen

Objektifliğin artması somut olayda fail yerine ortalama bir tip değil, şahsi noksanlıklarından arınmış, bir kimseden beklenebilecek her türlü ihtimamı gösteren, yüksek bilgi ve zekâ sahibi, tecrübeli bir şahsın konulması sonucuna doğru götürecektir. Bu durumun da somut olaydaki failin kusurlu kabul edilmesi ihtimalini artıracağı kesindir. İhmalin objektifleştirilmesi kusur ilkesini zayıflatacaktır[1036]. Hatta mutlak objektif anlayış kusur ile hukuka aykırılık kavramları arasındaki farkı da belirli bir oranda ortadan kaldırır[1037]. Objektif teori kusur ilkesine dayandığı halde kusursuz sorumluluğa önem arz edecek derecede yakın sonuçlar verecek bir anlayışla hareket etmesi doktrinde eleştirilmektedir[1038]. Ancak objektif teoriyi kusur ilkesine daha yakın tutan *Von Tuhr*'a göre kusur irade temelli bir kavram bir irade arızası olduğu için failin zihnî veya bedenî eksikliklerine istinat edemez. Kişinin şahsi özelliklerinin sınırını aşmayacak bir daire içerisinde kusur kavramı aranabilir[1039]. Bu görüş kusurun tespitinde ortalama tipin davranışı kıstasından ayrılmamakta ancak bunu ferdin iktidar ve imkân sınırları içerisinde anlayarak ortalı bir yol izlemektedir.

Hafif ihmalin daha ağır kısmını subjektif ihmal anlayışı, daha ağır ve daha hafif karışık olacak şekilde tamamını ise objektif ihmal anlayışı oluşturur. Zira subjektif teoriye göre hafif ihmal varsa objektif teoriye göre evleviyetle ihmal söz konusu olur. Neticede objektif ihmal teorisi hafif ihmalin tespit edilmesinde subjektif teoriye göre ihmal kabul edilemeyecek daha hafif durumları da ihmal olarak değerlendirerek sorumluluğu alabildiğine genişletir. Böylece objektif teori sorumluluk dairesinin genişliği itibarıyla sebebiyet ilkesine doğru yaklaşmaktadır[1040]. Objektif teori sebebiyet ilkesi gibi kast, ağır ihmal, subjektif ihmal ve onu kapsayan ve onu aşan

---

Advokatentag 1880, s. 149. (**İMRE**, s.59'dan naklen); *Rümelin* ise bu eksiklikleri kusur kavramıyla uzlaştırarak ele almıştır. *Rümelin*'e göre şahsiyetin zaman içerisinde akıp gitmesi sırasında bu şahsiyetin eksikliklerinden doğabilecek her türlü zarar kusur kaynaklıdır. Zira kişinin şahsiyetindeki noksanlıklar dolayısıyla kişinin iradesinde, fiilinde arıza ortaya çıkmıştır. İrade arızasına sebep olan kişinin noksanlıkları olduğuna göre; bu noksanlıklar ferde isnat edilebildiğine göre bundan kaynaklanan davranışlar da kusur olarak şahsa yüklenebilmelidir. Bu görüşün mutlak olarak düşünülmesi ayırt etme gücü olmayanların dahi her fiillerinden sorumlu olmaları fikrinin de kabul edilmesinin gerekmesi sonucuna ulaşır. Böyle bir sonuç ise kusur ilkesinin temel anlayışına son derece ters olur. Bu çeşit bir anlayış çok ağır objektif kusur anlayışını ifade etmekte olup kusur ilkesini açıklama şekliyle neredeyse kusursuz sorumluluğun sonuçlarına ulaşmaktadır. **RUMELIN**, Max, Schadenersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910, s.52 (**NART**, Hakkaniyet, s.99'den naklen); Ayrıca Bkz. **İMRE**, s.59-60.

1036 **İMRE**, s.60.; **ZWEIGERT**, s.658; **GÖNÜL KOŞAR**, s.88; **OFTINGER/STARK**, s.57, s. 210; **BAŞ**, Kusur, s. 234; **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 260; **KORKMAZ**, s.84 vd.; **STARK**, Ausservertragliches, s. 106; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.6.

1037 **NART**, Hakkaniyet, s. 140;

1038 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60.

1039 **VON TUHR**, Borçlar, s. 381; **İMRE**, s. 36.

1040 **KORKMAZ**, s.87.

objektif ihmal durumlarında sorumluluğu kabul etmektedir. Böylece objektif teorinin sebebiyet ilkesinden farkı sorumluluğun doğması için en azından objektif olarak belirlenen hafif ihmali ve davranış unsurunu araması olmak üzere iki noktada toplanmaktadır.

Kusurun en ağır hali olan kast davranış olmayıp iradedir. Kast hukuka aykırı sonucu öngörme ve iradeye dayalı bir kavram olarak bu sonucu arzu etme gibi davranışla açıklanamayacak unsurları içerir. Kusurun bir davranış mı yoksa irademi olduğu hususundaki tartışma aslında sorumluluk hukukunda oldukça önemli olan, kusurun bir diğer çeşidi olan ihmal[1041] hakkındadır. İhmal hafifleştikçe kusuru tespit etmek sorunu güçleşmeye başladığı için ihmal çeşidindeki kusuru davranış tarzıyla açıklamak daha kolay ve çözüm odaklı görünmektedir. Gerçekten de, hafif ihmal olup olmadığı ihtilaflı olaylarda, kusuru davranış olarak açıklayan objektif teori ile kusuru tespit etmek ve faili sorumlu tutmak kolaylaşmaktadır. Denebilir ki genel eğilim kusur hafifledikçe, kusuru irradeden kopartarak davranış tarzı olarak açıklamak yönünde olmuştur. Böylece irade yönünden değerlendirildiğinde kusur kabul edilemeyecek haller kusurun davranış tarzıyla açıklanmasıyla kusur olarak kabul edilebilir ve mevcut kusur daha kolay tespit edilebilir[1042]. Bu anlayışın objektifleşmesi nispetinde de daha hafif durumlar dahi kusur olarak açıklanabilir. Bu ise kusur ilkesinin sebebiyet ilkesi kapsamına iyice yaklaşması sonucunu doğurur. İşte bu noktada kanaatimizce kusur ilkesinin yetersizliğine bir işaret vardır. Zira kusur ilkesi sorumluluğu kurmakta yetersiz kaldığı ve faili fazlaca koruduğu için failin sorumluluğunu genişletmek ihtiyacı doğmuştur. Ayrıca kusurun tespiti gibi subjektiflik içeren bir kavramın sorumluluk hukukunda oluşturduğu belirsizlikten de kurtulma ihtiyacı vardır. Bunun içinde kusur irradeden koparılmaya başlanmış ve daha hafif denebilecek durumları da kusur olarak kabul edebilmek ayrıca sorumlulukta netliği sağlamak için kusur artık davranışla açıklanmaya başlanmıştır. Bu çağın hukukçularının kusuru açıklamaktaki genel eğiliminin objektif teori yönünde olması da dikkat çekicidir. Artık 19. yüzyılın dogması olan kusur ilkesi[1043], bu ilkeyi savunan yazarlarca dahi kusurun tanımı

1041 **VON TUHR,** Borçlar, s. 380; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 139-140; **VON TUHR/PETER**, s.429; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 227; **OĞUZMAN/ÖZ**, s57 vd.; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 152 vd.; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.48; **EREN**, Borçlar Genel, s.651 vd.; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s. 427; **REİSOĞLU**, s. 172; **BERKİN**, s. 171; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53; **BAŞ**, Kusur, s. 231; **KELLER**, s. 119; **OFTINGER/STARK**, s. 201.

1042 **KORKMAZ**, s.87.

1043 **PLETTER,** s. 1; **EREN**, Borçlar Genel, s.556; **JANSEN**, Haftungsrechts, s. 22; **BRÜGGEMEIER**, s.50.

objektifleştirilerek[1044] kusur ilkesinin antitezi olan sebebiyet ilkesine doğru yaklaştırılmaktadır.

İhmal objektifleştikçe kusur ilkesinin sebebiyet ilkesine yaklaşmasının iki farklı sebebini tespit etmiş bulunuyoruz. Birincisi sorumluluk kapsamının genişlemesidir ki yukarda buna değinildi. Objektifleşen ihmal ile ihmal dairesi genişler ve failin hareket tarzının kusurlu olduğu değerlendirilmesi daha geniş bir dairede araştırılır. Böylece ihmal objektifleştikçe kusur ilkesinin ana sonuçlarından birisi olan sorumluluğun sınırlanması azalmaya başlamakta, sorumluluk daha kolay ve daha ağır olarak ortaya çıkabilmektedir.

İhmal objektifleştikçe kusur ilkesinin sebebiyet ilkesine yaklaşmasının ikinci sebebi ise teorinin kusuru davranış olarak değerlendirmesidir. Bu ise sorumluluğu kurma tekniği ile ilgili olup kusur kavramının tanımına ve temeline dayanmaktadır. Kusur kavramı objektif kusur teorisi ile irade kökeninden uzaklaştırılmakta ve davranışla izah edilmektedir[1045]. Davranış ise zarara sebep olan, zarar ile arasında illiyet bağı araştırılan olgudur. Sebebiyet ilkesi de zarar ile fail arasındaki illiyetin varlığını araştıran bir metot üzerine sorumluluğu tayin eder[1046]. İşte sebebiyet ilkesindekine benzer şekilde objektif kusur anlayışıyla sorumluluk, failin belirli şekildeki davranışının zararla olan illiyet bağına dayandırılmaktadır[1047]. Zira belirli bir şekilde davranmakla, kusur zaten gerçekleşmiş olmaktadır. Ayrıca kusurun varlığı için failin iradesinin kınanabilirliği gibi hususları araştırmaya gerek yoktur[1048]. Davranış

1044 **KELLER**, s. 115; **EREN**, Borçlar Genel, s.643; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60 vd.; **TUNÇOMAĞ**, s. 285; **İNAN/YÜCEL**, s. 397-398; **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 328; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.51 vd.; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381. **WIDMER**, s. 169; **HONSELL/ISENRING/ KESSLER**, s.78 vd.; **KOZIOL,** Objektivierung, s.596; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 105; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.56; **FELLMAN**, Band I, s.8; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s. 428; **REİSOĞLU**, s. 172; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 152-153; Kusurun objektifleştirilmesindeki büyük faydalardan birisi mağdurun kusuru ispat edebilmesine kolaylık sağlanmasıdır. Gerçekten sert bir sebebiyet ilkesinden kusur ilkesine doğru geçişte ispat yükü bakımından yapılacak sıralamada, öncelikle kusur aranmaz sonrasında sorumluluk için kusur aranır, daha yumuşak bir uygulamada kusurun olmadığını ispat faile yüklenir, daha yumuşağında bu ispat yükü mağdura yüklenir ve daha yumuşağında kusur subjektifleştirilerek mağdurun ispatı da iyice zorlaştırılmış olur; Böylece kusurun objektifleştirilmesi ve ispat yükü mağdurda olsa bile bunun kolaylaştırılması kusur ilkesini bir derece sebebiyet ilkesine yaklaştırmaktadır. Bkz. **FUCHS/PAUKER**, s.5-6.

1045 **FELLMAN**, Band I, s.8; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.55; **KORKMAZ**, s.85-86.

1046 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **TUNÇOMAĞ**, s. 287.

1047 **KORKMAZ**, s.85-86.

1048 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52; Yalnız sebebiyet ilkesi sorumluluğu daha da geniş aldığı için çoğu kere failin davranışına da gerek olmaz Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 272; **İNAN/YÜCEL**, s. 379; **EREN**, Borçlar Genel, s.673; Sebep sonuç ilişkisinin faile atfedilebilen bir olay ve olgudan kaynaklanması yeterlidir. Ancak kusur ilkesi ne kadar objektifleşse de failin davranışını haksız fiilin bir unsuru olarak kabul ettiği için, zararın da bu davranıştan doğması gerekmektedir. Böylece

objektif olarak dış dünyada görünür olması yönüyle iradeye nazaran daha kolay tespit edilebilir olduğu için, kusurun ölçüsü objektifleştikçe sorumluluk sebebiyet ilkesindeki gibi netleşmeye başlar.

Objektif teoride kusurun davranış kavramıyla açıklanmasıyla adeta davranış ile zarar arasındaki illiyete bağlı bir sorumluluk kurulduğuna[1049] böylece sebebiyet ilkesine yaklaştığına değinilmişti. Bununla beraber kusurun davranış olarak kabul edilmesiyle kusur ilkesini sebebiyete yaklaştıran başka hukuki ve teknik gerekçeler de bulunmaktadır. Objektif teoride failin ortalamadan ayrılan davranışlarıyla şahsiyetini devam ettirmesinden dolayı ortaya çıkardığı zararların sonuçlarına katlanmasının daha adaletli görünmesi sebebiyet ilkesinin temel mantığına oldukça benzemektedir. Sebebiyet ilkesindeki temel düşünce failin şahsının devamıyla ortaya çıkan zararların, faile yüklenmesidir. Objektif teoriye göre de failin şahsının devamıyla ortaya bir zarar çıkmışsa, zarar faile yüklenir[1050]. Şu kadar ki, bu zarar failin kınanabilir olsun olmasın ortalamadan ayrılan bir davranışıyla meydana gelmiş olmalıdır. Bunun temel gerekçesi ise sebebiyet ilkesindeki gibi mağdurun tam masumiyetinin korunmasının daha tercihe şayan olmasıdır. Kusuru olmadığı için fail masumsa da, kusur ilkesi marifetiyle zarar failden daha masum olan mağdurun üzerine bırakılmaktadır. Bir de bunun üstüne failin ortalamadan ayrılan bir davranışıyla zarar vermiş olması ihtimalinde hala sorumluluğu faile yükletmemek için irade kavramıyla meşgul olunması doğru görülmemiş tamamen masum olan mağdur korunmuştur.

Kusurun aranıp aranmaması, bir sorumluluk ilkesinin karakteristiğini veren temel belirleyici yöntemdir. Buna davranışın aranıp aranmaması da tâli olarak dahil edilebilir[1051]. Kusur sorumluluğunda kusur ve davranış aranır. Kusursuz sorumlulukta

---

sorumluluğun doğması bakımından objektif kusur teorisini sebebiyet ilkesinden ayıran diğer bir sınır failin hukuka aykırı sonuca sebep olan davranışıdır. Zira kusur en objektif tanımla bile en ihtimamlı bir kişinin davranışından saptığı için hukuk düzeninin uygun bulmadığı davranış tarzıdır.

1049 Bu durumun bir sonucu olarak objektif kusur anlayışı tıpkı sebebiyet ilkesinde olduğu gibi failin kusurlu takdir edilmesini böylece sorumlu kabul edilmesini kolaylaştıran bir anlayıştır. Şöyle ki sebebiyet ilkesinde salt fiil sorumluluk doğururken objektif kusur anlayışında fiil ayrıca kusur unsurunu da taşıyorsa sorumluluk doğacaktır. Kusurun iradenin veya fiilin kınanabilir olmasında değil vasattan ayrılmasında aranması kusurun varlığı ihtimalini artıracaktır. Zira kişinin iradesi veya fiili kınanabilir değilken salt fiil bazı olaylar açısından vasattan ayrılabilmektedir. Bu da failin kusurlu böylece sorumlu olması sonucunu verecektir.

1050 **KORKMAZ**, s.86; Bu husus objektif teori açısından oldukça tartışmalıdır. Özellikle failin bedeni ve zihni eksikliği gibi hususlardan doğan zararların faile atfedilmesi konusunda doktirinde yoğun bir tartışma vardır. Konuyla ilgili tartışmalar için Bkz. **KOZIOL,** Objektivierung, s.594 vd.

1051 **KORKMAZ**, s.89-91.

ise kusur hiç aranmazken davranış istisnaen aranır. Kusur ve davranışın sorumluluk ilkelerinde aranmasına ilişkin durum şu şekildedir. En yumuşak kusur sorumluluğu olan subjektif kusur sorumluluğunda failin kusuru aranır, davranışı da aranır ancak kusur davranışla değil iradeyle ilişkilendirildiği için davranış unsuru kusur unsuru içerisinde değildir. Sorumluluk sertleşip objektif kusur anlayışına geçildiğinde davranış unsuru ayrıca aranmakla birlikte, davranış kusur unsuru içerisine girmeye başlayarak sorumluluk anlayışında daha baskın bir rol oynamaya başlar. Kusursuz sorumluluğun en yumuşak haline geçildiğinde kusur artık aranmaz ancak sorumluluğun özel bir şartı olarak davranış aranabilir. Kusursuz sorumlulukta sorumluluk daha çok sertleştikçe davranış unsuru kaybolmaya başlar onun yerine ilgili kusursuz sorumluluğa dair özel kusursuz sorumluluk şartları devreye girmeye başlar. Sorumluluk daha da sertleştirilirse artık hiçbir şart aranmaksızın zarara sadece sebep olmak yeterli hale gelir. Böylelikle kusur ilkesinden sebebiyet ilkesine doğru giden yolda öncelikle kusur ve davranışın birbirinden tam bağımsız şekilde aranması, sonrasında kusur unsurunun davranış unsuru içerisine nispeten dahil olmaya başlaması, sonrasında kusurun aranmayıp sadece davranışın aranması, sonrasında davranışın değilse de kusursuz sorumluluk hallerinin özel şartlarının aranması en sonunda ise hiçbirinin aranmaması gibi bir sıralama bulunmaktadır[1052]. Burada davranış unsurunun kusur sorumluluğunun sebebiyete yaklaşan kısımlarında daha çok işlev kazandığına ve sebebiyet sorumluluğunun kusur sorumluluğuna yakın kısımlarında kendisine yer bulduğuna dikkat edilmelidir.

Sorumluluğun kurulmasında kusur kavramı kusursuz sorumluluktan tamamen ve net olarak uzakken davranış kavramı kusursuz sorumluluğa nispeten yakındır ve yer yer ona dahildir. İşte kusuru irradeden kopartarak davranış tarzı olarak açıklamak, kusur unsurunu davranış unsuruna yaklaştırdığı için kusur ilkesini de kusursuz sorumluluğa doğru yaklaştırmaktadır[1053]. Böylece kusuru davranış tarzı olarak açıklayan görüşler kusur ilkesine bağlı olsalar da sebebiyet ilkesine yaklaşmaktadırlar. Bunun tersi kusuru irade olarak açıklayan görüşler ise kusur ilkesini iyice güçlendirmekte ve kusur ilkesinin karakteristiğini tam olarak korumaktadırlar. Böylece haksız fiilin unsurlarının sorumluluk ilkeleriyle bağlantıları açısından objektif

1052 **KORKMAZ**, s.93.
1053 **KORKMAZ**, s.89-91.

sorumluluk teorisinin, sebebiyet ilkesine yaklaşmasının önemli bir sebebinin kusuru iradeden kopartarak davranış olarak kabul etmesi olduğu görülür[1054].

Objektif teori kusuru bir davranış tarzı olarak değerlendirmiştir. Halbuki objektif teorinin karakteristiğinde ihmalin ölçütünde faili değil ortalama üçüncü kişiyi esas almak vardır. Niçin bu ölçüt ortalama üçüncü kişinin iradesi değil de davranışıdır? Neden objektif teori kusur kavramını açıklarken irade kavramından koparak davranış kavramına yönelmiştir. Bunun belirli gerekçeleri vardır: Objektif teorinin yapısı ve özellikleri gereği ismi gibi objektif değerlendirmelerde bulunarak kusuru tespit eder[1055]. Kusurun tespitinde failin, değil de üçüncü kişinin değerlendirmeye sokulması objektifliği temin ettiği gibi, iradenin değil davranışın değerlendirilmesi de daha objektiftir[1056]. İrade soyut, failin şahsı ve iç dünyası ile daha sıkı sıkıya bağlı ve tespiti çok daha zor bir kavram iken, davranış somut, failin iç dünyasından daha bağımsız ve dış dünyadaki tesirleri bakımından kategorize edilebilir, tespiti daha kolay bir kavramdır. Bu sebeplerle davranış kavramı irade kavramından daha somut ve daha objektiftir[1057]. Böylelikle kusurun araştırılmasında ortalama bir üçüncü kişinin iradesinin ölçüt alınmasındansa ortalama bir üçüncü kişinin davranış tarzının ölçü alınması daha objektif bir yoldur[1058]. Bu ise teorinin mahiyet ve amacına uygunluk arz eder.

Objektif teoride kusurun iradeden kopartılıp davranış olarak tanımlanmasında tespitimize göre başka teknik sebepler de bulunmaktadır. Kusur kavramı kınanma ve uygun bulunmama hususları ile vücut bulabilir. Objektif teori, kınanamayacak durumdaki kimselerin ortalamadan ayrılan bazı hareketlerini de kusur kabul ettiği için ahlâki temelden yoksundur[1059]. Kusur kavramını ahlâki kınamaya değil, o davranışın hukuk düzenince uygun bulunmamasına dayandırarak açıklar. Hukuk düzenince doğru bulunmamasının gerekçesi ise adaletli bir yaklaşımdır. Bu gerekçe failin şahsiyetinin devamıyla ortaya çıkarttığı bir zarara mağdurun katlanmasındansa, kınanacak durumda değilse bile failin katlanmasının daha adaletli olarak değerlendirilmesidir[1060].

1054 **KORKMAZ**, s.85-86.

1055 **KORKMAZ**, s.82. Objektif teorinin kusuru tespiti hakkında detaylı bilgi için Bkz. **KOZIOL,** Objektivierung, s.593 vd.

1056 **KOZIOL**, Objektivierung, s.594.

1057 **KORKMAZ**, s.82.

1058 **KOZIOL**, Objektivierung, s.594.

1059 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52; **EREN**, Borçlar Genel, s.652; **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 263.

1060 **KORKMAZ**, s.83.

Fail kendi var oluşuyla bir zarara sebep olmuş, zarara sebep olurken de ortalama bir insan davranışından şu, ya da bu sebeple ayrılmıştır[1061]. Tamamen masum olan mağdur üzerine bir de failin şahsiyetindeki eksiklikler sebebiyle ortaya çıkardığı zararı da yüklemek doğru olmaz. Fail zaten üçüncü kişinin davranışından önemli ölçüde saparak bir zarara sebep olmuş ise failin kınanmasını aramak da gerekmediği için artık zararın faile yükletilmesini sağlamak lazımdır. Böylece üçüncü kişinin ortalama hareketinden saparak bir zarar meydana geldi ise, tekrardan ortalama üçüncü kişinin makul iradesinden failin iradesinin sapması gibi hususları arama ihtiyacı ortadan kalkmıştır. Kınamaya ihtiyacı olmadan failin zarara katlanmasının gerekmesi adalet fikrinin bir gereği olarak kabul edildikten sonra artık failin iradesiyle meşgul olmaya da ihtiyaç yoktur[1062].

2) Subjektif İhmal Teorisinde Kusur Kavramının Teknik Yapısı

Subjektif teoride ise davranış sapması araştırılmakta ancak kusurun irade ile bağlantısı koparılmamakta hatta kusur kavramı subjektiflik ölçüsünde irade ile açıklanmaktadır. Failin şahsi özellikleri gözetildiğinde kendisinden beklenebilecek davranıştan somut olaydaki davranışın ne kadar saptığı subjektif teoride kusur kavramını tek başına kuşatmamaktadır. Subjektif teoriye subjektifliği asıl kazandıran, kusurun araştırılmasında failin kendisinin esas alınması ise de subjektifliğin diğer sebebi kusurun irade olarak değerlendirilmesidir. Zira irade, davranışa göre daha

---

1061 Failin iradesinin veya iradesine dayanarak gerçekleştirdiği fiilin kınanabilir olması kusurun ilkesinin ahlâki temelini oluşturmaktadır. Objektif kusur teorisinin kusur ilkesinin ahlâki temelinden yoksun olması, doğrusu ölçüt objektifleştikçe ahlâki temelin yok olması, kusurun tanımı açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki kusurun varlığına dair kullanılan ölçüt ne kadar objektifleştirilirse kusur o derece iradenin veya fiilin kınanmasıyla değil davranış tarzının ortalama tipten ayrılmasıyla ifade edilebilir. Zira ortalama bir tipe göre şahsiyetinde eksiklikler bulunan fail zarara bu eksiklikler nedeniyle sebep olsa, kınanan bir irade veya fiil söz konusu değildir. Ancak bu durumda failin fiili, hukuk düzenince uygun görülmemiştir. Bu uygun görülmemenin sebebi ise failin şahsiyetindeki eksiklikler, iradesi veya fiili dolayısıyla kınanması değildir. Failin ortalama tipten ayrılmasıyla ortaya çıkan zararın sonuçlarına, mağdurdansa failin katlanmasının daha adaletli görülmesidir. Ortalama tipten belirli eksikliklerle ayrılan failin şahsiyetinin devamı sebebiyle ortaya çıkardığı zararı mağdurun yüklenmesi adalet fikrine uygun olmayacaktır. Bu zararı, eksiklikleri sebebiyle ortaya çıkaran kimse yüklenmelidir. İşte salt bu eksiklik sebebiyle orta tipin davranışından ayrılan hareket tarzı kusuru oluşturur. Diğer bir deyişle objektif sorumluluk teorisi ne iradenin ne de fiilin kınanmasıyla ilgilenmektedir. Failin fiilinin ortalama tipten ayrılmasını sorumluluk için yeterli görmektedir. Bu anlayış objektif kusur teorisini kusursuz sorumluluğa yaklaştırmaktadır. Zira bu teoride mağduru korumaya yönelik bir anlayış vardır. Objektif teorinin kabul edilmesi olayın temellenmesinden sorumluluğun doğması ve kapsamına kadar uzanan farklı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olur. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.60; **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 263-264.

1062 **KORKMAZ**, s.83-84.

soyuttur ve failin iç dünyası böylece failin şahsı ile daha sıkı bir bağlantı içerisindedir. Böylece irade davranışa göre daha subjektif bir kavramdır.

Kusurun irade ile açıklanmasının failin kınanabilirliği ile önemli bağlantısı vardır. Gerçekten subjektif değerlendirme ile failin kendisi açısından kınanabilir bir durumda olup olmadığı araştırılır. Kınanabilirlik olgusu ise davranışla değil failin iç dünyasındaki iradesi ile ilgilidir. Zaten subjektif teorinin temel felsefesinde failin birey olarak ele alınması ve failin kusurlu olarak kabul edilmesi için ahlâken kınanabilir durumda olması olgusu vardır[1063]. Bu ise failin iradesinden kopartılamaz bir husustur. Aslında davranış irade ile ortaya çıktığı ve onun doğrudan bir sonucu için çoğu zaman davranış ile irade birebir örtüşür. Bu itibarla failin davranışının kınanması, bir nev'i iradesinin de kınanması demektir. Ancak failin iradesini; onun tahmin, öngörü, bilgi, saikler ve tecrübeler gibi iç kuvvetlerini değerlendirip bir çeşit muhakemeden geçirerek bir karara varmasını ve bu kararın kınanabilir olup olmadığını araştırarak davranışıyla bir bütün halinde bunu değerlendirmek şüphesiz daha geniş ve subjektif bir değerlendirmedir. Gerçekten failin kendi davranışını ölçü alarak somut olaydaki davranışını değerlendirmek tam subjektif bir araştırma olmaz iken, failin iradesine inerek onun subjektif durumunu değerlendirerek hüküm kurmak tam manasıyla subjektif bir araştırmadır[1064]. Böyle bir değerlendirme anlayışı aynı zamanda kusuru onun aslı olan iradeden de kopartmaz.

II) KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİNİN ORTAYA ÇIKARDIKLARI DURUMLAR

Ortaya çıkan zarar bakımından bu zarara kimin katlanacağı sorusu, sorumluluk hukukunun en temel problemidir. Zarardan bir sorumluluk doğmalı mıdır ve bu sorumluluk hangi ölçütlere göre belirlenmeli ve ne kapsamda olmalıdır? Yoksa sorumluluk hiç doğmamalı zarar düştüğü yere terk edilerek zarar gören üzerine mi bırakılmalıdır? Ortaya çıkan zarar, mağdura terk edilmediği sürece bu zararın birilerine hukuki olarak atfedilebilir olduğunu göstermektedir. Böylece zararın yüklendiği kimse de, o zararı ortaya çıkardığı için bundan sorumlu olmaktadır. Sorumluluğun adaletli olarak atfedilmesi meselesi sadece taraflar açısından bir

1063 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59.

1064 **KORKMAZ**, s.81; Objektif teoride ise kişinin iç dünyasıyla ilgili iradenin bırakılarak objektif olarak ölçülebilir bir anlayışa yönelinmesi söz konusudur. Bkz. **KOZIOL,** Objektivierung, s.594.

problem değil aynı zamanda sosyal hayatın istikrarlı ve güvenli şekilde devam etmesi için de bir gerekliliktir[1065].

Sorumluluk ilkeleri zararı atfetmekte haksız fiilin farklı unsurlarına belirli bakış açısı farklarıyla müracaat etmektedirler. Sebebiyet ilkesi, sorumluluk için en temelde zarar ve illiyet bağı ve nispeten hukuka aykırılık unsurlarına müracaat ederken, kusur ilkesi bunlara ayrıca davranış, hukuka aykırılık ve en önemlisi kusur unsurunu eklemektedir. Böylece sorumluluk ilkeleri, sorumluluğu yüklemekte kendilerine has belirli bir karakteristik yapıya bürünmüşlerdir. Gerçekten de sorumluluk ilkelerinin karakterlerine uygun belirli bir sorumluluk anlayışı ve prensipleri olup sorumluluğa yaklaşımlarında farklı noktalardan hareket ederler. Sorumluluk ilkeleri sorumluluğu kurmakta, kavramlara farklı önemler atfederler. Böylece sorumluluk ilkelerinin tazmin ilişkisini kurmaktaki hukukî temelleri ve gerekçeleri farklıdır. Neticede sebebiyet ve kusur ilkelerinin zararın giderilmesine dair sorumluluk problemini ele alış şekillerinin gayet farklı yaklaşımlar ve sonuçlar içerdiği görülür.

A) Kusur ve Sebebiyet İlkelerinin Temel Hareket Noktaları

Kusur ve sebebiyet ilkelerinin, zararı önlemeye ilişkin yaklaşımları, sorumlulukta esas olarak odaklandıkları noktalar, sorumluluğu belirlemekteki netlikleri, zararın ortaya çıkmasındaki doğrudanlık-dolaylılık ilişkisine yaklaşımları farklıdır. Bunların ortaya konulması söz konusu ilkelerin zararı atfedip sorumluluğu yüklemeye ilişkin nasıl bir yaklaşımlarının olduğunu gösterir.

1) Önlenebilirlik ve Hareket Özgürlüğü İlişkisi Bakımlarından

Sorumluluk hukukunun amacı ortaya çıkan zararın en adil şekilde giderilmesidir[1066]. Bununla beraber sorumluluk hukuku ortaya çıkan zararı minimize etmek ve zararın hiç ortaya çıkmaması amaçlarını da taşır[1067]. Zararın hiç ortaya çıkmaması, zararın adil şekilde tazmininden daha istenen bir durum olduğu için zararı

1065 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 3.

1066 **LARENZ/CANARIS**, s. 354; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 14; **KOZIOL,** Objektivierung, s.600; **BRÜGGEMEIER**, s.9.

1067 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s 14; **VITO**, s.9; **KOZIOL,** Objektivierung, s.600.

önleme[1068] ve azaltma sorumluluk hukukunun en öncelikli amacı olmalıdır[1069]. Dolayısıyla sorumluluğa dair hüküm, hasarın adaletli şekilde giderilmesine hizmet etmeli ayrıca zararın ortaya çıkmaması için gerekli davranış tarzına da yöneltici nitelikte olmalıdır[1070]. Gerçekten sorumluluk hukukunda zararın önlenebilmesine veya zarar potansiyelinin azaltılmasına hizmet etmeye elverişli pek çok husus vardır[1071]. Bu sebeple zararın önlenmesi veya önlenebilirlik kavramı sorumluluk hukuku açısından önemli bir temel kavramdır[1072].

Sorumluluk ilkeleri zararı önleme kavramına farklı yönlerden yaklaşmışlardır. Kusur ilkesi failin zararı önleyebilir olup olmadığını doğrudan doğruya sorumluluğun temeline oturtmuştur[1073]. Fail zararı önleyebilecek durumda değilse, zarara failin davranışı sebep olsa dahi onu sorumlu tutmamıştır. Hatta fail zarara sebep olacak durumu tehlike arz edecek şekilde ve kendi menfaatine olarak ortaya çıkartmış olsa, kusur ilkesine göre kusurlu olmadıkça sorumlu olmaz. Ancak failin tehlikeyi kendisinin çıkarması veya menfaatine iş yaparken zarara sebep olması gibi gerekçeler kusursuz sorumluluğa geçişte temel düşünce noktaları olmuştur. Kusur ilkesinin zararın önlenebilirliğine sadece fail tarafından yaklaşması kusur ilkenin ferdiyetçi bir ilke olması neticesini vermiştir. Gerçekten bu ferdiyetçilik ile kusur ilkesi ferdi bir başkasının zarar görmesi tehlikesi oluşturduğu durumlardan ve kusuru olmaksızın

---

1068 **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 18; **KOZIOL,** Objektivierung, s.601; **PRÜTTİNG/ WEGEN/ WEINREICH**, s. 1770. 9; **BRÜGGEMEIER**, s.9.

1069 Sorumluluk hukukunun öncelikle zararın adaletli şekilde giderilmesine mi yoksa zararın önlenmesine mi hizmet etmesi gerektiği tartışmalıdır. Bkz. **VITO,** s.9; Her ikisi de sorumluluk hukukunun en temel amaçlarıdır. Bkz. **BRÜGGEMEIER**, s.9; Hukukun ekonomik analiziyle meşgul olan kimselerce sorumluluk hukukunun zararı önleme fonksiyonu ön plana çıkarılmaktadır. Bkz. **VITO**, s. 10; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 19 vd. Sorumluluk ilkelerinin ekonomik açıdan farklı sonuçlar doğururlar. **CASPARI**, Volker, Theorie Und Geschichte Der Wirtschaft, Marburg 2009, s. 297 vd.
Ayrıca zarar görenin zarar gerçekleştikten sonra zararı hafifletme veya ilerlemesini engellemesi de sorumluluk hukukunda önemli bir yere sahiptir. Bkz. **WEBER**, Die Schadenminderungspflicht- eine metamorphe Rechtsfigur, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, Verlag institut für Versicherungswirtschaft der Universitat St. Gallen, s. s. 137; Yaralı tarafın hasarı azaltma ve büyümesini engelleme yükümlülüğü dürüstlük ilkesine atfedilir. Federal Mahkemede yaralanan tarafın hasarın büyümesine izin vermemesi gerektiği ve hasarı mümkün olduğunca azaltmak rolünü üstlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. BGE 32 II 72; Ayrıca Bkz. **WEBER**, Die Schadenminderungspflicht, s. 139.

1070 **VITO**, s.9-11.

1071 **VITO**, s. 11.

1072 **VITO,** s.9; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 18; **KOZIOL,** Objektivierung, s.601; **PRÜTTİNG/ WEGEN/ WEINREICH**, s. 1770; **BRÜGGEMEIER**, s.9.

1073 **FELLMAN**, Band I, s.7.

verdiği zararlardan sorumlu tutmayarak, ona büyük bir hareket özgürlüğü tanımıştır[1074].

Sebebiyet ilkesi tazminatı kolaylıkla faile yüklediği için fail önleme çabalarını artıracak bu kapsamda da her işe girişmekten çekinecektir. Zira somut olay bakımından failin imkânı nispetinde alabileceği tedbirler bu önlemeye dahil olduğu gibi failin gerekli tedbirleri alsa bile zararın ortaya çıkabileceğini düşünerek o işe hiç girişmemesi de geniş anlamda zararı önlemeye dahildir[1075]. Bu yönden fail tüm tedbirleri alsa bile zarara sebep olabileceği bir işi terk edip kendi hareket özgürlüğünü kısıtlayarak bir başkasının zarar görmesinin önüne geçmektedir. Aksi takdir de başkasına kusursuz da olsa zarar verebilecektir ki sebebiyet ilkesi bundan faili sorumlu tutmaktadır. İşte sebebiyet ilkesi bu noktada failin hareket özgürlüğünü kısıtlarken, kusur ilkesi onu kusursuz olarak verdiği zarardan sorumlu tutmayarak ferde hareket özgürlüğü tanımaktadır[1076].

Sebebiyet ilkesi ise zararı önleyebilmek için, faili tüm sebep olduğu zararlardan sorumlu tutmuştur. Böylece faili asla önleyemeyeceği zararlardan da sorumlu tutmaktadır yeter ki fail ile zarar arasında illiyet bağı bulunsun. Sebebiyet ilkesinin önlenebilirliğe ilişkin bu yaklaşımı, kişilerin giriştikleri faaliyetlerde daha tutucu olmalarını sağlar. Diğer bir deyişle kişilerin zararı önleyemeyecek durumda oldukları halde sebep olmalarıyla sorumlu tutulmaları, onların her tedbiri almış olsalar bile zarar doğurabilecek işlere girişmelerini önler[1077]. Bu bir çeşit kişilerin cesaretlerinin kırılması ve onların hareket özgürlüğünün kısıtlanması demektir[1078]. Ancak bunda tamamen masum mağdurun korunması gibi büyük bir hukukî menfaat ve zararın hiç ortaya çıkmaması gibi sorumluluk hukukunun büyük bir amacının gerçekleştirilmesi vardır. Kaldı ki başkasının zarar gördüğü yerde ferdin özgürlüğünün sona ermesinin gerektiği fikri kadar doğal bir şey yoktur.

1074 **FUCHS/PAUKER**, s. 2; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

1075 Zararın hiç ortaya çıkmaması, onun önlenmesi aslında geniş bir manayı ifade eder. Önlenebilirlik, önlem alma çabalarıyla da beraber düşünülmelidir. Tazminat ödeme yükümlülüğü fertlerin önlem alma çabalarını da artırır. Koziol bu konuda bir örnek olarak zararın ortaya çıkma riskinin tam olarak önlenemez olmasının tehlike sorumluluğunda rol oynadığını söylemektedir. Bkz. **KOZIOL,** Objektivierung, s.601.

1076 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722, s.725; **FUCHS/PAUKER/ BAUMGÄRTNER**, s. 2.

1077 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 15.

1078 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.725.

Kusur ilkesi ile kişilerin zarar verici davranışlardan sakınmaları ve belirli bir özen standardında hareket etmeleri amaçlanmaktadır[1079]. Ancak kusur ilkesi zararı önlemek için odak noktası aldığı davranış tarzı bakımından kanaatimizce dolaylı bir yol izlemiştir. Gerçekten kusursuz davranış tarzının zararı ortaya çıkartmamak ve önlemek için en ideal davranış biçimi olduğu düşünülebilir. Ancak kişinin tamamen kendi kusuruna yönelmesi ve kusursuz iken yaptığı davranış tarzının ortaya çıkarabileceği sonuçlarla hiç ilgilenmemesi, kişinin giriştiği faaliyetleri seçmemesine ya da giriştiği faaliyetlerde kusuru olmadıktan sonra meydana gelebilecek sonuçlarla ilgilenmemesine sebep olabilmektedir[1080]. Kusur ilkesinin kişiye tedbir ve özen yükümlülüğü yüklemesi, fertleri daha dikkatli olmaya sevk etmesi, kusur ilkesinin lehine ileri sürülen hukuki bir avantaj olarak değerlendirilmiştir[1081]. Halbuki sebebiyet ilkesi bunu daha kuvvetli olarak temin eder. Zira sebebiyet ilkesi ferdi zararlı sonucun ortaya çıkmaması için gerekli davranış tarzına yöneltir. Bu ise dikkat ve özenli davranışı da kapsayan faile yüklenen daha geniş bir sorumluluktur. Ayrıca fert yapacağı işi seçerken dahi dikkat etmek durumunda kalır. Neticede kusur ilkesi karakteristiği gereği, ferdi, kusursuz davranışın araştırılmasıyla meşgul ederken, sebebiyet ilkesi ferdi zararın ortaya çıkmamasıyla, zararın önlenmesiyle meşgul eder ve ona yöneltir. Böylece kusur ilkesi zararın önlenmesini nispeten dolaylı olarak temin etmektedir.

Haksız fiil sorumluluğunda zararın atfedilmesi ile ilgili belki en kritik konu hareket özgürlüğü ile hukukî değerlerin[1082] korunması ikilemi arasında yapılacak seçimde kendini gösterir[1083]. Kusur ilkesi temel olarak bireyin fiil özgürlüğünden

---

1079 **WIDMER**, s. 30.; **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s. 14 vd.

1080 Kusur ilkesi kişiyi ancak kusurlu iken sorumlu tutar. Böylece ferdi kusursuz davranış tarzına yöneltir. Sebebiyet ilkesi kişiyi ortaya çıkarttığı her zarardan sorumlu tutar. Böylece ferdi zararı hiç ortaya çıkartmayacak davranış tarzına yöneltir. Sorumluluk hukukunun öncelikli amacının da zararın hiç ortaya çıkmaması olduğu gözetildiğinde, sebebiyet ilkesinin ferdi yönelttiği zararı hiç ortaya çıkarmayacak olan davranış tarzı, kusur ilkesinin ferdi yönelttiği kusursuz davranış tarzına göre amaca ulaşmakta daha doğrudandır. Bkz. **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s. 14; Ferdi hiç zararı ortaya çıkartmayacak davranışa yönlendirmek aslında bir çeşit ferdin hareket özgürlüğünü kısıtlamaktır. Bu yönüyle ağır bir sebebiyet hali olan tehlike sorumluluğunun girişilen işler bakımından sınırlayıcı ve işi engelleyici bir yönü olduğu doktrinde ileri sürülmektedir. **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s. 15; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

1081 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1, s.4.

1082 Hangi Hukukî değerlerin korunmaya daha layık ve öncelikli olduğu sorusu da önem arz eder. Bu bağlamda
Alman Hukukunda insan bedeninin ve sağlığının korunmasına öncelik verilmesi fikri ileri sürülmektedir. Bkz. **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s.4; Hukukî değerlerin korunmasına yönelik bir ayrım ile bazı hukukî değerlerin korumasının zayıflatılması veya onların korunmaması ise kusur ilkesini zayıflatır.

1083 **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s.4.

hareket eder[1084]. Toplumu oluşturan bireyler diledikleri tasarrufta bulunabilmelidirler. Fert iradesini fiile geçirme ve bunun sonuçlarını meydana getirme bakımından kendisini yavaşlatan ve kısıtlayan problemlerle karşılaşmamalıdır. Fert kusuru olmadığı sürece yaptığı fiillerinden ve bunların sonuçlarından sorumlu olmamalı, böylece söz konusu sorumluluk kaygısı ferdin irade ve hareket serbestisini engellememelidir[1085]. Nitekim *Deutsch'*a göre haksız verilen zararlardan dolayı doğrudan sorumluluk hareket özgürlüğünü en üzücü şekilde sınırlamaktadır[1086].

Kişiliğin gelişimi ve mesleklerin icrası için hareket özgürlüğü önemlidir[1087]. Bu bağlamda tecrübeli kimselerin tecrübeleriyle ve genç bireylerin enerjileriyle faydalı faaliyetler yapabilmelerini, hareket özgürlüğü temin eder. Bu aynı zamanda genç bireylerin tecrübe kazanmalarını da sağlar[1088]. Böylece hareket serbestisi fertlerin güç ve tecrübelerini hayata aktarmalarını, böylece akışkan ve dinamik bir hayatın temin edilmesini sağlar. Kişi hareket özgürlüğü kapsamında bir zarar ortaya çıkarmışsa artık o zarar orada bırakılmalı ve fail ne öncesinde ne sonrasında bununla meşgul edilmemelidir. Kişinin kusursuz olarak yaptığı bir fiil ile ortaya çıkan zarar talih veya mukadderat olarak değerlendirilir[1089]. Fail fiil özgürlüğü dairesinde hareket etmiş olduğu için zarar fiile atfedilse bile, failin şahsına atfedilmez[1090]. Gerçekten kusur ilkesi anlayışının arkasında, talih ve sebep sonuç ilişkilerinin bir neticesi olarak ortaya çıkan zararın orada bırakılmasına, mukadderatın seçtiğine dokunulmamasına dair derin bir yasal inanç vardır[1091].

Sebebiyet ilkesi ise failin fiilinden değil, ortaya çıkan zararlı sonuçtan hareket eder. Failin hareket özgürlüğüne bir başkasının zarar gördüğü yerde sınır koyar. sebebiyet ilkesi ferdin başkasına her nasıl olursa olsun zarar vermesinden ferdi sorumlu tutar. Böylece sebebiyet ilkesi, zararın adaletli bir şekilde tazmininden önce zararın ortaya hiç çıkmamasını, diğer her menfaatin önüne koyan bir sorumluluk anlayışı ile hareket etmektedir. Bu sorumluluk anlayışı sorumluluk hukukunun temel

---

1084 **FUCHS/PAUKER**, s. 2; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4.
1085 **FUCHS/PAUKER**, s. 2.
1086 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4.
1087 **FUCHS/PAUKER,** s. 2; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722; **FUCHS/ PAUKER/ BAUMGÄRTNER**, s. 2.
1088 **FUCHS/PAUKER,** s. 2; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER,** s. 2.
1089 **PLETTER**, s. 21; **FUCHS/PAUKER**, s. 2.
1090 Kusur ilkesi meşru bir subjektif bir atıf olmaksızın sorumluluğun doğmasına engel olmaktadır. Bkz. **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.721.
1091 **FUCHS/PAUKER**, s. 2.

amacı olan zararın en adil bir şekilde giderilmesi fikri ile de son derece uyumludur. Zira zararın ortaya çıkmaması onun adil şekilde giderilmesinden daha çok tercihe şayandır. Bununla beraber kişilerin özgürlüklerinin bir başkasının zarar gördüğü yerde durması gerektiği fikri adalet duygusuyla, toplumsal gerekliliklerle, hakkaniyetle ve vicdanî duygularla da uyum içerisindedir. Dolayısıyla ortaya çıkan zarara failin katlanması aynı zamanda adaletli bir tazmin ilişkisidir.

Hareket özgürlüğünün yukarıda bahsedilen toplumun girişkenliği, gençlerin enerjilerini üretime katmaları, kuvvetlerin atıl kalmaması gibi faydalarına karşılık sebebiyet ilkesinin hareket özgürlüğünü daha kısıtlayıcı bir anlayış geliştirmesinin önemli sebepleri vardır. Bunun tespiti noktasında ana prensip olarak sebebiyet ilkesini kabul eden İslâm Hukukundaki ana prensiplerden birisinde bulunmaktadır. Mecellenin 30. m.'sinde belirtildiği üzere zararı defetmek faydayı elde etmekten evladır[1092]. Bunun bir sonucu olarak zarar ortaya çıkarma riskiyle, fayda elde etmeye çalışan bunun sorumluluğunu da yüklenmelidir. Kaldı ki fayda büyük oranda ferdin kendisine iken, zarar bir başkasınadır. Kişinin kendisi hakkında bir zarara iknâ olup bir faydayı temin etmeye çalışması kendisi hakkında kabul edilebilir. Ancak başkasına verilen zarar riskine iknâ olarak fayda temin edilmeye çalışılması aleyhine zarar riski doğurulan kimselere karşı sorumluluğu da beraberinde getirmelidir. Böylece sebebiyet ilkesi aslında girişkenlik, enerjilerin toplum hayatına aktif olarak aktarılması gibi faydaların önüne set çekmemiş ancak bunlar başkasına zarar verecek şekilde sonuç doğurması halinde bundan sorumluluğu öngörmüştür. Bu tutum söz konusu faydaların temin edilmesi ile ortaya çıkan zararın giderilmesi dengesi açısından aslında ortalı bir yoldur. Zira zarar ortaya çıkmadığı sürece hiçbir faaliyet söz konusu ilkece yasaklanmamaktadır. Hatta zarar ortaya çıksa dahi bir yasak söz konusu değildir. Sadece zarar ortaya çıkarsa sorumluluk da doğal bir sonuç olarak zararı verene yüklenmektedir.

2) Kusur İlkesinin Fail Sebebiyet İlkesinin Sonuç Odaklı Olması

Zararın sadece ona sebep olduğu düşüncesinden hareketle faile doğrudan atfedilmesi sebebiyet ilkesinin karakteristiğidir. Bu yaklaşım sonuç odaklı bir yaklaşımı da beraberinde getirir. Zira sonuç gerçekleşmişse, başka hiçbir şeye

[1092] Elbette bu hususta zarar ve faydanın birbirine oranla büyüklükleri de önem arz eder. Bkz. **HAYDAR EFENDİ**, s.57.

bakılmaksızın ona sebep olan kimseye zararın sorumluluğu yüklenmektedir. Bu da sebebiyet ilkesinin sadece sebep sonuç ilişkisi üzerine sorumluluğu tayin eden bir yapıda olması demektir[1093]. Zarar, şu kimseden dolayı ortaya çıkmıştır denebiliyorsa o kimse sorumlu tutulur. O kimsenin yaşı, mesleği, fiziki veya zihni kabiliyetleri, kusurunun olup olmadığı hiçbir önem arz etmez. Genel ilke olarak failin zarara sebep olurken ki pozisyonu veya amacı, fedakarlıkta bulunmuş olması, ortaya çıkan zararın faile yüklenmesinin hakkaniyet bakımından sonuçları, mağdurun kendisini tehlikeye atmış olması gibi hususlar da salt sebebiyet ilkesinin değerlendirmesi dışındadır. Bu nedenle sebebiyet ilkesi sadece, failin zarara sebep olup olmadığı sorunuyla ilgilenmektedir. Failin zarara sebep olmasında da sadece failin davranışını değil failin mülkiyetini, başkasının üzerindeki hâkimiyetini, tehlike ortaya çıkarma gibi daha dolaylı yollarla zarara sebep olmuş olmasını da yeterli görmekte, zararın faile isnadını son derece geniş tutarak sorumluluğu alabildiğine genişletmektedir.

Hayatın genel bir kuralıdır ki kişiler kendi ortaya çıkarttıklarından sorumludurlar ve yaptıklarının sonuçlarının kendilerine yüklenmesi son derece doğaldır. Bu sebeple bir davranışta bulunan onun sorumluluğunu üstlenmelidir. Bu sorumluluk ise davranışla karşı tarafa verilen zararın tazminidir[1094]. İşte sebebiyet bu genel kaideyi sorumluluk hukukuna taşıyarak aslında hayatın olağan ve tabiî kuralına uygun bir sorumluluk anlayışı ortaya koymuştur. İşte bu sonucun ortaya çıkmasıyla sorumluluğun varlığına hükmedilmeyip; davranışın gerçekleşmesinden önce sonucun ortaya çıkmaması için fail ne yapabilirdi, farklı davranarak sonucu engelleyebilir miydi gibi değerlendirmelerle sorumluluğa hükmediliyorsa[1095] kusur ilkesi gündeme gelmeye başlar. Böylece sorumluluğun temeli zararlı sonuçtan faile doğru kaydırılmaya başlamaktadır.

Kusur ilkesinin zararın faile isnadındaki temel yaklaşımı sonuç değil fail odaklıdır[1096]. Sonuca failin sebep olmuş olması ona zararın sorumluluğunun yüklenmesi için yeterli gelmez. Ayrıca mahiyet itibarıyla aslında zarardan bağımsız bir kavram olan kusurun varlığını da aramaktadır. Hatta zararı değil, tamamen failin şahsıyla alakadar olan kusuru sorumluluğun temel sebebi ve sorumluluğun sınırlarını

1093 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **KORKMAZ**, s.96.
1094 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 3.
1095 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 3, s. 14-15; **FELLMAN**, Band I, s.7.
1096 **KORKMAZ**, s.96.

belirleyici olarak değerlendirmektedir[1097]. Halbuki sorumluluk problemi aslında zararın ortaya çıkması ile gündeme gelmektedir. Mağdurun uğradığı zarar ve onun giderilmesi sorunu bakımından failin şahsındaki bir olgunun bu soruna dahil edilmesi, sorumluluk problemini zarar unsurundan adeta kopartarak bunu failin şahsi alanına, başka bir mecraya doğru çekmektedir.

Kusur ilkesi fail odaklıdır. İrade de davranış kavramına göre faile daha yakın fail odaklı bir kavramdır. Teknik olarak işte bu sebepten irade kavramı sorumluluk hukukuna dahil olduğu nispette kusur ilkesini güçlendirici etki yapmaktadır[1098].

Kusur ilkesi faile ilişkin bir yaklaşım içinde olduğu için failin iç dünyasına ilişkin değerlendirmelere dayanarak sorumluluğu belirler. Bu sebeple kusur ilkesinin ahlâki ve vicdani temelleri vardır. Kusur ilkesinin ahlâki temeli, failin sorumlu tutulabilmesi için onun kınanabilir bir pozisyonda olmasının gerektiğini ifade eder[1099]. Fail ahlâken kınanabilir olmalıdır ki yaptığından dolayı onu hukuken de sorumlu tutulabilmek mümkün olsun. Böylece kusur ilkesi psikolojik ve insanın iç dünyasına ait unsurları sorumluluk hukukuna taşımaktadır. Böylece kusur ilkesi davranışın ahlâki değerlendirmesi ile hukuki sorumluluğu tayin etmekte, sorumluluğun reddedilmesi ahlâki olarak failin kınanabilir olmamasıyla ortaya çıkmaktadır. Bahsedilen durum da doğal doğruluk ve dürüstlük düşüncelerine uygunluk arz ettiği için sorumluluk yaklaşımı bakımından bir avantajdır[1100].

Kusur ilkesinin yukarda bahsedildiği gibi insanın iç dünyasına ait unsurları sorumluluk hukukunun temeline yerleştirmesi ve buradan hareket etmesi oldukça insani ve vicdani bir sorumluluk metodu olduğu fikrini uyandırabilir. Bununla beraber kusur ilkesi sadece failin iç dünyasındaki hususları sorumluluk hukukunun temeline oturtmaktadır. Halbuki sorumluluk zarar görenin de denkleme dahil olduğu ikili bir ilişkidir. Failin iç dünyasına ait bir kavram olan iradesi araştırılarak failin kusursuzluğu ortaya çıkmış ve bu sorumsuzluğuna gerekçe teşkil etmiş ise aynısı mağdur açısından da geçerlidir, hatta o failden daha da masumdur[1101]. Ancak kusur ilkesi sorumluluğu kurmakta sadece failin şahsı üzerinde, insani unsurlar bakımından bir inceleme yapma yolunu tercih etmektedir. İki tarafın olduğu bir sorumluluk

---

1097 **EREN**, Borçlar Genel, s.556; **STRICKLER**, s. 12.
1098 **KORKMAZ**, s.96.
1099 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52, s.89; **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 263.
1100 **GUHL**, s. 128.
1101 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 3; **İMRE**, s.40.

ilişkisinde tek taraf üzerinde insana ait unsurların araştırılarak sorumluluğu kurmakta psikolojik bir inceleme yapmak ise adalet fikrine uygun görünmemektedir. Kusur ilkesinin faili esas alan bu yaklaşımı felsefi temel olarak ferdiyetçi olması yönüyle uyum arz ederken, hukuki olarak da zarar görenin masumiyetini ihmal etmesi sonucunu doğurmaktadır.

3) Kusur İlkesinin Davranışla Ortaya Çıkan Zararlara Sebebiyet İlkesinin Her Türlü Vasıtayla Ortaya Çıkmış Zararlara Odaklanması

Her sorumluluk aslında bir ihlâle dayanmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu ise zarar görenin hukuki sahasının haksız olarak ihlâl edilmiş olmasına dayanmaktadır. Söz konusu ihlâlin failden kaynaklandığı ve faile nispet edilebileceği hususu, her olayda aynı açıklıkta olmaz ve tespiti güçlük içerebilir. İhlâl ile ortaya çıkan zarar ve failin şahsiyeti arasındaki bağ her olayda farklı kuvvetlerde ortaya çıkar. Gerçekten ortaya çıkan sonucun faile nispet edilmesinde farklı dereceler vardır. Bu sorun hukuki illiyet konusunun araştırma sahası gibi gözükse de kusur ve sebebiyet ilkelerinin bu bağlantıyı kurmakta önemli bir rolü bulunmaktadır. Kusur ilkesi doğrudan davranışla gerçekleştirilen ihlâllere, sebebiyet ilkesi ise davranış haricinde başka yollarla sebep olunan ihlâllere dahi sorumluluk bağlamaktadır. Bir Yargıtay kararında sebebiyet ilkesinin sorumluluğu kurma tekniğinden bahsederken *"Sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir"* ifadesiyle zarar ile illiyetin araştırılacağı olgunun sadece failin davranışının olmadığı her türlü olayın buna dahil olabileceğine işaret edilmiştir[1102].

Ortaya çıkan zarar, failin iradî bir davranışından, iradesi olmaksızın yaptığı bir bedeni hareketten, faile tâbi olan bir başka şahsın fiilinden, failin mülkiyetindeki bir hayvandan veya eşyadan, failin işlettiği bir işletmeden, failin menfaatine olarak ortaya çıkartılmış bir durumdan veya fail ile herhangi surette irtibatı bulunan bir kişi, eşya veya pozisyondan kaynaklanmış olabilir. Failin iradî davranışı ile ortaya çıkan zarar, faile nispeti en kolay olan en doğrudan zarardır. Bunun dışındakiler giderek failin şahsından uzaklaşmakta ve bu bağlantı zayıflamaktadır.

Kusur ilkesi zararın bu ortaya çıkış şekillerinden sadece failin iradî davranışı ile ortaya çıkanlar için sorumluluğu kabul etmektedir. Kusur ilkesinin karakteristiğinin

---

[1102] YHGK, 13.2.1991 T., 1990/4-619 E. 1991/70 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr, (E. T. 15.02.2021).

davranış unsuruyla uyum içinde olmasının sırrı da buradadır. Kusur ilkesine göre zararın faile atfedilebilmesinin şartı, zararın failin iradî davranışı ile ortaya çıkmış olmasıdır. Bu sebeple kusur ilkesine göre failin iradî davranışı olmaksızın ortaya çıkan zararların hiçbirisi uygun illiyet araştırmasına konu bile olamayacaktır. Böylece haksız fiil sorumluluğunun dayandığı ihlâl, failin iradî davranışı ile doğrudan gerçekleşmiş ve ayrıca failin kusuru varsa, kusur ilkesine göre sorumluluğu gerektirir.

Sebebiyet ilkesinde ise bu zararın daha dolaylı yollarla ortaya çıkmış olması, failin sorumluluğunu yok saymayı gerektirmez. Failin şahsiyeti ile zarar arasında illiyet bağı her türlü kanaldan araştırılabilir. Zarar failin mülkiyetinden, kendisine tâbi bir başka şahsın fiilinden, kişiyle alakalı bir eşya veya durumdan, failin işlettiği herhangi bir işletme veya araçtan kaynaklanmış olabilir. Zararın failin şahsına atfedilmesi de bunlar kanalıyla olmaktadır. Bu itibarla sorumluluğun gerçekleşmesi için zararın, faille alakalı olan herhangi bir hususdan kaynaklanması, zarar ile bu sayılan farklı hususlardan birisi arasında illiyet bağı olması yeterlidir. Bu durum da geniş bir sorumluluğa sebep olmaktadır[1103]. Söz konusu bu geniş sorumluluk illiyet bağı kavramıyla sınırlandırılabilir. Bu sebeple sebebiyet esasında illiyet bağı teorilerinin önemi gerçekten büyüktür. Çünkü sorumluluk doğrudan illiyet bağlantısıyla kurulmakta olup zarar ile arasında illiyet bağı araştırılan olgu sadece failin davranışı değil farklı hususlar da olabilmektedir. Ayrıca hukuka aykırılığa ilişkin kabul edilecek teorinin de bu noktada özel bir önemi vardır. Mesela hukuka aykırı davranış teorisinin kabul edilmesi sebebiyet ilkesini öylesine sınırlar ki onu adeta kusur ilkesine çevirir. Zira zarar faile her kanaldan değil, artık tıpkı kusur ilkesindeki gibi failin davranışı kanalıyla atfedilebilecektir.

4) Sorumluluğun Açıklığı Yönünden Kusur ve Sebebiyet İlkeleri

Zararlı sonuca doğrudan sorumluluğu bağlamanın bir başka sonucu da belirli araştırmalara veya subjektif düşüncelere ihtiyaç duymaksızın zararı ortaya çıkartan kimsenin sorumluluğunun açık ve net olmasıdır. Ortaya çıkan zarar nasıl kesin ve açıksa sorumluluk hukukunun da buna uyum göstermesi gerekir. Sebebiyet ilkesinde sorumluluk doğrudan zarara bağlandığı için sorumluluk nettir ve somut durumla uyum gösterir. Ancak kusur soyut ve farazi olduğu için zararın somutluğuna rağmen sorumluluk soyut ve zararla tam bir uyum içinde olmayan bir unsurla belirlenmektedir.

[1103] **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 12.

Gerçekten kusur ile zarar arasında pek çok zaman önemli bir uyum bulunmaz. Kusurun küçüklüğüne rağmen büyük bir zarar ortaya çıkabileceği gibi, zarar apaçık ortada olmasına rağmen kusurun varlığı ve ağırlığına dair verilen hüküm soyut ve subjektiftir.

Kusuru tespit etmek gerçekten güç, subjektif takdir hükmü içeren bir iştir. Kusurun belirlenmesinde fail ile mağdur arasındaki ilişkiler de dahil somut olayın özelliklerinden, failin tüm bedeni ve zihni yetenek ve kabiliyetlerine kadar her şeyin doğru bir şekilde değerlendirilmesi ve hüküm kurulması gerekir[1104]. Bu kişiden kişiye değişebilecek subjektif takdir hükmü olan kusurun, mağdurun asıl elem duyduğu zarar ile doğrudan bir bağlantısı olmadığı da unutulmamalıdır.

Her olay bakımından failin kusuruyla meşgul olunması sorumluluk açısından netlik göstermez. Özellikle yeni teknik cihazların, birçok eşya ve maddelerin, çok çeşitli meslek ve sanatların ortaya çıkmasıyla bunlar vasıtasıyla ortaya çıkan zararlar bakımından kusur araştırılması bu belirsizliği iyice artırır. Zira hepsi hakkında bilinmeyen ve hesaplanması güçlük içeren riskler söz konusudur[1105]. Bu belirsizlik mağdurun durumunu ağırlaştırdığı gibi her durum açısından kusurun ayrı ayrı tespit edilmesi hukuk düzeni açısından da belirli bir yük teşkil eder. Bu kadar farklı yollarla zararın oluşmasında kusurun varlığı problemi uygulama da birbiriyle uyum göstermeyen kararlara da sebep olabilir.

Gerçekten tek sorumluluk nedeni olarak kusur, yaşamın çeşitliliği ve teknik gelişmelerle bu çeşitliliğin iyice arttığı günümüzde yeterli gelmez[1106]. Kusurun tespitine ilişkin bütün bu güçlüklerin üzerine mağdurun bu kusuru ispat etmesinin gerekmesi[1107], sorumluluğun belirsizliğini iyice artırmaktadır. Zira zarar gören taraf, zarar gördüğü vasıta ile ilgili bilgiye genellikle sahip değildir[1108]. Halbuki ortaya çıkan zarar kesin ve nettir. Bu durum illiyet bağı teorileri açısından da önem arz eder. Her ortaya çıkan zararda uygun bir illiyetin var olup olmadığını araştırılırken bilinmeyen ve hesaplanamayan risklerin ve ihtimallerin var olması, uygun illiyet teorisi gibi genelleştirici teoriler aleyhine önemli bir eleştiridir. Zira hukuki illiyetin varlığına

---

1104 Kusurun belirlenmesi hakkında detaylı bilgi için Bkz. **GÖNÜL KOŞAR**, 146 vd.

1105 **FUCHS**, s. 241.

1106 **GUHL**, s. 128; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.5.

1107 **VON BÜREN**, s.71; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.5; **FUCHS**, s. 163; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381; 19. yüzyıl ortalarında Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde ispat yükünün mağdurda olması gerektiği ve mağdurun bunu kanıtlayabileceği anlayışı gelişmiştir. Bkz. **PLETTER**, s. 20.

1108 **FUCHS**, s. 241.

veya yokluğuna bu eksik bilgi ile hükmedilmiştir. Bu itibarla sorumluluğun netliği açısından sebebiyet ilkesi ve illiyet bağı teorilerinden son şart, yakın sebep teorileri gibi ferdileştirici teoriler büyük avantaj sağlamaktadır. Kusur ilkesiyle genelleştirici illiyet teorilerinin; sebebiyet ilkesiyle, ferdileştirici illiyet teorilerinin bir çeşit uyum içerisinde olmasının bir sırrı da bu olsa gerektir. Zira kusur ilkesinde sorumluluğun temelindeki kusur, ve illiyet bağında genelleştirme sübjektif takdir hükmüne dayanır. Kusursuz sorumlulukta sorumluluğun temel unsuru olan zarar, ferdileştirici illiyet teorilerinde illiyet bağını oluşturan şartlar ise oldukça net ve ortadadır.

B) Sorumluluk İlkelerinin Tazmin İlişkisini Kurmakta Başvurduğu Kavramlar

Sorumluluğu belirleyen yasa adaletli bir tazmin ilkesine dayanmak zorundadır. Tazmin ilkesinin adaletli olarak belirlenmesinde gözetilmesi gereken pek çok husus vardır. Dolayısıyla sorumluluk mutlaka bu hususlara, özel bir nedene dayanmalıdır[1109]. Bunlar genel olarak; adalet fikri, taraflar arası menfaat dengesi, varılan sonucun ahlâka ve hakkaniyete uygunluğu ile vicdani hissiyatları tatmin etmesi, sosyal yaşantının gereklilikleri, toplum ve fertlerin külfetlerine ve zararlarına ilişkin bir denge gibi hususlardır. Adaletli bir tazmin ilkesi tüm bu sayılan hususları doğru bir denge içerisinde temin etmelidir. Ancak zararı doğuran somut olayı oluşturan şartlar ve bu şartlar ile fertlerin ilişkisi gözetilmeden yukarıda bahsedilen hususlar tam olarak temin edilemez. Bunlardan birinci olarak değineceğimiz zararı ortaya çıkaran somut olay ile tarafların nasıl bir ilişki içerisinde olduğudur. İkinci olarak değineceğimiz ise haksız fiilin unsurlarına tarafların ne derece dahil olduklarıdır.

Birinci olarak değinilen zararı ortaya çıkaran somut olay ile tarafların ilişkisinden kasıt somut olayda tarafların menfaatlerinin olması, fedakârlıkta bulunmuş olmaları, büyük zarar görmüş olmaları, somut olayın tehlikesinin birisi aleyhine olması veya tehlikenin taraflardan birince ortaya çıkartılması, somut olayın şartlarının taraflardan birisinin mülkiyetinden veya hâkimiyetinden kaynaklanması gibi durumlardır. Somut olayı doğuran olayla taraflar arasında tehlike, fedakârlık, menfaat, hâkimiyet, mülkiyet, zarar gibi kavramlar bakımından ilişkilerdir. Bu gibi durumlar sorumluluğu adaletli şekilde belirlemekte öylesine önem arz ederler ki kusur ilkesinin terk edilip kusursuz sorumluluğun kabul edilmesine gerekçe olan kusursuz sorumluluk

[1109] **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 1-2.

esaslarının temelinde dahi aslında bu düşünceler bulunmaktadır. Ayrıca şartlar ile taraflar arasındaki ilişki göz önüne alınınca zararlı sonucun taraflarca önlenebilir niteliği ve bu önlenebilirliğin hangi dikkat ve özen derecesinde mümkün olduğu hususu da bu noktada büyük önem arz eder. Ancak önlenebilirlik kavramı daha çok kusur unsuruyla doğrudan irtibatlandırılmaktadır[1110].

İkinci olarak değinilen tarafların haksız fiilin unsurlarına ne kadar dahil oldukları konusu da adaletli bir tazmin ilişkisi kurmak için belki de gözetilmesi en gerekli konudur. Zararın ortaya çıkmasında fail ve mağdurun bir davranışı var mıdır, varsa hukuka aykırı ve kusurlu mudur? Nitekim sebebiyet ilkesi ve kusur ilkesi arasındaki ayrım en çok bu noktaya dayanmaktadır. Sebebiyet ilkesine göre failin davranışı varken veya daha da geniş bir ifadeyle davranışı olmasa bile zarara fail sebep olmuşken o masum görülemez. Mağdurun davranışı olmadığı hatta zararla ona maruz kalmaktan başka hiçbir ilgisi olmadığı için, o tamamen masumdur. Keza hukuka aykırılık, illiyet bağı, kusur kavramları da fail açısından gerçekleşmişken mağdur açısından hiçbiri gerçekleşmemiştir.

Kusur ilkesi bu noktada zararın önlenebilirliği olgusuyla doğrudan irtibatlı konumdaki failin kusuruna öyle büyük bir önem atfetmektedir ki haksız fiilin diğer unsurlarının ağırlığı adeta silinmekte ve değerlendirme dışı kalmaktadır. Fail açısından bu unsurların önemi söz konusu olmaya devam etse de mağdur açısından bu unsurların gerçekleşip gerçekleşmemesini kusur ilkesi büyük oranda görmezden gelmektedir. Şöyle ki mağdurun bu unsurlarda etkisi varsa kusur ilkesi bunu mağdur aleyhine fail lehine değerlendirmeye almakta, ancak mağdurun bu unsurlara etkisi yoksa failin de bu unsurlara dahli var fakat kusuru yoksa sanki failin zararla hiçbir alakası yokmuş gibi zararı mağdur üzerine bırakmaktadır. Failin kusuru yoksa haksız fiilin diğer unsurları zararı ortaya çıkartmakta bu denli önemli olduğu halde bu unsurların kim tarafından ne kadar ortaya çıkartıldığının hiçbir önemi kalmamaktadır. Sadece failin kusuru varsa tarafların bu unsurlarla irtibatı araştırılmakta ve bu araştırma da yine mağdur aleyhine sonuç vermektedir. Zira failin kusuru varken diğer unsurların fail açısından gerçekleşmemesi failin sorumsuzluğuna, mağdur açısından gerçekleşmesi ise fail lehine tazminatta indirim sebeplerine neden olmaktadır. Böylece kusur ilkesi

[1110] **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 14-15; **FELLMAN**, Band I, s.7

failin kusuru yoksa mağdurun gördüğü zararı failin hasar alanına değil mağdurun yaşamından kaynaklanan genel yaşam riskine atfetmektedir[1111].

Adaletli bir tazmin ilişkisi kurabilmek için sorumluluk hukukunun temelde gözetmesi gereken pek çok husus vardır. Bunlar somut olayın şartları, zararı doğuran olayın nitelikleri ile taraflar arasındaki ilişkiler hakkındaki nitelemelerdir veya tarafların haksız fiilin unsurlarıyla bağlantılarıdır. Dolayısıyla somut olay ile hem fail hem mağdur açısından tehlikeyi ortaya çıkarma, tehlike sonucu ağır zarar görmüş olma, menfaati için bir durum ortaya çıkarma veya karşı tarafın menfaati için bir işe girişerek zararı ortaya çıkarma, fedakârlıkta bulunma, ortaya çıkan zararın tarafların hâkimiyetindeki veya mülkiyetindeki şeylerden kaynaklanması, zarara en çok hangi tarafın dayanabileceği[1112], hakkaniyetin gerektirmesi gibi hususlar tazmin ilişkisinin ne surette kurulacağına teorik olarak etki etmelidirler. Ayrıca haksız fiilin unsurlarıyla taraflar arasındaki irtibat da sorumluluk hukukunun ana ayrımı olan sebebiyet ve kusur ilkeleri ayrımının temelini oluşturur. Bütün bunlara zararlı sonucun önlenebilir olması ve buna ilişkin tedbirlere dair tarafların özen ödevi de eklenebilir ki bu doğrudan kusurla irtibatlıdır. Önlenebilirlik kavramına dahil olmak üzere zarara neden olan somut olayın aciliyeti ya da önemi gibi hususlarda bu noktada rol oynarlar.

Bütün bu bahsedilen hususlar sorumluluk ilkeleri adı altında somutlaştırılmış ve belirli bir sistematiğe oturtulmuştur. Bu bağlamda sorumluluk ilkelerinin temel ayaklarından birisi, tarafların haksız fiilin unsurlarıyla olan irtibatlarına ve onlara ne kadar dahil olduklarına dayanmaktadır. Bu hususta her unsurun kendisine göre bir önemi olmakla beraber asıl ayrım kusur unsuru bakımından yapılmaktadır. Kusur unsurunun temelinde ise zararın önlenebilirliği kavramı vardır. Zira önlenemeyecek zarar açısından kınama da söz konusu olamaz. Böylece önlenebilirlik, kusur unsuruyla derinden irtibatlı ve kusurun ortaya çıkmasında rol oynayan temel olgudur[1113]. Sorumluluk ilkelerinin temel ikinci ayağını ise tarafların menfaati, fedakarlığı[1114], hâkimiyet durumları ve tehlike ortaya çıkartma durumları gibi hususlar oluşturur. Bu kavramlar kusursuz sorumluluk esaslarının da temelini oluşturup aslında somut olay ile tarafların arasındaki ilişkiden ortaya çıkarlar.

1111 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 1; **CARTIER**, s. 149.
1112 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 3.
1113 **CARTIER**, s. 144 vd.
1114 Bununla ilgili detatlı bilgi için bkz **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 11.

1) Sorumluluğu Kurmakta Önlenebilirlik Ölçütü

Sorumluluk ilkelerinin temel hareket noktalarından birisinin önlenebilirlik ve zararı önleme kavramı olduğundan[1115] ve önlenebilirliğin aslında hareket özgürlüğü kavramıyla irtibatlı olduğundan yukarda bahsedildi. Önlemenin, caydırmanın aslında ceza hukukuna ait bir mesele olduğunu söyleyen yazarlar vardır[1116]. Ancak önlenebilirlik kavramının sorumluluk hukukundaki önemi sebebiyle onu sorumluluğu kurmaktaki rolü yönünden de ele almak gerekmektedir.

Kusur ilkesi, zararın ortaya çıkmasının önlenebilirliği sorununu, sorumluluğun faile taşınmasında gizli bir ölçüt olarak kullanmaktadır[1117]. Durumun gerektirdiği tedbirleri alan ve özeni gösteren bir kimsenin ortaya çıkarttığı zarar, önlenebilirlik vasfını kaybetmiştir. Zira onun önlenmesi için gerekli ne varsa fail tarafından yapılmıştır. Sebebiyet ilkesi ise ortaya çıkan zararın önlenebilirliği ile ilgilenmez. Zararı kimin ortaya çıkarttığı ile ilgilenir ve faile illiyet bağıyla atfetmek mümkünse sorumluluk doğar. Bu temel yaklaşım farkı aslında kusur ve sebebiyet ilkelerinden birinin masumluk sıfatını failde diğerinin mağdurda görmesinden kaynaklanmaktadır. Kusur ilkesi "fail ortaya çıkan zararın çıkmaması için yapabileceği her şeyi yapmış o masumdur neden sorumlu olsun?" düşüncesinden hareket eder. Zararın önlenebilirliği ve failin bunu önlemek için gerekli tedbirinden hareket eder. Sebebiyet ilkesi ise "mağdur hiçbir şey yapmamışken başkası tarafından üstüne zarar isabet etmiş, neden buna zararı doğuran değil de mağdur katlansın" düşüncesinden hareket ederek önlenebilirlikle ilgilenmez ortaya çıkan sonucu esas alır.

Önlenmeye konu olan şey zarardır. Zararı tazmin sorumluluğunun asıl sebebi sayan sorumluluk ilkesi de sebebiyet ilkesidir. İşte sonuç odaklı bir teori olan sebebiyet ilkesinin, sonuç olan zararı önlemeye doğrudan bir yönelimi vardır. Bundan dolayı da zararı önleyebilmek adına hareket özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Kusur ilkesi ise sorumluluğu kurmakta en temelde sonuca değil ferde yönlenir. Böylece kusur ilkesi doğrudan zararı önlemeye değil, failin zararı önleyebilmesinin kendisine çizilecek makul bir özen ve tedbir dairesiyle mümkün olup olmadığına yönelmiş olmaktadır.

1115 **VITO**, s.9; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 18; **KOZIOL**, Objektivierung, s.601; **PRÜTTİNG/ WEGEN/ WEINREICH**, s. 1770. 9; **BRÜGGEMEIER**, s.9.

1116 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 21.

1117 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 14-15.

Bundan dolayı da kusur ilkesinin hareket özgürlüğü lehine, zararların ortaya çıkmaması düşüncesinden taviz vermeye dönük gizli bir yönü vardır.

a) Sorumluluk İlkelerinde Önlenebilirlik

Önlenebilirlik kavramı çok baskın olarak faille irtibatlandırılabilir. Mağdurun hasarı önleme şansı çoğu zaman yoktur veya pek azdır[1118]. Zaten mağdurun zararı önlemeye ilişkin bir ödevi bulunuyorsa bu zarar görenin kusuru olarak değerlendirilebilecektir. Bunun dışında zararı ortaya çıkaran şartlar çok büyük yoğunlukta failin hareket dairesinde meydana geldiği için önlenebilirliğe ilişkin hususlarda faille irtibatlıdır.

Önlenebilirlik kavramı aslında zararın ortaya çıkmaması için failden beklenen gerekli öngörü ve tedbir seviyesine de işaret eder. Kusur ilkesinde failin tedbir alarak önleyebileceği zararlar bakımından, failin sorumluluğuna hükmedilmektedir. Hangi zararları failin önlemesi kendisinden beklenmelidir sorusunu cevaplarken objektif ihmal teorisi ortalama bir kişiyi, subjektif ihmal teorisi o kişinin bizzat kendisini ölçüt almıştır. Görüldüğü üzere bu teoriler yoluyla, önlenebilirlik kavramına belirli bir sınır çizilmektedir. Halbuki fail belirli bir zararın ortaya çıkmaması için bütün kuvvet, imkân ve iktidarını sarf etse önleyebileceği nice zararlar vardır ki bu zararlar somut olay şartlarında failin öngörü ve tedbir yükümlülüğünün dışında kalır. Zira en sert kusur teorisinde bile failin tedbir yükümlülüğünün sınırını somut olayda onun yerine konulan dikkat ve ihtimam sahibi üçüncü bir kişinin tedbir alma sınırları oluşturmaktadır. Failin üstün ve farklı davranabilme becerisi de bu önlenebilirlik kapsamında değerlendirilmelidir[1119]. O halde kusur ilkesinde zararlı sonucun önlenebilirliği sorunu failin kusur dairesi içerisinde kalan bir öngörü ve tedbir ile önlenebilir zararlar sınırında değerlendirilmiştir. Böylece failin tüm kuvvet ve imkânlarını kullanarak somut olayda kendisinden beklenmeyen derecede üstün bir gayret veya çaba ile aslında önleyebileceği zararlar, kusur ilkesi bakımından önlenebilir nitelikte kabul edilmemiştir.

Yukarıda bahsedilen durumun benzerini, kusursuz sorumluluk esaslarından birisi olan objektif özen yükümlülüğüne dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde görmek mümkündür. Bu kusursuz sorumluluk halleri faile belirli bir objektif özen

---

1118 **VITO**, s. 11.

1119 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 3; **STARK**, Entlastungsgründe, s. 105.

yükümlülüğü yüklemiştir. Bu objektif özen yükümlülüğü aslında kişiye kusur ilkesi ile yüklenen zararlı sonucu önleme ödevinin daha ağırını yüklemektedir. Kişiye kusur dairesinde kendisine yüklenmiş olan öngörü ve tedbir yükümlüğünün üzerinde bir özen ve dikkat ödevi yüklenmektedir. Mesela yapı malikinin ağırlaştırılmış objektif özen ödevi bulunmaktadır. Kişi maliki olduğu yapının yapımında bozukluk ve bakımında bir eksiklik göstermez ve bu ödevlerini tam olarak yerine getirirse ortaya çıkabilecek pek çok muhtemel zararı önlemiş olur. Halbuki kişiye bu ödev kanun tarafından yüklenmemiş olsa, bakım ödevinin yerine getirilmesiyle önlenebilecek nitelikte birçok zarar meydana geldiğinde bu fail bakımından önlenemez zarar olarak değerlendirilebilirdi. Zira ortaya çıkan zarar dikkatli ve tedbirli bir kimseden beklenen tedbir sınırlarının dışındaki bir nedenden kaynaklanmış olabilir. Böylece kusursuz sorumluluk esaslarından olan objektif özen yükümlülüğüne dayanan kusursuz sorumluluk halleri de kişiye objektif bir özen gösterme yükümlülüğü yükleyerek önlenmesi daha zor zararlar içinde faili sorumlu tutmuşlardır. Ancak bu kusursuz sorumluluk halleri metot olarak failin zararın fail tarafından önlenebilir olup olmadığı ile ilgilenmemiş, o zararı önleyebilecek nitelikteki özen ve ihtimamın failce yerine getirilip getirilmediği ile ilgilenmişlerdir. Böylece odak noktasına faili değil somut olayı almışlardır.

Kişilere özen ve tedbir yükümlülüğü yüklemek bakımından subjektif ihmal anlayışından daha ağırı objektif ihmal anlayışıdır. Bunun daha ağırı ise objektif özen yükümlülüğü esasına dayanan hallerdir. Bunun da ağırı failin bütün iktidarıyla onu önleyebilme imkânı dairesidir. Bunun da ötesindeki özen ve tedbir ise zarar verebilecek işe hiç girişmeyerek tehlikeyi tamamen ortadan kaldırmak olabilir. Kusur ilkesi önlenebilirliği, objektif ihmal anlayışının ötesinde aramamış, bu sınırı aşan bir tedbir ve özen seviyesiyle zarar önlenebilir olsa bile bu zararlı sonucu önlenebilir olarak değerlendirmemiştir. Böylece aslında önlenebilir bir zarar da olsa fail açısından yapılan bir değerlendirmeyle bu önlenebilirliğe belirli sınırlar çizilmektedir.

Önlenebilirlik failin şahsi özellikleri açısından bir değerlendirmeye tutuluyorsa subjektif, ortalama bir üçüncü kişinin özellikleri bakımından değerlendirme varsa objektif ihmal söz konusu olur[1120]. Objektif ihmal anlayışında failin şahsından uzaklaşılmış olsa da her ikisi de fail odaklı önlenebilirlik dairesidir. Kusur ilkesinden

[1120] **BREHM**, s. 131 vd.

sebebiyet ilkesine kayılmasıyla beraber önlenebilirliğin odak noktası failden, olaya doğru kaymaya başlar. Failin zararı önleyebilmek için neler yapması kendisinden beklenir sorusunun cevabından ziyade failden uzaklaşılarak zararı önlemek için olayda ne yapılması gerekmektedir sorusunun cevabı araştırılmaya başlanır. Kusursuz sorumluluktaki objektif özen ödevi ile faile yüklenen özen ve tedbir seviyesi de budur. Bunun da ötesinde zararı önlemek için tehlikeli olayın hiç ortaya çıkartılmaması gibi tamamen olay odaklı önlenebilirlik dairesi vardır ki sebebiyet ilkesi fertleri buna teşvik ederek zararın hiç ortaya çıkmamasını hedeflemektedir. Zira tam sebebiyete geçildiğinde artık önlenebilirlik aranmamakta, failin zararlı sonuçtan mutlak sorumlu tutulmakta böylece fertler zararı ortaya çıkarma tehlikesi bulunan davranışlardan kaçınma yükümlülüğüne girmektedirler. Önlenebilirlik kavramı failden uzaklaşarak, olaya doğru kaydıkça kusur ilkesinden sebebiyet ilkesine doğru geçiş söz konusu olmaktadır. Önlenebilirliğin hiç aranmaması ve odak noktasına bilfiil zararın önlenmesi fikrinin yerleştirilmesi ile salt sebebiyete geçiş olmaktadır. Denilebilir ki kusur ilkesi önlenebilirliği esas alırken, sebebiyet ilkesi zararı önlemeyi esas alır.

b) Önlenebilirlik ve Masumiyet

Önlenebilirliği olmayan zararlar bakımından, failin ortaya çıkardığı zarar açısından masum olduğu düşüncesi uyanmaktadır. Gerçekten failin masumiyeti düşüncesi ile önlenebilirlik arasında doğrudan bir bağlantı vardır[1121]. Fail masum olduğu için[1122] tazminin gerekmemesi de kusur ilkesini destekleyen hukuki gerekçelerin başlıcasıdır. Dolayısıyla failden kaynaklanmadığı halde önlenebilirliğin olmaması ya da fail aleyhine oldukça zorlaşmış halde bulunması failin masum olduğu düşüncesine binaen sorumlu tutulmamasını böylece kusur ilkesini destekler. Fail zararı önleyemez pozisyondadır veyahut önlemesi kendi iktidar sınırları haricinde oldukça zorlaştırılmış bulunmaktadır. Bu durumun derecesi arttıkça failin masumiyeti de o oranda artmaktadır. Belki bu sebepten sık sık tekrar eden zararlar bakımından öngörülebilirlik arttığı için kusur ilkesinin terk edilmesi için kuvvetli bir gerekçe ortaya çıkar[1123].

1121 **VITO**, s.67; **CARTIER**, s. 156.

1122 **EREN**, Borçlar Genel, s.557; **WINIGER**, s. 124; **VITO**, s. 10; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4 vd.

1123 **VITO**, s.67. Sık sık tekrar eden zararların öngörülebilirliği artırması ve böylece kusurla ilişkisi hakkında Bkz. **WIDMER**, s. 159.

Kusur ilkesini destekleyen bu düşünceye sebebiyet ilkesi penceresinden de bakmak gerekir. Sebebiyet ilkesi sorumluluğu zarar ile fail arasındaki illiyet bağına dayanarak tespit ettiği için[1124] sebebiyet ilkesine göre zararın önlenebilir olup olmaması sorumluluk açısından önemli değildir. Ancak mağdur ya da üçüncü kişi gibi dış etkenlerden kaynaklanan zararın oluşmasına tesir eden ve önlenmesini zorlaştıran hususlar bakımından, fail ile zarar arasındaki illiyet bağı zayıflar. İlliyet bağının zayıflaması, zararın önlenebilirliğinin azalması sonucunu da doğurmuştur aslında. Mesela üçüncü kişinin ağır kusuruyla doğan zarar bakımından failin zararla illi bağlantısı kesilmiştir, aynı zamanda zararın fail tarafından önlenebilirliği de azalmıştır[1125]. Bu noktada *Vito* her üçüncü kişi ihmalinin nedensellik bağlantısını kesmeyeceği, illiyet bağının kesilmesi için bunun ayrıca öngörülebilir bir kusur olmaması gerektiğini söylemektedir[1126]. İsviçre Federal Mahkemesi de özellikle kusursuz sorumluluk hallerinde, üçüncü kişinin ağır kusurunu, illiyet bağının kesilmesinde kullanmaktadır[1127]. Böylece sebebiyet ilkesi kendi bünyesine uygun olarak meseleye önlenebilirlik veya kınanabilirlik olgusundan değil mağdur veya üçüncü kişi ile zarar arasındaki illiyet bağı olgusundan yaklaşmaktadır. Önlenebilirliğin azalması gizli olarak illiyet bağıyla da alakalı bir kavram olduğu için önlenebilirliğin azalmasıyla failin sorumluluğunun azalması veya sona ermesi mümkündür. Fakat bunu sistematik olarak sağlayan unsur illiyet bağı kavramıdır[1128].

1124 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **TUNÇOMAĞ**, s. 287.

1125 Sebep sorumluluğunda sorumluluğun kurulması için kusura ihtiyaç olmadığı ancak üçüncü kişinin ağır kusurunun illiyet bağını keserek sorumluluğa engel olacağı hakkında Yargıtay kararları mevcuttur : Yargıtay 4. HD, 18.10.2005 T. 2004/12650 E. 2005/11104 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr (E. T. 15.02.2021); Sebebiyet ilkesinde fail ile sonuç arasında illiyet bağı araştırılır. Kusursuz sorumluluk esasına bağlı bir sebebiyet anlayışı varsa ilgili kusursuz sorumluluk esasıyla zararlı sonuç arasında illiyet bağı araştırılır. Zaten kusursuz sorumluluk esası, kusur sorumluluğundaki davranış unsurunun yerine geçmiştir. Bu itibarla kusursuz sorumlulukta üçüncü kişinin kusuru, failin tabi olduğu kusursuz sorumluluk esası ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağını kesmektedir. Nitekim bir yargıtay içtihadı birleştirme kararında bu hususa işaret edilmiştir: *"Yapı malikinin sorumluluğu için oluşan zarar ile yapım bozukluğu ve bakım eksikliği arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Bilindiği gibi illiyet bağı mücbir sebep; zarar görenin kusuru ve 3. kişinin kusuru ile kesilir. Şayet zarar illiyet bağını kesecek yoğunluktaki bu nedenlerden biri sonucu oluşmuşsa işte bu genel kurtuluş nedenleri sonucu yapı maliki sorumluluktan kurtulur."* Yargıtay İBBGK, 06.05.2016 T. 2015/1 E. 2016/1 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021)

1126 **VITO**, s.54.

1127 Bkz. BGE 41 II 228; Bkz. BGE 96 II 359; Bkz. BGE 98 II 291.

1128 Bir Yargıtay kararında araç işletenin sorumluluğunda önlenebilirliğin ve önlem alma yükümlülüğünün illiyet bağıyla bağlantısına değinilmiştir. Kararda kişinin önlenebilirlik kapsamında zararın oluşmaması için önlem almasına ilişkin yükümlülük değerlendirilerek, ek kusurun oluşup oluşmadığı böylece üçüncü kişinin ağır kusurunun illiyet bağını kesip kesmediğinin tayin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. İlgili karara göre: *"Mahkeme, rampada kapısı açık bırakılan araca üçüncü kişinin girerek el frenini boşaltması sonucu zararın doğduğunu,*

Zararın önlenebilir olması, failin masum olduğu ve böylece onu sorumlu tutmamaya yönelik düşünceleri akla getirir. Mesela araba süren bir şahsın bacağına kramp girmesi sonucu bir başkasına çarpması, ya da hız göstergesi arızalanmış bir araç sebebiyle veya hız sınırını gösteren tabelanın önünü ağaçların kapatmış olması dolayısıyla hız haddini aşan aracın[1129] verdiği zarar bakımından şoförü sorumlu tutmayı kabul etmek vicdani yönden belirli bir güçlük içerebilir. Bununla beraber faili sorumlu tutmamaya yönelten iç saikler, önlenebilirlikle sınırlı değildir. Somut olaydaki failin fedakarlığı, durumun fail aleyhine risk taşıması, zarar görenin üstün menfaati, failin de büyük zarara uğramış olması gibi hususlar da faili sorumlu tutmama eğilimini insan vicdanında uyandırır. Nitekim kusur ilkesi bu gibi hususları kusurun varlığının tespitinde veya tazminatın indirilmesinde kullanmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk haksız bir fiile dayansa da kişisel itiraz olabilecek hususlar birçok yönden önemlidir[1130]. Mesela ameliyat eden bir hekimin, ani bir kalp krizi geçirmesi sonucu neşterle hastasına zarar vermesi[1131] veya kapalı ve hafif fırtınalı bir havada liman kıyısında denizde boğulmak üzere olan zor bir durumdaki kimseyi kurtarmak için zorlukla müdahale eden kimsenin kurtardığı kimseye istemeden ağır bir zarar vermesi örneklerinde faili sorumlu tutmak vicdani yönden daha da güçleşmiştir. Zira bu durumda zarar hem önlenemez niteliktedir, hem de mağdur lehine bir iş yaparken ortaya çıkartılmıştır. Hatta son örnekte fail, mağdur için kendisini tehlikeye de atmıştır. Dolayısıyla sorumluluk hukukunda sorumluluğun kurulmasında önemli

---

üçüncü kişinin eyleminin uygun neden sonuç bağını kestiğini benimseyerek davayı reddetmiştir. Davalı, araç işleticisi olarak 6085 sayılı Yasanın 50. maddesi uyarınca zararın mücbir sebepten, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini veyahut kendisinin veya davranış ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişinin kusurunun bulunmadığını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur. Mahkeme üçüncü kişinin eyleminin uygun neden- sonuç bağını kestiğini kabul ederken, aracın kapısını açık bırakan ve üçüncü kişinin araca müdahalesini önleyici hiçbir tedbir almayan araç sürücüsünün kusuru bulunup bulunmadığını incelememiştir. Araç işleticisi kusursuz -objektif- sorumluluk ilkeleri uyarınca zararı gidermekle yükümlü olmakla birlikte kendisinin veya eyleminden sorumlu olduğu kişinin ayrıca kusuru varsa, (ki bunu ek kusur munzam kusur denir) kurtuluş kanıtı getiremez. Kaldı ki 6085 sayılı Yasanın 50. maddesi üçüncü kişinin ağır kusurlu oluşunu yeterli bulmamış, araç sürücüsünün de kusursuzluğunu aramıştır. O halde; davalı aracının sürücüsünün, karşıdan gelen üçüncü kişiye ait araç sürücüsü ile kimin - kime yol vereceğinden kaynaklanan tartışma sırasında kavga amacıyla el frenini çekip, aracın kapısını açık bırakıp aşağı inmesinde; özellikle aracın durduğu yerin rampa oluşu da gözetilerek, araca üçüncü bir kişinin girip el frenini bırakması ihtimalini düşünerek önlem alması gerekip gerekmediği, gerekiyorsa olayın meydana gelişine önlem almamanın etki oranını -kusur oranının ne olduğunun uzman bilirkişiye incelettirilip sonucuna göre karar verilmek gerekir iken, eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." Yargıtay 4. HD, 11.03.1985 T. 1985/1826 E. 1985/1996 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 28.03.2021)

1129 Söz konusu örnekler için Bkz. **VITO**, s.65.

1130 **VITO**, s.67.

1131 **VITO**, s.66.

düşünceler olan bu gibi girişilen işin niteliğine dair kavramların sorumluluk hukukuyla irtibatının kurulması ve bu kavramların sorumluluk ilkelerinde ne gibi yerlerinin ve işlevlerinin olduğunun tespiti gerekmektedir.

2) Girişilen İşin Niteliğinin Kusur ve Sebebiyet İlkelerine Tesiri

Somut olayın içerdiği tehlike, fedakârlık, menfaat, aciliyet, önem gibi özellikler sorumluluğun yüklenmesinde etkilidirler. Bu kavramlar yer yer kusurun varlığına, derecesine etki edebileceği gibi bazen tazminatta indirim sebebi olurlar. Bu kavramlar gözetilmeden sorumluluğu belirlemek, hakkaniyet ve vicdan hislerinden uzaklaşılmasına sebep olur. Zira bu gibi kavramlar taraflar ile zarar arasında gerçekte nasıl bir ilişki olduğunu, zararın ne gibi şartlarda ortaya çıkıp tarafları nasıl etkilediğini göstermektedir.

a) Kusur İlkesine Tesiri

Girişilen işin nitelikleri fail ve mağdur cephesinden olmasına göre sorumluluğa farklı yönde etkiler gösterirler. Failin sorumluluğunu daraltan hususlar kusur ilkesini güçlendirirken, failin sorumluluğunun kolaylaşması ise sorumluluğu sebebiyete doğru yaklaştırmaktadır.

aa) Fail Lehine Sorumluluğun Daralması ve Kusur İlkesini Güçlendirmesi

Girişilen işin önemi, aciliyeti gibi hususlar kusurun varlığını ve derecesini tespitte kullanılmaktadır[1132]. Zira işin niteliğine ilişkin bu hususlar aslında sonucun önlenebilirliğine dair değerlendirme ölçütüdürler. Mesela iş ne kadar aciliyet gerektiriyorsa zararlı sonucun önlenmesini beklemek o kadar güçtür. Dolayısıyla kusurun oluşması da güçleşmektedir. Çok önemli ve gerekli bir işin yapılmasında failin kınanabilirliği daha az takdir edilmelidir. Böylece önemli ve acil bir iş sırasında meydana gelen zararlar bakımından kusurun oluşması güçleşmektedir[1133].

[1132] Obkejtif kusurun tespitinde İsviçre federal mahkemesi işin aciliyetine önem vermektedir. Bkz. BGE 68 II 127, BGE 83 IV 84. Nitekim Federal Mahkeme bir kararında davalının, hukuk sisteminin üçüncü şahısların yasal çıkarlarının acil bir durum olmaksızın tehlikeye atılmaması şeklindeki genel kuralını ihlal ettiğinden bahsetmiştir. Bkz. BGE 64 II 260.

[1133] Doğrudan doğruya kanuni düzenlemeler ile de sorumluluğun sınırlanması söz konusu olabilir. Bunlar özellikle sözleşmesel sorumlulukta görülürler. Alman Hukukunda BGB § 708, 1359 bunlara örnektir. Detaylı bilgi için Bkz. **BRUDERMÜLLER/ ELLENBERGER/GOTZ/ GRÜNEBERG/HERRLER/SPRAU/ THORN/WEIDENKAFF/WEIDLICH/WICKE**, s. 1392.

Kusurla doğrudan bağlantısı olmasa da girişilen işin mağdur lehine olması[1134] fail aleyhine tehlikeli olması ya da failin fedakârlık göstererek giriştiği bir iş olması durumlarında failin kınanabilirliği de azalır. Böylece tüm bu durumlar kusurun varlığını ve ağırlığını tespitte göz önüne alınmalıdır.

Girişilen işin aciliyeti, önemi gibi kusurla daha doğrudan bağlantısı olan hususların haricinde; kusurla daha dolaylı olarak bağlantısı bulunan girişilen işin fail açısından riskli ve ağır tehlikeli veya mağdur menfaatine olması veya failin iş için fedakarlık göstermesi gibi hususların tespitlerimize göre sorumluluğa üç yönden tesiri vardır.

Birincisi bu gibi kavramlar doğrudan kusurla bağlantılı değillerdir. Ancak kusurun ağırlığını tayin için belirli önemleri olabileceği kanaatindeyiz. Kendi aleyhine yoğun tehlike altındaki birisinin yapacağı davranışların kusur bakımından değerlendirilmesi ile başkası aleyhine tehlike çıkaran kimsenin yapacağı davranışlarının kusur bakımından değerlendirilmesi bir olamaz. Zira failin göstereceği ihmal öncelikle kendi aleyhine sonuç verecektir. Bu da faili daha az kınanabilir hale sokacaktır. Mesela fail için çok tehlike içerdiği halde ayrıca da mağdur lehine bir işe girişen kimsenin ihmalinden bahsetmek daha güç olur. Ancak fail menfaatine olan ve başkası aleyhine tehlike oluşturan bir davranışın ihmal içerdiğine hükmetmek daha kolaydır. Dolayısıyla bu gibi hususların kusurun varlığına ve ağırlığına ilişkin yapılacak değerlendirmeye dolaylı da olsa etkisi olur. Kusurun ağırlığı ise TBK m. 51/1 uyarınca tazminatın belirlenmesinde rol oynar. *Oğuzman/Öz* failin, mağdura yardım ederken zarar vermiş olması TBK m. 51 uyarınca bir indirim sebebi olabilir demektedir[1135].

İkinci olarak bu gibi hususlar tazminatta indirim sebepleriyle ilişkilendirilebilir. Şayet zarar gören kendi menfaatine tehlikeyi bizzat artırarak zararın doğmasında ve artmasında etkili olmuş ise veya ortaya çıkardığı tehlikeli durum sebebiyle üzerindeki zararı artırırsa onun bu durumu tazminatta indirim sebeplerini

---

[1134] Menfaate göre sorumluluğun belirlenmesi kavramı sözleşmelerde söz konusudur. Sözleşmelerde sorumluluğun kapsamının belirlenmesine ilişkin TBK m. 114/1'e göre *"Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir."* Haksız fiillerde de menfaat esası bir kusursuz sorumluluk sebebidir. Şayet menfaat mağdur lehine ise o takdirde de bu durumun sorumluluk kurulurken fail lehine değerlendirmek gerekir.

[1135] **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 129.

düzenleyen TBK m. 52/1 ile uyum gösterir. Nitekim TBK m. 52/1'e 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 kaldırabilir."* TBK m. 52'ye göre zarar görenin yalnız kusuru değil, kusursuz davranışı da zararın ortak sebebi olabilir[1136]. Bu bağlamda tehlike ortaya çıkarmasının da zararın ortak sebebi olabileceği kanaatindeyiz. Böylece somut olayın özelliklerinden olan mağdurun oluşturduğu tehlike ile beraber mağdur bir haksız fiile uğramışsa bu gibi hususlar hem dolaylı da olsa kusur değerlendirilmesinde göz önüne alınabilir hem de zararın ortak sebebi olarak tazminatta indirim sebepleriyle ilişkilendirilebilir.

Üçüncü ve belki en önemli olarak menfaat, tehlike gibi hususlar TBK m. 51/1 kapsamındaki tazminatın belirlenmesine ilişkin hüküm çerçevesinde de ele alınabilir. Gerçekten TBK m. 51/1'de *"Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler"* cümlesine yer verilerek tazminatın belirlenmesinde *"durumun gereğine"* atıf yapılmıştır. Durumun gereği ise somut olayın bütün şartlarının değerlendirilmesi ile ortaya çıkar. Girişilen işin nitelikleri tehlikeli olması, mağdur menfaatine olması, failin fedakarlıkta bulunması gibi hususlar da somut olayın şartlarına dahildir. Böylelikle söz konusu hususların sorumluluğa üç yönden tesirinin ikisini TBK m. 51/1 hükmü oluşturmaktadır. Bunlar mağdurun menfaatine ve failin kendini tehlikeye atarak bir işe girişen kimsenin vereceği zarardan sorumluluğu bakımından failin kusurunun ağırlığının değerlendirmesinde ve bu hususların durumun gereği olarak tazminatın belirlenmesinde TBK m. 51/1 gereği dikkate alınmasıdır. Hakkaniyetin gerektirmesi gibi haller de bu kapsam içerisinde değerlendirilebilir[1137]. Üçüncüsü ise bu hususların TBK m. 52/1 gereğince zararın doğmasında mağdurun etkisi ve tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması bakımlarından tazminatın indirilmesinde veya kaldırılmasında dikkate alınabilir mahiyette olmalarıdır.

[1136] **EREN**, Borçlar Genel, s.869.
[1137] **EREN**, Borçlar Genel, s.873.

bb) Fail Aleyhine Sorumluluğun Genişleyerek Sebep Sorumluluğuna Yaklaşması

Girişilen işin aciliyetinin olmaması önemsiz keyfî bir iş olması failin oluşan zarar bakımından kusurlu kabul edilmesini kolaylaştırır. Zira bu gibi durumlarda fail verdiği zarar bakımından daha kınanabilir bir duruma girer.

Ortaya çıkarılan tehlike, tarafların menfaati, failin fedakarlık göstermesi, hakkaniyetin gerektirmesi gibi hususlar bakımından failin sorumluluğu genişletebilir. Şayet fail, mağdur aleyhine tehlikeli durumu oluşturduysa veya kendi menfaatine ortaya çıkardığı durumla zararın meydana gelmesine sebep olmuşsa bu durumlar faili kınanabilir duruma sokar ve kusurlu bulunmasını kolaylaştırır. Ayrıca bunların ne ağırlıkta gerçekleşmiş olduğu da sorumluluğa etki eder. Mesela failin küçük bir tehlike oluşturarak zarar ortaya çıkarmış olması fail açısından belki ağır olmayan bir kusur olarak değerlendirilebilecekken, tüm tedbirleri alarak çok büyük ve zararın ortaya çıkması ihtimali tam olarak engellenemez nitelikte bir tehlikenin varlığı tehlike esasına dahil olup failin kusursuz da olsa sorumluluğunu gerektirir. Keza failin şiddetli menfaati de şartları varsa failin kusursuz sorumluluğuna sebep olabilmektedir. Çok ağırlaşan tehlike veya menfaat, kusur ilkesinin terk edilmesine sebep olmaktadır. Fail cephesinde gerçekleşen bu gibi hususların öncelikle failin varsa kusurunu kuvvetlendirici etki gösterirler. Belirli bir ağırlığa ulaştığında ise artık kusursuz sorumluluk esaslarına dönüşmeye başlarlar. Böylece bu hususların kusursuz sorumluluğa geçişte bir sebep oldukları görülmektedir. Hakkaniyetin gerektirmesi kusura etki etmese de bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak hakkaniyet sorumluluğu ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlandığı için bu alan oldukça daralmış durumdadır.

Failin ortaya çıkardığı ağır tehlikenin veya kendi menfaatine ortaya çıkardığı zararın kusursuz sorumluluk esasına dönüşebileceği, böylece kusur sorumluluğunu sebep sorumluluğuna çevirebileceğine değinildi. Zira bu esasların varlığı zarar verenin masumiyetinin koruması, kişileri dikkatli olmaya sevk edilmesi ve onların teşebbüs cesaretlerinin korunması, engelli kimselerin korunması gibi kusur ilkesini destekleyen hukuki gerekçeleri zayıflatmakta, sebebiyet ilkesi lehine olan hukuki gerekçelere ağırlık kazandırmaktadır. Mesela fail sırf kendi menfaatine tehlikeli bir durum ortaya çıkarmışsa, bu tehlikeli durumdan büyük bir zarar ortaya çıkmışsa ortaya çıkan zarar bakımından mağdurun büyük masumiyetinin yanında failin masumiyetinden

bahsetmek oldukça güçleşir. Buna benzer pek çok örnek verilebilir. Kusursuz sorumluluk esaslarının varlığı hukuk düzenini adeta sebebiyet ilkesini kabule zorlamaktadır. Girişilen işin niteliğine ilişkin bu gibi hususlar kusursuz sorumluluk esası oluşturacak ağırlığa ulaşmadıysa veya mahiyete bürünmediyse ancak failin mevcut kusurunun daha ağır olarak değerlendirilmesine sebep olacak, bununla yetinilecektir.

b) Sebebiyet İlkesine Tesiri

Girişilen işin niteliği kusur ilkesini etkilediği gibi sebebiyet ilkesini de etkilemeye müsaittir. Mesela fail için tehlike veya risk içeren bir işe, sırf mağdurun lehine olsun diye girişilen bir iş sebebiyle mağdur aleyhine bir zarar söz konusu olsa, faili sorumlu tutmak ne kadar doğrudur? Fail söz konusu durumlarda kusurlu olarak bir zarar verdiyse sorumluluk durumu nasıl olacaktır?

Girişilen işin fail aleyhine tehlikeli veya mağdur menfaatine olması veya hakkaniyetin faili sorumlu tutmamayı gerektirmesi gibi bir durum içinde fail kusursuz olarak zarar vermiş olabilir. Salt sebebiyet ilkesi bakımından söz konusu girişilen işin niteliğine dair hususlar failin sorumluluğunu nasıl etkilemelidir? Sebebiyet ilkesinin adaletli bir sorumluluk anlayışı tesis ettiğine dair en kuvvetli gerekçe, mağdurun masumiyetinin, failin masumiyetinden daha kuvvetli olmasıdır. Bunun sebebi failin bir davranışı varken, davranış yönünden masum sayılamazken mağdurun hiçbir davranışının hatta mağdur olmaktan başka zararın meydana gelmesine hiçbir etkisinin söz konusu olmamasıdır. Ancak failin, tamamen veya önemli oranda mağdur menfaatine yaptığı bir davranış neticesinde mağdurun bir zarara uğramış olması durumunda söz konusu masumiyet dengesi değişmeye başlamaktadır. Zira mağdur lehine yapılan bir iş söz konusu olduğu için fail yaptığı fiili bakımından mağdur hesabına adeta onun vekili gibi çalışmaktadır. Şu kadar ki mağdurun bir iradesi ve mağdur ile fail arasında bir vekalet ilişkisi yoktur[1138]. Ancak mahiyet olarak failin fiilinin ardında mağdurun menfaati olduğu için, mağdurun gördüğü zarar bakımından hiçbir dahlinin olmadığını söylemek önemli oranda güçleşir. Mağdur kendi iradesi olmasa da, kendi menfaati için yapılan bir iş sırasında failin kusursuz fiiliyle zarar

[1138] Şayet şartları oluşuyorsa bu durumda vekaletsiz iş görmeden bahsedilebilir. Mağdurun menfaatine ve varsayılan iradesine göre iş yapıldığı için bu gerçek vekaletsiz işgörme olacaktır. **EREN**, Borçlar Özel, s.909; Vekaletsiz iş görme söz konusu olursa taraflar arasındaki borç ilişkisi vekaletsiz iş görme hükümlerine göre de doğmuş olur. Bu takdir de haksız fiilden doğan tazmin ile vekaletsiz iş görme hükümleri yarışır.

görmüştür. Bu ise yapılan fiilin mağdura atfedilmesine bir derece olanak verdiği gibi failin fiilinin, faile atfedilmesini de zorlaştırmaktadır. Zira fail kendi menfaatine değil mağdur menfaatine ve onun vekili gibi iş yapmaktadır. Böylece failin şahsiyeti yaptığı fiil içerisinde silikleşmektedir. Netice de fail kusur yönünden masumken, davranışı mağdur lehine yaptığı için davranış unsuru yönünden de masumiyete meyilli bir duruma girmektedir. Mağdur da tamamen masum olduğu bir pozisyondan kendi lehine davranış yapıldığı için yapılan fiile adeta dahil olmakta ve masumluğunu kaybetme durumuna düşmektedir. Bu husus sebebiyet ilkesinin temel dayanağı olan mağdurun failden daha masum olması durumunu önemli ölçüde etkiler.

Mağdura zarar veren işin mağdur menfaatine ve fail açısından tehlike ve risk içeren bir iş olması yukarıda bahsedilen durumu daha da kuvvetlendirmektedir. Şöyle ki fail, mağdur lehine, kendisini tehlikeye atmış belirli zarar risklerini göze alarak mağdurun menfaati için bir işe girişmiştir. Bu giriştiği iş sırasında da mağdurun bir zarara uğramasına sebep olmuştur. Mesela hayvanat bahçesinde yırtıcı aslanlar arasına düşen (B)'yi kurtarmak için (A) kafese atlayıp elindeki bıçakla aslanlara müdahale ederken (B)'yi kurtarsa ancak bu esnada bıçağın B'ye de isabet etmesiyle (B)'yi ağır olarak yaralamış olsa sebebiyet ilkesiyle (A)'nın sorumluluğuna hükmetmek ne kadar tatmin edici olur? Benzer ve daha ağır bir misal olarak, zehirli gazların olduğu bir odada, bayılan bir hastaya doktorun söz konusu zehirli ortama girerek hastasının hayatını kurtarmak için acil müdahalede bulunurken, zehirin tesiriyle bilincini yitirip hastasının üzerine düşerek hastanın ölümüne sebep olması örnek verilebilir[1139]. Bu son örnekte hasta menfaatine doktor yoğun tehlike ve risk alarak giriştiği bir iş söz konusu olduğu gibi ilk örneğin aksine doktorun bir davranışı da bulunmamaktadır. Zira ilk örnekte fail (A)'nın bıçağı sallama iradesi varken ikinci örnekte doktorun düşme fiiline yönelik bir davranış iradesi de yoktur.

Faili masumiyete daha çok yaklaştıran, mağduru tamamen masum olmaktan uzaklaştıran etkenler somut olayın şartlarına göre değişkenlik gösterebilir. Mağdurun menfaati veya fail aleyhine tehlike ve riskin yanında, failin mağdur lehine kendisinden fedakarlıkta bulunduğu bir iş sebebiyle mağdur zarar görmüş olabilir. Hatta giriştiği tehlikeli işin neticesinde failin bilfiil kendisinin zarar görmüş ya da tesadüfen zarar görmemiş olmasının bile failin masumiyeti bakımından belirli bir önemi vardır.

1139 **VITO**, s.66.

Mesela (C)'yi kurtarmak için tehlikeli bir işe girişip kendisi zarar görmeden (C)'yi kurtaran (D)'nin, (C)'ye kusursuz olarak verdiği zarardan sorumluluğunu kabul etmek insan vicdanı için biraz zor olur. Bu kurtarma faaliyeti sırasında (D) ağır zarar görmüş olsa (D)'nin kusursuz olarak (C)'ye verdiği zarardan ayrıca sorumluluğunu kabul etmek vicdanî açıdan çok daha güçleşir. Sebebiyet ilkesinin uygulanmasında yapılan işin tehlike ve risk içermesi, bu tehlikenin mağdur aleyhine gerçekleşmiş olması, mağdurun menfaatini içermesi, fedakarlık gerektirmesi, üçüncü kişi yararına olması, işin önemi ve aciliyet gerektirmesi gibi hususların gözetilmesi gerekir. Kusur ilkesinin kabul edildiği hukuk düzenlerinde kusursuz sorumluluk esasları nasıl ki kusursuz sorumluluğu meşru kılmaktadır, kanaatimizce benzer şekilde somut olaya ilişkin bu gibi faili adeta mağdurlaştırmaya başlayan hususların, sebebiyet ilkesinde kusura dayalı sorumluluğu meşrulaştırıcı etki yapması gerektiği söylenebilir. Kanun koyucunun araç işletenin sorumluluğunda bu yolu tercih ettiği görülmektedir. Nitekim KTK m. 87/1'e göre: *"Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tabidir."* Tehlike sorumluluğu olan araç işletenin sorumluluğu, zarar görenin lehine iş yapıldığı için kusur sorumluluğuna dönüştürülerek sorumluluk zayıflatılmıştır. Kusursuz sorumluluğun, kusur sorumluluğuna dönüştürülmesine ilişkin bir özel düzenleme yoksa dahi hâkim fail aleyhine olan durumu göz önünde tutarak, TBK m. 52'e göre tazminatı tamamen kaldırabilir veya tazminattan indirim yapabilir[1140]. Ayrıca doktrinde failin, mağdura yardım ederken zarar vermiş olmasının TBK m. 51 uyarınca bir indirim sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenmektedir[1141].

[1140] **EREN**, Borçlar Genel, s.876; Bu hususun yargıtay kararlarında da gözetildiği görülmektedir. Bir karara göre: *"Hatır taşımaları bir menfaat karşılığı olmadığı cihetle, bu gibi taşımalarda BK'nın 43. maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretide gerekse Yargıtay İçtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır"* Yargıtay 17. HD, 11.02.2016 T. 2014/5167 E. 2016/1554 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021). Hatır taşıması hakkında bir YHGK kararına göre: *"Öğretide, hatır taşıması konusunda bir kavram birliği olmadığı gözlemlenmekte, ancak, "hatır için ücretsiz taşıma" ve "aracı hatır için ücretsiz kullandırma" tamlamalarının benimsendiği görülmektedir. Hatır taşımaları, bir menfaat karşılığı olmadığı cihetle, bu gibi taşımalarda BK.nun 43. maddesi uyarınca, tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretide gerekse Yargıtay İçtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Hakim, tazminattan mutlaka belli bir oranda indirim yapma zorunda değilse de, bunun dahi gerekçesini kararında tartışması ve nedenlerini göstermesi gerekir."* YHGK, 06.06.2012 T. 2012/160 E. 2012/347 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021)

[1141] **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 129.

§ 3. KUSUR İLKESİNİ DESTEKLEYEN HUKUKİ GEREKÇELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ, KUSUR İLKESİNİN TEMELLERİNİN VE HUKUKİ GEREKÇELERİNİN ELEŞTİRİSİ, KUSUR İLKESİ ALEYHİNE İLERİ SÜRÜLEN HUKUKÎ GEREKÇELER

I. KUSUR İLKESİNİ DESTEKLEYEN HUKUKİ GEREKÇELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Haksız fiillerde kusur ilkesinin dayandığı hukuki gerekçeler bulunmaktadır. Bu gerekçeler ile doktrinde kusur ilkesinin faydaları ve gerekliliği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu gerekçeler temel olarak kusur ilkesi ile ulaşılan sonuçlardaki faydalar veya kusur ilkesi olmaksızın ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlar bakımından meseleye yaklaşmaktadır. Bu bağlamda genel olarak taraflar arasındaki makul menfaat dengesi, adalet fikri gibi temel noktalar önem arz etmektedir. Kişi bazında ise, zarar verenin masumiyetini koruması, kişilerin faaliyet cesaretlerinin korunması, kişilerin dikkatli olmaya sevk edilmesi, engelli kimselerin durumları gibi hususlar kusur ilkesini hukuki açıdan destekleyecek gerekçelerdir. Kusur ilkesini destekleyen hukuki gerekçelere kısmen katılmakla beraber[1142], bu gerekçelerin kusur ilkesini yeterli bir sorumluluk

[1142] Kusur ilkesinin gerçekten de engelli kimseleri korumaya alarak zayıf ve güçsüz durumdaki kimselerin muhafaza altına aldığı fikrine tamamen katılıyoruz. Kusursuz zarar veren masumken engelli zarar veren daha da masumdur. Ancak bu halde dahi kanaatimizce zarar görenin, zarar verene nazaran üstün masumiyeti söz konusudur. Bu sebeple engelli kimselerin korunmamasının hakkaniyete aykırı bir sonuç olduğu söylenemez. Hatta kusur ilkesinin bir istisnası olarak ayırt etme gücü olmayanların hakkaniyet sorumluluğuyla sorumlu tutulmaları da görüşümüzü destekler. Zira kusur ilkesini ana sorumluluk ilkesi olarak kabul eden hukuk sistemleri dahi hakkaniyetin failin sorumlu tutulmasını gerektirdiği durumların olduğunu kabul eder. Bu halde sebebiyet ilkesiyle engelli failin sorumlu tutulmasının hakkaniyete aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmek sağlam bir hukuki gerekçeden yoksundur. Fakat kusur ilkesinin engelli kimselerin verdiği zararlarda uygulanması kanaatimizce kusur ilkesinin makul kabul edilebileceği bir hukuki sahadır. Zira bu gibi kimselerin zayıf durumda olmaları ve verdikleri zarar bakımından kınanmaktan tamamen masum olmaları, zarar görenin üstün masumiyetine rağmen gözetilebilir bir olgudur. Ayrıca kusur ilkesinin hareket özgürlüğünü temin ettiğine katılmamak mümkün değildir. Gerçekten kusur ilkesi toplumda hayatın idamesi ve sosyal hayattaki her türlü faaliyetler bakımından cesareti ve girişkenliği arttırır. Ancak bu cesaret ve girişkenlik, başkasına zarar verme pahasına ortaya çıkmaktadır. Bunun dışındaki kusur ilkesinin diğer hukuki gerekçeleri kısmen doğru yargılar içermekle beraber, ulaşılan sonucun gerçeği yansıtmadığı kanaatindeyiz. Örneğin zarar verenin masum olduğuna katılıyoruz fakat kusur ilkesi zarar görenin daha üstün masumiyetini göz ardı etmektedir. Masum olan korunacaksa zarar görenin korunması gerekirdi. Benzer şekilde kusur ilkesinin topluma emniyet ve güven ortamı sağladığına kısmen katılıyoruz zira fertler kusurlu olarak toplum aleyhine bir zarar ortaya çıkarmamak için gayret ederler. Ancak kusur ilkesi hareket özgürlüğünü böylece bundan çıkan zararlardan sorumlu olmamayı kusur sınırına kadar ilerlettiği için aslında toplumdaki emniyet hissini zayıf olarak temin etmektedir. Kusur ilkesinin fertleri kusurlu olmamaya sevk ettiği doğrudur. Ancak fertleri kusur sınırının üzerindeki özen hususunda dikkatsiz ve tedbirsiz olmaya sevk eder. Ayrıca fertlerin giriştikleri faaliyetler tehlikeli olsa bile kusurlu olmamayla yetinip bunları özensizce seçmelerine sebep olur. Sebebiyet ilkesi ise ortaya çıkan her zarardan faili sorumlu tutacağı için toplumdaki emniyet hissini daha kuvvetli temin eder. Kusur ilkesi kusurlu olanla kusursuz olan kimseyi sorumluluk

ilkesi olarak değerlendirilmesine yeterli olduğunu düşünmüyoruz. Ayrıca kusur ilkesinin bu gerekçelerinin önemli bir kısmı da gerçekçi bulunmadığı için eleştirilmiştir. Bununla beraber kusur ilkesinin hukuki gerekçeleri, kusur ilkesini savunan yazarların[1143] görüşlerine göre ele alınacaktır.

A) Zarar Verenin Masumiyetini Koruması

Kusursuz kimseyi iradesi ve davranışı bakımından ahlâken kınamak mümkün değildir. Kusursuz olan ve ahlâken kınanması mümkün olmayan kimse ise ortaya çıkardığı zarar bakımından masum kabul edilmelidir. Böylece kusur ilkesinin ahlâki temeli olan failin kınanmasının uygun olmaması, failin masumiyeti için önemli bir sebeptir. İşte kusur ilkesi masum olan faile sorumluluğun yükletilmesine engel olmaktadır.

Failin bir davranışıyla her nasılsa ortaya bir zarar çıkmıştır. Şayet fail kusurlu ise ortaya çıkan zararın ona yüklenmemesi için bir sebep yoktur[1144]. Ancak kusur ilkesine göre fail kusursuz ise zarar ortaya çıktığı yerde bırakılmalıdır. Hayatın akışı sırasında bir kimse üzerinde ortaya çıkmış bir zararın hukuk müdahalesiyle başka bir kimseye taşınması için hukuki bir gerekçe olmalıdır. Bu durumu doktrinde: "Kusuru olmadan bir fiil işleyen kimse hakkında nasıl cezaî bir tedbir alınamazsa, kusursuz bir kimseyi tazminata mahkûm etmek de aynı şekilde anlamsızdır. Zira bir masumu tazminata mahkûm etmekle fenalığa yer değiştirtilmektedir. Fenalık hiçbir zaman ortadan kalkmamaktadır. Binaenaleyh fenalığı düştüğü yerde bırakmak daha muvafıktır" şeklinde ifade edilmiştir[1145].

Zarar görenin masumiyeti söz konusuyken ortaya çıkmış zararı hukukun müdahalesiyle başka bir kimse üzerine taşımak, zararı ortadan kaldırmayacağı gibi masum bir kişiye sorumluluk yüklenmesi demek olur. Bu durumun yasal bir görünümü olarak ABGB § 1311'de kusursuz tesadüflerle ortaya çıkan zararların meydana geldiği

---

açısından ayırmaktadır. Ancak en kusursuz olan mağdur ile kusurlu kimseyi birbirinden ayıramamaktadır. Zira fail kusursuzsa zarar mağdur üzerinde bırakılmaktadır. Dolayısıyla kusur ilkesinin hukuki gerekçeleri genellikle bir yönden ortaya konulmuştur. Ancak konunun diğer tarafına bakıldığı zaman söz konusu hukuki gerekçelerin geçerliliklerinin zayıfladığı veya ortadan kalkmaya başladığı görülür.

1143 **JHERING**, s.40, s.55 vd.; **GMÜR/BECKER**, s. 226 vd; **STARK**, Ausservertragliches, s.97 vd.; **VITO**, s.63 vd.; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s.556; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 3-4.

1144 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.42.

1145 Görüş sahibi yazar için Bkz. **İMRE**, s. 18.

şahıs veya mal üzerinde kalması gerektiği hükme bağlanmıştır[1146]. Aynı maddenin devamında kişilere zarar vermeyi yasaklayan kanun maddelerinin tesadüfi olsa dahi kusurla ihlâl edilmesi durumunda failin sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme kusur ilkesine tam olarak uygun olup, bu ilkeyi vurgulamaktadır. Ayrıca Avusturya Hukukunda subjektif kusur teorisi hâkim olduğu[1147] için kusur ilkesi daha kuvvetli şekilde etki göstermektedir.

Hayatın devamı ve olayların akışı içerisinde zarar bir şekilde mağdur üzerine isabet etmiştir. Herkesin kendi mameleklerinde tasarruf hakkı olduğu gibi bunlarla ilgili ortaya çıkmış zararları tamir etmek de kendilerine aittir. Kişilerin mameleklerinde ortaya çıkmış bu zararın giderilmesi sorununun bir başka kimseye taşınması hususu, hukukî sorumluluk kapsamına dairdir. Kişilerin gördüğü zarardan ortaya çıkan hukukî sorumluluktan bahsedebilmek için ise zararı faile atfedilebilmek lazımdır. İşte kusur ilkesine göre ortaya çıkan zararda kusur yok ise zararı faile atfetmek de doğru olmaz. Zira kusur failin fiilini şahsileştirir. Kusur olmaksızın failin işlediği fiiller ise gayrişahsi olarak kabul edilirler. Failin kusuru olmadığı için fiili şahsileşmemiştir ki fiilden ortaya çıkan zarar failin şahsiyetine atfedilebilsin[1148]. Ortaya çıkan zarar ancak hayatın akışına, olayların bir diğerini takibiyle birbirine bağımlı sebep-sonuç ilişkilerine atfedilebilir. Bu itibarla mağdur üzerine düşen zarar ancak bir tesadüf ve talih neticesidir. Tıpkı ceza hukukundaki gibi kusurun yokluğu zarar failin fiiliyle gerçekleşmiş olsa dahi, zararın failin şahsına atfedilmesini engeller.

Kusur ilkesinin temelindeki bu düşünceye göre Ceza Hukukunda masumların cezalandırılmaması nasıl adalet gereği ise, haksız fiillerde de aynı anlayış geçerli olmalıdır. Bu itibarla kusuru olmayan faile tazminat sorumluluğunu yüklemek hukuki

---

1146 **STARK**, Ausservertragliches, s.5; **İMRE**, s. 18.

1147 **KOZIOL,** Objektivierung, s.594, s.598; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 34-35, s.74; Avusturya hukukunda her ne kadar subjektif teori kabul edilse de failin iradesinin değerlendirilmesinde dikkat ve titizlik derecesinin tespitinde belirli bir objektiflik söz konusu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. **KOZIOL,** Objektivierung, s.598.

1148 **İMRE**, s. 18; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59; Doktrinde kusurun teknik işlevinin zararın failin davranışına atfedilmesine olanak sağlamak olduğundan bahsedilmektedir. Bkz. **PLETTER**, s. 20; Aslında kusurun teknik işlevi zararın davranışa atfedilmesini sağlamak değil, davranışın faile sorumluluk yönünden atfedilmesidir. Zira kusur var ise davranış şahsileşir ve ona sorumluluk bağlanır kusur yok ise davranış failden sadır olmamışçasına failden kopartılır ve o davranışın sorumluluğu faile yüklenmez. Davranış iradesi davranışın faile atfedilmesini, kusur ise davranışın sorumluluk yönünden faile atfedilmesini, şahsileştirilmesini sağlar. Zarar ile davranış arasındaki bağlantı ise kusurla değil illiyet bağıyla kurulur. Ancak kusurun teknik işlevine dair söz konusu tarifle kastedilen aslında şudur: Zarar ancak kusurla işlenmiş ve böylece şahsileşmiş davranışa sorumluluk yönünden atfedilebilir. Kusur yok ise zarar o davranışa illiyet bağıyla bağlansa bile sorumluluk yönünden bağlanamaz.

bir gerekçeden yoksun olup ceza hukukunda bir masumu cezaya çarptırmak gibidir. Zarar gören masum olsa da ortaya çıkan zararı zarar gören üzerinde bırakmak hukukun müdahalesi ile değil hayatın akışı sırasında gerçekleşmiştir. Bu sebeple hukuk düzeni zarar gören üzerine zararı yüklememiş, sadece iki tarafta masum olduğu için ortaya çıkan zarara müdahil olmamayı tercih etmiştir[1149]. Bu sebeple kusur ilkesi anlayışına göre hukuk düzeni tarafından zarar görenin masumiyetine karşı yapılmış haksızlık bulunmamaktadır.

Böylece kusurun olmadığı yerde zarar bir çeşit tesadüf ile ortaya çıkmaktadır. Kastta tesadüf söz konusu olamaz. İhmalden sorumluluğun dayandığı hukuki gerekçe de ihmal sebebiyle tesadüfiliğin ortadan kalkmasıdır[1150]. Kusur ilkesine göre tesadüf ile ortaya çıkan zararlar, failin masumiyeti sebebiyle çıktığı yerde bırakılmaktadır. Romalılara nispet edilen *"Casum sentit dominus"* (zarara zarar gören malik katlanır) ilkesi ile bu tarz kusurun olmadığı tesadüfi zararlar kastedilmiştir[1151]. Ancak tesadüfi olarak ortaya çıkan zararlar bakımından bu zararların malik üzerinde bırakmakla yetinilmesi ve başka çarelerin aranmasının terk edilmesi kusur prensibini savunan *Rümelin* tarafından dahi bir yetersizlik ve eksiklik olarak görülmüştür[1152].

Kanaatimizce kusur ilkesinin masumiyeti koruduğu düşüncesi ve herkesin kendi mameleklerinde ortaya çıkan zararı kendisinin tamir etmesi gerektiği düşüncesi doğru değildir. Zira zarar görenin daha masum olup üzerine düşen zarar fail tarafından ortaya çıkartılmıştır. Kusur gibi bir kavramın yokluğu ileri sürülerek, ortaya çıkan bu zararın faille tamamen bağını kesmek ve bunu mağdurun kendi mülkündekini tamir etmesi gerekmesiyle izah etmek makul ve adaletli değildir. Bu düşünce şu sonuca çıkmaktadır. Fail yapar zarar verir ve mağdur onarır ve tamir eder. Zararı tamamen fail ortaya çıkardığı halde aslında faile atfedilemez, zararı mağdur tamir eder zira mülk ona aittir. Böyle bir düşünce hakkaniyetle ve vicdani hissiyatlarla bağdaştırılamaz.

1149 **İMRE**, s. 18; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 2 vd.

1150 **İMRE**, s. 18; Bu konuda *Fuchs/Pauker* kusur tesadüfe aykırıdır, kusurun olduğu yerde tesadüf olmaz demektedir. Bkz. **FUCHS/PAUKER**, s. 2; **LARENZ/CANARIS**, s. 353.

1151 **SCHWARZ**, Satış, s. 161.

1152 Max, **RUMELIN**, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zum objektiven Schadenersatzpflicht, Leipzig und Freiburg 1896, s. 13.(**İMRE**, s. 19'dan naklen)

B) Kişilerin Teşebbüs Cesaretini Koruması

Hayatın sorunsuz bir şekilde devam edebilmesi için kişilerin serbestçe faaliyetlerini yapabilmeleri gerekir. Hayatın gerekliliklerini temin, sosyal hayattaki ilişkilerin kurulması ve devamı, kişilerin özgürce hareket edebilmeleri, her türlü faaliyetlerinde iradelerini serbestçe kullanabilmeleri, ticari ve ekonomik faaliyetlerin yürütülmesi bakımlarından bu son derece önemlidir. Kusur ilkesi kişilerin bu faaliyetlerini rahatlıkla gerçekleştirebilmeleri için onlara destek olmaktadır. Zira kusur ilkesine göre kişiler hukuka uygun olarak yaptıkları fiillerin zararlı sonuçlarından sorumlu tutulmazlar. Böylece fertler ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlar ihtimaliyle iç dünyalarını meşgul etmezler. Fertler, fiillerinin ve bunların sonuçlarının hukuka uygun olmasına dikkat eder, bir kusur göstermemeye gayret eder ve bununla yetinirler. Bu ise fertlerin daha rahat ve tereddütten uzak hareket etmelerine olanak sağlar.

Kusur ilkesinin kişilerin teşebbüs cesaretlerini koruması aslında fertlere hareket özgürlüğü tanınmış olmasına dayanır[1153]. Kendisine hareket özgürlüğü tanınan fertler işlere girişmekte, iç enerjilerini fiiliyata dönüştürmekte daha rahat ve özgür hareket ederler. Başkasına verilen zarardan kusuru olmadıkça sorumlu olunmayacağı düşüncesi fertleri rahat ve özgür harekete, böylece fiillerinde cesarete sevk eder.

Kişilerin hukuka uygun bir faaliyet ile ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlardan sorumlu tutulması halinde bu kaygı kişilerin yararlı girişimlerde bulunmasını engeller[1154]. Bu durumda kişiler girişecekleri işi rahatlıkla yürütemezler. Ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlardan doğabilecek sorumluluk ihtimali sebebiyle işe girişmezler veya bunda çekinik hareket ederek işi kısmen yüklenirler. İşe girişip bunları yürütseler bile sorumluluk iç dünyalarını meşgul edebileceği için işi yürütmekteki cesaretleri kırılır. Fertlerin yaptıkları işlerde tereddütlü davranış tarzları hâkim olur. Bu durumlar ise toplumsal hayatı kısır bir döngüye sokar[1155].

Kusur ilkesine göre kişiler ancak kusurlu oldukları takdirde sorumlu tutulacaklarını bildikleri için sorumlu tutulmamak için yaptıkları işin gerektirdiği özen ve dikkati göstererek hareket ederler. Bu hususta aşırıya kaçmayarak fiilin gerektirdiği

---

1153 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.725; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s. 2 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4.

1154 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1-4; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER,** s. 2.

1155 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.725; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.4.

zararın ortaya çıkmaması için üzerlerine düşen tedbir ve özen yükümlülüğünü sarf etmekle yetinirler. Böyle bir hareket tarzı mutedil olduğu için kişiler hem doğal hareket tarzlarından uzaklaşmayarak başarılı faaliyette bulunabilirler hem de tereddüte mahal verebilecek, beklemedikleri şekilde sorumlu olacabileceklerine dair iç saiklerden kurtulmuş olurlar. Kendilerinden emin gerekli dikkat ve özeni göstererek rahat hareket eden bireylerden oluşan toplum sağlıklı olarak işlerini yürütebilir. Sayılan sebeplerle toplumda hareket serbestisinde ve hayatın devam ettirilmesinde genel bir cesaret oluşur.

C) Kişileri Dikkatli Olmaya Sevk Etmesi

Dikkat, özen, tedbir gibi kavramlar kusurla yakından ilgilidir. Bir toplumda genel emniyet ve toplumun huzuru için fertlerin bu gibi nitelikleri haiz olması istenir. Haksız fiillere maruz kalma tehlikesi şüphesiz ki fertlerin mal ve canlarına böylece huzur ve güvenlerine doğrudan zarar vermekte genel emniyet hissini bozmaktadır. Haksız fiiller ile ortaya çıkan zararlar neticesinde tazmin kurumu söz konusu olur. Ancak tazmin haksız fiil ile ortaya çıkan zararın onarılmasına yöneliktir ve çoğu zaman onu tam olarak da gidermez. Öncelikli amaç ise zararın ortaya çıkmasını engellemek, ve buna yönelik tehlike riskini azaltmaktır[1156]. Bu ise en çok fertlerin göstereceği dikkat, özen ve tedbirle söz konusu olabilir.

Kusur ilkesi fertlerin ancak kasıtlı veya dikkatsiz, özensiz ve tedbirsiz olmaları durumunda sorumlu olmalarını öngörür. Kasıtlı davranışları engellemek ve bundan caydırmak daha çok ceza hukukunun sahasıdır. Diğer ortaya çıkan zararlar bakımından ise kişiler dikkatli, özenli ve tedbirli oldukları müddetçe sorumlu olmayacakları bilincinin kişilerde var olması onları bu vasıflarla donanmaya iter. Böylece fertler davranışlarında dikkatli ve özenli olurlar ve bunu bir alışkanlık haline getirirler[1157].

Kusur ilkesine göre fertler ancak dikkatsiz, tedbirsiz ve özensiz olmaları (kusurlu olmaları) durumunda sorumlu tutulabileceklerdir. Fertler dikkatli, özenli, tedbirli oldukları sürece bir zarara sebep olsalar bile sorumlu tutulamayacaklardır. Bu ise kusur ilkesiyle mümkündür. Böylece kusur ilkesiyle fertlere adeta dikkatli ve tedbirli olmak hususunda sosyal bir ödev yüklenmektedir. Ayrıca bu görüşe göre kusur ilkesinin fertleri dikkatli ve tedbirli davranmaya sevk etmesi haksız fiili önlemek

1156 **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 18; **KOZIOL,** Objektivierung, s.601.
1157 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.4.

bakımından da üstün bir fayda sağlar[1158]. Zira fertler dikkat ve özenlerini en üst seviyede tuttukları sürece kolaylıkla zarar da ortaya çıkmayacaktır. Zararın hiç gerçekleşmemesi ise zararın adaletli bir şekilde dağıtılmış olmasından daha çok tercih edilir. Kanaatimize göre ise sebebiyet ilkesi zararı önlemek bakımından kusur ilkesinden daha etkilidir[1159].

D) Topluma Emniyet Hissi Kazandırması ve Kişisel Gelişimi Desteklemesi

Kusur ilkesine göre kişiler, ancak kusurlu oldukları takdirde sorumlu tutulacaklarını bildikleri için sorumlu tutulmamak için daha dikkatli hareket ederler. Dikkatli hareket eden fertlerden oluşan toplumda ise giderek güven ve istikrar oluşmaya başlar. Zira çevresindeki fertlerin dikkatli ve özenli hareket ettiğini bilen kimseler kendilerini bir emniyet içerisinde hisseder. Güven içinde olduğu ve zarar görmeyeceği inancıyla yaşayan fertler daha kolaylıkla toplumsal hayata katılırlar. Bu ise kişilere ve topluma emniyet ve güven hissi vermekle beraber toplumsal hayata fiilen katılımı kolaylaştırır.

Kusur ilkesi, hareket hürriyeti fikriyle sıkı sıkıya bir bağ içerisinde olduğu için hareket hürriyetinin faydalarını da içinde barındırır. Hareket hürriyeti kişiliğin gelişimi için gerekli ve önemlidir[1160]. Genç neslin tecrübe kazanması ve enerjilerini toplum hayatına kazandırabilmeleri veya tecrübelerin hayata rahat bir şekilde aktarımı hareket özgürlüğüyle mümkün olur[1161]. Böylece kişisel gelişimin temin edilmesi için gerekli olan hareket sahasını ancak kusur ilkesi en geniş bir şekilde ortaya koymaktadır.

E) Zihnî veya Fizikî Engeli Olanları Koruması

Zihnî engel ayırt etme gücünün zayıf olması veya hiç olmaması demektir. Ayırt etme gücü ise faile kusur isnat edebilmenin şartı ve haksız fiilin ehliyetidir[1162]. Zihnî engeli hiç olmayan kimsenin verdiği zarar bakımından kusur da söz konusu olamayacağı için haksız fiil sorumluluğu da doğmayacaktır[1163]. Böylece irade kuvveti olmayan ve ne yaptığının şuurunda olmayan, davranışlarını yönlendiremeyen bu

---

1158 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1, s.4.; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4 vd.

1159 Bkz. 2. bl. §3 II. A 3.

1160 **FUCHS/PAUKER**, s. 2; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722-723.

1161 **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s. 2.

1162 **LARENZ**, Allgemeiner, s. 112; **VON TUHR,** Borçlar, s. 382; **UYGUR**, s.408; **İNAN/YÜCEL**, **s. 3**98; **GUHL**, s. 135; **VITO**, s.69.

1163 Amerikan, Fransız, Alman Hukuklarında zihinsel engeli olan bireylerin sorumluluğuyla ilgili hukuki sorumluluk düzenlemeleri hakkında detaylı bilgi için Bkz. **BRÜGGEMEIER**, s. 36.

sebeple de masum olan kimseye tazmin yükümlülüğü yüklenmemiş olur. İhmali objektif olarak değerlendiren görüş dahi ayırt etme gücünün yokluğu konusunda objektifliği terk ederek kusurun yokluğuna hükmetmiştir[1164]. Kusur ilkesi ayırt etme gücünden yoksun kimseleri haksız fiil ehliyetleri olmadığı için sorumluluktan tam olarak korumaktayken, sebebiyet ilkesi haksız fiil ehliyeti olarak ayırt etme gücünü aramamakta ve zihni engeli olan kimseleri bunun derecesine bakmaksızın sorumlu tutmaktadır.

Zihnî engeli ayırt etme gücünü sakatlayan fakat tamamen yok etmeyen kimse bakımından da şayet zarar zihnî engel sebebiyle çıktı ise yine kusurdan bahsedilemez. Ancak zihnî engel zararın oluşmasını kısmen etkilediyse onun bu durumu kusurunu, dolayısıyla da sorumluluğunu azaltıcı bir nedendir. İhmalin subjektif olarak değerlendirildiği teoriye göre ise kısmî zihni engellilerin bu gibi arızalardan sorumluluğu dahi söz konusu olmayabilir. Zira subjektif teori ayırt etme gücünün zayıflığı gibi failin kişisel özelliklerini dikkate almaktadır[1165]. Nitekim ihmalin subjektifleştirilmesi, daima kusur ilkesini güçlendirici sonuç verir[1166]. Neticede kısmî zihnî engeller doğrudan doğruya kusur ehliyetine etki ettiği için kusurun varlığını da doğrudan etkilemekte ve bu kimselerin sorumluluğundan bahsetmek oldukça güçleşmektedir. Ancak ortaya çıkan zarar büyük oranda zihnî engelden ortaya çıkmadıysa ve objektif bir kusur değerlendirmesi yapılırsa bu gibi kimseler hakkında kusurdan bahsetmek mümkün olabilir.

Fiziki engeli bulunan kimseler açısından da kusurdan bahsetmek güçleşmektedir. Ortaya çıkan zarar failin bedeni engelinden gerçekleşmiş olabilir. Bu ise failin kusurunu gidermeye veya kusurunun azalmasına sebep olur. Zira failin bedeni kuvvet, zekâ, beceri ve tecrübe gibi şahsiyet özelliklerinin eksikliğinden kaynaklanan bir davranış ahlâken ve hukuken kınanamaz[1167]. Fiziki engelden kaynaklanan zararlar bakımından kusurun olmaması veya azalması, ihmali objektif kusur teorisine göre açıklayan teoriye göre dahi uygun gözükmektedir. Zira bu teoriye göre failin şahsi özellikleri açısından objektiflik söz konusu olsa da bu ölçüt mutlak

---

1164 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.60; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.55; **NART**, Hakkaniyet, s. 138; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.55.

1165 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59; **WIDMER**, s.72 vd.

1166 **KORKMAZ**, s.84 vd; **İMRE**, s.60.

1167 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52; **VON TUHR/PETER**, s.430; **WEBER**, Unerlaubte Handlung , s. 263 vd.

değildir ve belirli sınırlamalarla yumuşatılmıştır. Kusurun varlığı açısından düşünülecek ortalama tip, failin tüm özelliklerinden soyutlaştırılmış bir tip olmamalıdır. Yaş, kuvvet, meslek grubu, engel durumu gibi özellikler bakımından failin durumunda olmalıdır. Bu teorinin savunucularından olan *Von Tuhr*'a göre kusur failin anormal bedenî bünyesine istinat etmemelidir[1168].

Hukuk düzeni zayıf olanları korumalıdır. Zihinsel ve bedensel engeli olan bireylerin zayıf durumda oldukları açıktır. Zaten engelli olmak gibi bir zorlukla mücadele etmektelerken, sırf bu engellerinin bünyelerinde oluşturduğu aksaklıklar sebebiyle ortalama bir tipin ortaya çıkarmayacağı zararlar kusur olarak değerlendirilmemelidir. Böyle bir yaklaşım engelli bireyleri içinde bulundukları güçlükten daha da güç bir duruma sokar. Zira engelli olmaları kendilerine ait bir kusur değildir ki bundan kaynaklanan zararlar kusur olsun. Sahip oldukları aksaklık sebebiyle engelli kimselere hukuk sistemi destek olmalı ve onlara yardım etmelidir. Bu sebeple hafif ihmalin tespitinde objektif teori bile uygulansa ortalama tip olarak somut olaydaki engelli kimsenin engellerine sahip ortalama bir kimse esas alınmalıdır[1169]. Mesela gözlerinin görmemesi sebebiyle karşısında bulunan masaya çarpan ve masa üzerindeki telefonu düşürerek kıran kimsenin kusurlu olmasından bahsetmek son derece güçtür ve doğru olmaz. Bu sebeple objektif teoriye göre değerlendirme yaparken kusurun tespitinde somut olaydaki kimse yerine ortalama dikkate sahip gözleri görmeyen bir kimse konulmalı ve onun davranış tarzı esas alınmalıdır. Objektif teori kusurun ahlâki temelinden kısmen yoksun olsa bile engellileri korumaktadır. Böylece objektif teori engelliler hususunda kusur ilkesinin ahlâki temelini büyük oranda muhafaza eder. Kusur ilkesinin ahlâki temeli gereği ise engeli olmadığı halde kınanamayacak davranışta bulunanların kusurlu olmadığına hükmedilmektedir. Şu halde engelli kimselerin aksaklıklarından doğan zararlar için bu evleviyetle söz konusu olmalıdır. Zira engelli olmak kınanabilen bir durum değildir ki onun sonucu olarak ortaya çıkan zarardan fail kınanabilir olsun.

F) Kusurlu Kimse ile Kusursuz Kimseyi Eşit Tutmaması

Kusur ilkesinin müspet ve menfi sonuçları gereği kusurlu kimse gerçekleştirdiği zarardan sorumlu iken kusursuz kimse ortaya çıkardığı zarardan

---

1168 **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.
1169 **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.

sorumlu değildir[1170]. Tazmin sorumluluğunun doğması veya hiç doğmaması sorumluluk hukuku bakımından gerçekten büyük bir ayrımdır. Hatta tazminden tamamen sorumlu olmaktan ve hiç sorumlu olmamaktan büyük bir ayrım söz konusu da değildir. Aslında zarara sebep olan her kişi birbirinden farklı hareket etmiştir[1171]. Kusur ilkesi zarara belirli bir oranda kusuru ile sebep olan bakımından sorumluluğu onun kusuru oranında kabul etmesiyle[1172] veya zarar görenin kusurunu da sorumluluğun belirlenmesinde gözetmesiyle[1173] bu hususta dengeli ve ölçülü bir ayrım ortaya koymaktadır. Böylelikle sorumluluk bakımından failin tam olarak kusuru ölçüsünde bir ayrım yapılmakta, kusursuz kimse ile kusurlu kimsenin aynı hükme tabi olması ihtimali ortadan kaldırılmaktadır. Kusur ilkesiyle davranışlar arasındaki farkların kusur kavramı ile yakalanması amaçlanmıştır[1174].

Kast gibi en ağır[1175] kınanabilirliği haiz bir fiille zarar verenle, kınanması hiç mümkün olmadan bir zarar meydana getiren kimsenin aynı sorumluluk hükümlerine tabi olması nasıl kabul edilebilir? Şayet kusur ilkesi kabul edilmez ise zarara tesadüfen sebep olanla zararı kasten işleyen arasında sorumluluk açısından bir fark ortaya çıkmaz. Ağır kusurlu kimse ile hafif kusurlu veya tamamen kusursuz kimse bir kabul edilir ve aynı tazmin yükümlülüğüne tutulur. İşte kusur ilkesi kast, ihmal ve türleri veya kusursuzluk gibi esasında hukuk açısından son derece önemli kavramları sorumluluk hukukuna dahil ederek hatta onları temel alarak bunlar arasındaki ayrımın önemini muhafaza eder. Kusurlu kimse ile kusursuz kimseyi birbirinden ayırır. Ahlâk da, vicdan da, felsefe de hukuk ilmi de bu ayrımın gerekliliğini doğrular. Gerçekten kusurlu kimse ile kusursuz kimsenin sorumluluk bakımından ayrı muamele görmesi gerektiğini herkes kabul eder. Böylece kusur ilkesi bu temel gerekliliği sorumluluğu belirlemekte ana ölçüt alarak bu ahlâki ve vicdani gerekliliğin yerine getirilmesi ihtiyacını karşılamayı amaçlamaktadır. Hakikatten kusurlu kimse ile kusursuz kimsenin sorumluluk bakımından farklı muamele görmesi gerektiği herkesçe kabul edilir. Bu noktalardan bakıldığında kusur ilkesinin oldukça adaletli ve insan vicdanına

---

1170 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.89; **İMRE**, s. 19; **FELLMAN**, Band I, s.7.

1171 **DEUTSCH,** Grundmechanismen der Haftung, s.721.

1172 **İMRE**, s. 19-21; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 131; **TİFTİK**, s.88; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 154; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.423; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418; **ORHUNÖZ**, s.73; **SANLI**, s.99; **EREN**, Borçlar Genel s.654.

1173 **İMRE**, s. 21.

1174 **WINIGER**, s. 124.

1175 **KELLER**, s. 118; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s.56; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 216.

uygun bir hüküm tesis ettiği görülür. Gerçekten kusursuz sorumlulukta ağır kusurlu kimse ile tamamen kusursuz kimsenin eşit tutulması, böylece kusursuz kimseye sırf zarara sebep olduğu için ağır kusuruyla sebep olan kimseyle aynı muamelenin yapılması kabul edilmesi güç bir görüntü arz etmektedir[1176].

II. KUSUR İLKESİNİN TEMELLERİNİN VE HUKUKİ GEREKÇELERİNİN ELEŞTİRİSİ VE KUSUR İLKESİ ALEYHİNE İLERİ SÜRÜLEN HUKUKÎ GEREKÇELER

Kusur ilkesinin felsefi temelleri ve hukuki gerekçeleri belirli yönleriyle eleştirilebilir. Söz konusu hukuki dayanakların pek çoğunun esasında kusur ilkesini destekleyecek nitelikte ve ağırlıkta olmadığı görülmektedir. Ayrıca sebebiyet doğrudan kusur ilkesi aleyhine ileri sürülebilecek kusurun farazi bir kavram olması, tespit ve ispatının güç olması, günümüz hayat şartlarına uygunsuzluğu gibi hususlar da kusur ilkesi aleyhine önemli gerekçelerdir.

A) Kusur İlkesinin Temellerinin ve Hukuki Gerekçelerinin Eleştirisi

Kusur ilkesinin zarar verenin masumiyetini koruma iddiasıyla zarar görenin masumiyetinin ihlâl edilmesine yol açması, tazmin sorumluluğuyla ceza sorumluluğunun birbirine karıştırılmasına sebep olması söz konusudur. Ayrıca kusur ilkesinin bir hukuki ve vicdanî gerekçesi olarak ileri sürülen kusur ilkesinin kusurlu kimse ile kusursuz kimseyi eşit tutmamasının arkasında tamamen masum olan zarar gören ile kusurlu faili bir tutması da gizli olarak bulunmaktadır. Zira kusur ilkesi bir yandan kusurlu faile tazmin yükümlülüğü yüklerken diğer yandan kusursuz failden zarar gören mağduru da zararla baş başa bırakmaktadır. Bu ise tamamen masum mağdurla, en ağır kusurlu kimseyi aynı yaptırıma tabi tutmak demektir. Ayrıca kusur ilkesinin kişileri cesaretlendirmesi ve fertleri dikkatli olmaya sevk ettiği fikri dikkatlice tahlil edildiğinde sebebiyet ilkesi ile de bu faydanın pek rahatlıkla belki daha kuvvetli şekilde temin edildiği görülmektedir.

[1176] Kusursuz sorumlulukta, kusurlu kimsenin kusuru ek kusur olarak değerlendirilir. Bu yönden kusurlu kimseyle kusursuz kimse arasında fark vardır. **EREN**, Borçlar Genel, s.868-869; Ancak kusursuz sorumlulukta her ikisi de tam tazminden sorumlu olmak bakımından aynı yükümlülüğe tabi olur.

1) Zarar Verenin Masumiyetini Zarar Göreninkine Tercih Etmesi

Kusur ilkesi zarar veren masum olduğu sürece, ortaya çıkan zararın hukukun müdahalesiyle faile taşınmasını caiz görmemiştir. Zira burada zarar veren masumdur[1177], ona sorumluluğun yüklenmesi için hukuki bir gerekçe de bulunmamaktadır. Kusur ilkesini savunan yazarlarca masum olana sorumluluğu yüklemek, ceza hukukunda masumun cezalandırılmasına benzetilmiştir[1178]. Masumiyet aslında ceza hukuku ile ilgili bir kavramdır. Fakat kusur ilkesi savunulurken failin masumiyetinden bahsedildiği için buna karşılık olarak mağdurun daha masum olduğundan da bahsedilmesi gerekir.

Kusur ilkesinin menfi sonucunun yetersizliğinin ve adaletsizliğinin temelinde zarar görenin, zarar verenden daha masum olduğu halde tazmin ve tamirin ona terk edilmiş olması bulunmaktadır. Kimsenin kusuru olmaksızın bir zarar meydana geldiği takdirde bunu fail mi yoksa mağdur mu yüklenmelidir? Hiçbir kusuru olmadığı halde ortaya çıkan zarar niçin buna sebep olan faile değil de mağdura yüklenmektedir?[1179] Halbuki fail pasif durmuş olsaydı mağdur hiçbir zarara uğramayacaktı. Fail aktif hale geçerek pasif konumdaki mağdura zarar verdiği takdirde ortaya çıkan zararın yükletilmesinde fail yerine mağdurun seçilmesi nasıl açıklanabilir? Kusur ilkesinin ortaya koyduğu hukuki gerekçelerle tamamen mağdur korunmak istenmiyorsa dahi zararın en azından bir kısmının faile de yükletilmesi gerekmez mi? Gerçekten bu sorulara mağdur aleyhine, hukukun genel prensiplerine uygun makul bir cevap vermek güçtür. Bu noktada failin hareket özgürlüğü gibi mağdurunda başka bağlamlarda hareket özgürlüğünün bulunmasını ileri sürerek ona zararın haksızca terk edilmediğini söyleyen *Deutsch* gibi yazarlara katılmak gerçekten güçtür[1180]. Kusur ilkesinin savunucalarından *Rümelin* dahi tazminin doğrudan tamamen mağdura yüklenip başka çarelerin araştırılmamasını eleştirmektedir[1181]. Bu durum kusur ilkesi aleyhine önemli bir tenkit içerir.

1177 **EREN**, Borçlar Genel, s.557; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4 vd.; **WINIGER**, s. 124; **VITO**, s. 10.

1178 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 2.

1179 **VITO**, s.9-10.; **İMRE**, s. 39.

1180 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

1181 Max, **RUMELIN**, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zum objektiven Schadenersatzpflicht, Leipzig und Freiburg 1896, s. 13. (**İMRE**, s. 19'dan naklen)

Kusur ilkesi taraftarlarına göre kusur failin fiilini şahsileştirir. Bu sebeple kusur olmaksızın yapılan fiiller gayrişahsi nitelik taşır. Dolayısıyla bu fiiller ile ortaya çıkan zararları illiyet bağıyla fiile atfetmek mümkün olsa bile, zarar veren şahsa atfetmek doğru olmaz[1182]. Zarar illiyet bağıyla failin davranışına atfedilir ancak davranış, kusur olmayınca failin şahsına atfedilmez. Böylece zarar da faile atfedilememiş olur. Ortaya çıkan zarara dair sorumluluğun faile taşınabilmesi için ise zararı faile atfedebilmek gerekir. Kusur ilkesi adeta failin kusuru olmaması sebebiyle ona ait olan fiili sanki failden hiç sâdır olmamış gibi sebep sonuç ilişkileri mertebesine taşımaktadır. Kusur ilkesi anlayışına göre doğa olayları ve tabiî bir afet ile ortaya çıkan zararlar nasıl talih tesadüf ve mukadderata atfediliyor ise failin kusursuz fiilini de bu metafizik kavramlara atfetmek gerekir[1183]. Halbuki fiil öylesine fail ile alakadardır ki, fail olmadığı sürece o fiil ortaya çıkamaz ve fiil faile nispet edildiği için, failin fiili diye kendisine işaret edilmektedir. Kadı ki fiilde failin iradesi de vardır ki davranışı faile atfetmeyi sağlayan asıl unsur bu fiil iradesidir. Failin fiili ile ortaya çıkan zararlı sonuç ile bir doğa olayıyla meydana gelen zararlı sonuç sorumluluk açısından nasıl bir tutulabilir? Failden sâdır olan fiili ondan tamamen soyutlayıp talih, tesadüf gibi metafizik veya mukadderat gibi kutsal kavramlara atfetmek de bu kavramları kötüye kullanmaktan ibarettir. Talihsizlik ile adaletsizlik arasında fark vardır[1184].

Kusur ilkesi gerçekten failin fiilini, faile atfedebilmenin ölçüsü olarak kusuru kabul etmekle, failin davranışını bir doğa hadisesi ile eş tutmakta ve faile ait davranışı failden tamamen soyutlamaktadır. Gerçekte ise ortaya fail tarafından çıkarılmış bir zarar söz konusudur. Kusuru yok diyerek failin fiili ona atfedilemeyecekse kime atfedilecektir? Kusur olmasa da zararı ortaya çıkaran faildir. Bu zararı yüklenmeye fail mi yoksa mağdur mu daha layıktır? Kusur ilkesinin menfi sonucuna göre bu soruya mağdur şeklinde cevap vermek gerekmektedir. Ancak zarara maruz kalmaktan başka zararın ortaya çıkmasıyla hiçbir ilgisi olmayan mağdurun üzerine zararı böylece kati olarak terk etmek için hukukta bir prensip bulunmamalıdır[1185]. Hatta masumiyet ölçü alınacaksa zararın bir kısmı dahi ona bırakılmamalıdır. Zarar görenin mağdur

---

1182 **İMRE**, s. 18.

1183 **PLETTER**, s. 21; **FUCHS/PAUKER**, s. 2.

1184 Kusur ilkesindeki zararın talihe atfedilmesi anlayışı zararın giderek daha az talihsizlik olarak anlaşılmasıyla zayıflamıştır. **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s.4; Zarar talihsizlik değilse bir sorumlusu olmalıdır. Bu sorumluluğun reddedilerek zararın, zarar gören üzerine bırakılması ise adaletsizliği akla getirmektedir.

1185 **İMRE**, s.40.

olmaktan başka ne suçu vardır? Meğer ki zarar görmesinde kendisine izafe edilebilecek bir davranış bulunsun. O takdirde failin de hakkaniyet ölçüsünde sorumlu tutulması gerekir[1186]. Nitekim *Saleilles*'de adaletin herkesin fiillerinin neticelerine katlanmasını istediğini söylemektedir[1187]. Böylece kim olursa olsun zarar gören de veren de fiillerinin neticelerine göre hakkaniyete uygun şekilde sorumlu tutulmalıdır.

Gerçekten kusur ilkesine yöneltilen eleştirilerin en kuvvetlisi zarar görenin tamamen masum olduğu halde sadece faille ilgili yapılan bir değerlendirmeyle zararın mağdur üzerine bırakılmasıdır. Bu noktada kusur ilkesinin en zayıf noktası ortaya çıkmaktadır[1188]. Bir şekilde zarar mağdura isabet ettiyse artık bu zararın fail tarafından isabet ettirilmiş olup olmamasının neredeyse hiçbir önemi kalmamakta, öncelikle failin kusuru olup olmadığıyla ilgilenilmektedir. Mağdurun durumuyla ilgili bir değerlendirme yapılmaksızın sorumluluğun oluşup oluşmadığı salt failin kusuruyla ilgili yapılan bir değerlendirme ile tespit edilmektedir. Kanaatimizce bu önemli bir eleştiridir. Bu eleştiriye karşı: "Fail fiili ortaya çıkarmıştır, mağdur bu fiile katılmadığı sürece onla ilgili bir değerlendirme yapmaya da gerek yoktur. Dolayısıyla sorumluluğun belirlenmesinde salt fail ile ilgili bir değerlendirme yapılması tabiidir" şeklinde bir itiraz söz konusu olabilir. Ancak böyle bir itiraz aslında eleştiri konusu hususa cevap vermemektedir. Eleştirilen husus esasında sadece faille ilgili değerlendirme yapılarak sorumlunun tespit edilmesi değildir. Nitekim kusur ilkesinin teknik olarak karşısında bulunan sebebiyet ilkesinde de fail ile ilgili değerlendirme ile sorumluluk belirlenmekte ancak sorumlulukta kural olarak faile yüklenmektedir. Ancak faille ilgili yapılan bir değerlendirmeyle mağdur üzerine tüm zararı bırakmak, mağdurun masumiyetinin görmezden gelinmesi demektir. Madem fiil fail ile bu kadar alakadardır ve değerlendirme bu sebeple failin fiiline ilişkindir, ne için fiil ısrarla kusuru yok diye failin şahsına atfedilmemektedir? Kusurun tespiti için salt fail ve onun fiiliyle ilgili değerlendirme yapılması, o fiilin faille sıkı bir ilişki içinde olduğuna dolayısıyla kusuru olmasa bile fiili faile atfetmenin pekâlâ mümkün olduğuna işaret

---

1186 **İMRE**, s.40.

1187 **SALEILLES**, Raymond, Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du code civil pour l'empire allemand 3 éme éd, Paris 1925, s. 376 (**İMRE**, s.40'dan naklen); *Oftinger/Stark* davranışlarının sonuçlarından insanların sorumlu olması etiktir demektedir. **OGTINGER/STARK**, s.58; Fakat yazar bu hususu sorumluluğun sigortaya intikal ettirilmesi bağlamında ele almaktadır.

1188 **İMRE**, s. 39.

eder. Gerçekten kusuru olmadığı için failin fiilinin şahsileştirilemeyerek, failin şahsına atfedilememesi büyük bir çelişki içermektedir.

Kusuru olmadığı için failin fiili şahsileştirilemeyecek ise ortaya çıkan zararı tabiî bir olayın sonucu gibi değerlendirmek demek olur. Zira failin kusursuz olarak birisini öldürmesiyle bir tabiî afet ile birisinin ölmesi arasında failin sorumluluğu açısından bir fark olmayacaktır. Bu durumda ortaya çıkan zarar bir şekilde ortaya çıkmıştır, bunun failin davranışıyla veya tabiî afet sonucu olmasının failin yükümlülüğü açısından hiçbir farkı yoktur şeklinde bir fikri kabul etmek gerekecektir. Failin davranışıyla birisine zarar vermiş olmasının hiç mi önemi olmayacaktır? Bunun failin masumiyeti saikiyle yapılması da ayrı bir çelişki ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki masum olan faile ceza verilmemesi saikiyle daha masum olan mağdur üzerine düşen zararı tamir etmeye mahkum edilmektedir. Böylece masumiyet saikiyle daha az masum olan fail korunmakta, daha masum olan mağdurun üzerine ortaya çıkan zarar terk edilmektedir. Bu adaletli bir yaklaşım tarzı değildir. Zira sadece failin cephesinden yapılacak bir masumiyet araştırmasına binanen sorumluluk tayin edilmekte mağdur bu konuda tamamen ihmal edilmektedir. Gerçekten kusur ilkesinde sorumluluğun belirlenmesinde masumiyete önem verilseydi öncelikle en çok masum taraf olan mağdurun korunması gerekirdi.

Zarar verenin kusur yönünden masum olduğu doğrudur. Zarar gören de kusur yönünden masum bulunmaktadır. Kusur unsuru yönünden taraflar arasında tam bir denklik var iken zararın düştüğü yerde bırakılması makul karşılanabilir. Ancak haksız fiilin önemli unsurlarından birisi de davranış unsurudur. Davranışıyla zarara yol açan fail kusuru olmadığı için masum kabul edilmekteyken, zarar görenin tamamen masum olması ihmal edilmektedir. Zira zararın ortaya çıkmasında zarar görenin kusuru olmadığı gibi davranışı da yoktur. Fail bakımından haksız fiilin davranış, zarar, bunlar arasındaki illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurları gerçekleşmiştir. Fakat zarar gören hem kusursuzdur hem de haksız fiilin bu dört unsurundan hiçbirisine dahil olmamıştır. Haksız fiilin ortaya çıkmasında fail özellikle davranış unsurunu ve sonra diğer sayılan üç unsuru gerçekleştirmekteyken zarar gören bunların hiçbirisini gerçekleştirmemiştir[1189]. Zararı davranışıyla ortaya çıkaran fakat kusuru olmayan fail

[1189] Aslında hukuka aykırılık unsuru davranış unsurunun bir sıfatı, zarar unsuru ise davranışın illiyet bağı unsurunun varlığıyla bir sonucudur. Bu sebeple davranış unsuru faili, mağdurdan asıl ayıran hukuki gerekçeyi oluşturur. Zira hukuka uygunluk varsa veya illiyet bağı yoksa ya da zarar ortaya çıkmamışsa zaten sorumluluk oluşmayacaktır.

masum iken; zarar gören hem kusuru olmamasıyla hem de zararın ortaya çıkmasında hiçbir dahli olmamasıyla failden çok daha masumdur[1190]. Dolayısıyla failin kusur yönünden masumiyetinden bahsedilse bile fiil yönünden masum sayılamayacağı unutulmamalıdır. Bu durum ise zararın düştüğü yerde bırakılmaması için gerçekten çok önemli bir gerekçe teşkil eder. Sebebiyet ilkesine göre zarar düştüğü yerde bırakılmaz, zararı davranışıyla bir yere düşüren kimseye bunun sorumluluğunu taşınır.

Zarar görenin masumiyetine karşılık, zarar verenin kusursuz olduğu halde veya hafif bir ihmali varken büyük bir zarara sebep olmuş olması halinde, mağdurun çıkarının daha öncelikli olması gerektiği doktrinde tartışılmıştır. Zira zarar veren kusursuz olduğu için zaten masumdur ayrıca ortaya çıkan zarar da büyük olunca bu kusursuz faile tüm tazmini yüklemek doğru olabilir mi?[1191] Ancak bu büyük zarara daha masum olan mağdurun katlanmasını istemek doğru olamaz. Zira zararın büyümüş olması taraflar arasındaki masumiyete dayanan sorumluluğu yüklenme gerekçelerini değiştirmez. Aksine bu problem aslında kusurun farazi bir kavram olup zarar ile doğrudan ilişkisinin olmamasından kaynaklanmaktadır. Zararın ortaya çıkması ile doğrudan alakası olmayan bir kavramın, onun tazmini için odak noktası haline getirilmesi bu gibi çelişkili gözüken problemleri gündeme getirmektedir. Kaldı ki tamamen masum zarar görene, sırf zarar büyük diye zararı terk ederek, olayda kusuru olmayan fakat buna sebep olanı bu sorumluluktan kurtarmak adaletle açıklanamaz. Hafif ihmalin olduğu durumlarda da ortaya çıkmış bu büyük zararı failin sadece ihmali kadar yüklenmesi, kalanının mağdura terk edilmesi de aynı adaletsizliği içermektedir.

Failin gerçekleştirdiği fiili hukuken ona atfetmeyi kusur şartına bağlamak yukarıda bahsedilen sakıncaların dışında içerisinde hukuk tekniği açısından eksiklikler de bulunduran bir fikirdir. Kusur ilkesi, ortaya çıkan zararda kusurun olmamasını failin fiilinin, faile atfedilmesine engel olarak görür. Bu fikre göre failin kusuru olmaksızın işlediği fiiller gayrişahsi olarak kabul edilirler[1192]. Failin kusuru olmadığı için fiili şahsileşmemiştir. Bu sebeple zarara sebep olan failin davranışı, failin şahsiyetine atfedilmez. Dolayısıyla zarar da faile atfedilemez. Böylece somut olayda davranış unsuru var iken adeta yok hükmüne getirilmiştir. Gerçekten bu fikir, hukuki mütalaa da bulunacak kişinin düşünce dünyasını haksız fiilin unsuru olan failin davranışının

1190 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 3; **İMRE**, s.40; **VITO**, s. 10.
1191 **VITO**, s. 10.
1192 **İMRE**, s. 18.

somut olay bakımından gerçekleşmediği düşüncesine yaklaştırmaktadır. Halbuki somut olayda davranış vardır. Ancak davranış faile atfedilemez zira kusur yoktur diye hüküm vermek failin davranışını failden bağımsız olayların ortaya çıkardığı sebep-sonuç ilişkileri kapsamında düşünmeyi gerektirir. Bu düşüncenin teknik analizi yapıldığı zaman kendi içerisinde bir çelişki barındırdığı görülmektedir. Şöyle ki: Kusur ilkesi failin davranışının oluştuğu hallerde dahi failin fiilini ona nispet etmenin şartını kusur olarak addetmektedir. Aslında kusur ilkesi haksız fiilin bir unsuru anlamında failin davranışını kabul etmekte ancak kusuru olmaması sebebiyle fail ile zarara sebep olan davranış arasındaki bağı somut bir teknik sebebe dayanmadan kopartmaktadır. Bir yandan failin davranışının var olduğunu kabul ederken öte yandan failin bu fiilinin ve fiil sebebiyle ortaya çıkan zararın faile isnadını doğru görmemek oldukça çelişkili bir yaklaşımdır.

Faile davranışın atfedilmemesi gerektiği düşüncesi kusur değil davranış iradesi mefhumu ile irtibatlandırılırsa ancak o takdirde makul bir zemine oturur. Failin iradesinin olmadığı davranışlar faile davranış olarak nispet edilmez[1193]. İrade faile nispeti sağlar zira irade haricindeki failden sadır olan davranışlar tesadüfi nitelik kazanmaya başlamakta ve failin şahsiyetinden uzaklaşmaktadır. Gerçekten irade kişiye en yakın bir mefhumdur, irade haricinde veya iradeden uzak olan kişiden de hariç ve uzaktır. Bu düşünceyle irade haricindeki davranışın faile nispeti önemli ölçüde zorlaşmış olur. Bu sebeple irade olmaksızın yapılan bedeni hareketler neticesinde ortaya çıkan zararlardan fail sorumlu tutulmamalıdır. Zaten irade olmaksızın yapılan bedeni hareketler haksız fiilin davranış unsurunu oluşturmazlar. Zira davranışa yönelik irade, davranış unsurunun manevi unsuru olup eksikliği halinde davranış unsurundan bahsedilemez[1194]. Refleks ile veya uykuda yapılan hareketlerin davranış unsurunu oluşturmaması gibi[1195]. Dolayısıyla davranış iradesi yoksa davranış unsuru da oluşmaz. Failin bedeni fiili, hukuki anlamda faile nispet edilmez. Hatta sebebiyet ilkesine göre bile davranış iradesinin olmaması, fiilin faile atfedilmesini güçleştirdiği için davranış iradesi olmaksızın verilen zararlar bakımından failin sorumluluğu hafifletilmiştir. İslâm hukukunda uyurken birisinin üzerine düşüp hata benzeri ile

---

1193 **LARENZ/CANARIS**, s. 361; **FIKENTSCHER**, s. 717; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722; **FÖRSTER**, s. 330-331.

1194 **LARENZ/CANARIS**, s. 361; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

1195 **LARENZ/CANARIS**, s. 361; **FIKENTSCHER**, s. 717; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722; **FÖRSTER**, s. 330-331.

adam öldürme buna örnektir[1196]. Kusur ilkesinde ise davranışın manevi unsuruna ilişkin genel kabul gören teorilere göre davranış iradesi yoksa davranış unsuru zaten gerçekleşmemektedir[1197].

Kusur ilkesi failin davranışını kabul etmekteyken bu davranışın failin şahsına atfedilmesini davranış iradesine değil, kınanabilir iradeye veya hukuk düzeninin tasvip etmediği davranışa, kusurun varlığına bağlamaktadır. Kınanabilir iradeyle veya davranışın hukuk düzenince kınanabilir olmasıyla bu davranışın failin şahsına atfedilebilir olmasının nasıl bir ilgisi vardır? Yukarıda bahsedildiği üzere davranış iradesinin varlığının araştırılması ve bu iradeye bağlı olarak davranışın failin şahsına atfedilmesinin bir mahzuru yoktur. Zaten bu iradenin olmaması haksız fiilin davranış unsurunun oluşmasını engelleyerek bedeni hareketten doğan zararın failin şahsına atfedilmesini engeller. Sebebiyet ilkesi açısından dahi bu duruma sonuç bağlanmıştır. Ancak kusura ilişkin irade, davranış iradesinden farklı hukuki mahiyette ve çeşitte bir iradedir[1198]. Ayrıca kusura ilişkin bu iradenin veya bu iradeye bağlı olarak yapılan davranışın kınanabilir olması ise bambaşka bir kavramdır. Kanaatimizce failin bilerek ve isteyerek yaptığı bir davranışın varlığı kabul edildiği ve faile ait bir davranış olarak betimlendiği halde kusura ait kınanabilir irade veya hukuk düzenince tasvip edilmeyen davranış gerçekleşmediği için söz konusu davranış failin şahsiyetine atfedilemez sebep-sonuç ilişkilerine ya da hayatın doğal akışına, tesadüflere veya mukadderata atfedilir şeklinde bir yorum gerçek anlamda yeterli bir gerekçeden yoksundur.

Kusur ilkesi zararı mağdura yüklemez, zararın tazmini meselesine müdahil olmaz sadece zararı düştüğü yerde bırakır şeklindeki bir savunma kanaatimizce doğru değildir. Zira sorumluluk ilkeleri tazmin sorununu ele almak ve çözüme kavuşturmak için vardır. Ortada hukuki bir olay vardır. Bir sorumluluk ilkesinin hüküm tesis etmesi

---

1196 **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 204-205.

1197 **LARENZ/CANARIS**, s. 361; **FIKENTSCHER**, s. 717; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722; **FÖRSTER**, s. 330-331; Bu noktada sebebiyet ilkesiyle kusur ilkesinin önemli bir farkı daha ortaya çıkmaktadır. Kusur ilkesi davranışa ilişkin manevi unsur arayarak davranışın oluşmasını zorlaştırmıştır. Zira davranış iradesi olmadığı sürece bedeni hareketler davranış olarak kabul edilmezler. Davranışı olmayan fail ise sorumlu tutulmaz. Sebebiyet ilkesi ise bu noktada keskin hareket etmektedir. Failin davranış iradesinin ve beden hareketinin olduğu haller açısından fail sorumlu tutulduğu gibi failin bedeni hareketinin olduğu fakat davranış iradesinin olmadığı haller açısından da sorumluluk kabul edilmiştir. Hatta failin davranışının hiç olmadığı hallerde dahi sebebiyet ilkesi zararın faile nispetini mümkün kılmakta ancak bunun için kusursuz sorumluluk esaslarına dayanan ilgili kusursuz sorumluluk halinin bünyesini oluşturan özel şartları aramaktadır.

1198 Davranış iradesi ile kusura ilişkin iradeyi birbirine karıştıran teorik görüş hakkında Bkz. **FIKENTSCHER** vd, s. 717; **EREN**, Borçlar Genel, s.585.

gereken bir yerde pasif kalması hüküm aslında hüküm tesis etmesidir. Kusur ilkesinin zararı düştüğü yerde bırakmayı tercih etmesi zararı mağdura yüklemekten başka bir şey değildir. Bu sebeple hukuk sisteminin zararın tazminine müdahil olmamayı tercih ettiğini söylemek ya sorumluluk ilkesinin görevini yapmamayı tercih ettiğini söylemektir ya da zarar görenin masumiyetinin görmezden gelindiğini maskelemektir.

Hiç kusuru olmayan tamamen pasif olan kimseye aktif davranışla verilen zararı kim karşılamalıdır? Roma Hukukunun uzun asırlar boyu devam eden ilkelerinden etkilenilmeseydi bu soruya vicdani ve ahlâki kuvvetlerimiz, zarar veren kimsenin tamamen masum olan kimseye verdiği zararı tazmin etmesi gerektiğini söylerdi[1199]. Gerçekten adalet hissi, bir kimsenin giriştiği faaliyetten dolayı ortaya çıkan zararlardan, önceden tahmin edilemese ve öngörülemese dahi o işin failinin sorumluluğuna hükmeder. Zira fiil, mağdura değil faile aittir. Bu hakikat karşısında kusur ilkesine istisna olarak düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri son zamanlarda genişlemektedir. Kusursuz da olsa sorumluluğun oluşması gerektiği fikri son yüzyılda artık kanunlarda düzenlenmektedir ve gittikçe genişleme meylindedir[1200]. Ayrıca sorumluluk hukukundaki son gelişmelerde zararları artık iş sahibi ve sigortacı gibi üçüncü şahıslar yüklenmeye başlamıştır. Artık sorumluluğun merkezindeki anlayış değişmeye başlamıştır[1201].

2) Tazmin sorumluluğuyla Cezanın Birbirine Karıştırılması

Failin kusur açısından masumiyetine binaen ona sorumluluğu yüklemenin ceza hukukunda suçsuza ceza verilmesine benzetilmesi doktrinde eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre cezaî karakteri taşıyan bir ilke borçlar hukukuna dahil edilmemelidir[1202]. Nitekim Alman doktrininde tazminat hukukunun kaynağını kusur olarak gören fikir, tazminat ve cezanın aynı olduğu düşüncesine doğru ilerlemek zorunda kalır düşüncesi ortaya atılmıştır[1203]. Haksız olarak ortaya çıkarılmış bir zarar söz konusudur. Mesele buna ceza verilmesi veya verilmemesi değil başkasının mal varlığına haksız bir şekilde verilen zararın giderilmesidir. Bu ise cezalandırma değil,

---

1199 **İMRE**, 40.

1200 Kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğunun bir tamamlayıcısıdır ve kusursuz sorumluluk istisnaî nitelik taşır düşüncesi sorumluluğun tarihi gelişimi açısından geçerlidir. Halbuki sadece illiyet bağına dayanan kusursuz sorumluluk düşüncesi sorumluluk anlayışının en temel ve yalın halini oluşturmaktadır. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 412.

1201 **İMRE**, s.41.

1202 **İMRE**, s. 22.

1203 Görüş sahibi yazar için Bkz. **İMRE**, s. 39.

hasar ve tazmin meselesidir. Yapılmış olan fiilin bedelidir[1204]. Kaldı ki Borçlar Hukukunda gittikçe daha çok kabul gören objektif kusur kavramı ile ceza hukukundaki subjektif kusur kavramları da birbirinin tamamen aynısı değildir[1205]. Nitekim TBK m. 74/1'e 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."*

Ceza ve borçlar hukukları mahiyet ve amaçları bakımından farklıdırlar. Ceza Hukukunun, böylece cezalandırmanın amacı ıslah, caydırıcılık, kefarettir[1206]. Sorumluluk hukukunun ceza hukukuyla ortak bir amacı bulunmamakta zararın hiç ortaya çıkmamasını[1207], tazminini ve tamirini amaçlamaktadır[1208]. Mahiyetleri ve amaçları farklıyken cezalandırmaya dair en temel bir prensibi özel hukuktaki sorumluluk hukukuna olduğu gibi taşımak doğru değildir[1209]. Dikkat edilmelidir ki ceza hukukunun yaptırımları çok ağırdır ve kusurdaki kınanabilirlik öğesi cezalandırmayı meşrulaştırır[1210]. Ceza Hukukunun faili bu ağır yaptırımlara maruz bırakabilmesi için failin kusurlu olmasını araması doğaldır. Failin yaptığı iş ahlâken, vicdanen, hukuken kınanmaya layık olmalıdır ki bu kimsenin cezalandırılması söz konusu olsun. Ancak sorumluluk hukukunda cezalandırma söz konusu değildir. Tazmin sorumluluğu için cezai sorumluluk araştırılmaz. Dolayısıyla failin yaptığını tamir etmesini istemek için Ceza Hukukundaki kınanmasının aranmasını ölçü almak hayatın olağan gidişatına da uygun sonuç vermez. Verilen zararın tazmin ve tamiri gibi sıradan ve olması gereken bir olguyu gereksiz yere büyük oranda güçleştirir. Halbuki kişinin yapıp sebep olduğu durumu tamir etmesi gerektiği herkesçe kabul edilir[1211]. Ayrıca sorumluluk hukukunun temel amacı zararı tazmin ve tamir[1212] ve zararın hiç

1204 **İMRE**, s. 22.

1205 **BAŞ**, s. 225; **İMRE**, s. 22.

1206 **AKTAŞ**, s. 2, s. 15-16; **AKBULUT**, s. 33 vd.

1207 **KOZIOL,** Objektivierung, s.600; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s 14; **VITO,** s.9; **HONSELL/ISENRING/ KESSLER**, s. 18.

1208 **LARENZ/CANARIS**, s. 354; **VITO**, s.9.

1209 Ceza Hukukunda subjektif, sorumluluk hukukunda objektif kusurun esas alınmasından veya ceza ve sorumluluk hukuklarında kusur ehliyetlerinin farklılığından, sorumluluğun doğması bakımından kast ve ihmale verilen farklı önem derecelerinden hareketle bir başka hukuk alanından elde edilen çıkarımların kesin bir şekilde sorumluluk hukuku alanına aktarılamayacağı görüşü için Bkz. **GÖNÜL KOŞAR,** s. 206-207.

1210 **VITO**, s.9; Kınanabilirlik sorumluluk hukukunda da, tazminatın kusura dayanmasını meşrulaştıran bir kavramdır. **LARENZ/CANARIS**, s. 351.

1211 **İMRE**, s.40.

1212 **LARENZ/CANARIS,** s. 354; **PRÜTTİNG/WEGEN/WEINREICH**, s. 1770.

ortaya çıkmamasıdır[1213]. Böylece sorumluluk hukukunun zarar kavramıyla asla koparılamaz bağları vardır. Ceza hukukunda zarar gerçekleşmeyip teşebbüs aşamasında kalsa bile cezanın verilebilir[1214]. Bu durum iki farklı hukuk alanının yöntem ve amaç farklarını açıkça göstermektedir.

Ceza Hukukunun zararın gerçekleşmesinden bağımsız olması aslında kusur kavramıyla olan bağlantısına işaret etmektedir. Ceza Hukuku kendi amaçlarına uygun şekilde zararlı sonuçtan ziyade kusura yönlenmiştir ki, bu kusur ilkesinin karakteristiğidir. Sorumluluk hukuku ise zararı hiç ortaya çıkarmamayı ve zararın tazmin ve tamirini hedeflediği için zarar (sonuç) odaklıdır. Sonuç odaklı anlayış ise sebep sorumluluğunun karakteristiğidir. Bu açıdan bakıldığında ceza hukukunun kusur ilkesiyle, sorumluluk hukukunun sebebiyet ilkesiyle uyum gösterdiği görülür.

Benzer bir durum ceza hukukunun ve sorumluluk hukukunun bazı amaçlarında da görülür. Zararın hiç ortaya çıkmaması, ceza hukukundaki caydırıcılıktan farklıdır. Caydırıcılık doğrudan failin kusurlu davranmasını engellemeye yönelik iken zararın hiç ortaya çıkmaması failin kusuruna değil, zararın hiç meydana gelmemesine yönlenmiştir. Ceza Hukukunun amacı olan caydırıcılık kusura yönelmişken sorumluluk hukukunun caydırıcılık gibi temel bir amacı yoktur. Bu sebeple caydırıcılıkla kusur arasındaki ilişki, sorumluluk hukuku bakımından gerçekleşmemiştir.

Kusur ilkesini savunan *Jhering* failin iyi kötüyü ayırt eden böylece iradesini yönlendiren kavrayışıyla, fail cezalandırıldığı zaman o kusurlu fiili yapmaya yönelik isteğinin azalması arasında doğru bir denge kurmanın adaletin gereği olduğunu savunur[1215]. Zira böylelikle kötülük ve suçluluk (cezalandırma) arasında bir denge oluşacaktır. *Jhering*'in kusur ilkesinin adaletin bir gerekliliği olduğu ifadesi olarak ortaya attığı bu fikri dahi, aslında kusur ilkesinin temelinin ceza hukukuna dayandığını açıkça göstermektedir.

Haksız fiiller böylece haksız fiilden doğan sorumluluk ile ceza hukuku kümesi önemli oranda kesişmektedir ve iç içe girmiştir[1216]. Bir durum haksız fiil teşkil

---

1213 **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 18; **KOZIOL**, Objektivierung, s.600; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s,14; **VITO**, s.9; **PRÜTTİNG/WEGEN/WEINREICH**, s. 1770.

1214 **EREN**, Borçlar Genel, s. 589.

1215 **JHERING**, Rudolph, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Leipzig 1906, s. 163, s. 229 (**PLETTER**, s. 21'den naklen).

1216 **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 273-274.

ediyorsa önemli oranda ceza hukuku kapsamına da girebilmektedir. Cezalandırmada meşruiyeti sağlayan kusurun haksız fiillerden doğan sorumluluğa taşınması düşüncesinin bir temeli de bu iç içe geçme durumundan kaynaklanmaktadır. İki alanın birbirinden tamamen ayrılmasıyla ceza hukukundaki kusur ilkesi olduğu gibi sorumluluk hukukuna intikal ettirilmiştir. Halbuki kusur kavramının çok daha kuvvetli şekilde ceza hukukuna dönük bir yüzü vardır. Aynı konunun farklı cepheleriyle ilgili oldukları-ortak alanları çok olduğu için, bir hukuk alanından başka bir hukuk alanına bir ilkenin olduğu gibi intikal ettirilmesi doğru değildir. Bu itibarla bu iki alanı birbirinden tamamen ayırmak kanaatimizce belirli problemleri de beraberinde getirmektedir. Bunlardan birisi de kusur ilkesinin sorumluluk hukukuna olduğu gibi nakledilmesi olmuştur.

Yukarıda ceza hukuku ile sorumluluk hukukunun farklarını adeta yok sayan ve tazminat sorumluluğunu cezai mahiyette kabul ederek ortaya koyan kusur ilkesinin sorumluluğun temeline bakış açısından bahsedildi. Bu failin ancak kusurlu ise sorumlu tutulması kusursuz ise sorumlu olmaması gerektiğini ileri sürer. Zira fail masumdur ve masuma ceza verilemez. Bu noktada söz konusu görüşün[1217] çok zayıf bir noktası ortaya çıkar. Madem ki bu görüş tazmin sorumluluğunun yükletilmesini cezai mahiyette olduğunu kabul etmekte ve bu sebeple ancak tıpkı ceza hukukundaki gibi kusur işlemişse failin sorumlu tutulmasını öngörmektedir. O halde zarara maruz kalan mağdura ne için ve hangi kusurundan dolayı ceza verilmektedir? Ortaya çıkan zararın ödetilmesini gerektiren sorumluluk şayet bir ceza ise, mağdur zararla baş başa bırakılarak adeta tazminden sorumlu tutulmuş olmaktadır. Zira ortaya çıkacak zararı ödemek zorunda kalacak olan mağdurdur. Mademki ortaya çıkan zararın birisine ödetilmesi ceza hukukundaki kusur ile irtibatlandırılmaktadır, mağdurun zarara maruz kalmaktan başka ne kusuru olmuştur ki zararın tazmini onun omuzlarına yüklenmektedir. Bu noktada zarar görenin masumiyetine rağmen ceza hukukunda kusursuz failin verdiği zarar bakımından cezalandırılmaması itirazı ileri sürülebilir. Gerçekten de ceza hukukunda zarar gören mağdur, fail kusursuz ise gerçekten zararıyla baş başa bırakılmaktadır. Ancak failin cezalandırılmaması ve mağdurun uğradığı zararla baş başa kalması ceza hukukunun amaçlarıyla ilgilidir. Faile verilecek ceza zaten mağdurun zararını gidermemektedir. Mağdurun hiçbir zararını gidermeyen

[1217] **EREN**, Borçlar Genel, s.557; **WINIGER**, s. 124; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 2 vd.; **İMRE**, s. 17 vd.; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4 vd.

kusursuz faile yapılacak cezalandırma ne işe yarayacaktır? Ceza hukuku bakımından faydalı bir sonuç veremeyeceği ve ceza hukukunun amaçlarına hizmet etmeyeceği için zaten kusursuz faile ceza verilmemektedir. Zira ceza verilmiş olsa da olmasa da mağdur zararıyla baş başa kalmaktadır. Şayet failin kusuru varsa da ceza verilmesi, mağduru zararından kurtarmak ve onu tamir etmek için değildir. Zaten verilen ceza da bu faydayı sağlamaz. Caydırıcılığı, kefareti veya ıslahı temin eder[1218].

İşte zararın tazminine ilişkin hususlar özel hukuka terk edilmiştir. Sorumluluk hukuku ortaya çıkmış zararla meşgul olduğu için failin uğradığı zararla baş başa kalmasını engelleme işlevine sahiptir. Bu sebeple sorumluluğun belirlenmesinde ceza hukukundaki gibi sadece failin kusuruyla ilgilenip mağdurun kusuruyla ilgilenmemek açık bir adaletsizliğe yol açar. Zira verilen zarardan doğan sorumluluk noktasında yapılacak değerlendirmelerde taraflar arasında eşitlik olmalıdır. Salt failin tarafından bir değerlendirme yapılmasında makul bir gerekçe yoktur.

Haksız zararlara yol açan fiiller mahiyetleri gereği pek çok zaman ceza hukukunun alanına da girerler. Mesela adam öldürme gibi bir haksız fiil aynı zamanda suç da teşkil edebilir. Bu sebeple haksız fiiller ceza hukukuyla da yoğun irtibatı olan bir hukuki kurumdur[1219]. Bu durumun ceza hukukundaki en temel bir kavram olan kusurun sorumluluk hukukuna taşınmasına zemin hazırladığı düşünülebilir. Tazmin ve ceza hukuklarını birbirinden tam olarak ayırmamış bir hukuk sistemi açısından kınanabilirliğin tazmin sorununa taşınması makuldür. Zira böyle bir hukuk sistemi açısından tazminin bazı hallerde kısmen ceza amacı da söz konusu olabilir. İslâm Hukuku buna örnektir. Ancak Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde ceza ve borçlar hukukları birbirinden tam olarak ayrılmış bulunmaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku sahasına ait bir prensibi olduğu gibi sorumluluk sahasına aynen intikal ettirmek, sorumluluk hukukundan beklenen zararın giderimine ilişkin yükümlülüğün adaletle dağıtılması amacına uygun sonuç veremez. TBK m. 74'de sorumluluk hukukundaki kusurun tespiti, ceza hukukundan ayrıldığı halde, ceza hukuku temelli bir ilke olan kusur ilkesinin sorumluluğun temeline oturtulması kanaatimizce isabetli değildir. Bununla beraber ceza ve sorumluluk hukuklarındaki kusur kavramlarının TBK m.74'deki hükümle birbirinden ayrılmasına, bu düzenlemenin en azından ceza ve

1218 **AKTAŞ**, s. 15-16; **AKBULUT**, s. 33 vd.
1219 **İMRE**, s. 39.

sorumluluk hukuklarının birbiriyle karışmasını engellenmiş olması yönüyle katılıyoruz.

3) Kişileri Cesaretlendirmesi ve Fertleri Dikkatli Olmaya Sevk Etmesi

Kusur ilkesi gereği toplum hayatında kişiler ancak kusurlu olarak verdikleri zararlardan sorumlu olacakları şuuruyla hareket ederler. Kusurlu olmadıkça zararlardan sorumlu olmayacaklarını bildikleri için faaliyetlerini serbestçe yapmakta daha cesaretli hareket ederler. Bu bağlamda doktrinde kusur ilkesinin fertlere faydalı işlere teşebbüs etmek için cesaret verdiği ileri sürülmüştür[1220].

Tehlikeli işletmeler ve faaliyetler doğaları gereği bünyelerinde büyük zararlara yol açma potansiyeli taşırlar. Kişilerin zarar verme potansiyelinden korkarak teşebbüs cesaretleri kırılması söz konusu ise bu en çok tehlikeli işletmeler ve faaliyetler için söz konusu olmalıdır. Ancak kişilerin en çok teşebbüs cesaretlerinin kırılacağı alanlarda bu duruma tezat olarak kusur ilkesi terk edilerek yerine ağır bir kusursuz sorumluluk anlayışı olan tehlike sorumluluğu kabul edilmiştir. Elbette tehlike sorumluluğunun kabul edilmesinin çok yüksek tehlike ortaya çıkartılması, kanun koyucunun faaliyete izin vermiş olması, hâkimiyet ve menfaat düşüncesi gibi farklı hukuki gerekçeleri vardır[1221]. Ancak kusur ilkesinin teşebbüs cesareti verdiği iddiasına muhalif olarak en çok teşebbüs cesaretlerinin kırılacağı noktada kusur ilkesinin terk edilmesinin tercih edilmiş olması bu düşüncenin kanaatimizce aslında pratik bir görünümünün olmadığını göstermektedir. Nitekim en ağır kusursuz sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğunun varlığına rağmen imkânı olan fertler tehlikeli işletmeleri işletmekten ve faaliyetlere girişmekten uzak durmamaktadırlar[1222]. Kanaatimizce kusursuz

---

1220 **TANDOĞAN**,Mes'uliyet Hukuku, s.90.

1221 **ÇEKİN**, s. 507-509.

1222 Bazı Yargıtay kararlarında tehlike sorumluluğunun en ağır sorumluluk türü olduğuna vurgu yapılmıştır. Bir karara göre: *"Tehlike sorumluluğu, sorumluluk türlerinin en ağırıdır. Sorumluluk için, kusurlu olmak veya gözetim ödevinin savsaklanması durumu aranmaz. Yapılan işin veya işletilen kuruluşun tehlike yaratması ve bu tehlikenin kişilere zarar vermesi sorumluluk için yeterlidir. Gelişen teknolojinin önü alınamaz biçimde toplum yaşamına soktuğu ağır sanayi kuruluşları, kara, hava, deniz yolu taşımacılığı; elektrik, su, doğalgaz boru hattı işletmeleri; yüksek gerilim hatları, radyo-televizyon vericileri, baz istasyonları, atom santralları gibi kuruluş ve işletmeler her an tehlike yaratabilirler, her an tehlikenin kaynağı olabilirler"* Yargıtay 17. HD, 13.06.2019 T. 2017/2325 E. 2019/1045 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (27.03.2021). Başka bir yargıtay kararında doğrudan bu husus belirtilmiştir: *"Tehlike sorumluluğu, en ağır kusursuz sorumluluk halidir."* Yargıtay 14. HD, 21.03.2016 T. 2014/16484 E. 2016/3420 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021). Başka bir kararda da tehlike sorumluluğunun sonuç sorumluluğundan ayrıldığı ancak en ağır kusursuz sorumluluk hali olduğu belirtilmiştir. Anılan karara göre: *"Tehlike sorumluluğu, en ağır kusursuz sorumluluk halini oluşturmaktadır. Az öncede değinildiği gibi, işveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi, meydana gelen kazadan dolayı sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir*

sorumluluk için sigortaların varlığı ve zararı ödemeleri tek başına kişilerin tehlikeli işletmeleri işletmek hususunda teşebbüs cesaretlerinin bulunmasını izah etmeye yeterli gelmez.

Doktrinde kusur ilkesinin bir menfaati olarak kişilerin ancak kusurlu iken sorumlu tutulacaklarını bilmelerinin, onları kusursuz davranmaya, dikkatli, özenli ve tedbirli olmaya sevk edeceği ileri sürülmektedir[1223]. Böylece kişiler daha dikkatli ve tedbirli olurlar haksız fiilin ortaya çıkmama ihtimali artar. Ancak pratik yaşam açısından bakıldığında durum daha farklı şekilde gerçekleşmektedir. Mesela araç işletenin sorumluluğu ağır bir sebebiyet hali olan tehlike sorumluluğudur[1224]. Ancak fertlerin "kusurlu da olsam kusursuz da olsam ne de olsa sorumlu tutulacağım, dikkat etmeme tedbir almama gerek yok" diye düşünerek araçlarını gelişi güzel kullandığı görülmemektedir. Aksine ağır sorumluluğun olduğu hallerde fertler, kolaylıkla sorumlu tutulacaklarını bildikleri faaliyetleri işlerlerken herhangi bir zarara sebebiyet vermemek için dikkatli olmaktadırlar. Toplumun geneli kusur sorumluluğunda kusursuzsam sorumluyum o halde dikkatli olmalıyım ancak kusursuz sorumlulukta her türlü sorumluyum o halde dikkatsiz de olabilirim diye bir düşünceye girmemekte daha gerçekçi düşünmektedir. Kaldı ki kimse sorumluluk altına girmek istemez dolayısıyla da zaten sorumlu tutulacağım diyerekten kendisini yükümlülük altına sokacak bir davranış tarzına yanaşmaz. Sorumluluğun ağırlaştırılması pratik hayatta toplumun genelini dikkatsizliğe değil bilakis daha da dikkatli olmaya sevk eder. Zira bir zarara sebep olmaları halinde kolaylıkla sorumlu tutulacaklarını bilirler. Sebebiyet ilkesi pratikte fertleri zarara sebep olmaktan kaçınmaya itmektedir. Kaldı ki kusursuz sorumluluk hallerinde kusura da hiç sonuç bağlanmamış da değildir. Fertlerin özensiz ve tedbirsiz davranmaları halinde ek kusurları söz konusu olacaktır. Bütün bu durum kusur ilkesinin, sorumluluk hukukunun esas amacı olan zararın hiç ortaya çıkmaması

---

sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu bir "sonuç sorumluluğu" da değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren bir başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle işyerinin işletilmesi veya bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmuyorsa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez." Yargıtay 21. HD, 18.02.2013 T. 2012/10541 E. 2013/2619 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021).

Tehlike sorumluluğunun kişilerin giriştiği işleri önleme etkisi olduğu eskiden beri bilinmektedir. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 15; Ancak bu teorik düzeyde kalmaktadır. Günümüzde tehlikeli işletmelerin yoğunluğu bu durumu gözler önüne sermektedir.

1223 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.4; **TANDOĞAN**,Mes'uliyet Hukuku, s.93.

1224 Araç işletenin sorumluluğu bazen tehlike bazen olağan sebep bazen de kusur sorumluluğudur. Bkz. **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 171 vd.

için fertleri dikkatli olmaya sevk ettiği fikrinin[1225] ve sebebiyet ilkesinin ise fertleri dikkatsizliğe yönelteceği düşüncesinin aslında doğru olmadığını göstermektedir.

Kusur ilkesi fertlere zarar vermeme değil dikkat ve özen yükümlülüğü yüklemektedir. Elbette ki teorik noktadan bakıldığında zaten fertlerin zararın meydana gelmemesi için dikkat ve özeni yeterli seviyede göstermekten başka yapabileceği bir şeyleri de yoktur. Dolayısıyla fertleri azami seviyede dikkat ve özene yöneltmek zararın da meydana gelmemesi için en iyi bir tedbirdir diye düşünülebilir. Ancak fertlerin sadece kendi kusurlarına yönelip yaptıkları fiiller neticesinde zararın ortaya çıkıp çıkmayacağı ile ilgilenmemeleri zararın daha kolaylıkla ortaya çıkmasına sebep olabilir. Zira fertler giriştikleri faaliyetin tehlikeliliği veya başka fertlere ne kadar büyük zararlar verebileceği ile değil kendilerinin kusurlarıyla meşgul olurlar. Halbuki fertler yaptıkları fiillerde gösterdikleri özen ve tedbir gibi giriştikleri faaliyetleri seçmekte de özenli ve tedbirli olmalıdırlar. Kusur ilkesi ise kural olarak fertlerin giriştikleri hukuka uygun tehlikeli faaliyetleri seçmekteki özen ve tedbirlerine değil, faaliyeti yaparken ortaya bir zarar çıkarsa giriştikleri faaliyeti yürütürken gösterdikleri özen ve tedbirle ilgilenmektedir. Dolayısıyla fertler de başkaları için tehlikeli olabilecek işlere rahatlıkla girişirlerken o faaliyetleri yürütürken özen ve tedbir almakla yetinirler. Bu ise zararın ortaya çıkma ihtimalini artırır. Ayrıca fertler kusur dairesi dışına taşan dikkat ve özeni de göstermezler. Halbuki her iş için aslında kişiyi kusurlu olmaktan kurtaracak dikkat ve özen seviyesinin üzerinde de mevcut bir dikkat ve özen seviyesi vardır. Ancak fail kendisinden beklenebilen özen ve dikkat seviyesine odaklanarak bunun dışındaki bir özen seviyesiyle meşgul olmayacak bu ise zararlı sonucun doğmasını kolaylaştırabilecektir.

Neticede kusur ilkesi fertleri yürüttükleri faaliyet bakımından dikkatli olmaya sevk etse de zararı ortaya çıkartabilecek faaliyetlere girişme konusunda dikkatsizliğe ve gereksiz bir rahatlığa sevk etmektedir[1226]. Ayrıca fertlerin zararı ortaya çıkarmama gayretlerini belirli bir dikkat ve özen seviyesine kadar harekete geçirmektedir. Halbuki sebebiyet ilkesi fertleri ortaya çıkarabilecekleri her türlü zarardan sorumlu tutarak onları faaliyetlerini seçerken dahi tedbirli olmaya yöneltmekte ayrıca fertlerin

---

1225 **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 18; **KOZIOL,** Objektivierung, s.601. **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.4.

1226 Bu durum ise doktrinde hareket özgürlüğü olarak ifade edilmektedir. **FUCHS/PAUKER**, s. 2; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.4; **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

gayretlerini zararlı sonucun gerçekleşmemesine yönelterek kusur haricindeki bütün özen ve dikkat seviyelerinin kişilerce gözetilmesine sebep olmaktadır. Sebebiyet ilkesi aslında kişilerin dikkate aldıkları noktayı zararlı sonucun gerçekleşmemesine yönelterek onları aslında zararlı sonucun gerçekleşmesine etki edebilecek kusur dairesinin dışında kalan işe girişmeye veya yürütmeye veya sonlandırmaya da dahil olan tüm özensizlik ve tedbirsizlikleri gözetmeye sevk etmektedir. Böylece sebebiyet ilkesi kusur ilkesinden daha çok fertleri kusursuz olmaya teşvik etmiş olmaktadır.

Ayrıca sebebiyet ilkesinin zarara odaklanmasını kişileri cesaretsizliğe sevk etmek olarak anlamak doğru değildir. Tam tersine bu durumu kişilerin faaliyetlerini seçerken ve yürütürken kendisini ve fiilini düşündüğü kadar toplumu oluşturan diğer fertleri ve onlara gelebilecek zararları da göz önüne alarak hareket etmesi olarak değerlendirmek gerekir. Bu ise toplumu oluşturan fertlerin kendilerine bir zarar gelmeyeceğini düşünmesiyle onlara toplumsal hayatta bir çeşit eminlik ve cesaret de kazandırır.

Kusur ilkesinde failin kusurlu olduğunu ispat yükü zarar görene aittir[1227]. Kusur zarar gören tarafından ispat edilmediği sürece zarar veren sorumlu tutulamayacaktır. Bu ise kusurum ispat edilmediği sürece sorumlu tutulamayacağım düşüncesine sebep olabilir. Kusur ise soyut ve farazi bir kavram olup ispatı kolay değildir. Ayrıca fertler "ancak kusur gösterirsem sorumlu tutulurum" şeklinde değil "kusurum olmadığı ve olsa bile ispatlanmadığı sürece ne de olsa sorumlu tutulamam" şeklinde düşünebilirler. Böylece kişilerin fazla rahat hareket ederek özen göstermemeleri ve tedbirlerini elden bırakmaları söz konusu olabilecektir. Böylece fertler kusurlu olmadıkça sorumlu tutulmam değil kusurum ispatlanmadıkça sorumlu tutulmam şeklinde düşünebileceklerdir.

[1227] **FUCHS**, s. 163; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.422; **ERİŞGİN,** Medeni, s.98; **KAYA**, s. 214; **BAŞ**, Kusur, s. 233; **TUNÇOMAĞ**, s. 284; **UYGUR**, s.408; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381. **WIDMER**, s. 161; **DEUTSCH**, s.5.

4) Kusurlu Kimse ile Kusursuz Kimseyi Eşit Tutmamasının Değerlendirilmesi

Kusur ilkesinin müspet ve menfi sonuçları gereği kusurlu kimse ile kusursuz kimsenin sorumluluğu tamamen birbirinden ayrılmaktadır[1228]. Sorumluluğun ağırlığı da kusurun ağırlığına göre tayin edilmektedir[1229]. Gerçekten kusur ilkesi sorumluluğu masumiyet ve kınanabilirlik dengesi üzerine kurarak yapılması vicdanen ve ahlâken gerekli bir ayrımı hukuki bir esas olarak tayin etmiştir.

Sebebiyet ilkesi bakımından kusurlu kimse ile kusursuz kimse arasında sorumluluk bakımından temelde bir ayrım gözükmemektedir. Ancak kusursuz sorumlulukta zarar görenin kusuru veya zarar verenin ek kusuru gibi daha tali nitelikte hukuki kurumlar bakımından kusura yer verilmektedir[1230]. Böylece ağır kusurlu kimseyle, kusursuz olarak zarar veren kimseyi, aynı sorumluluk çatısında toplamaktadır. Bu ise zararın tamamının tazminidir.

Sebebiyet ilkesiyle ağır kusurlu kimseyle, tamamen kusursuz kimseyi aynı tazmin yükümlülüğüne tabi tutmak ilk bakışta adaletsiz görünmektedir. Bu durumun adaletsizliği çağrıştıran görünümü aslında yanıltıcıdır ve doğru değildir. Kusur ilkesi kabul edilirse kusurlu kimse zarardan sorumlu tutulur, fail kusursuz ise zarar mağdurun üstüne terk edildiği için masum mağdur zarardan adeta sorumlu tutulmuş olur. Kusur ilkesiyle ulaşılan sonuca göre ağır kusurlu mesela kasten zarar veren kimsenin sorumluluğu ne ise, failin kusursuz olması ihtimalinde mağdurun sorumluluğu da o olmaktadır. Böylece sebebiyet ilkesi için yapılan kusurlu kimseyle kusursuz kimseyi bir tutma eleştirisinin daha ağırı kusur ilkesi için de yapılabilir.

Kusur ilkesi ile kusurlu fail ile kusursuz fail arasında bir ayrım söz konusu olsa da haksız fiilin en masumu olan zarar görenle, en ağır kusurlu kimse eşit tutulmuş olmaktadır. Zira fail kusursuz ise zarar en masum olan mağdur üzerine kalır. Bu ise aslında kast ile zarara sebep olanla aynı hükme tâbi olmaktan başkası değildir.

1228 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.89; **İMRE**, s. 19.

1229 **İMRE**, s. 19; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 131; **TİFTİK**, s.88; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 154; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.423; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418; **ORHUNÖZ**, s.73; **SANLI**, s.99; **EREN**, Borçlar Genel s.654.

1230 **EREN**, Borçlar Genel, s.867 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 123 vd.

B) Kusur İlkesi Aleyhine İleri Sürülen Hukukî Gerekçeler

Kusur ilkesini destekleyen gerekçelerin aslında belirli problemler içerdiği ve ilkeyi ileri sürüldüğü gibi[1231] tam desteklemediği yukarıda ortaya koyuldu. Ayrıca doğrudan kusur ilkesi aleyhine ileri sürülebilecek hukuki gerekçelerde mevcuttur. Bunlar kusurun farazi bir kavram olması, kusuru tespitin ve ispatın güçlüğü, kusur ilkesinin toplumdaki eminlik ve güven ortamını sağlayamaması, zararla kusurun birbiriyle orantısız olması ve kusur ilkesinin günümüz hayat şartlarına uygunsuzluğudur.

1) Kusurun Farazi ve Tesadüfi Bir Kavram Olması

Kusur göreceli[1232] soyut ve farazi bir kavramdır. Sorumluluğun tespiti için kusur kavramından hareket edilmesi doğru değildir[1233]. Zira kusur kavramı esasında belirli varsayım ve düşüncelerle var olduğuna hükmedilen farazi ve insanın psikolojik dünyasına ait soyut bir kavramdır. Zararın ortaya çıkmasına da doğrudan etki etmemiştir[1234]. Zarar aslında maddi etkileşimlerle, sebep-sonuç etkileşimleri çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim Fransız doktrininde kusur sorumluluğuna karşı önemli eleştiriler getirilmiştir. *Josserand* kusur ilkesinin haksız fiil sorumluluğunu yapay olarak izah eden, göz boyanmasına sebep olan sorumluluk usulüne dair bir hukuk tekniği olduğunu ileri sürer[1235]. *Ripert*'a göre ise kusur kavramında diğer hukuki kavramlardaki açıklık ve netlik mevcut değildir[1236]. Zarar uygun sebep sonuç ilişkisiyle ortaya çıkmıştır[1237]. Zarardan doğan sorumluluk da onu doğrudan doğruya ortaya çıkaran sebeplerde aranmalıdır. Kusur kavramı bu özelliklerinden dolayı tazmine asıl neden olan zarar kavramından[1238] uzak bir kavramdır[1239]. Dolayısıyla net olmayan ve çoğu zaman hükmî bir değer taşıyan farazi

---

1231 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, 89 vd.; **İMRE**, s. 17vd.

1232 **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.7.

1233 **İMRE**, s. 38; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.90.

1234 **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.8.

1235 **JOSSERAND**, Lois, Cours de droit civil positif français, C. II, Paris 1930, s.513 (**İMRE**, s. 38'den naklen).

1236 **RIPERT**, Georges La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1935, s. 232. (**İMRE**, s. 38'den naklen).

1237 **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.8.

1238 **LARENZ**, Allgemeiner, s.432; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 398.

1239 Farazi bir kavram olan kusurun olmadığını söyleyerek hadisenin cereyanında sebep olma noktasında bulunan böylece sonucu doğrudan etkileyen failin sorumsuzluğuna hükmetmek hadisenin ve sonucunun aslından bizleri uzaklaştıracaktır. Zira zararlı sonucu meydana getiren kusurdan ziyade sebep sonuç ilişkisi ve failin bu süreç içerisindeki konumudur. Neticede zararlı

bir kavram ile zarardan doğan sorumluluğu tespit etmek doğru değildir, yeterli de gelmez.

Kusurun faraziyeti kusurun bir kınanabilirlik değeri olmasına dayanmaktadır. Bu kınanabilirlik olgusu iradede de aransa davranışta da aransa sadece bunların birer sıfatı olabilir kınanabilirliğin zarar ile doğrudan bir bağlantısı bulunmaz. Dolayısıyla kusuru davranışla ilişkilendiren sert objektif kusur anlayışlarında dahi kusurun farazi bir kavram olması durumu devam etmektedir. Ancak objektif kusur anlayışlarında kusur artık zarara doğrudan sebep olmuş olan davranış potasında erimeye başladığı için zararla kusur arasında belirli derecede bir bağlantı oluşmaya başlar[1240]. Böylece farazilik devam etse bile zarar ile kusur arasındaki söz konusu soyutluk sorumluluk anlayışı objektifleştikçe yavaşça azalmaya başlamaktadır.

Fransız doktrininde kusurun farazi ve hükmi bir kavram olmasından yola çıkılarak ihmal çeşidindeki kusuru tesadüfle açıklayan bir fikir ileri sürülmüştür. Bu fikrin sahibi *Saellies*'e göre alelâde bir fiille zarar ortaya çıkaran kimsenin talihsizliği bir kusur ve adeta bir suç olarak kabul edilmektedir. Halbuki en başta o fiili yargılayan hâkimler olmak üzere insanların onda dokuzu söz konusu somut olayda o şekilde davranacağını bilirler. Kişilerin belki bir kısmı bir zararı ortaya çıkarmama şansını haiz olurlar. Bu durum ise kusurla alakalı değil tesadüfle alakalıdır. *Saellies* kusuru tesadüfi bir kavram olarak konumlandırdıktan sonra meydana gelen zararı ona gerçekten sebep olan şeyin ismi ile bağdaştırmak gerektiğini söylemektedir. Buradan hareketle *Saellies* sebebiyet ilkesini savunarak hukukçuları, kusur meselesini bir tarafa bırakmaya ve sosyal bakımdan daha hakkaniyetli ve ferdî vakara daha uygun olan, herkesin meydana getirdiği zararı, failin tehlikeyi oluşturma serbestisinin bir bedeli olarak ödemesi gerektiği fikrini kabul etmeye davet eder[1241].

Kanaatimizce zararı gerçekten ortaya çıkaran sebep sonuç ilişkileri dururken, farazi ve soyut bir kavram olan kusuru haksız fiillerden doğan sorumluluğun en temel taşı haline getirilmesi doğru değildir. Zarar öncelikle onu meydana getiren sebeplere atfedilir. Kusur ise zararı meydana getirmekte geri planda kalmaktadır. Ayrıca kusur

---

fiili meydana çıkmasına asıl sebep olan durum sebepler zinciridir. Bu itibarla sebepler silsilesinde davranışıyla aktif rol oynayan kimsenin sorumluluğunu gerektiren olgu gerçekleşmiş olmalıdır.

1240 **KORKMAZ**, s.86, s.89-91.

1241 **MASSIGLI**, Ch., Les travaux de R. Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle, l'oeuvre juridique de Raymond Saleilles, Paris 1914. s. 140 (**İMRE**, s. 39'dan naklen).

mahiyeti itibarıyla da soyut ve farazi olup kusurla zarar arasında doğrudan doğruya bir irtibat kurmak güçtür[1242].

Kusurun faraziliği gibi kusur ilkesinin eleştirilebilecek önemli noktaları olsa da *Saellies*'in kusurun tesadüfi olduğu fikri kanaatimizce zorlayıcı bir yorumdur. Sorumluluğun kusura bağlı olarak kurulmamasının gerekli olduğu fikrini ileri sürmek için kusurun tesadüfiliğine dayanmaya da ihtiyaç yoktur. Kusurun tesadüfi olduğunu kabul etmek, kişilerin başkalarına zarar vermemek için özen ve tedbir yükümlülüğünün olmadığı düşüncesini beraberinde getirir. Zira kusur tesadüfi ise o halde özen ve tedbir yükümlülüğünü yerine getiren açısından da getirmeyen açısından da zarar tesadüf olarak ortaya çıkmıştır demek gerekir. Halbuki ihmal ile yapılan bir davranış ile ortaya çıkan bir zarar var ise zarara tesadüf diyerek failin bundaki iradî rolünü tamamen inkâr etmek doğru olmaz[1243]. Belki hafif ihmalin tespiti oldukça zor olduğu için özen yükümlülüğünün ihlâlinin azlığı nispetinde kusur tesadüfîliğe yaklaşmaktadır. Zira öngörüye dayalı özen ve tedbir yükümlülüğünün eksikliği söz konusu değil ise olayı tesadüfle isimlendirmek belki uygun olabilir. Hatta bazen tesadüf kavramı uygun illiyet bağının dahi dışında gerçekleşebilir. Bu durum tesadüfün uygun illiyet bağı kümesinin dışında olabilmesinden ihmal kümesinin ise tamamen uygun illiyet bağının içinde olmasından kaynaklanmaktadır[1244]. Uygun illiyet bağı haricinde dahi gerçekleşebilen tesadüf kavramını kusurlu fiillere taşıyarak tesadüfle isimlendirmek uygun olmaz.

2) Kusuru Tespit ve İspat Güçlüğü

Kusurun varlığına dair bir tespit yapılmadan faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Türk ve İsviçre Hukuku bakımından failin sorumluluğunun ağırlığı ile kusurun ağırlığı arasında bir denge kurulduğu için, kusurun derecesini de tespit etmek gereklidir. Halbuki kusur kavramı soyut olduğu için varlığını ve derecesini tespiti güçlük arz eder. Zarar son derece net[1245], somut ve belirli iken soyut ve tespiti büyük güçlükler içeren kusuru sorumluluğun temeline koymak uygulamada önemli güçlükler içerir. Ayrıca sanayi, teknoloji ve makineleşmedeki gelişme ile ortaya çıkabilecek yeni

---

1242 **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.8.

1243 Tesadüf kavramı hakkında detaylı bilgi için Bkz. **WINIGER**, s. 35 vd.

1244 İlliyet bağının kusuru kapsaması ile ilgili *Stark* faile atfedilebilir kusurun olduğu yerde uygun illiyet bağının gerekli olmadığını söylemektedir. Zira kusur var ise illiyet bağı gerçekleşmektedir. Bkz. **STARK**, Entlastungsgründe, s. 36.

1245 Manevi zararlarda bu netlik söz konusu değildir. **KILIÇOĞLU,** Borçlar Genel, s. 313.

olay tipleri bakımından failin kusurunu ve derecesini tespit etme zorluğu vardır. Bu yeni olay tiplerinde kusurun varlığını ve ağırlığını tespit belki bilirkişilerden yararlanılmasını da gerektiren masraf içerebilecek belirli bir çalışma gerektirir. Bütün bunlardan dolayı kusurun varlığı ve derecesini tespitte yer yer büyük güçlükler olduğu ve kusuru tespitte yanlışlar yapmanın olası oldukça açıktır[1246]. Tespiti dahi böylesine güçleşebilen bir kavramın ispat yükünün, konudan tamamen uzak ve buna maruz kalan mağdura yüklenmesi bu güçlüğü iyice artırmaktadır.

Mağdurun uğradığı haksız zararın ve buna ilişkin kusurun, yine mağdur tarafından ispat edilmesi gerektiği belirtilmektedir[1247]. İspat yükünün mağdura yüklenmiş olması kusur ilkesinin en yoğun eleştiri aldığı noktalardan birisidir[1248]. Kusurun soyut ve farazi bir kavram olması onu ispatlamayı daha da zorlaştırmaktadır. Hatta ortaya çıkan kazaların ekseriyetinde, buna ilişkin delil getirmek ve failin kusurlu olduğunu ispatlamak çok güçtür[1249]. Kusursuz bir fiil varsa kusur ilkesi marifetiyle zaten zarar verenden daha masum olan zarar görene tazmin borcu yüklenmektedir. Üstüne üstlük failin kusuru varsa dahi mağdur bunca masumiyetine rağmen bir de bunu ispatla yükümlü tutulmaktadır. Halbuki zarar görenin kusuru olmadığı gibi o aynı zamanda mağdurdur. Hukuk düzeni zayıf pozisyonda olan ve haksız yere zarara uğramış olana kolaylık göstermelidir. Halbuki mağdurun kusuru ispat için elinde kullanabileceği delilleri ikâme etmesi büyük bir külfet bazen de imkânsızlık derecesinde zorluk içerir. Zaten mağdur genellikle kendisinin yaralanmasına sebep olan olay ve olaydaki failin kusuru hakkında bir bilgi sahibi de değildir[1250].

Bu sebeple İsviçre ve Alman Hukuklarında mağdurun kusuru ispat etmesi büyük güçlük arz ediyorsa adeta failin kusurlu olduğu ve kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Özellikle mağdurun kusuru ispat etmesi imkânsızlık derecesinde güçlük içerdiği haller için bu geçerlidir[1251]. Bu hareket tarzı kusur

---

1246 **ABRAHAM**, s. 276; **EREN**, Borçlar Genel, s.559.

1247 **FUCHS**, s. 163; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.

1248 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.5.

1249 **İMRE**, s.42.

1250 **FUCHS**, s. 163, s. 241; **LARENZ/CANARIS**, s. 353.

1251 **LARENZ/CANARIS**, s. 353; **FUCHS**, s. 163; İsviçre Hukukunda ispat yükünün tersine çevrilmesi için mağdurun failin kusurunu ispat edemeyecek bir durumda olması aranır. Alman İmparatorluk Mahkemesi kararına göre: Tavuk vebası aşısı vurulan kimsenin uğradığı zarar bakımından, aşının içeriğini inceleyip aşı üreticisinin kusurunun olup olmadığını ispat etmesi kendisinden beklenemez. BGHZ 59,91. Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi de bir rögar kapağından doğan zarar için, failin kusurunun varsayılması gerektiğine hükmetmektedir. Bkz. BGE 110 II 456; Bkz. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 25.

ilkesinin mağdur aleyhine doğacak ağır sonuçları nispeten bertaraf eder. Ancak kanaatimizce bu zarar görenin kusuru ispat problemini telafi etmek için yeterli bir çözüm değildir. Zira failin kusuru ispatının ne zaman imkânsızlaşmaya başladığı oldukça belirsizdir. Ayrıca kusuru ispat her zaman mağdur için önemli derecede güçlük içerir[1252]. Zira kusur mağdur ve onun fiili alanında değil hiç tanımadığı fail ve failin fiili alanında gerçekleşmiştir. Doktrindeki kusurun objektifleştirilmesine yönelik hâkim görüşün ortaya çıkmasının bir sebebi de kusurun mağdur tarafından ispatının çok güç olmasıdır. Zira kusurun objektifleştirilmesinin amaçlarından birisi de kusurun tespitini kolaylaştırmaktır[1253]. Tespit kolaylığı ispat kolaylığına sebep olacağı için objektifleştirmenin bir amacı da söz konusu kusuru ispat güçlüğünün adaletsizliğini gidermeye yöneliktir. İspat yükünün tersine çevrilmesi sorumluluğu kusursuz sorumluluğa yaklaştıracaktır[1254]. Ayrıca kusursuz sorumluluk hallerindeki kurtuluş kanıtı düzenlemelerinde failin özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmesinin gerekmesi aslında ispat yükünün tersine çevrilmesidir[1255]. Kanaatimizce kusurun objektifleştirilmesi ve ispat yükünü tersine çevirme ihtiyacı ve buna yönelik düzenlemeler, kusur ilkesinin özündeki yetersizliğe açıkça işaret eder. *Larenz/Canaris* bu hususların kusur ilkesinden bir sapma olmadığını, sorumluluğun adil dağılımı için bir gereksinim olduğunu söylemektedir[1256].

Zarar verenin kusurlu olmadığı hallerde bu yükümlülüğün zarar görene yükletilmiş olması zarar gören aleyhine sonuç verse de taraflar arasında nispeten kabul edilebilir bir menfaat dengesi vardır. Ancak zarar verenin ağır kusurlu olduğu hallerde ispat yükümlülüğünün zarar görende olması[1257] taraflar arasındaki menfaat dengesini kabul edilmesi güç şekilde bozan bir görüntü arz eder. Zira bu takdirde mağdur kusuru ispat edemez ise zarar veren kimsenin ağır kusuruna rağmen tazminden sorumlu olmaz. Zarar gören gördüğü zarar bakımından tamamen masum olmasının yanında ayrıca bir de zarar verenin kusurunu ispat üzerine yüklenmiştir. Kusur ilkesi genel yönelim olarak zarar veren tarafı korumaktadır. Bunun üstüne kusuru ispat

---

1252 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.9; **FUCHS**, s. 241; **LARENZ/CANARIS**, s. 353; **TUNÇOMAĞ**,s. 330.

1253 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.51.

1254 **FUCHS/PAUKER**, s.5-6; **VITO**, s. 12.

1255 **BRUDERMÜLLER/ELLENBERGER/GOTZ/GRÜNEBERG/HERRLER/SPRAU/ THORN/ WEIDENKAFF/WEIDLICH/WICKE**, s. 1470; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.414; **VITO**, s. 12.

1256 **LARENZ/CANARIS**, s. 353.

1257 **WIDMER**, s. 161; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.5; **FUCHS**, s. 163; **VON BÜREN**, s.71; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.

yükümlülüğünü de zarar görene yüklemesiyle zarar gören kusur ilkesi tarafından önemli ölçüde korumasız ve zayıf bırakılmış olmaktadır.

Günümüzde gelişen sanayi ve teknoloji ile makineler ve benzeri cihaz ve eserler çok kuvvetli hale gelmeye başlamıştır. Makinelerin bu ezici kuvveti sebebiyle meydana gelen zararlarda sebep sonuç ilişkisi çok kuvvetli ve yoğun olarak ortaya çıkmakta ve kusur gibi soyut bir kavramı oldukça belirsiz hale getirmektedir. Mesela bir düğmeye yapılacak elli gramlık basınç ile belki yüzlerce tonluk hareketli devasa boyutlarda hızlı ve manevra kabiliyeti yüksek sistemler veya patlayıcı düzenekler harekete geçebilmektedir. Dolayısıyla ortaya çıkan zararlarda ferdin ve mağdurun yeri sadece bir konum olarak kalmaktadır[1258]. Kusuru ispat zorluğu sebebiyle Alman Hukukunda ispat bakımından ıztırar vaziyeti vardır denilmiştir[1259].

Makineler ve insan yapımı bir takım kuvvetler ile ortaya çıkan zararların çoğunluğunda bu zararın sorumluluğunun kusura ve bunu ispata bağlanması adeta faili zararla baş başa bırakmak demektir. Mağdur çoğu kereler makinelerin büyük kuvveti sonucu büyük zararlara failin küçük bir kusuruyla maruz kalabilir ve bu kusuru ispat edemez. Kaldı ki ispat etse bile elde edebileceği tazmin miktarı ancak failin kusuru kadar olur. İspat etmenin zorluğu hakkında Fransız hukukçusu *Josserand*: "Ancak tahakkuk ve tatbik kabiliyeti temin edilirse hakiki bir hak söz konusu olur. Hiçbir hakka sahip olmamak veya onu kazanabilmek imkânsızlığı içinde bir hakka sahip olmak aynı şeydir." demektedir[1260]. Dolayısıyla faile sadece kusurlu iken sorumluluk veren kusur ilkesinin bu yönü dahi büyük ve esaslı eleştirilere uğrarken ayrıca kusuru ispat yükünün zarar görene yüklenmiş olması, fail kusurlu olsa bile mağdurun zararla baş başa kalmasına sebep olabilir. Gerçekten kusuru ispat yükünün mağdura yüklenmesi[1261] kusur ilkesinin masum mağdur aleyhine doğabilecek sonuçlarını önemli derecede çoğaltmaktadır. Özellikle gelişen teknoloji ve makineleşmenin de kusuru ispatlamayı zorlaştırması ile kusur ilkesinin mutlak uygulanması kabul edilemez bir hale gelmeye başlamaktadır[1262]. Ağır bir kusursuz sorumluluk hali olan

---

1258 **EREN**, Borçlar Genel, s.558; **İMRE**, s.42.

1259 **İMRE**, s.42.

1260 **JOSSERAND**, Lois, Evolution et actualite, Paris, 1936, s. 32. (**İMRE**, s.42-43'den naklen)

1261 **WIDMER**, s. 161; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.5; **FUCHS**, s. 163; **VON BÜREN**, s.71; **VON TUHR**, Borçlar; İlliyet bağını doğuran olayların varlığı da mağdurun kanıtlarının bir parçası olduğu için mağdur bunları da ispat etmelidir. Uygun illiyet bağının olup olmadığına ise hâkim karar verir. Bkz. **VON BÜREN**, s.70.

1262 Buna mukabil genel prensip olarak *Deutsch* failin ilgili grupta standart davranışı ayarlayıp ayarlamadığına bakmanın sorumluluk için yeterli olması gerektiğini söylemektedir. Bununla

tehlike sorumluluğunun kabul edilmesindeki esaslı bir gerekçe de bu bahsi geçen durumdur.

3) Toplumdaki Eminlik ve Güven Ortamının Devamı

Haksız fiil ile ilgili düzenlemenin bir amacı da sosyal hayattaki genel güven ve emniyet ortamını muhafaza etmek olmalıdır[1263]. Fertler kendi hukuki sahalarına zarar verecek haksız bir fiile maruz kalmayacaklarını bilerek ve bunun farkında olarak yaşamlarını sürdürmelidirler. İnsan maruz kalabileceği tehlike oranı ne kadar artarsa, bir o kadar da bunun sebebine karşı kanun tarafından korunmak ister[1264]. Haksız bir zarara uğramaları durumunda sorumluluğun kendilerinde değil onlara zarar veren faillerde olduğunu bilmeleri fertleri bu noktada rahatlatır ve onlara güven verir. Böylece toplumda kişilerin haksız bir zarar görmeyeceklerine ilişkin emniyet ortamı oluşmaya başlar.

Kusur ilkesinin fertleri dikkatli ve tedbirli olmaya sevk ettiği için toplumdaki emniyet ve güven ortamını sağladığı düşünülür. Zira fertlerin dikkatli olmasından başka zararın ortaya çıkmamasını sağlayabilecek ne vardır? Zararı en çok engelleyecek olan husus gerçekleşmişse emniyet ve güven ortamı da kendiliğinden meydana gelir. Buna karşıt fikir olarak fertlerin kusurlu veya kusursuz ortaya çıkaracakları her zarardan sorumlu olduklarını bilmelerinin de onları azamî derecede dikkat ve tedbire yönelteceği ileri sürülebilir. Bu fertlerin kusursuz olarak başkalarına zarar verebilecek faaliyetlere girişmelerini engeller ve giriştikleri her faaliyet bakımından kusur harici dışına taşan dikkat ve özen seviyelerini de gözetmelerine sebep olur. Böylelikle fertler başkalarının onlara zarar vermeme konusunda sadece özen ve tedbirli olmalarına değil kendilerine zarar verebilecek her türlü faaliyetten sakınacaklarını bilirler. Bu ise sebebiyet ilkesiyle mümkündür.

Diğer bir açıdan bakıldığında kusur ilkesinin bahsi geçen güven ortamını oluşturmakta zayıf kaldığı görülmektedir. Zira fertler haksız bir zarara uğratılmaları durumunda, kendilerine bu zararı veren kişinin kusurunu ispat etmedikleri sürece tüm

---

kusursuz sorumluluğu tamamen red etmemekte ancak kusur ilkesinin gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Bkz. **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.722.

1263 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 3; *Brüggemeier* sorumluluk hukukunun günümüzde karşılaması gereken önemli problemlerin teknik riskler, dokunulmazlık ve toplumun güvenliği olarak belirtmektedir. Bkz. **BRÜGGEMEIER**, s. 2; Gerçekten sorumluluk hukuku teknik ve sanayinin gelişmesiyle tehlike içine giren güvenlik ve dokunulmazlık ihtiyaçlarını karşılamada bir eksiklik içinde bulunmamalıdır.

1264 **İMRE**, s.42; **KOZIOL,** Objektivierung, s.596.

zararın üstlerine kalacağını bilirler[1265]. Failin kusurlu olması yetmemekte ayrıca failin kusurlu olduğunun ispatı da gerekmektedir[1266]. Kusursuz olarak veya kusurun ispatının güç olduğu bir durumda gördüğü zarar bakımından tamamen masum olan kusur ilkesi tarafından korumasız bırakılmakta, böylece hukuk sistemi mağduru gördüğü zararla baş başa bırakmaktadır. Bu durum fertlerin hayatlarını idame ettirmeleri sırasında onlarda haklı bir tedirginliğe yol açmaktadır. Böyle bir tedirginlik ve haksız zarara uğrama korkusu toplum hayatını felce uğratır. Kişiler hayatlarını devam ettirmekte ve güven içerisinde yaşamakta bir çeşit tedirginlik duyarlar.

Kusur ilkesi fertlerin tehlikeli işlere girişmelerini de kolaylaştırır. Zira fertler zararı ortaya çıkarmaya elverişli olan yaptıkları tehlikeli faaliyetlerden -tehlike sorumluluğu söz konusu değilse- kusurlu olmadıkça sorumlu olmayacaktır. Sadece kendi kusurlarıyla meşgul olup giriştikleri tehlikeli faaliyeti ve bunun sonuçlarını düşünmeyen girişimciler toplumdaki güvenli ortamı önemli oranda bozar. Bahsi geçen bu durumlar aslında kusur ilkesinin ferdiyetçilik fikrinden hareket edip sosyal düşünceyi önemli derecede geri plana almasından kaynaklanmaktadır[1267]. Nitekim kusur ilkesinin bireyin ekonomik gelişimi için yaptığı fiilin sonuçlarını düşünmekle yavaşlamasını engellemek ve ekonomik fiillerin kapılarını ardına kadar açmak[1268] gibi bir felsefi dayanağının da olması aynı bireyciliğin bir başka görünümüdür.

Kusur ilkesinin toplumdaki emniyet hissini artırdığını söylemek hukukî, tarihi ve sosyal vakalarla da uyum göstermez. Zira kusur ilkesi sorumluluk hukunun en önemli ayrımlarından olan hukuki varlıkların ve hareket özgürlüğünün korunması ikileminde, fertlerin mallarının korunması aleyhine, ancak hareket özgürlüğü lehine hüküm tesis etmektedir. Bir başkasının hareket özgürlüğü toplum aleyhine genişletilirken toplum nasıl sosyal bir emniyet içinde olabilir? Kaldı ki son yüz yılda kusur ilkesinin zayıflamaya başlamasının büyük sebeplerinden bir tanesi de sosyal bir ihtiyaç olarak toplum güvenliği talebidir[1269].

1265 **FUCHS**, s. 163; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.
1266 **FUCHS**, s. 163; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.
1267 **İMRE**, s.41.
1268 **FUCHS/PAUKER,** s. 2.
1269 **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER,** s.4.

4) Zararla Kusur Arasındaki Orantısızlığın Sonuçları

Bir zararı ortaya çıkaran asli gerekçe onun uygun sebebidir[1270]. Ortaya çıkan zararın büyüklüğü sebeplerin dış dünyadaki cereyan şekline, etki suretine ve büyüklüğüne göre değişmektedir. Kusur zararı doğrudan ortaya çıkartmamaktadır. Kusur ancak sebeplerin zarar verecek şekilde ortaya çıkması için dolaylı olarak bir zemin hazırlamaktadır. Fail kusuruyla zararın ortaya çıkması için adeta sebepleri o zararı ortaya çıkartmaya doğru yöneltmektedir. Kusurun zararla doğrudan doğruya bir bağı olmaması[1271], kusur ile zarar arasındaki mahiyetlerinden kaynaklanan uzaklık, doğal olarak bu ikisi arasındaki oransızlığa da sebep olmaktadır.

Aslında zarar ile kusur arasındaki oransızlığın asıl sebebi kusurun farazi bir kavram olmasıdır. Kusur hele ki irade olarak değerlendirildiği zaman zarar kavramından daha da uzaklaşmakta zararla kusur arasındaki bağlantı iyice zayıflamaktadır. Zira bu takdirde kusur davranıştan iyice kopartılmış zaten sebep sonuca doğrudan etki etmesi asla mümkün olmayan bir iradeye dönüşmüş olmaktadır. Ayrıca kusur kavramından bahsedebilmek için bunun kınanabilirliği gibi onu farazi hale getiren bir kavrama da dayanılması gerekir. İşte kınanabilirlik ile kusur arasındaki bu ilişkiden dolayı kusurun davranış içinde aranması ihtimalinde dahi kusur kavramı farazi olmaktan kurtulamamaktadır. Zira zararı meydana getiren davranış olsa bile kusur o davranış değil o davranışın kınanabilirlik sıfatıdır. Buna bağlı olarak da kusur hakkında hangi teori kabul edilirse edilsin, zarar ile kusur arasında oransızlık söz konusu olabilecektir. Elbette subjektif kusur teorisinin bünyesi bu oransızlığın fazla olmasına daha müsaittir.

Yukarıda bahsedildiği üzere zararın iradeden mahiyet olarak tamamen bağımsız olmasından dolayı kusur ilkesinin en kuvvetli olduğu subjektif kusur anlayışlarında zarar ile kusurun arasındaki bağlantı iyice azalmaktadır. Buradan kusur ilkesinin mahiyetinin de zarar kavramından aslında kopuk olduğu ortaya çıkmaktadır. *Jhering*'in de katıldığı[1272] kusur ilkesinin sorumluluğun asıl nedeni olarak zararı değil kusuru görmesi fikri de bu noktaya işaret etmektedir. Böylece sorumluluk ne kadar objektifleşir ve kusur ilkesi zayıflarsa zarar ile fail arasındaki bağlantı da o kadar kuvvetlenmeye başlamaktadır. Zira kusur gibi sonuca doğrudan etki etmeyen unsurlar

---

1270 **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.8.
1271 **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.8.
1272 **JHERING**, s.40, s.55 vd.

artık sorumluluk anlayışından çekilmeye başlamış zararın gerçek sebeplerine bakılarak sorumluluk tayin edilmeye başlanmıştır.

Kusur ile zarar arasında doğrudan ve doğal bir ilişki bulunmaması[1273] sebebiyle bazen hafif bir kusur, daha ağır bir kusurdan daha büyük ve kapsamlı zararlara neden olabilmektedir[1274]. Bu tarz durumlar istisna da sayılmazlar. Ayrıca zararın ortaya çıkış şekli de kusur kavramından bağımsızdır[1275].

Sanayileşme ve makineleşme kusur ile zarar arasındaki orantısızlığı çok daha büyük ölçeklere taşımıştır. Günümüzde ilerleyen makineleşme ve mekanik aygıtların gittikçe büyüyen tahrip gücü zarar miktarını iyice artırmaktayken bunun karşısında kusur kavramı belirsizleşmeye başlamıştır. Artık küçük, belli belirsiz kusurlar ile kolaylıkla korkunç büyüklükte zararlar ortaya çıkabilmektedir[1276]. Ortaya çıkan zararlarda kusurun rolü önemli ölçüde azalmaya başlamıştır[1277]. Halbuki büyük zararların kendisine denk büyük sorumluluklar doğurması gerekir. Ancak sorumluluğu kusur miktarıyla sınırlayan kusur ilkesinin müspet sonucu buna engel olmaktadır. Failin sorumluluğu verdiği zarar kadar olmayacak ancak mağdurun ispatla yükümlü olduğu[1278] kusuru kadar olacaktır. Fakat ispatı zor ve küçük bir kusur varken, failin sebep olduğu çok büyük bir zarar söz konusu olabilmektedir. Bu dengesiz durum ise kusur ilkesinin tazmin sorumluluğunu zararın asıl gerekçesi olan sebepten kopartıp kusur kavramına bağlamasından kaynaklanmaktadır.

5)Kusur İlkesinin Günümüz Hayat Şartlarına Uygunsuzluğu

Günümüzde şehirler oldukça kalabalık olup büyükşehirlerde nüfus yığılması söz konusudur. İnsanlar birbirlerine yakın mesafelerde yaşamlarını sürdürmektedirler. İnşaat, nakliyat, üretimde tahrip kuvveti yüksek güçlü araç gereçler çok yoğun olarak kullanılmaktadır. Arabalar, kamyonetler, vinçler, seri üretim makineleri, uçak ve trenler, elektrik, gaz, atom enerjisi, fabrika ve işletmeler oldukça yoğun tehlike arz etmektedirler[1279]. Bu yoğun tehlikenin, kalabalık ve insanların birbirine yakınlığıyla

1273 **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.8.
1274 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 2.
1275 Aynı kusurlu davranıştan doğan zarar mağdurun evli, bekar, çok çocuklu olmasına göre de değişik kapsamlarda ortaya çıkabilmektedir**.** Bkz.**TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 2.
1276 **İMRE**, s.43.
1277 **EREN**, Borçlar Genel, s. 558 vd.; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 26.
1278 **FUCHS**, s. 163; **VON TUHR**, Borçlar, s. 381.
1279 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.91; **EREN**, Borçlar Genel, s.558-559.

birleşmesi tehlikeyi daha korkunç boyutlara taşımaktadır. Günümüzde sorumluluk hukuku çözüm bulunması gereken yeni sorunlarla karşı karşıyadır[1280]. Kusur ilkesi tehlikeli karakteri böylesine yoğun olan çağın ihtiyaçlarını karşılamakta ve ortaya çıkabilecek büyük mağduriyetlerin giderilmesinde yeterli gelmemektedir[1281]. Bu yetersizlik sanayi ve makineleşmenin yol açtığı büyük zararların kusurla oransızlığı ya da makineleşmenin doğurduğu kusuru ispat zorluğu gibi hususlar haricinde, bizzat tehlikeli ortamın kendisinden kaynaklanmaktadır. Kişiler hiçbir etki ve katılımları yokken yoğun bir tehlikeye maruz bırakılmakta ve ortaya çıkabilecek muhtemel ve korkunç büyüklükteki zararların tazmini hususu, failin ispatı iyice zorlaşmış kusurunun varlığına terk edilmektedir[1282]. Halbuki yoğun tehlikeyi hareket serbestileriyle ortaya çıkaranlar bu tehlikenin neden olabileceği zararlara da katlanmalıdırlar.

Günümüzde büyük şehirlerde iletişim, ulaşım, inşaat gibi alanlarda kullanılan çok güçlü vasıtaların ve bunların yoğun kalabalıklarla yakın temasının neticesinde ortaya çıkabilecek büyük ve yaygın zararların zarar gören üzerine bırakılması hukuken doğru görülmemektedir[1283]. Bu düşünce, temelini büyük oranda zarar veren kimselerin başkaları aleyhine olabilecek tehlikeli durumu kendilerinin oluşturmuş olmalarından ve bundan kendilerinin menfaat görmelerinden almaktadır. Tehlikeli durumu ortaya çıkaran ve bundan menfaat gören kimse bu kapsamda ortaya çıkacak zararları da yüklenmelidir. Bunun diğer temelini ise sosyal düşünceler oluşturmaktadır. Bu da zarar veren kimselerin genellikle söz konusu vasıtalara sahip ekonomik açıdan güçlü olan, zarar gören kimselerin ise bu vasıtaların tehlikesine maruz kalmak zorunda bırakılan ekonomik açıdan zayıf kimseler olmasıdır. Halbuki güçlü kimselere karşı zayıf kimselerin korunması ihtiyacı söz konusudur. Tehlike sorumluluğu söz konusu olunca mağdur korunmaktadır ancak tehlike sorumluluğunun şartlarının tam

---

1280 **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 255.

1281 **İMRE**, s.43; **GUHL**, s. 128; **FELLMAN**, Band I, s.8; **TUNÇOMAĞ**, s. 330.

1282 **TUNÇOMAĞ**, s. 330 vd.; Kusur ilkesinin yetersiz gelmeye başlamasıyla beraber, kusursuz sorumluluğa geçiş belirli aşamalarla gerçekleşmiştir. Faile belirli bir özen yükümlülüğü ve bunu yerine getirdiğini ispat yükü faile yüklenmiştir. Mağdurun kusurun varlığına yönelik ispat yükünün olması yerine failin nesnelleştirilmiş bir bakım yükümlülüğünü ispat yükünün olduğu tercih edilmeye başlandı. 1881 tarihli OR Art 62'deki adam çalıştıranın sorumluluğu Art. 65'deki hayvan tutucusunun sorumluluğu gibi düzenlemeler bu geçiş sürecinin somutlaşmış halleridir. Bkz. **FELLMAN**, Band I, s.8.

1283 **EREN**, Borçlar Genel, s. 558 vd.; **OFTINGER/STARK**, s. 61-62; **TUNÇOMAĞ**, s. 330.

oluşmadığı durumlar açısından kusur ilkesi hukukî ihtiyaçları ne kadar karşılayabilecektir?

Günümüzde kullanılan araçların sevk ve idaresinde işletenlerine isnat edilebilecek kusur olmasa veya hafif bir kusur söz konusu olsa bile mahiyetleri kolaylıkla büyük veya yaygın bir zarar ortaya çıkarmaya elverişlidir. Bu durum kusur olmasa veya küçük bir kusurla bile büyük zararların ortaya çıkmasını günümüz dünyasında daha genel ve güncel hale getirmiştir. Böylece kusur ilkesinin kabul edilmesinin adaletsiz sonuçları çok daha görünür hale gelmiştir. Kusur ilkesinin yetersizliğinin teknolojik gelişmelerle iyice gün yüzüne çıktığını ileri süren bu düşünceye göre[1284] günümüz şartları ve makineleşme yeni bir vaka ve durumdur. Ancak sebep-zarar-kusur denkleminde yeni bir hukuki durum ortaya çıkartmamıştır.

[1284] **TUNÇOMAĞ**, s. 330; **EREN**, Borçlar Genel, s.558 vd.; **OFTINGER/STARK**, s.61-62; Bir Yargıtay kararında kusur ilkesinin yetersizliğinin modern teknik ve makineleşme ile ortaya çıktığı belirtilmektedir. Kararda bununla ilgili şöyle denilmektedir: *"Haksız fiil sorumluluğu için, kural olarak failin kusuruna ihtiyaç vardır. Fakat bu kural, adaleti ve toplumsal düşünceleri her zaman tatmin etmemektedir. Sorumluluk, için mutlaka kusurun aranması bazı hâllerde modern tekniğin ve makineleşmenin icaplarına yabancı düşmektedir. Bu sebeple hukukun, esas prensibi olan kusur sorumluluğu yer yer zayıflamış hatta bazı hâllerde tamamen ortadan kalkarak yerini kusursuz sorumluluğa terk etmiştir. Tarihsel gelişim süreci içerisinde kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa kadar uzayan bir yol izlenmiştir. Sorumluluk hukukunda; kusura dayanan sorumluluk için genel bir kural bulunduğu hâlde, kusura dayanmayan sorumluluk hâlleri sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Kusur sorumluluğunda bir zararı başkasına tazmin ettirmek, ancak zarar onun kusurlu bir fiilinden doğmuş ise mümkündür. Tazminat yükümlülüğünü kusura dayandırmak önceleri adalete uygun ve yeterli görülmekteyken, zarar olasılıklarını çoğaltan büyük sanayinin gelişmesi, üretim ve taşıt araçlarının makineleşmesi, yeni enerji kaynaklarının bulunması, halkın büyük şehirlerde yoğunlaşması ile modern hayatta zarar olasılıklarının çoğalması, böylece teknik ilerleme ve ona bağlı tehlikelerin artması ile birlikte zarar görenlere etkili bir koruma sağlamaya elverişsiz ve dolayısıyla adaleti sağlama bakımından da yetersiz kalmasıyla genel kuraldan ayrılarak bir kimse kusurlu olmasa dahi kendisinin verdiği zarar nedeniyle tazmin sorumluluğu yani kusursuz sorumluluk yoluna gidilmiştir. Teknik ilerlemeler ve ona bağlı olan tehlikelerin artması karşısında, kusura dayanan subjektif sorumluluk artık, yalnız başına, zarar görenlere etkili bir koruma sağlamaya elverişsiz ve dolayısıyla adaleti gerçekleştirmek bakımından yetersiz görünmektedir. Kusur yoksa sorumlulukta ortaya çıkmaz görüşü artık geçerliliğini kaybetmiştir. Objektif ihtimam vazifesinin ihlâli mülâhazası gereğince; bir şeye veya şahıs hakkında kendisine kanunî bir ihtimam vazifesi yükletilen kimse, bu vazifeyi kusuru olmaksızın yerine getirmese dahi, bu yüzden doğan zarardan mesul olmalıdır. Kusura dayanmayan sorumlulukta; sorumluluğu doğuran olay, zarar ve zararla sözkonusu olay arasında bir illiyet bağı bulunması sorumluluğu doğurmak için yeterlidir. (Tandoğan Halûk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku Ankara 1981 s. 3-10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Cilt I, Beşinci Bası, İstanbul 1985 s. 671)"* Yargıtay 3. HD, 02.10.2014 T. 2014/4706 E. 2014/12966 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 28.03.2021); Benzer yönde ifadeler bulunan bir YHGK kararında şöyle denilmektedir: *"Sanayiinin gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu nedenle de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığı modern toplum hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmüştür. İşte son zamanlarda kendisini yoğun bir biçimde hissettiren teknik ve teknolojik alanlardaki bu gelişmeler, kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramına ortaya çıkarmıştır..."* YHGK, 12.02.2014 T. 2013/586 E. 2014/95 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 28.03.2021)

Sadece makineleşmenin sonucu olarak kusursuz veya az kusurla ortaya çıkan büyük zararlar çok daha yaygın ve genel bir hale gelmiştir. İşte bu durum da hukukçuların kusurlu sorumluluk ilkesinin adaletsiz sonuçlarını yakından görmeleri imkânını sağlamış, düşünce yollarını kusursuz sorumluluğun kabulü tarafına doğru yöneltmiş vicdanlarını kusursuz sorumluluğun kabulüne sevk etmeye başlamıştır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİGORTALARIN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI, KUSURSUZ SORUMLULUK ESASLARININ VE ÇEŞİTLERİNİN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTILARININ DEĞERLENDİRİLMESİ, TAZMİNATA ETKİ EDEN BAZI HUSUSLARIN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI

§ 1. SİGORTALARIN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI

I) SORUMLULUK HUKUKUNDA SOSYAL DÜŞÜNCE VE SİGORTALAR

Sorumluluğa dair verilen hükmün taraflar arasındaki menfaat dengesini, adalet fikrini, ahlâkı, toplumun ve fertlerin çıkarlarını ve bunlara ilişkin dengeleri gözetmesi gerekir. Sorumluluk ilkeleri tercih ettikleri yol ve tesis ettikleri dengelere göre farklı kutuplardaki unsurlardan bazılarına eğilimlidirler. Mesela kusur ilkesi toplumsalcı ve ferdiyetçi anlayışlar arasında fertçiliği tercih eden bir anlayış ortaya koymaktadır. Ferdiyetçilik anlayışının karşısında ise sosyalist ve materyalist doktrin bulunmaktadır[1285]. Kusur ilkesinin ferdiyetçiliği tercihi, bireylerin, toplumun görebileceği muhtemel zararlardan sorumlu tutulmamasında kendisini göstermektedir. Kusur ilkesi toplumdan herhangi birisinin görebileceği zararlarda, zarar veren ferdi koruma meylindedir. Ferdin kusurlu olup olmamasını odak noktası almıştır. Böylece kusur ilkesi toplumun görebileceği zarardan ve fertlerin oluşturabileceği tehlike sebebiyle içinde bulunduğu riskten toplumu korumayı esas almamıştır.

Kusur ilkesinin yukarıda bahsedilen ferdiyetçilik anlayışından daha sert ve hukukun genel ilkeleriyle açıklanması oldukça zor bir ferdiyetçi kökeni daha bulunmaktadır. O da fertlerden güçlü olanı korumak ve zayıf olan ferdi zararla baş başa bırakmak anlayışıdır. Şöyle ki güçlü olan fertlerin zarar verici fiili işleme ve zayıf olanların bunlara maruz kalma ihtimalleri daha fazladır. Zira zarar verici vasıtaları oluşturan araç gereçlerin çokluğu ve kuvveti failin imkân dairesinin ve iktidar sahasının genişliğiyle doğru orantılıdır. Genel olarak kişi ne kadar ekonomik açıdan

1285 **İMRE**, s.41.

güçlü ve iktidar sahibiyse tehlike oluşturan vasıtalara daha çok o sahiptir. Özellikle endüstri devrimi sonrasında ilerleyen makineleşme bu durumu iyice artırmıştır. Güçlü kimselerin elinde yoğun tehlike oluşturan çok kuvvetli mekanik araçlar mevcuttur. Zarar verebilecek nitelikteki bu vasıtalar kentleşmenin de etkisiyle özellikle büyükşehirlerde insanların yoğun olduğu bölgelerde adeta tehlike saçmaktadır. Toplumun çoğunu oluşturan orta halli ve zayıf kimseler bu araçlardan doğan tehlikelere hiçbir kusurları olmadığı halde maruz kalmaktadırlar.

Ortaya çıkan zarara en çok kimin dayanabileceği veya bu zarardan kimin çok etkileneceği hususları da sorumluluk hukuku açısından önem arz eder[1286]. Bu bağlamda taraflar arası menfaat dengesinin doğru tespiti açısından ayrıca nispi bir değerlendirme de yapmak lazımdır. Bu kusur ilkesinin güçlü olan fertleri koruma meylini daha net bir şekilde ortaya koymak için gereklidir. Çok zengin bir kimsenin uğrayacağı mal varlığı zararı onu çok etkilemez. Ancak söz konusu tehlikeler içinde fakir ve zayıf bir durumda işini yaparak hayatını zorlukla idame eden kimselerin uğrayabilecekleri muhtemel zararlar, bu kimseler için oldukça vahim sonuçlar doğurabilir[1287]. Ekonomik açıdan güçlü ve zayıf bu iki kimsenin uğradığı zararın failin kusursuzluğu sebebiyle tazmin edilmemiş olması, ekonomik açıdan güçlü için hiç önemli bile sayılmazken, ekonomik açıdan zayıf için bir tam bir yıkım olabilir. Kusur ilkesine göre zayıf durumdaki bu kimseler haksız fiile maruz kaldıkları zaman gördükleri zarar bakımından hiçbir kusurları olmadığı halde zararla baş başa bırakıldıkları gibi aynı zamanda zararı oluşturan tehlike de hiçbir kusurları olmadan aleyhlerine olarak ortaya çıkartılmıştır. Ortaya çıkartılan tehlike içeren durum bakımından masum ve mağdur oldukları gibi, aynı tehlike sebebiyle bir zarara uğradıkları zaman mağduriyetleri katlanmakta ancak kusur ilkesi bu kimseleri korumamaktadır. Kusur ilkesi adeta "Kuvvetlinin hakkı daima tercihe şayandır" fikrini benimseyerek zarar veren kimseyi korumaktadır[1288]. Zira genelde zarar veren taraf güçlü iken zarar gören taraf ise zayıftır. Halbuki adaletin tesisi için, zayıf ve mağdur konumda olanın korunması gerekir.

Zarar verici vasıtaların son yüzyıllarda iyice artması ile ortaya çıkan zararlar çoğalmıştır. Böylece haksız olarak görülen zararlarla ilgili mağdur lehine bir

1286 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 3.
1287 **İMRE**, s.48.
1288 **İMRE**, s.44.

hassasiyet oluşmaya başlamış ve insanların bu duruma bakış açısı değişmeye başlamıştır[1289]. Zira zarar verici vasıtaların artmasıyla güçlü olanın yanında olan ferdiyetçi bakış açısına dayanan kusur ilkesinin yetersizliği bu gelişmelerle iyice ortaya çıkmaya başlamıştır[1290]. Çok büyük sermayeler ve tehlike saçan makineler karşısında emeği ile geçinmek zorunda olan çaresiz büyük bir insan topluluğunun korunmasının gerekliliği fark edilerek sorumluluk hukukunda sosyal düşünce ön plana alınmaya başlanmıştır[1291]. Sorumluluk hukukunda sosyal düşünce toplum içinde zayıf kalmış, elem ve acıya maruz bırakılmış kimseleri korumayı ve bencil bir fertçilikle mücadele etmeyi gerektirir. Bu anlayış ile güçlü kimselerin aktif hareketleriyle tamamen pasif ve mağdur durumdaki kişilere zarar vermeleri durumunda güçlülerin imtiyazlı olmalarının önüne geçilmektedir. Nitekim sorumluluk hukukundaki sosyal düşüncenin gelişmesi ile bugün çıkarılan hukuk düzenlemelerinde artık patron karşısında işçiler, motorlu araç kullananlara karşı yayalar, büyük işletmeler karşısında işçiler ve halk korunmaktadır[1292].

Toplumun uğrayabileceği haksız zararlardan onu korumak gerektiği fikrinin gelişimi ile kusur kavramı objektifleşmeye ve kusursuz sorumluluk anlayışı genelleşmeye başlamıştır[1293]. Sorumluluk hukukunda kusurun objektifleşmesi nispetinde kusursuz sorumluluğa yaklaşıldığı bilinmektedir[1294]. Fakat bu yeterli gelmeyerek kusursuz sorumluluk ile failin sebep olduğu haksız zarardan her hâlükârda sorumlu olmasının yolu açılmıştır. Ancak maksat zarar vereni sorumlu tutmaktan ziyade zarar görenin haksız olarak uğradığı zararın tazmini ve tamiridir[1295]. Tazminattan başka birilerinin de sorumlu tutulmasının yolu genişletilerek de bu amaca ulaşılabilir[1296]. Böylece sorumluluk hukukunda sigorta fikri de meydana çıkmaya başlamıştır. Sigorta ile mağdurun haksız olarak uğradığı zarar failin kusursuzluğu sebebiyle mağdur üzerinde kalmayacak ve tazmin edilebilecektir. Bunu yüklenen ise fail değil sigorta olacaktır. Sigorta ile sorumluluk kollektifleşir ve zararı tazmin

1289 **EREN**, Borçlar Genel s.578 vd.; **İMRE**, s.44; **OFTINGER/STARK**, s.56-57.
1290 **OFTINGER/STARK**, s. 61-62.
1291 **EREN**, Borçlar Genel s.578 vd.; **OFTINGER/STARK**, s.57; **İMRE**, s.44;
1292 **İMRE**, s. 44-45.
1293 **EREN**, Borçlar Genel s.578 vd.; **OFTINGER/STARK**, s.57.
1294 **OFTINGER/STARK**, s. 210; **BAŞ**, Kusur, s. 234; **WEBER**, Unerlaubte Handlung, s. 260.
1295 **LARENZ/CANARIS,** s. 354; **VITO**, s.9.
1296 **OFTINGER/STARK**, s.56.

yükümü mümkün olduğunca daha çok insana dağıtılır[1297]. Böylece çağımızda sigortalar bir sorumluluk sebebi olmuşlardır[1298]. Sigortanın geniş çapta uygulanması ile zarar mağdur üzerinde kalmayacak her zarar için sorumlu bir taraf bulmak mümkün hale gelebilecektir[1299].

Sigorta kurumu sosyal niteliktedir. Sigorta ettiren fertler belirli bir miktar prim ödeme borcu altına girerler[1300]. Bu primlerden oluşan havuzdan zarar gören ferdin zararı karşılanır. Böylece uğranılan zarar, sigorta primi ödeyenlerin hepsine dağıtılıp paylaştırılmaktadır. Sigortanın söz konusu sosyal niteliği, günümüzdeki tehlikelerle dolu modern hayatın işleyiş ve yapısına uygun görünmektedir. Çünkü modern toplumun yapısı ve işleyişi gereği tehlikeli işletmeler, faaliyetler ve tehlike oluşturan her şey maruz kalınan zararın sebepleridir. Bu düşünceye göre zarar doğuran sebeplerin ortak olması, zararlardan sorumluluğun da ortak olmasını gerektirmelidir. Dolayısıyla varlıklarıyla toplumu oluşturan ve toplumu tehlikeye sokan sebepleri kollektif bir şekilde ortaya çıkarmış olan bireyler, bunlardan ortaya çıkacak zararı da topluca yüklenmeli, zararın tamir ve tazmini kollektifleştirilmelidir[1301].

II) SİGORTALAR VE SORUMLULUK İLKELERİ

A Sorumluluk Sigortaları

Sorumluluk hukukunda en önemli sigorta çeşidi sorumluluk sigortalarıdır. Sorumluluk sigortaları kişilerin başkalarına verebilecekleri zararlardan ötürü sorumlu olmaları halinde bu sorumluluğun sigortacı tarafından üstlenilmesini sağlar[1302]. Sorumluluk sigortaları kişi ile sigortacı arasında yapılan sigorta sözleşmesiyle, sözleşmeye dahil edilmiş bir riskin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkan zararı sigortacının yüklenmesine imkân verir[1303]. Sorumluluk sigortalarıyla sigortacı, sigorta

---

1297 **OFTINGER/STARK**, s.59; **BRÜGGEMEIER**, s. 11; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER,** s.6-7; **EREN**, Borçlar Genel s.578 vd.

1298 **EREN**, Borçlar Genel, s.578 vd.; **STARK**, Ausservertragliches, s. 190 vd.

1299 **OFTINGER/STARK**, s.57. Sigorta yoluyla tam bir sorumluluk varsayımı, kaynak israfına yol açar. Bu nedenle sorumluluk ve sigortayı tamamen uyumlu hale getirmek ekonomik açıdan makul değildir. **HINTEREGGER,** Monika, Haftung und Versicherung, Die Pflichthaftpflichtversicherung im Schadensrecht - eine funktionelle Analyse, Wien 2010.s. 514.

1300 **EREN**, Borçlar Genel s.580.; **OFTINGER/STARK**, s.60.

1301 **OFTINGER/STARK**, s.59; **EREN**, Borçlar Genel s.580 vd.

1302 **VITO**, s.9; **STARK**, Ausservertragliches, s. 190; İsviçre Hukukunda sorumluluk ve sigorta ilişkisi hakkında detaylı bilgi için Bkz. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 243 vd.; **BREHM**, s. 156 vd. Alman Hukukunda sigortalar hakkında Bkz. **BRÜGGEMEIER**, s. 626vd.

1303 **BREHM**, s. 156; **STARK**, Ausservertragliches, s. 190 vd.

ettirenin mal varlığının pasif kısmında oluşan bir değeri yüklenmektedir[1304]. Bu sebeple sorumluluk sigortası bir pasif değer sigortasıdır[1305]. Böylelikle sorumluluk sigortaları bir yandan sigorta ettirenin mal varlığındaki azalmayı önleme amacı güderken diğer yandan failin eyleminden zarar gören üçüncü kişinin uğradığı zararın giderilmesini de amaçlar[1306]. Sorumluluk sigortaları failin mal varlığının pasif kısmını, zarar görenin mal varlığının aktif kısmını korumayı amaçlamaktadır. Bu yönüyle sorumluluk sigortası zarar görenle sigorta ettiren failin menfaatlerini dengeli olarak ele alan *sui generis* bir sigorta türüdür[1307]. Kanaatimizce sorumluluk sigortasında failin tazminattan kurtulması ve mağdurun zararının tazmin edilmesi (ikisinin birden korunması) aslında sebebiyet ve kusur ilkesinin pek önemli sonuçlarının beraberce ortaya çıkmasına olanak vermektedir. Zira kusur ilkesinin karakteristiği faili, sebebiyet ilkesinin ki ise mağduru koruma meylidir.

Sorumluluk sigortaları, zarar sigortaları bölümünde TTK'da m. 1473-1486 arasında düzenlenmiştir. Sorumluluk sigortalarında riziko; niteliği ve sonucu itibariyle sigorta ettirenin, mal varlığının pasifinde çoğalmaya neden olan ve genel bir hüküm olan TTK m. 1409'un kapsamında riziko olarak değerlendirilebilen her türlü olaydır[1308]. Sonuçları sigorta süresinden sonra ortaya çıksa bile rizikonun sigorta süresi içinde gerçekleşmesi gerekmektedir[1309]. Taraflar arasındaki sözleşme ile sigortacının sorumluluk alanı genişletilebilir[1310]. Uygulamada zararı doğuracak olay genellikle önceden belirlenemediğinden, sigorta genel şartlarında sigorta güvencesinin dışında bırakılmış hasar ve rizikoların sayılması yoluna gidilmektedir[1311].

Sorumluluk sigortalarında, failin zarar verdiği kişi sigorta sözleşmesinin tarafı değildir. Bununla beraber sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığı halde zarara uğrayan üçüncü kişi sorumluluk sigortasından yararlanır. Kural olarak zarara uğrayan üçüncü

1304 **KARASU**, Rauf 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İÜHFD, C. 6, S. 4, Y. 2015, s.685; **ULAŞ**, Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 2002, s.570; **BOZER**, Ali, Sigorta Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2009, s. 131; **BREHM**, s. 156.

1305 **ULAŞ**, s.570; **BOZER**, s. 131.

1306 **BOZER**, s. 130; **ULAŞ**, s.569-570; **KARASU**, s.685; **STARK**, Ausservertragliches, s. 190.

1307 **ULAŞ**, s.570; **KARASU**, s.685.

1308 **CEBE**, Mehmet Sinan, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Ankara 2018, s.651.

1309 **ÇEKER**, Mustafa, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 8. Baskı, Adana 2013, s. 259.

1310 **ÇEKER**, s. 259.

1311 **BOZER**, s. 134.

kişi doğrudan sigortacıya müracaat ederek uğradığı zararın tazminini isteyebilir[1312]. Bu konuda KTK m. 97 özel, TTK m. 1478 açık ve genel hüküm içermektedir. Sigorta sözleşmesinin üçüncü kişilere sigortacıya doğrudan başvurma hakkı vermesi niteliğini haiz olması sebebiyle sorumluluk sigortası sözleşmelerinin üçüncü kişi lehine sözleşme olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır[1313]. Bir görüşe göre sorumluluk sigortaları tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir[1314]. Diğer görüşe göre zarar gören üçüncü kişinin doğrudan başvuru hakkı kanundan kaynaklandığı için üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu değildir[1315].

Sorumluluk sigortalarında sigorta edilen tehlikenin gerçekleşmesi sigortacının mağdurun uğradığı zarardan sorumlu olması için yeterlidir. Sorumluluktan bahsedebilmek için sigortacı ile mağdurun uğradığı zarar arasında illiyet bağı veya kusur gibi unsurları araştırmak gerekmez[1316]. Gerçekten sigortacı ile ortaya çıkan zarar arasında hiçbir ilişki bulunmamaktadır[1317]. Ancak zarar veren ile mağdur arasında TBK m. 49 anlamında haksız fiil sorumluluğunda bu iki unsurun, sebep sorumluluğu hallerinde ise illiyet bağının varlığına bakmak gerekmektedir. Zira zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için bunlar şarttır. Sigortacının sorumlu tutulabilmesi içinde zarar verenin sorumlu tutulabilmesi şarttır ki onu üstlenebilsin[1318]. Bu unsurlar zarar veren açısından araştırılır. Sigortacı ile üçüncü kişinin uğradığı zarar arasında haksız fiilin herhangi bir unsuru bakımından bir bağlantı araştırmaya gerek yoktur. Zira sigortacının sorumluluğunun asıl sebebi haksız fiil değil sigorta sözleşmesidir.

1) Kusur ilkesinin Sorumluluk Sigortalarıyla Uyumu

Sorumluluk sigortasında sosyal nitelikteki sigorta hukukuyla ferdî nitelikteki sorumluluk hukuku bir çeşit uyum ve bağlantı ilişkisi içinde yan yana bulunmaktadır[1319]. Rizikoyu oluşturan zararın gerçekleşmesiyle ferdi sorumluluk anlayışıyla bu zararın sorumluluğu zarar verene aktarılmakta, daha sonra da kollektif sorumluluk devreye girerek sorumluluk sigortacıya aktarılmaktadır[1320]. Söz konusu

---

1312 **OFTINGER/STARK**, s.61-63; **BOZER**, s. 131; **KARASU**, s.686.
1313 **ULAŞ**, s.571.
1314 **EREN,** Borçlar Genel, s. 1274; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 264-265.
1315 **BOZER**, s. 131.
1316 **EREN**, Borçlar Genel, s.579 vd.; **OFTINGER/STARK**, s.60.
1317 **OFTINGER/STARK**, s.60.
1318 **EREN**, Borçlar Genel, s.580 vd.; **STARK**, Ausservertragliches, s. 190 vd.
1319 **EREN**, Borçlar Genel, s.579 vd.
1320 **EREN**, Borçlar Genel, s.579 vd.; **OFTINGER/STARK**, s.60; **STARK**, Ausservertragliches, s. 190 vd.

ferdi sorumluluk anlayışı sebep sorumluluğu ise bu uyum daha da kuvvetli hale gelmektedir[1321]. Çünkü sebep sorumluluğunun fail aleyhine doğurduğu ve kusur ilkesi düşüncesindeki hukukçulara göre ağır olabilecek sonuçlar sigorta yoluyla yumuşatılarak topluma dağıtılmaktadır. Sorumluluk sigortalarında ortaya çıkan zararın izalesi, bunun yükünü mümkün olan en yüksek sayıda insana dağıtmak fikrine dayanmaktadır[1322].

Sorumluluk sigortasında uzun zaman kusur ilkesine dayanan sorumluluk anlayışı hâkim olmuştur[1323]. Ancak mahiyet itibarıyla sorumluluk sigortaları aslında kusursuz sorumluluk anlayışıyla daha çok uyum içindedir[1324]. Zira kusursuz sorumluluk ile failin sorumlu olması kolaylaşmakta ve failin korunma ihtiyacı artmaktadır. Keza kişilerin malvarlıkları için tehdit oluşturan tehlikelerin ve verdikleri hasarların büyümesi ile mağdurların korunma ihtiyacı da artmıştır. Bu iki ihtiyacın giderilmesi ise zaten sorumluluk sigortasının iki ana amacıdır[1325]. Toplumun ve mağdurun zarardan korunması sosyal amacı özellikle zorunlu sorumluluk sigortalarında kendisini göstermektedir. Nitekim kusursuz sorumluluk hallerinin hukuk sistemi içerisinde kendisine yer bulmaya başlaması ile sorumluluk sigortaları da gelişme sürecine girmiştir[1326]. Halihazırda sorumluluk sigortaları yaygın olarak kusursuz sorumluluk alanında da kullanılmaktadır[1327].

Kusur ilkesinde fail kusuru yoksa sorumlu değildir. Failin sorumluluğu olmadığı yerde sigortacının da sorumluluğu olmayacağı için sorumluluk sigortasının varlığına rağmen zarar masum olan mağdurun üzerinde kalmaktadır. Bu noktada sorumluluk sigortalarının haksız zarara maruz kalmış masum mağdurun zararını topluma dağıtarak bunu tazmin ve tamir etmesi işlevi kusur ilkesi tarafından engellenmektedir. Kusur ilkesine göre fail kusurlu olmadığı zaman haksız fiil sorumluluğu oluşmadığı için sigortanın koruyucu etkisi devreye girmemektedir. Kusur ilkesinde sorumluluk sigortası sadece fail kusurlu olduğu zaman devreye girmektedir ki bu durum sorumluluk sigortasının işlevselliğini dolaylı yoldan kusur şartına bağlayarak önemli oranda azaltmakta ve mağduru zararla baş başa bırakmaktadır.

1321 **OFTINGER/STARK**, s.60.
1322 **OFTINGER/STARK**, s.59.
1323 **BOZER**, s. 132; **ULAŞ**, s.574.
1324 **OFTINGER/STARK**, s.60.
1325 **BOZER**, s. 130; **ULAŞ**, s.569-570; **KARASU**, s.685.
1326 **BOZER**, s. 132.
1327 **KARASU**, s.687.

Failin kusurlu olması durumunda ise mağdur zaten failden alacaklı olduğu için ayrıca sigortacıdan alacaklı olması çok da önem arz etmemektedir. Bu sebeple sorumluluk sigortasının mağdura olan koruması kısıtlı olup[1328] büyük oranda işlevsiz kalmaktadır. Failin kusurlu olması durumunda sorumluluk sigortasının asıl koruması rücu halleri müstesna, fail üzerinde yoğunlaşmakta ve failin mağdura olan borcunu üstlenmektedir. Böylece kusur ilkesinin bir neticesi olarak sorumluluk sigortası esas olarak kusurlu failin korunmasına hizmet etmekte ve onu amaçlamakta, masum ve mağdur zarar görenin korunmasına ise kısmen ve dolaylı olarak yardım etmektedir. Zira mağdur sigorta olmasa bile failden zararın tamir ve tazminini isteyebilecektir. Bu itibarla sorumluluk sigortaları zaten zarar veren faili koruyan sonuçlar veren kusur ilkesi ile beraber uygulandığında, faili fazla koruyan sonuçlar vermektedir. Kanaatimizce yukarıdaki sebeplerle sorumluluk sigortalarının kusur ilkesiyle uyumu hususunda, mağdurun yeterli seviyede korunamaması yönünden önemli bir eksiklik bulunmaktadır.

Sorumluluk sigortası failin zararı gerçekleştirmekteki çekincelerini bir derece bertaraf ettiği için sorumluluk ilkelerinin zararın hiç gerçekleşmemesine ve toplumun zarardan korunmasına yönelik argümanlarını da etkiler[1329]. Ayrıca bu durumun ekonomik açıdan toplumun zararına olduğu açıktır.

Sorumluluk sigortalarının konusu sigortalı ile üçüncü kişi arasında gerçekleşecek bir tazmin ilişkisidir. Sigortalı üzerine bir borç doğmuş olmalıdır ki üçüncü kişiler bunu zarar verenden dolayısıyla da sigortacısından talep edebilsinler. Üçüncü kişinin görmüş olduğu zarardan bir borcun doğmuş olması için kusur ilkesine göre failin kusurlu olması gerekmektedir. Kusur ilkesine göre sorumlulukta failin kusuru yoksa sorumluluğu da doğmayacağı için sigortacının da sorumluluğu doğmaz. Böylece kusur ilkesine göre haksız fiillerde zarar gören ile sigortacı arasında tazmin ilişkisi kusura dayanmaktadır. Kusur, sigortacı ile zarar gören arasında tazmin ilişkisi doğurucu bir görev üstlenmiş olmaktadır. Kusur ilkesinin müspet sonucu gereği TBK m. 50/1'de kabul edilen kusurun derecesinin fail ile zarar gören arasındaki tazmin miktarına etki etmesi, sigortacı ile üçüncü kişi arasındaki tazmin ilişkisini de belirler.

1328 **BREHM**, s. 156.
1329 **VITO**, s. 11.

Böylece kusur ilkesi gereğince sigortacı zarar gören üçüncü kişiye karşı ancak failin kusurunun ağırlığı derecesinde sorumlu olur.

2) Sorumluluk Sigortasının Kusur İlkesinin Menfi Sonucunu Koruması ve Müspet Sonucunu Zayıflatması

Kusur ilkesi anlayışı Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde çok kuvvetli kökenleri olan ve 19. yüzyılda bir hukukî dogma haline gelen bir fikir akımıdır[1330]. İlke ve anlayış olarak hukuk sistemlerine ve kanunlara sirayet eden kusur ilkesinin terk edilme sürecinin yavaş ve istisnaî olması gayet normaldir. Bu süreçte sorumluluk sigortaları büyük rol oynamıştır. Gerçekten sorumluluk sigortaları kusursuz sorumluluğa geçişi kolaylaştıran bir hukuki kurum olmuştur. Zira sorumluluk sigortaları ile sebebiyet ilkesi söz konusu olsa bile kusur ilkesinin menfi sonucu olan kusur yoksa failin sorumluluğu da yoktur anlayışını, sorumluluğu sigortacıya intikal ettirerek kısmen muhafaza etmek mümkündür. Kusursuz failin sorumluluğunu, sorumluluk sigortalarıyla sigortacı üstlenmektedir. Faile dava açmak mümkün olsa bile, fail ödediği miktarı sigortacıya rücu edebilir[1331]. Bu durum aslında kusur ilkesinin menfi sonucuyla aynı neticeye ulaşmaktadır. Zira kusursuz sorumluluk halinde kusursuz failin sorumluluğu olması gerektiği halde bu sorumluluk adeta ortadan kalkmış bulunmaktadır. Kusursuz failin sorumlu olmaması ise kusur ilkesinin menfi sonucunun bir gereğidir. Böylece sorumluluk sigortaları kusursuz sorumluluk hallerinde kusur ilkesinin kusursuz faili mümkün mertebe korumak gibi bazı görünümlerini ve sonuçlarını önemli ölçüde muhafaza etmiştir. Ayrıca sorumluluk sigortalarıyla kusursuz sorumluluk hallerinde dahi kusur ilkesinin dayandığı hukuki gerekçelerinden olan özellikle masum olan failin korunması, hareket özgürlüğünün teşviki, kişilerin teşebbüs cesaretlerinin kırılmaması gibi düşüncelere de aykırı hareket edilmemiş olunmaktadır. Şu kadar ki artık fail tamamen korunmamaktadır, sigortacıya cüzi bir prim ödeme borcu altındadır[1332]. Ayrıca fail sigortacıyla müteselsilen sorumlu bulunmaktadır.

Peki kusur ilkesinin söz konusu olduğu hallerde sorumluluk sigortalarının etkisi ne yönde olur? Kusur ilkesi gereği fail kusursuz ise zaten sorumlu değildir. Fail

---

1330 **EREN**, Borçlar Genel, s.556-557; **JANSEN**, Haftungsrechts, s. 22. **BRÜGGEMEIER**, s.50; **PLETTER**, s. 1.

1331 **OFTINGER/STARK**, s.59.

1332 **OFTINGER/STARK**, s.60.

ancak kusurlu ise sorumlu tutulmaktadır, böylece menfi sonuç aynen korunur. Sorumluluk sigortası ile failin korunması bir derece daha artırılmakta ve kusurlu failin sorumluluğunu dahi sigortacı üstlenmiş olmaktadır. Bu da fail kusurlu olsa bile onun sorumluluğunun sigortacıya nakledilmesi sonucunu vermekte ve böylece fail tam bir korumaya alınmış olmaktadır. Kusur ilkesinin müspet sonucu olan failin kusuru varsa sorumluluğunun da olması, sigortacının sorumluluğu yüklenmesiyle adeta zayıflamış olmaktadır. Ancak bu mutlak değildir. Sigortacının, zarar verenin sözleşmede belirlenen ağır veya özel nitelikteki kusuru sebebiyle rücu hakkı doğmuş olursa fail bir nev'i tek başına sorumlu olmaktadır. Zira sigortacı zararı ödese bile bunu failden talep edebilecektir. Ağır ihmali sigortacı yüklenebilse bile sigortacının sorumluluğu hususunda kast sınırında durulmuştur. Kastı olan failin sorumluluğunu sigortacı yüklenmez[1333]. TTK m. 1477'e göre: *"Sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz."* Ağır ihmal halinde dahi sigortacının sorumluluğu olsa da, sigortacının failin başvuru alanlarını azaltma hakkı olması kurumun mahiyetine uygun gözükmektedir[1334]. Dikkate değerdir ki kusurlu failin korunması mağdur aleyhine de sonuç vermemekte hatta mağdur zararını dilerse failden dilerse sigortacıdan talep edebilme imkânına kavuşmaktadır. Neticede sorumluluk sigortaları sebebiyet ve kusur ilkelerinden hangisi söz konusu olursa olsun faili korumakta ve onun sorumlu olmasının önüne geçmektedir. Sorumluluk sigortaları kusursuz sorumluluk ile uyum içerisinde[1335] olsa da sorumluluk sigortalarının faili koruması yönüyle kusur ilkesiyle paralel sonuç verdiği ve onu güçlendirdiği söylenebilir. Zaten kusursuz sorumlulukla uyumunun en esaslı nedeni de kusursuz sorumlulukta failin korunmaması durumunu faili de koruma altına alarak gidermesinden kaynaklanmaktadır.

3) Kusursuz Sorumlulukta Sorumluluk Sigortası

Kusursuz sorumluluğun kabul edilerek hukuk sistemlerine girmesinde sosyal düşünceler önemli rol oynamıştır. Toplumu oluşturan özellikle zayıf ve ekonomik açıdan güçsüz konumdaki fertler hiçbir müdahaleleri ve menfaatleri olmadığı halde aleyhlerine ve genellikle güçlü kimselerin kendi lehlerine olarak ortaya çıkarttığı yoğun ve büyük tehlikelerden doğabilecek zarar riskleriyle karşı karşıyadır. Bu

1333 **KARASU**, s.690; **CEBE**, s. 248 vd.; **VITO**, s.67; **WIDMER**, s. 160.
1334 **VITO**, s.67.
1335 **OFTINGER/STARK**, s.60.

kimselerin uğrayabileceği zararların giderilmesine kusur ilkesinin menfi sonucu engel olmaktadır. Bu sosyal ihtiyaç olan mağdurun zararının giderilmesi bir yandan kusursuz sorumluluk hallerinin kabul edilmesiyle giderilirken diğer yandan kusursuz kimsenin korunması düşüncesi de varlığını sürdürmüştür. Sorumluluk sigortaları da sosyal ihtiyaç olan mağdurun uğradığı zararın tazmin edilmesi ve kusursuz zarar veren kimselerin korunması amaçlarına hizmet etmektedir. Bu sebeple sorumluluk sigortalarının mahiyeti kusursuz sorumlulukla beraberce uygulanmaya müsait bir karakter arz eder. Kusur ilkesinde sorumluluk sigortaları zaten korunan failin korumasını güçlendirirken, kusursuz sorumlulukta sorumluluk sigortaları iki tarafı da koruyarak çok daha dengeli bir sonuç ortaya çıkartmaktadır.

Kusurun objektifleştirilmesi ve kusursuz sorumluluk hallerinin yaygınlaşması özellikle sorumluluk sigortalarını gündeme getirmeye başlamıştır. Zira failin sorumlu tutulma ihtimali yükselmiştir. Objektifleşen kusurla failin kusurlu bulunması kolaylaşır ya da sorumluluğu için kusursuz sorumluluk sebebiyle kusurlu olmasına dahi gerek yoktur. Fail verdiği zarardan her hâlükârda sorumlu tutulunca onun bu sorumluluğunu sorumluluk sigortaları yüklenir. Diğer yandan toplumun haksız zararlardan korunmasına yönelik sosyal düşünce kuvvetlenmiştir. Böylelikle sosyal düşüncenin gelişimi de kusurun objektifleşmesi ve kusursuz sorumluluk anlayışının kabul edilmeye başlanması süreciyle uyumlu ve aynı yönde olmuş böylece sorumluluk sigortaları yaygınlaşmaya başlamıştır.

Sorumluluk sigortaları, kusursuz sorumlulukla önemli bir uyum ve bağlantı içerisinde olup onu destekler[1336]. Bununla beraber sorumluluk sigortalarının, sebebiyet sorumluluğunda bile kusur ilkesinin sonuçlarını muhafaza eden bir yapısı vardır. Zira sorumluluk sigortaları failin sorumluluğunu sigortacıya intikal ettirmektedir. Bu da sebep sorumluluğu kabul edilmiş olsa bile kusursuz failin sorumluluğunu sigortacıya intikal ettirerek faili tazminden kurtarmaktadır. Bu ise kusursuz sorumluluk hallerinde bile kusur ilkesine adeta hukuki hayat verilmesi sonucunu doğurmaktadır. İşte sorumluluk sigortaları kusur ilkesinin sonuçlarını koruyan yapısı nedeniyle kolaylıkla kabul edilip uygulanmaya başlanmıştır. Zira sorumluluk sigortası, sebep sorumluluğunun kusursuz fail aleyhine olabilecek sonuçları ve sebebiyet esasının kabul edilmemesi için sürülebilecek gerekçeleri önemli oranda bertaraf eder. Bu

[1336] **EREN**, Borçlar Genel, s.580; **OFTINGER/STARK**, s.60;

yönüyle sorumluluk sigortaları kusur sorumluluğundan sebebiyet sorumluluğuna geçiş sürecinde önemli rol oynamıştır.

Sigortaların dayandığı esas fikri temellerden birisi, zarar doğuran sebeplerin ortak olmasıdır. Bu durum zararlardan doğan sorumluluğun da ortak olmasını gerektirmelidir. Bu düşünceye göre toplumu tehlikeye sokabilecek sebepleri ortaya çıkarmış olan bireyler, bunlardan ortaya çıkacak zararı da kollektif bir şekilde yüklenmelidir[1337]. Kanaatimizce bu noktada sorumluluğun toplumun tamamına yayılarak kollektifleştirilmesinde dikkat çekici önemli bir husus vardır. Şöyle ki fertler aleyhine ortaya çıkartılan tehlikeleri toplumun tüm fertleri ve özellikle sigortaya prim ödeyen kimseler eşit seviyede çıkartmazlar. Her sigortalının toplum aleyhine oluşturduğu tehlikenin boyutu ve bu tehlikeye karşılık bundan elde ettikleri menfaatler ayrıdır. Dolayısıyla verdikleri zararların sorumluluğunun tüm sigortalılara yayılmasında adalet fikrine aykırılık görünmektedir. *Oftinger/Stark* ise aynı sorumluluk sigortası tipine tabi olan tüm üyelerin aynı riske sebep olduğunu söylemektedir[1338]. Yazara göre bu sebeple aynı riski oluşturan tehlikeleri ortaya çıkaranların zararı beraberce yüklenmeleri makuldür[1339].

Yukarda bahsedilen bağlamda zararın faile değil topluma yükletilmesinde (kollektifleştirilmesinde) kusursuz failin korunması düşüncesi vardır[1340]. Aleyhine çıkartılmış büyük tehlikelere rağmen masum mağdura zararı terk etmenin kabul edilemez sonuçları kusursuz sorumluluk ile giderilmiştir. Diğer yandan sigorta marifetiyle kusursuz failin korunması düşüncesi devam etmektedir. Ancak fail kusursuz ise sigortayı karşılayan toplumun zararı ortaya çıkaran gerçek neden olan somut olay özelinde daha kusursuz olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla kusur ilkesinin temel anlayışı olan kusursuz faili koruma düşüncesinden kopulamayarak, sorumluluk sigortalarının ihdas edilmesi ve sorumluluğun kollektifleştirilerek kusursuz failin korunmasının ne kadar adaletli olduğu kanaatimizce ele alınmalıdır. Bu bahsi geçen durum sorumluluk sigortasının kusursuz sorumluluktaki işlevine dairdir. Kusur ilkesi söz konusuysa zaten failin kusuru yoksa sigortacı da sorumlu olmayacağı için, zarar mağdura terk edilmektedir.

1337 **OFTINGER/STARK**, s.59; **EREN**, Borçlar Genel s.580 vd.
1338 **OFTINGER/STARK**, s.60.
1339 **OFTINGER/STARK**, s.59-60.
1340 **OFTINGER/STARK**, s.59; **EREN**, Borçlar Genel s.580 vd.

4) Sorumluluk Sigortalarında Kusurun Rücu İlişkisi Doğurması

Sorumluluk sigortalarında sigortacının zarar görene tazminat ödemesi halinde, sigorta ettirene rücu edip edemeyeceği doktrinde tartışmalıdır[1341]. Bazı özel kanuni düzenlemeler rücuya olanak sağlamaktadır. Ancak konuyla ilgili TTK 1481 sigortalıya rücuyu engelleyen açık ve genel bir hüküm getirmiştir. Zira sorumluluk sigortasının bir amacı da zaten zarar vereni tazmin yükümlülüğünden kurtarmak ve onu gerçekleşen riskin yükümlülüğünden korumaktır[1342]. Nitekim TTK m. 1481/1'de sorumluluk sigortalarında sigortacının halefiyeti düzenlenmiş ve sigortacıya sigortaladığı kişiye rücu hakkı kural olarak verilmemiştir. İlgili kanun metnine göre: *"Sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur."* Bu düzenlemeyle sigortacının dava hakkı sigortalısının dava hakkıyla sınırlanarak sigortalısına rücu etmesinin önüne geçilmiştir[1343]. Aynı maddede sigortacıya sadece zarardan sorumlu tutulabilecek üçüncü kişilere müracaat edebilmesine olanak verilmiştir. Söz konusu üçüncü kişiler sigortalı failin de somut olaydaki zarar için dava ile talepte bulunabileceği kimselerdir. Bu durum ise sigortacının, ödeme yaptığı oranda sigortalının kanuni halefi olduğunu göstermektedir[1344]. Sigortacı halefiyete dayandığı sigorta rücu davasında ancak selefinin sahip olduğu haklara sahiptir. Bu haklar halefiyet hukuku ilişkisi içerisinde olup sigortacının ödediği tazminat nispetindedir[1345].

Sigortacı, sigortalıyla beraber, müşterek kusurlu veya müteselsil sorumlu olan kişilere rücu edebilir[1346]. Burada konu açısından önemli nokta sigortalıya karşı rücu isteğinin kusur ilkesine dayanmasıdır[1347]. Bir kusursuz sorumluluk hali söz konusu

---

1341 **CEBE**, s.701; **ULAŞ**, s.586.

1342 **ÇEKER**, s. 250 vd.

1343 **ÇEKER**, s. 260.

1344 **CEBE**, s.702; İsviçre Hukukunda da sigortacı, ödeme yaptığı kadarıyla sigortalananın halefi olmaktadır. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 26-27.

1345 **CEBE**, s.702.

1346 **ÇEKER**, s. 259; **CEBE**, s.702.

1347 Rücu yoluyla tazminat istemine ilişkin bir yargıtay kararında *"işvereninin sorumluluğu kusur esasına dayanması karşısında; üçüncü kişinin işvereni hakkında, Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca kusursuz sorumluluk hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Burada hangi hareketin kusur sayılacağına ilişkin 506 sayılı Kanunun 26/1'inci maddesine paralel bir açıklama yapılmadığından, kusur olgusunun 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunun 41 ve devamı (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 49 ve devamı) maddeleri uyarınca belirlenmesi gerektiğinin kabulü gerekir."* ifadesine yer verilerek rücunun kusur ilkesine dayandığı beirtilmiştir. Yargıtay 10. HD, 13.06.2013 T. 2013/6199 E. 2013/13345 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 27.03.2021); Rücu hususunda kusur oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Bir yargıtay kararında sigortacının,

olsa bile rücu için kusur ilkesi söz konusudur[1348]. Ayrıca sigortalı ile sigortacı arasındaki sözleşmeyle rücu için istisnaî nitelikte düzenlemeler de belirlenmiş olabilir[1349]. Sözleşmedeki bu düzenlemenin açık bir hüküm niteliğinde olması gerekir. Kanunda rücu ile ilgili açık bir düzenlemede olabilir. Mesela Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartlarının düzenlendiği B.4. maddesinde öngörülen şartlar meydana gelirse, sigortacı sigorta ettirene rücu etme hakkına sahip olur[1350]. Bu durumlar yedi bent halinde sayılmış olup, tamamı sigortalının kusurlu olduğu durumlardır. Rücu ilişkisi ağır kusura veya kanunda belirtilmiş belirli kusurlu davranışlara dayandırılmıştır. Benzer şekilde KTK m. 95/2'ye göre de sigortacı sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilecektir[1351].

Benzer şekilde TTK m. 1481/3'e göre sigortalı veya zarar veren, tazminatın ödenmesiyle sigortacıya geçen haklarını ihlâl edici davranırsa, sigortacıya geçen hakları konusunda kusurlu hareket ederse, sigortacıya karşı sorumlu olur. Dolayısıyla rizikonun gerçekleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonra sigorta ettiren, sigortacıya halefiyet ile intikal etmiş hakları korumakla yükümlüdür. Buna aykırı davranışları kusurlu olup sigortacıya karşı sorumluluğunu gerektirir ve rücu söz konusu olur[1352]. Görüldüğü üzere sorumluluk sigortalarında sigortacının sigortalıya rücusuna izin veren kanuni düzenlemeler ve sözleşmelere bununla ilgili konulan hükümler kusurlu davranışların varlığına dayanmaktadır.

---

sigortalıya rücusu için kusurun varlığının yeterli olmadığı ayrıca zararlı sonucun sadece bu kusurun neticesinde gerçekleşmiş olmasını aramıştır. Anılan karara göre : "*Taşıtın ruhsatında belirtilen taşıma haddinden fazla yük ve yolcu taşınması sırasında meydana gelen zararlar nedeniyle rücu hakkının bulunduğunun kabul edilebilmesi için, kaza ile istiap haddinden fazla yük ya da yolcu taşıma arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve kazanın salt bu nedenle meydana gelmesi gerekir. Başka bir anlatımla, sadece istiap haddinin aşılmış olması, rücu imkanı vermez."* Yargıtay 17. HD, 19.09.2012 T. 2011/9944 E. 2012/9186 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021).

1348 506 sayılı sosyal sigortalar kanununa göre üçüncü kişi olan işverenin rücudan sorumluluğu için kusur şartı aranmaktadır. Buna karşılık işverenin istihdam edenin sorumluluğuna göre kusursuz olarak sorumluluğunun somut olayda var olması sebebiyle işveren kusursuz da olsa ona rücu edilebileceği hususu reddedilmektedir. Yargıtay 10. HD, 13.06.2013 T. 2013/6199 E. 2013/13345 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021)

1349 **ÇEKER**, s. 259.

1350 **CEBE**, s.702.

1351 **ÇEKER**, s. 260.

1352 **CEBE**, s.703.

Haksız fiillerde failin kusuru sigortacı ile zarar gören arasında borç doğurduğu ve bunun miktarına etki ettiği gibi sigortacı ile fail arasındaki sözleşmenin kapsamına göre bir rücu sebebi de olabilir. Buna göre sigortacı zarar görene yaptığı bir ödeme var ise failin kusuru oranında ona rücu edebilir. Rücu için fail ile sigortacı arasındaki sözleşmenin içeriği belirleyici olur. Sorumluluk sigortalarının amacı sigorta ettireni de korumak olduğu için ancak uygulamada ağır ve istisnaî nitelikteki bazı kusurlu hareket tipleri için sigortacı lehine rücu hakkı tanınmaktadır. Şayet failin kusuru, sorumluluk sigortası sözleşmesi kapsamında failin korunduğu bir ağırlıkta ise bu kusur rücu sebebi olmaz. Zira sözleşme ile zaten failin belirli bir dereceye kadar ki kusurlu fiillerinden doğacak zararlar sigortalanmıştır ve esas olanda budur. Ancak sözleşmede net olarak belirtilen kusur ağırlığı ve tipi sigortacı için rücu sebebi olmaktadır.

Sorumluluk sigortasında sigortacı ile sigortalı arasında rücu ilişkisinin doğmasının kusurlu hareketi esas alan özel bir kanun hükmüne veya failin sözleşmede belirlenen istisnaî nitelikteki ağır kusurlu davranış tipini gerçekleştirmiş olmasına bağlı olduğundan bahsedildi. Sözleşmelerde yapılan sorumluluk sigortasının tipine göre failin ağır kusuruna dayanan bazı hareketler rücu sebebi olmaktadır. Aslında bu noktada teorik olarak kusur ilkesinin rücu ilişkisine önemli bir etkisi ortaya çıkmaktadır. Bu da kusur ilkesinin sigortacının sigortalıya rücu için kusuru daha ağır aramaya müsait mahiyetidir. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde failin kusuru bile olmadan sorumlu tutulmaktadır. Bunun üstüne failin bir de ek kusuru varsa failin sorumluluğu gerçekten ağır olmalıdır. Bu sebeple kusursuz sorumlulukta failin sorumlu olmasını gerektiren zararı gerçekleştirmiş olmasının üstüne bir de kusuru olduğu zaman artık rücu için bu kusurun çok da ağır olmasını aramamak durumun mahiyetine uygun düşmektedir[1353]. Rücu ilişkisi taraflar arasında yapılan sözleşmenin içeriğine bağlı olsa da kusursuz sorumlulukta kusur ilkesi ve rücu ilişkisinin konuyla ilgili bu mahiyeti dikkat çekicidir[1354].

[1353] Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartlarının düzenlendiği B.4. maddesi a) fıkrasına göre "*Tazminatı gerektiren olay, sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise*" sigortalıya rücu edilebilir. Böylece tehlike sorumluluğunda Rücu için açıkça ağır kusur aranmaktadır. Elbette rücu için ağır kusur aranması doğaldır. Ağır kusur geniş bir alanı kapsamaktadır. Kanaatimizce kusursuz sorumlulukta rücu için ağır kusur sınırını daha düşük olarak anlamak doğru olur. Elbette bu görüşümüz hem kanun maddelerini yorumlarken, hem de bundan sonraki yapılacak yasama çalışmalarında gözetilebilir.

[1354] Bir yargıtay kararında kusursuz sorumluluk halinde rücu için yapılan kusur araştırmasında ağır kusur araştırılmamış hatta hafif bir kusur anlamına gelebilecek objektif özen kavramı

Ağır kusurlu hareket tarzları sigorta poliçesinde rücu sebebi olarak düzenlenebileceği gibi sigorta poliçesinin kapsamı dışında da bırakılabilir. Kast ile verilen zararlar da sigorta poliçesi kapsamı dışındadır[1355]. Sigorta poliçesi kapsamı dışında bırakılmış bir husus için yanlışlıkla bir ödeme yapılmışsa bu da sigortacı için bir rücu sebebidir. Ancak bu durumda halefiyet söz konusu olmadığı için bu halefiyete dayanan bir rücu davası değildir[1356].

B) Mal ve Can Sigortalarında Kusur İlkesi

Mal sigortaları kişilerin malvarlığını tehdit eden rizikolara karşı yapılır. Konusu kişilerin malvarlığı menfaatleridir[1357]. Mal sigortaları kişilerin mal varlıklarını tehdit etmekte olan rizikoların sonuçlarından onları korumak için yapılır[1358]. Sigortalının veya bir üçüncü kişinin[1359] malvarlığına zarar gelmesi durumunda, sigortacı bu zararı yüklenmektedir. İnsan hayatı ve vücut bütünlüğüne yönelik rizikolara teminat veren sigortalar ise can sigortasıdır[1360]. Can sigortalarının amacı kişilerin sakatlık, ölüm veya belirli süre sonra hayatta bulunuyor olması gibi farklı rizikolara karşı güvence sağlamasıdır. Can sigortalarında kişinin bedenine, sağlığına bir zarar gelmesi durumunda sigortacı, sigortalıya maktu bir tazminat ödeme borcu altına girer[1361]. Can sigortalarından ferdi kaza sigortası[1362] özellikle haksız fiillerle ilgili iken mal sigortaları da önemli oranda haksız fiillerle irtibatlıdır.

Kaza sayılarının artması ve kaza ile ortaya çıkan zararların büyük olması sigortaya olan yönelimi artırmıştır. Modern yaşamın getirmiş olduğu tehlikelerle dolu hayat şartları içerisinde bireyler uğrayabilecekleri muhtemel zararlara karşı sigortalara yönelmişlerdir[1363]. Can ve mal sigortalarında sorumluluk sigortasından farklı olarak sigorta ettiren sadece kendisinin uğradığı zararı sigorta altına almaktadır. Böylelikle

araştırılmıştır. Yargıtay 10. HD, 22.04.2019 T. 2016/18280 E. 2019/3756 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021)

1355 **CEBE**, s. 248 vd.; **VITO**, s.67; **WIDMER**, s.70.

1356 **ULAŞ**, s.586-587.

1357 **ÇEKER**, s. 135-136.

1358 **ÇEKER**, s. 20.

1359 **ÇEKER**, s. 138.

1360 **ÇEKER**, s. 303 vd.

1361 **ÇEKER**, s. 20.

1362 Kaza sigortası sağlık ve sorumluluk sigortası unsurlarını birleştirdiği için *sui generis* bir özellik taşır. **HINTEREGGER, s**. 510.

1363 **EREN**, Borçlar Genel s.581 vd.

failin kusuru olsa da olmasa da mağdur uğradığı zararın tazminini sigortacıdan isteyebilir.

Kusur ilkesi zararı mağdurun üzerine terk etmeye meyilli bir sorumluluk ilkesi olduğu için doktrinde eleştirilmektedir. Nitekim kusursuz sorumluluk halleri de bu sebeple ortaya çıkmaya başlamıştır. Can ve mal sigortalarının doğrudan mağduru koruyan yapısı, kusur ilkesinin ortaya çıkarttığı bu arızayı tamir etmektedir. Gerçekten mağdurların korunması hem ferdi hem sosyal bir ihtiyaç olup kusur ilkesiyle bu fayda temin edilememektedir. Can ve mal sigortalarıyla bu ihtiyaç ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bu itibarla kusur ilkesi can ve mal sigortalarıyla önemli bir uyum içerisindedir.

Kusur ilkesinin bu çeşit sigortaların ortaya çıkmasına zemin hazırladığı söylenebilir. Kusur ilkesinin mağdurları korumaktaki yetersizliği bu sigortalar yoluyla çözülmeye çalışılmıştır. Aslında bu noktada kusur ilkesinin yetersizliğine de gizli bir işaret vardır. Zira sorumluluk ilkesinin doğurduğu tazmin ilişkisiyle tatmin edici bir sonuca ulaşılamaması sebebiyle sigorta kurumu devreye sokularak daha tatmin edici bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

Kusursuz sorumlulukta fail ile zararlı sonuç arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa zaten sorumluluk gerçekleştiği için mağdur yeterli ölçüde korunmaktadır. Mağdurun bir başkası tarafından uğratılacağı haksız zararlara karşı can ve mal sigortalarına pek ihtiyacı kalmamaktadır. Zira fail her hâlükârda sorumludur. Ancak yine de mağdurun uğranılan zararı kolaylıkla temin edebilmesi bakımından sigortalar tercih edilmektedir. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk, sorumluluk sigortalarıyla bir çeşit uyum içinde ise de can ve mal sigortalarıyla aynı kuvvette uyuma sahip değildir.

Mal sigortalarında, sigortacı sigortalının zararını karşıladıktan sonra halefi olup zarar verene rücu edebilir[1364]. Ancak zarar verene rücu edebilmesi için, zarar verenin mağdura karşı sorumluluğunun doğmuş olması gerekir. O halde kusur ilkesinde zarar verenin ancak kusuru varsa sorumlu olabileceği için sigortacının zarar verene rücu edebilmesi zarar verenin kusuruna bağlıdır[1365]. Ancak kusursuz

---

1364 **ÇEKER**, s. 20.

1365 **ÇEKER**, s. 162; Bir Yargıtay kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *"Üçüncü kişinin rücu alacağından sorumluluğu kusur sorumluluğu esasına dayanır. Bir başka ifadeyle; üçüncü kişi,*

sorumluluk söz konusu olursa sigortacının zarar verene rücu etmesi için failin kusuru olması gerekmez. Zira fail fiilinden kusura ihtiyaç olmaksızın mağdura karşı sorumlu olduğu için onun kanuni halefi olan sigortacıya karşı da sorumlu olur.

§ 2. KUSURSUZ SORUMLULUK ESASLARININ VE ÇEŞİTLERİNİN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTILARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. KUSURSUZ SORUMLULUK ESASLARININ KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTILARI

A) Genel Olarak Kusursuz Sorumluluk Esasları

Türk Hukukunda kusur ilkesi kabul edildiği için kusursuz sorumluluk düzenlemeleri istisnaî mahiyettedir[1366] ve sayıları azdır. Bu istisnaî düzenlemeleri gerekli kılan hukuki gerekçeler olmalıdır. Gerçekten de kusur ilkesinin felsefi, ahlâki temelleri ve hukukî gerekçeleri olduğu gibi kusursuz sorumluluk düzenlemelerinin de kendisine dayandığı hukuki esaslar bulunmaktadır. Bu hukuki esaslar temellerini hukuki ve ahlâki düşüncelerden, sosyal yaşantının gerekliliklerinden, vicdanî hissîyatlardan, tarafların menfaat dengesinden ve hukuki yükümlülüklerinden almaktadır. Kusursuz sorumluluk hallerinden her birisi mutlaka bir hukuki esasa dayanmaktadır[1367]. Bu hukuki esaslar TBK'da kusursuz sorumluluk düzenlemelerinin üstünde başlık olarak özen sorumluluğu, hakkaniyet sorumluluğu, tehlike sorumluluğu olarak belirtilmiştir. Mesela özen sorumluluğu başlığı altında adam çalıştıranın, hayvan bulunduranın ve yapı malikinin sorumluluğu düzenlenmiştir.

Kusursuz sorumluluk esasları sadece TBK'da sayılan tehlike, objektif özen, hakkaniyet esaslarından ibaret değildir. Kanunda sayılanlardan başka doktrinde kabul edilmiş kanunda ismi geçmese de mahiyetiyle bulunan hâkimiyet, menfaat, anormallik, hukuka aykırılık, fedakârlığın denkleştirilmesi esasları da bulunmaktadır. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bu esaslardan herhangi birinin

---

ancak kusurlu bir hareketinin varlığı halinde rücu alacağından sorumludur." Yargıtay 10. HD, 01.07.2013 T. 2013/13408 E. 2013/14791 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 28.03.2021)

1366 **TUNÇOMAĞ**, s. 272; **İNAN/YÜCEL**, s. 379.

1367 **EREN** Borçlar Genel, s.559 vd.; **BAŞ**, Bina ve Yapı, s. 37.

varlığı aranmaktadır. Doğrusu kusursuz sorumluluk düzenlemeleri bu esaslara dayandırılmaktadır[1368].

B) Kusursuz Sorumluluk Esaslarının Kusur ve Sebebiyet İlkesiyle Bağlantıları

Kusursuz sorumluluk, kusur ilkesi sebebiyle istisnadır. Bu nedenle kusursuz sorumluluğun ortaya çıkması ancak belirli hal[1369] ve özel şartlara[1370] hasredilmiştir. Söz konusu kusursuz sorumluluk halleri, metot olarak kusura ve kusur ilkesine istinat etmez. Kusursuz sorumluluk halleri zarara sebep olmuş olmak düşüncesine, sebebiyet prensibine dayanmaktadır. Bu itibarla kusursuz sorumluluk halleri sorumluluğu kurarken kusur ilkesinin terk edildiği ve sebebiyet prensibinin devreye girdiği sorumluluk alanlarıdır[1371].

Kusursuz sorumluluk hallerinin temelinde kusursuz sorumluluk esasları bulunduğu için sebebiyet ilkesinin sorumluluk hukukuna girmesine asıl gerekçeyi bu esaslar teşkil eder. Böylece kusursuz sorumluluk esasının varlığı kusursuz

---

1368 Bu esasların nelerden ibaret olduğu veya kanuni bir kusursuz sorumluluk düzenlemesinin hangi hukukî esasa dayandığı hususu bazen doktrinde tartışmalı olabilmektedir. Mesela TBK m. 69'da özen sorumluluğu alt başlığı altında düzenlenen yapı malikinin sorumluluğunun özen sorumluluğuna mı yoksa hâkimiyet ve yararlanma esasına mı dayandığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar yapı malikinin sorumluluğunu bir şeyden en üst düzeyde yararlanan kimse olmaya (menfaat esasına) dayandırmaktayken, bazı yazarlarda bu sorumluluğu ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü esasıyla açıklamaktadırlar. Özen sorumluluğunun ve menfaat esasının aslında hâkimiyet esasının özel bir şekli ve unsuru olması; hukuki nitelendirmenin farklı olmasına engel olmamaktadır. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 9; **EREN**, Borçlar Genel, s.563. Yargıtay'ın bir kararında da yapı malikinin sorumluluğu ağırlaştırılmış özen sorumluluğuna dayandırılmaktadır. Yargıtay 3. HD, 3.2.2020 T. 2019/2781 E. 2020/642 sayılı K. için Bkz. (https://lib.kazanci.com.tr/ (E. T. 15.02.2021). Benzer yöndeki başka bir kararda da Yargıtay yapı malikinin sorumluluğunu *"…objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan "ağırlaştırılmış" bir kusursuz sorumluluk halidir…"* olarak açıklamaktadır. Yargıtay 11. HD, 19.9.2011 T. 2010/1549 E. 2011/10473 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr/ (E. T. 15.02.2021).

1369 Kusursuz sorumluluktan bahsedebilmek için bunun kanunda düzenlenmiş olması lazımdır. Bu sebeple kusursuz sorumluluk halleri ancak belirli sayıdadır. Bu belirli haller TBK veya TMK gibi genel kanunlarda düzenlenmiş olabilir. Örneğin adam çalıştıranın sorumluluğu veya taşınmaz malikinin sorumluluğu gibi. Kusursuz sorumluluk özel kanunlarda da düzenlenmiş olabilir. Çevre Kanununda çevreyi kirletenlerin ve çevreye zarar verenlerin sorumluluğunun düzenlenmesi gibi. Bkz. **GÖKCAN**, s.447 vd.

1370 Her bir kusursuz sorumluluk halinin bir zararın ortaya çıkması ve illiyet bağının bulunması gibi genel şartların yanında kendisine ait özel şartları mevcuttur. Mesela hayvan tutucusunun sorumluluğunun özel şartları bir hayvan tutucusunun varlığı, hayvan hareketi, hayvan tutucusunun kurtuluş beyyinesi getirmemiş olması iken yapı eseri malikinin sorumluluğunun özel şartları bir yapı eserinin varlığı , yapı eserinin yapımında bozukluk veya bakımında bir eksiklik olması, sorumluluğuna hükmedilecek kişinin yapı eserinin maliki olmasıdır. Bkz. **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 161 vd.

1371 Kusursuz sorumluluğun teorik temelleri olarak *Abraham* kusuru tespitin zorluğu anlamında bilgi ve hata maliyetlerinin azaltılması, kusurun zarar ile doğrudan ilişkisinin olmamasının sonuçları, sorumluluk sigortalarının varlığı, sorumluluk normlarının karşılanması gibi hususlardan bahsetmektedir. Bkz. **ABRAHAM**, s. 276 vd.

sorumluluğu gerekçelendirip istisna olarak da olsa kabul edilmesini sağlar[1372]. Ayrıca kusursuz sorumluluk esasları kendi bünyelerine uygun olarak sebebiyet ilkesinin sorumluluğu belirlemesinde sınırlayıcı rol oynar[1373]. Geniş bir sorumluluk alanı doğuran sebebiyet ilkesi[1374] ancak kendisini meşru kılan kusursuz sorumluluk esasının yapı ve mahiyetine göre sorumluluk çerçevesini belirleyecektir.

1)Kusursuz Sorumluluk Esaslarının Sebebiyet Sorumluluğunu Gerekçelendirmesi

Kusur ilkesinin eleştirildiği noktalar, kusur ilkesinin yavaş yavaş terk edilerek yerine kusursuz sorumluluğun geçmeye başlaması sürecinin düşünsel temellerini oluşturmaktadır. Kusur ilkesi asıl olduğu için onun terk edilmesi önemli bir hukuki gerekçeye dayandırılmalıdır. Bunlar ise kusursuz sorumluluk esaslarıdır. İşte kusursuz sorumluluk esasları bir nev'i kusur ilkesinin eleştirildiği noktaları da içinde barındıran, bu eleştirilerle örtüşen ve kusur olmasa da failin sebebiyet esasıyla sorumlu olmasını gerektiren hukuki olgulardır.

Kusursuz sorumluluk halleri istisna niteliğinde olduğu için bunun varlığı ancak kusursuz sorumluluk esasları denilen belirli gerekçelerin varlığına dayanmaktadır[1375]. Böylece söz konusu gerekçelerin varlığı sorumluluğun doğması için kusurun aranması gerekliliğini ortadan kaldırır. Kusursuz sorumluluk hallerinin hukuki ve fikri temellerini kusursuz sorumluluk esasları oluşturduğundan, herhangi bir kusursuz sorumluluk halini meşru ve gerekli kılan olgu kusursuz sorumluluk esasları olmaktadır. Böylece söz konusu gerekçeler, kusursuz sorumluluğu adeta meşru kılmaktadır[1376].

Sorumluluğu gerektiren olayda kusur yoktur ancak failin sorumluluğunu gerektiren kusursuz sorumluluğun dayandığı bir hukuki gerekçe de mevcuttur. Bu hukuki gerekçeler failin kusuru olmasa da sorumlu olmasını gerektiren ve bunu haklı gösteren düşünceler ve fikri temeller olan kusursuz sorumluluk esaslarıdır. Böylece kusursuz sorumluluk esasları sorumluluğun kurulmasında kusur ilkesinin yerine

---

1372 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93 vd.; **EREN** Borçlar Genel, s.559 vd.; **GUHL**, s. 137 vd.

1373 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93 vd; **KORKMAZ**, s.93; **EREN**, Borçlar Genel, s.559 vd.

1374 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.92; **EREN** Borçlar Genel, s.558 vd.; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93 vd.

1375 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93; **EREN** Borçlar Genel, s.559 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 3 vd.

1376 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93; **KORKMAZ**, s.96.

sebebiyet ilkesini devreye sokmaktadır[1377]. Böylece sorumluluğun kurulması açısından ilgili kusursuz sorumluluk esası adeta kusurun yerine geçmektedir. Kusur olmasa da kusursuz sorumluluk esasının mevcut olması sebebiyet esasına göre sorumluluğun kurulmasının meşru zeminini hazırlamıştır.

Hangi sorumluluk ilkesinin uygulanması gerektiği sorusunun cevaplandırılmasında taraflar arası menfaat dengesi, somut olayın şartları, varılan sonucun ahlâka ve hakkaniyete uygunluğu ile vicdani hissiyatları tatmin etmesi, adalet fikri, ferdi ve sosyal düşüncelere uygunluk ve bunların menfaat ve zararları arasında makul ve mutedil bir denge gibi hususların gözetilmesi gerekir. Bu gibi hususların nasıl daha kuvvetli olarak temin edileceği sorusunun cevabı için sorumluluk ilkelerinin düşünsel temellerine ve sorumluluk ilkelerini destekleyen hukukî gerekçelere bakmak gerekir. Zira sorumluluk ilkelerinin düşünsel temelleri ve hukuki gerekçeleri yukarda bahsedilen hususları temin etmeye yönelmiştir. Böylece kusur ilkesinin terk edilerek kusursuz sorumluluğun kabul edilmeye başlanmasının, sebebiyet sorumluluğunun meşrulaşmasının temelinde bazı olay-zarar tipleri bakımından kusur ilkesini destekleyen gerekçelere yöneltilen eleştirilerin ve kusur ilkesi aleyhine ileri sürülen hukukî gerekçelerin kuvvetlenmesi bulunmaktadır. Kusursuz sorumluluk esasları kusur ilkesinin hukuki gerekçelerinin zayıfladığı ve bu hukuki gerekçelerin eleştirildiği noktalarda ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla her kusursuz sorumluluk esası ile sorumluluk ilkelerinin hukuki gerekçeleri ve bunlara yöneltilen eleştiriler arasında belirgin bağlar kurmak mümkündür.

[1377] Bu noktada kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğun yarışması da gündeme gelir. Şayet somut olayda kusur sorumluluğunun ve kusursuz sorumluluğun şartları beraberce oluşmuşsa iki sorumluluk türü yarışır. Elbette bunun için kusursuz sorumluluk haliyle beraber ek kusurun oluşmuş olması gerekecektir. Bkz. **OFTINGER/STARK**, s.670 vd.; Bu tarz durumlar, daha çok kusur sorumluluğuna yaklaşmış şartlar taşıyan özen sorumlulukları için söz konusu olabilecektir. Mesela hayvan tutucusu, çok tehlikeli bir köpeği kalabalık bir ortamda zarar verebilecek şekilde serbest bırakmışsa burada hayvan tutucusunun kusurunun da gerçekleştiği açıktır. Benzer şekilde yapı malikinin yapısındaki bakım eksikliği, gözle görünür ve zarar verebileceği açıkça anlaşılabilir hale geldiği halde buna ilişkin tedbirler almıyorsa, yapı malikinin kusurundan ve menfi davranışından bahsedilebilir. Böylece kusur sorumluluğunun şartları da oluşmuş olur. Ancak kusursuz sorumluluk tipi sebebiyete yaklaştıkça, kusur sorumluluğunun gerçekleşmesi ihtimali zorlaşacaktır. Bu sebeple tehlike sorumluluklarının, kusur sorumluluğu ile yarışması fiiliyatta zor gözükmektedir. Zira kusur sorumluluğu şartlarının gerçekleşmesi olgusuna henüz yaklaşılmadan tehlike sorumluluğunun şartları gerçekleşir.

2) Kusursuz Sorumluluk Esaslarının Sebebiyet Sorumluluğunu Yumuşatması

Sebebiyet ilkesi ağır bir sorumluluk çeşididir. Sebebiyet prensibinin en sert uygulamasında başka bir düşünceye dayanmaya veya unsura ihtiyaç olmaksızın zarara sebep olmuş olmak sorumluluk için yeterlidir. Ancak sebebiyet prensibinin mutlak uygulanması yalnız başına sorumluluğu kurmakta yeterli olmaz[1378]. Sorumluluğu sadece olayların illiyeti üzerine tayin eden ilmi bir düşünce sistemi ile tek başına çözmek sert sonuçlar vermenin yanında bazı problemler de ortaya çıkartabilir. Mesela fabrikada çalışan işçinin ortaya çıkardığı kaza sebebiyle birisinin zarar görmesi durumunda kazaya işçi sebep olduğu için işvereni sorumlu tutmak mümkün olmaz[1379]. Bir çukura düşülmesi halinde düşen kimsenin fiili baskın olduğu için çukur açan kimseyi mesul tutmak güçleşir. Değişen ve gelişen hayat şartları ve olaylar zincirinin çeşitliliği içerisinde çok farklı zararların ortaya çıkabileceği gerçeği de düşünüldüğünde, kusurdan vazgeçerek sadece olayların illiyetine dayanan mutlak bir formül ile sorumluluk anlayışını sistematize etmenin yeterli gelmeyeceği açıktır[1380]. Nitekim sebep sorumluluğunu ana ilke olarak veya istisna olarak kabul eden hiçbir hukuk düzeninde sebebiyet sorumluluğu tek başına sorumluluğu mutlak tesis edici olarak kabul edilmemiştir. Mesela sebep mesuliyetini ana ilke olarak kabul eden tek hukuk düzeni olan İslâm Hukukunda[1381] sorumluluğun tayininde illiyet bağı her halde tek başına sorumluluğu kurmamaktadır. Dolaylı faillik söz konusuysa dolaylı failin zarardan sorumlu olması için kusurlu olması da aranmaktadır[1382]. Bazen de yaptırımın belirlenmesinde ve tazminatın ödenme şekli gibi hususlarda kusura yer verilmiş salt illiyet bağının tek bir ana ilke olarak sorumluluğu kurması kabul edilmemiştir.

Kusur ilkesinin kabul edildiği hukuk düzenlerinde istisna olarak kabul edilen kusursuz sorumluluk hallerinde ise salt sebebiyete dayanan bir sorumluluk anlayışı

1378 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93; **EREN** Borçlar Genel, s.558 vd. *Oğuzman/Öz* bu konuda sırf sebep olmaya dayanan sorumluluk, kusursuz sorumluluk esaslarına dayandırılmadıkça kolaylıkla onay görmemiştir demektedir. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 3.

1379 **İMRE**, s.56.

1380 **İMRE**, s.56; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 3.

1381 **İMRE**, s.51-52; **KARAMAN**, s.466-467.

1382 Salt illiyet bağının sorumluluğu kurmasındaki sertlik İslâm Hukukunda kabul edilen illiyet bağı anlayışı ile daha yumuşak hale gelmektedir. Zira yakın sebep teorisi uyarınca ancak en kuvvetli illiyet açısından fail ile zarar arasında illiyet bağı gerçekleşmektedir. En etkili illiyetin, yakın şartın tespit edilmesinde kusurun varlığı da etkili olduğu için sorumluluğu salt illiyet değil kusur unsuru da belirlemektedir. Nitekim dolaylı failin sorumluluğu onun kusurlu olmasına bağlıdır. Konuyla ilgili Mecelle 90. ve 93. maddeleri ve şerhi için Bkz. **HAYDAR EFENDİ**, s. 120 vd.

evleviyetle kabul edilmez. Kusursuz sorumluluk hali aslında salt illiyet bağına dayanmamaktadır. Sorumluluk sebep olmanın yanında başka olguların varlığına da dayandırılmaktadır[1383]. Bunlar ise kusursuz sorumluluk esaslarıdır. Her kusursuz sorumluluk esası kendi bünyesine göre çeşitli kusursuz sorumluluk halleri ortaya çıkartır[1384]. Her kusursuz sorumluluk halinin ise farklı özel şartları bulunmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk için illiyet bağının yanında bu özel şartların varlığı da aranmaktadır. Sebebiyet prensibini meşru kılan kusursuz sorumluluk esası belirli şartların varlığını arayarak, sebebiyet ilkesinin ne çerçevede sorumluluğu kuracağını belirlemiş olur[1385]. Kusursuz sorumluluk esasları kusursuz sorumluluk için kusur şartının ortadan kaldırılmasına hukuki temel oluştursa da sorumluluk için kendi bünyesiyle uygun başka şartları da ortaya koyar[1386]. Mesela adam çalıştıranın sorumluluğu objektif özen ödevinin ihlâli düşüncesine dayanır. Bu kusur değilse de kusura benzeyen kusurdan daha hafif bir kavramdır[1387]. Ayrıca adam çalıştıranın sorumluluğundan bahsetmek için taraflar arasında bir çalıştırma ilişkisinin bulunması, zararın adam çalıştıranın işi görülürken hukuka aykırı bir davranış ile ortaya çıkmış olması[1388], adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirememiş olması gerekir[1389]. Bütün bu özel şartlar ilgili kusursuz sorumluluk halinin ve onun dayandığı kusursuz sorumluluk esasının bünyesine uygundur ve bunlara istinat etmektedir. Diğer bir örnek olarak hakkaniyete dayalı sorumlulukta failin kusuru veya objektif özen ödevine riayet etmesi gibi failin tedbirine ilişkin bir husus aranmaz. Ancak bu sefer failin sorumluluğu için

1383 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93; **EREN** Borçlar Genel, s.558 vd.

1384 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93 vd.; **KORKMAZ**, s.91-93.

1385 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93 vd.; **KORKMAZ**, s.96.

1386 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93; vd.; **KORKMAZ**, s.93.

1387 İhmal olarak değerlendirilmemeye müsait, gerekçelendirilebilir zarar verici davranış tarzları olabilir. Meğer ki o konuda bir özen yükümlülüğü var olsun. O takdirde objektif özen yükümlülüğünün ihlâli söz konusu olur. Benzer bir durum Anglosakson Hukukunda "*duty of care*" denilen dikkat görevi olan haller için de söz konusudur. Bkz. **WIDMER**, s.70.

1388 Yargıtay'ın bir kararında çalışan kimsenin kusurlu hareket tarzıyla ortaya çıkmış olması şartından bahsedilmiştir. Kanaatimizce bu isabetli değildir. Zira bu sorumluluk türü objektif özenin ihlâli olgusuna dayanır. Dolayısıyla ne adam çalıştıranın ne de çalışanın kusuru aranmaz. Zaten TBK m. 66/1'de "*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür"* ifadesiyle bu husus vurgulanmıştır. Karar tarihinde yürürlükte olan EBK'daki durum da farklı değildir. Adam çalıştıranın sorumluluğunun düzenlendiği EBK m. 55/1'de *"istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür…"* metninde açıkça görüldüğü üzere zarar çalışanın kusuruna bağlanmamıştır. Yargıtay 21. HD, 30.4.2002 T. 2002/1815 E. 2002/3663 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr/ (E. T. 15.02.2021).

1389 **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 158-159.

hakkaniyetin failin sorumluluğunu gerektirmesi, ayrıca da failin ayırt etme gücünün olmaması aranmaktadır[1390].

Yukarıda belirtildiği üzere kusursuz sorumluluk esaslarını oluşturan ve faile sorumluluğun yükletilmesini gerektiren düşünceler, kanunda kabul edilen kusursuz sorumluluk hallerinin temelini oluşturmaktadır. Böylece kusursuz sorumluluk esasları kendi mahiyetlerine göre kusursuz sorumluluk hallerinin oluşma şartlarını şekillendirmektedir. Kusursuz sorumluluk hallerinin her bir şartı ise bir nev'i sebebiyet ilkesinin kusur ilkesine yaklaştırılması sonucunu vermektedir. Zira aranan her bir ek şart sorumluluğun doğmasını güçleştirmekte ve zarar ile fail arasındaki illiyet bağının sorumluluk için yeterli görülmediği anlamına gelmektedir. Sorumluluk için kusur aranmamakta ancak salt sebep olmak da yeterli görülmemektedir. Sorumluluk için ayrıca kusura benzeyen objektif özen yükümlülüğünün ihlâli olgusu[1391], tehlike oluşma olgusu, hatta bazen sorumluluğu kurmakta metot olarak kusur ilkesi anlayışına benzer davranış unsurunun aranması gibi şartlar da aranmaktadır. İşte kusursuz sorumluluğun oluşması için zararın faile isnat edilebilmesi dışında aranan her şart sebebiyet ilkesini yumuşatmakta ve sorumluluğu kusur ilkesine doğru yaklaştırmaktadır.

II. KUSURSUZ SORUMLULUK ESASLARININ ÇEŞİTLERİ VE SORUMLULUK İLKELERİYLE BAĞLANTILARI

Kusursuz sorumluluğu gerektiren fikirler hakkında doktrinde farklı tasnifler vardır. Bir görüşe göre bunlar hakkaniyet fikri, tehlike fikri ve hâkimiyet fikridir[1392]. Özen sorumluluğu, hakkaniyet sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğun türleri de bu fikirler temeli üzerine oturtulmuştur. Başka bir görüş kusura dayanmayan sorumluluğun, menfaat, tehlike oluşturma, hakkaniyet, hâkimiyet, hukuka aykırılık, objektif özen vazifesinin ihlâli, anormallik düşüncelerine dayanması gerektiğini ileri sürmektedir[1393]. Başka bir görüş kusursuz sorumluluğu hakkaniyet, objektif özen ödevi ve tehlike olgularına

1390 **EREN** Borçlar Genel, s.559 vd.; **NART**, Hakkaniyet, s. 108; **DEUTSCH**, Haftungsrecht,s. 307.
1391 **WIDMER**, s.70; **VITO**, s. 12.
1392 **EREN**, Borçlar Genel, s.559 vd.
1393 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93 vd.

dayandırır[1394]. Bu kavramlar aslında birbiri ile iç içe geçmiş ve hepsi birden kusursuz sorumluluk düşüncesinin dayandırıldığı olgulardır.

TBK'da kusursuz sorumluluk üst başlığı altında, 65. maddede hakkaniyet sorumluluğu, 66. madde ve devamında özen sorumluluğu özel olarak; 71. maddede de tehlike sorumluluğu genel bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak düzenlenmiştir. Bununla beraber özen sorumluluğu altında düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinde aslında menfaat ve hâkimiyet düşüncesi de vardır. Mesela yapı malikinin sorumluluğunun özen sorumluluğuna mı yoksa hâkimiyet ve yararlanma esasına mı yoksa tehlike esasına mı dayandığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar yapı malikinin sorumluluğunu bir şeyden en üst düzeyde yararlanan kimse olmaya, menfaat esasına dayandırmaktayken[1395] bazı yazarlarda bu sorumluluğu ağırlaştırılmış özen

1394 **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.497 vd.
1395 **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, s.9, s. 172 vd.

yükümlülüğü esasıyla[1396] bazı yazarlar da tehlike esasıyla[1397] açıklamaktadırlar[1398]. Keza fedakarlığın denkleştirilmesi de kanunda ismen geçmese de temel olarak TMK

[1396] **EREN**, Borçlar Genel, s.736. Özen sorumluluğunun ve menfaat esasının aslında hâkimiyet esasının özel bir şekli ve unsuru olması; hukuki nitelendirmenin farklı olmasına engel olmamaktadır.

[1397] **İMRE**, s. 168-169; *Kılıçoğlu* 6018 sayılı TBK yürürlüğe girmeden önce EBK m. 58'de düzenlenen yapı maliki sorumluluğunun tehlike sorumluluğuna dahil olduğu fikrinde idi. **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 366; *Honsell/Isenrıng/Kessler* bunun bir olağan sebep sorumluluğunu söylemekle beraber pratikte tehlike sorumluluğundan farkı yoktur demektedir. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 182. Bazı Yargıtay kararlarında yapı malikinin sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak değerlendirilmiştir. Bir yargıtay kararında: "*Enerji nakil hatları, bölgede elektrik enerjisinin dağıtımını yerine getirmektedir. Bu faaliyet, varlığı ve niteliği itibariyle bir tehlike ve dolayısı ile zarar ihtimali taşıdığından, davalı şirketin sorumluluğu, bir sebep sorumluluğu olan kusursuz (objektif) sorumluluktur. Sorumlu kişi veya işletmenin, kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletme veya nesnede (şeyde) bir bozukluk veya noksanın bulunup bulunmaması, meydana gelen zararın tazmin borcu yönünden bir etkiye sahip değildir. Zira bunların sebep oldukları zararlarda, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi, sorumlu kişi veya işletme, her türlü özeni gösterse, gözetim ve denetim ödevini yerine getirse, gerekli bütün tedbirleri alsa bile, gene çoğu zararın meydana gelmesini önlemek mümkün değildir. Bu sebeple sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelerin sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır. Dosyanın incelenmesinde; suç tutanağına göre; yangının enerji nakil hattından çıktığının belirtildiği, aynı tutanakta davalı çalışanının da 2 adet kumru kuşunun elektrik tellerini şase yaptırması sonucu sigortanın patlayarak otları tutuşturmasıyla yangının çıktığını beyan ettiği, hükme esas bilirkişi raporunda yangının enerji nakil hattına kuş çarpması sonucu dış sebeplerden çıktığının ifade edildiği görülmektedir. Bu şekilde; enerji nakil hatlarının olay yerinde varlığı, niteliği itibariyle bir tehlike ve zarar ihtimali taşıdığı, 2 adet kuşun elektrik tellerine temasının ardından otları tutuşturması sonucunda yangının ve zararın ortaya çıktığı anlaşıldığından dava konusu somut olayda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması gerekir. Açıklandığı üzere; kusursuz sorumlu işletme her türlü özeni gösterse de zararın meydana gelmesini önlemek mümkün olmadığından illiyet bağının kurulduğu dikkate alınarak sorumluluğu gerçekleşmiş bulunmaktadır. O halde; mahkemece kusursuz sorumluluk ilkesi gereği, olayın meydana gelmesi sonucunda ortaya çıkan zarar ile davalının faaliyeti arasında illiyet bağı bulunduğu gözetilerek davacı tarafın talep edebileceği tazminat miktarına hükmedilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir."* Yargıtay 3. HD, 29.11.2018 T. 2017/13829 E. 2018/12168 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 28.03.2021). Açıkça yapı maliki sorumluluğunu tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendiren başka bir karara göre: *"…Davacı vekili dava dilekçesinde; bitişik evin bahçesinde bulunan kerestelerin bilinmeyen bir sebeple tutuştuğunu, bu nedenle davacıya ait evin yandığını, yangının davalıya ait evin bahçesinde başladığını, oradan davacının evine sıçradığını, belirterek 25.050 TL tazminatın 14.08.2010 tarihinden itibaren faizi ile davalıdan alınmasına karar verilmesini talep etmiştir.Davalı vekili cevap dilekçesinde; yangında davalının kusurunun bulunmadığını, talebin yüksek olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.Mahkemece; davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.BK. 58.maddesinde; bina ve diğer şeylerden dolayı sorumluluk konusu düzenlenmiştir. Buradaki sorumluluk objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluktur. Davalının yapının sahibi olarak BK. 58.maddesi anlamında yapı eseri maliki olduğu tartışmasızdır. Maddenin düzenleme biçimi itibariyle tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluk hali söz konusudur. Davalı kurum, gerek yapım ve gerekse bakım eksikliklerinden kaynaklanan zararlı sonuçlardan sorumludur. Sorumluluktan kurtulmanın koşulu ise; zarar ile yapım bozukluğu ve bakım eksikliği arasındaki nedensellik bağının kesilmiş*

m. 730/II hükmünden çıkartılmaktadır[1399]. Böylece kusursuz sorumluluk esasları kanunlarda ismen veya mahiyeti itibarıyla bulunabilmektedir.

Kusursuz sorumluluk esaslarının, sorumluluk ilkelerini destekleyen ve onlar aleyhine ileri sürülen gerekçelerle bağlantıları vardır. Kusur ilkesini aleyhine ileri sürülen hukuki gerekçelerin güçlendiği veya kusur ilkesinin dayandığı hukuki gerekçelerin zayıfladığı yerlerde kusur ilkesi zayıflamakta ve bir kusursuz sorumluluk esasına dayalı sebebiyet sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu itibarla her bir kusursuz sorumluluk esasının, sorumluluk ilkelerinin hukuki gerekçeleriyle bağlantılarının kurulması, kusur ilkesinin yeterliliği problemine ışık tutacaktır.

A) Hakkaniyet Esası

Kusursuz sorumluluk esaslarından hakkaniyet esasına TBK m. 65'de müstakil bir madde olarak hakkaniyet sorumluluğu başlığı altında yer verilmiştir. Hakkaniyet sorumluluğu zararı bir kusuru olmaksızın ortaya çıkaran kimsenin hakkaniyet gerektiriyorsa zararı tazmin etmesini gerektiren kusursuz sorumluluk çeşididir[1400]. Hakkaniyetin tazmini gerektirmesinin tespitinde öncelikle tarafların ekonomik durumlarına ve ortaya çıkan zararın onları nasıl etkilediğine bakılır. Bir Yargıtay kararında hakkaniyetin gerektirmesi durumu *"...haksız eylemde bulunanın sorumluluğunun onun yönünden rahatlıkla katlanılabilir; zarara uğrayan yönünden de hissedilebilir ölçüde ekonomik sonuçlar doğurması durumunda..."* olarak ifade edilmiştir[1401].

Failin kusuru olmasa da hakkaniyetin tazmini gerektirmesi çok geniş yorumlanabilen ve uygulamada önemli derecede karşılığı olabilecek böylece kusursuz sorumluluğun büyük oranda tatbik edilebilmesini sağlayabilecek bir ölçüdür. Sadece

---

bulunmasıdır..." Yargıtay 3. HD, 26.11.2012 T. 2012/18849 E. 2012/24280 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021)

1398 **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, s. 9; Yargıtay'ın bir kararında da yapı malikinin sorumluluğu ağırlaştırılmış özen sorumluluğuna dayandırılmaktadır. Yargıtay 3. HD, 3.2.2020 T. 2019/2781 E. 2020/642 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr (E. T. 15.02.2021). Benzer yöndeki başka bir kararda da Yargıtay yapı malikinin sorumluluğunu *"...objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan "ağırlaştırılmış" bir kusursuz sorumluluk halidir..." olarak açıklamaktadır.* Yargıtay 11. HD, 19.9.2011 T. 2010/1549 E. 2011/10473 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr (E. T. 15.02.2021)

1399 TMK m. 730/II'ye göre "Hâkim yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir. "

1400 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.5; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.499 vd.

1401 Yargıtay 4. HD, 9.11.2009 T. 2009/12195 E. 2009/1254 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr (E. T. 15.02.2021)

hakkaniyetin gerektirmesi nedeniyle kusursuz sorumluluğun meşrulaşması, kusur ilkesinin ana ilke olması anlayışıyla bağdaşmamaktadır[1402]. Kusur ilkesi gereği kusursuz sorumluluk halleri istisna niteliğindedir. Ancak hakkaniyetin kusursuz failin sorumluluğunu gerektirmesi gibi bir anlayış hâkimin yorumuna önemli derecede bağlı ve pek çok olaya uygulanabilecek geniş bir ölçüyü ifade eder. Bu ise kusursuz sorumluluğun istisnaî niteliği ile bağdaştırılamamış[1403] böylece TBK'da hakkaniyet sorumluluğunun ayırt etme gücü olmayanların verdikleri zararlarla sınırlanması yoluna gidilmiştir. Nitekim TBK m. 65 hükmü; *"Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir"* şeklinde olup açıkça bu duruma işaret etmektedir. Ancak TBK tasarısının 64. maddesinde hakkaniyet sorumluluğu ayırt etme gücünden yoksun olanların verdikleri zararla sınırlanmamıştı. Tarafların arasındaki ekonomik durum gözetilerek hakkaniyet gerektiriyorsa zarar verenin kusuru olmasa bile hâkimin zararın uygun şekilde giderilmesine hükmedebileceği düzenlenmişti[1404].

Kusur ilkesi Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde 19. yüzyılda neredeyse dogma seviyesinde[1405] bir anlayışla kabul edilmektedir. Ancak zamanla kusur ilkesinin mutlak kabulünün yetersiz bir sorumluluk ilkesi olduğu, özellikle teknolojik gelişmelerle ve zamanın değişen şartlarıyla iyice ortaya çıkmıştır. Kanaatimizce kusur ilkesindeki yetersizlikler sebebiyle TBK'daki mevcut kusursuz sorumluluğun genişletilme ihtiyacı hakkaniyet sorumluluğunun ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlı tutulmayarak genel bir ilke haline getirilmesiyle sağlanabilirdi. Bu itibarla tasarıda planlanan bu düzenlemeden sonradan vazgeçilmesi isabetli olmamıştır[1406]. Nitekim İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Taslağı Art. 46'da söz konusu sorumluluğu genişletme

---

1402 *Deutsch* hakkaniyet sorumluluğunun kusur ilkesinin bir istisnası olduğunu söylerken, hakkaniyet sorumluluğunun ancak akıl hastalığı gibi özel nedenler olduğu zaman sebebiyet sorumluluğunu ortaya çıkarttığını söylemektedir. Yine yazara göre kusur ilkesinin temel fonksiyonu hareket özgürlüğünü korumaktır. Hakkaniyet sorumluluğundaki failin sorumlu tutulmasının hareket özgürlüğü ile de pek bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bkz. **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s. 307.

1403 **YILMAZ**, s.562; **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s. 307.

1404 **YILMAZ**, s.561-562.

1405 **EREN**, Borçlar Genel, s.556; **BRÜGGEMEIER**, s.50; **PLETTER**, s. 1.

1406 Bununla ilgili adalet komisyonu raporunda kusur sorumluluğunun içinin boşalması tehlikesi, hukuk güvenliğine aykırı olarak ve net olmayan bir sorumluluk alanının ihdas edileceği durumları sebebiyle tasarı metninden ilgili hükmün çıkarıldığı belirtilmektedir. Ayrıca raporda kusursuz sorumluluğun ancak yasayla düzenlenebilir olup bununda somut sebeplere dayanması gerektiği ancak söz konusu düzenlemenin söylenenlere muhalif olarak genel bir sorumluluk düzenlemesi olduğundan bahsedilmektedir; Doktrinde de hakkaniyet sorumluluğunun ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlı tutulmaması ve zarara sebebiyet veren kimselerin hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.501.

ihtiyacı sebebiyle haksız fiil sorumluluğunda artık sorumlulukta unsur olarak kusur aranmamış ve sorumluluk için failin genel davranış yükümlülüğüne aykırı davranmış olması aranmıştır. Genel davranış yükümlülüğü kavramı[1407] hakkaniyet kavramından farklı olsa ve çok daha geniş bir manayı kuşatsa da iki anlayışla da kusur haricinde sorumluluk genişletilmektedir.

Hakkaniyet sorumluluğu sadece TBK'da değil, BGB § 829'da[1408] ve OR Art. 54'de[1409] ve İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı Art. 57'de de hakkaniyet sorumluluğu düzenlenmektedir. Mevcut hükümler birbirine benzer niteliktedir. Şu anki İsviçre OR'de hâkim hakkaniyet gereği temyiz kudretinden yoksun kimselerin verdiği zararın kısmen veya tamamen tazminine hükmedebilir denilmişken İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında kısmen veya tamamen ifadesine yer verilmemiş hâkim hakkaniyet gereği temyiz kudretinden yoksun kimselerin verdiği zararın tazminine hükmedebilir denilmiştir[1410].

BGB § 827'ye göre ayırt etme gücü ve özgür iradesi olmayan kimse verdiği zarardan sorumlu değildir[1411]. Yine BGB § 828'e göre 7,10,18 gibi belirli yaşlara ulaşmamış kimselerin sorumlulukları tamamen veya kısmen söz konusu olmaz[1412]. Bu düzenlemeler ayırt etme gücü kısmen veya tamamen olmayanların haksız fiillerinden sorumluluğu hakkındadır. İşte BGB § 829'da hakkaniyet sorumluluğu ayırt etme gücü olmayan ve bu noktada zayıflığı olanların verdikleri zararlar gözetilerek düzenlenmiştir. BGB § 829'un kapsamı genel haksız fiil düzenlemesi olan BGB § 823 ve ahlâka aykırı fiille kasten zarar verilmesine ilişkin düzenleme olan BGB § 826'ya atıf yapılarak belirlenmiştir[1413]. BGB § 829'a göre, BGB § 827 ve BGB § 828'e göre ayırt etme gücünün zayıflığı veya hiç olmaması sebebiyle sorumluluğu olmayanların

---

1407 Genel davranış yükümlülüğü hakkında bilgi için Bkz. **TOPUZ**, Tasarı, s. 2695 vd.; Bkz. 2. bl. §1 IV D.

1408 **BECKER/BÖHME/BIELA**, s. 20-21; Ayrıca BGB § 829 hakkında detaylı bilgi için Bkz. **MARKESINIS/UNBERATH**, s.899; **BRUDERMÜLLER/ELLENBERGER/GOTZ/GRÜNEBERG/ HERRLER/SPRAU/ THORN/WEIDENKAFF/WEIDLICH/WICKE**, s. 1456-1457.

1409 **STARK**, Ausservertragliches, s.9.

1410 **ŞAHİN**, Turan, Türk- İsviçre Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu (2020) Tasarısında Kusursuz Sorumluluk Hallerinin Görünümü, THD, C.13, S. 145, Y.2018, s. 125-126 vd.

1411 Alman Medeni Kanunu § 827 hakkında Bkz. **FUCHS/PAUKER**, s.88-89; **KROPHOLLER**, s.608.

1412 **KÖTZ/WAGNER**, s.57. İsviçre Hukukunda sabit bir yaş söz konusu değildir. Somut olayın özelliklerine göre çocuğun ayırt etme gücü takdir edilir. Ancak tam sorumluluk yerine içtihat hafif ihmal nedeniyle sorumluluğu hafifletmek yönündedir. Bkz. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.78; **BREHM**, s. 139-140.

1413 **FUCHS**, s. 181; **VITO**, s. 13.

hakkaniyet çerçevesinde sorumlu olabilmelerine cevaz verilmiştir[1414]. Ancak bu kimselerin nafaka gibi bir kanuni yükümlülükleri varsa ve bunun kesintiye uğrama tehlikesi söz konusu olursa bu kimselerin sorumlulukları söz konusu olmamaktadır. Tarafların ekonomik durumlarının ve maddi güçlerinin değerlendirilmesi dolayısıyla nafaka gibi yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığının tespiti zaten hakkaniyet gereği tazminin gerekip gerekmediğine ilişkin yapılacak değerlendirmeye dahilken ayrıca nafakaya ilişkin düzenlemeye aynı kanun maddesinde yer verilmesi Alman Hukukunda kusursuz sorumluluğun istisnaî mahiyetini vurgular niteliktedir.

Hakkaniyet sorumluluğunun hukuki niteliği ve hakkaniyet düşüncesinin dayandığı hukuki gerekçeler hakkında farklı teoriler mevcuttur[1415]. Hakkaniyeti illiyet bağına ve kusura dayandıran teoriler[1416] kusur ve sebebiyet ilkesi bakımından dikkat çekicidir.

Hakkaniyet sorumluluğunun hukuki niteliğini illiyet bağı ile açıklayan teoriye göre, fail ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması sorumluluğun doğması için yeterlidir[1417]. Bu teori kabul edilirse ayırt etme gücü olan bir kimse kusuru yoksa verdiği zararlardan sorumlu tutulmazken ayırt etme gücü olmayan kimsenin sorumlu tutulması gerekebilecektir[1418]. Zira hakkaniyet sorumluluğu ayırt etme gücü olmayanlar hakkındadır ve gerçekleşmesi için illiyet bağının gerçekleşmiş olması yeterlidir. Hakkaniyet sorumluluğu sadece ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlandığı için sorumluluk illiyet bağı temeline oturtulduğu takdirde kusursuz ayırt etme gücü var olan zengin kimsenin fakir kimseye verdiği zarardan sorumluluğu yokken aynı olayda kusursuz ayırt etme gücü olmayan zenginin verdiği zarardan hakkaniyet sorumluluğu adı altında sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir. Kusur ilkesinin yetersiz kalması sebebiyle kusursuz sorumluluk hallerinin genişletilmesi kanaatinde olmamıza rağmen böyle bir teori kendi içerisinde ayırt etme gücü bulunmayanlar aleyhine adaletsiz sonuç doğurmaktadır. Kusuru olmadığı halde sırf ayırt etme gücü yok diye

1414 Bununla ilgili Bkz. **FUCHS**, s. 181 vd.
1415 Bu teorilerin neler olduğu ile ilgili Bkz. **NART**, Hakkaniyet, s.98 vd.
1416 **ARAL**, s.737.
1417 **BIENENFELD**, s. 271 vd.; Ayrıca Bkz. **NART**, Hakkaniyet, s. 104.
1418 **NART**, Hakkaniyet, s. 104; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.501.

birisini sorumlu tutmak yerinde değildir[1419]. Halbuki istisna ile fayda temin etmek amaçlanır.

Kanaatimizce sebebiyet ilkesi devreye sokulup hakkaniyet gereği ayırt etme gücü olmayan kimselerin sorumlu tutulması isteniyorsa kusursuz sorumluluk genişletilip ayırt etme gücü olan kimselerin de aynı fiilden sorumlu tutulmasının sağlanması gerekir. Hakkaniyet sorumluluğu TBK tasarısında da olduğu gibi ayırt etme gücü olmayanlar için değil genel bir kusursuz sorumluluk haline getirilirse illiyet bağı teorisinin esas alınmasında hiçbir mahzur yoktur. Böylelikle hakkaniyetin gerektirdiği her durumda ayırt etme gücü olan-olmayan herkes sorumlu tutulabilir. Zayıf durumda oldukları için korunması gereken ayırt etme gücü olmayanlar hakkaniyet saikiyle sorumlu tutulurken, ayırt etme gücü olan kimselerin aynı durumda sorumlu olmamaları durumu bilfiil kendisi hakkaniyete, adalete ve vicdana uygun değildir[1420].

Hakkaniyet sorumluluğunu kusur ilkesine dayanarak açıklayan teoriye göre ayırt etme gücü olmayan kimsenin yaptığı fiil, failin ayırt etme gücü olmaması haricinde bir haksız fiilin tüm unsurlarını barındırıyorsa artık mağduru korumak ve faili kusurlu saymak gerekir[1421]. Bu ise failin fiilinden sorumlu tutulması manasına gelir. Bu teori adeta failin ayırt etme gücü olmamasından kaynaklanan kusurlu olamaması dolayısıyla da haksız fiil ehliyetinin bulunmaması halini ortadan kaldırarak adeta faile bir haksız fiil ehliyeti tanımaktadır. Mağdurun uğradığı zararın onun

---

[1419] Nitekim bir Yargıtay kararında failin ayırt etme gücü bulunmamasına karşın objektif ölçüler içerisinde ona yüklenilebilecek bir kusurun varlığı aranmaktadır. İlgili karara göre: "*Kural olarak haksız eylem nedeni ile verilen zararlarda sorumluluk kusura dayanır. Kusur sorumluluğu için de Medeni Kanun'un 13. maddesinde belirtilen ayırt etme gücünün varlığı gerekli ve yeterli koşuldur. Diğer yandan aynı yasanın 15. maddesi gereğince yasada gösterilen ayrık durumların varlığı durumunda ayırt etme gücü bulunmayanlar da haksız eylemleri nedeni ile verdikleri zararlardan sorumlu tutulabilirler. Bu ayrık durumlardan birisi de Borçlar Kanunu'nun 54/1 maddesinde düzenlenmiş bulunan hak ve adalete dayalı nesnel (objektif) sorumluluktur.*
Bu düzenleme ile hakime, geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin, her olayı çevreleyen koşulların gözönünde bulundurularak kullanılması gerekir. Bu bağlamda, ayırt etme gücü bulunmayanın eyleminin doğurduğu özel tehlike; ayırt etme gücü bulunmamasına karşın, objektif ölçüler içinde ona yüklenilebilecek bir kusurun varlığı; ayırt etme gücü bulunmayanın, eylem sırasındaki öznel durumu ve zarar görene yönelik tutumu ile tarafların ekonomik varlıklarının gözönünde tutulması gerekir. Özellikle, haksız eylemde bulunanın sorumluluğunun onun yönünden rahatlıkla katlanılabilir; zarara uğrayan yönünden de hissedilebilir ölçüde ekonomik sonuçlar doğurması durumunda, ayırt etme gücü bulunmayanın sorumlu tutulması benimsenebilir." Yargıtay 4. HD, 6.11.2019 T, 2019/669 E, 2019/5053 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 27.03.2021).

[1420] Benzer yöndeki görüş için **KOÇHİSARLIOĞLU**, Objektif sorumluluk, s. 250-251; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.501.

[1421] **ARAL**, s.737.

üzerinde bırakılması hakkaniyete uygun gözükmediği hallerde failin hareketi şayet ayırt etme gücü olan bir kimse bakımından kusurlu sayılabilecek bir hareket niteliğinde ise artık fail kusur ilkesi gereği korunmaz ve hakkaniyet sorumluluğu devreye girer. Bu teori ile izlenen yol kusur işlemekten aciz failin somut olaydaki davranışının objektif ve farazi bir kusur kavramı ile değerlendirilerek fail kusurlu bulunursa hakkaniyet sorumluluğunun gerçekleşmesine, kusurlu bulunmaz ise hakkaniyet sorumluluğunun oluşmadığına hükmedilmesidir[1422]. Bu yol ile ayırt etme gücü olmayanlar hakkında adeta kusur ilkesi işletilmektedir. Ancak ayırt etme gücü olmayan kimsenin farazi bir kusur kavramı ile dahi olsa nasıl kast veya ihmal ile davrandığının varsayılabileceği teorinin eleştirilen noktasıdır[1423]. Zira ayırt etme gücü olmayanlar hakkında kusur mefhumundan bahsetmek mümkün olmaz. Bu teorinin *Rümelin'*in kişilerin kendi şahsiyetlerinde bulunan eksiklikten doğan fiillerinden doğan sorumluluğu yüklenmesi gerektiği fikriyle[1424] uyum içinde olduğu söylenebilir. Zira ayırt etme gücü olmayan kimsenin fiili normal davranıştan sapmakta ise -ki bu ayırt etme gücü olanlar hakkında kusur kabul edilir- onlar hakkında sorumluluk sebebidir. Dolayısıyla hakkaniyet sorumluluğunun hukuki niteliğini kişisel sorumluluk olarak açıklayan teori ile kusur olarak açıklayan teori uyum göstermektedir.

Kusur ilkesinin eleştirildiği noktalardan birisi olan zarar görenin zarar verenden masum olması durumu[1425] hakkaniyet sorumluluğunun kabul sebeplerinden birisi olmaktadır. Zira bir kimse ayırt etme gücüne sahip olmamak bakımından nasıl kusursuz ve masum ise onun fiilinden zarar gören kimse ondan daha kusursuz ve masumdur[1426]. Zira ayırt etme gücü olmayan kimsenin zarara en azından fiiliyle sebep olması söz konusudur. Bununla beraber denilebilir ki ayırt etme gücü olmayan kimsenin verdiği zarar bakımından masumiyeti, kusursuz olarak zarar veren kimseden de fazladır. Bu itibarla kusursuz zarar veren failin masumiyeti çoğalmış ve zarar görenin üstün masumiyetine erişememişse de yaklaşmıştır. Bu sebeple hakkaniyet sorumluluğu ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlı tutulunca sebebiyet esasının en kuvvetli hukukî gerekçesi olan zarar görenin üstün masumiyeti fikri hakkaniyet

---

1422 **ARAL**, s.737.
1423 **NART**, Hakkaniyet, s. 106.
1424 **RUMELIN**, Max, Schadenersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910, s.52 (**NART**, Hakkaniyet, s.99'den naklen). Ayrıca bkz **İMRE**, s.59-60.
1425 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 3; **İMRE**, s.40.
1426 **NART**, Hakkaniyet, s. 104.

sorumluluğu açısından zayıflamıştır. Diğer yandan hakkaniyet sorumluluğunun ayırt etme gücü olanlarla sınırlı tutulmasıyla da zarar görenin masum olmasından dolayı korunması önemli ölçüde sınırlanmıştır. Böylece sadece ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlı tutulan bir hakkaniyet sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun en güçlü hukuki gerekçesi olan zarar görenin üstün masumiyeti olgusunun en zayıfladığı alanlarda ortaya çıkmaktadır.

Kusuru ilkesi aleyhine ileri sürülen, kusur ilkesine bağlı sorumlulukta ortaya çıkan kusur ile zarar arasındaki oransızlık problemi hakkaniyet sorumluluğu ile bir derece çözüme kavuşturulmaktadır. Zira hakkaniyet gereği tazminin belirlenmesinde kusur dikkate alınmamakta, zarar ve bu zararın büyüklüğünün mağdura olan etkisi ve son olarak failin ekonomik durumu esas alınmaktadır[1427]. Böylece hakkaniyet sorumluluğu kusur gibi soyut ve farazi bir kavramın zarar gibi maddi ve somut bir olgu ile bağdaştırılmasını engelleyerek tazmin ilişkisini tespit etmektedir. Ayrıca sorumluluk hukukunda önem arz eden ortaya çıkan zarara en çok hangi tarafın tahammül edebileceği, tarafların bu zarardan nasıl ve ne kadar etkilenecekleri problemini[1428] en doğrudan çözen ilke hakkaniyet esasıdır. Bahsedilen bu noktalarda hakkaniyet sorumluluğu kusur ilkesi aleyhine ileri sürülen hukuki gerekçelerden olan kusurun faraziliği ve kusur ile zarar arasındaki dengesizlik ve de faili aşırı şekilde koruma eleştirilerini belirli bir ölçüde çözmektedir.

B) Hâkimiyet Esası

Hâkimiyet esasına göre bir kimse kendi hâkimiyetinde bulunan kişi veya şeylerin verdikleri zararlardan sorumlu olmalıdır. Buna göre kişi madem bir kimseye veya şeye hâkimdir, hâkim olduğu şeyden ortaya çıkabilecek haksız bir zarar dolayısıyla sorumlu da olmalıdır. Hâkimiyet esası sert bir kusursuz sorumluluk ortaya çıkartmaktadır. Zira zararın doğrudan hâkim kişi tarafından ortaya çıkartılmadığı, bir başkasının fail olduğu hallerde dahi kusursuz sorumluluğun kurulmasını sağlar. Bu itibarla hâkimiyet esası hâkim pozisyondaki kişi ile zarar arasında adeta illiyet bağı kurulmasına olanak vermekte bunu kolaylaştırmaktadır. Aile başkanının sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğu hallerinde başkalarının davranışlarından hâkim pozisyondaki kimseler sorumlu tutulmakta ve böylece kusursuz sorumluluk ortaya

1427 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 2; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 305 vd.
1428 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 3, s. 305 vd.

çıkmaktadır. Sorumluluğa sebep olan hâkimiyet konusu bazen bir insan değil bir eşyadır. Hâkim olunan eşyanın ortaya çıkardığı zarar, eşyaya hâkim pozisyondaki kimsenin kusursuz sorumluluğunu ortaya çıkartmaktadır. Yapı malikinin ve taşınmaz malikinin sorumluluğu buna örnektir[1429]. Bir eşya olmasa da hayvanların yaptığı davranışlardan sorumluluğunu öngören hayvan tutucusunun sorumluluğu hali de bu kabildendir[1430].

Fail ile zarar arasında bağlantı kurulmasını kolaylaştıran kusursuz sorumluluk halleri daha sert bir sebebiyet ilkesinin uygulanmasına zemin hazırlamaktadır. Kusursuz sorumluluk halleri ile ilgili aranan her özel şart ise sebebiyet ilkesini yumuşatmaktadır. Hâkimiyet esası, hâkim kişi ile doğrudan onun tarafından ortaya çıkartılmamış olan zarar arasındaki dolaylı ilişkiyi doğrudan hale getirmekte olduğu için sorumluluğun kurulmasını kolaylaştırıcı ve kuvvetli bir kusursuz sorumluluk esasıdır. Kişi hâkim olduğu kişi ya da şeylerle ilgili hususlardan kusuru dahi olmaksızın sorumlu olmaktadır. Bununla beraber hâkimiyet esasına dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde davranışın aranması veya yapım bozukluğunun, bakım eksikliğinin olması gibi özel şartlar olduğu takdirde sebebiyet ilkesini yumuşamakta zararın faile isnat edilmesi zorlaşmaktadır.

Kusursuz sorumluluk esasları birbirlerini destekleyebilir, bazen iç içe bulunabilirler. Bazen de birisi bir diğerine temel teşkil edebilir. Hâkimiyet esası daha temel mahiyette olması ve hâkimiyet sahibi olmaktan doğan ödevlerin çok olması yönleriyle, başka kusursuz sorumluluk esaslarına temel teşkil etmekte veya onların içerisinde de bulunmaktadır. Mesela olağan sebep sorumluluklarının temelini teşkil

---

[1429] Yapı malikinin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hali olarak İsviçre Hukukunda OR Art. 58'de düzenlenmiştir. Bkz. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 182 vd.; **STARK**, Ausservertragliches, s.9. İsviçre Hukukunda taşınmaz malikinin sorumluluğu ZGB Art. 679'da düzenlenmiştir. **HONSELL/ ISENRING/KESSLER**, s. 189 vd.; **STARK**, Ausservertragliches, s. 9. İsviçre doktrinindeki hâkim görüşe göre bu sorumluluk sebebiyet esasına dayanmaktadır. Zira sorumluluğun gerçekleşmesi için kusur aranmamaktadır. Bkz. **VITO**, s. 117; Alman Hukukunda yapı malikinin sorumluluğu esas olarak BGB § 836'da düzenlenmektedir. Yine BGB § 837 ve 838'de de bu sorumluluğa ilişkin tamamlayıcı nitelikte hükümler bulunmaktadır. Düzenlemenin içeriğine bakıldığında BGB § 836'nın sebebiyet esasına dayandığı görülmektedir. Söz konusu maddede sorumluluğun doğması için kusur aranmamakta ancak madde metninde özen ve bakım yükümlülüğü gibi kavramlardan bahsedildiği için sorumluluğun sert bir sebebiyet esasına dayandığı söylenemez.

[1430] Hayvan tutucusunun ve bakıcısının sorumluluğunu düzenleyen BGB § 833 Abs. 1 Sa. 2 ve BGB § 834'de de bu çeşit sorumluluk özen sorumluluğudur. Zira madde metninde gerekli özenin gösterilmesi halinde sorumluluğun doğmayacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak özen sorumluluğu halleri hâkimiyet esasından temel alırlar. **EREN**, Borçlar Genel, s.721. Hayvan bulunduranın sorumluluğunun tehlike fikrine dayandığı da doktrinde ileri sürülmektedir. Bkz. **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s. 406.

eden objektif özen yükümlülüğü[1431], hâkimiyet esasından temel almaktadır. Zira kişinin ancak hâkim olduğu şeyler üzerinde bir özen yükümlülüğü söz konusu olabilir. Temel bir kusursuz sorumluluk esası hatta bir sorumluluk ilkesi olan tehlike esası dahi temelinin önemli bir kısmını hâkimiyet esasından almaktadır[1432]. Zira tehlikeli bir işletmeye hâkim pozisyonda bulunmayan onun işleticisi de sayılmaz. Hâkimiyet esası hem faili kendi yapmadığı fakat hâkim olduğu şeylerden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutarak hem de başka kusursuz sorumluluk esaslarının temelini teşkil ederek sebebiyet ilkesinin devreye girmesini kolaylaştırması yönleriyle kuvvetli bir sebebiyet ilkesi anlayışı ortaya çıkartır.

Hâkimiyet esasındaki hâkimlik kavramı genellikle mülkiyeti gerektirse bile istisnası da söz konusu olabilir. Örneğin TBK m. 69'a göre intifa ve oturma hakkı sahipleri yapı eseri malikiyle beraber müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır[1433]. BGB § 838'e göre de binanın maliki haricinde onun bakımını üstlenen kişinin de sorumluluğu söz olmaktadır. Temelini hâkimiyet esasından alan tehlike sorumluluğunda, sorumluluğun kaynağı tehlikeli faaliyetin yapılmasıdır. Tehlikeli faaliyette bulunan kimsenin tehlikeyi ortaya çıkaran araca veya tehlikeli işletmeyi işleten kimsenin de tehlikeli işletmeye malik olması gerekmez[1434]. İşleten sıfatının olması yeterlidir. İşletenin sorumlu tutulmasının hâkimiyet esası ile bağlantısı ise, işletenin işletme üzerindeki hâkim pozisyonudur.

Sebebiyet ilkesi fert ile zarar arasındaki illiyet bağı ilişkisi üzerine kurulmuşken[1435] hâkimiyet esası sorumluluğu ferdin hâkim olduğu kişi veya şey ile zarar arasındaki illiyet bağı ilişkisi temeli üzerine taşımış ve bu bağı ferdin hâkimiyeti dolayısıyla ferde intikal ettirmiştir. Zarar ile fert arasındaki zayıf olabilecek illiyet bağı hâkimiyet ilişkisi göz önüne alınarak güçlendirilmiş olmaktadır. Bu yönüyle hâkimiyet esası faili kendisinden uzak sayılabilecek zararlardan da sorumlu tutan sert bir sebebiyet sorumluluğu doğurmaktadır. Bu sebeplerle araya bir başka şey veya kimse girmeksizin sadece failin davranışıyla ortaya çıkan zararlarda, fail ile zarar arasında

---

1431 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.6.

1432 **ÇEKİN**, s.509.

1433 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 162-163.

1434 **EREN**, Borçlar Genel, s.760 vd. KTK m. 3/63'e göre araç işleten kimse sadece malik değildir. İşleten haricinde yarış düzenleyicileri (KTK m. 105), devlet ve diğer kamu tüzel kişileri (KTK m.106), motorlu aracı çalan ya da gasbeden kişiler (KTK m. 107/1), motorlu araçla ilgili meslekî faaliyetlerde bulunan kişiler (KTK m. 104/1) de farazi işleten olarak aracın işletilmesinden doğan zarardan sorumludurlar. Bkz. **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 171-172.

1435 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **TUNÇOMAĞ**, s. 287.

doğrudan illiyet bağının bulunduğu hallerde hâkimiyet esasına müracaat etme imkânı bulunmamaktadır. Zira zararın mutlaka bir hâkimiyet ilişkisine dayalı olarak ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla hâkimiyet esası fail ve zarar arasındaki doğrudan doğruya ilişkinin söz konusu olamadığı[1436] kusursuz sorumluluk halleri ortaya çıkartır. Bu itibarla hâkimiyet esası adeta sebebiyet ilkesinin özel bir görünümü niteliğindedir.

C) Menfaat Esası

Menfaat esası yarar ile zarar arasında bir bağlılık olması gerektiği fikrine dayanır. Bu esas bir şeyin menfaatinden yararlanan kimse, o şeyden ortaya çıkacak zararlara da katlanmalıdır düşüncesinin sorumluluk hukukundaki görünümüdür. Buna göre bir faaliyet veya şeyin yararlarını elde eden kişi, o faaliyet veya şeyin neden olduğu zarara da katlanmalıdır[1437]. Kusursuz sorumluluğun taraflar arasındaki menfaat dengesini adalete uygun şekilde belirlemek için kabul edilmesi, menfaat esası görünümüyle ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla *Tandoğan* bu durumu karşılayıcı adaletin *(justice commutative)* bir görünümü olarak değerlendirmiştir[1438]. *Koçhisarlıoğlu* ise menfaat esasının kusur ilkesine denk bir sorumluluk ilkesi olabileceğinin zor olduğunu söylemektedir. Özellikle amaçlanan menfaat sağlanamadığında zararın faile taşınmasının gerekçesinin zayıflayacağını belirtmektedir[1439].

Kusur ilkesine yöneltilen en ağır eleştirilerden birisi zarar görenin masumiyetine rağmen zararın onun üzerine bırakılmasıdır. Fail fayda elde etmediği bir vesileyle dahi kusursuz olarak zarar vermişse mağdur failden daha masum olduğu için, zarar verenin kusur ilkesi ile korunması eleştirilmektedir. Fail ayrıca kendi menfaatine olarak bu durumu ortaya çıkartıp, fayda elde ettiği bir faaliyet veya şey yüzünden başkasına zarar vermişse artık tamamen masum olan mağdur üzerine zararı bırakmak adalet hislerini iyice rencide etmekte ve kabul edilmesi daha güç bir hale gelmektedir. Failin kendi davranışı ile ortaya çıkardığı zararın kendisi yararına bir faaliyet veya bir şey vesilesiyle ortaya çıkması ile artık taraflar arasındaki menfaat dengesi mağdur aleyhine açıkça bozulmaktadır. Bu itibarla menfaat esasının, kusur

---

1436 Hayvan tutucusunun, adam çalıştıranın, aile başkanının, yapı malikinin sorumluluğu buna örnektir.

1437 **KOÇHİSARLIOĞLU**, Objektif sorumluluk, s. 251; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.5.

1438 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.5.

1439 **KOÇHİSARLIOĞLU**, Objektif sorumluluk, s. 253.

ilkesine karşı yöneltilen belki en ağır eleştiri olan zarar görenin masumiyeti düşüncesinden temel aldığı söylenebilir. Fail ile zarar gören arasındaki fayda zarar dengesinin aşırı derecede bozulmasıyla artık kusur ilkesi lehine ileri sürülen gerekçeler önemini iyice yitirmekte ve mağduru korumak icap etmektedir.

Menfaat esası kusursuz sorumluluğu gerekçelendiren esasların başlıcalarındandır. Hâkimiyet esası gibi menfaat esasından hem yapı malikinin veya taşınmaz malikinin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk halleri doğmakta, ayrıca menfaat esası başka kusursuz sorumluluk esaslarının temelini de teşkil etmektedir. Mesela tehlike esası, işletenin kusursuz sorumlu olmasını tehlikeli işletmeyi kendi menfaatine işletmesi düşüncesine dayanması yönüyle önemli bir temelini menfaat esasından alır. Alman doktrininde 19. yüzyılda, menfaat kime aitse tehlikeyi o üzerine almalıdır fikri veya kendi menfaati başkasının menfaatini ihlâl eden kimse bundan sorumludur fikri ile sürülmüştür[1440]. Menfaat esasında kişi kendi menfaatine olarak bir şeyden yararlanmaktadır. Bu yararlanmasından dolayı ise ayrıca başkaları için tehlikeli olabilecek bir durum ortaya çıkartmışsa tehlike esası devreye girmektedir. Bu yönüyle menfaat esası tehlike esasının bir başlangıcı ve onun temeli olmaktadır.

Sebebiyet ilkesi temel mantığı gereği fail ile zarar arasında doğrudan doğruya ilişki kurmakta doğrusu bunlar arasında illiyet bağı araştırmasına girmektedir[1441]. Menfaat esasına dayalı kusursuz sorumlulukta ise fail ile zarar arasında doğrudan doğruya bir bağlantı kurmak biraz güçleşmektedir. Aslında fail ile zarar arasındaki doğrudanlık daha zayıfken failin yararlandığı şey ile zarar arasında doğrudan bağlantı söz konusudur. Teknik olarak fail ile zarar arasında illiyet bağı kurmakta failin menfaatine olan şeyle zarar arasındaki ilişkiye müracaat edilmektedir. Böylece failin kendi menfaatine olarak ortaya çıkardığı durumdan kaynaklanan zararlar ile fail arasında illiyet bağı kurmak kolaylaştırılmış olmaktadır. Bu yönüyle menfaat ilkesi sebebiyet ilkesinin kuvvetli bir halidir[1442]. Zira failin sorumluluğu kusursuzlukla

---

1440 İlgili yazarlar için Bkz. **İMRE**, s.64.

1441 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **TUNÇOMAĞ**, s. 287.

1442 Sorumluluk anlayışı olarak zaten sebebiyet ilkesinin kabul edildiği mecellede, belki sebebiyetin kuvvetli bir hali olması yönüyle menfaat esasına ayrıca yer verilmektedir. Sebebiyet esasına göre fail ile zarar arasında illiyet bağı kurmak güçleştiği için menfaat esasının ayrıca ele alınması sadece kusur ilkesi için değil sebebiyet ilkesi için de bir gerekliliktir. Nitekim Mecelle 87. m.'e göre: *"Mazarrat menfa'at mukabelesindedir"*. Bu hükme göre bir şeyin menfaatine sahip olan kimse onun zararını da yüklenmelidir. Mecelle m. 88 deki : *"külfet nimete, nimet de külfete göredir*" hükmü de menfaat esasını kuşatan bir Mecelle külli kaidesidir. Detaylı bilgi için Bkz. **HAYDAR EFENDİ**, s. 119.

beraber bazen uzak bir illiyetin varlığına dayanmaktadır. Zayıf olabilecek illiyet bağı failin menfaati düşüncesiyle kuvvetlenmiş olmaktadır.

D) Hukuka Aykırılık Esası

Kusursuz sorumluluk hallerinin büyük kısmında tazmin ilişkisi doğmasını gerekçelendiren esasın hukuka aykırılığın varlığı olduğu görüşünde olan yazarlar bulunmaktadır. Buna göre hukuka aykırı şekilde verilen zararlar tazmin edilmelidir[1443]. Ancak hukuka uygun olduğu halde kusursuz sorumluluğun ortaya çıkması fedakârlığın denkleştirilmesinde[1444] veya tehlike sorumluluğunda söz konusu olmaktadır. Zira doktrinde tehlike sorumluluğunda davranışın hukuka aykırılığı kabul edildiği takdirde tehlikeli işletmenin işletilmesi veya tehlikeli faaliyetin yapılması için alınan iznin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir[1445]. Fedakârlığın denkleştirilmesi de istisnaî bir kusursuz sorumluluk hali olarak değerlendirilirse hukuka aykırılık esası diğer kusursuz sorumluluk hallerini kuşatıcı bir mahiyettedir.

Hukuka aykırılık oldukça geniş bir kusursuz sorumluluk esasıdır ve diğer kusursuz sorumluluk esaslarını kendi dairesi içine almaktadır. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırılık genel bir şart niteliğindedir. Tehlike esası ise mahiyeti gereği hukuka uygun fiiller yapılırken ortaya çıkan tehlikelerden de sorumlu olmayı gerektirir. Tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılığın bir şart olarak kalabilmesi için doktrinde hukuka aykırı sonuç teorisi ileri sürülmektedir[1446]. Gerçekten hukuka aykırı sonuç teorisi sebebiyet ilkesi gibi sonuç odaklı olduğu için, kusursuz sorumluluk halleri için uygun bir teoridir. Bununla birlikte subjektif hukuka aykırılık teorisinin ya da hukuka aykırı sonuç teorisinin kabul edilmesi zaten geniş bir kusursuz sorumluluk esası olan hukuka aykırılık esasının daha da genişlemesine yol açar.

Kusursuz sorumluluğun hukuka aykırılık esasına dayanması ile ilgili bir düzenleme TBK'da mevcut değildir. Bu teorik bir esastır. Bu teorik esasın uygulamaya sokulması kusursuz sorumluluğun genişleyip kuvvetlenmesine zemin hazırlayacaktır.

1443 **HOMBERGER**, A., Haftpflicht Ohne Verschulden, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge 49, 1930, s. 22 vd. (**TANDOĞAN**, Mes'uıliyet Hukuku, s.94'den naklen)

1444 Bir sorumluluk esası olarak Fedakarlık hakkında Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 11.

1445 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 168 vd.; *Tandoğan* bu konuda, yararlı oldukları için izin verilen tehlikeli işletmeleri işletenlerin sorumluluklarının hukuka aykırılığı tartışmalıdır demektedir. **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.6.

1446 **EREN**, Borçlar Genel, s.672-673; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 168 vd.

Gerçekten kusursuz sorumluluğun hukuka aykırılık esasına dayalı olarak ortaya konulması sert bir sebebiyet ilkesini çağrıştırmaktadır. Zira hukuka aykırılık esası gerçekten çok genel bir esastır. Böyle genel bir esastan fedakârlığın denkleştirilmesi halleri haricinde hemen her alanda bir kusursuz sorumluluk hali ihdas etmek mümkündür. Kanundaki kusursuz sorumluluk hallerinin özel şartları da dayandığı kusursuz sorumluluk esasının mahiyetine göre şekillendiği için[1447] hukuka aykırılık esasına dayandırılarak ihdas edilen bir kusursuz sorumluluk halinin fazla özel şartı da bulunmayacaktır. Bu da söz konusu kusursuz sorumluluk halini sert bir sebebiyet ilkesine daha yakın tutacaktır.

Hukuka aykırılığın geniş bir kusursuz sorumluluk dairesi oluşturmasının aksine TBK'da düzenlenen esaslar sınırlayıcıdır. Mesela özen sorumluluğu başlığı altında ancak özen yükümlülüğünün ihlâli olgusuna dayanan haller kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilmiş ve kusursuz sorumluluk hallerinin özel şartları bu çerçevede şekillenmiştir. Tehlike sorumluluğu ise bundan daha genel niteliktedir ve hatta bundan dolayı tehlike sorumluluğu bir ilke olarak değerlendirilmektedir. Hukuka aykırılık esası ise tehlike esasından dahi daha geniş bir esas olduğu için kanuna böyle bir esas konulursa bu kusursuz sorumluluğun istisnaî niteliğini oldukça genişletecektir. Böyle bir esasın kanunda kabul edilmesi mevcut kusursuz sorumluluk hallerinin geniş yorumlanmasına uygun zemin hazırlayacaktır. Ayrıca kanun koyucu tarafından yapılan yasama çalışmalarında kusursuz sorumluluk hallerinin ihdasını kolaylaştıracaktır. Hatta hukuka aykırılık esası hemen her türlü kusursuz sorumluluk haliyle irtibatlandırılmaya uygun mahiyet içerdiği için kusursuz sorumluluğu alabildiğine genişletmeye uygun bir esastır. Rahatlıkla bir sorumluluk ilkesi olarak kullanılmaya elverişli mahiyettedir. O kadar ki hukuka aykırılık genel bir sorumluluk ilkesi olarak kabul edilse sorumluluğu tek başına kusur sorumluluğundan sebebiyet ilkesine çevirmeye yeterli gelir. Nitekim İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı Art. 46'daki genel haksız fiil düzenlemesi kusur yerine hukuka aykırılığı esas aldığı için buna örnek olarak kabul edilebilir.

Bütün bunlarla beraber hukuka aykırılık kanundaki somut bir esas olarak değil teorik bir esas olarak da değerlendirilebilir. Zira kanunlardaki mevcut kusursuz sorumluluk halleri hep başka kusursuz sorumluluk esaslarına dayanmakta ancak

[1447] **KORKMAZ**, s.91.

hukuka aykırılık çok genel bir yapıda olduğu için içlerinde ayrıca hukuka aykırılık unsuru da bulunmaktadır. Mesela özen yükümlülüğüne aykırılığa bağlı kusursuz sorumluluk halleri aynı zamanda hukuka aykırılık da içermektedir. Zaten şu an hukuka aykırılık kusursuz sorumluluk hallerinin pek çoğunun da[1448] genel bir şartı olduğu için teorik olarak kusursuz sorumluluğun bütün olarak hukuka aykırılığa dayandığı söylenebilir. Ancak hukuka aykırılık kusursuz sorumluluk hallerinde genel bir şart olsa da kusursuz sorumluluğa asıl sebep olan hukukî esas olarak kanunda düzenlenmemiştir. Bu sebeple herhangi bir somut olayda hukuka aykırılık söz konusu olsa bile zarardan kusursuz sorumluluğun doğmasını meşrulaştıracak bir kusursuz sorumluluk esası olmadığı sürece sorumluluk da söz konusu olmaz. Hukuka aykırılık kusursuz sorumluluk için şart olsa bile her hukuka aykırı durum kusursuz sorumluluğa yol açmaz. Zira çok geniş bir esas olduğu için arka planda kalmaktadır. Kusursuz sorumluluk dairesi ilgili kusursuz sorumluluk esasının sınır ve çerçevesinde tutulmak istenmiştir. Şayet hukuka aykırılık müstakil bir kusursuz sorumluluk esası olarak kanunda düzenlenirse, hukuka aykırı olarak verilen her zarardan sorumluluk yolu açılmaya başlayacaktır.

Hukuka aykırılık esasına bağlı olarak ihdas edilen kusursuz sorumluluk halleri belirli yönlerden sınırlanmadıkça kusur ilkesinin ortaya çıkardığı her sakıncalı durumu[1449] gidermeye yönelik genel bir etki gösterecektir. Zira hukuka aykırılık esası çok genel bir esastır ve sebebiyet ilkesinin bir nev'î çekirdeğini teşkil eder. Kanun koyucu tarafından kusursuz sorumluluğun istisnaî yapısı korunmak isteniyorsa hukuka aykırılık esası başka kusursuz sorumluluk esaslarının aranmasıyla daraltılmalıdır. Nitekim TBK'da izlenen yolunda buna benzer olduğu söylenebilir. Zira hukuka aykırılık kusursuz sorumluluk hallerinde bir unsurdur veya teorik olarak esas olarak kabul edilse bile başka kusursuz sorumluluk esaslarının varlığının aranması ile kusursuz sorumluluk hali daraltılmıştır. Bizim kanaatimiz ise kusursuz sorumluluğun genişletilmesi yönünde olduğu için başka bir kusursuz sorumluluk esası aranmadan, hukuka aykırılığın tek başına genel bir esas olarak düzenlenmesinde bir sakınca görmüyoruz.

[1448] Hukuka aykırı sonuç teorisi kabul edildiği takdirde kusuruz sorumluluk hallerinde hukuka aykırılık genel bir unsur olmaktan çıkabilecektir. Bu durum özellikle tehlike sorumlulukları için söz konusudur. Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s.672-673; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.6.

[1449] Kusur ilkesinin sakıncaları ile ilgili Bkz. 2. bl. §3 II

Hukuka aykırılık esasının kabul edilmesi kusursuz sorumluluk alanını genişletir. Bununla beraber kusursuz sorumlulukta hukuka aykırılığın bir unsur olarak kabul edilmemesi sert bir sebebiyet sorumluluğunun varlığına işaret eder[1450]. Bunun manası sebep olunan zarar hukuka aykırı olmasa bile failin sorumlu olması demek olur. Mesela tehlike sorumluluğunun yapısı buna uygundur. Ancak çok sert bir sorumluluk tipi olsa bile sorumluluk dairesi hukuka aykırılık esası gibi geniş olmaz. Zira sorumluluk dairesi bağlı olunan kusursuz sorumluluk esası ile sınırlı kalır. Mesela bir konuda uzman kişilerce alınan tüm tedbirlere rağmen zarar tehlikesinin ortadan kaldırılması imkânı olmayan ancak büyük bir tehlike oluşturmayan kimse açısından tehlike sorumluluğu gündeme gelmez[1451]. Zira tehlike esasının bir gereği olarak büyük bir tehlikenin varlığı şartı gerçekleşmemiştir. Aslında hukuka aykırılık hakkında kabul edilen teori ile fedakârlığın denkleştirilmesi müstesna hemen her kusursuz sorumluluk içerisinde hukuka aykırılık bir unsur olarak muhafaza edilebilir. Sonucun hukuka aykırılığı ve subjektif hukuka aykırılık teorileri bu hususu temin eder.

Günümüzde kusur ilkesinin terk edilmesi eğilimi içerisine girilmiştir. Nitekim İsviçre 2020 Borçlar Kanununda kusur ilkesi yerine hukuka aykırılık esasına dayanan bir sebep sorumluluğu anlayışı genel sorumluluk ilkesi olarak kabul edilmiştir. İlgili düzenlemede hukuka aykırılık unsuruna ilişkin kabul edilen teori yoluyla salt sebebiyet anlayışından sakınılmış, kusur ilkesine oldukça yakın sonuçlar veren bir sebebiyet dairesi benimsenmiştir. Bu üçüncü hukuka aykırılık teorisidir. Şöyle ki sorumluluğun gerçekleşmesi için kusur unsuru aranmamış ancak hukuka aykırılık unsuru içerisine genel davranış yükümlülüğü adı altında kusur benzeri bir kavram yerleştirilmiştir. Buna göre hukuka aykırılık için kanunda düzenlenmiş davranış ihlâlinin gerçekleşmiş olması yetmez ayrıca bunun genel davranış yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleşmesi gerekir. Böylece genel davranış yükümlülüğü kavramına verilen mana kusurdan geniş olduğu ölçüde sorumluluk sebebiyete çevrilmektedir. Ayrıca kanunda düzenlenmese bile genel davranış yükümlülüğüne aykırı davranışlardan doğan ihlâller de sorumluluğu doğurmaktadır. Böylece sorumluluk kusur ilkesinden bir derece daha sebebiyet ilkesine kaymaktadır.

[1450] Sorumluluk için aranmayan her bir kusursuz sorumluluk esası sorumluluğun sertleşmesi demektir. Böylece diğer kusursuz sorumluluk esaslarının aranmayıp salt hukuka aykırılığın genel olarak aranması sebebiyet sorumluluğunu sertleştirir. Fakat, hukuka aykırılık esasının aranmasının dahi terk edilmesi sorumluluğu daha da sertleştirir.

[1451] **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 167 vd.

E) Objektif Özen Yükümlülüğü Esası

Gelişen hayat şartlarıyla kusur ilkesinin yetersizliğinin ortaya çıkması neticesinde kabul edilen kusursuz sorumluluk hallerinden bir kısmı objektif özen yükümlülüğüne bağlı sorumluluk halleridir. Böylece kusur ilkesiyle mağdura yüklenen failin kusurunu ispat yükü kaldırılmış bunun yerine faile objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat yükü yüklenmiştir[1452]. Bu iki açıdan kusur ilkesini zayıflatmaktadır. Öncelikle ispat yükünün fail aleyhine yer değiştirmesi sonra da kusur yerine objektif özen yükümlülüğü denilen çok hafif bir kusurdan sorumluluğu çağrıştıran bir olgunun[1453] fail aleyhine kabul edilmiş olmasıdır. Bu yönde ilk yasal düzenlemelere örnek olarak 1881 tarihli OR Art 58 deki temyiz gücü olmayanların sorumluluğu Art. 62'deki adam çalıştıranın sorumluluğu 65'deki hayvan tutucusunun sorumluluğu gösterilebilir[1454].

Özen yükümlülüğü esası TBK'da bir üst başlık olarak yer alan bir kusursuz sorumluluk esasıdır. Kusursuz sorumluluk ana başlığı altındaki kusursuz sorumluluk esaslarını içeren üst başlıklardan birisidir. Özen sorumluluğu başlığı altında TBK m.

1452 **VITO**, s. 12.

1453 **WIDMER**, s.70; **VITO**, s. 12; Objektif özen yükümlülüğünü hafif kusur olarak değerlendiren bir YHGK kararında *"Objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlardan dahi sorumludurlar"* ifadesiyle objektif özen ile kusuru aynı kavram olarak değerlendirilmiştir. YHGK, 15.6.1994 T. 1994/11-178 E. 1994/398 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr (E. T. 15.02.2021); Ayrıca bir yargıtay kararında yapı malikinin objektif özen ödevi kusur ile ilişkilendirilmiştir. İlgili karara göre: *"Borçlar kanunu hükümlerine göre (B.K.58) Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurdan dolayı sorumludur. Bu maddedeki sorumluluk, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk halidir. Diğer yandan özel hukuk sorumluluğu bakımından her zaman kusur (kast veya ihmal) unsurlarının bulunması zorunlu değildir."* Yargıtay 17. HD, 15.02.2018 T. 2017/2078 E. 2018/986 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 27.03.2021).; Kanaatimizce kusur ile objektif özen arasındaki fark dikkate alınmalı ve bu hususta hassas olunmalıdır. Zira objektif özen esası kusurdan daha kolay oluşabilen bir olgu olup sorumluluğunun gerçekleşmesini kolaylaştırır. Genişletilmiş sorumluluk anlayışı olan kusursuz sorumluluk içerisine tekrar kusur kavramını dahil etmek, kurumun mahiyetine uymaz. Nitekim başka bir yargıtay kararına göre: "*Borçlar Kanunu'nun 58. Maddesindeki sorumluluk objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan "ağırlaştırılmış" bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu sorumlulukta zarar gören, yapı malikinin kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Yapı maliki ise, kusurunun bulunmadığını değil uygun illiyet bağının kesildiğini kanıtlamalıdır. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun olması veya üçüncü bir kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması ya da zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmeyen bir halin bulunması gerekmektedir."* Yargıtay 17. HD, 25.02.2016 T. 2015/17243 E. 2016/2278 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 27.03.2021); Yine bir yargıtay içtihadı birleştirme kararında objektif özen sorumluluğunun kusur derecesine varmayan hafiflikteki bir özen ve tedbiri içerdiği belirtilmektedir. Karara göre: *"...Oysa yapı maliki binanın yapımında ve bakımında gösterdiği özensizlik kusur derecesine ulaşmasa bile, yapım bozukluğu ve bakım eksikliğinden meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdür..."* Yargıtay İBBGK, 06.05.2016 T. 2015/1 E. 2016/1 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2021).

1454 **FELLMAN**, Band I, s.8.

66'da adam çalıştıranın sorumluluğu, TBK m. 67'de hayvan bulunduranın sorumluluğu[1455] ve TBK m. 69.'da yapı malikinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Bunlarla beraber özel kanunlarda düzenlenen[1456] doktrinde özen esasına dayandığı kabul edilen ürün sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk halleri de vardır[1457].

Objektif özen yükümlülüğü esası kişinin, kendisi hakkında veya hâkimiyeti altındaki şeyler hakkında objektif gözetim ve özen ödevini yerine getirmemesine dayanır[1458]. Buna göre bir kişi veya şey hakkında kendisine kanun tarafından özen gösterme ödevi yüklenen kimse, bu yükümlülüğü yerine getirmezse kusuru bulunmasa da doğan zarardan sorumludur[1459]. Objektif özen yükümlülüğü esası hafif bir kusursuz sorumluluk esası olup, olağan sebep sorumluluklarının çoğunun temelini teşkil etmektedir[1460].

Objektif özen esası hâkimiyet ve menfaat esaslarını içinde barındırmaktadır. Zira kişinin ancak hâkimi olduğu kişi veya şeyler üzerinde bir özen ödevi söz konusu olabilir. Hâkimiyet kişiye hâkimi olduğu kişi ya da şey ile ilgili bir özen yükümlülüğü yüklenmesine olanak sağlamaktadır. Bu yönüyle hâkimiyet esası özen esasına bir temel teşkil etmektedir. Özen esası gereğince kişinin menfaati olmasa bile kendisinin fiilen ortaya çıkarttığı şeyden dolayı başkalarının zarar görmemesi için gerekli özeni göstermesi gerekir. Kişinin kendi menfaatine ortaya çıkarttığı durumdan dolayı ise evleviyetle bir objektif özen yükümlülüğü söz konusu olur. Bu açıdan menfaat esası ile objektif özen esası iç içe bulunmaktadır. Zira menfaat esasına göre de bir faaliyet veya şeyin yararlarını elde eden kişi, o faaliyet veya şeyin neden olduğu zarara da

---

1455 Hayvan tutucusunun sorumluluğu İsviçre Hukukunda OR Art. 56, 57'de düzenlenmiştir. Hayvan tutucusunun sorumluluğu sebep sorumluluğu olmakla beraber, hayvan tutucusunun özen gösterme yükümlülüğüne dayandığı için aynı zamanda kusurlu sorumluluğuna da benzer bir mahiyeti de vardır. Hayvan tutucusunun sorumluluğunun sebebiyet ve kusur sorumluluğuyla ilişkisi hakkında Bkz. **VITO**, s. 121. BGB § 833'de hayvan tutucusunun BGB § 834'de hayvan bakıcısının sorumluluğu düzenlenmiştir. Bkz. **MARKESINIS/UNBERATH**, s. 713; İsviçre OR Art. 56, 57'e benzer şekilde BGB § 833 Abs. 1 Sa. 2'de menfaati olan hayvanların verdikleri zararlar bakımından hayvan tutucusunun gerekli önem ve özeni göstermesi halinde sorumlu olmayacağı düzenlendiği için sert bir sebebiyet ilkesinden bahsetmek mümkün değildir. Benzer şekilde BGB § 834'de de hayvan bakıcısına kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmıştır. Bkz. **İMRE**, s. 132; **SCHULZE**, s. 1284; **FÖRSTER**, s. 350.

1456 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun

1457 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 237 vd.; **ÜNAL** Akın/**KALKAN** Arif, Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler, TAAD, S. 39, Y. 2019, s.53.

1458 **EREN**, Borçlar Genel, s.561 vd; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.94; **VITO**, s. 12; **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.498.

1459 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.6.

1460 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.6; **EREN**, Borçlar Genel, s.561 vd.

katlanmalıdır[1461]. Şüphesiz kişinin bu zararın ortaya çıkmaması için objektif özen yükümlülüğü bulunmalıdır.

Objektif özen esası kusur değilse de hukuka aykırılığı ve kusuru anımsatan bir kavramdır[1462]. Kanun koyucu kişiye belirli bir özen ödevi yüklemektedir. Buna aykırı olarak kişinin özen ödevini yerine getirmemesi kanunun o hususstaki emredici hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Bu ise hukuka aykırılıktır. Bu itibarla objektif özen yükümlülüğü esasının hukuka aykırılık esasının bir görünümü olduğu söylenmektedir[1463]. Hukuk kuralları bazen ihmali tespit eder tarzda düzenlenmektedir[1464]. Bu özellikle dolaylı olarak hakları koruyan normlarda söz konusu olmaktadır. Belirli şekilde davranmak veya davranmamak hukuk kuralı tarafından yasaklanmıştır. Kuralın içeriğine bakıldığı zaman bu kuralın konusu ihmal içeren bir davranışın yapılmasının yasaklanması veya yapılmaması halinde ihmal olacak bir davranışın yapılmasının emredilmesi şeklinde olabilmektedir. Mesela gece vakti trafiğe çıkan bir aracın ışıklarını yakması gerekir. Bu ışıklarını yakmaması hukuk kuralına ve özen yükümlülüğüne aykırılık olduğu gibi aynı zamanda ihmal içeren bir davranıştır[1465]. Böylece özen yükümlülüğüne aykırı davranış bazen aynı zamanda kusur teşkil edebilmektedir. Kusur boyutuna varan bir özen yükümlülüğü ihlâli kusursuz sorumluluk açısından ek kusur teşkil ederken aynı zamanda kusur sorumluluğunun şartlarının oluşmasına da sebep olup kusursuz ve kusur sorumluluklarının yarışmasına sebep olacaktır.

Hukuk kurallarının ihlâli bizatihi kusur değildir. Hukuka aykırılık, kusurdan farklı bir kavramdır. Ancak objektif özen yükümlülüğü içeren hukuk kurallarının mahiyeti çoğunlukla kusurla ilgilidir. Zira bu yükümlülüğe aykırı davranmak failin ihmaline işaret etmektedir. Şu kadar ki objektif özen esası çok hafif ve ince çizgideki bir ihmale benzemektedir[1466]. Kişiye belirli bir durumda olmasından ötürü hukuk

---

1461 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.5; **KOÇHİSARLIOĞLU**, Objektif sorumluluk, s. 251.

1462 **WIDMER**, s.70; **VITO**, s. 12; **EREN** Borçlar Genel, s.563.

1463 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.6.

1464 **GMÜR/BECKER**, s. 202; **VITO**, s. 15.

1465 Özellikle hukuka aykırı sonuç teorisi için bu tarz özen yükümlülüğü de içeren düzenlemeler ihmaldir. Zira hukuka aykırı sonuç teorisine göre hukuka aykırılık unsuru söz konusu hukuk kuralına aykırı davranıldığında ortaya çıkan zarardır. Hukuk kuralını fiilen ihlâl etmek ise hukuka aykırılık değil ihmal çeşidinde kusuru oluşturur. Hukuka aykırı davranış teorisine göre ise bu gibi normatif düzenlemelerin ihlâli hukuka aykırılık unsuruyla alakalıdır. Bu sebeple hukuka aykırı davranış teorisinde bu gibi durumlarda hukuka aykırılıkla kusur unsurları birbirine karışmaktadır.

1466 **WIDMER**, s.70; **VITO**, s. 12.

düzeni özen yükümlülüğü yüklemiştir. Bir zararın ortaya çıkmaması için özen göstermek, tedbir almak gibi kavramlar ise aslında ihmal ile ilgilidir. Nitekim fail hukuka aykırı sonucun gerçekleşmemesi için yeter seviyede dikkat ve özeni göstermemiş, böylece hukuka aykırı sonuç gerçekleşmişse ihmalden bahsedilir[1467]. Ancak objektif özen yükümlülüğünde kişiye ihmale göre daha ileri seviyede bir özen ve tedbir ödevi yüklenmiştir[1468]. Hukuk düzenince kişiye özen ödevinin yüklenmemesi durumunda kişinin söz konusu özeni yerine getirmemesi durumunda ihmalden bahsetmek mümkün olmaz. Belki somut olaya göre oldukça hafif bir ihmalin varlığı söz konusu olabilir. Zira ihmal hususunda, failden bu derece ağır bir dikkat ve özen beklenmez. Özen esasında kanun koyucu ağırlaştırılmış bir özen ve dikkat yükümlülüğü yüklemektedir. Ayrıca kişinin özen esasına riayet etmemesinden doğacak zararın tamamından kusursuz olarak sorumlu tutulmuştur. Halbuki ihmal söz konusu olsaydı, TBK m. 51 gereğince sorumluluk kusurla orantılı olduğu için hafif bir ihmalden sorumluluk da ihmalin azlığı nispetinde az olurdu[1469].

Bu çeşit sorumluluk objektif özen yükümlülüğünün varlığına dayandığı için, objektif özen yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat etmek yoluyla sorumluluktan kurtulmak mümkündür[1470]. Buna kurtuluş kanıtı denilmektedir. Kanunda objektif özen yükümlülüğüne dayanan kusursuz sorumluluk hallerinin kendi bünyelerine uygun kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmıştır[1471]. Kişi somut olayda objektif özen ödevini yerine getirdiğini ispat edebilirse fail aleyhine kusursuz sorumluluk söz konusu olmayacaktır[1472]. Mesela TBK m. 66/2 ve 66/3'e göre adam çalıştıran, çalışanını seçerken, talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, iş organizasyonunu yaparken gerekli özeni gösterdiğini ispat edebilirse sorumluluktan kurtulmaktadır. Burada adam çalıştıran kusursuzluğunu değil, kanun tarafından kendisine yükletilen

---

1467 **VON TUHR,** Borçlar, s. 380; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 139-140; **VON TUHR/PETER**, s.429; **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 227; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s, s57 vd.; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 153; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.48; **EREN**, Borçlar Genel, s.651 vd.; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s. 427; **REİSOĞLU**, s. 172; **BERKİN**, s. 171; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.53; **BAŞ**, Kusur, s. 231; **KELLER**, s. 119; **OFTINGER/STARK**, s. 201.

1468 **WIDMER**, s.70.

1469 **KOÇHİSARLIOĞLU**, Ayırt Etme, s.5; **İMRE**, s. 19.

1470 **VITO**, s. 12.

1471 İsviçre hukukunda da aynı durum söz konusudur. Bkz. **VITO**, s. 12.

1472 Kurtuluş kanıtı kusur sorumluluğundaki ispat yükünün tersine çevrilmesi sonucunu da vermektedir. Bu itibarla özen sorumluluğunun ve kurtuluş kanıtının olduğu kusursuz sorumluluk halleri, özen sorumluluğunun varlığının aranmasıyla kusur sorumluluğuna benzemekte ise de bunun yerine getirildiğinin ispat edilmesinin faile yüklenmesi yönüyle kusur sorumluluğundan uzaklaşmaktadır. Bkz. **VITO**, s. 12.

özen ödevini yerine getirdiğini ispat etmektedir[1473]. Şöyle ki objektif özen ödevi ağırlaştırılmış bir dikkat ve ihtimamı içerdiği için, bunu yerine getiren adam çalıştıran evleviyetle kusursuzdur. Ancak sorumluluğu açısından kusursuz olması zaten yetmemektedir. Ayrıca da kusurdan daha ağır bir kavram olan objektif özen ödevini yerine getirdiğini ispat etmelidir[1474].

Objektif özen ödevi faile; ihmalin oluşmaması için gösterilmesi gereken dikkat ve özenin üstünde bir dikkat ve tedbir yükümlülüğünü yüklemektedir[1475]. Bazı kusursuz sorumluluk hallerinde objektif özen ödevinin kendisi de ağırlaştırılmış olabilir. Kusursuz olarak sorumlu tutulan kişiye sonuçları oldukça ağır bir özen ve tedbir yükümlülüğü yüklenmektedir. Bu hallerde fail kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulamaz. Zira failin özen ve tedbir yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumlu olmamasının önü kapatılmıştır. Yapı eseri malikinin sorumluluğu buna örnektir. Gerçekten TBK m. 69'da yapı eseri malikine bu hak tanınmamıştır. Bu hüküm ile yapı eserinin yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik varsa bu yapı eseri malikinin objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. İşte yapı eserinin, yapımındaki bozukluk ve bakımındaki bu eksiklik failin objektif özen ödevini yerine getirmemesinden kaynaklanmamış olsa ve fail bunu ispatlasa bile bu eksikliklerden dolayı bir zarar ortaya çıkmışsa fail sorumlu tutulmaktadır. Objektif özen esası genel olarak hafif bir sebebiyet ilkesine yol açsa da kurtuluş kanıtına yer verilmeyen yapı malikinin sorumluluğu gerçekten ağırlaştırılmış bir sebebiyet esası uygulamasıdır. Mâlikin doğrudan kendi davranışından değil maliki olduğu bir şeyden sorumlu tutuluyor olması yönüyle mâlik dolaylı konumda kalmaktadır. Dolaylı konumdaki mâlikin sorumluluğuna hükmetmek de bu çeşit kusursuz sorumluluk halinde sebebiyet esasının kuvvetli olarak uygulandığını göstermektedir. Kurtuluş kanıtı getirilememesi sebebiyle oldukça ağır bir sorumluluk olan yapı eseri malikinin sorumluluğu tehlike esasına yaklaşmaktadır. Nitekim tehlike sorumluluğunda da kurtuluş kanıtı getirmek mümkün değildir[1476]. Ancak doktrinde bazı yazarlara göre yapı eseri malikinin sorumluluğu özen yükümlülüğüne değil menfaat esasına dayanmaktadır[1477].

1473 **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 159.
1474 **WIDMER**, s.70; **VITO**, s. 12.
1475 **WIDMER**, s.70.
1476 **EREN**, Borçlar Genel, s.563.
1477 **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 172 vd.

Yapı eseri malikinin sorumluluğu BGB § 836 Abs. 1'de benzer bir şekilde düzenlenmiştir[1478]. Madde hükmüne göre taşınmaz sahibi ortaya çıkacak tehlikeleri ortadan kaldırmak amacıyla gereken özeni ve bakımı sağlamışsa tazmin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. BGB § 836 Abs. 2'ye göre taşınmazın son bir yıl içindeki eski sahibi de gerekli özen ve bakımı göstermemesinden kaynaklı bir zarar ortaya çıkmışsa sorumludur. Böylece BGB § 836'daki sorumluluğunda objektif özen esasına dayandığı görülmektedir. Zira özen ve bakım yükümlülüğü objektif özen esasından doğmaktadır. Bununla beraber objektif özen esasının hâkimiyet esasıyla iç içe olması yönüyle burada hâkimiyet esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk da mevcuttur.

Objektif özen esası sebebiyet sorumluluğuna yol açsa da özen ödevinin kusura olan benzerliği yönüyle[1479] kusur ilkesine de yakın durmaktadır. Sorumluluğun gerçekleşmesi için kanun tarafından yüklenmiş bir özen ödevi ve bu ödeve aykırılık gerekmektedir. Özen gösterme ödevine ilişkin hukuk kuralı ihlâli, hafif ihmale benzemektedir. Şu farkla ki failin ihmalin oluşmaması için göstermesi gereken özen ve tedbir alma yükümlülüğü artırılmış, ve bu artırılan özen ödevi ihlâl edilmiştir[1480]. Bunun ihlâli, ihmal seviyesine ulaşmasa da sert bir objektif kusur anlayışıyla bakılırsa çok hafif bir ihmale de benzetilebilir. Buna uygun olarak *Fellman* objektif özen yükümlülüğünün kusur yerine ikame edilmesinden bahsettikten sonra, objektif özen yükümlülüğünü tanımlarken, uzmanların deneyimlerinde ve insanların öngörülerinde kazaların önlenmesi için yeterli olan bakım ve dikkat derecesi ifadesine yer vermektedir[1481]. Dolayısıyla objektif özen esasına dayanan sorumluluk hallerinde kusur aranmasa da ihmal çeşidindeki kusur gibi, özen ve tedbirin yerine getirilmemesi sebebiyle, failin gizli olarak kınandığı bir olgu aranmaktadır. Bu itibarla objektif özen esası kusur ilkesi ile sebebiyet esası arasında bulunmaktadır[1482]. Nitekim özen sorumluluğu oluşturan hallerin pek çoğu başlangıçta kusur sorumluluğu olarak nitelendirilmiştir[1483]. Objektif özen esasından doğan sorumluluğu kusur ilkesinden

---

1478 **BRUDERMÜLLER/ELLENBERGER/GOTZ/GRÜNEBERG/HERRLER/SPRAU/ THORN/WEIDENKAFF/ WEIDLICH/WICKE**, s. 1470 vd.

1479 **WIDMER**, s.70; **VITO**, s. 12. Objektif özen yükümlülüğü sadece fiili bir izlemeyi değil, zararın ortaya çıkmaması için aynı zamanda denetimler,uyarılar, talimatlar, yasaklar gibi hususları da içinde barındırabilir. Bkz. BGE 133 III 556-557.

1480 **WIDMER**, s.70.

1481 **FELLMAN**, Band I, s.8.

1482 Objektif özen esasının ispat yükü tersine çevrilmiş kusur ilkesine benzediğinin doktrinde söylendiğini belirten yazar Bkz. **VITO**, s. 12. Objektif özen esasını kusur ilkesi ile tehlike ilkesi arasında değerlendiren yazar için Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s.561 vd.

1483 **EREN**, Borçlar Genel, s.562-563.

uzaklaştıran önemli bir sebep de zarar görenin özen yükümlülüğünün ihlâl edilmiş olduğunu ispata mecbur olmamasıdır[1484]. Kusur ilkesine temelini veren[1485] ve onu en çok güçlendiren hususlardan birisi ise kusuru ispat yükünün mağdura yüklenmiş olmasıdır. Objektif özen esasına bağlı sorumluluklarda ise kurtuluş kanıtı tanınmışsa fail özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ile sorumluluktan kurtulabilmektedir[1486].

F) Tehlike Esası

Tehlike yüzyıldan fazla süredir bağımsız olarak sorumluluğun sebebi olarak kabul edilmektedir[1487]. Tehlike esası, kişinin başkalarını zarara sokabilecek tehlikeleri ortaya çıkarmış olmasına dayanır. Tehlike ortaya çıkartan kimse zarar ortaya çıkmaması için önlem almalı[1488] bu durumun ortaya çıkardığı riskleri de üzerine almalıdır[1489]. Tehlike düşüncesine göre kişi işlettiği işletme veya giriştiği faaliyet sebebiyle nitelik ve nicelik yönünden büyük zararların veya çok sayıda kazaların meydana gelme tehlikesini ortaya çıkartıyorsa, bu tehlikeden zararlı bir sonuç doğarsa, sonuçlardan sorumlu olmalıdır[1490]. Bununla ilgili tüm tedbirleri ve önlemleri almış olsa bile fail sorumludur. Sorumluluğun sebebi kişinin başkaları aleyhine soyut bir tehditi ortaya çıkarmasıdır[1491]. Bu noktada kusur ilkesinin failin yeterli özeni göstererek davranışının kusurlu olmamasını güvenli davranış tarzı olarak açıklaması[1492], tehlike esasının soyut tehditi sorumluluk sebebi saymasıyla çelişmektedir. Bu durum da kusur ilkesinin yetersizliğine işaret etmektedir. Kusur

---

1484 **EREN**, Borçlar Genel, s.563.

1485 **FUCHS**, s. 163.

1486 **VITO**, s. 12.

1487 **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s.406.

1488 **OFTINGER/STARK**, s. 182; **BREHM**, s.41; **KROPHOLLER**, s.596; **GMÜR/BECKER**, s. 217; **STARK**, Ausservertragliches, s.53; **BRUDERMÜLLER/ ELLENBERGER/GOTZ/ GRÜNEBERG/HERRLER/ SPRAU/THORN/ WEIDENKAFF/WEIDLICH/WICKE**, s. 1402-1403; BGE 82 II 28, BGE 93 II 92.

1489 **FUCHS**, s. 239; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.8; **SCHULZE**, s. 1198; Ortaya çıkan riskler doğrudan tipik tehlike ile ilişkilendirilmektedir Tehlike sorumluluğundan bağımsız olarak tehlike kavramı düşünüldüğünde esasında tipik tehlike haricinde pek çok farklı tehlike de ortaya çıkarılmaktadır. Mesela hayvan bulunduranın sorumluluğu tehlike esasına değil hâkimiyet esasına dayanır. Ancak hayvanlarda belirli bir miktar tehlike ortaya çıkartırlar. Peki hayvan bulundurmak tehlike esasına dayandırılsaydı, hayvanlardan meydana gelecek ısırma gibi zararlardan sahibinin sorumluluğu olacaktı da hayvanlardan kusursuz olarak bulaşacak olan virüs veya bakterilerden sorumlu tutulacak mıydı? Buna olumsuz cevap vermek gerekecektir. Bkz. **JANSEN**, Haftungsrechts, s. 19; Bu bakımdan tehlike esası aslında kişilerin ortaya çıkardığı riskleri, tipik bir tehlike dairesinde üzerlerine almalarını sağlamaktadır.

1490 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.5.

1491 **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.8.

1492 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.724.

ilkesini savunan *Deutsch* bu noktada neyin tehlike esasına dahil olduğunun doğru tespit edilmesi gerektiğini[1493] söylemektedir[1494]. Tehlike sorumluluğuna yol açan tehlike mutlak tehlike değil özel bir tür tehlikedir[1495].

Tehlike esası özel kanunlarda tehlikeli olgulara sorumluluk bağlanması yoluyla kusursuz sorumluluğa neden olmaktadır. Fakat bu yeterli gelmemektedir. Tehlike esasının gerçekten kuvvetli bir kusursuz sorumluluk esası olduğu düşünüldüğünde bu esasın genel olarak düzenlenmesi gerektiği sonucu ortaya çıkar[1496]. Bu ihtiyaç TBK m. 71 yoluyla giderilmeye çalışılmış ve tehlike sorumluluğu genel bir sorumluluk

---

1493 Tehlike esasına dahil olan hususların belirlenmesi hakkındaki tartışma için Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.415-417.

1494 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.724; Tehlike esasına dahil olmayan tehlikeler sebebiyle kusur ilkesi işlemeye devam edecektir. Bunların sorumluluk sebebi olmaması gerektiğine dair bir hukuki düşünce şu şekildedir: Modern toplum şartlarında herkesin bir başkası aleyhine bir tehlike oluşturarak bir tehdit oluşturmaktadır. Başkasının fert üzerine oluşturduğu tehlike, ferdin de toplum aleyhine oluşturacağı tehlike ile telafi edilmektedir. Madem ki herkes benzer şekilde birbirine tehdit oluşturmaktadır, o halde bu oluşturulan tehlikelerden dolayı sorumluluğun oluşması gerektiğine hükmetmeye gerek yoktur. Elbette ki risk altındakilere sonuçları aktarmayı makul kılan tehlike boyutlarını aşan tehlikeler için artık tehlike esasına bağlı sorumluluk gündeme gelir. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht,s.407; Kanaatimizce bu düşünce iki yönden isabetli değildir ve sorumluluk hukukunun amaçları ile bağdaşmaz. Birincisi herkesin tehlike oluşturma boyutları çok farklıdır. Zengin ve güçlü kimselerin; imkânları az ve ekonomik yönden fakir kimseler aleyhine oluşturacağı tehlike ve tehditin büyüklüğü çok daha fazladır. Bu bilindiği halde bu gerçeğin herkesin tehlike oluşturduğunu ileri sürerek güçlüler lehine bir hüküm tesis edildiğini maskelemek ne kadar doğrudur? Halbuki sorumluluk hukukunun adaleti tesis etmek gibi bir amacı vardır. İkincisi bu tarz bir düşünce tehlike oluşturma serbestisini gündeme getirir. Toplum aleyhine tehlike oluşturma serbestisini ortaya çıkartmak sorumluluk hukukunun zararı önleme amacı ile bağdaşmamaktadır.

1495 **DEUTSCH**, Haftungsrecht,s.411.

1496 Tehlike sorumluluğunun genel bir ilke haline getirilmesinin arkasında belirli sebepler vardır. Bunlardan birisi tehlike oluşturan her durumun değil sadece özel kanunlarda düzenlenmiş olan tehlikeli olguların sorumluluğu gerektirmesinin eşitsiz olmasıdır. Belki aynı seviyedeki iki tehlike kaynağından birisi sorumluluğu gerektirirken diğeri sırf bununla ilgili düzenleme yok diye sorumluluğu gerektirmemektedir. Bu noktada kanun koyucunun her tehlikeli faaliyetle ilgili bir sorumluluk düzenlemesi yapmasını beklemek hem mağduriyetlere sebep olacaktır hem de kanun koyucuya fazladan yük yükleyecektir. Ayrıca kanunda düzenlenmeyen tehlikeli faaliyetlerin zarara sebep olması durumunda, somut olay adaletini sağlamak amacıyla mahkemeler kusur sorumluluğunu genişleterek faili bir şekilde kusurlu bulmaya yönelmektedirler. Bu durum ise kusur ilkesi adı altında hareket edip aslında kusursuz sorumluluk anlayışıyla hüküm vermek demek olup kavramların birbirine karışmasına sebep olmaktadır. Bkz. **ÇEKİN**, s.505-507; Yargıtay bir kararında tehlike sorumluluğuna girmeyen bir iş kazası geçirilmesinde kusur kavramının oldukça geniş yorumlamıştır. Kararın ilgili kısmına göre *"4857 sayılı İş Kanununun 77. ve devamı maddelerini yürürlükten kaldıran 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 4. ve 5. maddelerde işverenin yükümlülüklerini, 19. maddede de çalışanların yükümlülüklerinin çağdaş anlaşıyla daha ayrıntılı ve somut olarak ortaya koymuş ve kusur sorumluluğunun sınırlarını kusursuz sorumluluğun sınırlarına yaklaştırmıştır. 6331 sayılı Kanunun 4. ve 5. maddeleri ile buna uygun olarak çıkarılan iş sağlığı ve güvenliği yönetmelikleri hükümleri işverenin sorumluluğunu objektifleştiren kriterler olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple mevzuatta yer alan teknik iş kurallarına uyulmaması işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davrandığında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır."* Yargıtay 10. HD, 15.12.2020 T. 2020/6964 E. 2020/7222 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com

ilkesi haline getirilmiştir. Tehlikenin genel bir sorumluluk ilkesi haline getirilmesi henüz İsviçre'de olmayan fakat İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı Art.60'da bulunan bir düzenlemedir. Tehlike esasının özel kanunlarla sınırlı bırakılmayıp genel bir sorumluluk ilkesi haline getirilmesi kusursuz sorumluluğun uygulama alanını genişletip, güçlendirip, kusur ilkesinin zayıflamasına sebep olmaktadır.

Tehlike ortaya çıkartmak ve sonrasında bu tehlikeye ilişkin özen göstermemek ve tehlikeden doğabilecek zararlara karşı yeter seviyede tedbir almamak kusur veya hukuka aykırılık olarak değerlendirilir. Belirli ölçülerde salt tehlike ortaya çıkartmak ne kusur ne hukuka aykırılıktır ne de tehlike esasını gündeme getirir[1497]. Ancak ortaya çıkartılan tehlike önemli ölçüde ve her türlü tedbir alındığı halde önlenemez nitelikte ise o takdirde tehlike esası[1498] böylece de sebebiyet ilkesi söz konusu olur. Kusur ilkesinin terk edilmesinin gerekçesini uzman kişilerce her türlü önlem alınsa bile önlenemeyecek derecede büyük bir tehlikenin ortaya çıkartılması teşkil etmektedir. Tehlike esasını gündeme getirecek bu tehlikenin önemi ve büyüklüğü nispetinde kusur ilkesi güçlenmiş olur. Zira önemli ölçüde olan ve her türlü önlem alınsa bile zararı kesin olarak engellemenin mümkün olmadığı nitelikte bir tehlike ortaya çıkmadıkça kusur ilkesi terk edilmemiş olacaktır.

Tehlike ve menfaat esasları iç içe bulunmaktadır. Zira kişi tehlike oluşturan faaliyeti kendi menfaatine olarak ortaya çıkartmaktadır[1499]. Ancak tehlike esası mahiyet olarak menfaat esasından daha ağır bir esastır. Zira bir durumdan sırf menfaat elde ediyor diye kişi kusursuz olarak sorumlu tutuluyorsa, bu durumun ayrıca başkaları aleyhine tehlike doğurması durumunda evleviyetle ve daha ağır olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu kamu vicdanına ve hakkaniyete uygundur[1500]. Tehlike sorumluluğunda kişi hem kendi yararına tehlikeli işletmeyi işletmekte veya tehlikeli faaliyette bulunmaktadır ayrıca başkası zararına olarak yoğun bir tehlike ortaya çıkartmaktadır. Bu ise hem fail hem de zarar gören açısından çift yönlü bir yarar-zarar durumu ortaya çıkartır. Dolayısıyla tehlike sorumluluğunun temelinde menfaat esasına dayandığını ve onun ağırlaştırılmış bir hali olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu bağlamda Alman hukukunda savunulan bir fikre göre menfaat kime aitse tehlikeyi de onun üzerine alması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu hususta menfaat kime aitse tehlike

1497 **GMÜR/BECKER**, s. 217-218; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 142.
1498 **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 169.
1499 **SARAÇ**, s. 20.
1500 **İMRE**, s.65.

de ona ait olur denilmiştir[1501]. Bütün bunlarla beraber tehlike esasını menfaat esasının bir görünümü olarak değil, bir temelini de menfaat esasından alan fakat müstakil bir esas olarak değerlendirmek lazımdır. Zira menfaat olmaksızın tehlike ortaya çıkartılmış olabilir[1502]. Ayrıca sorumluluk menfaate bağlı olarak ve onunla uyumlu olarak değil tehlike olgusundan ve onunla uyumlu olarak ortaya çıkmaktadır[1503]. Kusur ilkesinin en önemli istisnasını tehlike esasının oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz[1504].

Tehlike, hukuka aykırılıktan[1505] ve kusurdan kavramsal olarak farklıdır. Tehlike ortaya çıkarmak yasak değildir[1506]. Tehlike ortaya çıkarmayı doğrudan doğruya hukuka aykırı veya kusur olarak değerlendirmek yaşamın gerekliliklerine uyum göstermez. Zira bir arabayı trafiğe çıkartmak, yapılan her bir bina belirli bir tehlikeyi de içinde barındırır[1507]. Yaşam şartlarının zorunluluğuna dahil çok şeyler vardır ki bu gibi tehlikelerle doludur[1508]. Dolayısıyla tehlike ortaya çıkartmak değil bu tehlikeye ilişkin özen ve tedbir alınmaması hukuka aykırılık veya kusur teşkil eder[1509]. Tehlike sorumluluğuna temel teşkil eden tehlike esası ise tehlikeye ilişkin tüm özen gösterilse ve zararın ortaya çıkmaması için uzman kişilerce bütün tedbirler alınsa dahi tehlikeyi ortaya çıkartanın sorumluluğunu gerektiren dolayısıyla kusur ve hukuka aykırılıktan daha farklı bir kavramdır. Salt yoğun tehlikenin ortaya çıkartılması sorumluluk sebebi olmaktadır.

1501 İlgili yazar için Bkz. **İMRE**, s.64.

1502 Tehlike esasından dolayı sorumluluğun doğması gerektiğine ilişkin farklı hukuki gerekçeler de vardır. Bunlardan birisi kanun koyucu tehlikeli faaliyete müsaade ettiği için yine kanun koyucunun bireyleri izin verdiği faaliyetlere karşı koruması gerektiği düşüncesidir. Bir diğer gerekçe tehlikeli faaliyeti ortaya çıkartanın menfaati varsa bundan külfeti de olmalıdır düşüncesidir. Bir diğer gerekçe tehlikenin boyutunun çok yükselmiş olmasının sorumluluğu gerektirdiği düşüncesidir. Bir diğer gerekçe de tehlike kaynağına hâkim olunmasının bundan sorumluluğu gerektirdiğidir. Bkz. **ÇEKİN**, s. 507-509.

1503 **İMRE**, s.65.

1504 Risklere ilişkin sorumluluk büyük ölçüde teknik riskleri kapsamakla birlikte tehlike esası kusur ilkesinin çok önemli bir istisnasıdır. Bkz. **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.724.

1505 **DEUTSCH**, Haftungsrecht,s.8; **OFTINGER/STARK**, s. 182.

1506 **DEUTSCH**, Haftungsrecht,s.408.

1507 **GMÜR/BECKER**, s. 217-218.

1508 Tehlike ortaya çıkarmaya izin verilmesinin ana nedenlerinden birisi de tehlike sorumluluğudur. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht,s.408. Zira kusur ilkesi yoğun tehlikeler için de söz konusu olursa kusur ilkesinin hukuki gerekçeleri olan zarar verenin masumiyeti, toplumun güven ihtiyacı gibi gerekçelere son derece ters bir durum ortaya çıkmaktadır. *Koçhisarlıoğlu* yoğun olmayan tehlikeler için kusur ilkesinin terk edilmemesi gerektiğini söyler. Zira yazara göre kusur ilkesi terk edilirse kusur ilkesinin felsefi temelinde bulunan hareket ve faaliyet hürriyeti etkilenir. Bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Objektif sorumluluk,s. 254.

1509 **GMÜR/BECKER**, s. 218.

Tehlikenin hukuka aykırılık ve kusur kavramlarıyla derin bağlantıları vardır. Tehlikenin, hukuka aykırılıkla bağlantısı oldukça doğrudandır. Tehlikeyi ortaya çıkarmak, onunla ilgili tedbirler alma görevini ortaya çıkartır[1510]. Zorunluluk olmadıkça başkalarının mal ve şahıs varlıklarını tehlikeye sokan kimse hukuka aykırı davranmış sayılır[1511]. Nitekim İsviçre Federal mahkemesinin örf ve adet hukukundan esinlenerek koyduğu bir hukuki ilkeye göre, kişilerin hukukî varlıkları açısından tehlike oluşturan kimse, zararı önleyecek tedbirleri almalıdır[1512]. Aksine davranış hukuka aykırılık teşkil eder. Böylece tehlike kavramı hukuka aykırılık hallerinin bir kısmının temelini teşkil etmektedir.

Tehlike ortaya çıkarılmakla beraber zararın önlenmesi için gerekli tedbirler alınmamışsa başka bir görüşe göre bu hukuka aykırılık değil kusur teşkil eder[1513]. Bu durum, tehlikeli durum ortaya çıkartmanın bizatihi bu tehlikeli duruma ilişkin özenin gösterilmesi ve tedbirlerin alınması yükümlülüğünü de beraberinde getirmesinden kaynaklanmaktadır[1514]. Buna aykırı davranış ise kusuru çağrıştırır. Zira zararı önlemeye ilişkin gerekli özenin gösterilmemesi ve tedbirin alınmaması ihmal çeşidinde kusurun unsurlarıdır.

Tehlike ortaya çıkarmanın kusur kavramıyla aynı yönde bir bağlantısı daha vardır. Tehlikenin ortaya çıkmamasına ilişkin tüm tedbir ve özen gösterilmiş olsa bile salt tehlikenin ortaya çıkartılması da bunun zarara sebep olabileceği açıkça öngörüldüğü için bir çeşit tedbirsizlik ve özensizliğe benzemektedir. Söz konusu tehlikeli durumun bilfiil ortaya çıkartılması zarara sebep olabileceğine göre ve bunun zararı ortaya çıkartabileceği çok iyi şekilde bilindiğine göre zararın ortaya çıkmasını göze alarak, olacaksa olsun düşüncesi bir çeşit tedbirsizliği çağrıştırır. Bu sebeple bilfiil tehlikeyi ortaya çıkarmanın kusura benzer bir yanı vardır. Tehlike sorumluluğuna temel teşkil eden tehlike de tam olarak bu tehlikenin çok ağırlaştırılmış halidir[1515]. Zira tehlike sorumluluğunda sorumluluğa esas olan tipik tehlike neticesinde

---

1510 **OFTINGER/STARK**, s. 182; **GMÜR/BECKER**, s. 217.

1511 **EREN**, Borçlar Genel, s.666.

1512 Bkz. BGE 96 II 108; Bkz. BGE 95 II 96; Bkz. BGE 91 II 405; Bkz. BGE 121 III 358.

1513 **OFTINGER/STARK**, s. 182.

1514 **OFTINGER/STARK**, s. 182.

1515 *Koçhisarlıoğlu* bu tehlikenin sorumluluğun gerekçesi olabileceğini ama dayanağı olamayacağını söylemektedir. Yazara göre tehlike fikri de menfaat fikri gibi sorumluluğu açıklamaya yetmez. Zira yazara göre aksinin kabulü kusur ilkesinin egemenliği fikri ile uyuşmamaktadır. Bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Objektif sorumluluk, s. 255. Kanaatimizce sorumluluğu belirlemede kusur ilkesinin egemenliği fikri ile hareket etmek ve bu kusur fikrini dogmatik bir anlayışla kabul etmek doğru değildir. Güncel sorumluluk hukukunun gelişim seyri de kusurun aslından

o işlerde uzman kişilerce bütün tedbir ve özen gösterilse dahi zararın ortaya çıkma ihtimali bulunmalıdır[1516]. İşte özen ve tedbir alınarak önlenmesi mümkün olan tehlikeler bakımından tehlike esasına bağlı kusursuz sorumluluk söz konusu olmaz. Buradaki tehlike kusur sorumluluğu dahilindedir ve bu durumda tehlike ancak gerekli özen ve tedbir gösterilmemişse kusurun veya hukuka aykırılığın ortaya çıkmasına sebep olabilir. Tehlike boyutunun çok artmasıyla ise[1517] tehlikeye ilişkin tüm önlemler alınmış olsa bile tehlike esası nedeniyle sebebiyet ilkesi devreye girmektedir. Boyutu artmış tam olarak önlenmesi imkânsız tehlike ise yukarda bahsedilen yönüyle çok da zayıf olmayan bir kusuru da andırmaktadır.

Tehlike kavramının kusur mu yoksa hukuka aykırılık mı olarak değerlendirileceği, dolaylı olarak hakları koruyan hukuk kuralları alanında da söz konusudur. Burada bahsedilen tehlike, tehlike esasına konu olan özen ve tedbir yükümlülüğünü ihlâl etmeksizin salt tehlike ortaya çıkarmak değil, tehlike ortaya çıkartıp buna ilişkin özen yükümlülüğünü ihlâl etmektir. Hukuk kuralı olarak tehlike ortaya çıkartmamak ödevi, örf adet hukukundan ve hukukun genel kurallarından kaynaklanmaktayken[1518] genellikle dolaylı olarak hakları koruyan hukuk kurallarıyla somutlaşırlar. Zira bu tarz kurallar ihmali tespit eder tarzda düzenlenmeye müsait karakterdedir[1519]. Esasında tehlike ortaya çıkartmamak, bizatihi kendisi dolaylı olarak mutlak hakları koruyucu bir ödevdir. Mesela emniyet şeridinden gidilmemesine yönelik hukuk kuralı dolaylı olarak can ve mal güvenliğini sağlamaktadır. Bu kuralın ihlâli bir tehlike ortaya çıkartır ve bu ihlâl aslında bir ihmal çeşidinde kusur teşkil eder. Gerçekten bu tarz normlar somutlaşarak tehlike içeren belirli tarzdaki ihmal içeren davranışları düzenlemektedir.

Tehlike ortaya çıkarmak hukuka aykırılık olarak kabul edilecekse kanaatimizce bu failin davranışını esas alan hukuka aykırı davranış veya üçüncü hukuka aykırılık

---

kopartılarak objektifleştirilmesi ve kusursuz sorumluluk esaslarının kuvvetlendirilmesi ile sorumluluğun sebebiyete yaklaştırılması yolunda olmaktadır. Sorumluluk Hukukundaki yeni gelişmeler ve sosyal hayatın yeni gereklilikleri tehlike esasını artık sorumluluğun temeline koymayı gerekli kılmıştır.

1516 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 169.

1517 Tehlike boyutunun artması, hasarın kesinliğinin çoğalması ve tehdit edilen hasar ne kadar ciddi olursa sorumluluk düşüncesi o kadar keskinleşmelidir. Bkz. **BRUDERMÜLLER/ ELLENBERGER/GOTZ/ GRÜNEBERG/HERRLER/SPRAU/THORN/WEIDENKAFF/WEIDLICH/WICKE**, s. 1403.

1518 **EREN**, Borçlar Genel, s.666 vd.

1519 **VITO**, s. 15 vd.

teorileri ile uyum gösterir. Mesela bir tehlike arz edecek şekilde çukur açan kimsenin bu çukura düşülmemesine ilişkin önlem ve tedbirleri almaması neticesinde birisi buraya düşüp zarar görmüş olsa hukuka aykırılık unsuru, hukuka aykırı davranış teorisine göre çukur açmak ve tedbir almamak, üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre çukuru açma davranışında gerekli özen ve koruma yükümlülüklerine uymamak, hukuka aykırı sonuç teorisine göre ise uğranılan zararın sıfatıdır. Sonuç (uğranılan zarar) hukuka aykırı olarak nitelendirilirse, tehlike ortaya çıkarmanın hukuka aykırılık olarak değerlendirilmesi aynı somut olay için ikinci bir hukuka aykırılıktan bahsetmek demek olur. Hem tehlike oluşturan fiil olan çukur açmak hem de uğranılan zarar hukuka aykırılık teşkil etmiş olur. Ancak hukuka aykırılık, sonuç olan zararda değil de failin davranışı odağında aranırsa hukuka aykırılık, çukur açma davranışı ve bunun özensiz olarak yerine getirilmesi olur. Bu özensiz davranışın sıfatı ise tehlikeli olmasıdır. Böylece çukur açmak tehlikeli eylemi hukuka aykırı davranışla veya bunun özensiz ve koruma yükümlülüklerine aykırı olarak yerine getirilmesiyle uyum içerisindedir ve örtüşmektedir. Tehlikeli davranışı hukuka aykırı olarak kabul etmek, hukuka aykırı davranış teorisiyle uyum göstermektedir.

Failin davranışından hareket eden hukuka aykırılık teorileri söz konusu olduğunda kusur ile hukuka aykırılık birbiriyle karışmaya elverişli bir mahiyete bürünür. Üçüncü hukuka aykırılık teorisinde kusur ile hukuka aykırılığın birbirine karışması sadece tehlike unsuruna özgü değil, zaten çoğu zaman çözülmesi gereken bir problemdir[1520]. Tehlikeli durumlara ve hakları dolaylı olarak koruyan normlara özgü olarak aynı problem hukuka aykırı davranış teorisinde de söz konusu olur. Mesela aynı çukur örneğinde kusur, tedbirsizce çukuru açma davranışı olmuş olur, hukuka aykırılık da davranışta arandığı için çukur açma davranışı olmuş olur. Böylece davranış temelli hukuka aykırılık teorilerinde kusur ile hukuka aykırılık birbiriyle karışmaya başlar.

Tehlikeli davranışı hukuka aykırı olarak kabul etmenin hukuka aykırı davranış teorisiyle uyum gösterdiğinden ve davranış temelli hukuka aykırılık teorilerinde kusur ile hukuka aykırılığın birbiriyle karışmaya başlamasından bahsedildi. Bu iki bilgiyi beraberce değerlendirdiğimizde ortaya şu sonuç çıkar: Tehlike ortaya çıkarmak, kusur değil de hukuka aykırılık olarak kabul edilecekse davranış temelli hukuka aykırılık

1520 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 80; **CARTIER**, s.91-92.

teorileri esas alınmalıdır. Bu teoriler esas alındığı zaman da tehlike oluşturmak teorinin yapısı gereği tekrar kusur kavramına dönüşmeye onunla karışmaya başlamaktadır.

Tehlikeli davranış için hukuka aykırı sonuç teorisi kabul edilmiş olsa bu karışıklık yaşanmazdı. Ancak tehlikeli davranışın hukuka aykırı sonuç bağlamında hukuka aykırı olarak değerlendirilmesi yukarda açıklandığı üzere kanaatimizce teorinin mahiyetiyle tam bağdaşmamakta ve iki farklı hukuka aykırılığın ortaya çıkması gibi problemlere yol açmaktadır.

Gerçekten tehlike ortaya çıkaran davranışlar hukuka aykırı olarak kabul edilecekse bu bakımdan davranış temelli teoriler olan hukuka aykırılık ve üçüncü hukuka aykırılık teorileri bununla uyumludur. Ancak bu teoriler kavram karışıklığının ortaya çıkmasını kolaylaştırmaktadır Zira hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının birbirine kolaylıkla karışırlar. Bu teorinin kabulü ile tehlike ortaya çıkarmak hukuka aykırılık olarak kabul edilse bile sonradan bunun için kusur demek gerekmektedir.

Kanaatimizce şayet hukuka aykırı sonuç teorisi kabul edilmişse tehlike olgusu artık ancak kusur olarak kabul edilmelidir veya kusuru güçlendiren bir durum olabilir. Zira bu teori gereği hukuka aykırı sonuç tehlikenin kendisi değil ondan ortaya çıkan zarar olabilir. Hukuka aykırı zararı ortaya çıkarmamaya yönelik tedbir ve özeni gerektiren ve yapılmadığı takdirde kınanabilen davranış ise kusurlu davranıştır. Bu tanım ise tehlike ortaya çıkarma olgusuyla büyük oranda örtüşmektedir. Böylelikle kusur ile hukuka aykırılık da birbirlerinden ayrılmış olurlar.

En nihayetinde tehlike olgusunun kusur mu hukuka aykırı mı olduğu hususu, aslında hukuka aykırılığa ilişkin kabul edilen teoriye göre şekillendiğini söylemek kanaatimizce doğru olur. Zira hukuka davranış temelli teoriler kabul edilirse tehlike olgusu hem hukuka aykırılık hem de kusur teşkil edecek iki unsur birbirine mecburen karışacaktır. Hukuka aykırı sonuç teorisi kabul edilirse bu takdirde tehlike olgusunun artık hukuka aykırılık olarak değerlendirilmesi teorinin mahiyetiyle bağdaşmayacaktır veya iki tane ayrı hukuka aykırılığın varlığını kabul etmek gerekecektir. Bu sebeple hukuka aykırı sonuç teorisi bakımından tehlike olgusunu artık kusur olarak değerlendirmek gerekecektir. Böylece her iki teori bakımından da tehlikenin salt hukuka aykırılık olarak değerlendirilmesi çok güç gözükmektedir. Tehlike ortaya çıkarma kavramı bu itibarla kusurla kopartılamaz bağlar içerisindedir.

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında, tehlike olgusuyla kusur ilkesi arasında sade fakat oldukça teknik bir şema ortaya çıkmaktadır. O da şudur: Tehlike olgusu kusur ilkesini kuvvetlendirici özelliği olan hukuka aykırı davranış teorisinde hukuka aykırılık ve nispeten kusur olarak değerlendirilmeye müsaitken, kusur ilkesini zayıflatan hukuka aykırı sonuç teorisinde kusur kavramına yaklaşmaktadır. Kusur ilkesi tamamen ortadan kalkıp kusursuz sorumluluğa varıldığında tehlike olgusu tehlike esasına dönüşmektedir. Tehlike esasındaki tehlike olgusunun ise tüm tedbirler alınsa bile zararın gerçekleşebileceği bilindiği halde; söz konusu tehlikenin yine de ortaya çıkartılması yönüyle bir çeşit tedbirsizlik ve özensizliğe benzer mahiyeti sebebiyle zayıf bir kusuru andırdığı düşünülebilir.

Böylece kusur ilkesinin en kuvvetli haline sebep olan hukuka aykırı davranış teorisinde tehlike olgusunun hukuka aykırılık ve kusur olarak değerlendirildiği, kusur ilkesini zayıflatan hukuka aykırı sonuç teorisiyle tehlike olgusunun kusura dönüştüğü, sebebiyet sorumluluğu olan tehlike sorumluluğunda ise sorumluluğu kurma tekniğinde kusur yerine ikame edilen tehlike esasına dönüştüğü görülür. Tespitlerimize göre en sonunda çıkan sonuç, tehlike kavramının kusur ilkesinin güçlü halinde hukuka aykırılık ve kusur olarak değerlendirildiği sebebiyete yaklaşıldıkça kusur kavramına doğru dönüştüğüdür.

Bu durum, bir sorumluluk ilkesi olarak kusur ilkesinin, tehlike olgusu açısından kusur ve hukuka aykırılık kavramlarını karıştırmaya müsait bir yapısı olduğunu göstermektedir. Kusur ve hukuka aykırılık birbiriyle karışmaya müsait bir yapıdaysa, sorumluluğu kusur temeline oturtmak pek çok problemleri de beraberinde getirir. Ayrıca kusur ilkesi güçlendikçe tehlike kavramları tespitimiz üzere hukuka aykırılık olarak değerlendirilmeye başlanacağı için sorumluluğun doğması da zorlaşmaktadır. Çünkü sorumluluğun doğması için kusur şartı da ayrıca aranır. Bu ise tehlike ortaya çıkartan kimseyi mağdur aleyhine koruyan bir sorumluluk anlayışıdır.

Tehlike olgusunun ortaya çıktığı yerlerde kusur ilkesinin yetersizliğinin bulunmasının bir teknik sebebi de bu ortaya koyduğumuz hususdur. Tehlike sorumluluğuna girmeyen küçük tehlike oluşturulsa dahi bu kavram karışıklığı ortaya çıkabileceğine ve genellikle tehlike kusur ilkesinin etkisiyle hukuka aykırılık olarak yorumlanabileceğine göre, küçük büyük tehlike içeren her husus için kanaatimizce sebebiyet ilkesinin esas alınması doğru olur. Bu itibarla tehlike esasının bir genel ilke

haline getirilmesini destekliyoruz ve tehlike esasının genişletilerek TBK m.71'de belirtilen *"Önemli ölçüde tehlike arzeden…"* ifadesinin, uygulamada daha geniş çerçevede anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Tehlikenin gerektirdiği özen ve tedbiri almamak masum kabul edilemez. Zaten bu durum yukarıda bahsedildiği üzere ya hukuka aykırılık ya da kusur kabul edilecektir. Sebebiyet ilkesi bakımından tehlikenin kusur mu hukuka aykırılık mı kabul edileceği pratik açıdan pek önem arz etmeyecek ve fail her hâlükârda sorumlu tutulacaktır. Ancak kusur ilkesi bakımından tehlike hukuka aykırılık olarak kabul edilirse, kusursuz failin sorumluluğu da doğmayacaktır. Bu durum da tehlike oluşturan failin hukuka aykırı bir iş yaptığına ancak kusur olmadığı için masum olduğuna hükmetmek demek olur. Fail tehlike esasını teşkil etmeyecek ağırlıkta oluşturduğu tehlikeler bakımından kusur ilkesi gereği sorumsuz olacaktır. Tehlike oluşturmanın kusurla kopartılamaz bağları olsa da teorik yönden kusurun hukuka aykırılık çatısı altında düşünülmesi failin oluşturduğu tehlike yönünden kusursuz bulunma ihtimalini gündeme getirebilir[1521]. Bu ise kusur ilkesi aleyhine bir eleştiridir.

Tehlike sorumluluğu, kuvvetli bir kusursuz sorumluluk esası olan tehlike esasına dayandığı için kuvvetli bir sebebiyet sorumluluğudur. Tehlike esası kusursuz sorumluluğu gerektirmek ve faili sorumlu tutmak bakımlarından en ikna edici sebepleri haiz olan bir esastır. Hatta tehlikeyi ortaya çıkarmak neticesinde birisi zarar görmüşse, tehlikeyi ortaya çıkaran kişi adeta kusur işlemiş gibi kınanabilir bir duruma düşmektedir. Gerçekten girişilen iş ile mağdur aleyhine fail tarafından ortaya çıkartılan tehlike, kusurun takdirinde dahi rol oynamaya müsaittir[1522]. Bu itibarla tehlike sorumluluğu hem kusursuz sorumluluğu belki en çok gerektiren hem de yaygın karşılaşılabilen kuvvetli bir kusursuz sorumluluk halidir.

[1521] Yukarda incelendiği üzere tehlikeye ilişkin tedbir almamanın salt hukuka aykırılık olarak değerlendirilmesi hiçbir hukuka aykırılık teorisi açısından pek mümkün görünmemektedir. Ancak bu hususlar teorik ve soyut olduğu için tehlikeye ilişkin algının hukuka aykırılığa baskın olarak yönlenmesi ile kusur ile bağlarının kopartılmasına sebep olabilir.

[1522] Bu bağlamda *Koçhisarlıoğlu* tehlike arttıkça kusurun varlığı ihtimali ve derecesinin artacağını söylemektedir. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Objektif sorumluluk, s. 255; Girişilen işin mağdur aleyhine tehlikeli veya fail menfaatine olması gibi hususlar doğrudan kusurla bağlantılı değillerdir. Tehlike kusurdan farklı ancak kusurla irtibatını kurmanın zor olmadığı bir kavramdır. Bu itibarla ağır tehlikeli işe girişen kimsenin veya kendi menfaatine işe girişen kimsenin durumu da somut olayın elverdiği ölçüde kusurun takdirinde göz önünde bulundurulabilir. Mesela tedbir almış olmasına rağmen yüksek tehlike barındıran bir işi insanların bundan büyük zarar görebileceği şekilde yapan kimse ortalama üçüncü bir kişinin makul davranış tarzından sapmış bulunmaktadır. Bu ise objektif teoriye göre ihmaldir.

Tehlike sorumluluğunun kuvvetli bir sorumluluk olmasının önemli bir görünümü tehlike sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilmesi imkânının olmamasıdır[1523]. Sorumluluk tehlike esasına dayandığı için fail objektif özen ödevini hatta bunun da üstünde en dikkatli ve uzman bir kimsenin gösterebileceği her türlü özeni gösterdiğini ispat ederek dahi sorumluluktan kurtulamaz[1524]. Bu durum tehlike esasının karakterinden kaynaklanmaktadır. Zaten faaliyetin tehlikeli olması olgusu ancak objektif özen yerine getirilse dahi zararın ortaya çıkabilmesi ile mümkündür. Objektif özen yerine getirilse bile tehlike esası varlığını devam ettirdiği için bundan doğan sorumluluk olan tehlike sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. Fail büyük bir özen göstermiş olsun-olmasın sorumluluğu için ortaya çıkarttığı tehlikeli durumun zarara sebep olmuş olması yeterlidir. Meğerki zarar ile fail arasında illiyet bağı bulunmasın. Ancak o takdirde fail sorumluluktan kurtulur. Hatta bazen illiyet bağının kesildiğini ispat etmek sorumluluktan kurtulmak için tek başına yeterli gelmez. Mesela araç işletenin sorumluluğunda araçta bozukluğun olmadığı ya da kusurun olmadığı gibi başka hususların ispatı da gerekir[1525].

Tehlike sorumluluğunu güçlü bir sebebiyet sorumluluğu olduğunu gösteren ikinci bir sebep failin dolaylı konumudur. Çoğu kez ortaya çıkan zarar ile tehlikeli işletme arasında illiyet bağı kurmak mümkün ise de bazen zararın ortaya çıkmasında failin doğrudan doğruya bir davranışı bulunmayabilir. Failin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağı zayıflamış olabilir. Ancak tehlikeli işletmeden doğan zarar işleten daha dolaylı durumda bulunsa bile doğrudan doğruya ona nispet edilir. İşte tehlike sorumluluğunda işleten ile zarar arasında doğrudan bir sorumluluk ilişkisi kurmanın mümkün olması kuvvetli bir sebebiyet anlayışını beraberinde getirmektedir.

Tehlike esası hukuk düzenini kusursuz sorumluluğu kabule zorlayan belki en önemli esastır[1526]. Zamanın gereklerinin hukuk düzenini kusursuz sorumluluğu kabul etmeye zorladığı ve kusursuz sorumluluğun artık zaruri bir ihtiyaçtır. Zamanın gerekleriyle ilgili ortaya çıkan çoğu durum tehlike esasıyla bağlantılıdır. Gerçekten makineleşme ve sanayi devrimiyle ortaya çıkarak kusursuz sorumluluğun gerekli

---

1523 **VITO**, s. 12.
1524 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 169.
1525 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 168, s. 174.
1526 **DEUTSCH**, Grundmechanismen der Haftung, s.724; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 141 vd.

olduğunu gösteren durumların pek çoğu tehlike esasıyla ilgilidir[1527]. Modern toplum yapısı ve şehirleşme, ulaşım nakliyat, üretim ve sosyal yaşamdaki şartlar ve makineleşme kusursuz sorumluluğun bir zorunluluk olduğunu göstermiş ve bu büyük oranda tehlike esasına dayandırılmıştır. Zira makineleşme ve sanayi ile ortaya çıkan tehlikelerin ve bu tehlikelerden doğabilecek zararların boyutları korkunç boyutlara ulaşmıştır. Ayrıca bu tehlikeler milyonlarca insanın bir arada yaşadığı büyük şehirlerde kol gezmekte, insanlar ulaşım ve üretimde bu tehlikeleri doğuran makinelerle iç içe yaşamaktadır. Bütün bu durumlar kusursuz sorumluluğu meşru kılan tehlike esasını zorunlu olarak gündeme getirmiştir. Hatta 1987 yılında verilen bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan zararlar dahi işverenin sorumluluğu Yargıtay içtihadı ile tehlike sorumluluğu kapsamına sokulmuştur[1528].

Tehlikeli işletmelerden ve araçlardan doğan zararlar açısından kusuru ispat güçlük içermektedir. Zira tehlike ortaya çıkartan makine ve cihazlar çok kuvvetli olup zararlarda sebep sonuç ilişkisini daha ön plana çıkmaktayken, kusur silikleşmektedir. Ayrıca tehlikeli araçları işletenlerin kusurunu ispat da benzer şekilde mağdur aleyhine zorlaşmaktadır[1529]. Kusur ilkesinin eleştirildiği bu gibi noktalar tehlike esasının

---

1527 **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 255; **SARAÇ,** 17-18.

1528 İlgili karara göre: *"Gerek hadise akabinde, gerekse mahkemece yatırılan bilirkişi incelemesinde, olayda kusurun tamamının (%100) sisli bir ortamda önündeki vasıtayı sollayarak geçmek isteyen ... plakalı .... Köyü Belediye minübüs sürücüsü A.'da bulunduğu davalı şirket şoföründe ve şirketin kendisinde herhangi bir hizmet ve denetim kusurun olmadığı tespit edilmiş, bu kusur durumu mahkemece de kabul edilmiş ve dava kusur sorumluluğundan değil kusursuz sorumluluk türlerinden tehlike sorumluluğundan istek hüküm altına alınmıştır.Bu şekilde oluşturulan karar davalı tarafından temyiz edilip kusura dayalı sorumluluk iddia eden davacı tarafından temyiz edildiğine göre esas yönünden sadece bu tür sorumluluk üzerinde durmak gerekecektir.Hukukumuzda asıl olan kusur şartına dayalı sorumluluktur. Ancak teknolojinin gelişmesi ve bu gelişen teknolojinin sanayimize uygulanması sonucu meydana gelen bazı tehlikelerin doğurduğu zararların tazmininde kusur şartının aranması her zaman adaleti ve toplumsal düşünceyi tatmin etmediğinden doğal hukuk görüşü ile Anayasalarda anlatımını bulan temel hak ve ilkelere yaklaşımı sağlayan tehlike sorumluluğu kuralı geliştirilmiştir. Bu kuram 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile yargısallaşarak açıklığa kavuşmuş ve ondan sonraki kararlarda bu insani düşüncenin takipçisi olmuşlardır.*
Bu kuramın özü; işyerinde işin yürütülmesi ile ilgili olarak oluşan tehlikelerin meydana getirdiği zararlarda, işçinin ve işverenin kusurları bulunmaması halinde bile işçinin uğradığı zararın tamamının işçiye değil de hakkaniyet ölçüsünde bir kısmından onun faaliyet ve iş görmesinden en önde yararlanan işvereninde sorumlu tutulmasıdır." YHGK, 18.03.1987 T. 1986/722 E. 1987/203 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E. T. 22.03.2021). Ayrıca Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 245 vd.

1529 Tehlike esasının bir avantajı da, büyük risklerin ortaya çıkarıldığı durumlarda sorumluluğun söz konusu olması için artık ihmalin oluşup oluşmadığı gibi hususlarla meşgul olunmasına ihtiyaç bırakmamasıdır. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.9; Bir yargıtay kararında tehlikeli işletmelerle ilgili kusurun tespitinin zorluğuna vurgu yapılmıştır. İlgili kararda: *"... bunların sebep oldukları zararlarda, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi..."* ifadesine yer verilerek tehlike sorumluluğunda kusuru ispatın iyice

kusursuz sorumluluğa istisna olarak kabul edilmesinde rol oynamıştır. Ortaya çıkan zararla kusur arasındaki oransızlığın en bariz şekilde ortaya çıkması tehlikeli işletme ve faaliyetlerden doğan zararlarda söz konusu olmaktadır. Tehlike esasının kabul edilmesi kusur ilkesinin ortaya çıkardığı bu arızayı büyük oranda ortadan kaldırmaktadır. Keza tehlike esası, toplumdaki fertlerin uğrayacakları zararın üstlerine kalacağı korkusu ile toplumdaki eminlik ortamının bozulmasının büyük oranda önüne geçebilecek bir esastır. Zira fertlerin uğrayacağı zararların önemli bir kısmı tehlikeli işletme ve faaliyetlerden kaynaklanmaktadır. Böylece tehlike esası, kusur ilkesine yapılan eleştirilerin pek çoğunu gideren bir kusursuz sorumluluk esasıdır. Bu itibarla tehlike esasına dayalı olarak ortaya çıkan tehlike sorumluluğu kusursuz sorumluluktan beklenen faydaları büyük oranda bünyesinde toplamaktadır.

Tehlike düşüncesi hem kusursuz sorumluluğun hukuk sistemine girmesindeki büyük etkisi hem de kendisine dayalı olarak ortaya çıkan tehlike sorumluluğunun kusursuz sorumluluğun pek çok ferdi ve toplumsal faydasını barındırması bakımlarından çok önemli bir kusursuz sorumluluk esasıdır. Ayrıca tehlike sorumluluğu sert bir sebebiyete bağlı olmasıyla[1530] kusursuz sorumluluğun karakterini tam olarak temsil eder. İşte bu önemi, karakteri ve genelliği dolayısıyla tehlike düşüncesi sorumluluk ilkesi olabilecek kuvvette bir esastır. Nitekim TBK madde 71'de düzenlenen tehlike sorumluluğu müstakil bir sorumluluk ilkesi olarak da kabul edilmektedir. TBK m. 71'e göre: *"Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur."* Gerçekten TBK m. 71'de bir sorumluluk ilkesi olarak kabul edilebilecek kadar genel bir hüküm getirilmiştir. Bu durum ortaya çıkan yeni tehlikeli olguların fazlalığı ve özel kanunlar ile düzenleme altına alınmamış alanlardaki boşluğun doldurulması açılarından doktrinde olumlu karşılanmaktadır[1531].

---

zorlaştığı belirtilmiştir. Yargıtay 3.HD, 08.04.2015 T. 2014/12700 E. 2015/5795 sayılı K için Bkz. **GÖKCAN**, s.407.

[1530] Tehlike esasının sert bir sebebiyet hali teşkil ettiği ancak objektif özen esasına dayanan sorumluluğun daha hafifletilmiş bir sorumluluk türü olduğu hakkında Yargıtay 17. HD, 19.4.2011 T. 2010/9872 E. 2011/3638 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr (E. T. 15. 02.2021). Yapı maliki sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilemediği için tehlike sorumluluğuna yaklaşmaktadır. **EREN** Borçlar Genel, s.563; Tehlike esasının, ağırlaştırılmış objektif özen esasına dayanan yapı malikinin sorumluluğundan daha sert bir sebebiyet içerdiği hakkında: YHGK, 13.2.1991 T. 1990/4-619 E. 1991/70 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr/ (E. T. 15.02.2021).

[1531] **ANTALYA**, Sorumluluk, s.79; **YILMAZ**, s.571; **SARAÇ**, s. 23.

G) Fedakârlığın Denkleştirilmesi Esası

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi hem medeni hukukta hem kamu hukukunda kendisine yer bulan[1532] oldukça kapsayıcı bir ilkedir. Kıta Avrupası Hukuku içerisinde bu ilkeyi belirli bir sisteme bağlayıp, bir sorumluluk ilkesi düzeyine gelmesini sağlayan Alman Hukukudur[1533]. Genel manasıyla fedakârlığın denkleştirilmesi bir başkasının yarar görmesi ya da zarar görmemesi için kendi haklarından hukuk düzeni gereğince fedakârlıkta bulunmak durumunda kalan kimsenin, bu fedakârlığa karşı tarafın da hakkaniyet çerçevesinde katılmasını talep etme yetkisi veren bir ilkedir. Sorumluluk hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi ise hukuka aykırı olmayan bir fiil ile verilen zarardan hakkaniyet düşüncesiyle sorumluluğun doğmasına sebep olan ilkedir. Hukuk düzeni çatışan iki hukuki değer arasında birisini üstün tutarak ona zarar gelmemesi için diğer hukukî değere müdahale etme hakkı tanımış, ancak hukukî değeri ihlâl edilen kişiye de katlandığı bu durum karşısında hakkaniyet gereği tazminat hakkı vermiştir[1534]. Böylece uğranılan zararla bozulan menfaat dengesi yeniden kurulmakta, hukuk alanına müdahale edilen kimsenin hukuk düzeni gereğince katlandığı fedakârlık ona tazmin hakkı verilmesi yoluyla taraflar arasında paylaştırılmakta ve böylece denkleştirilmektedir[1535].

Hukuka aykırılık hem kusur ilkesinde hem de kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluğun genel bir unsurudur. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ise failin fiilinde veya ortaya çıkan sonuçta hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı halde onun sorumlu tutulmasına olanak veren bir kusursuz sorumluluk ilkesidir[1536]. Fedakârlığın denkleştirilmesi bir kusursuz sorumluluğa sebebiyet verir, zira fiil hukuka aykırı değilse kusurlu da olamaz.

1532 **ULUSAN**, İlhan, Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İÜHFM, C.43, S. 1-4, Y. 1977, s. 101; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 11.

1533 Devletin kamu menfaati için, bireylerin hukuki alanlarına müdahale etmesinden doğan zararlar için "Prusya Devletleri Genel Eyalet Hukukunun" giriş bölümünde 74. Ve 75. Paragraflar düzenlenmiştir. 74. Paragrafa göre: "*Devletle bireylerin çıkarları arasında gerçek bir çatışma doğduğunda, devleti meydana getiren bireylerin münferit hak ve çıkarları, ortak yararın geliştirilmesine yönelik devletin hak ve yükümlülükleri karşısında geriler."* 75. Paragrafa göre: *"Buna karşılık devlet, özel hak ve çıkarlarından ortak varlığın yararına fedâkarlıkta bulunanlara bir bedel vermekle yükümlüdür." S*öz edilen hükümlerden hareket edilerek bireylerin menfaatlerine zarar getiren devlet müdahalelerine karşı Alman Kamu Hukukunda fedâkarlığın denkleştirilmesi ortaya çıkmıştır. **ULUSAN**, Fedakârlık, s.89 vd.

1534 **EREN**, Borçlar Genel, s.572 vd.; **DEUTSCH**, Haftngsrecht, s. 11; **LARENZ/CANARIS**, s.669.

1535 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.48-49; **EREN**, Borçlar Genel, s.572 vd.

1536 **EREN**, Borçlar Genel, s.575; **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s.413 vd.

Hukuka aykırı olmayan bir zarar, genellikle hukuka uygunluk sebepleriyle ortaya çıkar. Zorunluluk hali, meşru müdafaa, zarar görenin rızası, ihkak-ı hak, kamu ve özel hukukundan doğan bir yetkinin kullanılması, üstün bir kamu ya da özel yarar bulunması, vekâletsiz iş görme, bilimsel eleştiriler ve basın özgürlüğü başlıca hukuka uygunluk nedenleridir[1537]. Bu ilkenin diğer bir uygulama alan da komşuluk hukukundan doğan zararlardır. Bir kimse taşınmazını kullanırken mahalli örf adete göre hoşgörü sınırları içerisinde bir taşkınlıkta bulunarak komşulara zarar vermiş olabilir[1538]. Fail karşı tarafa hukuka uygun bir müdahalede bulunmuş, zarar görmelerine sebep olmuştur. İşte kusur olmadığı için haksız fiil hükümleriyle ve hukuka aykırılık olmadığı için kusursuz sorumluluk halleriyle bu zararın tazmini mümkün değilken, fedakârlığın denkleştirilmesi esası ile tazmin ilişkisi kurulması mümkündür.

Hukuka aykırılık dahi yokken tazmin ilişkisini mümkün kılması sebebiyle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çok güçlü bir sebebiyet sorumluluğudur. Kusurlu olmayan bir fiil ile verilen zarardan sorumluluğa zaten kusur ilkesinin menfi sonucu engel olur. Ayrıca fiil hukuka aykırı da değilse sorumluluktan bahsetmek kusursuz sorumlulukta bile mümkün olmaz[1539]. Ancak fedakârlığın denkleştirilmesi ise bunun istisnasıdır. Hukuka aykırılık olmadığı halde sebebiyet sorumluluğunu gündeme getirir. Bu çeşit sorumluluğun salt sebebiyet sorumluluğundan ayrılan tarafı, hakkaniyetin tazmini gerektirmesi ölçüsünde failin sorumluluğunun olmasıdır. Hakkaniyet failin verdiği zararı karşılamasını gerekli kılarsa, bu gereklilik ölçüsünde fail sebep sorumluluğuyla sorumlu olur. Bu yönüyle fedakârlığın denkleştirilmesi aslında hakkaniyet esasının bir görünümüdür. Şu kadar ki hakkaniyet esası genel bir ilke olmayıp, uygulama alanı ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlanmıştır. Bu sınırlamanın dışında düşünülürse hakkaniyet esası çok geniş bir sebebiyet esası olup, fedakârlığın denkleştirilmesi esası da temelini hakkaniyet esasından alır.

Hukuka aykırılık olmadığı halde sorumluluğun ortaya çıkması ciddi derecede sert bir sebebiyet ilkesi görünümüdür. Bu durum sorumluluk için hakkaniyetin aranmasıyla sınırlanmış ve yumuşatılmıştır. Hukuka uygunken verilen zararların söz

---

1537 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 142 vd.; **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 70 vd.; **BREHM**, s.56.

1538 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.49.

1539 Hukuka aykırı davranış teorisi kabul edilirse, davranışın aranmadığı özellikle tehlike sorumluluğu gibi sert kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırılık olmadan da kusursuz sorumluluk söz konusu olabilecektir.

konusu olması bazen başka sorumluluk esaslarına dayanan hallerde de söz konusu olabilmektedir. Mesela tehlike sorumluluğunda tehlikeli faaliyeti işletmek için gerekli izin alındığı halde zararın ortaya çıkması söz konusudur[1540]. Gerçekten TBK m. 71/4'e göre: *"Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler."* Madde gerekçesinde de *"önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar"* denilmektedir[1541]. Hukuka aykırı davranış teorisi kabul edilecek olursa bu kusursuz sorumluluk halinde hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediği için doktrinde tazmin ilişkisinin fedakârlığın denkleştirilmesinden doğduğu da ileri sürülmektedir. Bununla beraber fedakârlığın denkleştirilmesinde zarar vermeye izin verilmişken, tehlike sorumluluğunda soyut tehlikenin ortaya çıkarılmasına izin verilmiştir[1542]. Dolayısıyla tehlike sorumluluğunda verilen zarar hukuka uygunluk arz etmez[1543]. Her iki sorumluluk esası da kuvvetli sebebiyet ilkesi görünümleri ortaya çıkarmaktadır. Bununla beraber iki sorumluluk esasının yöneldiği unsurlar farklıdır[1544]. Fedakârlığın denkleştirilmesi hukuka aykırılık unsurunun, tehlike sorumluluğu ise ihmal çeşidinde kusurun, yokluğu sebebiyle sorumluluğun ortaya çıkmamasını engeller[1545]. *Deutsch* bu hususta ihmale bağlı sorumluluğun işlevsel sınırlamasının tehlike sorumluluğu ile telafi edildiği ve kısmen tersine çevrildiğini söylemektedir. İhmal ile sınırlanan sorumluluk tehlike esasıyla genişleyecektir. Yine *Deutsch* fedakârlığın denkleştirilmesi ile hukuka uygunluk nedeni sebebiyle hukuka aykırılığın ortaya çıkamamasının meydana getireceği problemlerin telafi edilebileceğini söylemektedir[1546].

1540 Endüstriyel toplumlarda tehlikeli faaliyetlere izin verilmektedir. Bkz. **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s.407.

1541 **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 168.

1542 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.50; **EREN**, Borçlar Genel, s.574; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.411.

1543 **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.50. Bunun aksine trafik kurallarına ya da işletmenin emir ve yasaklarına uygun hareket eden kişi hukuka aykırı olmaz. Bkz. **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 250. Keza Alman doktrininde tehlike kaynağının oluşturulmasına izin verilmişken bundan bir zarar ortaya çıkarsa bu hukuka aykırı olarak nitelendirilemez denmektedir. **SCHULZE**, s. 1198.

1544 **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s.413 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s.574-575.

1545 **EREN**, Borçlar Genel, s.574-575.

1546 **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s.413.

Fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan sorumlulukta failin masumiyetinin bir yönden çoğaldığı diğer yönden azaldığı kanaatindeyiz. Masumiyeti azalmıştır zira failin zararın verilmesine yönelik bir kastı bulunmaktadır. Bu kast, kusur değildir zira hukuka aykırılık söz konusu değildir ki ona yönelik bir kast çeşidinde kusur söz konusu olabilsin. Ancak zararın oraya çıkmasına yönelik bir kast bulunmaktadır. Fail zararı hukuka uygun olduğu düşüncesiyle bilerek başkası aleyhine ortaya çıkarmaktadır. Diğer yönden masumiyeti çoğalmıştır zira her ne kadar başkasına bilerek zarar verse de fail hukuka hukuka uygun davranmıştır. Böylece bu çeşit sorumlulukta kusur sorumluluğu aleyhine ileri sürülen zarar görenin üstün masumiyeti argümanının farklı bir mahiyete büründüğü görülmektedir. Ayrıca zararın ve kusurun mahiyetleri gereği aralarındaki orantısızlığa rağmen kusur ilkesinin tazminde kusuru ölçü almasının eleştirisi, fedakârlığın denkleştirilmesi ile ortadan kaldırılmaktadır[1547]. Zira bu durumda tazmin kusur gibi zararla doğrudan alakası olmayan bir kavrama istinaden değil hakkaniyet gibi tazminle manevi bir bağı bulunan kavrama istinaden belirlenmektedir.

H) Anormallik Esası

Fiillerinde ortalama, normal bir insanın hareket tarzından sapan kimse sebep olduğu zararlar bakımından kusuru olmasa da sorumlu olmalıdır[1548]. Sorumluluğun sebebi failin normal bir insandan beklenen davranıştan sapmış bulunmasıdır. Bu fikrin temel hareket noktasında, kişilerin ortaya çıkarttıkları tehlikeler ve zararlı sonuçlar o zaman ve çevre şartlarına göre normalin üzerindeyse, bu kimselerin kanunun sınırları dahilinde yapmış oldukları fiillerin tehlikelerini ve zararlı sonuçlarını yüklenmeleri gerektiği düşüncesi vardır[1549].

Anormallik esası teorisi Fransız doktrininde *Ripert* tarafından bir kusursuzluk esası olarak ortaya atılmıştır[1550]. Ancak bu fikrin doktrinde bir kusursuz sorumluluk

---

1547 *Larenz/Canaris* fedakârlığın denkleştirilmesinin yükümlülük ve zarar arasında orantı sağladığını söylemektedir. Bkz. **LARENZ/CANARIS**, s.669-670.

1548 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 94.

1549 **İMRE**, s.60; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.6.

1550 *Ripert* bu fikri komşular arasındaki ilişkileri inceleyen bir doktora tezinde ortaya atmıştır *(de l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thése Aix 1902)*. Bu fikre göre komşular arasında anormal mahiyetteki bir fill ile komşuya bir zarar verilirse kusur olmasa da zararı ortaya çıkaran kimse sorumlu olmalıdır. Daha sonra *Ripert* 1906 yılında *"revue critique"* de yazdığı bir etütte bütün mesuliyet halleri için geçerli bir kural olarak ortaya atmıştır. **RIPERT**, G., de l'exercice des droit et la responsabilite çivile, revue critique de legis. Et de jurisprudence, 1906, s. 366 (**İMRE**, s.60'dan naklen).

esası olarak değerlendirilmesine engel olan bir husus olmuştur. Bu da anormallik esasının mahiyet olarak aslında kusur sorumluluğundan başkası olmadığı düşüncesidir. Zira anormallik olarak ifade edilen ortalama, normal davranışlardan sapan davranışlar, objektif kusur teorisindeki kusurun tanımına çok benzemektedir. Failin normal veya anormal davranışını araştırmanın kusuru araştırmaktan farkı olmadığı düşünülmektedir[1551].

Anormal davranışın tespiti için çevre ve zaman şartlarında, genel ve makul davranış tarzlarına bakılması gerekir. Şayet failin davranışı genel yapısı ve oluşturduğu tehlike bakımından bu genel ve makul davranış tarzından sapıyorsa failin anormal davranışının varlığına hükmedilir[1552]. Subjektif kusur teorisine göre şekillenen bir kusur anlayışında anormallik esasının kusursuzluk esası olarak kabul edilmesine bir engel yoktur. Ancak objektif kusur teorisinde kusur zaten ortalama ve makul bir üçüncü kişinin davranışından sapan davranış tarzı olarak değerlendirilmektedir[1553]. Anormallik esasında, anormal hareketin tayininde, ortalama bir ferdin davranışından sapma değil o toplumda normal kabul edilen toplumun ortalama davranışından sapma esas alınmaktadır. Bu tarifler arasında meseleye fert veya toplum cihetinden yaklaşmaktan başka bir fark yoktur. Kanaatimizce anormallik esasının daha sert bir objektiflik içerdiği gibi sonuçlara belki ulaşılabilir. Ancak toplumun ortalamasından sapan davranış veya makul üçüncü kişinden sapan davranış kavramlarının işaret ettikleri özensizlik derecesi arasında aslında pek bir fark yoktur. Dolayısıyla anormallik esasının aslında objektifleştirilmiş kusur anlayışını yansıttığı rahatlıkla söylenebilir[1554]. Zaten subjektif kusur anlayışına göre sert bir objektif kusur anlayışı da adeta bir kusursuz sorumluluk hali gibidir. Aynı sebeple anormallik esasının da subjektif bir kusur anlayışına göre kusursuz sorumluluk esası olarak değerlendirilmesi de mümkün olabilir.

1551 **İMRE**, s.60-61.
1552 **İMRE**, s.60-61.
1553 **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 225; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.55.
1554 **İMRE**, s.61.

§ 3. TAZMİNATA ETKİ EDEN BAZI HUSUSLARIN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI

I) TAZMİNATTA İNDİRİM SEBEPLERİNİN KUSUR VE SEBEBİYET İLKELERİYLE BAĞLANTISI

Tazminat ilişkisi, ortaya çıkan zarardan doğan sorumluluk ile doğar. Böylece sorumluluğa ilişkin kabul edilen ilke tazminatın doğumunu ve miktarını doğrudan etkiler. Keza tazminat miktarına etki eden zarar verenin kusurunun hafifliği, zarar görenin ortak kusuru, zarar görenin rızası, illiyet bağının zayıflığı gibi sebeplerin de sorumluluk ilkeleriyle farklı teknik bağlantıları bulunmaktadır. Bunlardan ayrı olarak müşterek haksız fiil durumunda toplam tazminat miktarı değişmese de faillerin iç ilişki bakımından sorumluluğunun paylaştırılması söz konusu olur.

A) Zarar Verenin Kusurunun Hafifliğinin Kusur İlkesiyle Bağlantısı

Kusur ilkesi tazmin sorumluluğunun doğumunu kusura dayandırmıştır[1555]. Şayet kusur mevcut ise bunun miktarı az olsun çok olsun ilkesel olarak tam tazmin sorumluluğu doğmaktadır[1556]. Sorumluluk hukukunun amacı zararın giderilmesi olduğu için[1557] kusur unsurunun varlığı ile zarar doğmuşsa, artık sorumluluk da tam olarak doğmuş demektir. Ancak zarar verenin kusuru hafifken onu ağır kusurlu kimseyle mutlaka aynı tazmin yükümlülüğüne tabi tutmak adalet ve hakkaniyet duyguları açısından doğru görülmemiştir. Bu sebeple tam tazmin sorumluluğu doğmuş olsa da kusurun hafifliği sebebiyle tazminat miktarından indirim yapılmalıdır. Nitekim TBK m. 51/1'e göre hâkim tazminat miktar ve kapsamını kusurun ağırlığını ve olayın şartlarını göz önüne alarak belirler. Tazminatın indirim miktarını tayinde hâkime büyük takdir yetkisi tanınmıştır, fakat indirim yapması mecburi değildir[1558]. Tazmin miktarını doğrudan kusurla irtibatlandıran bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre failin kusuru ne kadar ise tazmin sorumluluğu da o kadar doğar. Tazmin

---

1555 **STRICKLER**, s. 12; **EREN**, Borçlar Genel, s.556.

1556 **EREN**, Borçlar Genel, s.865-866.

1557 **DEUTSCH,** Haftungsrecht, s. 14; **BRÜGGEMEIER**, s.9; **LARENZ/CANARIS**, s. 354. Sorumluluk hukukunun zararla ilgili diğer bir amacı da onun hiç ortaya çıkmamasını sağlamaya çalışmaktır. Bkz. **KOZIOL,** Objektivierung, s.600; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s. 14; **VITO**, s.9; **HONSELL/ISENRING /KESSLER**, s. 18; Böylece malların ve geçim kaynaklarının korunması haksız fiil hukuku ve tazminat hukukundan beklenmektedir. **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER,** s.4.

1558 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.96-97.

sorumluluğunun temelini kusura dayandıran *Jhering*[1559] bu görüşün baş savunucularındandır[1560]. Bu görüşe göre sorumluluğu kuran en temel unsur kusur olduğu ve sorumluluğu aslında kusur kurduğu için sorumluluk kusurun ağırlığı oranında ortaya çıkar. Bu görüşü savunanlar, az bir kusur ile tam sorumluluğun doğmasının belirli sakıncalarından bahsetmektedirler. Zira bu takdirde hâkimin kendi kişisel kanaatine göre var olduğuna hükmedilen hafif bir kusur dolayısıyla dahi tüm sorumluluğu fail yüklenmekte keza onun kanaatine göre kusur olmadığına hükmediliyorsa, zararın tamamı mağdur üzerine kalmaktadır. Böylece sorumsuzluktan tam sorumluluğa geçiş çok kolaylaşır. Bunun temelinde de hâkimin somut olayda kusurun gerçekleşip gerçekleşmediğine dair subjektif takdiri bulunmaktadır[1561]. Özellikle çok hafif kusurun var olup olmadığının tespitinin zor olduğu durumlarda verilecek hüküm adalet duygularını zedeleyebilir[1562]. Bütün bunlarla beraber kusurun ağırlığına göre tazmin ilişkisinin doğup doğmadığı ilkesel bir görüş ayrılığı olup Türk Hukuku bakımından daha çok teori düzeyinde kalmaktadır. Zira hafif kusur ile tam tazminin doğacağını ileri süren görüşe göre dahi tam sorumluluk doğmuş olsa da Türk - İsviçre Hukukunda hafif kusur sebebiyle hâkim tazminatta indirim yapabilmektedir[1563].

Hafif kusurdan hafif, ağır kusurdan ağır sorumluluk anlayışı kusur ilkesini güçlendirerek sebebiyet ilkesinden uzaklaşılması sonucunu doğurur. Çünkü hafif kusurdan tam sorumluluğu öngören bir kusur ilkesi anlayışı sebebiyet ilkesi gibi faili tüm zarardan sorumlu tutma meyline girmiştir. Gerçekten çok hafif bir kusurla bile ilkesel olarak tam sorumluluğun doğduğuna hükmetmek sebebiyet ilkesi sonuçlarına yaklaşmıştır[1564]. Hafif kusurdan, hafif sorumluluğu öngören kusur ilkesi anlayışı ise hem tazminatın oluşması için kusuru aramasıyla, hem de tam tazmin için belirli ağırlıkta kusur aramasıyla sebebiyet ilkesinden iyice ayrılmaktadır. Nitekim hafif

---

1559 **JHERING**, s.40, s.55vd.

1560 **EREN**, Borçlar Genel, s.556 vd.; s.865; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.96-97; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.5; **FELLMAN**, Band I, s.7; **PLETTER**, s. 20.

1561 **OFTINGER/STARK**, s. 382; **STARK**, Ausservertragliches, s. 112.

1562 Bununla ilgili Bkz. **GÖNÜL KOŞAR**, s. 221.

1563 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.96; **SCHMITD**, s. 116.

1564 Çok hafif kusur var olması durumunda tam sorumluluk veya bunun olmaması halinde tamamen sorumsuzluk arasındaki dengesizlik, çok küçük ve tespiti farazi bir kavramla kusur ilkesi sonuçlarından sebebiyet ilkesi sonuçlarına çok hızlı geçilmesinden kaynaklanmaktadır. Sebebiyet ilkesinin bizatihi kendisinden kaynaklanmamaktadır. Zira her koşulda sebebiyet ilkesi uygulansa hem kusuru hiç olmayana hem de çok az olana tam sorumluluk yüklenir; bu da adalet hislerini rencide etmez.

kusurdan hafif sorumluluk, kusur ilkesinin müspet sonucunun bir görünümüdür. Dolayısıyla tazminatın miktarıyla kusur arasında ilkesel olarak denge kuran ve buna teşvik eden her anlayış güçlü bir kusur ilkesinin sonucudur. Türk[1565] ve İsviçre[1566] hukuklarında kusur ile tazminat arasında denge kabul edildiği için bu yönden kuvvetli bir kusur ilkesi vardır. Tazminatın belirlenmesinde kusurun derecesine bakılır. Ancak Alman Hukukunda kusurun derecesine göre sorumluluğun kurulması anlayışı kabul edilmediği[1567] için kusur ilkesinin bu yönden zayıfladığı söylenebilir[1568].

Sebebiyet ilkesinde hiç kusur olmasa bile sorumluluk söz konusu olduğu için hafif kusur durumunda tazminatta indirim söz konusu olmaz. Ancak hafif kusur sebebiyet sorumluluğunda tamamen anlamsız da değildir[1569]. Bu zarar veren açısından ek kusur olarak kabul edilir ve zarar görenin kusurunu ortadan kaldırma işlevi görür[1570].

B) Sorumluluk İlkeleri ile Zarar Görenin Ortak veya Bireysel Kusuru

Zarar görenin zararın meydana gelmesinde kendi kusurlu davranış tarzının da bir rolü varsa, zarar görenin kusurundan bahsedilir[1571]. Zarar görenin kusurlu davranış tarzı onun özensiz, tedbirsiz bir hareket tarzıdır ki, makul bir kişi bundan kendi yararı için kaçınmalıdır[1572]. Zarar görenin kusuru kavramında, zarar verici olayda zarar görenin davranışı da vardır ve zarar görenin bu davranış tarzı kınanabilir mahiyet arz

---

1565 **İMRE**, s. 19; **EREN**, Borçlar Genel s.654; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 131; **TİFTİK**, s.88; **ORHUNÖZ**, s.73; **SANLI**, s.99; **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 154; **ANTALYA**, Genel Hükümler, s.423; **ÜNAL**, Manevi Tazminat, s. 418.

1566 Bkz. BGE 53 II 430; BGE 59 II 370; BGE 82 II 31; İsviçre hukukunda OR Art. 43'e göre meydana gelen zarardan doğan tazminatın tür ve kapsamını hâkim belirler. Hâkim hâkimin tazminatın miktar ve kapsamını belirlerken somut olayın şartlarını ve kusuru göz önüne almalıdır. Hâkim tazminatı belirlerken adalet, iyiniyet, dürüstlük, örf gibi hususları da dikkate alabilir. Bununla ilgili Bkz. **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.96; Ayrıca Or Art. 43 ile ilgili Bkz **SCHMITD**, s. 116 vd.; Bkz. BGE 53 II 430; BGE 59 II 370; BGE 82 II 31.

1567 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 19; **İMRE**, s. 19.

1568 Buna paralel olarak *Vito* daha masum olan mağdura tüm zararın terk edilmesinin, hafif ihmal ile zarar verene tam tazminin yüklenmesinden daha mantıksız göründüğünü söylemektedir. Öte yandan hafif ihmal ile büyük bir zararın doğması durumunda alacaklının çıkarlarının önceliğinin tartışmalı olduğunu belirtmektedir. Bkz. **VITO**, s.9-10.

1569 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.97.

1570 **EREN**, Borçlar Genel, s.866; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s.97.

1571 Kusur ilkesinde kusur sorumluluğun kurucu unsuru olduğu için mağdurun kusuru failin kusuruna ortak olmuş olur. Bu sebeple ortak kusur tabiri kullanılacaktır. Sebebiyet ilkesinde failin kusuru kurucu unsur olmadığı için mağdurun kusuruna zarar görenin bireysel kusuru tabiri kullanılacaktır. Zarar görenin kusuru tabiri ise her iki manayı da içine alacak şekilde kullanılacaktır. Zarar görenin kusuru hakkında farklı terimler için Bkz. **BAYSAL**,Müterafik, s. 31.

1572 **EREN**, Borçlar Genel, s.867 vd.; **BAYSAL**,Müterafik, s. 1 vd.

eder, kusur içermektedir. Bu kusur kast veya ihmal suretinde meydana gelebilir[1573]. İhmalin tespiti için söz konusu olan objektif veya subjektif kusur teorileri zarar görenin kusurunu tespitte de söz konusu olur.

Zarar görenin kusurlu davranışının sonucun meydana gelmesindeki ağırlığı çok fazla ise artık zararlı sonucu zarar gören kendi fiiliyle ortaya çıkarttığı için fail ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilir[1574]. Zarar görenin kusurlu davranışı zararın ortaya çıkmasında öylesine kuvvetli bir sebep teşkil eder ki, zararlı sonuçla failin fiili arasında illiyet bağını kesecek seviyeye gelmiştir. Bu itibarla zarar görenin ağır kusuru illiyet bağını keserken, hafif kusuru failin fiiliyle zararlı sonuç arasındaki illiyet bağını ortadan kaldırmadığı için tazminatta indirim sebebi teşkil eder. Bu durumda zarar görenin kusurlu davranışı ile zarar arasında illiyet bağı vardır ancak bu illiyet bağının yoğunluğu fail ile zarar arasındaki illiyet bağının önüne geçmemektedir. Zarar görenin kusurlu davranışı, zararın ortaya çıkmasına veya artmasına katkıda bulunmuştur[1575]. Nitekim TBK m. 52'de iki durumda gözetilmiş ve hâkime tazminatı kısmen veya tamamen kaldırma yetkisi verilmiştir[1576]. Ancak zarar görenin ağır kusuru halinde illiyet bağı kesileceği için tazminatın indirilmesinden ziyade sorumluluğun hiç kurulmaması böylece sorumluluktan kurtulmaktan söz etmenin daha uygun olacağı doktrinde ileri sürülmektedir[1577].

Kusursuz sorumluluk hallerinde de zarar görenin kusuru tazminatta indirim sebebidir. Ayrıca kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin kusuru, zarar verenin ek kusuruna denkleştirilir. Şöyle ki kusursuz sorumluluk hallerinde zarar verenin kusuru olmasa bile sorumludur[1578]. Ayrıca bir de kusuru varsa bu failin sonuçtan daha

---

1573 **EREN**, Borçlar Genel, s.867 vd.

1574 **BREHM**, s. 105; **EREN**, Borçlar Genel, s. 868 vd.; **OFTINGER/STARK,** s. 228 vd.; **HONSELL/ ISENRING/KESSLER**, s.44. Zarar görenin kendi hakkındaki kusurunun büyüklüğü sebebiyle, yasadışı eylemin arka planda kalması hakkında İsviçre Federal Mahkemesi kararları için Bkz. BGE 101 II 69,75; Bkz. BGE 130 III 182. Kişi yeteri kadar aydınlatılmamış bir merdiven boşluğundan çıkmayı tercih eder ve bunu dikkatsizce yapıp kendini yaralar. Bkz. BGE 81 II 450. Bir bisikletli, dağ yolundaki merayı kapatan bir engele takılıp düşer. Bisikletli kazada ciddi derecede kusurludur. Kusuru zarara sebep olmuştur. Bu sebeple davalının tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu değildir. Bkz. BGE 59 II 171. Bir kaza sonucu gerektiği halde doktora gitmemenin zarar görenin ağır kusurunu teşkil ettiği hakkında Bkz. BGE 56 II 375.

1575 **EREN**, Borçlar Genel, s. 867 vd.

1576 Zarar görenin kusurunun tazminatı tamamen ortadan kaldırmaması gerektiği hakkında bir YHGK kararı bulunmaktadır. İlgili karar için 17.03.2010 T. 2010/130 E. 2010/161 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com.tr (E. T. 22.10.2019)

1577 **EREN**, Borçlar Genel, s. 868 vd; **BREHM**, s. 105. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s. 44; **OFTINGER/STARK,** s. 228 vd.

1578 Evinin yakınından geçen elektrik kablolarına elindeki demirin değmesi sonucu elektirik akımına kapılıp bundan ağır yaralanan kimsenin açtığı davaya ilişkin, zarar görenin bu zararda kusuru olsa

da ağır bir şekilde sorumlu tutulmasını gerektirir. Dolayısıyla zarar görenin kendi kusuru söz konusu olmuşsa ve bu tazminatı fail lehine düşürme etkisi yapacakken zarar verenin ek kusuru buna engel olur. Zarar verenin ek kusuruyla zarar görenin kendi kusuru, kusurların büyüklüğü ve etkileri oranında birbirlerini nötralize eder ve tazminatın indirilmesini önler[1579].

1) Zarar Görenin Kusuru Kurumunda Kusur Unsuru

Zarar görenin kusurundan bahsedebilmek için öncelikle zarar görenin kendisine karşı kusurlu bir harekette bulunmasının mümkün olup olmayacağı sorusu cevaplanmalıdır. Kusur, hukuk kuralına aykırı fiile yönelik iradenin veya bu irade sebebiyle kişinin davranışının kınanabilir olmasıdır. Kusurun öncelikli şartı bir hukuk kuralına aykırılığın var olmasıdır, zira kusuru oluşturan kınanabilir irade veya fiil bir hukuk kuralını ihlâl ediyor olmalıdır. Dolayısıyla hukuka aykırılık yok ise kusur da ortaya çıkamaz. Başkası tarafından gerçekleştirilse hukuka aykırı olacak davranışları kişi kendisine yönelik olarak gerçekleştirirse hukuka aykırılık söz konusu olmayabilir. Mesela başka birisinin malını tahrip etmek hukuka aykırı iken kendi malını tahrip etmek hukuka aykırı değildir. Meğer kişinin söz konusu değer üzerinde tasarruf yetkisi bulunmasın. O takdirde kişi kendisine karşı kusurlu davranmış olur.

Mesela kişi kendi beden bütünlüğü gibi şahısvarlığı değerlerine yönelik vereceği bir zarar hususunda kusurlu davranmasına teknik bir engel yoktur. Çünkü kişinin kendi bedenine zarar vermesi hukuka aykırıdır. Ancak kişinin kendi malvarlığı değerlerine zarar vermesi hukuka aykırı değildir. Böylelikle kişinin kendisine yönelik bazı davranışları hukuka aykırı olabilse de bazı davranışları hukuka aykırı olamayacağı için kişinin kendi davranışıyla kendisini zarara uğratmasında her zaman

---

da elektrik telleriyle ilgili bir tehlike sorumluluğu olduğundan bahisle ilk derece mahkemesinin davalının kusur olmadığından dolayı sorumlu olmadığına ilişkin kararını bozan Yargıtay kararı: Yargıtay 3. HD, 01.10.2014 T. 2014/5848 E. 2014/12830 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com.tr (E. T. 22.10.2019). Bir Yargıtay kararında elektirik tellerinden çıkan yangından doğan zararın yapı malikinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir. Yargıtay 3. HD, 8.2.2016 T. 2015/3618 E. 2016/1165 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com.tr (E. T. 22.10.2019). Yine bir Yargıtay kararında enerji nakil hattından çıkan kıvılcımla ortaya çıkan yangından doğan zarar yapı malikinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir. Yargıtay 3. HD, 22.2.2016 T. 2015/4626 E. 2016/2284 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com.tr (E. T. 22.10.2019).

1579 **EREN**, Borçlar Genel, s.869; **GÖKCAN**, s.406; Ek kusurun zarar görenin ağır kusurunun illiyet bağını kesici etkisini giderebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. YHGK, 13.2.1991 T., 1990/4-619 E., 1991/70 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr/ (E. T. 15.02. 2021); Yargıtay 17. HD, 09.11.2015 T. 2015/8575 E. 2015/11794 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 28.03.2021). Zarar görenin ve zarar verenin ek kusurlarının dengeli bir şekilde ele alınarak tazmin sorumluluğunun belirlenmesi hakkında Bkz. BGE 91 II 223.

kusurundan bahsetmek mümkün müdür? Bu noktada doktrinde farklı görüşler vardır[1580].

Birinci görüşe göre kişi kendisine karşı hukuka aykırı davranamayacağı için, kendisine karşı kusurlu olması da söz konusu olamaz[1581]. İkinci görüşe göre ise hukuka aykırılık aramakta ancak zarar görenin davranışını hukuka aykırı bulma yolunu genişletilmekte böylece kusurun oluşma sahası genişlemektedir[1582].Üçüncü görüşe göre zarar görenin kusurundan bahsedebilmek için zarar görenin davranışının hukuka aykırı olmasına gerek yoktur[1583].

Birinci görüşe katılıyoruz. Zarar görenin kendisine kusuruyla veya kusursuz olarak sebep olmakla verdiği zararlar tazminatta indirim sebebi olmalıdır. Kusur kavramına bağlı kalınarak, bir kusur araştırması yapmaya gerek yoktur. Bununla beraber ikinci görüşe uygun olarak tazminatta indirim için zarar görenin kusuru terimi, kusur kavramının özüne uygun olarak anlamlandırılmak isteniyorsa, hukuka aykırılık olmaksızın kusurdan bahsedilemez. Bu sebeple failin mağdura karşı eyleminin sıfatı olan hukuka aykırılığı, mağdurun fiilinin sıfatına da taşımak lazımdır. Aslında bu hukuka aykırılığı genişletmek yönüyle ikinci görüşe uygundur. Ancak burada hukuka aykırılığın belirli bir oranda genişletilmesini değil, son derece genişletilmesini uygun buluyoruz. Kişi kendisinde bir zarara sebep olmakla hukuka aykırılık gerçekleşmelidir. Böylece kusur kavramının gerçek anlamına sadık kalınarak birinci görüşün ulaştığı sonuca ulaşılır. Bu sonuç odaklı biz çözüm tarzıdır. Zira fail hukuka aykırı bir sonuç gerçekleştirmiştir, mağdur da kendi yapmaması gereken bir davranışıyla bu hukuka aykırı sonucu gerçekleştirmekle fiilen faile yardım etmiştir. Bu noktada fail açısından mağdur aleyhine gerçekleşen hukuka aykırı sonucu mağdur

---

1580 Konuyla ilgili farklı görüşler hakkında detaylı bilgi için Bkz. **BAYSAL**,Müterafik, s. 31 vd.

1581 **EREN**, İlliyet, s. 189; *Eren* TBK m. 52/1'e göre zarar görenin yalnız kusuru değil, kusursuz davranışı da zararın ortak sebebi olabilir demektedir. Bkz. **EREN**, Borçlar Genel, s.869; *Oğuzman/Öz* bu konuda TBK m. 52'de bu terime yer verilmediğini ancak birlikte kusur teriminin öğreti ve mahkeme içtihatlarında yerleştiğini söylemektedir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 123; *Oftinger/Stark* kusur hukuka aykırılığa bağlı bir kavramsa, kendi kendine verilen zararlarda kusurdan ancak mecazi olarak bahsedilebilir demektedir. **OFTINGER STARK**, s. 229

1582 *Akman/Burcuoğlu/Altop* zarar görenin kusurunda kusurun başkasına zarar veren iradî ahlâki bir kötülüğü veya zayıflığı olmadığını söylemektedir. Yazara göre burada kusur zarar görenin kendi menfaatini korumak için gerekli özen ve çabayı göstermemesi ve aksi yönde hareket etmesidir. **AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.594 vd.; *İnan/Yücel* zarar görenin kusurunun teknik anlamda bir kusur olmadığını, orta zekâlı ve makul bir kimsenin kendi menfaati icabı zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması lâzım gelen hareket tarzı olduğunu söylemektedir. **İNAN/YÜCEL** s.473-474; Reisoğlu zarar görenin kusurundan bir insanın kendi menfaatlerini koruması için sakınması gereken eylem olarak bahsetmektedir. **REİSOĞLU**, s. 217.

1583 **BAYSAL**, Müterafik, s. 33.

fiiliyle ortaya çıkartmakta faile yardımcı olduğu için mağdurun böyle bir fiili yapmaya hakkı varsa bile bunu teorik olarak kusurlu kabul etmek sorunu çözer. Aynı noktaya varan iki farklı fiil adeta birleşerek, bir fiil halini almıştır bunların sıfatlarını da bir kabul etmek uygun olur. Fiillerin sıfatlarını ayrıştırmakta hukuki yarar yoktur.

Birinci görüş hukuka aykırılık nitelendirmesine ilişkin problemi ortadan kaldırmaktadır. Zira zarar görenin hukuka aykırı veya uygun olsun her zararı artıran fiili bu takdirde zarar görenin kusuru kapsamında kalmaktadır. Ancak zarar görenin kusuru kavramı için sebep olmayı yeterli görmeyen görüş için hukuka aykırılığa ilişkin problem devam etmektedir.

Sebep sorumluluklarında hukuka aykırılık bir sorumluluk unsurudur. Hukuka aykırılığın bir sebep sorumluluğu unsuru olmadığı da sert bir sebebiyet olarak kabul edilmektedir. Birinci görüş aslında kişinin kendisine verdiği zarar bakımından sert bir sebebiyet ilkesini kabul etmiştir. Zira kişi kendisine verdiği zararın tazminatta indirim sebebi olarak kabul edilmesi (bir nev'i sorumluluğu) için hem kusur hem de hukuka aykırılık aranmamaktadır. Kusur ilkesinin kabul edildiği sorumluluk sistemlerinde, zarar gören açısından sebebiyetin benimsenmesi bir çeşit çelişki içerir. Kanaatimizce bu durumun kökeninde sorumluluğun temeline kusurun konulmasının ortaya çıkarttığı problemler vardır[1584]. Kusur kavramı sorumluluğun temeline konulduğu takdirde, zarar görenin kendi zararına sebep olması problemi, kusur kavramına verilen anlam değiştirilmeden ve kusurla hukuka aykırılık arasındaki teknik bağlantı yok sayılamadan çözülememektedir. Fail açısından kusur ilkesi benimsenirken, mağdur açısından sebebiyetin benimsenmesi ve failin kendisine karşı da gerçek anlamıyla kusurunun aranmasında önemli problemler çıkması dikkat çekicidir.

İsviçre Federal Mahkemesi de, zarar görenin aslında kusuru olmasa da hasarın meydana gelmesine katkıda bulunan olayı ortaya çıkaran riskten sorumlu tutulabilen zarar görenin varlığının, tazminatta indirim sebebi olduğuna hükmetmiştir[1585].

[1584] Bu konunun illiyet bağı ve kusur unsurlarının bağlantısına yönelik bir yönü de bulunmaktadır. Doktrinde kusurun illiyet bağından farklı bir unsur olduğu ve illiyet bağı araştırmasına kusurun dahil edilmemesi gerektiği söylenmektedir. Bkz. **EREN**, İlliyet, s.88; Uygun illiyet teorisinde ihmal oluştuğu her durumda uygun illiyet de oluştuğu için bunun aslında fiilen mümkün olmadığına önceden değinilmişti. Ayrıca zarar verenin kusuru kavramında, zarar görenin zarara sebep olması yeterli görülüyorsa, kusurunun olması evleviyetle yeterli kabul edilmektedir. Zarar görenin, zarar görmesindeki gerçek anlamda bir kusuru, zarar görenin buna sebep olmuş olması sayılmakta ve kusur illiyet bağının kurulmasında rol oynamaktadır.

[1585] BGE 88 II 134.

2) Kusur İlkesi ve Zarar Görenin Kusuru

Zarar görenin kusuru kurumunun kusur ve sebebiyet ilkeleriyle doğrudan doğruya bağlantısı mevcuttur. Nasıl ki failin kusurlu davranışıyla ya da kusursuz davranışıyla ya da davranışı da olmaksızın ortaya çıkarttığı durumla mağdura zarar vermesi söz konusu olabilmektedir, öylece mağdurun da kendisine kusurlu veya kusursuz davranışıyla veya davranışı dahi olmaksızın zarar vermesi mümkündür. Sorumluluk ilkelerinin sorumluluğu kurma tekniği bakımından, mağdurun zarara sebep olmasındaki kusuru olup olmaması meselesini ele alması gerekir. Zarar gören kendisine kusurlu davranışıyla zarar vermişse sorumluluk nasıl, kusursuz davranışıyla zarar vermişse sorumluluk nasıl olmalıdır? Konuyla ilgili failin kendisine karşı kusurunu hatta hukuka aykırılığını dahi aramayan birinci görüşü benimsemekle beraber, bu hususun sorumluluk ilkeleriyle bağlantısını da bu başlık altında ele alacağız.

Zarar görenin kusuru, zarar verenin faile verdiği zararın aslında ne kadarının failden kaynaklandığını doğru tespit edilmesine hizmet eder. Zira zarar görenin kendisinden kaynaklanan bir zararın sorumluluğunun faile yükletilmesinde haklı bir hukuki gerekçeden bahsedilemez. Mağdurdan kaynaklanan zarara mağdur katlanmalıdır. Pratik yönden pek olmasa da teorik yönden buna engel olarak gözüken iki durum söz konusudur. Birincisi mağdurun kendisine karşı kusurlu olması söz konusu olabilecek midir. İkincisi ise mağdurun (kendisine karşı kusuru mümkünse dahi) kusuru olmaksızın sadece sebep olmak yoluyla zararı gerçekleştirmesi tazminatta indirim sebebi olarak kabul edilecek midir? Bu sorunun cevabı bağlamında terim olarak kusur kavramı kullanılsa da zarar görenin kendisine vereceği her türlü zarar verici davranış kusur kavramına pratik yönden dahil edilerek, hem zarar görenin kendisine karşı kusurlu olabileceği kabul edilmiş, hem de zarar görenin sadece sebep olduğu, fakat aslında kusurunun olmadığı davranışlar dahi kusurlu olarak kabul edilmiştir[1586].

Kanaatimizce tazminatta indirim sebebinin gerçekleşmesi için zarar görenin bir kusuru aranmayıp sadece zarar görenin zarara sadece sebep olmasının ya da fiilen onu

---

[1586] **OFTINGER STARK**, s. 229; **EREN**, İlliyet, s. 189; **EREN**, Borçlar Genel, s.869; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 123;
Konu yukarıdaki başlıkta zarar görenin kendisine karşı kusurlu olup olamayacağı bağlamında incelenmiştir. Bkz. 3. bl. §3 I B 2.

kolaylaştırmış veya artırmış olmasının aranması sorunu çözecek niteliktedir. Bu durumda kusurun varlığı yokluğu, gerçekleşmesi mümkün mü değil mi gibi problemlerle meşgul olmaya gerek kalmamaktadır[1587]. Böylece kişi kendisinde meydana gelen zarara kendisi sebep olmuşsa ya da onu artırmışsa kusuru olsun olmasın buna katlanır. Nitekim TBK m. 52/1'deki düzenleme, zarar görenin kusuru hatta davranışı olmasa bile zararlı sonuca yol açmış ise bunun fail lehine tazminatta indirim sebebi teşkil edeceğini ifade eder tarzda düzenlenmiştir. Kanun metnindeki *"zarar gören… zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş…"* ibaresinin lafzi yorumla işaret ettiği anlam budur. TBK'da kusur ilkesi ana ilke olarak kabul edilmekle beraber bu hususta Kanunun yaklaşımı dikkat çekicidir. Ayrıca kanunun kusuru ana ilke olarak kabul etmesi, burada da kanunun ruhundan hareketle gizli bir kusur unsurunun aranması gerektiğine delâlet etmez. Zira ana ilkelerin istisnaları söz konusu olabilir. İstisnalar bazen kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi ana başlık halinde açık olarak belirtilir, bazen de kanun maddesinin lafzı ve işaret ettiği anlam itibarıyla bir istisna söz konusu olabilir. Zaten bahsedilen kanunun metni "*zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş*" ibaresiyle lafız olarak zararın ortaya çıkmasına etki etmekten bahsetmekte, sebebiyeti vurgulamakta[1588] ve kusur kavramından bahsetmemektedir. Düzenlenen hukuki kurumun gerekleri, şart ve ihtiyaçlar, tarafların menfaatleri, kanunun meseleyi ele alış tarzı, hükmün amacı, gibi hususlar da dikkate alındığında zarar görenin kusuru hukuki kurumu açısından, kanunun ruhunun[1589] kusuru değil sebebiyeti amaçlar yönde olduğu görülür. Doktrinde de TBK m. 52/1'deki ifadenin kusursuz sorumluluk halleriyle sebep olmayı düzenlediği fikri öne sürülmektedir. Bu fikre göre zarar görenin ayırt etme gücü yoksa, TBK m. 65'e göre bu bir indirim sebebi teşkil edebilir. Neticede bu fikir sebep sorumluluğu olarak kabul edilen haller bakımından zarar görenin kusursuz fiilinin fail lehine indirim sebebi olabileceğini kabul etmektedir[1590].

Haksız fiillerde TBK'da ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde kusur ilkesi kabul edilmiştir. Peki zarar görenin kendisine verdiği zararlar açısından da kusur ilkesi

---

1587 Zarar görenin davranışı hukuka aykırı olmadığı sürece kusur kavramının terimsel kullanımını eleştiren yazarlar dahi, zarar görenin fiiliyle bir zarar söz konusu ise kusura ait sorumluluk hükümlerinin burada kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bununla ilgili Bkz. **BAYSAL**,Müterafik, s. 34.

1588 Zararı ortaya çıkmasına etki etmek, zararın ortaya çıkmasına sebep olmak anlamına gelir. Bu ise sebebiyet ilkesinin zarara yaklaşımını ifade eder.

1589 Kanunun ruhunun tespit edilmesindeki ölçüler için Bkz. **OĞUZMAN/ BARLAS**, s.72 vd.

1590 **EREN**, Borçlar Genel, s.868 vd.

hükümlerini aynen uygulamak kusur ilkesinin bir gereği midir? Kusur ilkesi düşüncesine göre zarar verenin sorumluluğu yüklenmesi için kusur bir şart olduğu gibi zarar görenin kendine vereceği zararlarda da kusur bir şart veya unsur olmalı mıdır? Kusur ilkesinin failin davranışında kusur aramasının sebebi, kusurun failin fiilini şahsileştirdiği düşüncesidir. Failin kusuru varsa, davranışı şahsileştiği için söz konusu davranışı faile atfetmek böylece zararın sorumluluğunu ona taşımak mümkün olur. Failin kusuru yoksa failin davranışı, adeta ona atfedilmemekte tesadüf olarak değerlendirilmekte böylece zararın faille gerçek bir irtibatı kurulamadığı için fail bundan sorumlu tutulmamaktadır. Böylece zarara dokunulmamakta ve zarar düştüğü yerde, mağdur üzerinde bırakılmaktadır.

Sorumluluk felsefesi olarak kusur ilkesinin tazmin hukukuna temel yaklaşımında zararı düştüğü yerde olduğu gibi bırakma meyli vardır. Kişinin uğradığı zararın bir tazmin sorumluluğu olarak bir başkasına nakledilmesi için esaslı bir gerekçe olmalıdır. Bu gerekçe ise kusurdur. Kusur ilkesi zararı düştüğü yerde bırakmakta o derece ısrarkar bir tutum içindedir ve buna yönelik öyle kuvvetli bir teknik prensip belirlemiştir ki, failin hukuka aykırı davranışıyla zarara bizzat ve doğrudan yol açması halinde dahi kusuru olmadığı sürece kusur ilkesi düşen zararın sorumluluğunu faile taşımaz. Kusur ilkesinin bu temel yaklaşımı olan zararı düştüğü yerde bırakma, zarar görenin kusuru hukuki kurumu için düşünülürse, zarar görenin zarara bizzat katlanması için ona sebep olmuş olmasının yeterli olması gerekir. Zarar düştüğü yerde bırakılır, faile taşınmaz.

Kusur ilkesindeki bu temel yaklaşım faili korur niteliktedir adeta fail lehine ihdas edilmiştir. Zira failin kusuru olmadıkça fail kendi fiilinden dahi sorumlu tutulmamaktadır. Kusur ilkesine göre fail kendi kusursuz fiilinden bile sorumlu tutulmazken, mağdurun kendi fiiliyle kendi üzerine düşürdüğü zararın sorumluluğunu faile taşımak kusur ilkesinin yaklaşımıyla taban tabana zıt gözükmektedir. Gerçekten mağdurun, failden zarar görürken kendisinin de bu zararı artırması ya da kolaylaştırması durumunda tüm zarara fail katlanır ise mağdurun kusursuz davranışının ortaya çıkardığı zarar onunla hiçbir alakası olmayan faile taşınmış demektir. Bu noktada failin kusurlu olması itirazı akla gelebilir. Ancak fail kusurlu hareketiyle ortaya çıkardığı zarar kadar sorumlu olur. Mağdurun kendi fiiliyle ortaya çıkardığı zarar bakımından failin ne bir davranışı ne de bir kusuru söz konusu olabilir.

Zarar görenin kusuru kavramında, kusur ilkesi anlayışında bile aslında bir kusur aramanın doğru olmayacağı hususu yukarda incelendi. Kusur ilkesi dahi zarar görenin kusuru kavramına zarar görenin sebep olmuş olmasından yaklaşmakta[1591] ve bunu tazminatta indirim sebebi olarak değerlendirmektedir. Bu ise zarar görenin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığına göre tazminatta indirim yapmak demektir. Sorumluluğu olayların illiyetine dayanan bir metot ile tayin etmek ise aslında sebebiyet ilkesinin karakteristiğidir[1592].

C) Ortak Kusur Olarak Zarar Görenin Rızası

Zarar gören, zarar henüz gerçekleşmeden önce zararı doğuran fiile rıza göstermiş ise zarar görenin rızasından bahsedilir[1593]. Kişinin tasarruf edebileceği bir hakkı üzerinde rızası hukuka uygunluk sebebi olup, tazmin ilişkisinin doğmasına engel olur[1594]. Ancak kişinin üzerinde tasarruf hakkı bulunmayan kendi hukuki sahasındaki bir değere verilecek zarara önceden rıza göstermesi tazminatta indirim sebebidir. Mesela hayat, sağlık, beden bütünlüğü, ve diğer kişilik değerleri üzerinde kişinin tasarruf hakkı olmadığı için bunlar üzerindeki rıza bunlara zarar verici mahiyetteki fiilleri hukuka uygun hale getirmez. Rıza olmasına rağmen fiil hukuka aykırı olur[1595]. Bu rızanın tazminatta indirim sebebi olması, zarar görenin kusuru kavramına dayanmaktadır. Elbette rızanın zararlı sonucun ortaya çıkmasıyla ya da artmasıyla uygun illiyet bağı içinde olması da gerekir[1596].

D) İlliyet Bağının Zayıflığı

Kusur sorumluluğunda ve kusursuz sorumlulukta illiyet bağı sorumluluğu kurucu bir unsurdur[1597]. Ancak zararlı sonuç ile fail arasındaki illiyet bağı her zaman

---

1591 **EREN**, İlliyet, s. 189; **EREN**, Borçlar Genel, s.869; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 123 vd.; **OFTINGER STARK**, s. 229; Kusurun oluşması için hukuka aykırılık aramayarak, zarar görenin kusuru kavramını genişleten benzer yöndeki görüş için Bkz **BAYSAL**,Müterafik, s. 33 vd.

1592 **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **TUNÇOMAĞ**, s. 287. Kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin kusuru çok hafifse İsviçre Federal Mahkemesi bunu dikkate almamakta tam sorumluluğa hükmetmektedir. Bkz. BGE 69 II 333; Bkz. BGE 102 II 365; Bkz. BGE 84 II 388.

1593 İsviçre Hukukunda zarar görenin rızası hakkında detaylı bilgi için Bkz. **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.72-74; **BREHM**, s.56-57.

1594 **HONSELL/ISENRING/KESSLER**, s.72; **BREHM**, s.56; **GMÜR/BECKER**, s. 215.

1595 **EREN**, Borçlar Genel, s.866; **GMÜR/BECKER**, s. 215-216.

1596 **EREN**, Borçlar Genel, s.866 vd.

1597 Kusursuz sorumluluğun kuruluşu teknik olarak illiyet bağının varlığına bağlı olduğu halde istisnaen illiyet bağının kesildiği hallerde de sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Mesela motorlu araç işletenlerin mücbir sebeple kaza yapmaları durumunda böyle bir istisna söz konusudur. Mücbir sebebin tesiriyle kazanın oluşması halinde işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, kazanın oluşumunda araçtaki bir bozukluğun ve kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun ve kazaya etkisinin olmadığını ispat etmesi

her olayda aynı kuvvette olmaz. Aslında her somut olayda bu bağ farklı şekilde ve suretlerde, farklı yakınlık ve güçte kurulur. İlliyet bağı; umulmayan olaylar, bünyevi istidat hatta kusurun zayıflığı gibi pek çok sebepten zayıflayabilir. İlliyet bağının zayıf ve uzak olması sebebiyle hâkim tazminattan indirim yapabilir. İlliyet bağının zayıflığı somut olayın özelliklerinden biri olup[1598] TBK m. 51/1'de bulunan *"durumun gereğini"* ibaresinin ifade ettiği manaya dahildir.

1) Umulmayan Olaylar

Sorumluluk hukukunda **f**ertlerin davranış ve iradelerinden bağımsız olarak[1599] gelişip ortaya çıkan olaylara umulmayan olay denilir[1600]. Umulmayan olaylar doğrudan kavramsal olarak belirtilmese de TBK m. 51'deki *"hâkim, tazminatın kapsamını ... durumun gereğini ... göz önüne alarak belirler"* ifade sebebiyle TBK'da tazminatta indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Zira olayların akışına göre umulmayan olaylar neticesinde durumun gereği değişebilir, durumun gereği ise hâkimin tazminatın kapsamını belirlemesinde bir ölçüdür. Umulmayan bir hal fail ve mağdurdan bağımsız ise ve mücbir sebep ağırlığına ulaşmamış ise olayların seyrini değiştirerek zarara etki ettiği nispette hâkim tarafından tazminatın belirlenmesinde gözetilmesi gerekir. Hâkim bu değerlendirmeyi yaparken hakkaniyetin gerektirmesine özellikle dikkat etmelidir[1601]. Mücbir sebep umulmayan olaydan çok daha ağır ve önlenemez nitelikte olaylarla ortaya çıkar[1602]. Mücbir sebep ağırlığına ulaşmış, önlenemez nitelikteki olaylar illiyet bağını tamamen keserken; fail veya mağdur ile

---

gerekir. Aksi halde illiyet bağı kesilmiş olsa bile sorumluluğu söz konusu olur. Bkz. **AKINCI,** Borçlar Genel, s. 174.

Buna karşılık Yargıtay her halde illiyet bağını aramaktadır. Bir Yargıtay kararına göre: *"Öteki sorumluluk hallerinde olduğu gibi, tehlike sorumluluğunda da, üç halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar, mücbir sebeb, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur. Öğretide illiyet bağını kesen nedenlerin bütün sorumluluk halleri ve bu arada tehlike sorumluluğu içinde geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Yargıtay da illiyet bağının sadece kusura bağlı sorumlulukta değil, sebeb ve özellikle tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi içinde zorunlu olduğunu kabul etmektedir (HGK. nun 3.3.1971 gün ve E.1969/9-874, K.121 sayılı, 10.11.1976 gün ve E.1975/15-1125, K.1976/2773 sayılı ve 10.5.1978 gün ve E.1977/ 10-807, K.1978/374 sayılı kararları). Gerçekten de kusurlu sorumluluk ile kusursuz sorumluluğun bütün halleri için geçerli olan nedenlerin tehlike sorumluluğunda niçin etkili olamayacağını açıklamak hukuken mümkün değildir. Aslında illiyet bağını kesmesi söz konusu olan bu çeşitli durumların evleviyetle tehlike sorunluluğunda da kabul edilmesi gerekir."* Yargıtay 9.HD, 05.03.1987 T. 1987/2181 E. 1987/2655 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 27.03.2021)

1598 **EREN**, Borçlar Genel, s. 875.

1599 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 102.

1600 **EREN**, Borçlar Genel, s. 873 vd.

1601 **EREN**, Borçlar Genel, s. 873 vd.

1602 **EREN**, Borçlar Genel, s. 561; **AKINCI**, Borçlar Genel, s. 140.

irtibatı kurulabilen olaylar ise umulmayan hal özelliğini kaybederek şartları oluşmuşsa failin kusuru, sebep olması veya zarar görenin kusuru olarak değerlendirilebilir[1603].

Kusur sorumluluğu bakımından umulmayan olayın tazminatı azaltmasında iki ana sebep bulunmaktadır. Birincisi umulmayan olayın zararın bir kısmının sebebi olup, fail ile bağlantısının kurulamamasıdır. Zararın önemli bir kısmı umulmayan olay sebebiyle ortaya çıkmıştır. Böylece umulmayan olay fail ile tüm zarar arasındaki illiyet bağını zayıflatmış olmaktadır. İkincisi ise umulmayan olayın failin kusurunu azaltmasıdır. Zira umulmayan olay sebebiyle failin zararlı sonucu öngörmesi ve ortaya çıkacak zararı önleyecek davranış tarzını bulması zorlaşmış bulunmaktadır[1604]. Fail zararlı sonucu öngörmesine rağmen, makul bir çaba seviyesinde olayın zarar verici sonuçlarını önleme imkânı önemli ölçüde zorlaşmışsa bu da failin kusurunu azaltıcı bir umulmayan olay kapsamına girer ve tazminatta indirim sebebi olur[1605]. Böylece umulmayan halin failin kusurunu azaltıcı etkisi bulunmaktadır.

Sebebiyet sorumluluğunda da umulmayan haller fail ile zarar arasındaki illiyet bağını zayıflattığı için tazminatta indirim sebebi teşkil edebilir. Ancak sebebiyet sorumluluğu faili sorumlu tutmaya daha yatkın bir sorumluluk anlayışıdır. Sebebiyet sorumluluğuna dayanan kusursuz sorumluluk hali bazen faili umulmayan hallerden doğan zararlardan da sorumlu tutmayı amaçlayabilir. Hatta doktrinde kusursuz sorumluluğa umulmayan olay sorumluluğu da denilmektedir[1606]. Mesela araç işletenin KTK m. 85/1'e göre motorlu aracı işleten onun sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulmuştur[1607]. Mesela yolun bir kısmı siyahlaşmış gözle çok zorlukla fark edilebilen beklenmeyen bir buz tabakası sebebiyle anormal derecede kayganlaşmıştır. Araç işleten aracıyla bu kayganlığa kapılıp bir zarara sebep olmuş olsa, söz konusu zarar normun koruma amacına dahildir[1608]. Zira KTK m. 85/1'de aracın işletme tehlikesinden doğan zararlar bakımından işleten sorumlu tutulmuştur, bu zarar da aracın işletme tehlikesi çerçevesinde ortaya çıkan bir zarardır[1609].

1603 **EREN**, Borçlar Genel, s. 561.
1604 **EREN**, Borçlar Genel, s. 873 vd.; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 103.
1605 **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 103.
1606 **EREN**, Borçlar Genel, s.561; **OFTINGER/STARK**, s.48-49.
1607 **EREN**, Borçlar Genel, s.874.
1608 Alman Federal Mahkemesinin benzer bir kararında bir oto sürücüsü yol inşaatı sınırları içindeki hız sınırını aşarak bir yayayı çiğnemesi üzerine, hız sınırı kuralının amacının sadece motorlu araçları değil, yayaları da korumak olduğuna hükmetmiştir; Bkz. BGH 72, 558 ayrıca Bkz. **DEUTSCH**, Sorumluluk, s. 254.
1609 **EREN**, Borçlar Genel, s.874; ayrıca Bkz. **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 104.

Kusursuz sorumluluk, tesadüfle verilen zararların sorumluluğunu içerdiği için umulmayan olaylarla iç içedir. Ancak her tesadüf ile verilen zarar hukuk terimi anlamında umulmayan olay anlamına gelmez. Bu sebeple bu kavramlar arasındaki bağlantı kanaatimizce aynı olmak değil, kusursuz sorumluluk düzenlemelerine ait normların koruma amaçlarının umulmayan halleri de kapsayabilmesidir. Böylece umulmayan haller neticesinde kusursuz sorumluluk halleri de doğabilecektir.

Sebebiyet ilkesi en sert haliyle failin zarara sebep olmuş olmasını sorumluluk için yeterli kabul eder. Bir umulmayan hal olsun olmasın ya da failin bir davranışı olsun olmasın fark etmez. Her ne kadar umulmayan halin kendisi de zararın bir sebebi olduğu için fail ile zarar arasındaki sebebiyet ilişkisini bir miktar zayıflatsa da zarar ile fail arasında illiyet bağı kurulabildiği sürece sebebiyet ilkesi devreye girmektedir. Sebebiyet ilkesi ile failin varlığıyla ortaya çıkaracağı zararlardan mağdur korunmak istenmektedir. Failin varlığı ile ortaya çıkabilecek zararlar dairesi umulmayan halleri de kapsamaktadır. Diğer bir deyişle failin varlığı dolayısıyla meydana gelebilecek zararların bir kısmı da umulmayan hallerin vücut bulmasıyla gerçekleşebilmektedir. İşte bu sebeple kusursuz sorumluluk halinde umulmayan hal bir özel kanun veya hukuk normuna göre sorumluluğu doğuran tipik olay kapsamına dahil olabilmektedir. Nükleer santral içinde çıkan küçük bir yangın sebebiyle nükleer sızıntı gerçekleşmiş olabilir. Bu örnekte tipik tehlike olan nükleer sızıntı beklenmeyen halin de etkisiyle gerçekleşmiştir. Ancak tehlikeli işletme işletmeyi işletmekle ortaya çıkan tipik zarar arasında illiyet bağı vardır. Zararın gerçekleşmesine sebep olabilecek tehlikeli işletmenin işletilmesiyle tipik zarar ortaya çıkmıştır. Kanun koyucu da zaten bu tipik zarardan tehlikeyi ortaya çıkartan kimseyi sebebiyete bağlı olarak sorumlu tutmayı amaçlamaktadır. Meğer ki mücbir bir sebep gerçekleşsin. O takdirde illiyet bağı kesildiği için sorumluluk kalkar. Zira zarar tehlikeli işletmenin varlığından değil mücbir sebebin kendisinden kaynaklanmış olmaktadır.

Böylece sebebiyet ilkesi ile düzenlenen sorumluluk tipinin koruma amacına göre faille zarar arasındaki illiyet bağı mevcut olduğu sürece umulmayan hallerin etkisiyle gerçekleşen zararlardan dahi tam tazminata hükmedilebilir[1610]. Bunun bir

[1610] Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında elektirik tellerine konan kuşların yanması ve yere düşüp yangın çıkarmasıyla doğan zarar açısından, tehlikeli işletmenin işletilmesiyle zarar arasında illiyet bağının böylece sorumluluğun olduğuna hükmedilmiştir. Anılan karara göre: *"... BK'nın 58/1. maddesi (TBK'nın 69. maddesi) gereğince imal olunan bir şeyin sahibi o şeyin korunmasındaki kusurundan dolayı oluşan zararlardan kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumludur. Enerji nakil hatları da maddede belirtilen imal olunan şey kapsamında olduğundan enerji nakil hattının*

sebebi de umulmayan halin failin öngörüsünü ve zararın önlenebilirliğini iptal etmesi yoluyla kusurunu azaltıcı etkisinin kuvvetli olmasıdır[1611]. Halbuki sebebiyet ilkesi sorumluluğu kurma tekniği olarak kusura dayanmamaktadır.

---

sahibi bu tesisin korunmasından, bu bağlamda bakım eksikliğinden ... zarardan kusursuz olarak sorumludur. Malik ancak illiyet bağını kesen sebeplerin varlığı durumunda (mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru gibi) sorumluluktan kurtulabilir. Diğer taraftan, elektrik enerjisinin taşındığı enerji nakil hattı ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, sorumluluk için yeterlidir. Sorumlu kişi veya işletmenin, kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletme veya nesnede (şeyde) bir bozukluk veya noksanın bulunup bulunmaması, meydana gelen zararın tazmin borcu yönünden bir etkiye sahip değildir. Zira bunların sebep oldukları zararlarda, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi, sorumlu kişi veya işletme, her türlü özeni gösterse, gözetim ve denetim ödevini yerine getirse, gerekli bütün tedbirleri alsa bile, gene çoğu zaman zararın meydana gelmesini önlemek mümkün değildir. Bu sebeple sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelerin sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır(Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1991 Baskı C. 2 s. 14-15). Davaya konu yangın, aynı olay nedeniyle açılan ceza soruşturma dosyasında tespit edilen maddi olguya göre; tellere temas ederek yanan kuşların yere düşmesi sonucu meydana gelmiştir. Nitekim, kolluk tarafından kuşların yanmış hali olay yerinde elektrik direği dibinde bulunmuştur.Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; yangının enerji nakil hattından kaynaklandığı, dolayısıyla illiyet bağının kesilmediği açıktır." ifadelerine yer verilerek failin tehlike ortaya çıkartan yapıyı işletmesiyle zarar arasında illiyet bağının varlığına hükmedilmiştir. Yargıtay 3. HD, 19.10.2017 T. 2016/4762 E. 2017/14312 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com.tr, (E. T. 22.10.2019)

1611 Umulmayan hal, önlenebilirliği ortadan kaldırdığı için kusurun oluşmasını da engeller. Umulmayan hal, somut olayın gerektirdiği tüm davranış kurallarına uyularak tüm önlemlerin alınması halinde dahi zararın önleyebilmenin mümkün olmamasını ifade eder. Ancak somut olayın gerektirdiği her tedbiri almayan kimse açısından zararlı olayın önlenemez şekilde gerçekleşmesi, bir kaçınılmazlık ifade etmez. Bir yargıtay kararında da umulmayan halin önlenebilirliği iptal ederek kusurun oluşmasına engel olabilmesi için, zararlı sonucun ortaya çıkmaması için somut olayın gerektirdiği tüm davranış kurallarına uyularak gerekli bütün tedbirlerin alınmış olmasının gerektiği vurgulanmıştır. Karara göre : *"Belirtilmelidir ki, hükme esas alınacak kusur raporlarının da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. ve işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatı hükümlerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir. 77. maddede anılan düzenleme, işçiyi gözetim ödevi ve insan yaşamının üstün değer olarak korunması gereğinden hareketle; salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşama uyarınca alınması gereken önlemlerin de işveren tarafından alınmasını zorunlu kılmaktadır. İş kazasının oluşumuna etken kusur oranlarının saptanmasına yönelik incelemede; ihlal edilen mevzuat hükümleri, zararlı sonuçların önlenmesi için koşulların taraflara yüklediği özen ve dikkat yükümüne aykırı davranışın doğurduğu sonuçlar, ayrıntılı olarak irdelenip, kusur aidiyet ve oranları gerekçeleriyle ortaya konulmalıdır.Bunun yanında işverenin kusursuz sorumluluk hallerinden birisi olan "kaçınılmazlık" kavramına biraz değinmek de gerekir. Öğretide, yargısal kararlarda ve yasalarda kötü tesadüf, fevkalade hal, umulmayan durum, tesadüfi olay olarak da adlandırılan kaçınılmazlık, hukuksal ve teknik anlamda "fennen önlenmesi olanaksız" başka bir anlatımla işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemler alınmış olunsa bile önlenemeyecek olan durumları ifade eder. Kaçınılmazlığın unsurları, 1- İrade dışında meydana gelen olay, 2- Davranış kuralının veya sözleşme borcunun ihlali, 3- İlliyet bağının bulunması, 4- Olayın önlenemezliği hususlarıdır. Bu unsurlardan özellikle sonuncusu olan olayın önlenemezliği hususunu biraz açmak gerekirse; buradaki önlenemezliğin olayla ilgisi yoktur. Önlenemezlik unsuru, tamamen davranış normu ve borca aykırılıkla ilgili olup alınabilinecek tüm tedbirler alınmış olunsa dahi bir davranış normunun veya sözleşmeden doğan bir borcun ihlalinin ifadesidir. Yani olay önlenemez olmasına rağmen bir davranış kuralına yada sözleşmeden doğan borca aykırılık önlenebiliyorsa artık kaçınılmazlıktan söz etme imkanı yoktur. Bilimsel ve teknolojik gelişmeler önlenemez olaylara karşın bir davranış kuralını ve borca aykırılığı önleme olanağını sağlamaktadır. Örneğin; bir inşaat işçisinin üzerinde çalışacağı tabiyeyi hazırlamak için duvara beton çivisi çakarken çivinin*

2) Bünyevi İstidat

Zararın ortaya çıkması ya da artması zarar görenin kendi bünyesindeki özellikler sebebiyle kolaylaştıysa bünyevi istidattan bahsedilir. Fail bir zarara sebep olmuştur, mağdurun kendi bünyesindeki bir arıza veya özellik sebebiyle bu zarar ya artmıştır ya da daha büyük başka bir zarar tipi ortaya çıkmıştır. Zarar görenin bunda bir davranışı veya kusuru da yoktur. Bünyevi istidat aslında umulmayan olaylar kapsamına dahil olan ve illiyet bağını zayıflatan bir sebeptir[1612]. Bünyevi istidat hem kusur hem kusursuz sorumlulukta illiyet bağını zayıflatması yönüyle hâkimin hakkaniyet gereği tazminatın indirilmesinde göz önünde bulundurması gereken bir durumdur[1613]. Şahıs veya malvarlığı hakkını koruyan bir norm söz konusuyken mağdurun bünyevi istidatı sebebiyle onun aleyhine bir ayrım yapılması beklenmez. Bununla beraber failin zararlı sonuca tamamen katlanmasını beklemekte adalet duygularına uygun olmaz. Bünyevi istidat, zararlı sonuca etkisi sebebiyle ortak illiyet olarak değerlendirilir. Böylece failin tazmin sorumluluğunda indirime gidilir[1614].

Somut olayda failin fiili, zarar görenin şahsi sahasındaki bir sebeple birleşmesiyle, fiilinin olağan ve makul sonucundan önemli ölçüde daha büyük bir zarar ortaya çıkartmaktadır. Böylece failin davranışıyla ortaya çıkan zarar arasındaki uygun illiyet bağı zayıflamaktadır. Mesela kemik yapısı, bir kemik hastalığına sahip olması sebebiyle olağanüstü derecede kırılgan olan birisine hafifçe yumruk atan kimse çok büyük kemik kırıklarına veya mağdurun ölümüne sebep olabilir. Benzer şekilde hemofili hastalığı olan bir kimsede küçük bir yaralanmaya sebep olunması halinde, küçük bir darbe ile zarar gören kan kaybından ölebilir[1615]. Bu örneklerde ölüm sonucunu doğuran tek başına küçük bir darbe ve yaralama değil aynı zamanda söz konusu hastalıklardır. Hatta ölüm sonucu büyük oranda bu hastaklıklar sebebiyle kaynaklanmaktadır. Zira failin bünyesindeki bu arızalar zararlı sonucu doğurmaya o

---

başının kırılıp gözüne kaçması olayında çivinin kırılması irade dışı ve önlenemez bir olay olmakla birlikte kırılan bu çivinin işçinin gözüne kaçması önlenemez bir olay değildir. Zira çalışma esnasında gözlük kullanılarak bu neticenin önüne geçilebilinir. O halde böylesi bir durumda olayın önlenemezliğinden bahisle kaçınılmazlıktan bahsetme imkanı yoktur." Yargıtay 21. HD, 09.06.2020 T. 2019/6596 E. 2020/2143 sayılı K. için Bkz. www.lexpera.com (E.T. 29.03.2019)

1612 **EREN**, Borçlar Genel, s.875; **EREN**, İlliyet, s. 156. İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatı da bu yöndedir. BGE 102 II 43.

1613 **EREN**, Borçlar Genel, s.875.

1614 **EREN**, İlliyet, s. 156.

1615 **EREN**, Borçlar Genel, s.875; **EREN**, İlliyet, s.86-87.

derece yatkındır ki, failin darbesi yerine başka küçük bir olay neticesinde dahi bu hastalıklar sebebiyle ölüm sonucu rahatlıkla gerçekleşebilir.

Kanaatimizce kusur, bünyevi istidatın hukuki sonuçlarına tesir edebilir[1616]. Şöyle ki kusur, bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatıcı etkisini, kendi ağırlığı ölçüsünde iptal etmektedir. Bünyevi istidat, failin öngörü ve zararlı sonucu önleyebilme imkânı sınırları dahiline girmeye başladığı nispette bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatıcı rolünün etkisi azalır veya tamamen ortadan kalkar. Failin, zarar görenin bünyesindeki arızadan haberi varsa ve bunu bilerek zararlı sonucu doğuracak fiili gerçekleştirmişse artık failin davranışı ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı tam olarak kurulmuş olur. Çene ameliyatı olan bir hastanın röntgen ışınlarına maruz kalması sonucunda bünyevi istidatının varlığı sebebiyle yüzünde egzama yarasına benzer yaralar oluşması neticesinde Yargıtay doktorun ihmali sebebiyle sorumluluğuna hükmetmiştir[1617]. Kararda doktorun ihmalinin varlığı üzerinde durulmuş illiyet bağı hususuna değinilmemiştir. Zira kusur var ise bünyevi istidat zaten illiyet bağını zayıflatmayacaktır. Kusurun varlığı doktorun sorumluluğunu doğuracaktır.

Bu hususta başka örnekler de verilebilir. Mesela hemofili hastalığı bulunan şahsın hastalığını bilerek, onu küçük bir yara da olsa bilerek yaralayarak onun ölümüne sebep olan kimsenin fiiliyle zararlı sonuç ölüm arasında illiyet bağı tam olarak mevcuttur. Zira hemofili hastası birisini yaralamakla onun ölümü arasında uygun illiyet bağı vardır. Ancak bu hastalıktan haberi olmayan ve olamayacak durumda olan kimsenin aynı yaralamayla kişiyi öldürmesi durumunda illiyet bağı söz konusu hastalık sebebiyle önemli derecede zayıflamıştır. Aslında durum aynı olduğu halde failin bünyevi istidata ilişkin bilinç düzeyi uygun illiyet bağını kuvvetlendirmektedir. Buradaki bilinç düzeyi aslında failin bünyevi istidatın varlığını bilmesi, öngörmesi veya tahmin etmesini ifade etmektedir. Hukuka aykırı sonucu bilmek ve arzu etmek kast çeşidinde kusura, öngörmek ve tahmin etmek ise ihmal çeşidindeki kusura ilişkin

---

[1616] Bunun teknik sebebinin temelinde kusur ve illiyet bağı unsurlarının arasındaki bağlantılar bulunur. İlliyet bağının salt olaylara dayanan somut bir kavram değil aynı zamanda failin bilgi düzeyi gibi olgulara da dayanan nispeten soyut bir kavram olması da kusurun bünyevi istidatla ilişkisine tesir etmektedir. Bunun aksine subjektif unsurlar olan failin bilgi ve tahmininin kusura ilişkin subjektif unsurlar olduğu ve illiyet bağı ile karıştırılmaması gerektiği hakkındaki görüş için Bkz. **EREN**, İlliyet, s.88.

[1617] Yargıtay 4. HD, 17.12.1976 T. 1976/692 E. 1976/11046 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr/ (E. T. 15.02.2021)

unsurlardır[1618]. Neticede failin kast veya ihmal suretindeki kusurunun varlığı bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatıcı rolünü kusurun ağırlığı nispetinde engellemektedir[1619].

[1618] **EREN**, İlliyet, s. 39; **OFTINGER/STARK**, s. 115; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96.

[1619] Kusurun failin bilgi ve tahmin seviyesine ait hususların illiyet bağı ile ilgili bir mevzuya dahil edilmesi *Von Kries*'in subjektif uygun illiyet görüşü ile karıştırılmamalıdır. *Von Kries* 'in subjektif uygun illiyete ilişkin önceden tahmin görüşü illiyet bağı kavramında failin bilgi seviyesini esas almaktadır. Bu görüşe göre uygun illiyet bağının varlığı failin kendi bildikleri ve subjektif olarak bilmesi gerekenler seviyesine göre belirlenir. **VON KRIES**, s. 226-228. Bu görüşten hareketle fail bünyevi istidatın varlığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, olayda gerçekleşmiş zarar tipiyle failin davranışı arasında illiyet bağı kurulur. Ancak bünyevi istidat failin subjektif olarak belirlenen bilmesi gerekenler dairesinin dışında kalıyorsa failin yaptığı eylemle, bünyevi istidat var olmasaydı mağdurda vereceği sonuç arasında illiyet bağı kurulur. Mesela A, B'nin hemofili hastası olduğunu bilmeyerek yaralamış ise B daha sonra kan durmazlığı sebebiyle ölmüş olsa bu görüşe göre B'nin yaralanması ile A'nın fiili arasında illiyet bağı varsa da B'nin ölümü ile A arasında illiyet bağı kurmak mümkün olmaz. Söz konusu örnek için Bkz. **EREN,** İlliyet, s.88. Bu görüş illiyet bağının kurulması hususunda failin bilgi seviyesini esas almakla illiyet bağı kavramını oldukça sınırlamıştır. Fail bilmiyor olsa da sonradan yapılacak bir değerlendirmeyle *(ex post)* hemofili hastası olan kimsenin hafif yaralanması ile ölmesi arasında somut olayı oluşturan şartlar beraberce ele alındığında uygun illiyet bağı vardır. Dolayısıyla kusura ait unsurlar olan failin bilgi, tahmin, öngörü seviyesini esas alarak illiyet bağını sınırlamak doğru değildir. Bu mağdur aleyhine sonuç doğurur. Nitekim doktrinde bu durum haksız fiilde iki farklı unsur olan kusur ve illiyet bağı kavramlarının birbirine karıştırılması olarak değerlendirilmiş ve eleştirilmiştir. Bkz. **EREN,** İlliyet, s.88; Ancak failin bilgisinin, öngörüsünün ve tahmininin illiyet bağının kurucu unsuru değil güçlendirici unsuru olduğunu ileri sürmek *Von Kries*'in subjektif önceden tahmin görüşünden oldukça farklıdır. *Von Kries* failin bilgisi ve öngörüsüne bağlı illiyet bağının kurulması fikri illiyet bağının kurulmasını ve kapsamını sınırlamaktadır. Failin bilgi ve öngörüsüyle illiyet bağının kuvvetlenmesi gerektiği fikri ise tam tersi illiyet bağını kuvvetlendirici etkide bulunmaktadır. A'nın B'ye hafif yaralayıcı darbesi hemofili hastalığı sebebiyle ölümle sonuçlandığı için sonradan değerlendirme teorisiyle *(expost)* A, B'yi yaralamaktan değil öldürmekten sorumlu tutulur. Ancak bünyevi istidat illiyet bağını zayıflatır, failin bilgisi ve öngörüsü ise bu zayıflayan illiyet bağını kuvvetlendirmektedir. Böylece sonradan tahmin görüşünün temel fikri anlayışı ile failin bilgi ve öngörüsü sebebiyle illiyet bağının güçleneceği fikri bir tezat içermemektedir. Bu iki fikir beraberce uygulanabilecek mahiyet arz ederler. Böylece A'nın bilgisi öngörüsü olsun veya olmasın hemofili hastası B'yi hafifçe yaralayıp olayın ölümle sonuçlanması arasında illiyet bağı vardır. Bünyevi istidatın varlığı ölümle A'nın fiili arasındaki illiyet bağını iptal etmez sadece zayıflatır. A'nın bünyevi istidata ilişkin bilgisi ve öngörüsü ise bu zayıflayan illiyet bağını güçlendirici rol oynamalıdır. Dolayısıyla *Von Kries* failin bilgi ve öngörüsünü esas alarak sadece ölümle değil yaralama sonucuyla uygun illiyetin varlığını kabul etmekteyken, açıkladığımız kanaat, *(ex post)* görüşüne uygun olarak faili yaralamayla değil ölümle sorumlu tutmakta ayrıca failin kusuru varsa failin davranışıyla ölüm arasındaki bünyevi istidat marifetiyle zayıflamış illiyet bağını da iyice kuvvetlendirmektedir. Bkz. **VON KRIES**, s. 226-228. Nitekim *Deutsch*'da zarara ilişkin kast var ise uygun illiyet bağı aranmaz görüşünü belirterek kusurun illiyet bağı üzerindeki güçlendirici etkisine işaret etmektedir. Bkz. **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96; Bütün bunlara istinaden failin bilgi ve öngörüsünün bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatıcı etkisini gidermesi gerektiğini söylemekte kusur ve illiyet bağı kavramlarının birbirine karıştırılması gibi teknik bir mahzur görmüyoruz bilakis bunun bir gereklilik olduğu kanaatindeyiz.

Von Kries'ın görüşü uygun illiyet bağının kurulmasını güçleştirmesine karşılık teorik olarak failin sorumlu tutulmasını da zorlaştırmış olur. Gerçi kusur ilkesi söz konusu olduğu için sorumluluğu illiyet bağı değil kusur belirler. Zira kusur var ise illiyet bağı da var olacaktır. Fakat her hâlükârda *Von Kries*'ın illiyet teorisi fail lehine mağdur aleyhine bir değerlendirmedir. Bu ise kusur ilkesini anımsatmaktadır. Ancak failin bilgi ve öngörüsünün bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatma etkisini gidermek suretiyle illiyet bağını kuvvetlendirmesi fikri failin sorumluluğunu artıran mağdur lehine bir değerlendirmedir. Ayrıca bunun pratik görünümü de rahatlıkla söz konusu olabilir. Bu değerlendirme sebebiyet ilkesine benzer şekilde failin sorumluluğunu genişletmekte ve mağduru korumaktadır.

Kast varken sorumluluk için uygun illiyet bağı aranmaz[1620], ihmal varsa da kusur zaten gerçekleşmiştir. Bu durum kusurun illiyet bağını güçlendirmesi olarak da değerlendirlebilir. Bu bağlamda ve yukarda izah edildiği üzere kusurun bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatma özelliğini ortadan kaldırıcı etkisi vardır. Ancak failin bünyevi istidatın varlığından habersiz olarak işlediği kusur, bünyevi istidatın etkisiyle ortaya çıkan zararla fail arasındaki illiyet bağını güçlendirmez. Zira bu kusur somut olayda gerçekleşen türden zarara yönelik bir kusur değildir. Kusurun bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatıcı etkisini azaltması için somut olayda gerçekleşen türden zarara yönelik bir kusurun söz konusu olması gerekir. Bu durumu kast ve ihmali içeren farklı örneklerle teknik olarak incelemek yerinde olur. Mesela ileri düzeyde hemofili hastası olan mağdurun bu hastalığı hiç belirti vermese ve bilinemeyecek durumda olsa, doktor uyguladığı tedavi sırasında küçük bir ihmali ile mağdurda küçük yaralanmaya yol açarak kan kaybını durduramayıp mağdurun ölümüne sebep olsa doktorun bu kusuru yaralamaya yönelik bir ihmaldir. Ancak bünyevi istidat devreye girerek zararı çok fazla büyüterek mağdurun ölümüne yol açmıştır. Buradaki kusur bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatıcı etkisine engel olmaz. Zira doktorun ihmali mağduru yaralamaya yönelik bir ihmaldir, küçük bir yaralanma uygun illiyet bağıyla mağduru en fazla yaralayabilir. Umulmadık bir hal olan bünyevi istidatın varlığının devreye girerek başka bir zarara yol açmasının sonuçlarını doktora yüklemek yerinde değildir. Ancak doktor bünyevi istidatın varlığını bildiği halde böyle bir ihmal ile mağduru yaralasaydı, bu çeşit kusur ağırlığı ölçüsünde bünyevi istididatın illiyet bağını zayıflatıcı etkisini ortadan kaldırır. Zira bu çeşit ihmal yaralamaya değil somut olayda gerçekleşmiş olan ölüme yönelik bir ihmaldir. Hemofili hastasında yaralanmaya sebep olabilecek bir ihmal içeren bir davranış ile ölüm uygun illiyet bağı içerisindedir.

Kast için de benzer bir örnek verilebilir. Hemofili hastasını yaralamak kastıyla çok hafifçe yumruk vuran kimse onun ölümüne yol açsa, fail söz konusu hastalığı bilmiyorsa ve bilmesi gerekmiyorsa yaralamaya ilişkin kastı olmasına rağmen, mağdurun bünyevi istidatı failin davranışının ölümle olan illiyet bağını önemli ölçüde zayıflatır. Bu durumda failin kusuru bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatma gücünü iptal etmez. Zira failin kastı öldürmeye değil yaralamaya yöneliktir. Fail bünyevi istidatın varlığını bilmemektedir ki, o hastalığın tetikleyeceği olaylar zinciriyle ölüm gerçekleşebileceğini arzulamış ve istemiş olsun. Fail yaralamayı kastetmiş, ona uygun

[1620] **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.96.

bir harekette bulunmuş, bünyevi istidatta başlı başına ayrı bir olaylar silsilesiyle zararlı sonucu doğurmuştur. Ancak fail bünyevi istidatın varlığını biliyorsa yaralamak için kasten attığı yumrukla mağdurun ölümüne yol açsa artık bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatması söz konusu olmaz. Artık failin yaralamaya yönelik kastı, öldürmeye yönelik bilinçli bir ihmale veya ihtimali kasta dönüşür. Bünyevi istidatın bilinmesiyle yaralamaya ilişkin kusurlar öldürmeye ilişkin kusurlara dönüşerek illiyet bağını güçlendirirler.

Bünyevi istidat kusur ve kusursuz sorumluluk için illiyet bağını zayıflatması yönüyle tazminatta indirim sebebidir. Kusur olmaksızın zarar gerçekleşmişse kusur sorumluluğunda sorumluluk söz konusu olmayacağı için bünyevi istidatın pratik bir önemi de kalmaz. Ancak kusursuz sorumlulukta bu halde failin sorumluluğu söz konusu olacağı için bünyevi istidat tazminatta indirim sebebi olmaya devam eder. Kusurun bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatıcı etkisini engellemesinin kusursuz sorumluluktaki görünümü failin ek kusurunun olması durumunda söz konusu olabilir. Kusursuz sorumlulukta ek kusur bünyevi istidatın illiyet bağını zayıflatmasına kusurun ağırlığınca engel olur. Ancak bunun şartı sorumlu kişinin bünyevi istidatı biliyor olması ya da bilmemekte kusurlu olmasıdır. Mesela araç kullanan bir kimse yaya geçidinden karşıdan karşıya geçen, çok yaşlı, çok zayıf, en küçük bir bedensel zararda büyük tehlikeye girebilecek bir kişiyi gördüğü halde, ne de olsa frenlerim sağlam, her türlü dururum diye düşünerek hızını tam yavaşlatmasa, son anda arabayı tam durduramayıp bu kişiye çok hafifçe çarparak yere düşürse, mağdur zayıf bedeni sebebiyle yere düşmekle beraber ölse failin ek kusuru söz konusudur. Çok hafifçe çarparak yere düşürmek normalde ölümle neticelenmez ancak mağdurun bünyevi istidatı sebebiyle bu gerçekleşmiştir. Bünyevi istidat bu noktada bir tazminatta indirim sebebi olabilecekken failin ek kusur olarak ifade edilen kusurlu hareket tarzı tazminatta indirim yapılmamasını haklı gösterir. Zira fail bünyevi istidatı fark etmiştir. Kusurlu davranmayıp, bünyevi istidatın yol açacağı bu sonucu da önleyebilirdi[1621].

[1621] Benzer bir durumda failin kusuru olmasaydı, mağdur tarafında bulunan öngörülemez bir durum sebebiyle fail bu zarara sebep olsa failin sorumluluğunun olmayacağı görüşü için Bkz. **WIDMER**, s. 174-175.

II) MÜŞTEREK HAKSIZ FİİL

Ortaya çıkan bir zarardan birden fazla kişi müteselsilen sorumlu olabilir. Bu durum kişilerin birlikte aynı zarara sebep olmuş olmalarından veya farklı sebeplerle zarardan sorumlu olmalarından kaynaklanabilir[1622].

Zararın varlığı buna sebep olan herkesin bundan sorumlu olmasına neden olur[1623]. Birden çok kişi aynı zarara birlikte sebep olmuşlarsa bundan doğan sorumluluk kusura veya sebebiyete dayanabilir. Zarardan doğan sorumluluk kusura dayanıyorsa bu ortak kusur veya birden çok kişinin bağımsız sorumluluğu şeklinde olmak üzere iki farklı şekilde ortaya çıkabilir[1624]. Sebebiyete dayanan sorumluluk ise kanunda tanınmış olan kusursuz sorumluluk hallerine göre kişilerin tazminat yükümlüsü olmaları durumunda söz konusu olur. Aynı zarardan kişilerin çeşitli sebeplerle sorumlu olmaları halinde ise bir kişi kusur sorumluluğuna göre diğer bir kişi sebebiyete göre sorumlu olabilmektedir[1625].

Zarardan sorumluluk temelde kusur unsuruna dayandırılırsa ve birden fazla fail varsa sorumluluğun meydana geliş şeklini faillerin kusur unsuruna katkılarına göre değerlendirmek gerekir. Ortak bir kusur söz konusu olabileceği gibi birbirinden bağımsız kusurlar da söz konusu olabilir[1626]. Her hâlükârda sorumluluğu, kusur ilkesi gereği temelde kusur unsuru belirleyecektir.

Birbirinden bağımsız kusurların söz konusu olması durumunda faillerin her birinin davranışına ilişkin birbirinden bağımsız bir kusur araştırması söz konusu olur. Zira tarafların kusurlarının oluşmasında bir diğerinin etkisi yoktur. Dolayısıyla bu durumun kusurlu tek failden farkı birbirinden tamamen bağımsız olan birden fazla kusurlu failin olmasıdır. Zararın bağımsız değil ortak bir kusur ile ortaya çıkması için ise zarara birlikte sebep olma, tek zarar ve ortak kusur şartlarının bir arada bulunması gerekir. Ortak kusurun varlığı için faillerin olaydan önce haksız fiilin işlenmesi hakkında birbirleriyle anlaşmış olmaları ya da birbirlerinin zarar verici davranışlarından haberdar olmaları gerekir[1627]. Faillerin kusuru olmadığı halde zarara sebep olmuşlarsa failin sorumluluğu için ilgili kusursuz sorumluluk halinin şartlarının

---

1622 **EREN**, Borçlar Genel, s.915 vd.
1623 **SCHMIDT**, s. 158.
1624 **EREN**, Borçlar Genel, s.918 vd.
1625 **EREN**, Borçlar Genel, s.923-924.
1626 **EREN**, Borçlar Genel, s.918 vd.
1627 **EREN**, Borçlar Genel, s.918 vd.

varlığı aranır. Bu üç durum da TBK m. 61'deki *"Birden çok kişi birlikte zarara sebebiyet verdikleri…"* ifadesi kapsamındadır.

Sorumluluğun temeli kusura dayanınca tazmin ilişkisini belirlemede de kusur etkili olacaktır. Nitekim TBK m. 62'de sorumluluğun müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında kusurun ağırlığının göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir[1628]. Ancak kusur farazi bir takdir hükmü olması itibarıyla sebep sonuç ilişkisinden kopuk bir kavram olup, zarara doğrudan etki eden bir unsur değildir. Kusur ilkesinin eleştirilen bir noktası olan kusur ile zarar arasındaki oransızlığın ortaya çıkarttığı olumsuz sonuçlar çok failin ve birden fazla kusurun olması durumunda daha belirgin olmaya müsait bir mahiyet arz eder. Zira birbiriyle tamamen alakasız kusurlar veya ortak kusur olsa da faillerin kendi dünyalarında farklı cephelerde ortaya çıkmış kusurlar ve fakat tek bir zarar vardır. Zarar ile kusur arasındaki bağlantı her zaman dolaylı olmakta ve kusurun varlığı ve ağırlığı farazi bir takdir hükmüne dayanmaktadır. Zaten bağlantıları dolaylı ve zayıf olan kusur ve zarar arasındaki bu bağ birden çok kusurun zarardan sorumluluğa sebep olarak değerlendirilmesiyle iyice belirsizleşmekte ve kanaatimizce sorumluluğa temel olarak alınmasında güçlükler içermektedir. Bilhassa birbirinden tamamen bağımsız kusurlarla ortaya çıkan zararlarda bu durum daha da kuvvetlenir.

Müşterek haksız fiil sorumluluğunda TBK m. 62 gereğince sorumluluğun paylaştırılmasında sadece kusura değil tarafların ortaya çıkarttıkları tehlikeye ve bütün durum ve koşullara bakılması gerektiği belirtilmiştir. İşte bu hüküm yukardaki paragrafta anlatılan ortak kusur ve zarar arasındaki oransızlıkla uyum gösterir. Zira zarar ve kusurun birbiriyle tam uyum içinde olmaması, sorumluluğu sadece kusura dayandırmak fikrini zayıflatmaktadır. Böylece sorumluluk kusurla beraber, ortaya çıkartılan tehlikeye ve bütün ve durum ve koşullara da bakarak belirlenecektir. Bu ise aslında kusur ilkesinin zayıflaması neticesini doğurmaktadır. Her ne kadar madde hükmünde *'..özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı"* ifadesiyle kusur unsuru vurgulanmışsa da sorumluluğun temeline zarara sebep olan durum ve koşulların değerlendirilmesi gibi bir olgu da eklenerek sorumluluk anlayışına sebebiyet sorumluluğunu çağrıştıran bir olgu eklenmiştir. Zira maddede belirtilen

[1628] Kusursuz müteselsil sorumluluk söz konusu ise, faillerin kusurları oranında bir tazmin ilişkisi kurulamayacağı konusunda: Yargıtay 3. HD, 24.9.2014 T. 2014/14752 E. 2014/12362 sayılı K. için Bkz. https://lib.kazanci.com.tr/ (E. T. 15.02.2021)

'...bütün durum ve koşullar..." sebep sonuç ilişkisi kapsamında düşünülebilecek bir ifadedir. Keza ortaya çıkartılan tehlike kavramının sorumluluğun temeline konulması da bu kapsamda düşünülebilir.

Benzer şekilde KTK m. 88/2'ye göre : *"Birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki ilişki bakımından zarar, olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaştırılır. Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaştırılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanırlar."* Madde hükmünde sorumluluğun paylaştırılmasında araçların işletilme tehlikelerine ve zararın başka türlü paylaştırılmasının haklı gösterilmesine vurgu yapılarak, sebebiyet ilkesi ağırlık bir sorumluluk anlayışı benimsenmiş, kusur geri plana alınmıştır. Madde hükmünde sorumluluğun değil, zararın paylaştırılmasından bahsetmekte daha sonrasında zarar ile failler arasında sorumluluk ilişkisi kurulduğuna işaret etmektedir. Zarar ile fail arasındaki illiyet bağına dayanan sorumluluk ilişkisi ise sebebiyet ilkesinin karakteristiğidir. Gerçekten zarar ile kusur arasındaki orantısızlık özellikle müşterek haksız fiillerde ileri boyutlarda kendisini gösterir. Güçlü teknik cihazlarda zarar-kusur orantısızlığının boyutlarının çok daha fazla artacağı da düşünüldüğünde, müşterek haksız fiillerde doğrudan kusura bağlı bir sorumluluk anlayışını kabul etmek büyük problemler doğurur. İlgili madde "*başka türlü paylaştırılmasını haklı göstermedikçe"* lafzıyla sorumluluğun paylaştırılmasında haklılığı kusur haricindeki diğer unsurlara bağlamaktadır. Ancak bu unsurlar gözetildikten sonra kusur dikkate alınacaktır.

Birden fazla failin kusursuz olarak sebep olduğu zararlarda kusursuz sorumluluk hallerinden sorumluluk söz konusuysa, bunun temelinde kusursuz sorumluluk esaslarının varlığı bulunmaktadır. Ancak TBK m. 62 gereği sorumluluk paylaştırılırken *'...bütün durum ve koşullar..."* değerlendirileceği için sorumluluğun temeli kusursuz sorumluluk esasından bir derece bağımsızlaşarak zarara sebep olmaya doğru kaymaktadır. Mesela araç işleten birisi bir binaya çarpsa ve binadan bir tuğla düşerek bir yayanın yaralanmasına sebep olsa burada sorumluluğun tayininde tehlike ortaya çıkartmak ve objektif özen yükümlülüğünün ihlâli olgularından bir derece bağımsızlaşarak zarara nasıl hangi durumda ne gibi şartlarla ne derece doğrudan sebep olunduğu gibi hususlar da araştırılacaktır. Böylece sorumluluğun dayandırıldığı temel, kusursuz sorumluluk esasından sebep olmuş olmaya doğru yaklaşmaktadır. Neticede

TBK'da müşterek olarak verilen zararlarda, hem kusur ilkesi bakımından hem kusursuz sorumluluk bakımından sorumluluk anlayışının sebebiyete doğru yaklaştığı görülmektedir. Kusur ilkesini koruyan ve vurgulayan yapısına rağmen TBK'daki söz konusu anlayış kanaatimizce kusur ilkesinin müşterek haksız fiillerdeki yetersizliği sonucu ortaya çıkmış zorunlu bir düzenlemedir. Sorumluluğun sadece kusura bakılarak paylaştırılması kusur zarar arasındaki dolaylılık ve bağımsızlık sebebiyle öngörülmesi zor adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilirdi. Özellikle günümüzde kusurla zararın bağını zayıflatan makineleşme ve her yeni ortaya çıkan durum için kusurun tespit ve ispatının güçlüğü de düşünülürse bunun ne kadar haklı bir çekince olduğu anlaşılır.

SONUÇ

Kusur ilkesi haksız fiil sorumluluğunu kuran en temel unsurun, kusur olduğunu ortaya koyar. Sorumluluğu tayinde faile ilişkin bir unsuru temel aldığı için kusur ilkesi ferdiyetçi bir ilkedir. Sebebiyet ilkesi ise sorumluluğu asıl doğuran olgunun zarara sebep olmak olduğunu ortaya koyar. Sebebiyet ilkesine göre sorumluluğu doğuran en temel unsur, zarar unsurudur. Böylece fail ile zarar arasında illiyet bağı bulunması, zararın illiyet bağıyla failin şahsına atfedilmesi, sorumluluk için yeterli görülmüştür. Bu bağlamda sorumluluk ilkelerinin temeli aslında ortaya çıkmış zararın faile nasıl atfedileceğine dayanmaktadır. Kusur ilkesi zarar unsurunu ancak failin kusuru varken failin şahsına atfederken, sebebiyet ilkesi zarara failin sebep olmasını, zararın faile atfedilmesi için yeterli görür.

Kusur ilkesi fail lehine büyük bir hareket serbestisi tanıyarak onun sorumluluğunu önemli derecede sınırlar. Mağdurun uğradığı zarara rağmen failin sorumluluğunun dar tutulması yerinde değildir. Mağdurun uğradığı zararın giderilmesi sorumluluk hukukunun güncel bir ihtiyacıdır. Bu ihtiyacın karşılanması için kusur ilkesi ihtiyaca göre zayıflatılmalı veya ortadan kaldırılmalıdır. Bunun yerine ihtiyaca göre ek şartlarında arandığı sebebiyete dayanan bir sorumluluk anlayışı getirilmelidir.

Adalet fikri, hakkaniyet düşüncesi, vicdani hisler, ahlâk hatta felsefe kusurlu kimse ile kusursuz kimsenin tazmin yükümlülükleri bakımından ayrılması gerektiğini doğrular. Kusur ilkesi kusurlu failin ve masum olan kusursuz failin sorumluluğunu birbirinden tamamen ayırmaktadır. Ancak bunun bir de zarar göreni ilgilendiren başka bir cephesi daha vardır. Kusur ilkesi ile failin kusuru yok ise masum olan mağdur tüm zararı yüklenmektedir. Şu halde kusur ilkesi kusurlu kimseyle tamamen masum olan mağduru birbirinden ayıramamaktadır. Zira ikisi de zararı yüklenmektedirler. Neticede kusur ilkesiyle kusurlu fail kusursuz faille birbirinden ayrılacaktır fakat kusursuz mağdurla eşitlenecektir. Bunun yerine sebebiyet ilkesiyle kusurlu ve kusursuz faili birbirinden ayırmamak fakat mağdurla faili ayırmak daha makuldür. Zira kusursuz mağdur kusursuz failden daha masum olduğu için adalet ve vicdan hisleri bakımından korunmaya daha layıktır.

Kusur ilkesine göre zarara sebep olan failin davranışları kusur olmadıkça şahsileşmediği için faile değil, tesadüf ve talihe atfedilir. Bu noktada kusur ilkesinin bir doğa olayı ile zarar gören kimsenin durumuyla, failin davranışıyla zarar gören

kimsenin durumunu, kabul edilmesi güç bir şekilde birbirine eşitlediği görülmektedir. Kusur ilkesine göre kusuru olmayan kimse hakkında nasıl cezai tedbir alınmazsa, kusursuz masum kimse de aynı şekilde tazminata mahkum edilmemelidir. Kusur ilkesinin bu hukuki gerekçesine karşılık zarar görenin üstün masumiyeti yönünden ve sorumluluk hukukunun amacı yönünden bir eleştiri yapılabilir. Zira ceza hukuku ile sorumluluk hukukunun amaç ve kapsamları birbirlerinden önemli derecede farklıdır. Kusur ilkesi temelde, sorumluluk hukukunun değil ceza hukukunun amaçlarına yönelmiş bir ilkedir.

Kusur ilkesinin sorumluluğu fazlaca sınırlamasının bir sebebi de failin kusurunun aranmasının yanında davranışının da aranmasıdır. Kusur ilkesine bağlı sorumlulukta davranış haksız fiilin bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Bunun anlamı zararın sadece failin davranışı kanalıyla faile atfedilebileceğidir. Bu sebeple kusur ilkesi davranış unsuruyla kaimdir. Bununla beraber kusur ilkesinin en saf halinde irade kavramı baskınken sebebiyet ilkesine yaklaşmaya başlayan tarafında (objektif kusur anlayışında) davranış kavramı baskınlaşmıştır. Zira kusur kavramı da davranış unsuru içerisine karışmaya başlamıştır. Sebebiyet ilkesine varıldığında davranış unsuru artık bazen aranır hale gelir. Bu noktadan sonra kusur ve davranış unsurları yerine kusursuz sorumluluk esaslarının varlığı aranır. Salt sebebiyette ise artık davranış veya başka bir olgu aranmaz. Zararın faile mülkiyet, kendisine tâbi bir başka şahsın fiili, kişiyle alakalı bir eşya veya durum, failin işlettiği herhangi bir işletme veya araç gibi her türlü kanalla atfedilmesi mümkün hale gelir. Neticede sorumluluk da alabildiğine genişler. Böylece sebebiyet ilkesi sadece davranışla değil daha dolaylı olarak ortaya çıkan, zararlardan da sorumluluğu öngörür. Halbuki kusur ilkesi sadece failin davranışıyla ortaya çıkan zararın faile atfedilebileceğini kabul ederek sorumluluğu daraltmaktadır. Bu ise failin davranışı olmaksızın sebep olabileceği her türlü zarar bakımından onun sorumsuzluğu demek olup, failin hareket serbestisini mağdur aleyhine orantısızca artırmaktadır.

Zararın faile atfı yollarının sıralamasına bakıldığında kusur ilkesinden sebebiyet ilkesine doğru irade, davranış, kusursuz sorumluluk esasları ve bunların hiçbirinin aranmaması şeklinde bir sıralama vardır. Bu noktada söz konusu sıralamanın kusur ve sebebiyet ilkelerinin ana karakterleri ve yapısal özellikleriyle çok temel bir bağlantısı ortaya çıkar. Zira söz konusu sıralama aslında ferde dair kavramlardan sonuca dair kavramlara doğrudur. Sorumluluk ilkelerinin ana

karakterlerine ve yapısal özelliklerine bakıldığında da kusur ilkesinin ferde, sebebiyet ilkesinin sonuca odaklandığı görülür. Bu iki sıralama birbiriyle tam bir uyum içerisindedir. Dolayısıyla sorumluluk ilkelerinin değerlendirilmesinde ferdiyetçilikle, sonuç odaklı olmanın fayda ve mahzurlarını ortaya koymak temel bir inceleme alanı olmalıdır. Bu bağlamda sorumluluk hukukunun asıl çözülmesi gereken problemi olan zararın önlenmesi ve giderilmesi, kusur ilkesinin ağır ferdiyetçilik içermesi sebebiyle ikinci planda bırakılmaktadır. Sürekli failin iradesi, davranışı, kusuru gibi failin şahsi sahasıyla meşgul olunmaktadır. Bu sebeple, neden sonuç ilişkilerinin bir neticesi ve asıl çözülmesi gereken problem olan zarar probleminin atfı sorununun çözülmesi, âtıl halde bırakılmaktadır.

Kusur ilkesi ferdiyetçi, sebebiyet ilkesi nedenselci bir ilkedir. Bunun bir neticesi olarak kusur ilkesi fail, sebebiyet ilkesi ise sonuç odaklıdır. Bu durumun ilkesel değerlendirmede pek çok farklı görünümü bulunmaktadır. Bunlardan birisi de, failin hareket özgürlüğünün sınırlarının tayini noktasındadır. Kusur ilkesi failin hareket özgürlüğünü, failin kusuru olacağı sınıra kadar serbest bırakırken, sebebiyet ilkesi zararın ortaya çıkacağı sınıra kadar serbest bırakır. Hareket özgürlüğünün yüksek seviyede tutulmasının öncelikle fert sonrasında toplum açısından girişkenlik, kuvvetlerin âtıl kalmaması gibi faydaları olsa da diğer başka fertler ve toplum açısından önemli sakıncaları da bulunmaktadır. Bir başkasının zarar görmesi riski pahasına başka bir ferde özgürlük vermek şiddetli ve dengesiz bir ferdiyetçilik içerir, adalet fikriyle ve vicdani hissiyatlarla bağdaşmaz. Kişi kendi hareket özgürlüğünün bedelini de yüklenmelidir. Aynı düşüncenin bir başka görünümü olarak, bir başkasının haksız olarak zarar gördüğü yerde diğer kişilerin özgürlüğünün sona ermesi veya diğer kişiler buna sebep olmuşsa bunun bedelini ödemesi gerektiği fikri vicdani duygularla, ahlâkla, hakkaniyetle, toplumsal gerekliliklerle ve adalet fikriyle uyum içindedir. Bu itibarla kusur ilkesi zarar vereni koruyan şiddetli bir ferdiyetçiliği içerdiği noktasında haklı eleştirilere maruz kalmıştır. Kusur ilkesi kabul edilecekse bir başkasının uğradığı zarara rağmen, ferdin hareket özgürlüğünün ısrarla savunulmasının hukuki zeminin gösterilmesi ve bunun vicdan ve hakkaniyet temeline oturtulması da şarttır.

Kusur ilkesinin ferdiyetçiliğinin bir diğer görünümü de zararın fail tarafından önlenebilir olup olmadığı meselesini, doğrudan sorumluluğun temeline koymuş olmasıdır. Böylece zarar unsuru ancak fail tarafındaki önlenebilirlik şartı kapsamında değerlendirilerek sorumluluğa hükmedilmektedir. Bu metot ile failin zarara neden

olmuş olması aslında ihmal edilmiş olmakta, mağdurla ilgilenilmemekte ve bu durum ferdiyetçi bir yaklaşımla failin hareket özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Böylece kusur ilkesine göre, failden önlenmesi beklenemeyecek nitelikteki zararlara sebep olan her fiil, failin hareket özgürlüğü dairesine girmektedir. Böylece kusur ilkesi ferdin hareket özgürlüğünü zararın önlenebilirliği sınırına kadar genişletmiştir. Kusur ilkesinin bu yaklaşımının odak noktasında, zararın önlenmesi amacından ziyade, önlenemez zararlardan failin sorumlu tutulmamasına yönelik ferdiyetçi bir anlayış vardır.

Önlenebilirlik, hareket özgürlüğü ile irtibatlı olduğu gibi masumiyet düşüncesi ile de ilgilidir. Fail önleyemeyeceği zararlar bakımından ahlâken kınanamaz ve bu, failin masumiyeti düşüncesinin de temelini oluşturmaktadır. Kusur ilkesine göre önlenemez olarak kabul edilen zarara sebep olan failin, haksız fiildeki kusur unsuru haricindeki hangi unsurlara dahli olduğu hususu sorumluluğun belirlenmesinde göz önüne alınmaz. Fail hukuka aykırı bir zararı kendi davranışıyla ortaya çıkarsa, kusur unsuru hariç haksız fiilin dört unsurunu da gerçekleştirmiş olsa yine de kusur ilkesine göre sorumluluğuna hükmedilmemektedir. Bunun temel sebebi failden önlenmesi beklenmeyen bir zarar bakımından failin kınanamaması ve bu zarara sebep olan fiil bakımından failin fiilinin hareket özgürlüğünün var olduğu düşüncesidir. Bu ise fail lehine ağır bir ferdiyetçilik içermektedir.

Kusur ilkesi sorumluluk hukukunun en önemli amaçları olan zararı önlemeye veya zararı adaletli şekilde gidermeye değil öncelikle faile ve bu zararın önlenebilir olması olgusuna odaklanmıştır. Bu sebeple kusur ilkesi sorumluluk hukukunun amaçlarından uzaklaşan bir yol ile sorumluluğu tayin eder. Böylece kusur ilkesi tazminatına asıl konusu ortaya çıkartılan zararı değil, faile ve faille ilgili değerlendirme içeren önlenebilirlik-kusur yargısını esas almaktadır. Kusur ilkesiyle, fail kusuru olmadığı sürece sorumlu tutulmadığı için meydana getirebileceği zarara değil sadece önlenebilirlik olgusuna ve kendi kusuruna odaklanacaktır. Böylece fert kusursuzken zararı ortaya çıkarabilecek fiilleri seçmekte tereddüt göstermez veya faaliyetleri bakımından kendisinden beklenebilecek dikkat ve özenle yetinir. Başkasının zarar görmemesi için kendisinden ortalama olarak beklenebilecek seviyenin üstünde bir dikkat ve özen seviyesini gösterme imkânı mevcut olsa bile bununla meşgul olmaz. Fert kendisine tanınan geniş hareket özgürlüğü çerçevesinde faaliyetlerini belirler ve yürütür. Böylece zararın ortaya çıkma ihtimali önemli oranda yükselir. Bu durum ise

sorumluluk hukukunun çok önemli bir amacı olan zararı önleme amacıyla bağdaşmamaktadır.

Zararın ortaya çıkmasında failin fiil ile sebep olmak, hatta haksız fiilin kusur hariç tüm unsurlarını gerçekleştirmek gibi çok önemli bir katkısı vardır. Mağdurun söz konusu zararda ona maruz kalmaktan başka hiçbir dahli yoktur. İşte bu noktada kusur ilkesinin menfi neticesinin en zayıf noktası ortaya çıkmaktadır. Gerçekten failin masumiyeti saikiyle, somut olaya hiçbir yönden katkısı yokken tamamen bir başkasının fiili ve ona sebep olmasıyla zarara uğramış bir kimsenin o zararla baş başa bırakılması şiddetli bir çelişki içermektedir. Zira konu masumiyet ise zarar görenin, zarar verenden çok daha masum olduğu ortadadır. Zarara sebep olmakla hiçbir alakası bulunmayan kimseye zararın terk edilmesi vicdani hislere ve hakkaniyete uygunluk göstermez. Failin fiillerinin neticesine kendisinin değil zarar görenin katlanması, adalet hislerini rencide eder. Zira herkesin kendi fiilllerinin sonuçlarına katlanmasının gerektiği herkesçe kabul edilen bir anlayış olup vicdana, hakkaniyete, adalete, toplum hayatının gereklerine son derece uygundur.

Kusur kavramı hükmî ve farazi bir kavram olduğu için sorumluluğun temeline oturtulması belirli sakıncalar içermektedir. Öncelikle kusur kavramı soyut olup kusurda gerçek bir netlik bulunmamaktadır. Failin kusurunun ne kadar olduğu veya kusurunun zararın ortaya çıkmasındaki rolü gibi hususlar hükmîdir ve tespiti zordur. Halbuki ortaya çıkan zarar somut olup son derece net ve açıktır. Ayrıca farazi bir kavram olan kusur sebep sonuç ilişkisine dahil olmadığı için zararın ortaya çıkmasında kusurun doğrudan bir etkisi bulunmaz. Bunların bir neticesi olarak kusurla ortaya çıkan zarar arasında önemli orantısızlıklar da söz konusu olabilmektedir. Özellikle günümüzde gelişen sanayi ve makineleşme ile küçük ve tespiti zor kusurlarla çok büyük zararlar ortaya çıkabilmektedir. Ortaya çıkan zarar bu kadar açık ve net iken bunun adaletli bir şekilde giderilmesini amaç edinen sorumluluk hukukunda esasında belirsizlik taşıyan soyut ve farazi bir kavramı temele oturtan kusur ilkesi bu yönüyle doktrinde eleştirilmektedir. Gelişen teknoloji ve makineleşme ile bu sorunun gün geçtikçe ilerleyeceği de açıkça ortadadır. Bu sebeple tehlike sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk alanına girmeyen her somut olayda sorumluluk hukuku mağdur aleyhine sonuç verecektir.

Kusurun faraziyeti ve soyutluğu ve net bir kavram olmayışı, onun tespit güçlüğünü de beraberinde getirmektedir. Tespiti iyice güçleşmiş bulunan bir kavramın ispat yükü de ayrıca mağdura yüklenmiştir. Özellikle iradeye dayanan kusur tanımlarında failin iç dünyasındaki bir husus olan kusuru tespit ve ispat daha da zorlaşmaktadır. Çoğu kere mağdur faili tanımamakta ve kendisi ve kusuru hakkında hiçbir fikri olmadığı birisi tarafından bir anda belki faili bile hiç göremeden zarara uğratılmaktadır. Ortaya çıkan kazaların çoğunluğunda, buna ilişkin delil getirmek ve failin kusurlu olduğunu ispatlamak çok güçtür. Varlığı soyut, tespiti zor bir kavram olan kusuru ayrıca mağdurun ispat etmek zorunda olması kusur ilkesi aleyhine önemli bir eleştiridir. Zaten mağdur olan, bunun üstüne hukuk sistemince korunmayan zarar görene bir de tespiti bile zor olan bir kavramı ispat etme yükünün yüklenmesi; fail ile mağdur arasındaki makul menfaat dengesini adalet fikriyle uyuşmayacak şekilde bozabilir. Kanaatimizce kusur ilkesinin ferdiyetçi yaklaşımının mağdur aleyhine ağır olabilen sonuçları fail aleyhine kusur karinesiyle önemli ölçüde dengelenebilir. Aksi takdirde fail hem zarar vermekle buna sebep olmakta, üstüne üstlük bunda kusurunun olmadığı varsayımı söz konusu olmaktadır. Halbuki mağdurun hiç dahli yokken failin davranışı, hukuka aykırılığı, ortaya çıkardığı bir zarar vardır. Bunların üstüne kusurun olduğunu ispat da bu kadar güçlük içerirken neden mağdur yüklenmektedir? Ayrıca failin kusuru yoksa bunu ispatlaması, mağdurun failin kusurunun varlığını ispat etmesine göre daha kolaydır. Böyle bir hükmün zaten eleştirilmekte olan kusur ilkesinin menfi sonucunu çok daha ağırlaştırıldığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Kusur ilkesinin ve sonuçlarının değerlendirilmesiyle belli başlı özellikleri ve sakıncaları ortaya çıkmıştır. Bu özellikler ve sakıncalar tartışmaya müsait karakterde aslında artılarla eksileri beraberce bulunduran bir karakterdedir. Genel ilke olarak kabul edilmek bakımından pek çok yazara göre kusur ilkesinin avantajlarının dezavantajlarına üstünlüğü kusursuz sorumluluktakine göre daha fazladır. Değerlendirmemiz neticesinde ulaştığımız sonuçlara göre bunun tersi bir durum söz konusudur. Özellikle günümüz şartları kusursuz sorumluluğun avantajlarını kuvvetlendirmiş, kusur ilkesinin dezavantajlarını ise daha görünür hale getirmiştir. Günümüzde gelişen sanayi ve makineleşme ile ortaya çıkan zararlarda kusur daha soyut ve silik zarar da daha büyük hale gelmiştir. Mağdur çoğu kereler makinelerin büyük kuvveti sonucu büyük zararlara, failin küçük bir kusuruyla, maruz kalabilir. Zararın kolay ortaya çıkması ve gerçekten çok kalabalık olan kitlelere yakınlığı ve

kusurun belirsizliği ve sonucun ortaya çıkmasındaki etkisizliği de düşünüldüğünde artık zarar verenin masumiyeti yerine zarar görenin tam masumiyetinin korunması gerekliliği kabul edilmeye başlanmıştır. Ayrıca her çeşit yeni cihazlar ve olaylar bakımından kusurun ne olduğunu tanımlama güçlüğü kusurun tespitini zorlaştırır. Bütün bunların üstüne kusuru ispat daha da zorlaşmıştır. Böylece bu yollarla ortaya çıkan zararların çoğunluğunda, bu zararın sorumluluğunun kusura ve bunu ispata bağlanması adeta faili zararla baş başa bırakmak demektir. Kaldı ki zararın büyüklüğüne rağmen mağdur kusuru ispat etse bile elde edebileceği tazmin miktarı ancak failin kusuru kadar olur. Halbuki küçük kusurlar ile büyük zararların oraya çıkma ihtimali gelişen teknoloji ve sanayileşme ile son derece artmıştır. Bu sebeplerle gelişen teknoloji ve makineleşmenin zarar miktarını büyütmesi, kusur olmasa da zararın ortaya çıkmasını kolaylaştırması ve kusuru ispatlamayı zorlaştırması ile kusur ilkesinin mutlak uygulanması ve tam masum olan mağdurun hala korunmaması kabul edilemez bir hale gelmeye başlamaktadır. Bu nedenle bir yandan kusur objektifleştirilerek sorumluluk anlayışı sebebiyete yaklaştırılmış ancak bu da yeterli gelmediği için diğer yandan kusursuz sorumluluk halleri kabul edilmeye başlanmıştır.

Sorumluluk sigortalarının mağdurun uğradığı haksız zararın giderilmesi için kullanıldığı görülmektedir. Bu çözüm tarzı kusur ilkesi aleyhine olabilecek eleştirileri belirli oranda karşılamakta ise de failin fazlaca korunması hala devam etmektedir. Haksız fiil zarar veren ve mağdur arasında iki taraflı bir borç ilişkisi kurar. Adaletli bir sorumluluk ilkesinin iki taraf arasındaki borç ilişkisi sorununu, üçüncü kişileri dahil etmeden çözmesi beklenir. Kusur ilkesinin mağduru savunmasız bırakması o derece kuvvetli olmuştur ki, kusurun objektifleştirilmesi yetmediği için mağdurun korunması ihtiyacı dolaylı olarak sigortalarla giderilmeye çalışılmıştır. Doğrusu kusursuz sorumluluk yoluyla önce mağdur korunmaya alınmış daha sonra sorumluluk sigortaları yoluyla fail tazmin yükümlülüğünden kurtarılmak istenmiştir. Benzer şekilde mal ve can sigortalarıyla mağdurun üzerine düşen haksız zararın sorumluluğu, topluma aktarılmak istenmiştir. Halbuki sigortalara ihtiyaç duymadan, doğrudan doğruya sorumluluk ilkesiyle adaletli bir tazmin ilişkisi kurulabilmelidir. Bir sorumluluk ilkesi, başka bir hukuki kurumun devreye girmesine ihtiyaç bırakmamalı, taraflar arası menfaat dengesine, toplumsal gerekliliklere, sosyal ihtiyaçlara, vicdana uygun bir tazmin ilişkisi kurabilecek yeterlilikte olmalıdır.

Kusurun iradeden ve subjektif düşünceden kopartılması objektifleştirilip davranış olarak tanımlanması aslında kusurun mahiyetiyle bağdaşmamaktadır. Zira kusur, objektifleştirilerek davranış olarak tanımlanmasıyla kusur ilkesinin ahlâki temeli olan kınanabilirlikten uzaklaştırılmış olur. Kusurun özü ise kınanmaya dayanır. Objektifleşen kusur anlayışı ile kusurun özüne iradenin kınanması kavramı yerine davranışın hukuk düzenince uygun bulunmama kavramı yerleştirilmiş bunlar birbirleriyle ikame edilmiştir. Kusurun tanımlanmasında iradenin kınanabilirliğinin terk edilmesinin kusurun özüne aykırı olmasına rağmen kusurun objektifleştirilme çabaları, kanaatimizce kusur ilkesinin yetersiz sonuçlarının görülüp bunların giderilmesi adına yapılan bir düzeltme çalışmasıdır. Kusur ilkesinden kopulamamış, ancak kusur objektifleştirilerek kusur ilkesinin sonuçları sebep sorumluluğuna doğru yaklaştırılmıştır. Güncel sorumluluk hukukunda objektif kusurun pek çok hukuk düzeninde yaygın şekilde kabulü kusur ilkesinin zayıflamasındaki önemli basamaklardan birisidir.

Sorumluluk ilkelerinin adaletli sonuçlara varması için taraflar arası menfaat dengesi, adalet fikri, verilen hükmün ahlâka ve hakkaniyete uygunluğu ile vicdani hissiyatları tatmin etmesi, toplum yaşantısının gereklilikleri, toplum ve fertlerin külfetlerine ve zararlarına ilişkin mutedil bir denge gibi hususları gözetmesi gerekir. Sorumluluk ilkelerinin avantajları da, hukuki gerekçeleri de aslında sorumluluk hukukunun gözetmesi gereken söz konusu hususları temin etmeye yöneliktir. Kusur ilkesinin hukuki gerekçelerinin zayıflayıp dezavantajlarının çoğaldığı, sebebiyet ilkesinin hukukî gerekçelerinin kuvvetlendiği ve avantajlarının çoğaldığı noktalar işte bu hususların kusur ilkesiyle temin edilememeye başlandığı noktalardır. Kusursuz sorumluluk esasları da bu noktalarda ortaya çıkmaya başlarlar. Bu açıdan günümüz şartlarında sorumluluk ilkelerinin hukuki gerekçelerinin sorumluluk hukukunun ihtiyaçlarını ne kadar karşıladığı konusu güncel tutulmalı böylece kusursuz sorumluluk esaslarının ortaya çıkması ve uygulamasının genişletilme yolu açık tutulmalıdır.

Günümüz hayat şartları sorumluluk hukukuna hâkim olan düşünceleri kusursuz sorumluluğun kabulüne doğru yönlendirmiştir. Fakat bu kabul aşamalıdır ve içinde pek çok düşünce ve şart bulundurmaktadır. Salt sebebiyet ilkesine değil sebebiyet ilkesinin daha yumuşak olan bazı görünümlerine fikri ve kanuni bir yönelim olmuştur. Bu yolla kusur ilkesinin hukuki gerekçelerinin zayıfladığı, dezavantajlarının çok

kuvvetlendiği noktalar tespit edilmiş bir hukuki bir olguya-düşünceye dayandırılmak suretiyle o noktalara ilişkin adeta bir özel hüküm olarak kusursuz sorumluluk halleri kabul edilmiştir. Fakat bu sorumluluk hukukunun ihtiyaçlarını karşılamaya yetmemektedir.

Kusursuz sorumluluğu geniş tutmaya yönelik, kusursuz sorumluluk esaslarına bağlı mümkün mertebe geniş bir kusursuz sorumluluk alanı oluşturulmalıdır. Kusursuz sorumluluk esasları kusur ilkesinin yetersiz kaldığı alanlarda adeta kusur ilkesinin yetersizliklerini kapatan bir çözüm tarzı olarak ele alınırsa somut olayı kuşatıcı ve farklı pratik görünümlerdeki ihtiyaçları giderici bir mahiyete kavuşamaz. Zira kusur ilkesi ile kurulan sorumlulukta sorumluluğu kurma tekniği yönünden, sorumluluğa yaklaşım yönünden, sorumluluğu kurmakta ortaya çıkan dezavantajlar yönünden pek çok farklı problemler ortaya çıkmaktadır. Kusursuz sorumluluk halleri bunların ancak belirli bir kısmını gidermekte ancak belirli problemler var olmaya devam etmektedir. Örneğin yapı malikinin sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilememesiyle ve de failin doğrudan davranışı aranmayıp zarara mülkiyeti kanalıyla bağlanmasıyla failin sorumluluğu genişletilerek mağdurun üstün masumiyeti bir dereceye kadar korunmaktadır. Ancak sorumluluk hala yapımda bir bozukluk ve bakımdaki eksiklikle bağlantılı olarak aranmakta olduğu için mağdurun üstün masumiyeti tam olarak korunmamakta ve toplumun zarara karşı emniyet içinde hissetme ihtiyacı bir derece karşılanmış olsa da tam karşılanmamış olmaktadır. Ayrıca yapımdaki bozukluk ve bakımdaki eksiklik, kusura göre önemli derecede somutlaşmış olsa da hala biraz soyut ve hükmî, fakat zarar ise açık ve nettir. Zarar ile sorumluluğun temeline yerleştirilen bu olgular arasındaki orantısızlık problemi de devam etmektedir. Bazen de kusursuz sorumluluğun şartları gerçekleşmediği için kusursuz sorumluluğun devreye giremediği görülmektedir. Örneğin tehlike sorumluluğunu gerektirecek kadar ağır olmayan fakat önemsiz de sayılamayacak derecede soyut tehlike oluşturan kimselerin kusursuz sorumluluğa göre sorumlu tutulamaması böylece mağdurun haksız zararla baş başa kalması gibi problemlerin de çözüme kavuşturulması gerekir. Günümüzün makineleşmesi ve sanayileşmesi gibi şartları da düşünüldüğünde, kusursuz sorumluluğun devreye girmesini zorlaştıran sert yaklaşımların zarar görenlerin bu gibi mağduriyetlerinin gittikçe artıracağı ve sorumluluk hukukundan beklenen faydanın bu şekilde sağlanamayacağı oldukça açıktır.

Sorumluluk hukuku hayatın tüm ihtiyaç ve şartlarına çözüm getirmelidir. Kusursuz sorumluluğu gerektiren hal ve şartların bu denli yoğunlaştığı ve kusursuz sorumluluğun toplumsal ve ferdi bir ihtiyaç halini aldığı bir zamanda kusursuz sorumluluk esasları mümkün mertebe geniş olarak ele alınarak kanuni düzenlemeler yapılmalı ve uygulamada kusursuz sorumluluk halleri dar yorumlanmamalıdır. Geniş bir kusursuz sorumluluk anlayışı yerleşmediği sürece mevcut ihtiyaçlar sebebiyle neyin kusursuz sorumluluğa dahil olduğu sorunu önemli bir iş yükü teşkil etmeye devam edecek ve bu hususlar tespit edilene kadar zarar görenler mağdur olmaya devam edeceklerdir. Bu bağlamda mevcut kusursuz sorumluluk hallerinin alanı da genişletilmelidir. Mesela kusursuz sorumluluklardan öncelikle hakkaniyet sorumluluğunun sadece ayırt etme gücü olmayanlarla sınırlı tutulması, hakkaniyet düşüncesinin genel bir sorumluluk ilkesi olmasını engellemekte ve hakkaniyet gerektirse bile kusursuz sorumluluğa hükmedilmesinin önüne geçmektedir. Halbuki bu zaman şartlarında hakkaniyetin zararın tazminini gerektireceği durumlar çoğalmış ve önemli ölçüde kuvvetlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca mevcut kusursuz sorumluluk hallerinin genişletilmesiyle yetinilmemeli, zamanın ihtiyaçlarına göre yeni kusursuz sorumluluk esaslarının, hallerinin tespiti ve düzenlenmesi üzerinde çalışmalar yapılmalıdır.

Sorumluluk hukukunda kusur ilkesinin en çarpıcı avantajı belki de fertler lehine hareket özgürlüğü tanımasındadır. Hareket özgürlüğünün sonuçlarından birisi de fertlerin hareketlerinde böylece teşebbüs ve faaliyetlerinde cesaretlerinin artmasının temin edilmesidir. Fakat bu cesaret bir başkası aleyhine artırılmış bir cesaret olup bunun sorumluluk açısından bir karşılığı olmalıdır. Ayrıca en büyük zarar risklerini içinde barındıran kişileri cesaretsizliğe sevk etmeye en müsait bir sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğu alanında kusur ilkesinin terk edilerek oldukça sert bir sebebiyet sorumluluğunun benimsenmesi fertlerin sebebiyet sorumluluğunda çekinik kalması düşüncesinin bir pratiği olmadığını göstermektedir.

Kusur ilkesi sorumluluğu kurma tekniği açısından da belirli problemler içermektedir. Kusur ilkesinin etkisiyle, davranış iradesi ve illiyet bağı kavramları sorumluluğun atfedilmesinde sorumluluktaki esas işlevlerini kaybetmektedirler. Ayrıca kusur ilkesi yetersiz geldiği için kusur objektifleştirilmekte, bu durumda kusur ile hukuka aykırılığın birbirine karışmaya başlamasına sebep olmaktadır. Zarar görenin kusuru için aslında kusur kavramından vazgeçilerek zarar görenin sebep

olmasının aranmak zorunda kalınması da benzer bir teknik problemdir. Temel ilke olarak kusur ilkesi sorumluluğu kurmakta isabetli bir sorumluluk ilkesi olsaydı, haksız fiilin unsurlarının mahiyetlerine ve birbirleriyle iç içe olma durumlarına uygun bir şema oluşturabilmesi gerekirdi. Bunları yerlerinden oynatmadan, kavramların özüne müdahale edip birbirlerine karıştırmadan bir sorumluluğu kurma tekniği ortaya koyması gerekirdi.

Kusur ilkesine göre davranışın sorumluluğunun faile atfedilmesi işlevini kusur unsuru üstlenir. Kusur var ise davranış şahsileşerek failin şahsına atfedilmektedir. Halbuki davranışın faile atfedilmesi teknik olarak davranış iradesiyle ilgili bir meseledir. Böylece kusur ilkesine göre salt davranışın faile atfedilmesi davranış iradesiyle, davranışın sorumluluğunun faile atfedilmesi kusur ile olmaktadır. Böyle bir ayrım ise çelişki içermektedir. Zira davranış iradesinin varlığıyla davranış zaten faile atfedilebilir hale gelmiş ve davranış esasında şahsileşmiştir. Artık davranışın şahsileştirilmesi böylece faile atfedilebilinmesi adı altında ayrıca kusuru aramak, davranış iradesi ile kusurun işlevlerinin aslında birbirine karıştırılması ve davranış iradesinin tamamen önemsiz hale getirilmesi demek olur. Böyle bir sorumluluk anlayışı, kusuru yok diye failin kendi davranışıyla arasındaki bağları tamamen çözmektedir. Böylelikle failin davranışının varlığı kabul edilmekte ancak davranışa hiçbir hüküm ve sonuç bağlanmamaktadır. O halde davranışın faile atfedilmesinin sorumluluk açısından ne önemi kalmaktadır? Kusur ilkesi zaten, sadece davranış kanalıyla ortaya çıkan zararları faile atfederek sorumluluğu önemli ölçüde daraltırken, ayrıca davranışın da ancak kusurlu olması halinde zararın faile atfedilmesini kabul ederek sorumluluğu fazlasıyla daraltan bir sonuç ortaya çıkartmaktadır. Halbuki failin bir davranışının var olması, davranış ile ortaya çıkan sonucun sorumluluğunu en azından belirli derecede faile atfedilmesini sağlamalıdır. Kusur ilkesinin menfi sonucunun sert uygulanması yerine kusursuz kimseye de sorumluluğun yüklenebileceği hallerin veya davranış iradesi olanla olmayanın sorumluluk açısından ayırt edilmesini sağlayan hukukî imkânların oluşturulması kusur ilkesini daha uygulanabilir hale getirecektir.

Kusur ilkesi, illiyet bağından doğacak sorumluluğu tek başına sınırlamaktadır. Kusur ilkesinin bu sınırlayıcı etkisi öylesine yoğundur ki sorumluluğu illiyet bağı değil, adeta kusur unsuru tek başına belirler. İlliyet bağı çok geniş bir daire teşkil ettiği için, illiyet bağına ve kusura ilişkin hangi teori kabul edilirse edilsin kusurlu davranış

gerçekleştiği hemen her zaman uygun illiyet bağı da gerçekleşmektedir. Bu da kusurun sorumluluğu belirlemekte, illiyet bağı unsurunun işlevini de üstlenmesine ve sorumluluğu adeta başlı başına kusurun kurmasına sebep olmaktadır.

Kusur ilkesinin illiyet bağının işlevini de yüklenerek adeta sorumluluğu tek başına kurması aslında teknik bir probleme işaret etmektedir. Zira kusurun olduğu her halde illiyet bağının bulunması, illiyet bağı unsurunu sorumluluğu belirlemekte pratik sahadan teorik sahaya yönlendirmekte ve gizli olarak onu işlevsiz bırakmaktadır. Halbuki illiyet bağı unsuru sorumluluğun vazgeçilemez unsurudur. İlliyet bağının bu şekilde gizli olarak işlevsiz bırakılmasının temelinde iki neden bulunur. Birincisi kusur ilkesinin tatbik edilmesi, ikincisi ise illiyet bağının kusuru kapsaması böylece kusur gerçekleştiği takdirde mutlaka illiyet bağının da gerçekleşmiş olmasıdır.

Uygun illiyetin tespit edilmesinde sonradan tahmin görüşü ortaya konularak kusur unsuruyla illiyet bağı unsuru kavramsal olarak birbirinden ayrılmış olsa da; pratikte kusur gerçekleşince illiyet bağı da gerçekleştiği için söz konusu kusur illiyet bağı ayrımı teorik noktada kalmakta ve sorumluluğu kusur unsuru tek başına kurmaktadır. Şu halde illiyet bağının pratik olarak işlevsiz bırakılması, kusur ilkesinin isabetli bir sorumluluk ilkesi olduğu hususunda ona önemli bir eleştiridir. Zira kusur ilkesi ve onunla uyumlu olarak kabul gören uygun illiyet bağı anlayışlarına göre kusur ve illiyet bağı haksız fiilin birbirinden farklı unsurlarıdır, sorumlulukta birbirinden tamamen ayrı olarak hesaba alınmalıdır. Ancak kusur ilkesinin tatbik edilmesiyle bu iki unsurun işlevini sadece kusur unsuru yüklenmekte böylece kusur ilkesi teorik olarak birbirinden ayırdığı bu iki unsuru sorumluluğu kurarken birbiriyle adeta birleştirmekte ve illiyet bağı unsurunu kusur unsuru içerisinde eritmektedir. Halbuki kusur ile illiyet bağı arasındaki iç içe geçme durumuna uygun olarak kusurun illiyet bağını güçlendirdiği kabul edilir ve doğrudan illiyet bağı ile sorumluluk kurulursa, haksız fiilin her unsuru yerinde ve kendi mahiyetine uygun olarak sorumluluk problemine dahil edilmiş olur. Böylece sorumluluğu illiyet bağı kurduğu gibi kusur da sorumluluk problemine kendi ağırlığı nispetinde dahil edilmiş olur. Böyle bir teknik ile sorumluluğu kurmak, kusur ile illiyet bağı arasındaki mahiyetsel bağlardan kaynaklanan iç içe geçme durumuna uygun bir çözüm arz eder.

Kusur ilkesinin yetersiz sonuçlar vermesi neticesinde kusursuz sorumluluğa doğru yaklaşma, kusursuz sorumluluk alanının genişletilmesi haricinde doğrudan

kusur ilkesinin zayıflatılması yoluyla da mümkündür. Kusur kavramının uygulama ve doktrinde gitgide objektifleştirilmesi kusur ilkesinin doğrudan zayıflatılmasının birinci yoludur ki bu Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde büyük karşılık bulmaktadır. Kusur kavramının objektifleştirilmesinin ötesinde kusurun objektif özen yükümlülüğü gibi kavramlara yaklaştırılması böylece tedbir ve özen yükümlülüğü çıtasının yükseltilmesi de kusur ilkesini sebep sorumluluğuna yaklaştırır böylece daha adaletli bir tazmin ilişkisi kurmanın yolu açılabilir. Böylece kusursuz sorumluluk esası olan objektif özen esası bir genel sorumluluk ilkesi haline getirilebilir.

Objektif kusur anlayışı ile fertlere ortak bir ihtimam derecesi tayin edildiği için toplumda zararlara karşı emniyet hissetme ihtiyacı da nispeten temin edilmiş olmaktadır. Ayrıca kusur soyut ve farazi olduğu için, hem de zararla kusur arasında bir orantısızlık bulunabileceğinden, kusurun ve böylece sorumluluğun tespiti belirli güçlükler içerir. Objektif kusur anlayışı ile kusur davranış kalıbıyla somutlaşmakta ve kusurun tespiti ve ispatı daha kolay olmaktadır. Ayrıca zarar görenin üstün masumiyeti objektif kusur ile daha çok korunur. İşte kusur ilkesinin yukarıda bahsedilen eksikliklerinden ortaya çıkan yetersizlikleri, kusurun objektifleştirilmesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Genel sorumluluk ilkesi olarak objektif özen esasının kabul edilmesi başta zarar görenin üstün masumiyeti ve toplumun güven hisssetme ihtiyacı olmak üzere olmak üzere bu yetersizliklerin daha üst seviyede giderilmesine yardım eder.

İlkenin zayıflatılmasının ikinci yolu ise haksız fiilin diğer unsurları hakkında failin sorumluluğunu genişleten teorilerin tercih edilmeye başlanmasıdır. Subjektif hukuka aykırılık veya sonucun hukuka aykırılığı teorileri bakımlarından, hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının daireleri de genişlemekte, böylece genişleyen sorumluluk dairesinde kusur ilkesi etkin bir sorumluluğu sınırlama işlevine kavuşmaktadır. Kusur ilkesinin bu artmış sınırlama işlevine rağmen bu teoriler sorumluluğu daha geniş olarak tespit ettiği için, sorumluluk anlayışını objektif sorumluluğa yaklaştırırlar. Metot olarak sebebiyet ilkesi gibi sonuç odaklı olmaları ve faile ilişkin değerlendirmelere yer vermemeleri yönleriyle de sebebiyet ilkesiyle ve kusursuz sorumluluk halleriyle uyum gösterirler. Kusursuz sorumluluğa yatkın yapıları ve sorumluluğu genişletmeleri itibarıyla hukuka aykırı davranış teorisi yerine bu teorilerin benimsenmesi, kusur ilkesinin ortaya çıkarabileceği problemlere ilişkin eleştirileri azaltacaktır. Zira kusur ilkesinin mağdur aleyhine doğurduğu olumsuz

sonuçlar, bu teoriler ile sorumluluk anlayışı objektif sorumluluğa doğru yaklaştırılarak nispeten giderilebilir.

Davranışın hukuka aykırılığı teorisi kusur ilkesiyle kuvvetli bir uyum içerisindedir. Kusursuz sorumluluk halleri sonuç odaklı olup davranış unsuruna çoğu zaman ihtiyaç göstermedikleri için bu teori kusursuz sorumlulukla uyum göstermez. Ancak hukuka aykırı davranış teorisindeki davranış kavramı haksız fiilin unsuru olan davranış kavramından ne kadar soyutlanır ve daha geniş değerlendirilirse ilgili teori hem kusur ilkesiden doğan sorumluluğunun genişletilmesinde kullanılabilir hale gelir hem de yapısı kusursuz sorumluluğa nispeten uyum göstermeye başlar.

Üçüncü bir yol ise sözleşmelerdeki borçlu aleyhine kusur karinesi gibi haksız fiillerde fail aleyhine kusur karinesinin kabul edilmesidir. Kusur ilkesinden vazgeçilmeyecekse bile kusuru ispat yükünün en azından faile aktarılması kanaatimizce zorunluluk derecesinde bir gerekliliktir. Nitekim kusursuz sorumluluk hallerindeki kurtuluş kanıtları için bu yol benimsenmektedir. Fakat bu çok kısıtlı bir alanda olduğu için mevcut ihtiyaçları karşılamaya yeterli gelmemektedir. Dördüncü olarak zararın faile nispet edilmesinde davranış unsurunun işlevi zayıflatılarak veya ortadan kaldırılarak failin sorumluluğu genişletilip kusur ilkesi zayıflatılabilir. Davranış unsuru korunmak istenirse, davranış iradesi hafif bir kusur olarak değerlendirilerek, zarar verici davranış aynı zamanda hafif kusur olarak değerlendirilebilir. Böylelikle sorumluluktan kusur unsuru kaldırılarak kusur ilkesi ortadan kaldırılırken davranış unsuru korunarak sert bir kusursuz sorumluluğa geçilmemiş olur. Beşinci olarak yeni kusursuz sorumluluk esasları ihdas edilebilir veya mevcut kusursuz sorumluluk esaslarının şartları yumuşatılarak uygulama alanı genişletilebilir. Altıncı olarak kusur kavramı illiyet bağı kavramı içerisinde değerlendirilerek, sorumluluk doğrudan illiyet bağı ile kurulabilir. Böylece sorumlulukta kusura da kendi ağırlığınca yer verilmiş olur.

Yedinci olarak kusur ilkesinin mağdur aleyhine olan ağır sonuçları hafifletmenin ve sorumluluğu kusursuz sorumluluğa yaklaştırmanın çok etkili bir yolu da kusur unsurunu tamamen ortadan kaldırarak hukuka aykırılık unsurunu kusura benzer bir yapıya dönüştürmektir. Bu noktada üçüncü hukuka aykırılık teorisi bu amaca uygun bir mahiyet arz eder. Sorumluluktan kusur unsuru kaldırılarak hukuka aykırılık unsuru içerisine yerleştirilecek özen, tedbir, öngörü, karşı tarafı koruma gibi

olgulara dayanan bir davranış yükümlülüğü yerleştirilirse, sorumluluk anlayışı aşamalı olarak kusur ilkesinden sebebiyete doğru yaklaştırılmış olur. Gerçekten de davranış yükümlülüğü kusurdan bağımsız ve farklı ölçülerle tespit edilebileceği için ve de davranış yükümlülüğüne aykırılık hukuka aykırılık başlığı altında araştırılacağı için sorumluluğun amaca uygun olarak objektifleştirilmesinin de önü açılmış olmaktadır. Ayrıca ilgili teoride özel koruma normu aranmadığı için menfi davranıştan kaynaklanan zararlar ve salt malvarlığı zararları gibi alanlarda da sorumluluk genişletilerek, sorumluluk anlayışını sebebiyet sorumluluğuna yaklaştırmak mümkündür. Kusur ilkesini yıllarca kabul eden İsviçre Hukukunda kusur ilkesini bu yolla terk etme yoluna doğru girilmiştir. İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı'nda haksız fiil sorumluluğundan kusur unsuru kaldırılmış ancak hukuka aykırılık unsuru içerisine kusura benzer bir kavram olan genel davranış yükümlülüğü kavramı yerleştirilmiştir. Ancak genel davranış yükümlülüğü kavramı kusurun eşiti değildir genel olarak daha objektiftir. Kusur değil hukuka aykırılık kavramı altında değerlendirildiği için sorumluluğun fail aleyhine değerlendirilmesine yatkındır. Bu ise sorumluluğu sebebiyete daha da yaklaştırır. Böylece hukuka aykırılık kavramı kusur ilkesinin zayıflatılması ve terk edilmesindeki aşamalar içerisinde adeta bir kilometre taşı pozisyonundadır.

İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısında olduğu gibi hukuka aykırılık esası ana sorumluluk ilkesi olarak kabul edilerek kusur ilkesinin istenmeyen sonuçları bertaraf edilebilir. Sert bir sebebiyetten sakınılmak isteniyorsa hukuka aykırılığa ilişkin kabul edilecek teori ile aşamalı ve istenen düzeyde bir sebep sorumluluğu tesis edilmesi İsviçre 2020 Borçlar Kanunu tasarısında olduğu gibi mümkündür. Kusur ilkesi kaldırılsa bile sonuçları bir ölçüde korunmak isteniyorsa hukuka aykırılığı genel bir kusursuz sorumluluk ilkesi kabul ederek ilgili esasa ilişkin kabul edilecek teori ile istisna olan kusursuz sorumluluğun çok genişlemesi engellenebilir. Gerçekten hukuka aykırılık esası kusur ilkesinden sebebiyet ilkesine aşamalı ve istenilen bir düzeyde geçiş için kullanılmaya oldukça elverişli bir esastır.

Bütün bu değerlendirmelerimizden kusur ilkesinin net bir şekilde yetersizliği sonucu ortaya çıkmakta bununla beraber sorumluluk hukukunda kusur ilkesinin veya kusurun nerede kullanılması gerektiği problemi de gündeme gelmektedir. Tespitlerimize göre kusur ilkesinin iki yerde kullanılması gereklidir. Bunlardan birincisi dolaylı failin sorumluluğunun kurulması hususundadır. Dolaylı failin olduğu

durumlarda kusur hem sorumluluğu kurmalı hem de dolaylı failin genişleyebilecek sorumluluğunu sınırlamalıdır. İkincisi ise durumun gereği veya somut olayın şartları olarak nitelendirilebilecek menfaat, tehlike, fedakârlık, önlenebilirlik gibi sorumluluk hukukunda büyük önemi haiz kavramların fail aleyhine ve mağdur lehine çıkmış olması ve zararın ortaya çıkmasında bu kavramların ağırlığının ön planda olması durumudur. Mesela fedakarlık göstererek, mağdur lehine ve mağdurun oluşturduğu tehlikeye kendisini atan failin vereceği zarardan sorumluluğunda kusuru aranmalıdır. Adaletli bir tazmin ilişkisi için kusur ilkesinin gerekli olduğu bu iki yer haricinde, kusurun sorumluluğun temelinde değil ancak tazminatta indirim sebepleri, zarar görenin kusuru, illiyet bağının zayıflaması güçlenmesi kesilmesi, ek kusurun oluşması gibi daha tâli noktalarda kullanılması gerekli ve işlevseldir. Ayrıca sebebiyet ilkesi benimsenecekse kusur illiyet bağının varlığını tespitte kuvvetlendirici bir unsur olarak göz önüne alınmalıdır. Bunlar haricinde kusurun içerisinde yer alan özen, öngörü ve tedbir gibi kavramların hukuka aykırılık unsuru içerisine yerleştirilmesi de pratikte tam kusursuz sorumluluğu sağlamasa da günümüz ihtiyaçlarının karşılanması açısından oldukça kullanışlı olur.

KAYNAKÇA

ABRAHAM, Kenneth S. Strict Liability In Negligence, DePaul Law Review, C.61, S. 2, Y. 2012, s. 271-302.

ACKERMANN, Josef Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht, Visp 1931.

AKBULUT, Berrin Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2020.

AKINCI, Şahin Borçlar Hukuku Bilgisi, Gözden geçirilmiş 11. Baskı, Konya 2019. (AKINCI, Borçlar Genel)

---------- Roma Borçlar Hukuku, Gözden geçirilmiş 12. Baskı Konya 2021. (AKINCI, Roma Borçlar)

---------- Roma Hukuku Dersleri, Konya 2010, (AKINCI, Roma)

AKINTÜRK, Turgut/
ATEŞ KARAMAN Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, İstanbul 2013.

AKİPEK, Jale/
AKINTÜRK, Turgut/
ATEŞ, Derya Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2014.

AKKAYAN YILDIRIM,
Ayça, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHFM, C. 70, S. 1, Y. 2012, s 203-220.

AKMAN, Sermet

BURCUOĞLU, Haluk

ALTOP, Atillâ — Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993.

AKTAŞ, Sururi — Cezalandırmanın Amacı Üzerine, EÜHFD, C.13, S. 1-2, Y. 2009, s. 1-25

ANIK, Gülgün — Borçlu Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBBD, S. 59, Y. 2005, s. 214-236.

ANTALYA, Gökhan — Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 2. Baskı, İstanbul 2013. (ANTALYA, Genel Hükümler)

---------- — Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2018, s. 63-84. (ANTALYA, Sorumluluk)

ARAL, Fahrettin — Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu, BTHD, S. 3, C. 10, Y. Haziran 1980, s.733-758.

ARAZ, Yunus — İslâm Hukukunda Manevi Zararların Mali Tazmini, EOÜİFD, S. 5, Y. 2016, s. 119-148.

ATAMER, Yeşim — Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedenselllik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuralları, 1.Baskı, İstanbul 1996.

ATEŞ, Derya — Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**,** Ankara 2007.

ATLAN, Hülya — Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul 2015.

AYAN, Mehmet — Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış

8. Tıpkı Baskı, Konya 2013. (AYAN, Borçlar Hukuku)

AYAN, Mehmet/

AYAN, Nurşen, Medenî Hukuka Giriş, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Konya 2014. (AYAN, Medenî Hukuka Giriş)

---------- Kişiler Hukuku, Konya 2014. (AYAN, Kişiler).

AYAN, Serkan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü, DEÜHFD, C. 12; S. Özel Sayı, Y. 2010, s. 717-797. (AYAN, Temerrüt)

AYDIN, Ahmet İslam ve Roma Hukukunda Hayvanın Verdiği Zarardan Sorumluluk, İHAD, S. 28, Y. 2016, s. 213-239.(AYDIN, Sorumluluk)

AYDIN, Mehmet Âkif İslam Ansiklopedisi C.15, İstanbul 1997. (AYDIN, Haksız Fiil)

---------- Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 1999. (AYDIN, Hukuk Tarihi)

BAŞOĞLU, Başak Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, İÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2015, s. 29-56.

MARKESINIS, Basil S./

UNBERATH, Hannes The German Law of Torts A Comparative Treatise, Fourth Edition Entirely Revised and Updated, Oregon 2002.

BAŞ, Büşra Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Unsuru, İBD, C. 92, S. 2018/4, Yıl.2018, s. 224-235. (BAŞ, Kusur)

BAŞ, Ece — 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2011. (BAŞ, Bina ve Yapı)

BAŞALP YILDIRIM, Nilgün — Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler, BÜHFD, C. 14, S. 177-178, s. 1017-1061.

BATTESINI, Eugênio — Tort Law and Economic Development: Strict Liability in Legal Practice, The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics, S. 1, C. 1, Y. 2015, s. 3-32.

BAYSAL, Başak — Sorumluluk Hukuku (Seminerler), İstanbul 2016. (BAYSAL, Seminerler)

---------- — Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012.

BECKER, Walter G. — Das Recht der unerlaubte Handlungen, Berlin 1976.

BECKER, Helmut/
BÖHME, Kurt/
BIELA, Anno — Kraftverkehrs- Hafpflicht- Schäden, 24., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2009.

BERKİN, Necmeddin — İngiltere'de Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluk Halleri, İÜHFM, C. 39, S. 1-4, Y. 2011, s. 169-197.

BIENENFELD, Rudolf — Die Haftungen Ohne Verschulden, Berlin Und Wien 1933.

BİLGİLİ, Fatih/

DEMİRKAPI, Ertan — Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Basım, Bursa 2013.

BOZER, Ali — Sigorta Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2009.

BREHM, Roland — Berner Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Überarbeitete Auflage, Bern 2013.

BREWSTER, Rudi M. — Comparative Negligence in Strict Liability Cases, Journal of Air Law and Commerce, C. 42, Y. 1976, s. 107-118.

BROX, Hans/

WALKER,Wolf- Dietrich — Grundrisse des RechtsAllgemeines Schuldrecht, 41.Auflage, München 2017. (BROX/WALKER, Schuldrecht)

---------- — Allgemeiner Teil des BGB, 41. Auflage, München 2017. (BROX/ WALKER , Teil des BGB)

BRÜGGEMEİER, Gert — Haftungsrecht, Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, 2006 Berlin.

BRUDERMÜLLER, Gerd/

ELLENBERGER, Jürgen/

GOTZ, Isabell/

GRÜNEBERG, Christian/

HERRLER, Sebastian/

SPRAU, Hartwig/

THORN, Karsten/

WEIDENKAFF, Walter/

WEIDLICH, Dietmar/

WICKE, Hartmut — Beck'sche Kurz Kommentare, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage, München 2017.

BÜYÜKSAĞİŞ, Erdem — Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, DEÜHFD, C. 8, S. 1, Y. 2006, s. 1-19.

CAEMMERER, Von

Ernest — Das Verschuldensprinzip In Rechtsvergleichender Sicht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, The RabelJournal of Comparative and International Private Law, C. 42, S. 1, Y. 1978, s. 5-27.

CARTIER, Michael — Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Eschen 2007.

CASALS, Miquel Martin/

PAPAYANNIS, Diego M. — Uncertain Causation in Tort Law, Cambridge 2015.

CASPARI, Volker — Theorie Und Geschichte Der Wirtschaft, Marburg 2009.

CEBE, Mehmet Sinan — Uygulamalı Sigorta Hukuku, Ankara 2018.

COLEMAN, Jules L. — The Morality Of Strict Tort Liability, William & Mary Law Review, C.18, S. 2, Y. 1976, s. 259-286.

ÇAĞLAYAN AKSOY,

Pınar — Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.

ÇEKER, Mustafa — 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 19. Baskı, Adana 2018.

ÇEKİN, Mesut Serdar — İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C.1, Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme, İstanbul 2018.

DEMİR, Abdullah — Türk Hukuk Tarihi, İzmir 2014.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan — Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.

DESCHENAUX, Henri — Cours sur la partie générale du droit des obligations,Fribourg. 1971(Naklen Kullanılmıştır).

DEUTSCH, Erwin — Allgemeines Haftungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1996. (DEUTSCH, Haftungsrecht)

---------- — Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri, DEÜHFD, C. 2, (Çev. Şeref Ertaş), S. 2, Y. 1981, s. 245-259. (DEUTSCH, Sorumluluk)

---------- — Deliktsrecht Unerlaubte Handlungen. Shadensersatz. Schmerzensgeld, 6., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2014. (DEUTSCH, Deliktsrecht)

---------- — Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht, Juristen Zeitung, 15 November 1968, s. 721-727.(DEUTSCH, Grundmechanismen der Haftung)

DÖNMEZER, Sulhi/ **ERMAN**, Sahir — Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I, 9. Baskı, İstanbul 1985.

DRUJININA, Nadejda — Die Entwicklung des Russischen Haftungsrechts Von den Anfängen bis zur Gegenwart, Göttingen 2004.

DURAK, Yasemin — Güven Sorumluluğu ve "Culpa In Contrahendo", SÜHFD, C. 25, S. 1, Y. 2017, s. 239-288.

EMMERICH, Volker — BGB – Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2012.

ERDOĞAN, İhsan, — Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2013.

ERDOĞMUŞ, Belgin — Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul 2012.

EREN, Fikret, — Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020. (EREN, Borçlar Genel)

---------- — Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2020. (EREN, Borçlar Özel)

---------- — Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (EREN, İlliyet)

EREM, Faruk — Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin; AÜHFD, C.25, S. 3, Yıl 1968, s. 1-21.

ERİŞGİN, Nuri — Medeni Hukuk-II, 3. Baskı, Eskişehir 2014. (ERİŞGİN, Medeni)

---------- — Tehlike Bağı, AÜHFD, C.49, S. 1-4, Y. 2000, s. 137-154. (ERİŞGİN Tehlike)

ERKAN, Vehbi Umut/

YÜCER, İpek — Ayırt Etme Gücü, AÜHFD, C. 60, S. 3, Y. 2011, s. 485-522.

ERSOY, Uğur — Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği, TBBD, S. 109, Y. 2013, s. 203-250.

ESENER, Turhan — Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969.

FELLMAN, Walter — Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I,II,II, Bern 2013.

FIKENTSCHER, Wolfgang — Schuldrecht, Achte Auflage, Berlin- New York 1992.

FÖRSTER, Christian — Schuldrecht Besonderer Teil Eine Einführung mit Fällen, Tübingen 2012.

FRIEDMAN, Sam J. — Torts- Liability for Damage Caused by Tresspassing Cattle, Louisiana Law Review, C.19, S. 3, Y. 1959, s. 733-737.

FRIZZELL, Blaine G. — Strict Liability in Tort for Builder-Vendors of Homes, Tulsa Law Review, C. 24, S. 1, Y. 1988, s. 116-135.

FUCHS, Maximilian — Deliktsrecht, Sechste aktualisierte und überarbeitete Auflage, Berlin 2006.

FUCHS, Maximilian/ **PAUKER**, Werner — Delikts und Schadensersatzrecht, 8. aktualisierte und erweiterte Auflage, Ingolstadt 2012.

FUCHS, Maximilian/ **PAUKER**, Werner /

BAUMGÄRTNER, Alex — Delikts und Schadensersatzrecht, 9. Auflage, München 2016.

GAUCH, Peter — Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, Recht, S. 6, Y. 1996, s. 225-239.

GMÜR, M./
BECKER, H. — Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Bern 1941.

GODIN, Hans — Wettbewerbsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen, Zugabeverordnung und Rabattgesetz, Zweite Auflage, Berlin New York 1974.

GÖKCAN, Hasan Tahsin — Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara 2016.

GÖNÜL KOŞAR, Günhan — Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, 1. Baskı, İstanbul 2020.

GUHL, Theo — Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einscluß Des Handels- Wechsel- Und Versicherungsvertragsrechtes, Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Zürich 1944.

GÜNDÜZ, Adil — Manevî Tazminatta Kusurun Rolü, ABD, S. 1, Y. 1972, s. 17-23.

GÜRTEN, Kadir — Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi, Ankara 2007.

GÜVEL, Övünç — Roma Hukukunda Sorumluluk, SÜHFD, C. 25, S. 2, Y. 2017, s. 375-404.

HAGER, Johannes — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und nebengesetzen Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 823 E-I, 824, 825 (Unerlaubte Handlungen 1 – Teilband 2), Berlin 2009.

HAKERİ, Hakan — Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.

HATEMİ, Hüseyin/
GÖKYAYLA, Emre — Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.

HAYDAR EFENDİ, Ali — Dürerü'l- Hukkâm Şerhu Mecelleti'l- Ahkâm, C. 1, İstanbul 2014.

HEINRICH, Bernd/ — Ceza Hukuku Genel Kısım II, 1. Baskı, Ankara 2015.

HINTEREGGER, Monika — Haftung und Versicherung, Die Pflichthaftpflichtversicherung im Schadensrecht - eine funktionelle Analyse, Wien 2010.

HIRSCH, Christoph — Schuldrecht Besonderer Teil, 3. Auflage Baden 2014

HOMBERGER, A., — Haftpflicht Ohne Verschulden, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge 49, 1930. (Naklen kullanılmıştır).

HONSELL, Heinrich — İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel (Çev. Ümmühan Kaya) Düşünceler, YBÜHFD, S. 2, Y. 2017, s. 189-197.

HONSELL, Heinrich/
ISENRING, Bernhard/
KESSLER, Martin A. — Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Neu bearbeitete und erganzte Auflage, Zürich und Meilen 2013.

IUSTINIANUS Institutiones, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.641 (Çev. Ziya Umur) Hukuk Fakültesi No. 132, İstanbul 1955.

İNAN, Ali Naim/
YÜCEL, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 2014.

İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.

JANSEN, Nils, Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability, C.24, S. 3, Y. 2004, s.443-469. (JANSEN, Negligence)

---------- Die Struktur des Haftungsrechts, Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, 2003, Tübingen. (JANSEN, Haftungsrechts)

JHERING, Rudolph Das Schuld Moment Im Romischen Privatrecht, Giessen 1867.

---------- Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Leipzig 1906. (Naklen kullanılmıştır).

JOHNSTON, David Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradation, Chicago-Kent Law Review, C. 70, S. 4, Y. 1995, 1515-1538.

JOSSERAND, Lois Cours de droit civil positif français, C. II, Paris 1930. (Naklen kullanılmıştır).

---------- Evolution et actualite, Paris, 1936. (Naklen kullanılmıştır).

JUNG-WALPERT, Kerstin Renaissance des Verschuldensprinzips? , Schriften zum Internationalen Recht Band 80, Berlin 1996.

KAHVECİ, Nuri Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2016.

KARADENİZ

ÇELEBİCAN, Özcan Roma Hukuku, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 13. Basım, Ankara 2008.

KARAMAN, Hayreddin Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 2016.

KARAHASAN,

Mustafa Reşit Tazminat Hukuku, 2003 İstanbul.

KARASU, Rauf 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İÜHFD, C. 6, S. 4, Y. 2015, s. 683 – 706.

KAYA, Asım 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması, ÇÜHFD, C. 1, S. 2, Y. 2016, s. 207-228.

KELLER, Alfred Haftpflicht Im Privatrecht, 2002 Bern.

KELLER, Max/

GABİ- BOLLİGER Sonja Haftpflichtrecht Band II, Basel und Frankfurt1985.

KESİCİ, Buğra Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 20. Bası, Ankara 2016. (KILIÇOĞLU, Borçlar Genel)

KILIÇOĞLU, Mustafa Tazminat Hukuku, İstanbul 2010. (KILIÇOĞLU, Tazminat Hukuku)

---------- Haksız Fiillerde İlliyet Bağı, YD., C.30, S. 1-2, Y. Ocak-Nisan 2004, s. 27-44. (KILIÇOĞLU, İlliyet)

---------- Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Zarar, YD. C. 30, S. 1-2, .Ocak-Nisan 2004, s. 5-26. (KILIÇOĞLU, Manevi Zarar)

KİZİR, Mahmut Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012.

KOCA, Mahmut/
ÜZÜLMEZ, İlhan Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2015.

KOÇANO RODOSLU, Emine Ev Başkanının Sorumluluğu, AÜHFD, C.63, S. 4, Y. 2014, s. 879-889.

KOÇHİSARLIOĞLU,
Cengiz, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, DÜHFD, C.2, S. 2, Y. 1984, s. 175-305. (KOÇHİSARLIOĞLU, Objektif Sorumluluk)

---------- Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi, AÜHFD, C.53, S.4, Y. 2004, s. 1-17. (KOÇHİSARLIOĞLU, Ayırt Etme)

KORKMAZ, Fırat Kusurun Mahiyetinin Kusur İlkesine Etkisi, KÜHFD, C. 5, S. 1, Y. 2020, s. 75-100.

KOZIOL, Helmut — Österreichisches Haftpflichtrecht: Allgemeiner Teil, Volume II, 2. Auflage, Wien 1980. (KOZIOL, Allgemeiner)

---------- — Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?, Archiv für die civilistische Praxis, C. 196, S. 6, Y. 1996, s. 593-610 (KOZIOL, Objektivierung)

---------- — Basic Questions of Tort Law From A Germanic Perspective, Wien 2012. (KOZIOL, Germanic Perspective)

KÖTZ, Hein/
WAGNER, Gerhard — Deliktsrecht, 12, neu bearbeitete Auflage, München 2013.

KRAUSE, Siegfried/
KROPHOLLER, Von Jan — Bürgerliches Gesetzbuch Studienkommentar, 11. Neubearbeitete auflage, München 2008.

KURT, Ekrem, — Yapı Malikinin Sorumluluğu, MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 171-192.

KURTULAN, Gökçe — Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, MÜHF-HAD, C.23, S. 1, Y. 2017, s. 465 – 504.

KÜÇÜK, Eşref — XII. Yüzyıl Rönesansı ve Yeniden Doğan Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, C. 56, S. 4, Y. 2007, s. 111-122.

LARENZ, Karl — Lehrbuch des Schuldrechts Band II Besonderer Teil, 11 Auflage, München 1977. (LARENZ, Besonderer).

---------- Lehrbuch Des Schuldrechts I. Band: Allgemeiner Teil, Vierzehnte Neubearbeitete Auflage, München 1987. (LARENZ, Allgemeiner)

LARENZ, Karl/
CANARIS, Wilhelm Lehrbuch Des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband, Dreizehnte, vollig neuverfaßte Auflage, München 1994.

LARENZ, Karl/
WOLF, Manfred Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004.

MARKESINIS, Basil S/
UNBERATH, Hannes The German Law of Torts A Comparative Treatise, Fourth Edition Entirely Revised and Updated, Oregon 2002.

MARSH, Norman S. Unerlaubte Handlungen Im Englischen Recht: Eine rechtsvergleichende, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrech Untersuchung, C.20, S.4, Y. 1955, s. 643-661.

MASSIGLI, Ch. Les travaux de R. Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle, l'oeuvre juridique de Raymond Saleilles, Paris 1914. (Naklen Kullanılmıştır)

MOLITOR, Erich Schuldrecht I. Allgemeiner Teil Ein Studien Buch, Achte Unveränderte Auflage, Berlin 1965.

MORÉTEAU, Olivier France: French Tort Law in The Light Of European Harmonization, Journal of Civil Law Studies, C.6, S. 2, Y. 2013, s.758-801.

NART, Serdar — Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Ankara 2014. (NART, Hakkaniyet)

---------- — Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler, Ankara 2014. (NART, Borçlar)

OFTINGER, Karl/
STARK, Emil W. — Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995. (STARK, Haftpflichtrecht)

STARK, Emil W. — Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1982. (STARK, Ausservertragliches)

---------- — Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht (Höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden, Zürich 1946.(STARK, Entlastungsgründe)

OĞUZ, Habip — Sorumluluk Hukukunda Kusur, TAAD, S. 28, Y. 2016, s. 273-286.

OĞUZMAN, Kemal/
BARLAS, Nami — Medenî Hukuk, 22. Baskı,İstanbul 2016.

OĞUZMAN, Kemal/
ÖZ, Turgut, — Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2, 12. Baskı, İstanbul 2016.

ORHUNÖZ, Ergun — Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedenî Zararlar, Ankara 2000.

ORTMANN, — in Goltdammers Archiv für Strafrecht Band. 23 (Naklen kullanılmıştır).

OSER, Hugo/
SCHONENBERGER,

Wilhelm, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Ankara 1950.

OWEN, David G. Defectiveness Restated: Exploding the "Strict" Products Liability Myth, University of South Carolina Scholar Commons, Faculty Publications, Y. 1996. s.743-788.

ÖCAL, Bahar Damnum Iniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi,İÜHFD, C. 2, S. 1, Y. 2011, s. 345-387.

ÖĞÜZ, Tufan/
ERGÜNE, Mehmet Serkan/
ERİŞGİN, Nuri Borçlar Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.

ÖZDEN MERHACI,
Selin Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller, ABD, S . 4, Y. 2012, s. 177-206.

ÖZEL, Çağlar Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFD, C. 50, S. 4, Y. 2001, s. 81-106.

ÖZEN, Burak Ayırt Etme Gücü Olmayanlarla İlgili Bazı Hukuki Sorunlar: Hukuki Sorumlulukları ve Manevi Tazminat Talepleri, Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 24.10.2014; s. 67-74.

ÖZTAN, Bilge Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 41. Baskı, Ankara 2016.

PEKMEZ, Cüneyt Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış, TAAD, S. 21, Y. 2015, s. 489-522.

PLETTER, Andrej Verschulden als Grundlage der Haftung Ein historischer Vergleich, Norderstedt 2005.

PRÜTTING, Hans/
WEGEN, Gerhard/
WEINREICH, Gerd — BGB Kommentar, 10.auflage, München 2015.

REİSOĞLU, Safa — Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2013 İstanbul.

RIPERT, Georges — La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1935. (Naklen kullanılmıştır).

---------- — de l'exercice des droit et la responsabilite çivile, revue critique de legis. Et de jurisprudence, 1906. (Naklen kullanılmıştır).

RUMELIN, Max — Schadenersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910 (Naklen kullanılmıştır).

---------- — Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, Tübingen 1900. (Naklen kullanılmıştır).

---------- — Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zum objektiven Schadenersatzpflicht, Leipzig und Freiburg 1896. (Naklen kullanılmıştır).

ROXIN,Claus/
SCHÜNEMANN, Bernd — JuristischeKurz-Lehrbücher Strafverfahrensrecht, 29. Auflage, München 2017.

SALEILLES, Raymond — Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du code civil pour l'empire allemand 3 éme éd, Paris 1925. (Naklen kullanılmıştır).

SARAÇ, Senem — Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013.

SANLI, Kerem Cem — İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt "Hand Formulü", MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 99-131.

SAUSSY, Gordon — Comparative Negligence in Contradistinction to Contributory Negligence, Cornell Law Library, Cornell Law School 1896.

SCHMIDT, Maurin — Das Aussenverhältnis der Haftung einer Mehrheit von Schädigern im Haftpflichtrecht Ein Haftungsmodell basierend auf der Solidarität, der Anspruchskonkurrenz und der Kausalität, Zürich 2012.

SCHNEIDER, Thomas — Abkehr vom Verschuldensprinzip?, Tübingen 2007.

SCHRAGE, Eltjo J. H. — Negligence The Comparative Legal History of The Law Of Torts, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History Vergleichende Untersuchungen zur kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischen Rechtsgeschichte Band 22, Berlin 2001, s. 7-45.

SCHONENBERGER, Beat — Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, Have/Reas, 2004.

SCHONENBERGER, Wilhelm/ **JÄGGI**, Peter — Obligationenrecht, Bundesgesetze vom 30. März 1911 und vom 18. Dezember 1936, samt den seitherigen Gesetzesänderungen, Zürich 1973.

SCHULZE, Reiner — Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8.Auflage, Baden 2014

SCHWARZ, Andreas — Borçlar Hukuku Dersleri C.1, İstanbul 1948. (Çev. Bülent Davran) (SCHWARZ, Borçlar)

---------- — İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk, İÜHFM, C.3, S.0, (Çev. Hıfzı Veldet) Y. 1937, s 215-236. (SCHWARZ, İngiliz Hukuku)

---------- — Satış Aktinde Hasarın İntikali, AÜHFD, C.4, S. 1, (Çev. Kudret Ayiter), Y. 1947, s. 159-167. (SCHWARZ, Satış)

SEIDL, Erwin — Aktuelle Fragen Aus Modernem Recht und Rechtsgeschichte, Berlin 1966.

SEROZAN, Rona — Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2017.

SMITH, Jeremiah — Tort and Absolute Liability: Suggested Changes in Classification II, The Harvard Law Review Association, C. 30, S.4, Y.1917, s. 319-334.

STARK, Emil Wilhelm — Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, Zürich 1946.

STÖCKLI, Hubert — Notizen zur Widerrechtlichkeit, Auszug aus der Festschrift Für Franz Riklin Herausgegeben von M. A. Niggli / José Hurtado Pozo / Nicolas Queloz, Schulthess, Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2007, s. 227-243.

STRICKLER, Hanspeter — Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, Bern und Stuttgart 1983.

STROHAL, Emil — Gutachten zum österreichischen Advokatentag 1880. (Naklen kullanılmıştır).

SULU, Muhammed — Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat, MÜHF-HAD, C.22, S. 3, Y. 2016, s. 2737-2756.

ŞAHİN, Turan — Türk- İsviçre Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu (2020) Tasarısında Kusursuz Sorumluluk Hallerinin Görünümü, THD, C.13, S. 145, Y.2018, s. 125-129.

ŞEN, Yusuf — İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi, EAD, S. 68, Y. 2016, s. 383-414.

ŞENYÜZ, Doğan — Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 7. Baskı, Bursa 2013.

TAHİROĞLU, Bülent — Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi, MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 157-170. (TAHİROĞLU, Kusursuz)

---------- — Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969 (TAHİROĞLU, Iniuria)

TAHİROĞLU, Bülent/ **ERDOĞMUŞ**, Belgin — Roma Hukuku Dersleri, 8.Basım, İstanbul 2012.

TİFTİK, Mustafa — Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.

TANDOĞAN, Haluk — Türk Mes'uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010. (TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku)

---------- — Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981. (TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk)

THON, August — Festrede Gehalten In Der Universitatskirche zu Jena zur Akademischen Preisvertheilung, Jena 1894

TITZE, Heinrich — Bürgerliches Recht: Recht der Schuldverhältnisse, 8.Haut/Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abteilung Rechtswissenschaft, 4. Ausgabe, Berlin 2013.

TOPUZ, Murat — İsviçre Borçlar Kanununun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması, MÜHF-HAD, C.22, S. 3, Y. 2016, s. 2693-2714.(TOPUZ, Tasarı)

TOROSLU, Nevzat — Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2011.

TRAEGER, Ludwig — Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht, Marburg 1904.

TUNÇOMAĞ, Kenan — Borçlar Hukuku C. I Genel Hükümler, İstanbul 1972.

TURABİ, Selami — Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller, TBBD, S. 101, Y. 2012, s. 267-292.

ULAŞ, Işıl — Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 2002.

UMUR, Ziya — Roma Hukuku Ders Notları, Tıpkı 3. Basım, İstanbul 2010.

ULUSAN, İlhan — Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İÜHFM, C.43, S. 1-4, Y. 1977, s. 101-130. (ULUSAN, AKH Fedâkarlık)

---------- — Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977 (ULUSAN, Fedakârlık)

UYGUR, Turgut — 6098 SayılıTürk Borçlar Kanunu Şerhi C.1, Ankara 2013.

ÜNAL, Mehmet — Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 397-437. (ÜNAL, Manevi Tazminat)

ÜNAL, Mustafa — İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Ankara 2019 (ÜNAL, Haksız Fiil)

ÜNAL, Akın/ **KALKAN**, Arif — Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler, TAAD, S. 39, Y. 2019, s. 45-82.

VERDE, Michel — Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht Gedanken zu dieser Haftungsvoraussetzung und den dazu entwickelten Lehren, Jusletter, Y. 18 April 2016.

VINEY, Genévieve — Tort Liability; Introduction to French Law, Netherlands, Y. 2008, s. 237-262.

VITO, Roberto — Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.

VON BÜREN, Bruno — Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1964.

VON KRIES, Johann — Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Leipzig 1888.

VON TUHR, Andreas / **PETER**, Hans — Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1979.

VON TUHR, Andreas — Borçlar Hukuku 1-2;Yargıtay Yayını no:15, Ankara1983 İstanbul (Çev. Cevat Edege) (VON TUHR, Borçlar)

WEBER, Stephan — Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung, Sonderdruck aus: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich, 2001. (WEBER, Unerlaubte Handlung)

---------- — Die Schadenminderungspflicht- eine metamorphe Rechtsfigur, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, Verlag institut für Versicherungswirtschaft der Universitat St. Gallen, s. 133-177. (WEBER, Die Schadenminderungspflicht)

WERRO, Franz, — Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, in: ZSR 116 (1997), I. Halbband, s. 355. (Naklen Kullanılmıştır).

WIDMER, Pierre — Unification of Tort Law: Fault, Kluwer Law International, Netherlands 2005.

WILENMANN, Javier — Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff Die Dogmatik Des Defensivnotstands im Strafrecht, Tübingen 2014.

WINIGER, Bénédict — Verantvortung, Reversibilität und Verschulden, Tübingen 2013.

WOLF, Kurt — Die Beweislast für Verschulden, Rindt 1927.

WRESCHNER, Erich — Vorbeugende Unterlassungsklage und unerlaubte Handlungen, Hoffmann 1930.

YAVUZ, Cevdet — Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri, MÜHF-HAD, C. 14, S. 3, Y. 2008, s. 29-61.

YERLİKAYA, Ünal — Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî - Hukuka Aykırılık - Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme, Diyanet İlmi Dergi, C. 53, S. 3, Y. 2017, s. 25-51.

YILDIZ, Kemal — İslam Ansiklopedisi C.31, İstanbul 2006.

YILMAZ, Süleyman — Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, AÜHFD, C. 59, S. 3, Y. 2010, s. 551-578.

YÜCE, Tunay — Roma ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu, İÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2017, s. 393-422.

ZEYTİN, Zafer/
ERGÜN, Ömer — Türk Medeni Hukuku, Ankara 2017.

ZİLELİOĞLU, Hilal — Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD, C. 39, S. 1, Y. 1987, s. 241-264.

ZWEIGERT, Konrad — Karşılaştırmalı Hukuk ve Günümüzde Hukukun (Çev. Ergun Özsunay) Oluşumu, İÜHFM, C. 38, S. 1-4, Y. 1973, s. 650-669.

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Fırat Korkmaz

Doğum Tarihi : 28.09.1984

Yabancı Dil : İngilizce (İleri Seviye), Almanca (Ortanın Altı), Arapça (Başlangıç Seviyesi)

Eğitim Durumu :

Lisans : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2002-2007.

Yüksek Lisans : Anadolu Üniversitesi Özel Hukuk 2011-2014.

Çalıştığı Kurum/Kurumlar ve Yıl/Yıllar : KTO Karatay Üniversitesi 2011-2021

Yayınları:

Roma Hukukunda Stipulatio, Yetkin Yayınları 2021.

KTO Karatay Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, Y.2016, İstinaf'ın Diğer Kanun Yollarıyla Karşılaştırılması.

KTO Karatay Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Y. Temmuz 2016, Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Bir İstisnâsı Olarak Önsözleşme.

KTO Karatay Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, Y. Ocak 2019, Tüketici Sözleşmelerindeki Ek Şartlar Meselesinde Haksız Şartlar ve Genel İşlem Şartları.

KTO Karatay Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, Y. Ocak 2019, Roma Usul Hukukunda Sistem Dışı Yargılamanın Özellikleri ve Günümüz Usul Hukuku ile Benzerlikleri.

KTO Karatay Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. Ocak 2020, Kusurun Mahiyetinin Kusur İlkesine Etkisi.