

**KUSURUN TANIMI
VE
ÖZNELİĞİ**

Özel Hukukta Kusurun ve Ağırılığının Belirlenmesi

Selçuk SARIYAR

İstanbul 2008

İÇİNDEKİLER

KUSURUN TANIMI ve ÖZNELİĞİ.....	3
Kusur.....	3
Sorumluluk Hukukunda Kusurun Rolü.....	4
KUSUR TÜRLERİ.....	4
Kast.....	5
İhmal.....	6
Gösterilecek Özenin Ölçü ve Derecesi.....	7
KUSUR TEORİLERİ.....	9
Subjektif Kusur Teorileri.....	9
Objektif (Objektifleştirilmiş) Kusur Teorileri.....	9
KUSURUN OBJEKTİF ve SUBJEKTİF YÖNÜ.....	10
Kusurun Objektif Yönü.....	10
Kusurun Subjektif Yönü.....	10
KAYNAKÇA.....	15

KUSURUN TANIMI VE ÖZNELLİĞİ

Kusur

Kusur, kusur sorumluluğunun kurucu ögesidir. BK 4/I, kusur sorumluluğunda, kusuru, sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlemiştir. Ancak, sözü geçen madde, kusur kavramını tanımlamış değildir. Kusurun tanımı, doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamadaki hakim görüşe göre, hukuk düzeninin kınadığı, kısaca hoşgörmediği davranış biçimine kusur denir. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kusur yoksa, sorumluluk da yoktur. Kusursuz sorumluluklarda, kusur, sorumluluğun bir koşulu olmasa bile, kusura bağlanan birçok sonuç vardır¹.

- 1- Kusur, maddi ve manevi tazminatın belirlenmesinde önemli bir etkidir.
- 2- Sorumlu kişinin kusuru (ek kusur), onun sorumluluktan kurtulmasını engeller.
- 3- Sorumlu kişi, yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.
- 4- Sorumlulukların çatışmasında, zarar ilke olarak, kusura göre paylaşılır.
- 5- Zincirleme sorumlular arasında, (iç ilişkide) zararın paylaşımını belirleyen, ilke olarak yine kusurdur.
- 6- Etkisizleştirme (götürme) kuramının uygulanması, karşılıklı kusurların ağırlığına bağlıdır.
- 7- Diğer durumlarda; örneğin, çalınan ya da zorla alınan araçlarda işletenin sorumluluğu kusura bağlıdır.²

Kusur, herşeyden önce, hukuka aykırı bir davranışı gerektirir. Bu sebeple, kusurlu olan bir davranış (kusurlu fiil) daima hukuka aykırı bir davranış, hukuka aykırı bir fiildir. Kusurlu bir davranışın, hukuka aykırı olmaması mümkün değildir. Zira hukuk düzeninin, hukuka uygun bir davranışta bulunan bir kişiyi kınaması için hiçbir neden yoktur. Hukuk düzeni, herşeyden önce bir toplum düzenidir. Toplum içinde birlikte yaşayan kişiler, birbirleriyle ilişkilerinde belirli bir davranış biçimine uygun hareket etmek zorundadırlar. Söz konusu bu belirli davranış sosyal bir çevreye ya da herhangi bir meslek grubuna mensup normal kişilerin, birbirlerine zarar vermeden uyum içinde yaşayabilmeleri için göstermek zorunda oldukları özen ve çabadan oluşan ortalama, örnek (model) bir davranış biçimidir. Hukuk düzeni, herkesten bu davranış biçimine göre yaşamasını, hareketlerini buna uydurmasını ister. İşte, kusura dayalı sorumluluk hukukunda, benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen bu ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçiminin niteliği, kusur olarak adlandırılmaktadır³.

¹ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 532.; Kaneti, Selim, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu, 1980, s. 40 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 492.

² Yılmaz, Hamdi, *Sözleşme Dışı Sorumlulukta Kusur Yüz Üzerinden Belirlenebilir mi*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005 / 1, İstanbul, 2005, s. 295.

³ Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961, s. 45.

Kusur, sözleşme sorumluluğu yanında, ceza ve idare hukuku bakımından da önemli bir kavramdır.

Kusura sonuç bağlanan her durumda, kusurun ve ağırlığının değerlendirilmesi gerekir. Uygulamada, kusur, bilirkişilerce belirlenmekte ve yüz ya da sekiz üzerinden derecelendirilmektedir.

Sorumluluk Hukukunda Kusurun Rolü: Kusur, sorumluluk hukukunun temel kavramlarından biridir. Özellikle kusur sorumluluğunda, yani kusura dayanan sözleşme dışı sorumlulukta kusur, sorumluluğun kurucu unsurudur. Zira kusur, zarar ve sorumluluğun bir başka kişiye yöneltmesini haklı gösteren bir sorumluluk ilkesi ve sebebidir. Kural olarak, zarara, zarar gören katlanır. Roma hukukundan beri bu ilke, yani ‚casum sentit dominus’ ilkesi geçerlidir. Ancak, hukuk sistemleri, haklı bir sebebin bulunması halinde bu ilkenin sonuçlarını kaldırmak, hiç olmazsa yumuşatmak için çeşitli çabalar sarfetmiştir. İşte kusur, zararın, zarar görenden başka bir şahsa aktarılmasına, ona yükletilmesine imkan veren haklı sebebi oluşturmuştur. Bu ‚başka şahıs’ da kusurlu davranışıyla zarar görene zarar veren şahıstır⁴.

Kusur, illiyet bağından ve hukuka aykırılıktan bağımsız bir unsurdur. Fransız hukukunun aksine Türk, İsviçre ve Alman hukukunda kusur, hukuka aykırılık unsurundan bağımsızdır. Oysa Fransız hukukunda hukuka aykırılık, kusur kavramı içinde yer alır, onun objektif unsurunu oluşturur.

Kusur, ayrıca kusur sorumluluğunda, sorumluluğun, yani tazminat miktarının belirlenmesinde de önemli bir rol oynar. Bu anlamda kusur, sorumluluğu sınırlayan bir unsurdur. Buna karşılık, sebep sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsurlarından biri değildir. Ancak burada da, kusura zarar veren ve zarar gören kişiler yönünden bazı roller oynar. Nitekim, zarar verenin kusurlu olması halinde, bu kusur, mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve zarar görenin kusuru nedeniyle sorumluluktan kurtulmayı imkansız kılar. Zira zarar verenin kusuru, belirtilen sebeplerin illiyet bağına kesecek yoğunluğa erişmesini önler. Ayrıca, zarar verenin kusuru, ek kusur olarak nitelendirilir ve varsa zarar gören alacaklının şahsi kusurunu o oranda giderir⁵. Zararlı sonuç, sebep sorumluluğunda zarar verenin ve zarar görenin kusurlu davranışları sonunda meydana gelmişse, ek kusur, zarar görenin şahsi kusurunu nötralize ettiği için, zarar gören, indirim yapılmaksızın tüm tazminatı alır. Bunun sebebi, sebep sorumluluğunda sorumlu, kusursuz olmuş olsaydı zararı tazmin edecekti. Onun bir de kusurlu olması, sorumluluğunu bu şekilde ağırlaştırmaktadır. Ek kusur, aynı rolü, umulmayan hal, zarar görenin bünyevi durumu gibi diğer indirim sebepleri yönünden de oynar. Böylece, ek kusur, kusur sorumluluğu hallerinde de tazminat miktarının hesaplanmasında rol oynar.

Kusur Türleri

Kusurun iki türü vardır: Kast ve İhmal.

⁴ Eren, s. 279.

⁵ Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku 1*, İstanbul, 1995, s. 139.

Bu ayırım sorumluluk hukukunda, ceza hukukundaki kadar büyük önem taşımaz. Fail, ister kasden ister ihmali olarak bir zarara sebebiyet versin, tazmin borcuyla yükümlüdür. Bu bakımdan en hafif bir ihmal dahil sorumluluğun sebebi olabilir. Nitekim, BK m. 41/I'e göre, bir kimseye ister kasden ister ihmal yoluyla zarar veren kimse, bu zararı tazminle yükümlüdür. Haksız fiil sorumluluğunda bunun tek istisnası, BK m. 42/II'de görülmektedir. Buna göre, bir başkasına genel ahlaka aykırı olarak verilen zarardan failin sorumlu olabilmesi için, bu zararı kasıtlı olarak vermesi gerekir. Sözleşme sorumluluğunda da bazı hallerde kanun, sorumluluk için kasdı öngörmüştür. Örneğin, bağışlamada bağışlayan, ancak kast ve ağır kusurundan sorumludur⁶.

Kusur kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesidir. İhmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir. Trafik kazaları, kural olarak, kusurun bu çeşidinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de; motorlu araçların ortaya çıkardığı sorumluluklarda kusur denilince "ihmal türü" anlaşılmalıdır. Öğretide ve yargısal uygulamada yerleşik şekliyle sadece kusurun "ihmal türü" kusur sözcüğü ile ifade edilmekte, "kast türü" ise yine "kast" olarak anılmaktadır⁷.

a) Kast: Kanun koyucu kastın tanımını doktrin ve yargıya bırakmıştır. Hukuka aykırı sonucun bilerek istenmesidir. Zarar kasden verilmişse, zarar veren, zararın tamamından sorumludur; zarar görenin ihmalden oluşan kusuru artık bir indirim nedeni değildir. Bu nedenle, kastın varlığı durumunda, kusuru ihmaldeki gibi derecelendirmek anlamsızdır⁸.

Kastta zarar verenin iradesi, hukuka aykırı sonuca yönelmiştir. Burada hukukça korunan bir değer, istenilerek ihlal edilmektedir. Bu nedenle kanunun yasakladığı birşeyi yapan failin bu davranışına kasıtlı davranış adı verilir. Kastta, failin davranışı, örnek tipin davranışından istenerek bilinçli olarak saptığı için kusurlu sayılmaktadır. Kastta da, makul bir kişinin ortalama davranışı esas alınmakla birlikte, fail, daha yüksek bilgi ve yetenek düzeyine sahipse, artık, ortalama davranış ölçü olarak ele alınamaz. Aksi halde, yetenekli kişilere, zarar verme ayrıcalığı tanınmış olurdu.

Kast iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, tasarlama ve isteme unsurlarıdır. Tasarlama unsuru, hukuka aykırı sonucun, fail tarafından tasarlanmasını, bilinmesini, öngörülmesini ifade eder. İrade ise, bu sonucun fail tarafından istenmesi, kabul edilmesidir⁹. Böylece kastta, fail, hem davranışı, hem de hukuka aykırı sonucu istemektedir. Hatta hukuka aykırı sonucun mutlaka arzu edilmesi şart değildir. Bunun tasvip ve kabul edilmesi, göze alınması da yeterlidir.

Kast, doğrudan doğruya kast, dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan doğruya kastta zarar veren, meydana gelen sonucu doğrudan doğruya istemekte, kabul etmektedir. Örneğin, failin, hasmını öldürmek suretiyle silahını onun üzerine ateşlemesi

⁶ Eren, s. 535.

⁷ Yargıtay, E: 2003/11-756, K: 2003/743, S: 288-994.

⁸ Yılmaz, s. 297.

⁹ Deutsch, s. 254; Esser/Schmidt, s. 373; Deschenaux/Tercier, s. 82 (Karahasan, s. 141).

halinde doğrudan doğruya kast vardır. Dolaylı kastta ise zarar veren, meydana gelen sonucu doğrudan doğruya istememekle birlikte, onu göze almakta, kabul etmektedir. Örneğin, bir kimse aslında yalnız hasmının evini yakmak istemekte, ancak bu yangın esnasında onun da ölebileceğini düşünerek evi ateşe vermektedir. İşte burada fail, hasmın yanarak ölmesini doğrudan doğruya istememekle birlikte, böyle bir sonucun gerçekleşme ihtimalini kabul etmekte, onu göze almaktadır.

Bir davranış kuralına aykırı hareket ile başkasının bir hakkını ihlal etmeyi isteyen veya kabul eden kimse, kasıtlı bir davranışta bulunmuş olur. Başka bir deyişle, failin zararlı sonucu öngörmesi ve bunu tasvip etmesi halinde kast gerçekleşmiş olur. Zarar verenin bu davranıştan doğan bütün zararları öngörmüş ve istemiş olması şart değildir. Fail tarafından esas itibarıyla istenilen zarar yanında, başka zararların da doğmuş olması, kastı ortadan kaldırmaz. Fail, arzu etmese bile, kasıtlı davranışından doğabileceğini öngördüğü, tasvip ettiği diğer zararlardan da sorumlu olur. Bu itibarla, diğer zararla kasıtlı davranış arasında tabii illiyet bağı mevcutsa, zarar veren bunları da tazmin etmek zorundadır. Zira kasden verilen zararlarda, fail kötü iradesi nedeniyle uygun illiyet bağı içinde olmayan ek zararları da tazmin etmek durumundadır. Fiili hata halinde, kasttan bahsedilemez. Zira hata, kastı bertaraf eder. Hata, geniş anlamda, gerçeği bilmemedir. Kast ise bilmeyi gerektirir. Bu sebeple, maddi ve fiili durumlarda hata eden failin kastından bahsedilemez¹⁰. Örneğin, fail başkasına ait bir arabayı kendisinin sanarak yakmışsa, bu davranış, kast olarak nitelendirilemez. Ancak, burada ihmalin varlığı kabul edilebilir¹¹.

Zarar verenin davranışının hukuka aykırı bir nitelik taşıdığını bilmemesi kastı ortadan kaldırır. Failde, bir hukuk normunu veya yükümlülüğünü ihlal bilinci kasdın varlığı için şarttır. Kast, hukuk normuna aykırılık, yükümlülüğe aykırı davranış bilincini gerektirir. Hukuka aykırılık bilincinin olmadığı yerde kasttan söz edilemez. Fail, zararlı sonucun bilinci içinde olduğu kadar hukuka aykırılık bilinci içinde de olmalıdır.

b) İhmal:

İhmal, kusurun en çok görülen türüdür. Öğreti ve uygulamada kusur, ihmal anlamında kullanılmaktadır. Kusurun derecelendirilmesi ihmal bakımından önemlidir. Başka bir deyişle, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmesine ihmal denir. Başka bir deyişle, ihmal zararlı sonucun doğması için hukuk düzeyinin yüklemiş olduğu ödeve aykırı hareket etmek, gerekli tedbirleri almamaktır¹². Zarar veren, burada hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, bunu öngörebilmektedir. Ancak, zarar veren burada, yani ihmalde de davranış (hareket) unsurunu istemektedir. İhmal aynı şartlar altında, aynı türdeki kişilerin iş hayatında gösterdikleri gerekli özenin gösterilmemesi, kısaca özen eksikliğidir. Şu halde ihmalin temeli, hukuk düzeninin koymuş olduğu özen yükümüne aykırı davranışa dayanmaktadır. İhmal, olumlu bir davranıştan, bir yapmadan (eylemden) ibaret olabileceği gibi, olumsuz bir davranıştan, bir yapmaktan da ibaret olabilir. Daha

¹⁰ Tandoğan, s. 45.

¹¹ Eren, s. 536.

¹² Eren, s. 537; Uygur, Turgut, *Borçlar Hukuku*, 7. Cilt, Ankara, 2003, s. 301.

önce de belirtildiği gibi, sorumluluk hukuku, ceza hukukunun aksi, ihmali, objektif açıdan değerlendirmektedir. Bu sebeple, burada fiilin subjektif durumu, ferdi ve kişisel yetenekleri ilke olarak gönünde tutulmaz.

İhmal, hukuka aykırı sonuç istememekle birlikte, bu sonucun doğmasını önlemek için gereken özenin gösterilmemesidir. İhmal özen eksikliğidir.

Ağırlık derecesine göre ihmal ikiye ayrılır: Ağır ihmal ve hafif ihmal. Ağır ihmal, en basit özenin; hafif ihmal ise, dikkatli bir kişiden beklenen özenin gösterilmemesidir.

Ağır ihmal-hafif ihmal arasında bir de orta ihmale yer verilerek üçlü ayırım da yapılmaktadır. Orta ihmal, ne ağır ne de hafif olan, ikisi arasında kalan ihmaldir. Çok ağır ihmal, ağır ihmal, orta ihmal, hafif ihmal, çok hafif ihmal gibi daha ayrıntılı ayırım yapanlar da vardır. Bu ayrımlar, yasaların ikili ayırma dayandığı ileri sürülerek eleştirilmektedir¹³.

İhmalin ölçüsü objektiftir. Burada orta seviyede, akli başında (normal), makul bir kişinin- somut olayda durumun özellik ve gereklerine göre alması gerekli tedbirler, göstereceği özene, harcadığı çabaya göre ihmal değerlendirilir. İhmalin belirlenmesi ve değerlendirilmesinde, sorumlu kişinin, yani failin kişiliği veya kişisel, ferdi durumları göz önünde tutulmaz. Bu nedenle hakim, önüne gelen sorunu özerken, makul bir failin, fiziki, fikri, ahlaki, güç ve yeteneklerini, teknik ve mesleki becerilerini göz önünde tutmak zorundadır¹⁴. Böylece, failin makul, yani örnek bir kişinin yetenek ve becerileri düzeyinde olmayan beceri, yetenek ve fiziki günü nedeniyle onun davranışlarından sapan her davranışı, ihmal olarak nitelendirecektir. Bu fail için ağır bir sonuç olmakla birlikte, toplum halinde yaşayan, faaliyet ve girişimlere katılan kişilerde toplum güvenliği için, en az bazı olumlu yetenek ve niteliklere sahip olmayı gerektirmektedir. Böylece herkes, makul bir kişinin sahip olduğu ahlaki, fikri ve ruhi niteliklere, bedeni becerilere, belirli bir işle uğraşıyorsa, bunun için gerekli mesleki ve teknik yeteneklere orta düzeyde de olsa sahip olmalı, bunu sağlamalıdır. Kusurun objektifleştirilmesi, failin somut olaydaki davranışını değil, objektif (örnek) örnek tipin aynı şartlar altındaki davranışını esas aldığından, fail, her türlü iradi çabayı gösterse, elinden geleni yapsa bu nedenle onda bir irade noksanlığı, ahlaki bir eksiklik mevcut olsa bile; davranışı, örnek kişinin davranışından daha alt düzeyde kalıyor ve dolayısıyla ondan sapıyorsa, bu sapma kusur olarak nitelendirilir.

Kusur kavramının bu suretle objektifleştirilmesi, kusur sorumluluğunu belirli bir ölçüde sebep (kusursuz=objektif) sorumluluğuna yaklaştırmış bulunmaktadır. Bu ise, sorumluluk ve tazminat hukukunun sübjektif ve ahlaki unsurunu, geri plana atma sonucunu doğurmuştur.

Gösterilecek Özenin Ölçü ve Derecesi: İhmalin kavramı objektifleştirilmiş olmakla birlikte, bunun belirlenmesinde esas alınacak her olay ve her kişi için değişmez, aynı olan mutlak ve kesin bir ölçü değildir. Aksine, burada olayın somut şartları, failin yaşı,

¹³ Yılmaz, s. 298.

¹⁴ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1995, s. 507 vd.

cinsiyeti, eğitimi ve mesleki durumu göz önünde tutulur. Bu sebeple, failin davranışı ile kıyaslanacak örnek kişinin davranışının tamamen soyutlanıp genelleştirilmesi söz konusu değildir. Örneğin fail, 10 veya 13 yaşındaki bir çocuksa, bu yaştaki makul, orta seviyedeki bir çocuğun aynı somut şartlardaki davranışı, göstereceği özen derecesi esas alınır. Keza, fail kadınsa, onun fiziki gücü göz önünde tutulur. Bir binek arabasının sürücüsü ile bir kamyon sürücüsünün davranışları, dolayısıyla gösterecekleri özen aynı meslek çevresinde olmadıklarından birbiri ile kıyaslanamaz. Kamyon sürücüsünün davranışı, makul bir kamyon sürücüsünün davranışıyla, bir maden işçisinin davranışı, makul bir maden işçisinin davranışıyla pratisyen bir hekimin davranışı, orta seviyedeki bir pratisyen hekimin davranışı ile kıyaslanır. Bu kıyaslamada. Örneğin “makul bir kamyon sürücüsü, pratisyen hekim, maden işçisi zararı öngörebilir miydi?” sorusu sorulur. Bu soruya, “makul bir kamyon sürücüsü, pratisyen hekim, maden işçisi, kendisinden beklenen özeni göstermiş olsaydı, somut olaydaki zararı önleyebilirdi” cevabı verildiği takdirde, zararı öngörüp öngöremeyeceği hususu, hiçbir önem taşımaz. Bu nedenle, orta yetenekten daha aşağı düzeyde yeteneğe sahip fail, sorumluluk hukuku açısından mazur görülemez.

Gösterilecek özen derecesi belirlenirken, iş, faaliyet veya girişimin zorluğu, arz ettiği tehlike de göz önünde tutulur. Örneğin patlayıcı, yanıcı maddelerle uğraşan kişiler, bunlar başkaları için daha çok tehlike arz ettiğinden, daha çok özen gösterilmelidir. Bir atom reaktörü, bir elektrik veya uçak işletmesinde gösterilecek özen ile ayakkabı veya elbise yapan bir atölyede gösterilecek özen aynı olmaz. Tehlike oranı arttıkça, özen borcu da artar. Aynı şekilde, nitelik ve uzmanlık isteyen mesleklerde, bunu gerektirmeyen mesleklere oranla gösterilecek özen derecesi daha yüksektir. Örneğin uzman bir hekim; tıbbi yardım ve müdahalelerinde alelade bir kişiden veya pratisyen bir hekimden daha dikkatli olmalıdır.

Kastta olduğu gibi, ihmalde failin bilgi ve yetenekleri, makul kişinin bilgi ve yeteneklerinden daha üst düzeyde ise, makul kişinin özen yükümü ve dolayısıyla davranışı, ihmalin belirlenmesinde esas alınmaz.

İhmalin belirlenmesinde failin kişisel mazeretleri göz önünde tutulmaz. Örneğin, çocuğu ölen bir kişinin, bu durumun etkisi altında üzüntüsü ile bir başkasına verdiği zararda, onun bu durumu, mazeret sebebi sayılmaz. Yorgun bir kişinin durumu da kusuru ortadan kaldıran bir sebep olarak nitelendirilmez¹⁵.

Başkasını tehlikeye sokan iş ve faaliyetlerde de özen borcu artmakta, zararın doğmaması için alınacak tedbirlerin çerçevesi genişlemektedir. Bu husus, bilhassa olumsuz davranışın (yapmama fiilinin) zararın sebebi olduğu hallerde önem taşımaktadır.

Sorumluluk hukukunda, kanun, tüzük ve yönetmeliklerde yer alan zabıta hükümleri ile teknik kural ve tedbirler büyük özen taşırlar. Bu kural ve tedbirler, toplumun, trafiğe katılan kişilerin ve işçilerin korunmasına yarar. Buna örnek olarak, trafik kanunundaki hükümler gösterilebilir. Bu hüküm ve tedbirler, bir çeşit, özen ve

¹⁵ Tandoğan, s. 52; Karahasan, s. 143-144 (Eren, s. 539).

ödevlerinin düzenlenmesi anlamını taşırlar. Bunların ihlal edilmesi, göz önünde tutulmaması, bunlara uyulmaması, sorumluluk hukuku açısından ihmal sayılır.

İhmalde zararın doğmasının objektif olarak öngörülebilmesi yeterlidir; ayrıca borçlu veya failin de bizzat zararı görmesi şart değildir. Bunun gibi, zararın sonradan gerçekleşen tam miktarının da öngörülmesi gerekmez. Öngörmenin, kesin nitelikte olması şart değildir. Bunun muhtemel olması yeterlidir.

Kusur Teorileri¹⁶:

- Subjektif kusur teorisi:

Bu teori kusuru failin psikolojik ve moral şartlarına göre değerlendirir. Bir davranışın faile kusur olarak yükletilebilmesi için, onun haksız fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve fikri şartları, kişisel ferdi yeteneklerini, yetiştirme, eğitim ve öğrenim düzeyini, fiziki güçlerini, meslek becerilerini göz önünde tutmak gerekir. Kusur, zarar verici davranışla değil, failin, iradi ve zihni yapısıyla ilgilidir. Bir davranış, faile kusur olarak yükletilirken, onun kişisel ve bireysel nitelik ve yeteneklerinden soyutlanamaz. Subjektif teoriye göre kusur, faildeki bir irade zayıflığı, bir irade eksikliğidir¹⁷. Kusur, bireydeki davranış hatası, onda kınanabilir bir tutumdur. Zarar veren fail, davranışının zararlı sonucunu önceden görebilip, bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkanına sahip iken, gerekli iradi çabayı gösterip bunu yapmadığı için kusurludur. Şu halde kusur, failin ferdi özelliklerine, kişisel yeteneklerine, mesleki becerilerine göre, somut olayda bir yandan davranışının zararlı sonuçlarını önceden görebilmeyi, diğer yandan da bundan kaçınabilmeyi gerektirmektedir. Burada, subjektif bir ölçü kullanılmalıdır. Buna göre, “somut olaydaki fail, yeteneklerine dayanarak zararını gerçekleşmesini önceden görüp, buna uygun olarak davranabilir miydi” sorusu sorulmalıdır. Ancak bu soru sonunda, failin yeteneklerinin zararını önlenmesine yeteceği sonucuna varıldığı takdirde, onun irade eksikliğinden ve dolayısıyla kusurundan söz edilebilir.

- Objektif (objektifleştirilmiş) kusur teorisi¹⁸ :

Burada bir davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, zarar veren, yani fail değil, objektif bir tip ele alınmaktadır. Bu tip, failin mensup olduğu sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan tipidir. Bu tipin davranışı, örnek (model) davranış olarak ele alınmakta ve bunla failin davranışı, bu örnek davranıştan sapıyor, ona uymuyorsa, bu sapma, kusur olarak nitelendirilmektedir. Böylece bu teoriye göre, zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizik gücü, mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında, aynı sosyal grup içinde yaşayan objektif (makul) bir insan tipinin, yetenek, durum, mesleki beceri, fizik ve fikri gücü esas alınmaktadır. Toplum halinde yaşama zorunluluğu, güvenlik duyguları, herkesin fikri, mesleki ve fiziki yönden belirli bir düzeyde olmasını gerektirir. Bu düzeyde olmayan kişilerin davranışları,

¹⁶ Eren, s. 530.

¹⁷ Tandoğan, s. 45.

¹⁸ Eren, s. 530.

genellikle objektif ortalama davranışın altında olacağından, sapma ve dolayısıyla kusur her zaman gerçekleşmiş olacaktır. Bu sebeple bu tür kişiler, belirli girişim, davranış ve işlemlerde buldukları taktirde, başkalarına verebilecekleri zararı gidermek zorundadırlar¹⁹.

Burada da kusur, zararlı sonucun önceden görülebilmesi unsuruyla böyle bir sonuçtan kaçınma unsurunu içermektedir. Ancak, bunlar, borçlu veya faile göre değil, borçlu veya failin içinde yaşadığı sosyal çevredeki objektif bir tipe göre değerlendirilmektedir²⁰.

Kusurun Objektif ve Subjektif Yönü:

Kusurun subjektif yönü; kusur ehliyetidir. Objektif yönü ise; hukuk düzeninin, somut olay için normatif nitelikte emredici bir davranış kuralları getirmesi halinde, bu kuralların kusurun belirlenmesinde ölçü alınmasıdır. Belirli davranış kuralları getirilmemiş olması durumunda da özenin gösterilip gösterilmediğinin objektif ölçüye göre; yani kusurun objektifleştirilmesi ile belirlenmesidir.

Kusurun değerlendirilmesinde temel kriter, kişiden beklenen özenin derecesidir. Bu derecenin nasıl belirleneceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kusurun tespitinde tarafın zekası, dil seviyesi, eğitimi, hukuk bilgisi gibi konuların önemi bulunmaktadır. Hukuk bilen eğitilmiş birinden beklenen özen ile hukuk bilgisi bulunmayan, eğitim seviyesi düşük birinden beklenecek özen aynı olamaz. Dolayısıyla tarafın kusuru değerlendirilirken subjektif kriterlere başvurmak yerinde olacaktır. Ancak, diğer bir görüşe göre ise kusurun tespitinin kriteri tarafın subjektif özelliklerine göre değil, mutlaka objektif kriterlere göre belirlenmelidir. Davada iki tarafa eşit davranılması ilkesi bunu gerektirmektedir. Türk doktrininde kabul edilen hakim görüş de kusursuzluğun tespitinde objektif kriterlerin kullanılması gerektiği görüşüdür.

Kusurun Objektif Yönü:

Failin davranışının, aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden sapması, ona uygun olmaması sorunuyla ilgilidir. Burada failin mensup olduğu sosyal ve mesleki grupta bulunan normal ve makul bir insanın davranış biçimi, örnek davranış olarak esas alınmaktadır.

Kusurun objektif yönü, zararı önceden görüp, bunu önlemek için zarar verenin göstereceği özenle ilgilidir.

Kusurun Subjektif Yönü:

Kusur, ayırtım gücünü gerektirir. Ayırt etme gücü olmayan kişinin kusurundan söz edilemez²¹. Kusurun subjektif yönü, failin sorumluluk ehliyeti ile ilgilidir. Kusur

¹⁹ Tandoğan, s. 42.

²⁰ Karahasan, s. 138.

sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran davranışın faile dayandırılabilmesi, yüklenebilmesi gerekir. Böylece fail ile fiil arasında subjektif bir bağ kurulması sorumluluk ehliyetini oluşturur. Sorumluluk ehliyeti, failin ayırt etme gücüyle ilgili olduğundan, ayırt etme gücüne sahip olmayanların davranışı, onlara, kusur olarak yükletilemez.. Gerçekten, MK m. 15/I'e göre, ayırt etme gücüne sahip olmayanların davranışı hukuki sonuç doğuramaz²². Bu bakımdan, kusur sorumluluğunda bir kişinin sorumlu olabilmesi için onun davranışının hukuk düzeninin herkese uymak üzere yüklemiş olduğu örnek tipin davranışından sapmış olması gerektiği gibi, ayrıca onun ayırt etme gücüne de sahip olması gerekir. Ayırt etme gücünü haiz olmayan kişi, sorumluluk (kusur=haksız fiil işleme) ehliyetine de sahip değildir. Böyle bir kişi, genel yükümlülüklerle aykırı hareket etse bile, ilke olarak sorumlu olmaz (BK. m. 54). Buna karşılık, sebep sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığından zarar veren, ayırt etme gücüne ister sahip olsun ister olmasın, kanunun öngördüğü şartlar gerçekleştiği takdirde doğan zarardan sorumlu olur. Bu nedenle, sebep sorumluluğu hallerinde kusur ve dolayısıyla kusur ehliyeti söz konusu olmaz.

Sorumluluk veya kusur ehliyeti, failin sadece ayırt etme gücüne sahip olmasını gerektirir; onun ayrıca ergin olması şart değildir. Burada fiil ehliyeti aranmaz. Bu sebeple, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların sorumluluk ehliyetleri tamdır. MK m. 16/III'e göre, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, haksız fiillerden doğan zarardan sorumludurlar.

Ayırt etme gücü, MK m. 13'te olumsuz bir biçimde tanımlanmıştır. Buna göre, 'yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.' Maddede sözü geçen sarhoşluğun ayırt etme gücünü ortadan kaldırabilmesi için, failin bu duruma kendi kusuruyla düşmemiş olduğunu ispat etmesi gerekir. Buna karşılık, fail kendi isteğiyle sarhoş olmuşsa, bu durum bir kusur sayılır ve böylece sorumluluk ehliyeti doğar. Bu doğrultuda ayırt etme gücü, kişinin davranışlarının (eylemlerinin vb.) önem, kapsam ve sonuçları hakkında bilinç, anlayış ve irade sahibi olmak anlamına gelmektedir denebilir²³.

Yine ayırt etme gücünün çeşitli tanımlarına bakacak olursak; ayırt etme gücü, kişinin işlem ve eylemlerinin sebeplerini, nitelik ve sonuçlarını değerlendirip bu değerlendirmeye uygun bir biçimde davranabilme yeteneğidir. Sorumluluk hukukunda ise, bu, failin davranışının hukuka aykırı niteliğini değerlendirebilme ve bu değerlendirmeye uygun olarak davranabilme yeteneğidir. Ayırt etme gücü, zihni bir unsurla iradi bir unsurdan oluşmaktadır. Zihni unsur, davranışın nitelik ve sonuçlarının değerlendirilmesi, iradi unsur ise, bu değerlendirmeye uygun bir şekilde davranma, hareket etme gücüdür. Zihni unsura, bilinç ve dolayısıyla 'takdir veya değerlendirme ehliyeti', iradi unsura ise, irade yani 'davranış ehliyeti' adı da verilmektedir²⁴. Ayırt etme gücü, mutlak bir kavram olmayıp, nisbi bir kavramdır. Hakim, failin ayırt etme gücüne

²¹ Yılmaz, s. 296.

²² Karahasan, s. 140.

²³ Koçhisarlıoğlu, Cengiz, *Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi*, s. 2

²⁴ Cuendet, s. 86 vd.; 118 vd.; Deschenaux / Tercier, s. 80 (Eren, s. 534).

sahip olup olmadığını tesbit ederken, her olayın özelliklerini göz önünde tutmak zorundadır. Ayrıca failin ayırt etme gücünün araştırılacağı an, haksız fiili işlediği andır.

Ayırt etme gücünün varlığı, benimsenen kusur teorisine (kuramına, nazariyesine) göre değişik tarzda tespit edilmelidir. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında haksız eylem kusuru, genelde objektifleştirilmiş²⁵ olarak tasarlanmaktadır. Bu kusur teorisi çerçevesinde, ayırt etme gücünün nasıl değerlendirilmesi gerekir? Bu sorunun cevabını verebilmek güçtür. Ayırt etme gücünün somut olarak mı, yoksa soyut olarak mı değerlendirileceği hususu sorunsal görünmektedir. Şöyle ki, bu kusur teorisi bağlamında, kusurun yüklenebilirlik ögesinin subjektif yönünün bizce sadece bir parçasını oluşturan ayırt etme gücünün (soyut ve geniş anlamda yüklenebilirliğin) somut olarak, diğer parçasını oluşturan kast, ihmal ve tedbirsizliğin (somut ve dar anlamda yüklenebilirliğin, objektifleştirilmiş kusurda kusurun objektif yönü olan genel davranış kuralının ihlalinin) ise soyut olarak belirlenmesi çelişik bir sonuca yol açmaktadır. Bir kere, ayırt etme gücü, yani soyut biçimde bilinçli serbest irade sahibi kişi, söz konusu olayda, somut biçimde ayırt etme gücü, yani bilinçli serbest irade ile davranmamış olsa bile davranışının kendisine yüklenebilmesi mümkündür. Ayrıca, kusurun yüklenebilirlik ögesinin bu iki ayrılmaz kısmı, ister istemez, birbirini etkilerler. Böyle olunca da, ayırt etme gücünün varlığı somut olarak belirlense de, bu gücün kullanılması soyut olarak belirlendiğinden, ayırt etme gücü de belirli ölçüde soyutlaşmaktadır ve aksine, ayırt etme gücünün kullanılması, yani objektifleştirilmiş kusurda kusurun 'objektif yönü' olan genel davranış kuralının ihlali soyut olarak belirlense de, bu gücün varlığı somut olarak belirlendiğinden, ayırt etme gücünün kullanılması da belirli ölçüde somutlaşmaktadır .

İşte bunun içindir ki, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında, kusur kavramının objektifleştirilmesinin, yüklenebilirliğin ayırt etme gücüne tek başına sahip olması sonucunu doğurduğu²⁶ gözlemi yapılabilir. Bu yargı yine Koçhisarlıoğlu'na göre doğru olamaz! Zira, bu tür bir yargı, yüklenebilirlik kavramının aslında, özünde subjektif bir önem taşıdığı yönündeki bir önyargıdan kaynaklanmaktadır. Oysa, yüklenebilirliğin de subjektif, objektifleştirilmiş ve objektif tarzda tasarlanabilmesine herhangi bir engel olmamalıdır²⁷.

Kusurun objektifleştirilmesi, ayırt etme gücünün en azından varlığının somut yöntem ile belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır; aksi takdirde, tamamen objektif kusur söz konusu olur. Ancak, kusurun objektifleştirilmesinin ayırt etme gücünü etkileyip etkilemediği sorusu da sorulabilir.

Bunların yanı sıra, tüzel kişilerin sorumluluk ehliyeti hakkında MK m. 50, özel bir hüküm koymuştur. Tüzel kişiler, tüzel kişi olarak, kusur işleyemez. Ancak, tüzel kişinin organları tarafından işlenmiş kusurlar, tüzel kişiye yüklenir. Böylece tüzel kişinin

²⁵ Koçhisarlıoğlu, Cengiz, *Haksız Eylem Kusuru*, Doçentlik Tezi, Ankara, 1990, özel 2.3 (Koçhisarlıoğlu, Cengiz, *Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi*, s. 1).

²⁶ Kusurun yüklenebilirlik ögesinden, bu kavramın subjektif yönünü ifade etmek üzere söz edilmektedir. Türk ve İsviçre hukuklarında, kusurun bu ögesini anlatmak için kullanılan, alışagelmiş terim ise subjektif ögedir / yöndür.

²⁷ Koçhisarlıoğlu, Cengiz, *Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi*, s. 3.

organlarının kusuru, tüzel kişinin kusuru sayılır. Nitekim, MK m. 50/II'ye göre, organların herhangi bir fiili, tüzel kişiyi bağlar. Buradaki fiil, aynı zamanda kusurlu davranışı da kapsamaktadır. Şu halde, organa kusur izafe edilemeyen hallerde, MK m. 50'ye göre tüzel kişinin sorumluluğundan söz edilemez²⁸.

BK m. 54'e göre, ister sürekli olarak, ister geçici sebeplerle ayırt etme gücü olmayanlar, verdikleri zarardan ilke olarak sorumlu olamazlar. Ancak, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, hakim bunları da verdikleri zarardan dolayı tam veya kısmen tazminata mahkum edebilir. Bu takdirde, burada sorumluluk için kusur aranmadığından, bir sebep sorumluluğu hali söz konusudur²⁹.

Kusurun derecelendirilmesi konusunda ise Koçhisarlıoğlu'nun görüşlerine yer verecek olursak, objektifleştirilmiş kusur anlayışı kabul edilirse insanlar arasındaki zihni, manevi ve ruhsal farklılıklar kusurun belirlenmesinde etkili sayılamazlar. Böylece, kusur her kişi için aynı ağırlıkta olacak, kişilerin özelliklerine göre değişkenlik göstermeyecektir. Bu belirlemenin istisnası söz konusu olabilir mi? Belki de, ayırt etme (temyiz, ayırtım, vb.) gücünün derecelendirilmesi yoluyla kusurun da derecelendirilmesi, ya da kusurun sonuçları, yani sorumluluğun/tazminat yükünün de derecelendirilmesi mümkün olabilir. Bu, ayırt etme gücünün derecelendirilebileceği düşüncesine olumlu gözle bakılması ihtimâlinde tasarlanabilecek bir fikirdir. İsviçre hukukunda, Federal Mahkeme, bu konuda, bir kararında şöyle bir tavır takınmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, haksız eylem (fiil) ehliyeti bakımından, ayırt etme gücüne sahip kişi ehliyetli, bu güce sahip olmayan kişi de ehliyetsizdir. Ama, yine Yüksek Mahkeme'ye göre, her ne kadar böyle ise de haksız eylemin sonuçları yönünden farklı düşünülebilir³⁰.

Türk hukuku ve İsviçre hukukunda genelde benimsenen kusur teorisi bağlamında, kural olarak, kusurun ağırlık derecesinin, davranışta bulunan şahsı, zihni, manevi ve ruhsal hali göz önüne alınmaksızın soyut tarzda belirlenmesi gerekir. Kusurun ağırlığı, davranışta bulunanın yalnız dış davranışına bakılarak, onun maddi ve nesnel özellikleri göz önüne alınarak belirlenmelidir.

Bununla birlikte, davranışta bulunanın şahsına ilişkin bazı manevi özellikler, değişik biçimlerde yine de göz önüne alınabilir. Bu mümkün görünmektedir. Beklenen davranış normu ve bu norma aykırılığın saptanmasında nesnel ölçütlere dayanılmakta ve fakat ayırt etme gücünün varlığı ve derecesinin belirlenmesinde öznel ölçütlere dayanılmakta olduğu gözlenmektedir.

Sorumluluğun kapsamının kusurun ağırlığı hesaba katılarak da tespit edildiği bu alanda, ayırt etme gücünün derecesi de göz önüne alınabilir ve alınmalıdır. Bu güç, herhangi bir durum ve koşul yüzünden olumsuz şekilde etkilendiğinde, tazminat (ödençe, zarar giderim) yükümü azalabileceği gibi, tamamen yok da olabilecektir. Sonuç, bazen öyle bazen böyle olabilecektir. Yalnız, bu sonuç tek taraflı değildir, zarar gören de

²⁸ Eren, s. 534.

²⁹ Eren, s. 535.

³⁰ Koçhisarlıoğlu, Cengiz, *Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi*, s. 1.

bundan yararlanabilecek, ayırt etme gücünün azalması nedeniyle kusurunun (zarar görenin kusuru) sonuçları zayıf layabilecektir. Bu görüş, bu hukukta tartışmalıdır.

İsviçre hukukundaki bu durumun aksine, Türk hukukunda sorun gündeme gelmiş değildir. Orada, tartışmalar bağlamında altını çizerek belirtmek gerekir ki, olumlu doğrultuda olmak üzere, uygulamada, çocukların kusuru, genel olarak, ayırt etme gücüne sahip olmalarına rağmen, bu güce 'tam' olarak sahip erişkinlerin (yetişkinlerin, büyüklerin) kusuruna oranla, daha bir yumuşak değerlendirilmekte, daha bir 'hafif' görülmektedir.

KAYNAKÇA

Eren, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, Ekim, 2003.

E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Haziran, 2004, Sayı: 28.

<http://www.frmpaylas.com/archive/t-122232.html>,
'Tam Ehliyet Şartlarındaki Eksikliklerin Etkisi'.

<http://www.hukukportali.com/content/view/142/9/>, 'Sigortalı Sürücünün Kusuru, Rücu Davası, Asli Kusur, Kasta Yakın Kusur, Kırmızı Işıқта Geçiş'.

Kaneti, Selim, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu.

Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku 1*, İstanbul, 1995.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz; *Haksız Eylem Kusuru*, Doçentlik Tezi, Ankara, 1990.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz; *Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi*.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz; *Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi*.

Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1995.

Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 1993.

Uygur, Turgut, *Borçlar Hukuku*, 7. Cilt, Ankara, 2003.

Yılmaz, Hamdi; *Sözleşme Dışı Sorumlulukta Kusur 100 (Yüz) Üzerinden Belirlenebilir mi?*, T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/1, İstanbul, 2005.